

## WETSVOORSTEL STROOMLIJNING MARKTTOEZICHT ACM

### Visie van de Adviescommissie Mededinging van de Nederlandse Orde van Advocaten in het kader van de internetconsultatie

De Adviescommissie Mededinging van de Nederlandse Orde van Advocaten ('de Adviescommissie') heeft kennis genomen van het Wetsvoorstel Stroomlijning Markttoezicht ACM ('het wetsvoorstel') en plaatst daarbij in het kader van de internetconsultatie de volgende kanttekeningen.

Achtereenvolgens zal worden ingegaan op: i) informatie-uitwisseling, ii) binnentreden woning, iii) zelfstandige last, iv) zwijgrecht, v) openbaarmaking en vi) afschaffing bezwaar bij boetebesluiten.

#### Informatie-uitwisseling

##### *Intern*

De Instellingswet bevat geen regels die interne *chinese walls* opwerpen tussen de verschillende samengevoegde toezichthouders. De enige regel over 'horizontaal' gebruik van verkregen informatie is dat gegevens of inlichtingen die in het kader van de uitvoering van een bepaalde taak van de ACM zijn verkregen, alleen ter uitvoering van die taak of enige andere taak van de ACM mogen worden gebruikt (artikel 7).

Dit betekent dat de Instellingswet in beginsel geen beperkingen stelt aan het – bijvoorbeeld – gebruiken van in het kader van een mededingingsprocedure verkregen gegevens in een dossier over consumentenbescherming. De regeling vervangt artikel 90 Mededingingswet (Mw), waaruit volgde dat gegevens verkregen in verband met de uitvoering van de Mw alleen mogen worden gebruikt voor toepassing van de Mw, de mededingingsverordeningen, de Elektriciteitswet en de Gaswet.

Aan artikel 1h van de nieuwe Gaswet wordt toegevoegd dat door de Minister verkregen gegevens of inlichtingen uitsluitend mogen worden gebruikt voor de toepassing van de Gaswet, Verordening 715/2009, Verordening 713/2009, de Mededingingswet, de Elektriciteitswet 1998, de Warmtewet en de artikelen 4.4 en 4.5 van de Wet handhaving consumentenbescherming. De Gaswet bevatte niet eerder een dergelijk artikel. Aldus vormt de Instellingswet een uitbreiding van de mogelijkheid van uitwisseling binnen de overheid van op basis van bepaalde wettelijke bevoegdheden verkregen informatie.

De voorheen tot het mededingingsrecht beperkte toezicht- en onderzoeksbevoegdheden gaan nu algemeen voor de ACM gelden (zie Hoofdstuk 3 van de Instellingswet).

De verstreckende bevoegdheden mogen echter alleen gebruikt worden indien aan de daarvoor geldende randvoorwaarden voor inzet van deze bevoegdheden is voldaan (redelijk vermoeden van een inbreuk). Daarmee is niet verenigbaar dat informatie die is verkregen met de uitoefening van onderzoeksbevoegdheden wegens een redelijk vermoeden van een inbreuk op bijv. het consumentenrecht, intern kan worden doorgeschoven naar de afdeling van de ACM belast met het toezicht op het mededingingsrecht, zonder dat (aldaar) sprake was van een redelijk vermoeden en/of (op grond daarvan voorgenomen) uitoefening van onderzoeksbevoegdheden.

In ieder geval ontbreekt ten onrechte in de voorstellen een adequate regeling daaromtrent, terwijl de wetgever in het verleden groot belang heeft toegekend aan de verplichting van de NMa om verkregen informatie alleen aan andere toezichthouders te verstrekken voor zover die (ook) zijn belast met de toezicht op de naleving van het mededingingsrecht (artikel 91 Mw dat door de Instellingswet wordt geschrapt). Het is niet alleen opmerkelijk (en onwenselijk) dat deze bepaling wordt geschrapt, maar ook dat de aan artikel 91 Mw ten grondslag liggende norm kennelijk nu niet langer van belang wordt geacht en dat (ook) binnen de ACM er een vrij verkeer van (al dan niet met uitoefening van onderzoeksbevoegdheden verkregen) informatie geldt.

## **Extern**

De Instellingswet bevat regels over de uitwisseling tussen de ACM en andere bestuursorganen en buitenlandse instellingen van gegevens die de ACM heeft verkregen. De regels komen in de plaats van artikel 91 Mw:

Artikel 7, lid 3, van de Instellingswet bepaalt dat de ACM gegevens kan verstrekken aan een (ander) bestuursorgaan, indien bij regeling van de Minister is bepaald dat verstrekking noodzakelijk is voor de goede vervulling de taak van dat bestuursorgaan.

Artikel 7, lid 4, van de Instellingswet bepaalt dat de ACM gegevens kan verstrekken aan een buitenlandse instelling, indien het gaat om gegevens of inlichtingen die van betekenis kunnen zijn voor de uitoefening van de taak van die buitenlandse instelling en die buitenlandse instelling op grond van nationale wettelijke regels is belast met de toepassing van regels op dezelfde gebieden als waarop de taken van de ACM betrekking hebben.

Verstrekking aan bestuursorganen of buitenlandse instellingen geschiedt alleen, als geheimhouding wordt gewaarborgd en voldoende is gewaarborgd dat de gegevens of inlichtingen slechts worden gebruikt voor de doelen waarvoor ze zijn verstrekt. Een vergelijkbare regeling wordt toegevoegd aan de Gaswet.

Artikel 7, lid 3 en 4, van de Instellingswet verruimt de bevoegdheden van de ACM ten opzichte van het oude regime van artikel 91 Mw, omdat (i) verstrekking aan een ander bestuursorgaan alleen was toegestaan, als dat orgaan belast was "met taken die de toepassing of mede de toepassing van bepalingen omtrent mededinging betreffen"; (ii) verstrekking aan een buitenlandse instelling alleen was toegestaan, als verstrekking "naar het oordeel van de raad in het belang is van de Nederlandse economie".

Gezien deze verruiming zou op zijn plaats zijn dat bepalingen worden toegevoegd over hoe informatie wordt doorgegeven aan een buitenlandse instelling of een Nederlands bestuursorgaan. Hierbij dienen de nodige *checks & balances* te gelden, waaronder het horen van de betrokken onderneming en mogelijk ook rechterlijke machtiging voor verstrekking aan autoriteiten buiten de Europese Unie. Voor andere overheidsorganen gelden veelal gedetailleerde regelingen over doorgifte van informatie aan andere overheidsorganen (bijv. voor het Openbaar Ministerie: Wet op de justitiële en strafvorderlijke gegevens; voor de politie: Wet op de Politiegegevens; algemeen: Wet Bescherming persoonsgegevens). Een dergelijke regeling ontbreekt ten onrechte ten aanzien van de ACM in het wetsvoorstel.

## **Binnentreden woning**

Met de artikelen 12c-f van het wetsvoorstel wil de wetgever met het binnentreden van woningen de mogelijkheid tot doorzoeking over de volle breedte van het werkterrein van ACM geven. Al eerder heeft de wetgever de pseudo-strafrechtelijke aard van het binnentreden van woningen en het kunnen doorzoeken daarvan ingezien in het kader van de handhaving van de Mededingingswet: zo'n bevoegdheid gaat nu eenmaal in onze rechtstaat heel ver. Dit heeft ertoe geleid dat er natuurlijk deugdelijke waarborgen moeten zijn om deze bevoegdheid te begrenzen en de inbreuk op de rechten van de betrokkene (waaronder het recht op onschendbaarheid van de woning en het recht op een besloten levenssfeer) te minimaliseren.

De Adviescommissie is van oordeel dat er onvoldoende waarborgen zijn opgenomen in de huidige voorgestelde artikelen.

Eerst en vooral is er niet voorzien in het daadwerkelijke toezicht van de rechter-commissaris op het binnentreden en op de doorzoeking. Dit is in het licht van het genoemde pseudo-strafrechtelijke karakter van wettelijk van belang. Het verdient aanbeveling aansluiting te zoeken bij het strafrecht: daar is aanwezigheid van een rechter-commissaris van een woning nog altijd de regel is (97 Sv). Ook het EVRM dwingt tot rechterlijke betrokkenheid bij binnentreden en doorzoeking van woningen (vgl. *Sanoma/ Nederland*, EHRM 14 september 2009, par. 62, NJ 2011, 230; *Colas Est/ Frankrijk*, EHRM 16 juli 2002, par. 46, NJ 2003, 452;

beide zaken gaan over de minder vergaande inbreuk van rechten terzake van bedrijfsgebouwen; deze rechtspraak geldt a fortiori in het geval van personen). Evenmin is aanvaardbaar de voorgenomen verstrekking van een voorzorgsmachtiging. Dit zou tot gevolg hebben dat het toezicht van de rechter-commissaris met alle rechtstatelijke waarborgen van dien letterlijk en figuurlijk op te veel afstand wordt gezet.

### **Zelfstandige last**

Het wetsvoorstel introduceert het instrument van een zelfstandige last in het kader van de Mededingingswet.

Uit de Memorie van Toelichting en de overige in het wetsvoorstel genoemde handhavingsinstrumenten, leidt de Adviescommissie af dat de zelfstandige last kan worden opgelegd zonder dat de ACM vaststelt dat er een overtreding van de Mededingingswet heeft plaats gevonden. Sterker nog, op basis van de Memorie van Toelichting kan zelfs niet worden uitgesloten dat de ACM een zelfstandige last op legt zonder dat er sprake is van een overtreding.

De Adviescommissie is van mening dat voor de introductie van een dergelijk – potentieel zeer – verstrekend instrument in het Nederlandse mededingingsrecht geen aanleiding en geen rechtvaardiging bestaat.

Voor zover de zelfstandige last bedoeld is om ondernemingen en personen inzicht te geven in de uitleg van de wet, geldt dat er vele alternatieve middelen zijn om dat te doen (waaronder bekendmakingen, beleidsregels, richtsnoeren, informele zienswijzen en persberichten). De NMa heeft in het verleden veelvuldig van deze middelen gebruik gemaakt.

Voor zover de zelfstandige last bedoeld is om de ACM in staat te stellen in spoedeisende gevallen adequaat op te treden, geldt dat de mogelijkheden thans reeds bestaan. Daarbij valt op dat de NMa veeleer terugvalt op een dialoog met de betrokken ondernemingen (al dan niet gepaard met een publiek statement) dan dat zij grijpt naar formele spoedmaatregelen.

Een zelfstandige last waarbij verplichtingen in het leven worden geroepen zonder dat gehandeld is in strijd met het vigerende mededingingsrecht, staat op gespannen voet staat met het uitgangspunt van repressief toezicht dat stevig verankerd is in het Nederlandse (en communautaire) mededingingsrecht.

De NMa (in navolging van de Europese Commissie, evenals nationale mededingingsautoriteiten in andere landen) heeft van de wetgever vanaf 1998 een bevoegdheid tot ex post handhaving van het mededingingsrecht gekregen (naast haar specifieke bevoegdheden in het kader van concentratiecontrole). Een algemene, ongeclausuleerde, bevoegdheid om ex ante verplichtingen in het leven te roepen zou een fundamentele koerswijziging betreffen, die stroomlijning van wetgeving ver te buiten gaat.

### **Zwijgrecht**

Krachtens artikel 12i van het wetsvoorstel wordt de toepassing van het in artikel 5:10a Awb neergelegde zwijgrecht uitgebreid, in de zin dat het niet alleen geldt voor de degene aan wie mogelijkerwijze een sanctie zal worden opgelegd, maar voor iedereen "aan de zijde van de het bedrijf." Deze uitbreiding van artikel 5:10a Awb, die voortkomt uit het huidige artikel 53 Mw, is naar de mening van de Adviescommissie juist.

Het valt evenwel te betreuren dat in het wetsvoorstel niet ook gekozen wordt voor een ACM-brede toepassing van een ander element van artikel 53 Mw. Het huidige artikel 53 Mw bepaalt immers dat het zwijgrecht geldt vanaf het moment dat de ambtenaren een redelijk vermoeden hebben dat een overtreding is begaan, terwijl artikel 5:10a Awb bepaalt dat het zwijgrecht eerst ontstaat wanneer een persoon wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie.

Laatstbedoeld moment kan zich in een later verdergaand stadium van onderzoek voordoen dan het 'aanvangstijdstip' van artikel 53 Mw (het ontstaan van een redelijk vermoeden): de in artikel 5:10a Awb gebruikte bewoordingen lijken toch te veronderstellen dat de abtenaren van de ACM al zodanig ver zijn in hun on-

derzoek dat het opleggen van een sanctie aan de orde is, terwijl op het moment van het ontstaan van het zwijgrecht in artikel 53 Mw daarvan niet noodzakelijkerwijze sprake behoeft te zijn.

Het vervangen van het huidige art. 53 Mw (door middel van artikel X, sub M) door artikel 5:10a Awb (juncto artikel 12i van het wetsvoorstel) zou derhalve leiden tot een lager niveau van rechtsbescherming. Niet valt in te zien waarom stroomlijning van wetgeving daartoe zou moeten leiden.

### **Openbaarmaking**

Het wetsvoorstel bevat een verplichting tot openbaarmaking van sanctiebesluiten en bindende aanwijzingen. Het wetsvoorstel gunt de ACM geen ruimte om in uitzonderlijke gevallen openbaarmaking achterwege te laten en bijvoorbeeld eerst tot openbaarmaking over te gaan nadat een rechterlijke instantie het betrokken besluit of de betrokken aanwijzing heeft bekrachtigd.

De Adviescommissie is voorstander van actieve openbaarmaking van interventies van de ACM. Openbaarmaking van besluiten is een fundamenteel onderdeel van de publieke verantwoording die de ACM dient af te leggen. Actieve openbaarmaking biedt ondernemingen en burgers inzicht in het handhavingsbeleid van de ACM en kan een effectieve waarborg vormen tegen willekeur en ongelijkheid.

Van belang is evenwel dat actieve openbaarmaking van sanctiebesluiten voor de betrokken ondernemingen en personen naast de reeds opgelegde boete als een aanvullende punitieve sanctie geldt, althans in de praktijk ten minste als zodanig wordt ervaren. Zelfs indien de ACM terughoudendheid betracht in de communicatie rondom sanctiebesluiten en duidelijk zou maken dat het betrokken besluit "slechts" het standpunt van de ACM betreft waartegen nog beroep en hoger beroep openstaat, zijn gevallen denkbaar waarin automatische openbaarmaking leidt tot een ongerechtvaardigde vorm van "naming and shaming".

Om die reden meent de Adviescommissie dat actieve openbaarmaking van sanctiebesluiten en bindende aanwijzingen weliswaar uitgangspunt zou moeten zijn, maar dat de wet expliciet dient te voorzien in een uitzondering op dat uitgangspunt indien een afweging van alle betrokken belangen daartoe noopt.

Ten aanzien van alle andere besluiten kan de ACM krachtens het wetsvoorstel zelf bepalen of er aanleiding is voor openbaarmaking.

De Adviescommissie meent dat er geen reden is voor andere besluiten een fundamenteel ander uitgangspunt neer te leggen. Ook wanneer de ACM afziet van interventies, bijvoorbeeld nadat een klacht is ingediend, geldt dat er een belang is bij publieke verantwoording. De Adviescommissie is van mening dat ook voor andere besluiten dan sanctiebesluiten en bindende aanwijzingen openbaarmaking het uitgangspunt zou moeten zijn, zij het dat ook hier slechts tot al dan niet openbaarmaking zou moeten kunnen worden besloten na weging van alle betrokken belangen.

### **Afschaffing bezwaar bij boetebesluiten**

Het afschaffen van bezwaar brengt enkele voordelen met zich, zoals beschreven in de Memorie van Toelichting. De Adviescommissie is in beginsel geen tegenstander van het afschaffen van bezwaar, mits een aantal punten worden verwerkt in de besluitvormingsprocedure.

### ***Inzicht in de hoogte van de boete en de wijze waarop deze tot stand is gekomen***

Allereerst is het noodzakelijk dat de belanghebbende reeds tijdens de besluitvormingsprocedure inzicht krijgt in de hoogte van de boete en de wijze waarop deze tot stand is gekomen. De betrokken partijen zouden de mogelijkheid moeten hebben om hierop te reageren, voordat de boete wordt verankerd in een besluit. Niet zelden worden boetes in het besluit op bezwaar verlaagd dan wel ingetrokken (zie o.a. besluit op bezwaar van de NMa van 14 maart 2012, Meel, zaaknr. 6306; besluit op bezwaar van de NMa van 10 juli 2007, No-

zema/Broadcast NT, zaaknr. 4108). Wanneer de bezwaarfase wegvalt, is het wenselijk dat er op een andere wijze een argumentenuitwisseling tussen partijen en de ACM kan plaatsvinden.

### ***Getuigenverhoor***

Ten tweede is het van belang dat in de mogelijkheid voorzien wordt om getuigen te verhoren op de hoorzitting van de ACM. In de huidige administratieve fase bestaat er geen recht hiertoe.

Met name in het geval van clementieverzoeken is het van belang dat er een getuigenverhoor plaats kan vinden van betrokken partijen. De clementieregeling bevat prikkels om verklaringen en bewijs over te leggen die een bijdrage leveren aan het kartelonderzoek. Dit kan ertoe leiden dat de clementieaanvrager het zekere voor het onzekere zal willen nemen en verklaringen kan afleggen betreffende gedragingen die niet noodzakelijkerwijs zijn aan te merken als een inbreuk op het kartelrecht. Getuigenverhoor geeft de ACM de mogelijkheid om als bestuursorgaan getuigenverklaringen beter op juistheid te onderzoeken. (zie R. Wesseling, 'De kartelhel', Markt & Mededinging, 2010-4, p. 128-135)

### ***Bezwaaradviescommissie***

Ten laatste adviseert in de huidige bezwaarfase een adviescommissie over een bezwaar tegen een beschikking die een boete of een last onder dwangsom oplegt. In de nieuwe regeling zou een vergelijkbare externe adviescommissie betrokken kunnen blijven in de fase van de besluitvorming. Hiermee wordt de waarborg behouden waarin nu ook is voorzien. Een dergelijke adviescommissie kan immers kritische kanttekeningen plaatsen bij een besluit en heeft dit in het verleden ook gedaan (zie bijv. voornoemde besluiten op bezwaar van de NMa en adviezen van de Adviescommissie bezwaarschriften inzake Nozema/Broadcast NT en Meel).

\* \* \*