

## **Reactie op hoofdpunten internetconsultatie wetvoorstel Instellingswet ACM**

Het wetsvoorstel voor de Instellingswet ACM is in juni en juli 2012 gedurende een termijn van zes weken openbaar geconsulteerd. Het Ministerie van Economische Zaken heeft 15 reacties ontvangen van burgers, ondernemingen, advocatenkantoren, brancheverenigingen en beroepsverenigingen, te weten één burger, Nederlandse Spoorwegen (NS), GasTerra BV, Philips, KPN, PostNL, Sandd, Bird & Bird (namens zes ondernemingen uit de telecommunicatiesector), Netbeheer Nederland, VNO NCW/MKB Nederland, Nederlandse Loodsencorporatie, Vereniging van Vermogensbeheerders & Commissionairs (VV&C), Verbond van Verzekeraars (VvV), Vereniging voor Mededingingsrecht (VvM) en Nederlandse Orde van Advocaten (NOVA).

De aard van de reacties verschilt per onderwerp. Een aantal voorstellen in het wetsvoorstel krijgt brede steun van de respondenten. Voor zover de reacties daarop ingaan, wordt instemmend gereageerd op de afschaffing van het duale stelsel van handhaving van de Wet handhaving consumentenbescherming, de uitbreiding van de werking van het zogenoemde 'legal privilege', de uitbreiding van de werking van het zwijgrecht, het ACM-breed invoeren van de bevoegdheid bedrijfsruimten en voorwerpen te verzegelen en het niet-invoeren van een ACM-brede figuur van categoriaal belanghebbende. De reacties op andere onderwerpen lopen meer uiteen.

Een aantal respondenten is van mening dat het wetsvoorstel ten algemene de belangen van de ACM zwaarder laat wegen dan de belangen van de onder toezicht staande ondernemingen. Zo zou het wetsvoorstel ten onrechte worden aangegrepen voor versterking en uitbreiding van de bevoegdheden van de ACM. Vooropgesteld wordt dat het wetsvoorstel een goede balans beoogt te realiseren tussen de slagvaardigheid van de ACM en rechtswaarborgen voor de onder toezicht staande ondernemingen. Enerzijds is het waar dat de bevoegdheden van de ACM op enkele terreinen worden uitgebreid. Zo krijgt de ACM bijvoorbeeld een waarschuwingsbevoegdheid en de bevoegdheid om zonder toestemming van de bewoner privéwoningen te betreden. Tegelijkertijd is er uitdrukkelijk niet voor gekozen om naar het maximum van bevoegdheden te stroomlijnen. Het toekennen van bevoegdheden gebeurt slechts indien de noodzaak daarvan vaststaat. Vanuit dat uitgangspunt is de bestaande uitsluiting in een aantal wetten van bevoegdheden op grond van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) gehandhaafd en is anders dan in het geconsulteerde wetsvoorstel – mede naar aanleiding van de internetconsultatie zoals hierna uiteengezet wordt – afgezien van het ACM-breed toekennen van bepaalde bevoegdheden. Anderzijds verstevigt het wetsvoorstel op onderdelen de rechtswaarborgen voor de onder toezicht gestelde ondernemingen, bijvoorbeeld waar het gaat om legal privilege, de personele scheiding tussen toezicht en sanctionering, het zwijgrecht, openbaarmaking van besluiten en de rechtswaarborgen die gelden in de primaire fase die tot een boetebesluit van de ACM leidt. Tevens is, naar aanleiding van enkele opmerkingen in de consultatiereacties over de rechtswaarborgen tegen het opleggen van een waarschuwing door de ACM en over de stroomlijning van het boetemaximum voor overtreding van de medewerkingsplicht, de memorie van toelichting op deze punten verhelderd.

Voorts vreest een deel van de respondenten dat het opnemen van de doelomschrijving van het ACM-toezicht in het wetsvoorstel zal leiden tot een te brede taakopvatting door de ACM omdat de doelomschrijving breed is geformuleerd. De doelomschrijving mag echter niet worden verward met een taakomschrijving. De omvang van de werkzaamheden wordt uitsluitend bepaald door de aan de ACM opgedragen wettelijke taken. De doelomschrijving geeft slechts aan met welk doel die wettelijke taken worden uitgevoerd. Het is derhalve niet zo dat de ACM andere dan de opgedragen taken zou kunnen opvatten die denkbaar zouden zijn binnen de gegeven doelomschrijving. Dit is in de memorie van toelichting verhelderd.

Een meerderheid van de respondenten gaat in op hun voorkeuren ten aanzien van de uitwerking van het financieringsmodel van de ACM in de algemene maatregel van bestuur op grond van artikel 6a van het wetsvoorstel. Een aantal respondenten heeft de vrees geuit te moeten betalen voor het toezicht op andere sectoren. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel is verduidelijkt dat het niet mogelijk is dat marktpartijen betalen voor toezicht op andere sectoren. Marktpartijen zullen tijdig betrokken worden bij de uitwerking van dit besluit en worden tevens in de gelegenheid gesteld te reageren op de uitgewerkte regeling.

De VvM, Bird & Bird, VNO-NCW/MKB Nederland, Nederlandse Loodsencorporatie en NOVA zijn tegenstander van het aanvankelijke voorstel om de ACM-brede bevoegdheid tot het zonder toestemming binnentreden van privéwoningen te koppelen aan een bevoegdheid om die privéwoningen te doorzoeken. Zij geven daarbij aan dat de noodzaak van de doorzoekingsbevoegdheid niet uit de memorie van toelichting blijkt en dat de nodige rechtswaarborgen hiervoor ontbreken. Zij zien hierin bevestiging voor hun stelling dat de stroomlijning van bevoegdheden in het wetsvoorstel naar het maximum neigt. Mede naar aanleiding van deze reacties is geconstateerd dat het ACM-breed invoeren van de doorzoekingsbevoegdheid niet noodzakelijk is met het oog op het daarmee te bereiken doel en is besloten daarvan af te zien. Voor zover de doorzoekingsbevoegdheid reeds bestaat (op het terrein van het mededingingsrecht) blijft zij wel gehandhaafd.

De VvM, Bird & Bird, VNO-NCW/MKB Nederland, Nederlandse Loodsencorporatie, NOVA en NS uiten bezwaren tegen het ACM-breed invoeren van het instrument van de zelfstandige last, in het bijzonder de bindende gedragslijn, die kan worden opgelegd zonder dat vaststaat dat sprake is van een overtreding. Nut en noodzaak van dit instrument zouden onvoldoende zijn aangetoond en rechtswaarborgen zouden ontbreken. Het doel van de bindende gedragslijn om nadere uitleg te kunnen geven aan wettelijke voorschriften en welk gedrag op basis daarvan al dan niet is toegestaan, kan ook met behulp van andere instrumenten worden gerealiseerd, bijvoorbeeld via beleidsregels. Daarom en omdat het inderdaad zo kan zijn dat een bindende gedragslijn door een marktorganisatie wel degelijk als beschuldigend wordt ervaren of door een consument als beschuldiging van een marktorganisatie wordt uitgelegd, is besloten om de zelfstandige last slechts ACM-breed in te voeren voor zover het de bindende aanwijzing betreft waarbij wel vaststaat dat sprake is van een overtreding. De bindende gedragslijn, waarbij een overtreding niet vaststaat, wordt niet ACM-breed ingevoerd. Wel wordt voorgesteld om de verschillende termen waarmee de figuur in de verschillende materiële wetten wordt aangeduid, te stroomlijnen door voortaan de term 'bindende gedragslijn' te gebruiken.

De VvM, Bird & Bird, VNO-NCW/MKB Nederland en KPN hebben bezwaren geuit tegen het onderscheid in lage en hoge boetes ten aanzien van de schorsende werking van bezwaar en beroep tegen boetebesluiten dat in het geconsulteerde voorstel werd gemaakt. Zij geven aan dat lagere boetes bij kleine ondernemingen even hard aankomen als hogere boetes bij grote ondernemingen. Dit wordt onderschreven en daarom is besloten dit onderscheid in het wetsvoorstel te laten vervallen. De werking van een boetebesluit van de ACM wordt opgeschort totdat deze onaantastbaar is geworden, ongeacht de hoogte van de boete.

Een meerderheid van de respondenten geeft aan dat het openbaarmakingsregime te ruim is vormgegeven, waardoor ongerechtvaardigde 'naming and shaming' dreigt. Zij vinden dat bij de openbaarmaking van besluiten tot het opleggen van bestuurlijke sancties en van bindende aanwijzingen ruimte moet zijn voor een (beperkte) belangenafweging door de ACM en dat een reactietermijn van vijf dagen onvoldoende is. Naar aanleiding hiervan zijn in het wetsvoorstel enkele aanpassingen aangebracht in het openbaarmakingsregime. Ten eerste is aan het artikel dat

de verplichte openbaarmaking van sanctiebesluiten regelt, toegevoegd dat er ruimte is voor een beperkte belangenafweging door de ACM met betrekking tot de openbaarmaking van de namen van betrokken natuurlijke personen. Toegevoegd is dat die namen niet openbaar worden gemaakt, indien het belang van openbaarmaking naar het oordeel van de ACM niet opweegt tegen het belang, bedoeld in artikel 10, tweede lid, onderdeel e of g, van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob). De naam van de overtredende marktorganisatie wordt wel altijd openbaar gemaakt, ook als de naam van een betrokken persoon daarvan deel uitmaakt. Ten tweede wordt nu voorgesteld de reactietermijn, waarbinnen om een voorlopige voorziening tegen de voorgenomen openbaarmaking kan worden gevraagd, conform de Wob te bepalen op tien werkdagen.

Het voorstel om de bezwaarfase bij boetebesluiten af te schaffen heeft tot gemengde reacties geleid; zes respondenten zijn hier positief over, vier respondenten dragen bezwaren aan. Het belangrijkste bezwaar dat door de tegenstanders wordt genoemd, is het verlies van rechtsbescherming door afschaffing van de bezwaarfase. Respondenten zien – hoewel gering – toch een zeefwerking van de bezwaarfase en geven aan dat de bezwaarfase bijdraagt aan de kwaliteit van boetebesluiten. Deze bezwaren zijn in de afwegingen betrokken. Toch is het wetsvoorstel op dit punt niet gewijzigd, omdat de voordelen van het afschaffen van de bezwaarfase bij boetebesluiten, namelijk een verkorting van de doorlooptijden van zaken en een forse besparing op de toezichtlasten, ruimschoots opwegen tegen de door respondenten genoemde nadelen. Zoals in de memorie van toelichting is toegelicht, doen de voordelen in algemene zin van de bezwaarfase zich bij de ACM niet of nauwelijks voor; van zeefwerking is nauwelijks sprake omdat de overgrote meerderheid van overtreders na het maken van bezwaar beroep bij de bestuursrechter aantekent en overtreders in de bezwaarfase in de regel geen nieuwe gronden aanvoeren. Het alternatief van de verkorte procedure van artikel 7:1a van de Awb, dat enkele respondenten noemen, kan bovendien niet als een reëel alternatief gelden omdat deze procedure in de praktijk maar in een zeer miniem aantal zaken wordt gebruikt (schattingen variëren van minder dan 1 op de 1000 tot 1 op de 20.000). Wel worden naar aanleiding van de consultatiereacties de rechtswaarborgen in de fase van de primaire besluitvorming vergroot. Zo wordt bepaald dat in die fase alle op de zaak betrekking hebbende stukken ter inzage van de betrokken partijen worden gelegd en dat er steeds een hoorzitting gehouden dient te worden.

Een aantal respondenten vreest dat het stroomlijnen van de definitie van omzet zal leiden tot een verhoging van de omzet die voor de boeteoplegging in aanmerking genomen mag worden. Deze vrees is onterecht. Met de stroomlijning van het omzetbegrip wordt geen materiële wijziging beoogd. De beperking tot 'relevante omzet in Nederland' zoals die in de bestaande situatie krachtens de Telecommunicatiewet en de Postwet 2009 wordt gemaakt, zal onverkort in de door de Minister van Economische Zaken vast te stellen boetebeleidsregels worden overgenomen.

Vijf respondenten hebben bezwaar geuit tegen het recht van de ACM om voor een bepaalde taak verkregen informatie ook te gebruiken voor de uitvoering van andere taken. Zij zijn van mening dat het wetsvoorstel onvoldoende voorziet in waarborgen voor marktorganisaties waardoor deze mogelijk worden geschaad in de verdediging van hun rechtspositie. Het recht van de ACM om voor een bepaalde taak verkregen informatie ook voor de uitvoering van andere taken te gebruiken maakt geen deel uit van het wetsvoorstel maar is al geregeld in artikel 7 van de Instellingswet ACM. De ACM kan op verschillende manieren tot de beslissing komen een individueel sanctiebesluit voor te bereiden en te nemen. Dat kan het gevolg zijn van een (al dan niet steekproefsgewijs uitgevoerde) controle, van een handhavingsverzoek, van een ontvangen tip, van een marktonderzoek, van informatie verkregen via ConsuWijzer, van een toezichtsonderzoek, of van informatie die ter uitvoering van andere taken is verkregen. Dat is in de huidige situatie niet anders. In naar schatting tachtig procent van de gevallen mogen de NMa, OPTA en CA die

informatie nu ook verder verspreiden, intern en naar elkaar. Artikel 7 van de Instellingswet ACM stroomlijnt deze praktijk slechts. En voor zover de stroomlijning een verruiming betekent was die verruiming, zoals in de memorie van toelichting op de Instellingswet ACM is aangegeven, reeds toegezegd aan de Tweede Kamer (zie Kamerstukken II 2011/12, 33 186, nr. 3, p. 10). Op Europees niveau is dit niet anders: informatie verkregen uit een sectoronderzoek kan door de Europese Commissie intern verder worden gebruikt om individuele (handhavings)beschikkingen te nemen.

Wat ook de aanleiding voor de handhaving in individuele gevallen is, in alle gevallen gelden onverminderd de waarborgen ter bescherming van de rechtspositie van de (overtredende) marktorganisatie. Zowel de waarborgen geldend in de toezichtsfase (zoals het evenredigheidsbeginsel van artikel 5:13 van de Awb) als de waarborgen in de fase van (de voorbereiding van) het opleggen van een bestuurlijke sanctie. Zo waarborgt het evenredigheidsbeginsel in de toezichtsfase dat bijvoorbeeld geen inzage wordt gevorderd van andere bescheiden of dat geen andere zaken worden onderzocht dan die welke verband houden met de wettelijke voorschriften waarop het toezicht in het concrete geval betrekking heeft. Zogenaamde 'fishing expeditions' zijn met andere woorden niet toegestaan. In de sanctiefase gaat het onder meer om de waarborgen gelegen in de onschuldpresumptie, het zwijgrecht, de verplichting tot het geven van de cautie en het legal privilege. Het wetsvoorstel voorziet daarbij op een aantal punten juist in een uitgebreidere bescherming van marktorganisaties dan op grond van de in de Awb geregelde waarborgen reeds het geval is.

Tot de samenvoeging van de drie toezichthouders NMa, OPTA en CA is besloten om synergievoordelen te kunnen behalen en daardoor het markttoezicht efficiënter te kunnen inrichten. De ACM moet dan ook meer zijn dan de optelsom van drie delen. De bevoegdheid van de ACM om voor de ene taak verkregen gegevens ook te gebruiken voor een andere taak is van essentieel belang om de met de samenvoeging van de toezichthouders NMa, OPTA en CA beoogde doelen te kunnen verwezenlijken.