

Inleiding

De Vereniging voor Mededingingsrecht (“**VvM**”) maakt graag gebruik van de geboden gelegenheid om een reactie te geven op de internetconsultatie Wetsvoorstel stroomlijning markttoezicht ACM (het “**Wetsvoorstel**”). Ten behoeve van deze reactie heeft de VvM op 5 juli jl. een bijzondere bijeenkomst gehouden waarbij het merendeel van onderstaande onderwerpen uitgebreid aan de orde is gekomen. De onderwerpen zijn gepresenteerd door een aantal leden van de VvM bestaande uit:

Mr. R. de Bree – advocaat bij Wladimiroff
Mr. dr. A. Gerbrandy – Europa Instituut – Economisch Publiekrecht, Universiteit van Utrecht
Mr. J. I. Kohlen – advocaat bij Bird&Bird
Dr. R. van der Noll – senior onderzoeker bij SEO
Mr. M.J. Plomp – advocaat bij BarentsKrans
Prof. mr. dr. B.M.J. van der Meulen – hoogleraar Recht en Bestuur aan Wageningen Universiteit

Deze reactie is door voornoemde leden opgesteld waarbij de suggesties, opmerkingen en commentaren van de leden die aanwezig waren bij de bijeenkomst van 5 juli jl. zoveel mogelijk zijn verwerkt. De meeste standpunten ten aanzien van de onderwerpen die in deze reactie aan de orde komen¹, zijn tot stand gekomen middels een stemming onder de aanwezige leden. Niettemin merken wij op dat deze reactie niet noodzakelijkerwijs het standpunt van alle VvM leden weergeeft.

Deze reactie van de VvM mag openbaar worden gemaakt.

Datum indiening: 13 juli 2012

Artikelsgewijs commentaar

Artikel 6a – Toezichtskosten

1. Artikel 6a van het Wetsvoorstel bepaalt dat de kosten die samenhangen met de uitvoering van de taken van de ACM (zie artikel 2, tweede, derde en vierde lid van het Wetsvoorstel) ten laste worden gebracht van bedrijven. Bij AMvB worden vervolgens – op grond van artikel 6a van het Wetsvoorstel – nadere regels gesteld over de systematiek volgens welke de kosten worden bepaald en ten laste worden gebracht van bedrijven.
2. Doordat deze nadere regels nog niet zijn vastgesteld en ook niet duidelijk uit de het Wetsvoorstel en/of Memorie van Toelichting blijkt op welke wijze daaraan nadere invulling zal worden gegeven, ontstaat onzekerheid in de markt omtrent de vraag welke kosten ten laste komen van welke ondernemingen.
3. Artikel 2, vierde lid, Wetsvoorstel bepaalt immers dat de ACM bevoegd is tot het maken van marktanalyses en rapportages op het gebied van mededinging, telecommunicatie, post, energie, vervoer en consumentenbescherming. De kosten voor onderzoeken/rapportages in de energiemarkt kunnen uiteraard niet ten laste komen van ondernemingen die niet actief zijn op die markt en vice versa. Vraag 4 zoals gesteld in het kader van deze internetconsultatie lijkt echter wel uit te gaan van deze mogelijkheid.
4. Artikel 6a van het Wetsvoorstel is derhalve nog niet een voldragen wetsbepaling en kan niet op deze wijze in de Instellingswet worden opgenomen. Het huidige artikel 6a leidt enkel tot onduidelijke situaties en rechtsonzekerheid. Uit de Memorie van Toelichting op artikel 6a van het Wetsvoorstel blijkt duidelijk dat de regeling is geïntroduceerd om de verschillende

¹ Met uitzondering van artikel 6a, artikel 12r en s, anticipatie op toezicht en verhoging fusiedrempel en het laatste algemene punt inzake Zbo, algemene belangen, politieke gevoeligheid, beleidsregels en informatie-uitwisseling. Deze onderwerpen zijn tijdens de vergadering d.d. 5 juli jl. niet meer aan de orde geweest.

Wetsvoorstel stroomlijning markttoezicht ACM – bijdrage Vereniging voor Mededingingsrecht

financieringssystemen te stroomlijnen en te harmoniseren. Daartegen bestaat uiteraard geen bezwaar. Echter, het feit dat niet duidelijk blijkt uit de wetsbepaling en de Memorie van Toelichting op welke wijze de financiering zal worden vormgegeven, stuit wel op bezwaren. Uitgangspunt dient te zijn dat de ondernemingen die onder het sectorspecifieke toezicht vallen, slechts kunnen worden verplicht bij te dragen aan de financiering van de ACM voor zover die taken betrekking hebben op de sector/markt waarop die ondernemingen actief zijn. Kort en goed komt dat neer op het volgende: energiebedrijven enkel voor het toezicht op de energiesector, telecomoperators slechts voor toezicht op de telecommunicatiemarkt en postvervoerbedrijven enkel voor toezicht op de postmarkt etc. Het Wetsvoorstel en de Memorie van Toelichting zouden op dit punt duidelijker moeten zijn met name gelet op de vraagstelling van vraag 4 in het kader van de internetconsultatie van het Wetsvoorstel.

Artikel 6b – Inlichtingenbevoegdheid

5. Het voorgestelde artikel 6b van het Wetsvoorstel bevat een algemeen informatierecht van de ACM met eraan gekoppeld een algemene informatieplicht van betrokkenen. Bij niet naleving kan een boete worden opgelegd van maximaal € 450.000,- of 1% van de omzet (artikel 12l).
6. De bepaling gaat verder dan de huidige artikelen 5:16 en 5:17 Awb. De Memorie van Toelichting draagt geen bijzondere reden voor deze bepaling aan. Evenmin wordt een noodzaak ertoe aannemelijk gemaakt.
7. De VvM is van mening dat de Memorie van Toelichting een nadere motivering behoeft ten aanzien van de noodzaak om de inlichtingenbevoegdheid van de ACM te verruimen.
8. Een vervolgvraag betreft de waarborgen voor de informatie-uitwisseling binnen de ACM. Alle informatie die de ACM verkrijgt mag voor alle taken gebruikt worden. Dat betekent, bijvoorbeeld, dat informatie afkomstig van consumenten die klagen in het kader van individuele consumentenbescherming gebruikt mag worden voor het uiteindelijk opleggen van een boete voor overtreding van het kartelverbod. Het gaat wellicht te ver om bij voorbaat te zeggen dat dit niet geoorloofd zou zijn, maar er zijn wel enkele knelpunten. Deze knelpunten hebben met name betrekking op het opleggen van zeer hoge boetes en de bescherming van de rechten van verdediging (bv. onschuldpresumptie en zwijgrecht) van de beschuldigde onderneming.
9. De VvM is van mening dat verruiming van de inlichtingenbevoegdheid van de ACM samen dient te gaan met goede waarborgen omtrent het gebruik van informatie in het licht van de bevoegdheid om 'vrijelijk' informatie uit te wisselen binnen de ACM. De VvM zou graag zien dat niet zozeer met sancties wordt gezwaaid ten aanzien van de informatieplicht, maar dat de wetgever bepaalde waarborgen creëert waardoor de rechten van verdediging – en mogelijk ook consumentenrechten – niet worden geschaad bij naleving van de informatieplicht.

Artikel 12c-f – Binnentreden woning

10. Beoogd wordt met de artikelen 12c-f van het Wetsvoorstel het binnentreden van woningen met de mogelijkheid tot doorzoeking ACM breed mogelijk te maken, indien aan de voorwaarden die daarvoor gelden is voldaan.
11. De wetgever heeft eerder onderkend dat binnentreden van woningen met de mogelijkheid van doorzoeking een zo vergaande bevoegdheid inhoudt dat het een aanwijzing vormt voor strafrechtelijke handhaving. De crux daarvan is uiteraard dat er deugdelijke waarborgen moeten zijn om deze bevoegdheid in te kaderen en de schending van de rechten van de betrokkene (waaronder het privacyrecht) zo klein als mogelijk te maken.
12. Allereerst wordt opgemerkt dat de VvM meent dat het Wetsvoorstel geen afdoende grond aandraagt voor het ACM breed toepassen van deze bevoegdheid. De VvM is van mening dat

Wetsvoorstel stroomlijning markttoezicht ACM – bijdrage Vereniging voor Mededingingsrecht

in de huidige opzet van de genoemde artikelen onvoldoende waarborgen zijn opgenomen. Zo is in de huidige opzet niet geborgd dat de rechter-commissaris daadwerkelijk toezicht houdt op het binnentreden/de huiszoeking. Dat lijkt de VvM benodigd. Ook kan zij zich niet vinden in het beoogde verstrekken van een voorzorgsmachtiging; dat zet het toezicht van de rechter-commissaris en de waarborgen te veel op afstand. Op te merken valt dat in zoverre aansluiting kan worden gezocht bij het strafrecht waar aanwezigheid van een rechter-commissaris van een woning nog altijd de regel is (97 Sv). Ook het EVRM noopt tot rechterlijke betrokkenheid bij binnentreden en doorzoeking van woningen (vgl. Sanoma t. Nederland, EHRM 14 september 2009, par. 62, NJ 2011, 230; eerder: Colas Est t. Frankrijk, EHRM 16 juli 2002, par. 46, NJ 2003, 452; beide zien op – de minder vergaande inbreuk van rechten ter zake van– bedrijfsgebouwen).

Artikel 12g – Legal privilege

13. De VvM is van mening dat de uitbreiding van artikel 5:20 Awb conform artikel 51 (1) Mw een positieve ontwikkeling is. Bedrijven hebben baat bij rechtszekerheid op dit punt. Correspondentie tussen advocaat en bedrijf, op het werkterrein van de ACM, is nu te allen tijde vertrouwelijk, onafhankelijk van de plaats waar de correspondentie wordt aangetroffen. Ook natuurlijke personen (feitelijk leidinggevend of opdrachtgevers) kunnen een beroep op legal privilege doen als bijvoorbeeld in hun woning correspondentie met een advocaat wordt aangetroffen.

Artikel 12ga – Zelfstandige last

14. Artikel 12ga van het Wetsvoorstel kent aan de ACM de bevoegdheid toe een zelfstandige last op te leggen 'in verband met de naleving van een wettelijk voorschrift met het toezicht op de naleving waarvan zij is belast'. In de begripsbepalingen wordt deze figuur onderscheiden van de bindende aanwijzing. De ACM kan een bindende aanwijzing tot naleving van de materiële wet opleggen. Bij overtreding van een bindende aanwijzing kan de ACM een boete of een last onder dwangsom opleggen. Een bindende aanwijzing is een wegens een overtreding opgelegde zelfstandige last. Uit de begripsbepalingen in onderling verband bezien, volgt dat de ACM een zelfstandige last kan opleggen zonder dat van een overtreding sprake is. De Memorie van Toelichting geeft niet aan waartoe deze bevoegdheid nodig is voor naleving van de Mededingingswet. Zij beperkt zich tot de opmerking dat er sprake is van harmonisatie.
15. Het oer-model van de zelfstandige last zonder overtreding is het noodbevel dat de burgemeester kan uitvaardigen ter handhaving van de openbare orde. Deze bevoegdheid is gebonden aan de voorwaarde dat sprake is van een ernstige verstooring van de openbare orde of van een geïntegreerde vrees voor het ontstaan daarvan.
16. De bevoegdheid in artikel 12ga is in alle richtingen onbegrensd. Volgens de Memorie van Toelichting gaat het om normconcretiserende lasten, maar voor zover dit al een begrenzing inhoudt, is deze niet in het Wetsvoorstel neergelegd. Er worden geen toepassingsvoorwaarden gesteld en er wordt geen inkadering gegeven aan de inhoud van de last. Dit levert een uniek voorbeeld op van een bevoegdheid met 100% beoordelingsvrijheid en 100% beleidsvrijheid. Zolang de ACM binnen het terrein van de wetten waarop zij toeziet blijft, heeft de rechter geen enkele wettelijke maatstaf waaraan de uitoefening van deze bevoegdheid kan worden getoetst. De enige toets die dan overblijft is die van een zorgvuldige voorbereiding, motivering en kennelijke onredelijkheid.
17. De VvM is van mening dat niet valt in te zien waarom een toezichthouder over de volle breedte van zijn werkterrein de bevoegdheid zou moeten hebben om ondernemingen die geen overtreding begaan rechtsplichten in verband met de naleving van de wet op te leggen bovenop hetgeen waartoe zij reeds op grond van de wet gehouden zijn. Voor de handhaving van de Mededingingswet acht de VvM de zelfstandige last geen nuttig en noodzakelijk instrument mede omdat de wetgever niet duidelijk maakt wat de zelfstandige last precies

Wetsvoorstel stroomlijning markttoezicht ACM – bijdrage Vereniging voor Mededingingsrecht

inhoudt en waartoe de ondernemingen kunnen worden verplicht. Aangezien het mededingingsrecht ondernemingen verbiedt bepaalde mededingingsbeperkende gedragingen te ontplooiën, is de zelfstandige last een instrument die niet bij dit rechtsgebied past.

Artikel 12i – Zwijgrecht

18. Het artikel bepaalt dat artikel 5:10a Awb van overeenkomstige toepassing is op een verhoor door ACM ambtenaren. Die bepaling uit de Awb wordt in zoverre verbreed dat – zoals het nu ook in de Mededingingswet (artikel 53) is geregeld – het zwijgrecht geldt voor betrokkenen ‘aan de zijde van de onderneming’.
19. In de optiek van de VvM is de verbreding van het zwijgrecht op de voet van het huidige artikel 53 Mw juist. De overeenkomstige toepassing van artikel 5:10a Awb is, zo meent zij, minder correct. Artikel 53 Mw bepaalt dat het zwijgrecht geldt vanaf het moment dat de ambtenaren een redelijk vermoeden hebben dat een overtreding is begaan. Dit betekent – zeker in de praktijk – dat geen misverstanden bestaan over het zwijgrecht. Zodra een verklaring wordt opgenomen bij een bedrijfsbezoek (verhoor wordt afgenomen) wordt het zwijgrecht van toepassing en de cautie toegepast. Dit is ook extra van belang in het kader van de handhaving van de Mededingingswet, nu aldaar – zo is de algemene lezing – op basis van Europeesrechtelijke jurisprudentie van het Hof van Justitie (Orkem-jurisprudentie) geen zwijgrecht geldt voor feitelijke vragen.
20. Bij artikel 5:10a Awb is minder duidelijk of vanaf het eerste moment (verhoor door ACM ambtenaren) een zwijgrecht/cautieplicht geldt, nu dat artikel die rechten verbindt aan een verhoor ‘met het oog op het [aan hem] opleggen van een bestraffende sanctie’. Dat moment kan later liggen dan het ‘aanvangstijdstip’ van artikel 53 Mw en zal zodoende in de praktijk tot discussie kunnen leiden. Weliswaar geldt dat op dit terrein het ‘overarching’ recht van artikel 6 EVRM van toepassing is, maar het lijkt de VvM toch niet opportuun de duidelijke bepaling van artikel 53 Mw met de bijhorende rechtsbescherming in te wisselen voor artikel 5:10a Awb.

Artikel 12n – Definitie van de omzet

21. In verband met invoering van een algemene omzetdefinitie in artikel 12n beoogt het Wetsvoorstel de omzetbeschrijvingen in de diverse materiële wetten te harmoniseren. Deze stroomlijning/harmonisering leidt ertoe dat het boetemaximum dat kan worden opgelegd op grond van de Telecommunicatiewet en de Postwet aanzienlijk stijgt.
22. Het Wetsvoorstel kiest als uitgangspunt het boetemaximum dat op grond van artikel 57 Mw kan worden opgelegd en dat betreft 10% van de omzet van de onderneming. Nadere uitwerking van de daadwerkelijk op te leggen boete door de NMa, is neergelegd in de Boetebeleidsregels zoals vastgesteld door de Minister.
23. Uit de Memorie van Toelichting op artikel 49 Postwet (en artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet) – waarin het boetemaximum op 10% van de relevante omzet van de onderneming in Nederland is vastgelegd – volgt duidelijk dat deze beperking van het boetemaximum tot de relevante omzet in Nederland een bewuste keuze is geweest van de wetgever.
24. De VvM vraagt zich af waarom de wetgever niet langer voor een lager boetemaximum in de Telecommunicatiewet en de Postwet kiest. Stroomlijning van wet- en regelgeving is volgens de VvM geen goed argument om het boetemaximum in de Telecommunicatiewet en de Postwet aanzienlijk te verhogen. Indien het boetemaximum daadwerkelijk dusdanig wordt verhoogd, is de VvM van mening dat de Memorie van Toelichting op dit punt een betere motivering ter rechtvaardiging en uitleg van die verhoging behoeft.

Artikel 12o – Schorsende werking beroep en hoger beroep

25. Het huidige artikel 63 Mw bepaalt dat de werking van een boetebesluit wordt opgeschort tot na de beroepstermijn of de beslissing in beroep. Onder beroep heeft de wetgever tevens bezwaar verstaan, maar geen hoger beroep.
26. Het toekomstige artikel 12o van het Wetsvoorstel is enerzijds ruimer geformuleerd dan het huidige artikel 63 Mw, omdat het artikel bepaalt dat de werking van een boetebesluit ook gedurende het hoger beroep is geschorst.
27. Artikel 12o van het Wetsvoorstel is anderzijds echter enger geformuleerd dan het huidige artikel 63 Mw, omdat beroep en hoger beroep alleen schorsende werking hebben bij boetes hoger dan € 100.000. Hierdoor worden middelgrote en kleine bedrijven en natuurlijke personen (feitelijk leidinggevend en opdrachtgevers) benadeeld ten opzichte van grote bedrijven (omdat de hoogte van de boete altijd gebaseerd is op de omzet van de onderneming). Voor kleine familiebedrijven of eenmanszaken, waar de NMa ook boetes aan uitdeelt, zoals bijvoorbeeld gebeurd is naar aanleiding van de bouwfraude en voor het glazenwassers kartel, kan een boete van € 90.000 of € 10.000 dusdanig zwaar op de balans drukken dat de verplichting om te betalen onevenredige schade kan aanrichten. Het argument dat invordering van relatief lage boetes past bij een slagvaardig toezichthouder staat niet in verhouding tot de belangen die voor middelgrote en kleine bedrijven en natuurlijke personen in een dergelijke situatie op het spel staan.
28. De VvM is van mening dat schorsende werking van beroep en hoger beroep niet beperkt moet worden tot boetes van meer dan € 100.000, maar voor alle boetes dient te gelden.

Artikel 12r en s – Openbaarmaking

29. Artikel 12r van het Wetsvoorstel voorziet in een verplichte openbaarmaking van bestuurlijke boetes en bindende aanwijzingen. In de Memorie van Toelichting wordt expliciet afstand genomen van een openbaarmaking op grond van de Wob.
30. De verplichting tot openbaarmaking geldt voor besluiten tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie en bindende aanwijzingen. Daarbij is geen ruimte meer voor de ACM om voorafgaand aan publicatie een belangenafweging te maken welke belangenafweging bij openbaarmaking op grond van de Wob nog wel werd gemaakt.
31. De wetgever lijkt echter te miskennen dat een belangenafweging alvorens besloten wordt tot openbaarmaking noodzakelijk is om onevenredige benadeling te voorkomen. De verplichte openbaarmaking leidt tot een aanzienlijke benadeling van de positie van ondernemingen (reputatieschade) die onderworpen zijn aan het toezicht van de ACM. 'Naming en shaming' van ondernemingen wordt nu bij wet geregeld. De wetgever gaat er wel heel gemakkelijk a priori vanuit dat een door de ACM beboete onderneming of persoon schuldig is en verwijt treft. Voor de ACM bestaat er geen ruimte meer om een afweging te maken of zij al dan niet tot publicatie wil overgaan. Ook zij is met handen en voeten gebonden aan de wettelijke verplichting tot openbaarmaking op grond van artikel 12r.
32. Voorts wordt op grond van het Wetsvoorstel de termijn waarbinnen een voorlopige voorziening aanhangig moet worden gemaakt vastgesteld op vijf werkdagen. Vijf werkdagen is in de praktijk in veel gevallen te kort om tot een gedegen onderbouwd verzoek om een voorlopige voorziening te komen. Een verruiming van die termijn is dan ook geboden.

Artikel 12s

33. Voor de overige besluiten geldt geen verplichte openbaarmaking. De Memorie van Toelichting lijkt er van uit te gaan dat openbaarmaking niet hoeft tenzij die verplichting elders in de wet is

Wetsvoorstel stroomlijning markttoezicht ACM – bijdrage Vereniging voor Mededingingsrecht

geregeld. De ACM maakt dan ook zelf de afweging of openbaarmaking geboden is. Dit betekent dat de ACM een discretionaire bevoegdheid heeft waarbij openbaarmaking – blijkens de Memorie van Toelichting – geschiedt op grond van artikel 8 juncto 10 Wob. Indien er sprake is van openbaarmaking op grond van artikel 12s vindt derhalve wel een belangenafweging plaats op grond van de Wob.

34. Per geval zal de ACM dus de afweging maken of openbaarmaking nuttig en nodig is. Het Wetsvoorstel noch de Memorie van Toelichting maakt duidelijk of dit enkel voor de marktscans en rapportages geldt of dat de ACM voor alle overige besluiten een afweging met betrekking tot nut en noodzaak maakt.
35. Voorts regelt het Wetsvoorstel niets over de openbaarmaking van boeterapporten, waarschuwingen en vooraankondigingen en is onduidelijk of de Beleidsregels inzake openbaarmaking zoals OPTA deze hanteert, blijven gelden en dat de ACM deze overneemt. Zie hierna paragraaf 6.2 uit de OPTA beleidsregels.

“6.2 Geen openbaarmaking

26. Het college maakt boeterapporten, waarschuwingen en vooraankondigingen niet openbaar, tenzij het college op zwaarwichtige gronden anders besluit. De reden hiervoor is dat dit producten zijn waarbij het onderzoek vaak nog niet geheel is afgerond. Openbaarmaking kan dan onnodig schadelijk zijn voor de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen. Bovendien kan het teveel prijsgeven van de methode van onderzoek van het college, wat het belang van toezicht schaadt.”

Anticipatie op toezicht en verhoging van de fusiedrempel

36. Het doel van mededingingstoezicht is om het gedrag van ondernemingen zo te beïnvloeden dat mededingingsbepurende afspraken en gedragingen zo min mogelijk voorkomen en mededingingsbepurende fusies en overnames niet plaatsvinden. Dit doel wordt deels bereikt buiten het blikveld van de toezichthouder. De Memorie van Toelichting gaat op een aantal plekken voorbij aan dit anticipatie-effect van mededingingstoezicht. De motivering van de afschaffing van strafrechtelijke handhaving van de Telecommunicatiewet is dat er in praktijk geen gebruik van wordt gemaakt (Memorie van Toelichting, p. 14). Het is echter mogelijk dat het risico op strafrechtelijke handhaving bijdraagt aan de naleving van de wet en dus aan de effectiviteit van het toezicht.
37. Een tweede punt is de verhoging van de drempel waarboven concentraties gemeld dienen te worden in artikel 29 Mw van € 113 miljoen naar € 150 miljoen. Dit is een verhoging van bijna 33%. De Memorie van Toelichting motiveert op p. 50 terecht dat hierdoor minder concentratievoornemens voor toetsing in aanmerking komen, wat een besparing oplevert voor zowel ondernemingen als de toezichthouder. De Memorie van Toelichting stelt verder dat het risico dat er door de verhoging van de drempel mededingingsbepurende concentraties zullen plaatsvinden beperkt is. Deze stelling lijkt gebaseerd te zijn op een analyse van aangemelde concentraties, en negeert daarmee de concentratievoornemens die al voor de melding sneuvelen vanwege de drempel die de concentratiecontrole opwerpt, zoals een lage gepercipieerde kans op groen licht.

Afschaffing bezwaar bij boetebesluiten

38. De reden voor afschaffing van bezwaar bij boetebesluiten is dat de voordelen (zeefwerking, belang van dossiervorming en laagdrempeligheid) die de bezwaarprocedure in het algemeen heeft, zich niet voordoen als het gaat om bezwaren tegen boetebesluiten van de ACM. Afschaffing van bezwaar zal naar verwachting een positief effect hebben op de doorlooptijden, waardoor de ACM in meer gevallen binnen de redelijke termijn van artikel 6 EVRM zal kunnen blijven. Tevens leidt afschaffing van bezwaar tot vermindering van kosten voor het bedrijfsleven en de ACM.

Wetsvoorstel stroomlijning markttoezicht ACM – bijdrage Vereniging voor Mededingingsrecht

39. In de Memorie van Toelichting wordt daarnaast aangevoerd dat bezwaar kan worden afgeschaft, omdat voorafgaand aan de bezwaarprocedure doorgaans alle argumenten van overtreders al bekend zijn door de zienswijzen die naar aanleiding van een rapport naar voren worden gebracht. Dit argument gaat alleen niet op ten aanzien van de boete. In het rapport wordt namelijk nog geen boete opgelegd. Dit gebeurt pas in het besluit.
40. De VvM is in beginsel niet tegen het afschaffen van de bezwaarprocedure. Toch zou de VvM graag in de Memorie van Toelichting terug willen zien dat de ACM de procedure na het uitbrengen van een rapport zodanig vorm zal geven, dat de betrokken partijen zich over alle formele en materiële onderwerpen in het te nemen besluit kunnen uitlaten. Hiervoor is volledige inzage in het te nemen besluit noodzakelijk. De betrokken partijen zouden zich bijvoorbeeld over de boete(grondslag) moeten kunnen uitlaten. Daarnaast zou het horen van getuigen eveneens een mogelijkheid moeten zijn tijdens de hoorzitting bij de NMa. Overigens vraagt de VvM zich wel af welke consequenties afschaffen van bezwaar heeft voor de belasting van de rechterlijke macht.

Zbo, algemene belangen, politieke gevoeligheid, beleidsregels en functiescheidingseis

41. De ACM is een zelfstandig bestuursorgaan (“zbo”) naar model van de NMa (een klein zbo, in plaats van een groot zbo, zoals OPTA voorheen was). De ACM kenmerkt zich als een orgaan waar een grote concentratie plaatsvindt van macht en juridische bevoegdheden tot het treffen van maatregelen met een ingrijpend, discretionair en politiek karakter. Daarbij worden taken gecombineerd die voorheen gescheiden waren – de consumentenbeschermingstaak van de Consumentenautoriteit met het consumentenwelvaartspectief van de NMa bijvoorbeeld – waarbij het de vraag is of deze perspectieven steeds, en even gemakkelijk, kunnen worden verenigd. In hoeverre brengt deze samenvoeging van taken een verschuiving van het perspectief van de toezichthouders naar meer algemene belangen (ook wel niet-economische belangen genoemd) mee? Is deze afweging een politieke afweging of een afweging door een onafhankelijk orgaan? Tegelijkertijd zijn controlemechanismen gelimiteerd. Als zbo is de ACM onttrokken aan politieke verantwoordelijkheid en democratische controle, voor zover besluiten gebaseerd zijn op economische of technische deskundigheid of op juridische beleidsvrijheid, betracht de rechter terughoudendheid in toetsing. Ook ACM's interne ‘checks and balances’ zoals ‘chinese walls’ en bestuurlijke heroverweging zijn aan erosie onderhevig. Er zijn twee kanten aan de opmerkingen die in dit kader kunnen worden gemaakt.
42. De ene kant is dat de keuze om van de ACM geen groot zbo te maken onterecht is. Argumenten kunnen worden ontleend aan de onafhankelijkheidseis die door het Europese recht wordt gesteld. Ook betekent het niet geheel onafhankelijk maken van het personeel van de ACM dat de Minister van EL&I een grote invloed kan krijgen op de dossiers van ACM. Is het bijvoorbeeld mogelijk dat de minister van EL&I, die immers (mogelijkerwijs grote) invloed kan uitoefenen, het kartelverbod kan ‘uitschakelen’ als het gaat om dossiers als inkoopmacht en landbouw? Deze argumenten pleiten voor een sterkere onafhankelijkheid.
43. Aan de andere kant staan argumenten om de ACM als geheel onder politieke verantwoordelijkheid te laten vallen. Het voorbeeld van de NS laat zien dat het parlement wanneer er echt iets aan de hand is, een vinger in de pap wil hebben, ook al is een organisatie op afstand van de minister geplaatst, in dat voorbeeld zelfs geheel buiten de overheid. Het risico is niet denkbeeldig dat er een schimmige situatie ontstaat waarbij vragen in het parlement ontstaan die moeilijk kunnen worden gesteld en beantwoord. Vragen behoeven niet taboe te blijven wanneer er een ordelijke politieke verantwoordelijkheid is geregeld. Daartoe is temeer aanleiding, omdat ook de rechter afstand houdt wanneer een bestuursorgaan bij de uitoefening van zijn bevoegdheden een grote mate van expertise behoeft zoals op de meeste beleidsterreinen van de ACM het geval is. Bovendien opereert de ACM op een terrein van de weging van verschillende algemene en specifiek economische belangen, die een ruime politieke belangstelling krijgen.

Wetsvoorstel stroomlijning markttoezicht ACM – bijdrage Vereniging voor Mededingingsrecht

44. Op zijn minst zou op de vraag of de ACM wel geschikt is om onafhankelijk te functioneren een uitgebreidere visie en onderbouwing worden verwacht die de zbo-status van de ACM nader verklaart. Een dergelijke visie dient het bovengenoemde element van de weging van belangen te omvatten.
45. Een volgend aandachtspunt betreft de beleidsregelstellende bevoegdheid van de Minister en de beleidsregelstellende bevoegdheid van de ACM. Mag de Minister de beleidsregels van de ACM 'overrulen' met eigen beleidsregels? Wie van hen waakt over de algemene belangenafweging en de afweging van diezelfde belangen in een individuele zaak?
46. Een laatste aandachtspunt betreft de functiescheidingseis (artikel 12p van het Wetsvoorstel). Deze functiescheidingseis geldt ten aanzien van het opstellen van rapporten en boetebesluiten. Zij houdt in – evenals in de huidige Mw (54a) – dat de personen betrokken bij het onderzoek en het opstellen van een rapport niet dezelfde mogen zijn als de personen die betrokken zijn bij het opstellen van het boetebesluit. Het doel hiervan is om de objectiviteit van de besluitvorming te bevorderen.
47. De functiescheidingseis geldt evenwel niet ten aanzien van het formele besluitvormingsproces, welke geheel bij de Raad van Bestuur ligt. In de huidige opzet beslist de Raad van Bestuur zowel over het opmaken van het rapport als de oplegging van een sanctie. Het lijkt inconsistent – waar met het Wetsvoorstel wordt beoogd te verzekeren dat het opleggen van een boete objectief en onbevooroordeeld plaatsvindt – de functiescheidingseis niet nader in te vullen ten aanzien van de formele besluitvorming. Hier zou in het Wetsvoorstel aandacht aan moeten worden besteed en eventueel een oplossing voor moeten opgenomen, zeker gezien het zeer brede spectrum van bevoegdheden die de Raad van Bestuur straks krijgt. Zo zou kunnen worden overwogen om in mededingingszaken de bevoegdheid om een rapport op te stellen niet langer bij de Raad van Bestuur te laten rusten, maar bij de directeur Mededinging. Daarmee wordt daadwerkelijk invulling gegeven aan de door de wetgever gewenste functiescheiding.
