

Reactie namens CAIW, Tele2, T-Mobile, UPC, Vodafone en Ziggo

Wijziging van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt en enige andere wetten in verband met de stroomlijning van het door de Autoriteit Consument en Markt te houden markttoezicht

13 juli 2012

INLEIDING

1. Deze reactie volgt artikelsgewijs de consultatieversie van het wetsvoorstel 'Wijziging van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt en enige andere wetten in verband met de stroomlijning van het door de Autoriteit Consument en Markt te houden markttoezicht' d.d. 31 mei 2012 (hierna: **"het Stroomlijningswetsvoorstel"** of **"het wetsvoorstel"**). De Autoriteit Consument en Markt (hierna: **"ACM"**) zal per 1 januari 2013 ontstaan door samenvoeging van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: **"NMa"**), de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: **"OPTA"**) en de Consumentenautoriteit (hierna: **"CA"**). De relevante artikelen worden gevolgd door een aanbeveling. Het betreft een gezamenlijke reactie van CAIW Diensten B.V., Tele2 Nederland B.V., T-Mobile Netherlands B.V., UPC Nederland B.V., Vodafone Libertel B.V. en Ziggo B.V. (hierna: **"de Aanbieders"**).

ALGEMENE OPMERKINGEN

2. De Aanbieders hebben met aandacht kennis genomen van het wetsvoorstel en de concept-Memorie van Toelichting bij dit wetsvoorstel. Bij de bespreking van het wetsvoorstel hanteren de Aanbieders de volgende uitgangspunten:
 - Proportionaliteit van bevoegdheden en toezicht dient gewaarborgd te zijn;
 - Het wetsvoorstel dient vanuit materieel perspectief geen nieuwe bevoegdheden in het leven te roepen ten opzichte van die van de bestaande toezichthouders;
 - Een duidelijke scheiding tussen beleid en toezicht is wenselijk;
 - Terughoudendheid met *naming & shaming* is op zijn plaats; (ongeanonimiseerde) publicatie dient met voldoende waarborgen te zijn omkleed;
 - Transparantie van toezicht en laagdrempelige toegang tot de toezichthouder voor het bedrijfsleven voor informeel overleg dient wettelijk te worden vastgelegd;
 - De wetgevingstrajecten inzake de Instellingswet en de Stroomlijningswet dienen zoveel mogelijk in samenhang te worden gezien en parlementair te worden behandeld.
3. Op basis van deze uitgangspunten onderschrijven de Aanbieders de volgende punten in het wetsvoorstel als positieve ontwikkelingen voor de toezichtspraktijk van ACM:
 - Afschaffing van het duale stelsel (Whc en Tw) en het eenduidige stelsel van publiekrechtelijke handhaving is de juiste route;
 - Het weghalen van de overlap van bevoegdheden en onduidelijkheden omtrent onderlinge taak- en toezichtsafbakening van de verschillende toezichthouders zal kunnen leiden tot efficiënter toezicht en vermindering van administratieve lasten;

- De uitbreiding van de functiescheiding op grond van artikel 10:3, vierde lid Awb tot betrokkenheid bij het onderzoek;
 - Het legal privilege krijgt een bredere strekking.
4. De Aanbieders vragen de aandacht voor een aantal zorgpunten, waaronder het ontbreken van een aantal belangrijke waarborgen. Ook wordt er afbreuk gedaan aan de volledigheid van het wetsvoorstel en de concept-Memorie van Toelichting doordat belangrijke onderwerpen in dit wetsvoorstel worden overgelaten aan nadere invulling bij Algemene Maatregel van Bestuur (hierna: “**AMvB**”) welke nog niet in concept is vastgesteld. De Aanbieders denken hier met name aan de AMvB die de toezichtskosten nader moet invullen (zie hierna).
 5. Op veel plaatsen is sprake van grote beleidsvrijheid voor de ACM. Vooral de mogelijkheid om een waarschuwing op grond van de Whc openbaar te maken verdient hier de aandacht. Deze zeer vergaande bevoegdheid dient met meer wettelijke waarborgen te worden omgeven. Ten aanzien van de openbaarmaking van sanctiebesluiten heeft de ACM daarentegen geen enkele beleidsvrijheid terwijl dat wel gewenst is.
 6. Ook op een groot aantal andere plaatsen in het wetsvoorstel zijn er open punten, of punten die veel (rechts)onzekerheid in het leven roepen dan wel punten die de positie van de ondertoezichtgestelde onderneming aantasten. In veel gevallen geeft de concept-Memorie van Toelichting amper motivering, waardoor het gissen blijft naar de bedoeling van de wetgever en de gevolgen voor de positie van ondertoezichtgestelden. Van groot belang is dat beleid en toezicht gescheiden blijven, mede om de onafhankelijkheid van het toezicht te waarborgen. Het is wenselijk dat belangrijke onderwerpen in de wet worden vastgelegd met een deugdelijke motivering. Dit levert niet alleen meer (rechts)zekerheid op voor de Aanbieders, of het bedrijfsleven in het algemeen, maar ook voor de consument, aangezien een wet minder gevoelig is voor politieke koerswijzigingen. De minister dient om die reden in zijn algemeenheid terughoudend te zijn met beleidsregels. Daar waar de Aanbieders vinden dat een onderwerp in de wet dient te worden geregeld, wordt dat hieronder concreet aangegeven.
 7. Voorts wordt in het kader onder elke reactie concreet aangegeven op welke wijze de tekst van het wetsvoorstel zou moeten worden aangepast om aan de bezwaren van de Aanbieders tegemoet te komen. De algemene opmerkingen, bijvoorbeeld betreffende de motivering, zullen niet in het kader onder elke reactie worden opgenomen, maar alleen besproken worden in de voorafgaande tekst.

ARTIKELSGEWIJS COMMENTAAR

Artikel 2 (Taak- en doelomschrijving van de ACM)

8. De Aanbieders constateren dat de taak- en doelomschrijvingen van de ACM erg breed zijn geformuleerd. Het wetsvoorstel beoogt een vergaande harmonisatie van materiële wetten. De ruime taak- en doelomschrijving van de ACM in artikel 2 van het wetsvoorstel leidt ertoe dat de betrokkene die onder toezicht van de ACM staat op een onevenredige wijze wordt benadeeld. Noodzakelijke waarborgen ter voorkoming van onevenredige benadeling en schade voor de betrokken ondernemingen ontbreken in het wetsvoorstel.
9. Een gevolg van de ruime taakomschrijving is dat de ACM, op grond van artikel 7 van het wetsvoorstel Instellingswet, alle informatie die zij verkrijgt in het kader van de

uitoefening van één taak, vrijelijk kan uitwisselen binnen de ACM. Deze uitgewisselde informatie kan de ACM gebruiken voor al haar taken, die bijzonder breed geformuleerd zijn en waarbij geen onderscheid wordt gemaakt tussen toezicht en handhaving. De Aanbieders pleiten voor een meer afgebakende taakomschrijving. Indien informatie-uitwisseling plaatsvindt met andere toezichthouders, dient de betrokken onderneming daarvan in kennis te worden gesteld (zoals nu gebeurt bij uitwisseling tussen de toezichthouders onder de samenwerkingsprotocollen) en dient de mogelijkheid te bestaan daartegen een rechterlijke voorziening te vragen.

10. Ten slotte is niet voorzien in een overgangsregime. Dit heeft tot gevolg dat alle informatie die bijvoorbeeld in 2011 verstrekt is aan de NMa met betrekking tot het markttoezicht, vrijelijk door de ACM kan worden gebruikt voor andere doeleinden.

Er dienen waarborgen voor de betrokken ondernemingen te worden vastgelegd met betrekking tot de brede taak- en doelomschrijving van de ACM, ter voorkoming van onevenredige benadeling en schade. De Stroomlijningswet dient te voorzien in een overgangsregime voor informatie die voor de inwerkingtreding van deze wet over ondernemingen is verzameld. Deze informatie dient uitsluitend gebruikt te worden in het kader van de bevoegdheden op grond waarvan zij destijds is verkregen.

Artikel 6a (Toezichtskosten)

11. Artikel 6a bepaalt dat de kosten van de ACM die samenhangen met de uitvoering van de taken als bedoeld in artikel 2, tweede, derde en vierde lid, ten laste worden gebracht van de bedrijven. Een en ander zal nader worden uitgewerkt in een AMvB. De concept-Memorie van Toelichting bepaalt tevens dat het kostenbegrip en de doorberekeningssystematiek zullen worden uitgewerkt in deze AMvB.
12. Hoewel deze AMvB dus bepalend zal zijn voor de vragen welke kosten als 'toezichtskosten' in rekening zullen worden gebracht, aan welke ondernemingen en op welke wijze deze berekend c.q. toegerekend zullen worden, is nog geen voorstel voor deze AMvB bekendgemaakt. Gezien de grote verschillen waarop onder de huidige wetgeving de berekening en doorbelasting van toezichtskosten (al dan niet) door de drie autoriteiten plaatsvindt, maakt dit het onmogelijk te overzien welke wijzigingen de nieuwe wetgeving met zich mee zal brengen. De Aanbieders dringen er, gezien het belang van toezichtskosten voor ondernemingen in gereguleerde markten, op aan dat ook ten aanzien van een dergelijke AMvB een consultatie zal worden gehouden en beperken zich in de onderhavige zienswijze tot een bespreking van de uitgangspunten.
13. In het Stroomlijningswetvoorstel is het uitgangspunt dat alle kosten die de ACM maakt in verband met de uitvoering van haar taken worden doorbelast aan de markt. Primair menen de Aanbieders dat de financiering van de ACM in zijn geheel uit algemene middelen dient plaats te vinden. Het Stroomlijningswetvoorstel gaat immers voorbij aan het uitgangspunt dat de kosten voor activiteiten van de overheid in beginsel alleen kunnen worden doorberekend aan een bedrijf, indien sprake is van een individueel toerekenbaar voordeel voor het bedrijf/de betreffende bedrijven (profijtbeingsel).¹ Een bedrijf dient dus profijt bij de betrokken overheidsactiviteit te hebben. Hiervan is echter geen sprake (meer).

¹ Kamerstukken II, vergaderjaar 1996-1997, 25 533, nr. 3, p. 133.

14. Op dit moment vindt de financiering van de NMa (met uitzondering van de kosten als genoemd in artikel 85 elektriciteitswet, artikel 64 Gaswet en een gedeelte van de kosten met betrekking tot toezicht op vervoer) en de CA plaats uit de algemene middelen. De kosten van handhaving door de NMa worden door de overheid gedragen. De kosten van OPTA worden evenwel gedeeltelijk² doorberekend aan de marktpartijen. Destijds werd overwogen dat voor de telecommunicatiesector een uitzondering moest worden gemaakt op de hoofdregel dat sprake dient te zijn van individueel profijt, omdat de telecommunicatiewetgeving zich primair kenmerkt als marktordenende regelgeving, hetgeen in het algemeen in het voordeel werkt van diegenen die binnen de ordening vallen.³
15. Met het samengaan van de NMa, CA en OPTA verschuift het karakter van het toezicht richting consumentenbescherming in plaats van marktordening. Er kan dan ook niet langer gesproken worden over (gemeenschappelijk) individueel profijt voor partijen in de telecommunicatiesector dat een rechtvaardiging zou opleveren voor de toedeling van kosten aan marktpartijen. Anders gezegd: de financiële bijdrage die de telecommunicatiepartijen op dit moment betalen aan OPTA, zal in de grote geldpot van de ACM komen. Niet meer is te controleren of de opbrengsten wel specifiek voor de telecommunicatiesector, en in het bijzonder de marktordening, worden gebruikt. Bovendien blijkt de grens tussen de algemene regels en de sectorspecifieke regels in de praktijk moeilijk te trekken, nu deze elkaar deels overlappen. Dit zal leiden tot ongelijke behandeling van onder-toezicht-gestelden.
16. Subsidiair stellen de Aanbieders dat veel onzekerheid in de markt zal ontstaan omtrent de vraag welke kosten ten laste komen van welke bedrijven aangezien de AMvB waarover artikel 6a spreekt nog niet is vastgesteld en allerm minst duidelijk is welke inhoudelijke richting deze AMvB zal opgaan. Er zal een (wettelijk) kader moeten komen met een waarborg ter voorkoming van de situatie dat de telecommunicatiesector gaat bijdragen aan bijvoorbeeld de marktordening in de post-, vervoer- of de energiesector (voorkoming kruissubsidiëring).
17. Er zal eerst zekerheid moeten zijn voor bedrijven omtrent de relevante kosten die in aanmerking worden genomen alsmede toerekening ervan voordat dit artikel in werking treedt. Op basis van de Telecommunicatiewet (artikel 16.1), nader uitgewerkt in het Besluit vergoedingen Tw, betalen de Aanbieders alleen een vergoeding voor de taken van OPTA voorzover die betrekking hebben op de elektronische communicatiemarkt. De concept-Memorie van Toelichting bevat op dit moment geen enkele waarborg dat deze situatie gehandhaafd blijft. In het geval dat er alsnog in wordt voorzien dat de relevante kosten van de ACM op kostendekkende wijze worden doorberekend⁴ aan onder-toezicht-gestelde bedrijven dient er een duidelijke afbakening te komen in de wet (althans in de genoemde AMvB). Het uitgangspunt van kostendekkendheid dient analoog aan artikel 2 van het besluit kostenverhaal energie en op basis van artikel 12 lid 2 machtigingsrichtlijn (2002/20/EC) in de wet te worden verankerd.
18. Voor wat betreft de aard van de door te berekenen kosten geldt als referentiekader de uitspraken van het HvJEG inzake *Albacom SpA en Infostrada SpA* en artikel 12 van de Machtigingsrichtlijn (2002/21/EC). Op grond daarvan mogen aan ondernemingen

² Voor zover het gaat om Concurrentiebevordering op communicatiemarkten, Eindgebruikersbelangen op communicatiemarkten, Marktanalyses, Monitoring, Beleidsinteractie, Voorlichting, Gemeenschappelijke kosten.

³ Kamerstukken I, vergaderjaar 1997-1998, 25533, nr. 309b, p. 34, Nvt Besluit vergoedingen Tw (Stb. 1999, 130, p. 7).

⁴ Vgl artikel 2 van het Besluit kostenverhaal energie op grond waarvan de bedragen die verschuldigd zijn op grond van artikel 85, eerste lid, van de Elektriciteitswet 1998 of artikel 64, eerste lid, van de Gaswet zodanig worden berekend dat daarmee de kosten die zijn verbonden aan de desbetreffende werkzaamheden, worden gedekt.

die een dienst of een netwerk aanbieden uitsluitend de administratieve kosten van beheer, controle en toezicht op de naleving van specifieke verplichtingen in rekening worden gebracht.

De kosten van de Autoriteit Consument en Markt die samenhangen met de uitvoering van haar taken worden gedragen door het Rijk. Voorzover alsnog kosten worden doorgerekend aan marktpartijen dienen deze te zijn beperkt tot kosten van de activiteiten die direct individueel toerekenbaar zijn op basis van het profijtbeginsel. Toerekening van kosten dient op transparante wijze plaats te vinden waarbij zowel de aard als de omvang van de kosten alsmede het kostenverdelingsmechanisme voor bedrijven inzichtelijk is. Het uitgangspunt van kostendekkendheid dient analoog aan artikel 2 besluit kostenverhaal energie en conform artikel 12 lid 2 van de machtigingsrichtlijn (2002/21/EC) in de wet te worden verankerd.

Artikel 6b (Algemeen informatierecht ACM)

19. Dit artikel bepaalt dat een ieder desgevraagd de gegevens en inlichtingen verschaft aan de ACM, wanneer deze redelijkerwijs nodig zijn voor de uitvoering van de in artikel 2, tweede en vierde lid, bedoelde taken en bevoegdheden. Op grond van artikel 7 Instellingswetsvoorstel mag alle informatie die de ACM verkrijgt binnen de gehele ACM voor al haar taken worden gebruikt. Als gezegd wordt daarbij geen onderscheid gemaakt tussen de informatie die voor onderzoek en voor marktanalyse is verkregen of informatie die is verkregen met het oog op toezicht of handhaving. Doordit artikel op te nemen, met een hoge straf op niet-medewerking, is het deste meer van groot belang dat artikel 7 van het wetsvoorstel Instellingswet goede waarborgen voor partijen met betrekking tot het gebruik van informatie bevat. Ten onrechte is niet voorzien in een recht op inzage in de door derden verstrekte gegevens betreffende de betrokken onderneming noch in informatievoorziening omtrent en/of een rechtsgang tegen het gebruik ervan, zodat de betrokken ondertoezichtgestelde in de verdediging van zijn rechtspositie wordt geschaad. Met betrekking tot artikel 7 Instellingswet merken de Aanbieders nog op dat Artikel 7, derde lid, sub c, Instellingswet een loze bepaling lijkt nu ondernemingen al in het bezit zullen zijn van de informatie die zij zelf hebben verstrekt en juist belang zullen hebben bij inzage in door derden over hen aan de ACM verstrekte informatie, zeker indien voor alle mogelijke doeleinden kan worden gebruikt. Ook mist hier een verplichting voor de ACM om een onderneming te informeren indien diens gegevens voor een ander doel worden gebruikt dan waarvoor zij zijn verkregen of door de ACM worden verstrekt aan een andere (binnen- of buitenlandse) toezichthouder, bestuursorgaan etc.

In de wet dient te worden voorzien in een recht op inzage in informatie die door derden over de betrokken onderneming is verstrekt alsmede een rechtsgang tegen het gebruik ervan.

Artikelen 12c tot en met 12f (Binnentreden)

20. De artikelen 12c tot en met 12f maken het mogelijk voor de ACM om een woning te betreden en te doorzoeken (wanneer aan de genoemde voorwaarden is voldaan).
21. Ten eerste constateren de Aanbieders een inconsistentie in de concept-Memorie van Toelichting bij deze artikelen en de artikelen over het afschaffen van de bezwaarfase. In de toelichting met betrekking tot de afschaffing van de bezwaarfase wordt overwo-

gen dat het voordeel dat bezwaar laagdrempelig is, niet gemist zal worden nu de NMa, OPTA en CA met name boetes opleggen aan grotere bedrijven:

“De bezwaarschriftprocedure is goedkoper en daarmee toegankelijker dan beroep bij de bestuursrechter. De NMa en de OPTA, maar ook de CA, leggen echter met name boetes op aan grotere bedrijven die zich door de kosten van beroep, waaronder de (in de toekomst mogelijk hogere) griffierechten, niet zullen laten weerhouden om in beroep te gaan.”⁵

Om diezelfde reden wordt geen bezwaar gezien in het hanteren van een boetegrens van €100.000 voor het toekennen van schorsende werking aan het instellen van beroep tegen sanctiebesluiten (artikel 120).

22. In de concept-Memorie van Toelichting wordt ten aanzien van het opnemen van een mogelijkheid tot binnentreden en het doorzoeken van een woning evenwel overwogen:

“Daarnaast komt het regelmatig voor dat bedrijven aan huis zijn gevestigd, met name bij ondernemingen die worden gedreven door kleine zelfstandigen, eenmanszaken en personenvennootschappen. Vaak is dan slechts een (afgescheiden) deel van het woonhuis ingericht als kantoor- of bedrijfsruimte, terwijl de (digitale) gegevens en bescheiden waarnaar de toezichthouder op zoek is (zoals een laptop) zich in het woonruimtedeel kunnen bevinden.”⁶

23. Tegenstrijdig is dat – zakelijk weergegeven - enerzijds wordt gesteld dat boetes doorgaans alleen aan grote bedrijven worden opgelegd die zich niet laten weerhouden door de kosten van beroep en dus de mogelijkheid van bezwaar kan worden afgeschaft, terwijl anderzijds uitdrukkelijk de mogelijkheid tot het binnentreden van woningen (kleinere bedrijven en zelfstandigen) in het leven wordt geroepen. Met deze bevoegdheid wordt zonder twijfel beoogd om kleinere bedrijven beter te kunnen onderzoeken. Op grond daarvan kunnen zij tevens aan boetes onderworpen worden. Kleinere bedrijven en zelfstandigen beschikken doorgaans over minder financiële middelen om zich te kunnen verweren. Zij worden onevenredig getroffen door het afschaffen van de (goedkopere) bezwaarschriftprocedure. Het effect hiervan wordt verstrekt doordat beroep tegen boetes lager dan € 100.000 geen schorsende werking heeft. (Zie hiervoor tevens randnr 42 e.v.)
24. Het wetsvoorstel lijkt daarenboven te miskennen dat het ACM-breed doortrekken van de mogelijkheid tot binnentreden onwenselijk en niet proportioneel is. Ter onderbouwing verwijst de concept-Memorie van Toelichting naar het positieve effect dat deze bepaling heeft op handhaving van de Mededingingswet. Echter, toentertijd is over opname van deze bevoegdheid in de Mededingingswet overwogen:

“Dit amendement maakt het mogelijk dat de NMa de bestuursrechtelijke bevoegdheid krijgt tot het doorzoeken van elke plaats, met inbegrip van het binnentreden van een woning, zonder dat hiervoor toestemming van de bewoner hoeft te worden gegeven. Voor een doorzoeking geldt de rechtswaarborg dat de rechter-commissaris een machtiging moet afgeven. Met het mogelijk maken van het doorzoeken van elke plaats en binnentreden van de woning zonder toestemming van de bewoner, krijgt de NMa dezelfde zelfstandige be-

⁵ P. 15 concept-MvT.

⁶ P. 31 concept-MvT.

voegdheid als de Europese Commissie. De opsporingsbevoegdheid van de NMa wordt derhalve door dit amendement verruimd, hetgeen zal strekken tot een betere handhaving van de Mededingingswet. Artikel 21 van verordening 1/2003 geeft de Europese Commissie de bevoegdheid een inspectie uit te voeren. Op grond van de huidige Mededingingswet kan de NMa wel bijstand verlenen aan een inspectie die wordt uitgevoerd door de Europese Commissie. Uitgangspunt bij de nationale Mededingingswetgeving dient te zijn dat zoveel mogelijk wordt aangesloten bij de Europese bevoegdheden en dat de instrumentele mogelijkheden van de NMa zo veel mogelijk dezelfde zijn als die van de Europese Commissie.”

25. Deze convergentie is volgens de Raad van State in haar advies bij het amendement Heemskerk wenselijk, omdat voorkomen moet worden dat op vergelijkbare gedragingen van ondernemingen verschillende regels van toepassing zijn, al naar gelang er sprake is van een effect op de tussenstaatse handel⁷. Een dergelijke onderbouwing kan geen soelaas bieden voor de opneming van dit artikel in het wetsvoorstel, met name omdat sectorspecifieke regulering en consumentenbescherming van een heel andere orde zijn dan het mededingingsrecht.
26. De concept-Memorie van toelichting biedt te weinig valide argumenten ter onderbouwing van het feit dat de onderzoekingsbevoegdheid ACM-breed wordt doorgetrokken, anders dan de wens tot stroomlijning van de bevoegdheden. Op meerdere punten geeft de concept-Memorie van Toelichting geen concrete onderbouwing. De concept-Memorie van Toelichting heeft het bijvoorbeeld over het feit dat er geen minder verstrekkende alternatieven beschikbaar zijn die het hetzelfde doel bereiken. Onduidelijk is welke minder verstrekkende alternatieven de wetgever overwogen heeft. Gezien het ingrijpend karakter van deze bevoegdheid voor de betrokken privé-personen en hun gezinnen is de legitimiteit van deze uitbreiding minstgenomen twijfelachtig.
27. Ten slotte biedt het wetsvoorstel weinig waarborgen voor partijen omtrent binnentreden. Weliswaar wordt bepaald dat er een voorafgaande machtiging is vereist van de rechter-commissaris, de waarborg dat de rechter-commissaris ook daadwerkelijk aanwezig is bij het binnentreden door de toezichthouder in de woning, en zodoende derhalve toezicht houdt over de huiszoeking, ontbreekt. Dit zou in overeenstemming moeten worden gebracht met de gebruikelijke wijze waarop binnentreden plaatsvindt in het strafrecht (zie bijvoorbeeld artikel 97 Wetboek van Strafvordering).

Primair: beperking van deze bevoegdheid tot toezicht op de mededingingsregels. Subsidiair: de bevoegdheid tot binnentreden van privéwoningen dient uitsluitend te mogen worden gebruikt in aanwezigheid van de rechter-commissaris conform de regeling van artikel 97 Sv.

Artikel 12ga (Zelfstandige last)

28. Artikel 12ga geeft de ACM de bevoegdheid 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. De zelfstandige last is nieuw voor de telecommunicatiesector. Daarmee wordt een nieuwe bevoegdheid voor de ACM in het leven geroepen bovenop de bestaande bevoegdheden uit hoofde van de Telecommunicatiewet. De Aanbieders zijn daarvan geen voorstander. De concept-Memorie van Toelichting omtrent de zelf-

⁷ Advies van de Raad van State en Nader rapport, Kamerstukken II, 2006/07, 30 071, nr. 37, p. 2.

standige last is nogal summier en bevat weinig uitleg over de vraag waarom gekozen is voor de bevoegdheid tot het opleggen van een zelfstandige last. Het is de Aanbieders derhalve niet geheel duidelijk wat deze bepaling precies inhoudt.

29. Uit de begripsbepalingen van een bindende aanwijzing en een zelfstandige last blijkt dat een zelfstandige last (in tegenstelling tot de bindende aanwijzing) ook voorafgaand aan een vaststelling van een overtreding kan worden opgelegd, dus zelfs zonder dat sprake hoeft te zijn van een overtreding. Het doel van een zelfstandige last behelst de bevordering van de naleving van wettelijke voorschriften. De zelfstandige last is een last als bedoeld is in 5:2, tweede lid, Awb en is derhalve geen bestuurlijke sanctie maar is wel een besluit waartegen bezwaar en beroep openstaat.
30. De zelfstandige last is in het leven geroepen in de Awb omdat het door de wetgever wenselijk werd geacht dat het bestuur eerst nader zou concretiseren welke verplichtingen voortvloeien uit een norm, alvorens naleving van deze verplichtingen af te dwingen⁸. Gelet op deze ratio wordt met een zelfstandige last hetzelfde beoogd als met richtsnoeren of beleidsregels zoals die thans door de drie toezichthouders gehanteerd worden ter concretisering van uit de wet voortvloeiende verplichtingen. Niet valt in te zien waarom beleidsregels of richtsnoeren niet volstaan. Aangezien een zelfstandige last altijd betrekking zal hebben op een individuele onderneming vindt per definitie *'naming & shaming'* plaats (ongeacht of dit effect ermee is beoogd). Dit effect is niet aan de orde bij beleidsregels of richtsnoeren die naar de aard een algemene strekking hebben doch ook zien op de naleving van verplichtingen door individuele bedrijven. Het risico op *'naming & shaming'* van een zelfstandige last voor de reputatie van de betrokken onderneming(en) wordt hiermee sterk onderschat.
31. Bovendien doet zich hier de vraag voor of de onschuldpresumptie wel voldoende gewaarborgd wordt bij het opleggen van een zelfstandige last. Denk bijvoorbeeld aan het geval dat de ACM vermoedt dat sprake is van een overtreding, maar hier niet tegen kan optreden bijvoorbeeld doordat de ACM geen toereikend bewijs van het bestaan van een overtreding kan leveren of de wettelijke norm onvoldoende geconcretiseerd is. Met de zelfstandige last heeft dan als gevolg van het onvermijdelijke *'naming & shaming'* effect dan, de facto, alsnog een *'veroordeling'* plaatsgevonden. Het bestaande handhavings-instrumentarium biedt afdoende effectieve middelen om overtredingen aan te pakken en voor het verduidelijken van een (algemene) norm zijn voldoende middelen beschikbaar zonder dat een bepaalde onderneming op negatieve wijze wordt belast.
32. Het meest in het oog springend is dat de bevoegdheid tot het opleggen van een zelfstandige last geheel onbegrensd is en de toepassing ervan binnen de discretionaire beleidsvrijheid van de ACM valt. Dit heeft tot gevolg dat de ACM ten allen tijde een zelfstandige last kan opleggen wanneer zij dit gepast vindt, waarbij uitsluitend een marginale rechterlijke toetsing kan plaatsvinden. De zelfstandige last zoals deze nu is opgenomen in het wetsvoorstel bevat ten onrechte geen waarborgen ter voorkoming van oneigenlijk gebruik door de ACM. Voor het opleggen van een zelfstandige last dient een transparante proportionaliteitstoets te gelden.

Voor de telecomunicatiesector is de introductie van de zelfstandige last een onevenredig zwaar middel aangezien met beleidsregels of richtsnoeren hetzelfde doel kan

⁸ Kamerstukken II 2003-2004, 29 702, nr. 3, p 85.

worden bereikt, namelijk concretisering of verduidelijking van uit de wet voortvloeiende verplichtingen. Het is onwenselijk de ACM de mogelijkheid te bieden een dergelijke last op te leggen aan een bedrijf zonder dat is komen vast te staan dat sprake is van een daadwerkelijke overtreding. Het bestaande handhavingsinstrumentarium biedt afdoende effectieve middelen om overtredingen aan te pakken; er is geen noodzaak een onderneming tot voorbeeld te stellen en daarmee reputatieschade voor die onderneming te riskeren. Voor zover een zelfstandige last wordt geïntroduceerd voor de telecommunicatiesector dient toegevoegd te worden in het Stroomlijningswetsvoorstel dat bij het opleggen ervan tevens de gerechtvaardigde belangen van de betrokken onderneming bij haar positie op de markt op transparante wijze dienen te worden gemotiveerd waarbij een proportionaliteitstoets dient plaats te vinden. De zelfstandige last dient te zijn omkleed met waarborgen tegen oneigenlijk gebruik door de toezichthouder.

Artikel 12l (boetemaxima II)

33. Artikel 12l van het wetsvoorstel voorziet in de mogelijkheid voor de ACM een boete op te leggen aan onder meer ondernemingen die niet voldoen aan een informatieverzoek op grond van artikel 6b. Deze bepaling is, in een minder vergaande vorm, reeds opgenomen in artikel 18.7 van de Telecommunicatiewet. In de Telecommunicatiewet staat op overtreding van de medewerkingsplicht een maximale boete van € 450.000. In het Stroomlijningswetsvoorstel komt op het schenden van de medewerkingsplicht een boete te staan van € 450.000, of indien dat meer is, van maximaal 1 % van de omzet van het bedrijf. Daarbij wordt geen onderscheid gemaakt tussen de taken waarvoor de informatie door ACM is opgevraagd (zie hiervoor met betrekking tot artikel 6b).
34. De motivering die de concept-Memorie van Toelichting geeft met betrekking tot deze verhoging is zeer summier en komt er op neer dat een uniform boetemaximum overzichtelijker wordt gevonden. Met andere woorden, met geen andere reden dan het gemak van een uniforme boetenorm voor de toezichthouder wordt het boetemaximum voor tal van overtredingen op grond van de Telecommunicatiewet, Postwet en Wet handhaving consumentenbescherming zeer aanzienlijk verhoogd. Niet in te zien valt waarom het dusdanig bezwaarlijk voor de toezichthouder is met verschillende boetemaxima voor overtreding van verschillende wetten (NB. het gaat niet om verschillende wettelijke normen, maar om hele wetten).
35. Zou de ACM dusdanig belang hechten aan een uniform boetemaximum, dan zou dit uiteraard ook bereikt worden door het boetemaximum uit de Mededingingswet aan te passen c.q. te verlagen tot 10% van de relevante omzet van een onderneming in Nederland. Niet gemotiveerd, of zelfs onderzocht, is of een dergelijk boetemaximum niet voldoende afschrikwekkend effect zou hebben terzake van overtredingen van de mededingingsregels (zie ook hierna met betrekking tot artikel 12n).

Met betrekking tot artikel 12l, eerste lid, dient het zinsdeel 'of indien dat meer is, van ten hoogste 1% van de omzet van het bedrijf, niet zijnde een ondernemersvereniging, dan wel, indien de overtreding door een ondernemersvereniging is begaan, van de gezamenlijke omzet van de ondernemingen die van de vereniging deel uitmaken.' te worden geschrapt.

Met betrekking tot artikel 12l, tweede lid, dient 'in Nederland' te worden toegevoegd aan het zinsdeel 'van ten hoogste 10% van de omzet van het bedrijf'.

Artikel 12n (Omzetdefinitie)

36. Het Stroomlijningswetsvoorstel tracht met een algemene omzetdefinitie de verschillende omzetbeschrijvingen in diverse materiële wetten te harmoniseren. De nieuwe omzetdefinitie heeft echter tot gevolg dat het boetemaximum dat kan worden opgelegd op grond van onder meer de Telecommunicatiewet aanzienlijk stijgt. Als enige reden wordt harmonisatie genoemd. Aanbieders menen dat het niet zo kan zijn dat marktpartijen kans lopen op een (aanzienlijk) hogere boete, puur voor het gemak van de toezichthouder om met één boetemaximum te werken. Nadere motivering en elke legitimering hiervoor ontbreekt in de concept-Memorie van Toelichting.
37. De omzetdefinitie zoals deze nu is opgenomen in de Telecommunicatiewet (artikel 15.4) bepaalt dat het boetemaximum “10% van de relevante omzet van de onderneming in Nederland” is. Het Stroomlijningswetsvoorstel verhoogt dit naar “10% van de omzet van de onderneming” waarbij voor de onderneming het groepsbegrip van Boek 2 BW wordt gehanteerd. Dit komt dus neer op 10% van de volledige (wereldwijde) omzet van de groep waartoe de onderneming die de overtreding heeft begaan behoort.
38. Het Stroomlijningswetsvoorstel vormt dus op twee punten een aanscherping c.q. verhoging van het boetemaximum:
- I. Er wordt niet meer gekeken naar de relevante omzet, maar naar de totale (netto) omzet uit alle activiteiten van de groep waartoe de beboete onderneming behoort;
 - II. Er wordt niet meer gekeken naar enkel de omzet in Nederland, maar naar de wereldwijde omzet;
39. Wat betreft punt I menen de Aanbieders dat vastgehouden dient te worden aan definitie “10% van de relevante omzet van de onderneming”. Belangrijk is immers dat niet de hele omzet als uitgangspunt wordt genomen, maar alleen de relevante omzet d.w.z. de omzet waarop de overtreding betrekking heeft. Dit is ook in lijn met de huidige praktijk in de telecomsector⁹. Een verbreding is disproportioneel en zou tegen de huidige praktijk ingaan.
40. Wanneer punt II gewijzigd zou worden gaat de wetgever in tegen de Memorie van Toelichting bij de Telecommunicatiewet. In de Toelichting bij artikel 15.4 is het volgende opgenomen¹⁰:

“Deze wijziging van het boeteregime is ingegeven door overwegingen met betrekking tot de effectiviteit van het toezicht. Effectief toezicht – niet alleen een Nederlandse wens, maar ook een Europeesrechtelijke verplichting – vereist dat de boetes die opgelegd kunnen worden, voldoende afschrikwekkend moeten kunnen werken. Aangezien de mogelijke financiële voordelen van overtreding van de verplichtingen van het regime van de aanmerkelijke marktmacht aanzienlijk hoger kunnen zijn dan € 450.000 euro, wordt de mogelijkheid van zwaardere sancties voorgesteld, namelijk maximaal 10% van de omzet van de betrokken onderneming in de elektronische communicatiesector in Nederland.”

⁹ Zie hiervoor artikel 15.4 lid 8 Tw

¹⁰ Kamerstukken II, vergaderjaar 2002-2003, 28 851, nr. 13, p. 23.

41. Aanpassing van de omzetdefinitie zou strijdig zijn met de overwegingen bij de Telecommunicatiewet. Het Stroomlijnswetsvoorstel tracht aan te sluiten bij artikel 57 van de Mededingingswet maar verliest uit het oog dat een overtreding van de Mededingingswet in de meeste gevallen ingrijpender is dan een overtreding op grond van de Telecommunicatiewet. Daarnaast in een dergelijke verhoging disproportioneel en ongelegitimeerd op grond van het bovenstaande.

Voor het boetemaximum dient vastgehouden te worden aan definitie “10% van de relevante omzet van de onderneming in Nederland”, in elk geval voor de materiële wetten waarvoor dit tot op heden geldt, zoals artikel 15.4 Tw.

Artikel 120 (Schorsende werking beroep en hoger beroep)

42. In dit artikel wordt – verkort weergegeven – bepaald dat de werking van het besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete die meer bedraagt dan € 100.000 wordt opgeschort tot het besluit in rechte vaststaat.
43. Op dit moment hebben alle boetebesluiten op grond van de Telecommunicatiewet schorsende werking totdat er op het beroep of hoger beroep is beslist (artikel 15.12).¹¹ Bij wijziging zal dit artikel alleen nog gelden voor beschikkingen van de Minister waarmee een bestuurlijke boete van meer dan € 100.000 wordt opgelegd. Dit artikel was in de Telecommunicatiewet opgenomen omdat een boetebeschikking een ingrijpend karakter heeft en de bedrijfsvoering dusdanig kan beïnvloeden dat een niet in rechte vaststaande beschikking geschorst kan blijven tot het moment dat deze in rechte vaststaat:

“In het algemeen geldt in het bestuursrecht als regel dat het maken van bezwaar of het instellen van beroep de werking van een besluit niet opschort (artikel 6:16 Awb). In artikel 15.12 wordt echter geopteerd voor een systeem waarbij de werking van een besluit wordt opgeschort tot het tijdstip waarop op een eventueel beroep is beslist. In het kabinetsstandpunt geldt als uitgangspunt om bij bestuurlijke boeten aan bezwaar schorsende werking te verlenen. In het onderhavige geval is het, gelet op het ingrijpende karakter van de sanctiebeschikkingen (boetemaximum van één miljoen gulden), aangewezen om ook aan beroep schorsende werking te verlenen.”¹²

En met betrekking tot de Aanpassingswet Vierde tranche Awb wordt over dit artikel in de Telecommunicatiewet overwogen:

“Met dit artikel wordt afgeweken van de algemene regel in het bestuursrecht dat het maken van bezwaar of het instellen van beroep de werking van een besluit niet opschort. In het kabinetsstandpunt inzake het advies van de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten over Handhaving van bestuurlijke boeten (Kamerstukken II 1993/94, 23 400 VI, nr. 48) wordt voor het uitgangspunt gekozen om bij bestuurlijke boeten aan bezwaar schorsende werking te verlenen. In het onderhavige geval is het gelet op het ingrijpende karakter van de sanctiebeschikkingen (boetemaximum van € 450 000), aangewezen om ook aan beroep schorsende werking te verlenen.”¹³

¹¹ Hetzelfde geldt voor boetebesluiten op grond van de Mededingingswet (artikel 63 Mw)

¹² Kamerstukken II, vergaderjaar 1996/1997, 25 533, nr 3, p. 132.

¹³ Kamerstukken II, vergaderjaar 2006/2007, 31 124, nr. 3, p. 62.

44. Het is onbegrijpelijk althans niet gerechtvaardigd dat de schorsende werking voor beroep en hoger beroep thans wordt beperkt tot boetes boven € 100.000. De argumentatie in de concept-Memorie van Toelichting geeft de indruk dat de ACM alleen boetes zal opleggen aan bedrijven met een miljoenen-omzet.
45. De concept-Memorie van Toelichting tracht een afweging te maken tussen enerzijds het zijn van een slagvaardige toezichthouder en anderzijds het doen betalen van boetes die een grote impact kunnen hebben op de bedrijfsvoering, terwijl deze nog niet in rechte vaststaan.¹⁴ Wat voor de ACM mogelijk een relatief lage boete is, kan voor de betrokken onderneming of privépersoon een enorm bedrag zijn.
46. De wetgever ziet het belang van, en de impact voor, kleine bedrijven over het hoofd door de 'knip' bij een absoluut bedrag (€ 100.000) te leggen. De beperking van de schorsende werking vanaf € 100.000 zal ten koste gaan van de belangen van MKB ondernemingen en natuurlijke personen. Een boete van € 100.000 voor een bedrijf met een omzet van € 1 miljoen kan zwaarder ingrijpen dan een boete van € 1.000.000 voor een bedrijf met een omzet van €10 miljoen. Weliswaar kan elke partij via een voorlopige voorziening schorsende werking aan de rechter vragen, toch ontstaat op deze manier een niet te rechtvaardigen rechtsongelijkheid tussen partijen die voor eenzelfde overtreding worden beboet, maar op basis van hun omzet wel of niet op schorsende werking kunnen rekenen. Juist voor kleine ondernemingen en natuurlijke personen is bovendien de drempel (ook financieel) om een voorlopige voorziening te vragen hoog.

Primair vragen de Aanbieders de woorden "en die boete meer bedraagt dan €100.000" in artikel 120, te schrappen. Subsidiair stellen de Aanbieders dat aangesloten dient te worden bij het boetebedrag genoemd in artikel 5:53 Awb. Wanneer de boete meer dan € 340 bedraagt, dient een besluit schorsende werking te genieten totdat het besluit in rechte vaststaat.

Artikelen 12r en 12s (Openbaarmaking)

47. Artikel 12r bepaalt dat sanctiebesluiten en bindende aanwijzingen verplicht openbaar worden gemaakt. Opvallend is dat in de concept-Memorie van Toelichting expliciet afstand wordt genomen van openbaarmaking op grond van de Wet openbaarheid van bestuur. In de Telecommunicatiewet is niet voorzien in een openbaarmakingsregime. OPTA maakt haar sanctiebesluiten op grond van de Telecommunicatiewet openbaar op basis van artikel 8 Wet openbaarheid van bestuur. Door de openbaarmakingsverplichting ex artikel 12r komt echter de verplichte belangenafweging bij openbaarmaking op grond van de Wet openbaarheid van bestuur te vervallen. De ACM hoeft geen enkele belangenafweging te maken alvorens tot openbaarmaking van sanctiebesluiten over te gaan.
48. Daarmee komt de gehele belangenafweging ten aanzien van openbaarmaking volledig bij de rechter te liggen. Op dit moment komt het reeds met grote regelmaat voor dat de rechter een publicatie van een boetebesluit verbiedt. Het gebeurt echter ook dat OPTA zelf na een eerste belangenafweging, op grond van de rechtspraak van de Rechtbank Rotterdam en de belangen van de betrokken onderneming(en), alsnog besluit niet tot publicatie over te gaan. Dat de eerste toets niet meer door het bestuursorgaan wordt gedaan, is niet alleen nadelig voor de betrokken partijen maar houdt

¹⁴ concept-Memorie van Toelichting Stroomlijningswet, p. 39.

ook extra belasting van het rechtssysteem in. Bovendien kan een rechter geen volledige belangenafweging meer maken, nu de rechter alleen nog maar in aanmerking mag nemen of het sanctiebesluit zelf *prima facie* rechtmatig is aangezien de voorgestelde wettelijke bepaling verplicht tot openbaarmaking. Daarmee gaat het toetsingskader van de Wob op grond, waarvan ook andere belangen zich tegen openbaarmaking kunnen verzetten, verloren. Dit kan tot de onwerkelijke situatie leiden dat wanneer er eenmaal een uitspraak van de Rechtbank is, en de betreffende situatie zich nogmaals voordoet (en de ACM en betrokkene allebei weten dat niet gepubliceerd behoort te worden), de ACM vastzit aan de verplichting tot openbaarmaking. In dit geval zal dus naar de rechter moeten worden gegaan om openbaarmaking te voorkomen, hetgeen een onnodige belasting van het rechtssysteem tot gevolg heeft.

49. Hiernaast mogen besluiten, behoudens bedrijfsvertrouwelijke gegevens, niet meer worden geanonimiseerd. De concept-Memorie van Toelichting overweegt hieromtrent:

“Voorgesteld wordt dat alle besluiten waarbij vanwege een vastgestelde overtreding een bestuurlijke sanctie of bindende aanwijzing wordt opgelegd, door de ACM verplicht openbaar moeten worden gemaakt. Deze beginselplicht tot publicatie geeft de ACM geen ruimte om een afweging te maken welke gegevens zij wel en welke gegevens zij niet openbaar maakt. Dit betekent dat de namen van overtreders en, indien aan de orde, van feitelijk leidinggevendenden dus standaard openbaar gemaakt worden en niet mogen worden weggelakt. Alleen de in het besluit tot het opleggen van de bestuurlijke sanctie of bindende aanwijzing opgenomen bedrijfsvertrouwelijke gegevens worden niet openbaar gemaakt (eerste lid). Het ontbreken van afwegingsruimte betekent bijvoorbeeld dat de ACM niet toe kan komen aan een afweging van belangen als bedoeld in artikel 10 van de Wet openbaarheid van bestuur. De voorgestelde openbaarmakingsverplichting gaat als specifieke regeling voor op de algemene regeling van het Wetsvoorstel openbaarheid van bestuur. Het betekent ook dat de ACM geen ruimte heeft voor een zelfstandige afweging van de belangen van de overtreder of de kenmerken van de overtreding. Gelet op het doel van de openbaarmakingsverplichting om de consument in een zo vroeg mogelijk stadium te waarschuwen, is nadrukkelijk gekozen voor een verplichting tot openbaarmaking in plaats van een mogelijkheid tot openbaarmaking die ruimte laat voor afweging. Daarin heeft meegewogen dat een ondernemer die een overtreding begaat, willens en wetens het risico neemt dat de overtreding – door middel van openbaarmaking van de handhavende actie of anderszins – bekend wordt en dat daardoor de kans bestaat op reputatieschade, afbreuk van concurrentiepositie en inbreuk op de persoonlijke levenssfeer.”¹⁵

50. Deze laatste overweging geeft precies aan waarom de openbaarmakingsverplichting in deze voorgestelde vorm niet te rechtvaardigen is. Er is namelijk geen sprake van een in rechte vaststaand feit dat een onderneming of feitelijk leidinggevende een overtreding heeft begaan. Wanneer een belangenafweging ontbreekt is er een kans dat ondernemingen of feitelijk leidinggevendenden onevenredig worden benadeeld, door openbaarmaking van het desbetreffende besluit of de desbetreffende aanwijzing. De kans is groot dat openbaarmaking niet meer proportioneel is in relatie tot de overtreding.
51. Zoals hiervoor reeds overwogen maakt OPTA besluiten op dit moment openbaar op grond van de Wob. Voor de openbaarmaking hanteert OPTA derhalve een termijn

¹⁵ concept MvT Stroomlijningswet, p. 42-43.

voor het vragen van een voorlopige voorziening van 14 dagen. Op grond van het wetsvoorstel zou deze termijn worden teruggebracht tot 5 werkdagen. De Aanbieders zien dit als een ernstige inperking van de rechtsbescherming. In veel gevallen, met name wanneer er sprake zal zijn van uitvoerige en juridisch complexe besluiten, is vijf dagen een onwerkbaar termijn om tot een volledig verzoek om een voorlopige voorziening te komen, met name wanneer daarin de rechtmatigheidstoetsing moet worden voorgelegd.

52. Artikel 12s geeft de ACM een optionele mogelijkheid tot openbaarmaking van de overige besluiten. De openbaarmaking van besluiten op grond van artikel 12s geschiedt op grond van artikel 8 Wob. Bij een openbaarmaking van een besluit op grond van artikel 12s vindt derhalve wel een belangenafweging plaats op grond van de Wet openbaarheid van bestuur. Uit de concept-Memorie van Toelichting volgt echter niet wat de ACM onder 'overige' besluiten dient te verstaan. De Aanbieders zien dit dan ook graag duidelijker gedefinieerd in het Stroomlijningswetsvoorstel.
53. Ten slotte wordt ook artikel 2.23 Whc aangepast, althans krijgt een geheel nieuwe inpassing. De optionele bevoegdheid die artikel 2.23 Whc bood, wordt als een verplichting overgeplaatst naar artikel 12r van het Stroomlijningswetsvoorstel. De ACM zal nu op grond van artikel 2.23 Whc een waarschuwing op grond van de Whc openbaar kunnen maken, waarbij wanneer dat noodzakelijk is de naam van het bedrijf wordt genoemd. In deze situatie wordt eveneens een termijn van vijf werkdagen gehanteerd om een voorlopige voorziening aan te vragen hetgeen, zoals hierboven reeds omschreven, te kort is. Niet duidelijk is wat de status van een dergelijke waarschuwing is en hoe deze zich verhoudt tot de figuur van de zelfstandige last. Wel is duidelijk dat ook hierbij reputatierisico voor de onderneming dreigt, terwijl er geen overtreding hoeft te zijn vastgesteld. Met openbaarmaking van een waarschuwing vindt per definitie 'naming and shaming' plaats en zal er, de facto, zonder vastgestelde overtreding toch een veroordeling plaatsvinden.

Het Stroomlijningswetsvoorstel dient ten aanzien van de openbaarmaking van besluiten aan te sluiten bij de Wet openbaarheid van bestuur en derhalve ACM te verplichten de belangenafweging op grond van deze wet toe te passen alvorens te besluiten tot openbaarmaking. Dit geldt temeer als nog geen sprake is van een in rechte vaststaand feit. De belangenafweging dient te voorkomen dat ondernemingen of feitelijk leidinggevend onevenredig worden benadeeld, doordat hun (bedrijfs)gegevens openbaar worden gemaakt. Hiernaast dient de termijn voor het vragen van een voorlopige voorziening voor alle openbaarmakingsbesluiten te worden vastgesteld op 14 dagen, overeenkomstig het huidige regime.

Ten slotte dient het begrip 'overige besluiten' duidelijker gedefinieerd te worden in het Stroomlijningswetsvoorstel.

Afschaffen bezwaarfase

54. In het wetsvoorstel wordt voorgesteld om de bezwaarschriftprocedure voor boetebesluiten af te schaffen. De concept-Memorie van Toelichting legt weliswaar verschillende argumenten ten grondslag aan het afschaffen van het bezwaar; toch leidt deze afschaffing tot een onnodige rigoureuze wijziging en tot verlies van een instantie voor partijen. De Aanbieders zien hier zowel positieve als negatieve kanten aan en komen uiteindelijk tot de conclusie dat er een keuzemogelijkheid moet komen voor partijen of men bezwaar indient bij het bestuursorgaan. Uitgangspunt zou moeten zijn dat de zaak in rechtstreeks beroep wordt behandeld tenzij de betrokken onderneming ver-

zoekt om behandeling in bezwaar. De beslissing dient dus niet meer bij het bestuursorgaan te liggen, zoals nu het geval is op grond van artikel 7:1a Awb, maar bij de betrokken bedrijven.

55. In de concept-Memorie van Toelichting wordt allereerst overwogen dat veel geschillen niet worden afgedaan in bezwaar maar dat in een groot percentage van de zaken partijen uiteindelijk toch bij de bestuursrechter belanden (NMa 71%, OPTA 91% en CA 67%). De Aanbieders zien dit juist als een argument dat bezwaar wel degelijk effect kan hebben (in circa 30% van de gevallen) en bovendien geldt dat beslissing op bezwaar toch regelmatig tot verlaging van opgelegde sancties leidt. Ook in zaken waarin het feitencomplex nog niet is uitgekristalliseerd of het besluit op belangrijke onderdelen afwijkt van het boeterapport kan de bezwaarfase een nuttige procedure zijn om de zaak 'klaar te maken' voor toetsing door de rechter. Aanbieders pleiten dan ook voor een keuzemogelijkheid voor partijen of bezwaar of rechtstreeks beroep wordt ingesteld.
56. Deze redenering kan ook doorgetrokken worden naar het tweede argument in de concept-Memorie van Toelichting: de praktijk lijkt uit te wijzen dat partijen nauwelijks nieuwe gronden aanvoeren in bezwaar ten opzichte van hun eerdere gebrachte zienswijzen. Alle argumenten van partijen zijn, volgens de concept-Memorie van Toelichting, derhalve doorgaans al voorafgaand aan de bezwaarprocedure bekend. Uit dit argument volgt, volgens de Aanbieders, dat juist partijen hier hun mening over moeten kunnen vormen. Zij hebben immers nog geen mening kunnen geven over de hoogte van de boete en ook worden, zoals hierboven reeds aangehaald, de feiten doorgaans in bezwaar uitgekristalliseerd. Hierdoor worden partijen gedwongen in beroep te gaan en kosten te maken in het geval de ACM de hoogte van de boete verkeerd heeft berekend of de feiten nadere onderbouwing behoeven. Ook bestaat de kans dat het besluit van de ACM, na de zienswijzen van partijen, wel degelijk wordt aangepast en partijen nieuwe argumenten aan het bestuursorgaan kenbaar maken. Wanneer er een keuze blijft bestaan voor bezwaar, dan wel voor rechtstreeks beroep, kunnen partijen hier zelf een afweging maken.
57. Ten slotte wordt in de concept-Memorie van Toelichting overwogen dat het voordeel van laagdrempeligheid niet opgaat bij de meeste boetes die de ACM zal opleggen, nu deze meestal aan grote bedrijven worden opgelegd. Met deze redenering worden de belangen van de kleinere bedrijven die een boete krijgen opgelegd geheel uit het oog verloren. Het belang van kleinere bedrijven, waaronder ook enkele telecombedrijven, zou wel worden gewaarborgd wanneer er voor hen de keuzemogelijkheid bestaat om bezwaar te maken.
58. De Aanbieders erkennen de situatie dat er meerdere partijen, of partijen die zich melden als derdebelanghebbende, kunnen zijn, met verschillende wensen. De keuze voor de bezwaarprocedure zal alleen open moeten staan voor partijen aan wie een boete is opgelegd. Indien een van de partijen daarvoor kiest, zal de bezwaarschriftprocedure moeten worden doorlopen, om de waarborgen die een bezwaarschriftprocedure met een bezwaar advies commissie (BAC) biedt voor elke partij open te stellen.
59. Subsidiair merken de Aanbieders op dat – indien de bezwaarfase wordt afgeschaft – ter compensatie de primaire besluitvormingsprocedure bij de ACM, voordat de bezwaarprocedure zou worden afgeschaft, aanzienlijk moet worden aangepast. Hier kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een verzwaaring van de onderzoeks- en motiveringsplicht in de primaire besluitfase of de gelegenheid voor partijen om een zienswijze te

geven naar aanleiding van een concept besluit conform de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 van de Awb.

De bezwaarfase moet een keuzemogelijkheid worden voor de betrokken ondernemingen. Hoofddregel zou rechtstreeks beroep moeten zijn, tenzij de betrokken partij(en), met uitzondering van derde belanghebbenden, verzoeken om behandeling in bezwaar, in welk geval het mogelijk moet zijn een verzwaarde bezwaarfase (met BAC) te doorlopen. Voor zover de bezwaarfase komt te vervallen dient de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 van de Awb van toepassing te zijn.

Artikel 5 (Beleidsregels) – aanpassing Mededingingswet

60. Conform dit artikel kunnen beleidsregels met betrekking tot de uitoefening van de in deze wet aan de ACM toegekende bevoegdheden betrekking hebben of mede betrekking hebben op de wijze waarop de Minister of de ACM, bij toepassing van artikel 6, derde lid, andere belangen dan economische belangen in zijn afweging moet betrekken. Niet duidelijk is wat met andere belangen wordt bedoeld, maar buiten twijfel dient te zijn dat daartoe geen politieke belangen of individuele belangen mogen behoren, of belangen die op gespannen voet staan met de onafhankelijkheid van het toezicht.
61. Dit artikel leidt tot de vraag of OPTA als onderdeel van de nieuwe ACM, als ‘klein ZBO’, de mate van onafhankelijkheid bezit die door artikel 3a van de Kaderrichtlijn wordt vereist¹⁶, aangezien de ACM geen rechtspersoonlijkheid meer zal bezitten en personeel heeft dat rechtstreeks in dienst is bij het Rijk. Dat zou inhouden dat sprake is van een gezagsverhouding die op gespannen voet staat met artikel 3a van de Kaderrichtlijn waarin is bepaald dat:
- “national regulatory authorities responsible for ex ante market regulation or for the resolution of disputes between undertakings (...) shall act independently and shall not seek or take instructions from any other body in relation to the exercise of these tasks assigned to them.”*
62. Het vereiste van volledige onafhankelijkheid van artikel 28, eerste lid van richtlijn 95/46 kan op één lijn worden gesteld met de onafhankelijkheid en het verbod om instructies van andere autoriteiten te aanvaarden als bedoeld in artikel 3a van de Kaderrichtlijn. Om strijdigheid met het Europese recht te voorkomen dient de ACM een ZBO status te krijgen met rechtspersoonlijkheid en eigen personeel. Op die manier wordt bemoeienis door de Minister, bijvoorbeeld door het vaststellen van beleidsregels, voorkomen. In het geval dat de Minister deze bevoegdheid blijft behouden, dient het begrip ‘andere belangen dan economische belangen’, zoals hierboven reeds beschreven, te worden verduidelijkt.

¹⁶ Artikel 3a Richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 tot wijziging van de Richtlijnen 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en diensten (Kaderrichtlijn): Without prejudice to the provisions of paragraphs 4 and 5, national regulatory authorities responsible for ex ante market regulation or for the resolution of disputes between undertakings in accordance with Article 20 or 21 of this Directive shall act independently and shall not seek or take instructions from any other body in relation to the exercise of these tasks assigned to them under national law implementing Community law (...) Member States shall ensure that national regulatory authorities referred to in the first subparagraph have separate annual budgets.

In de concept-Memorie van Toelichting dient te worden opgenomen dat de bevoegdheid van de Minister tot het vaststellen van beleidsregels als bedoeld in artikel 5 is begrensd door artikel 3a Kaderrichtlijn en, artikel 28, eerste lid van richtlijn 95/46 (Privacyrichtlijn). In ieder geval dient in artikel 5 danwel de Memorie van Toelichting te worden verhelderd dat met 'andere belangen' die door de ACM of de Minister in aanmerking morgen worden genomen bij het opstellen van beleidsregels niet wordt bedoeld op politieke of individuele belangen.

63. Ten aanzien van de gestelde vragen geldt dat deze als volgt worden beantwoord:

- Vraag 1 (vervallen bezwaar bij bestuurlijke boete): randnrs. 54 e.v.
- Vraag 2 (betreden woningen): randnrs. 20 e.v.
- Vraag 4 (financiering ACM): randnrs. 11 e.v.
- *Vraag 3: Acht u het nuttig dat - in aanvulling op het belanghebbendebegrip van de Awb en ter stroomlijning van de bepalingen die regelen in welke gevallen representatieve organisaties tegen besluiten van de ACM kunnen opkomen - aan het wetsvoorstel een omschrijving van het begrip categoriaal belanghebbende wordt toegevoegd, waarbij wordt geregeld dat een consumentenorganisatie of een representatieve organisatie geacht wordt belanghebbende te zijn bij door de Autoriteit Consument en Markt genomen besluiten, niet zijnde beschikkingen, indien die consumentenorganisatie of representatieve organisatie blijkens de statutaire doelstelling werkzaam is op het gebied ten aanzien waarvan de regeling, die de grondslag biedt voor het betreffende besluit, regels geeft?*

64. De telecomaanbieders achten het opnemen van een definitie van het categoriaal belanghebbende begrip nuttig, onder de voorwaarde dat daarbij als waarborg geldt dat het begrip ziet op organisaties die blijkens de statutaire doelstelling kunnen worden geacht een representatief belang te vertegenwoordigen dat betrekking heeft op de specifieke aangelegenheid, in aansluiting op het begrip belanghebbende in artikel 1:2, derde lid, Awb (Ten aanzien van rechtspersonen worden als hun belangen mede beschouwd de algemene en collectieve belangen die zij krachtens hun doelstellingen en blijkens hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen). Voor de definitie kan dus worden volstaan met een verwijzing naar artikel 1:2, derde lid, Awb. Een aparte definitie is onwenselijk aangezien dit in de praktijk direct de vraag oproept hoe deze zich verhoudt tot artikel 1:2, derde lid, Awb. Niet iedere belangenorganisatie dient als belanghebbende op elk besluit van de ACM te kunnen reageren, zoals thans inzake de CA het geval is in artikel 7.2 Whc, op grond waarvan consumentenorganisaties per definitie als belanghebbenden worden aangemerkt, ongeacht de doelstelling of feitelijke werkzaamheden.

Bird & Bird LLP

Pauline Kuipers
Feyo Sickinghe
Annelies van Rookhuijzen