

Artikel

ACM: evolutie uit zuinigheid?

Enige beschouwingen bij de totstandkoming van de Autoriteit Consument en Markt

Mr. R. de Bree*

Inleiding

Wie vanuit het mededingingsrecht kijkt naar het traject om te komen tot een toezichthouder waarin de NMa, OPTA en Consumentenautoriteit (CA) per 1 januari 2013 zullen opgaan in de Autoriteit Consument en Markt (ACM), zou kunnen terugdenken aan de (vorige) grote aardverschuiving op het gebied van (de handhaving van) het Nederlandse mededingingsrecht, de totstandkoming van de Mededingingswet (Mw).

Toen zei de wetgever het aldus:

‘De laatste jaren is nationaal en internationaal de overtuiging gegroeid dat de werking van de goederen- en dienstenmarkten in Nederland te wensen over laat en dat de structurele problemen van Nederland op het gebied van werkgelegenheid en groei onder meer verband houden met een jarenlang te lankmoedig uitgevoerd mededingingsbeleid.

(...)

De economische ambities van ons land zullen voor een belangrijk deel (...) gedragen moeten worden door de activiteiten en de vrije individuele beslissingen van ondernemers; ondernemers die gestuurd, beloond en geprikkeld worden door concurrentie op binnen- en buitenlandse markten. Belemmeringen van de mededinging werken in dit opzicht contra-productief.

(...)

Het nieuwe mededingingsbeleid zal een bijdrage kunnen en moeten leveren aan de vereiste cultuuromslag.¹

Nu klinkt het zo:

‘Het kabinet streeft naar een krachtige, kleine en dienstverlenende overheid met minder ambtenaren, minder regels en minder bestuurders.

(...)

Doel van de oprichting van de ACM is vergroting van de effectiviteit en de efficiëntie van het markttoezicht in Nederland. De compacte en slagvaardige Autoriteit Consument en Markt kan flexibel en integraal inspelen op nieuwe ontwikkelingen zoals internationalisering, technologische ontwikkelingen en veranderde markten en marktontwikkelingen.²

Daarin klinkt niet direct eenzelfde brede visie door als destijds bij de introductie van de Mededingingswet. Toegegeven, de introductie van de ACM is geen wijziging zoals die van weleer van Wet op de economische mededinging (WEM) naar Mededingingswet. En onderkend wordt ook dat het taalgebruik op de ministeries vandaag de dag wat minder hoogdravend is dan vijftien jaar geleden. Maar de vraag komt op hoe omvangrijk en hoe ingrijpend het omzetten van de drie diensten NMa, OPTA en CA naar de ACM is. En vooral belangrijk is de vraag wat de ACM ons brengen zal. Dit artikel besteedt aan die vragen aandacht. Voor het goede perspectief zal kort de achtergrond van de operatie worden

141

* Mr. R. de Bree is advocaat bij Wladimiroff Advocaten in Den Haag.

1. *Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 4 en 6.*
2. *Kamerstukken II 2011/12, 33 186, nr. 3, p. 1.*

besproken alsook zullen in tour d'horizon diverse aspecten van de nieuwe autoriteit worden behandeld.³

Achtergrond

In maart 2011 kondigde de minister van EL&I de samenvoeging van NMa, OPTA en CA aan.⁴ In die brief werd gesproken van vergroting van 'de effectiviteit en efficiency van het markttoezicht' door de samenvoeging 'omdat flexibel en integraal kan worden ingespeeld op marktontwikkelingen en beter gebruik kan worden gemaakt van beschikbare kennis en kunde.' Dat laatste element – vrij vertaald roeien met de riemen die er zijn – werd als onderlegger van het wijzigingstraject onderkend. De overheid moet bezuinigen en deze samenvoeging is daartoe een manier. Tegelijkertijd sprak de minister evenwel van synergievoordelen, zonder die overigens (al te) concreet te maken.⁵

Ook vond een opstap plaats naar een inhoudelijke rechtvaardiging voor de samenvoeging door het mededingingsrecht uitdrukkelijk in het licht te plaatsen van consumenten(bescherming/belangen). De minister zette een eerste stap met het koppelen van consumentenbelangen (de positie van de consument) aan het concurrentievermogen van het bedrijfsleven.⁶ Een tweede stap in die richting werd gezet in de vervolgbrief van de minister van 8 juli 2011, waarin hij schreef dat de nieuwe autoriteit als vertrekpunt bij de missiebepaling zou hebben 'het laten werken van markten in het belang van de consumenten' en dat bij de missie 'de consument centraal staat'.⁷ Die lijn is inmiddels doorgezet in de parlementaire behandeling.⁸ Daarmee wordt veel nadruk op die consument en zijn belangen gelegd.⁹ Dat kan opmerkelijk worden genoemd nu er juist een beweging waarneembaar is om ook andere belangen, zoals duurzaamheid, mee te wegen bij mededingingsbeleid.¹⁰ Het staat te bezien hoe de woorden van de minister en de koppeling tussen de vrije mededinging en consumentenbelangen door de ACM vertaald zullen worden. Te

verwachten is in elk geval dat kwesties waar de belangen van consumenten rechtstreeks geraakt worden eerder onder de mededingingsloep gelegd zullen worden door de ACM.

Wat daar van zij, de minister liet zien dat hij een coherentie zag in de samenvoeging. Hij beoogde totstandbrenging van een autoriteit die toeziet op de markt en waakt over consumentenbelangen.¹¹

Het totstandkomingstraject van de ACM is een tweetrapsraket. Eerst wordt de ACM bij Instellingswet opgericht (en ingericht) en vervolgens wordt het instrumentarium bij Stroomlijningswet geharmoniseerd (en opgewaardeerd). De ACM zelf zal er per 1 januari 2013 zijn, de stroomlijning per 1 januari 2014.

Instellingswet

De Instellingswet is eerder dit jaar ingediend en nog voor het zomerreces van de Tweede Kamer gekomen tot de nota naar aanleiding van het verslag.¹² Het wetsvoorstel biedt het bouwwerk voor de nieuwe autoriteit.¹³

Het wetsvoorstel beoogt te komen tot een nieuwe autoriteit ACM met verdwijning van de OPTA, CA en NMa. Die nieuwe autoriteit zal zich hebben te richten op mededingingstoezicht, sectorspecifiek markttoezicht en consumentenbescherming.¹⁴

Gaat het daarbij om alle onderwerpen op die velden? Neen, het gaat om – kortweg – de onderwerpen die tot op heden door OPTA, CA en NMa werden bestreken. Dat brengt derhalve gelijk een belangrijke beperking mee. Overige autoriteiten, van NZa tot de recent opgericht Kansspelautoriteit, blijven hun taken uitoefenen en worden niet in deze operatie betrokken.¹⁵

De wetgever benadrukt in de memorie van toelichting dat het bij de ACM zal gaan om een onafhankelijke autoriteit. Dat wordt vormgegeven in een zogenoemde ZBO (zelfstandig bestuursorgaan), waarop de minister nauwelijks invloed kan uitoefenen. De memorie van toelichting merkt – terecht – op dat een vereiste van onafhankelijkheid volgt uit enkele richtlijnen op onder meer

3. De auteur is tevens betrokken geweest bij het opstellen van de reactie van de zijde van de Vereniging voor Mededingingsrecht op de consultatie op het Wetsvoorstel Stroomlijning Markttoezicht ACM (<www.verenigingmededingingsrecht.nl/files/presentations/149/Bijdrage_VvM_13_juli_2012.pdf>). Die reactie is opgesteld samen met Anna Gerbrandy, Janneke Kohlen, Rob van der Noll, Mariëtte Plomp en Bernd van der Meulen. De auteur is hen dank verschuldigd voor inspiratie voor dit artikel. De verantwoording voor de hier geformuleerde gedachten ligt bij de auteur.

4. Brief minister EL&I aan de Tweede Kamer van 28 maart 2011, *Kamerstukken II* 2010/11, 31 490, nr. 55.

5. *Kamerstukken II* 2010/11, 31 490, nr. 55, p. 5.

6. *Kamerstukken II* 2010/11, 31 490, nr. 55, p. 6.

7. Brief minister EL&I aan de Tweede Kamer van 8 juli 2011, *Kamerstukken II* 2010/11, 31 490, nr. 69, p. 2.

8. *Kamerstukken II* 2011/12, nr. 6, p. 11. Zij het dat de minister – in tamelijk vage bewoordingen – meent dat het mededingingstoezicht niet veranderen zal: *Kamerstukken II* 2011/12, 33 186, nr. 6, p. 18.

9. Vgl. bijv. E. Elhauge en D. Geradin, *Global competition law and economics*, Portland (VS): Hart 2011.

10. Bijv. A.T. Ottow, 'Modernisering van het mededingingsrecht 2.0', *M&M* 2012/1, p. 1-3.

11. Brief minister EL&I van 3 oktober 2011, *Kamerstukken II* 2011/12, 31 490, nr. 72.

12. Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33 186, nr. 1-2, 3, en 6.

13. In het wetsvoorstel zijn ook enkele wijzigingen opgenomen ten aanzien van de handhaving van het consumentenrecht (Wet handhaving consumentenbescherming), die de minister de Kamer reeds had toegezegd/aangekondigd (bindende aanwijzingsbevoegdheid, meer mogelijkheden omtrent last onder dwangsom, verhoging van boetes): *Kamerstukken II* 2011/12, 33 186, nr. 3, p. 22-25. Die onderdelen worden buiten beschouwing van dit artikel gelaten. Evenzeer wordt onbesproken gelaten een nieuwe bevoegdheid in het kader van consumentenrechtshandhaving, de waarschuwingsbevoegdheid (in het consultatiewetsvoorstel stroomlijning, MvT, p. 18-20). De focus van het artikel is gericht op het mededingingsrecht.

14. *Kamerstukken II* 2011/12, 33 186, nr. 3, p. 2-4.

15. *Kamerstukken II* 2011/12, 33 186, nr. 3, p. 4. Zie eerder al: Brief minister EL&I aan de Tweede Kamer van 28 maart 2011, *Kamerstukken II* 2010/11, 31 490, nr. 55, p. 8; brief minister EL&I aan de Tweede Kamer van 8 juli 2011, *Kamerstukken II* 2010/11, 31 490, nr. 69, p. 5. Overigens sluit de minister latere toevoeging van bijvoorbeeld de Kansspelautoriteit niet uit: *Kamerstukken II* 2011/12, 33 186, nr. 6, p. 21.

het gebied van energie en telecom.¹⁶ Daarbij zal het, naar model van de huidige NMa, gaan om een ZBO zonder eigen rechtspersoonlijkheid of personeel. Dit betekent voor de huidige CA een verandering (nu onderdeel van het ministerie) en voor de OPTA een beperkte verandering (nu wel een rechtspersoon).

De invloed van de minister is uiteraard niet geheel nihil. De minister zal zogenoemde ultra vires-beslissingen kunnen vernietigen (besluiten van algemene strekking die genomen zijn zonder dat de ACM daartoe de bevoegdheid had) en zal ook op het vlak van bijvoorbeeld het boeterecht de beleidsregels ter inkadering van de wettelijke boetebevoegdheid blijven geven.¹⁷

De onafhankelijkheid van de ACM betekent onder meer dat ook de ACM zelf beleidsregels zal kunnen opstellen.¹⁸ Maar dus niet op het front van het boetebeleid, dat behoudt de minister aan zichzelf voor.¹⁹

De ACM zal een raad van bestuur van drie leden kennen. De organisatie zelf wordt ingedeeld in vijf inhoudelijke directies: directie consumenten, directie mededinging, directie energie, directie telecom, vervoer en post, en directie juridische zaken.²⁰

De consequentie van het creëren van één organisatie is, zo redeneert de minister in de memorie van toelichting, dat alle ingekomen informatie in beginsel intern vrijelijk gedeeld kan worden. In zijn woorden:

‘Voorop staat dat door de ACM verkregen gegevens en inlichtingen alleen worden gebruikt voor de taken van de ACM. De [informatiebepaling in het wetsvoorstel] maakt het mogelijk dat door de ACM verkregen gegevens en inlichtingen binnen de gehele organisatie voor alle taken van de ACM kunnen worden gebruikt, dus niet alleen voor de taak waarvoor de gegevens en inlichtingen zijn verkregen. Deze vrije interne informatie-uitwisseling draagt bij aan een effectieve en efficiënte uitoefening van de toezichttaken van de ACM en aan het behalen van de beoogde synergievoordelen. Bovendien hoeft aan ondernemingen dan maar eenmaal bepaalde informatie te worden gevraagd.’²¹

Dat klinkt misschien tamelijk neutraal. Het blijkt hier echter te gaan om een verstrekkende bepaling, die bovendien in combinatie met twee andere bepalingen uit

de Stroomlijningswet moet worden gelezen: (1) een vergaande inlichtingenplicht afdwingbaar met (2) een stevige beoefeningbevoegdheid. Daarop wordt hieronder teruggekomen. Hier wordt al geconstateerd dat het van de minister op z'n minst genomen niet zo netjes is het parlement bij de Instellingswet niet reeds te wijzen op die twee andere bepalingen (die immers in een erop volgend wetsvoorstel zullen worden geregeld).

Naast de vrije interne informatie-uitwisseling regelt het wetsvoorstel ook de externe informatie-uitwisseling met bijvoorbeeld het Openbaar Ministerie. Grofweg strekt de bepaling ertoe dat die uitwisseling mogelijk zal zijn.²² De precieze instanties waarmee gedeeld mag worden, zullen bij ministeriële regeling worden benoemd. Deze bepaling brengt voor de OPTA en CA op nationaal vlak niet veel nieuws. Alhoewel de NMa ook al mogelijkheden heeft om informatie te delen, brengt het voor haar wel enige verandering. De NMa staat het bijvoorbeeld nu op basis van artikel 90 Mw niet vrij informatie met de fiscus te delen.²³ Dat zal dus veranderen. Ook is voorzien in een ruimere bevoegdheid om informatie te delen met buitenlandse autoriteiten die opereren op de (toezichts)gebieden van de ACM.²⁴ Daarmee komt de minister tegemoet aan een recent pleidooi tot verruiming van de bevoegdheden van de NMa.²⁵

De beoogde datum van inwerkingtreding van de ACM is, zoals gememoreerd, 1 januari 2013. De stroomlijning van haar bevoegdheden zal een jaar later geschieden.²⁶ De minister ziet de overgangperiode als niet-probleematisch. Er zijn voldoende voordelen om snel te starten met de ACM, zo klinkt het – bijna letterlijk – door in de memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel leidde tot vele vragen. Het verslag is levendig en zeer uitgebreid. Op het ministerie zal wel enige verzuchting zijn geslaakt bij de voorbereiding van de nota naar aanleiding van het verslag, die ruim 50 pagina's telt.²⁷

Onder meer werden kritische vragen gesteld over de tweetrapsoperatie,²⁸ de onafhankelijkheid van de ACM en de interne *checks en balances*,²⁹ (het gebrek aan) de sturingsrol van de minister,³⁰ het niet-samenvoegen van andere autoriteiten in de ACM (vooral de NZa-taken op het gebied van mededinging),³¹ de benoemingsprocedu-

16. *Kamerstukken II 2011/12*, 33 186, nr. 3, p. 6; doelend op onder meer het spoorvervoer (COM(2010) 475), telecom (Richtlijn 2002/21/EG, Richtlijn 2009/140/EG) en het energierecht (3^e energierichtlijnen: Richtlijn 2009/72/EG en Richtlijn 2009/73/EG). Voorstel art. 3. Zie *Kamerstukken II 2011/12*, 33 186, nr. 4, par. 3.

17. *Kamerstukken II 2011/12*, 33 186, nr. 3, p. 7. Voorstel art. 10. *Kamerstukken II 2011/12*, 33 186, nr. 6, p. 34 en 44. Zie tevens bijv. de huidige boetebeleidsregels 2009 omtrent de NMa van de minister, 11 september 2009, *Stcrt.* 2009, 14079.

18. *Kamerstukken II 2011/12*, 33 186, nr. 3, p. 11 met verwijzing naar art. 4:81 Awb.

19. *Kamerstukken II 2011/12*, 33 186, nr. 3, p. 11 met verwijzing naar art. 4:81 Awb. Zie tevens voetnoot 13.

20. Daarnaast zijn er de directie bedrijfsvoering, het bureau bestuursondersteuning en communicatie en de functie van *chief economist*. Inmiddels zijn de functies daarvan ingevuld: persbericht NMa 18 juni 2012.

21. *Kamerstukken II 2011/12*, 33 186, nr. 3, p. 10. Voorstel art. 7.

22. *Kamerstukken II 2011/12*, 33 186, nr. 3, p. 10 en p. 18. Voorstel art. 8.

23. Brief minister aan de Tweede Kamer van 3 december 2004, *Kamerstukken II 2004/05*, 28 244, nr. 87.

24. Art. 7 lid 3 sub b van het wetsvoorstel.

25. Zie het pleidooi in 2011 voor verruiming van de bevoegdheden: persbericht NMa van 21 april 2011, 'NMa bepleit meer informatie-uitwisseling toezichthouders'.

26. *Kamerstukken II 2011/12*, 33 186, nr. 3, p. 12-13.

27. *Kamerstukken II 2011/12*, 33 186, nr. 6. Daarmee is de nota naar aanleiding van het verslag tweemaal zo omvangrijk als de memorie van toelichting.

28. *Kamerstukken II 2011/12*, 33 186, nr. 6, p. 3-5.

29. *Kamerstukken II 2011/12*, 33 186, nr. 6, p. 9-11; p. 25-37.

30. *Kamerstukken II 2011/12*, 33 186, nr. 6, p. 12-15.

31. *Kamerstukken II 2011/12*, 33 186, nr. 6, p. 20-24.

re van het bestuur,³² de vrije interne informatiedeling³³ en de bevoegdheid beleidsregels op te stellen.³⁴

Na beantwoording van al die vragen sprak de minister dan ook de hoop uit dat daarmee een voorspoedige verdere behandeling van het wetsvoorstel zou worden bevorderd.³⁵ Dat lijkt nog niet helemaal het geval. Naarstige pogingen het wetsvoorstel voor het reces behandeld te krijgen, slaagden niet.³⁶

Dat lijkt overigens niet onverstandig. Inmiddels namelijk is het wetsvoorstel omtrent de Stroomlijningwet Markttoezicht ACM (ook wel de materiële wet genoemd) gelanceerd.³⁷ Het zal de Tweede Kamer vast aanleiding geven de twee wetten samen te beoordelen en nadere vragen te stellen bij het wetsvoorstel omtrent de Instellingswet. Ik kom daarop dadelijk, na bespreking van het voorstel tot stroomlijning, terug.

Stroomlijningwet

Een wet die strekt tot stroomlijning zou toch niet veel reactie kunnen oproepen, zou de lezer kunnen denken. Dat is op zichzelf wel juist. Het wetsvoorstel dekt met de term stroomlijning evenwel de lading niet geheel. Het voorstel gaat verder dan enkel stroomlijning en beoogt verscheidene – enigermate ingrijpende – wijzigingen aan te brengen. In hoofdlijnen beoogt het voorstel het volgende.

De ACM wordt een autoriteit met het bestuursrechtelijke sanctiearsenaal voor handhaving. Het alles-in-een-hand-stelsel wordt toegepast. En eindelijk, na jaren van stilzwijgen, komt de minister terug op zijn toezegging het strafrecht te (her)introduceren bij de handhaving. Hij doet die toezegging dus niet gestand. Het is en blijft bestuursrecht.³⁸ Tezelfdertijd wordt dan ook voor de handhaving van het consumentenrecht de duale handhaving (civielrechtelijk en bestuursrechtelijk) afgeschaft; ook die handhaving door de ACM wordt geheel bestuursrechtelijk.³⁹

De taken van de ACM zien op de huidige gebieden waarop de OPTA, CA en NMa toezicht houden (bij of krachtens de wet opgedragen taken), en – zo wordt daaraan in de Stroomlijningwet toegevoegd – de ACM heeft tot taak, indachtig haar werkgebieden, consumenten voorlichting te geven over rechten en plichten. Ook

is de ACM bevoegd marktanalyses en rapportages op die gebieden op te stellen. Ook hebben de werkzaamheden van de ACM ‘tot doel het bevorderen van goed functionerende markten, ordelijke en transparante marktprocessen en zorgvuldige behandeling van consumenten’.⁴⁰ Dat klinkt vooral plechtstatig. Het heeft – zo hierna zal blijken – vergaande consequenties voor de bevoegdheden van de ACM.

De lasten van de ACM zullen deels door de ondertoezichtgestelden worden gedragen. Dat is nu ook zo bij de OPTA en NMa in de ‘gereguleerde’ sectoren. Dat zal – grosso modo – zo blijven. Wel is de verwachting dat de lasten kunnen verschuiven. De huidige NMa-sectoren zouden wel eens meer kunnen gaan betalen, en de OPTA-sectoren wellicht minder. Deze lastendoorberekening geldt overigens niet voor het aanwenden van rechtsmiddelen.⁴¹

De ‘bite’ van de takenverruiming die met het wetsvoorstel Stroomlijningwet Markttoezicht ACM tot stand wordt gebracht, is deels gelegen in artikel 6b van het voorstel. Daarin wordt bepaald dat de ACM een algemeen en breed informatierecht krijgt om gegevens en inlichtingen alsook inzage in gegevens en bescheiden te verkrijgen van eenieder als dat redelijkerwijs nodig is voor de uitvoering van de ACM-taken. De beoogde memorie van toelichting zegt expliciet dat daarom de taken worden verbreed. Dan kan de ACM namelijk ook gegevens opvragen voor marktanalyses en rapporten.⁴² Als een justitiabele niet voldoet aan het informatieverzoek, kan de ACM een boete opleggen van 450.000 euro of, als dat meer is, van 1 procent van de omzet van het ‘bedrijf’.⁴³ Als daaraan wordt gekoppeld artikel 7 van het wetsvoorstel Instellingswet (vrije interne informatiedeling), gaat het om vergaande nieuwe bevoegdheden.

Ook op het vlak van handavingsbevoegdheden wordt de ACM op pad gestuurd met een goed gevulde rugzak. ACM-breed wordt een verzegelingsbevoegdheid, zo nodig met de sterke arm, toegekend;⁴⁴ de ACM zal woningen mogen binnentreden en doorzoeken (met machtiging van de rechter-commissaris, welke machtiging als voorzorg kan worden afgegeven);⁴⁵ de boetes worden geharmoniseerd.⁴⁶

Naast het traditionele sanctiearsenaal (repressieve beboeting) komt er nog wat extra’s voor de ACM. Zij krijgt ACM-breed de bevoegdheid toezeggingsbesluiten tot stand te brengen.⁴⁷ Dat kan nu lang niet overal bij de

32. *Kamerstukken II* 2011/12, 33 186, nr. 6, p. 38.

33. *Kamerstukken II* 2011/12, 33 186, nr. 6, p. 40-44.

34. *Kamerstukken II* 2011/12, 33 186, nr. 6, p. 45.

35. *Kamerstukken II* 2011/12, 33 186, nr. 6, p. 1.

36. Agenda Tweede Kamer 7 juni 2012, p. 28 (handelingen) (voor een van de volgende weken); 22 juni 2012, p. 4 (gepland voor 4, 5, 6 juli); 29 juni 2012, p. 14 (na het zomerreces).

37. <www.internetconsultatie.nl/materielewetacm>. Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33 186, nr. 6, p. 49.

38. Consultatieversie memorie van toelichting Stroomlijningwet (31 mei 2012; hierna ‘MvT Stroomlijningwet’), p. 2. Zie voor een eerder aangenomen Kamer motie en toezegging van de minister over te gaan tot strafrechtelijke handhaving: Handelingen *Kamerstukken II* 15 juni 2006, 91-5562 e.v.; Handelingen *Kamerstukken II* 29 augustus 2006, 91-6119 e.v.

39. MvT Stroomlijningwet, p. 12-13.

40. Consultatieversie wetsvoorstel Stroomlijningwet Markttoezicht ACM (hierna: ‘wetsvoorstel Stroomlijningwet’), art. 1 met wijziging van art. 2 van het wetsvoorstel Instellingswet.

41. Wetsvoorstel Stroomlijningwet, art. 6a.

42. MvT Stroomlijningwet, p. 26.

43. Wetsvoorstel Stroomlijningwet, art. 12l. Bedrijf is een nieuwe term (art. 1) die onder meer ziet op het huidige mededingingswetbegrip ‘onderneming’.

44. Wetsvoorstel Stroomlijningwet, art. 12b; MvT Stroomlijningwet, p. 6-7; p. 29-30.

45. Wetsvoorstel Stroomlijningwet, art. 12c-12f; MvT Stroomlijningwet, p. 7; p. 31-32.

46. Wetsvoorstel Stroomlijningwet, art. 12k, 12l, 12m, 12n; MvT Stroomlijningwet, p. 9-10; p. 36-39.

47. Wetsvoorstel Stroomlijningwet, art. 12h; MvT Stroomlijningwet, p. 8; p. 34-35.

drie autoriteiten, bijvoorbeeld niet in de sfeer van de energiewetten. Ook krijgt de ACM de bevoegdheid een zogenoemde zelfstandige last op te leggen. Dat is een niet-bestaande/bestuurlijke sanctie, die kan worden opgelegd in verband ‘met de naleving van een wettelijk voorschrift met het toezicht op de naleving waarvan [de ACM] is belast’.⁴⁸ De memorie van toelichting spreekt ervan dat zo’n last ziet op de situatie dat niet (of nog niet) van een overtreding sprake is en de last wordt gegeven ter bevordering van de naleving van de wet. Ook bij overtreding kan zo’n soort last worden opgelegd, maar dan gaat het om een bindende aanwijzing.⁴⁹ Op het vlak van de rechten van de verdediging biedt het wetsvoorstel het volgende.

Het verschoningsrecht van de advocaat wordt – conform de Mededingingswet en de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc) – ten opzichte van de Awb verruimd zodat het plaatsafhankelijk is. Ook bij het bedrijf aangetroffen documenten die onder het verschoningsrecht vallen, worden bestreken door het *legal privilege* van artikel 12g.⁵⁰ Ook worden het zwijgrecht en de cautieplicht in van de Awb enigszins afwijkende zin geregeld. Artikel 12i bepaalt dat het ook geldt voor degenen ‘aan de zijde van het bedrijf’, op de voet zoals artikel 53 Mw dat nu ook doet.⁵¹ Wel is het zo dat het huidige artikel 53 Mw het zwijgrecht en de cautieplicht toekent vanaf het moment van een redelijk vermoeden door NMa-ambtenaren van een overtreding, terwijl het beoogde zwijgrecht (en annexe cautieplicht) geldt in het kader van een verhoor ‘met het oog op het opleggen van een bestraffende sanctie’.

Ook onder de rechtsbescherming in brede zin is te scharen het voorstel om de functiescheiding zoals die bekend is uit artikel 54a Mw, op de ACM toe te passen.⁵² Dit betekent een *Chinese wall* binnen de ACM tussen de fase van het toezicht/onderzoek en de mogelijk erop volgende fase van handhaving/sanctionering.

Als de ACM vervolgens komt tot een sanctiebesluit worden haar ruime mogelijkheden gegeven dit te publiceren. Artikel 12r van het voorstel geeft een openbaarmakingsplicht voor sanctiebesluiten en bindende aanwijzingen (met uitzondering van ‘bedrijfsgeheimen’ als bedoeld in art. 10 lid 1 onder c Wet openbaarheid van bestuur (WOB)).⁵³ De justitiabele krijgt na de bekendmaking aan hem van een sanctiebesluit vijf dagen de tijd de rechter te adieren voor een voorlopige voorziening om openbaarmaking te voorkomen. Doet hij dit, dan wordt het besluit niet openbaar gemaakt tot na die uitspraak. Voor andere besluiten geldt dat de ACM die

openbaar kan maken. Dat geldt ook voor rapportages, marktanalyses enzovoort.⁵⁴

Als de justitiabele tegen een sanctiebesluit vervolgens een rechtsmiddel wil aanwenden, zal hij – als het voorstel wet wordt – direct naar de rechter gaan. Het wetsvoorstel beoogt namelijk het bezwaar in ACM-boetezaken af te schaffen.⁵⁵ Daardoor zullen, aldus de toelichting, de doorlooptijden verbeteren en zullen de kosten omlaag gaan. Bovendien zou de zeeffunctie van het bezwaar niet werken: bij de NMa gaat 71 procent alsnog naar de rechter, bij de OPTA 91 procent en bij de CA 67 procent.⁵⁶

Dit afschaffen van bezwaar geldt ook voor combinatiebesluiten (last onder dwangsom met boete), maar niet voor de overige besluiten. Dit betekent dat voor besluiten die zien op vergunningen (gereguleerde sectoren) of die de nieuwe bevoegdheid van het geven van een zelfstandige last betreffen, de bezwaarronde blijft bestaan.

Het afschaffen van bezwaar voor sanctiezaken zou ertoe leiden dat voor de hoofdlijnen van het mededingingsrecht (kartelrecht, misbruikzaken en concentratietoezicht) rechtstreeks beroep bij de rechter de route van rechtsbescherming wordt. Voor het concentratietoezicht is dat immers al het geval.⁵⁷

Als de justitiabele het rechtsmiddel aanwendt, zal hij bij een boete groter dan 100.000 euro schorsende werking verleend krijgen (als uitzondering op de hoofdregel van art. 6:16 Awb). De boetes onder dat bedrag volgen de Awb-hoofdregel; zij krijgen geen schorsende werking.⁵⁸

Observaties

Al met al kan bij de totstandbrenging van de ACM van een ingrijpend wetgevingstraject worden gesproken. De uit bezuiniging geboren veranderingen worden opgepakt om de gereedschapskist te voorzien van nieuw werktuig. Dat het om een bezuinigingsactie gaat, is op zichzelf moeilijk te ontkennen. De parlementaire stukken geven er ook blijk van.⁵⁹ Bijzonder is echter, naar mijn smaak, dat de minister dat een klein beetje lijkt te willen verbloemen door te spreken van ‘synergievoordelen’. Wat die voordelen zouden zijn, wordt niet echt concreet gemaakt. Als de memorie van toelichting bij de Instellingswet erop na wordt geslagen, lijken de synergievoordelen toch vooral een kwestie van besparing te zijn. Die besparing, neerkomend op enkele miljoenen, is substantieel.⁶⁰ Maar het lijkt mij moeizaam dat te ‘verkopen’ als

48. Wetsvoorstel Stroomlijningswet, art. 12ga jo. art. 1 jo. art. 5:2 Awb.

49. MvT Stroomlijningswet, p. 8.

50. MvT Stroomlijningswet, p. 33. Het gaat overigens niet om alle correspondentie tussen advocaat en cliënt, maar die gewisseld over de ACM-onderwerpen.

51. MvT Stroomlijningswet, p. 9; p. 35-36.

52. Wetsvoorstel Stroomlijningswet, art. 12p; MvT Stroomlijningswet, p. 14; 40.

53. Wetsvoorstel Stroomlijningswet, art. 12r; MvT Stroomlijningswet, p. 10-11; 40-45.

54. Wetsvoorstel Stroomlijningswet art. 12s.

55. MvT Stroomlijningswet, p. 14-16.

56. MvT Stroomlijningswet, p. 15.

57. Art. 93 Mw.

58. Wetsvoorstel Stroomlijningswet, art. 12o; MvT Stroomlijningswet, p. 39-40. Zo’n schorsende werking kan wel eventueel door middel van een voorlopige voorziening worden verkregen.

59. Bijv. Brief minister EL&I aan Tweede Kamer van 28 maart 2011, *Kamerstukken II* 2010/11, 31 490, nr. 55.

60. *Kamerstukken II* 2011/12, 33 186, nr. 6, p. 3, p. 5, waar de minister herhaalt dat het structureel om een jaarlijkse besparing van 3,3 miljoen euro zal gaan.

synergievoordeel. Ik trek daarom voorzichtig de conclusie dat het toch echt om een bezuiniging gaat waarbij synergievoordelen vooralsnog niet aannemelijk gemaakt zijn.

Als gekeken wordt naar de nieuwe werktuigen, zou ik menen dat kritisch kan worden gestaan tegen de beoogde zelfstandige last. Het introduceert een heel nieuw fenomeen bij de handhaving van bijvoorbeeld het mededingingsrecht; de mogelijkheid om in te grijpen voordat er iets aan de hand is. Dat is bezwarend voor bedrijven. Temeer omdat naar aangenomen kan worden de justitiabele die zich met de last niet kan verenigen (bijvoorbeeld omdat die naar zijn of haar smaak geen uitvoering geeft aan de wet of een onjuiste uitlegging van de wet voorstaat) daartegen in bezwaar zal moeten komen. Doet die justitiabele dat niet en overtreedt hij de last om vervolgens daarvoor beboet te worden, dan is het twijfelachtig of hij alsnog de inhoud van de last aan de orde kan stellen. Hij zou wel eens tegen de formele rechtskracht die zo'n last dan heeft verkregen aan kunnen lopen. Dit alles terwijl de noodzaak tot introductie van dit middel in het wetsvoorstel niet werkelijk geadstrueerd wordt. Zolang die noodzaak niet gebleken is, meen ik dat de introductie van deze last als een te zwaar middel kan worden gezien.

Ook de cocktail van artikel 7 van de Instellingswet met artikelen 6b en 12l van de Stroomlijningswet is brisant te noemen. De ACM kan met die bevoegdheden ontzettend veel informatie, afdwingbaar met beboeting bij niet-nakoming, opvragen bij eenieder, om de informatie vervolgens vrijelijk intern rond te laten vloeien en aan te wenden voor eender welk ACM-onderdeel. Dat creëert bij een autoriteit met zoveel aandachtsgebieden mogelijkheden zonder al te veel grenzen. Zo kan informatie afgedwongen worden opgevraagd in het kader van een marktanalyse op het gebied van telecom om die informatie vervolgens te (her)gebruiken in het kader van een kartelonderzoek. Hetzelfde geldt voor door consumenten aangeleverde informatie; die kan binnen de ACM alle kanten (van onderzoek, toezicht, en rapportages enz.) op. Er zijn geen echte waarborgen voorzien in het wetsvoorstel om uitwassen op dat vlak te voorkomen. Dat lijkt een gemiste kans.

In het belastingrecht is de wetgever recent tot het inzicht gekomen dat het onverkort door de Belastingdienst kunnen opvragen van informatie e.d. bij justitiabelen het doel voorbij kan schieten. Om die reden is in de Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR) een bepaling omtrent een zogenoemde informatiebeschikking opgenomen (art. 52a AWR). De belastingplichtige krijgt daardoor de mogelijkheid het informatieverzoek (bijvoorbeeld een vordering op de voet van art. 47 AWR) aan de rechter voor te leggen, nu tegen de informatiebeschikking bezwaar en beroep openstaat. De wetgever zou er verstandig aan doen in ieder geval een soortgelijk systeem te introduceren bij de informatieverplichting van artikel 6b van de Instellingswet, waarbij de rechter dan ook de mogelijkheid zou moeten krijgen de proportionaliteit van het informatieverzoek te beoordelen. Op die manier worden de rechten van de justitiabe-

le beter geborgd. Vooral het parlement zal in dat verband goed moeten opletten, nu de minister de benoemde cocktail enigszins verborgen heeft gehouden door in de respectieve wetsvoorstellen niet duidelijk te maken dat de benoemde interactie bestaat en wat de gevolgen – zoals beschreven – daarvan zijn.

In het verlengde hiervan ligt een andere observatie. Met de oprichting van de ACM komt een autoriteit tot stand met een groot werkveld en veel bevoegdheden. De politieke controle daarop is, met de beoogde onafhankelijkheid, beperkt. Die moet in feite allemaal komen van de rechter, terwijl lang niet alles wat de nieuwe autoriteit zal doen bij een rechter belandt. Zo bezien moeten stevige eisen worden gesteld aan de interne waarborgen. De beoogde functiescheiding is daarvan een onderdeel.⁶¹ Die lijkt mij dan ook positief te waarderen. Het is wel de vraag of het voldoende is. Misschien zou een toetsing op het beleid door de politiek/de minister op onderdelen toch de voorkeur verdienen.⁶² Toegegeven, dat kan niet voor de onderdelen waar onafhankelijkheid door Europa wordt gevegd, maar zou voor heel wat andere onderdelen wel degelijk soelaas kunnen bieden.⁶³ Gedacht kan worden aan prioriteitenbeleid, wijze van handhaving, het boetebeleid.

Daarbij moet ook worden bedacht dat er veel *esprit de corps* wordt gevraagd – in de beoogde setting – van de ACM-medewerkers. Zij functioneren in een 'one tube' organisatie, die vaak in het teken staat van sanctionering. Dat dit tot excessen kan leiden, heeft iedereen mee kunnen krijgen uit de strafrechtspleging. Aldaar is niet voor niets overgegaan tot het intern organiseren van tegenspraak om verkokering te voorkomen.⁶⁴ Dat risico ligt systematisch gezien bij de creatie van de ACM op de loer. Dat het bij de ACM moet gaan om een slagvaardige autoriteit, zoals de minister zo graag wenst te benadrukken, is tegelijkertijd de bevestiging van de noodzaak te zorgen voor goede waarborgen.⁶⁵

Positief is in dat verband te waarderen dat een huidig lid van de raad van bestuur van de NMa, de heer Don, heeft aangegeven dat de ACM meer op zoek zal gaan naar alternatieven voor het zwaard van de sanctionering, of beter: enkel het sanctioneren.⁶⁶ Door dat lid van de raad van bestuur werd dat omschreven als probleemoplossend toezicht. Dat lijkt een adequate omschrijving en een goede ontwikkeling. De bepaling in het wetsvoorstel van de Stroomlijningswet, waarbij generiek aan de ACM de mogelijkheid wordt toegekend het middel van het toezeggingbesluit in te zetten als mogelijke reactie op overtredingen, sluit daarbij aan. Ook de minister

61. Vgl. CBB 30 augustus 2011, AB 2011, 328.

62. Zoals ook door sommige Kamerleden in het verslag aan de orde gesteld is: *Kamerstukken II 2011/12*, 33 186, nr. 6, p. 44-51.

63. Zie voetnoot 15.

64. Vgl. *Kamerstukken II 2005/06*, 30 300 VI, nr. 32.

65. Slagvaardig is evident een geliefd woord bij de opstellers; het komt in de memorie van toelichting achtmaal voor; in de nota naar aanleiding van het verslag twaalf keer; en het stond eerder al drie keer in de brief van 28 maart 2011 van de minister van EL&I (*Kamerstukken II 2010/11*, 31 490, nr. 55).

66. Lezing H. Don, 11^e markt & mededingingsconferentie, 24 mei 2012, p. 5-6.

lijkt in die richting – van meer smaken dan sanctioneren – te denken, waar hij in de parlementaire stukken spreekt van het vinden van een balans tussen bijvoorbeeld het aangaan van de dialoog met bedrijven en handhaving.⁶⁷ Toch is wel de vraag hoeveel waarde de woorden van de heer Don toegedicht kunnen worden. Zou het niet beter zijn ‘alternatieven’ vast te leggen in beleid? En zou het daarbij niet wenselijk zijn dat de minister dat beleid mede kan bepalen? Mij lijkt een dubbel bevestigend antwoord op de plaats. De minister behoudt zich al het recht voor het boetebeleid te bepalen. Hij zou dat ook op de zojuist benoemde vlakken van prioritering en wijze van handhaving (de benoemde alternatieve invalshoek) kunnen doen om tegenwicht te bieden aan het alles-in-een-hand systeem.

Op het vlak van rechtsbescherming laat het voorstel een gemengd beeld zien. Het zwijgrecht, het verschoningsrecht, de functiescheiding, het zijn voorbeelden van rechtsbescherming die wordt doorgetrokken.⁶⁸ Daar tegenover staan de toenemende bevoegdheden en de verschraling van rechtsbescherming: het binnentreden en doorzoeken van de woningen,⁶⁹ verplichte openbaarmaking van sanctiebesluiten, het afschaffen van bezwaar bij sanctiebesluiten, geen schorsende werking bij sanctiebesluiten van minder dan 100.000 euro.⁷⁰ In elk geval gaat dit veel verder dan het enkel stroomlijnen van de procedures, waarvan de minister rept.

Ten aanzien van de rechtsbescherming/rechtsgang, zal het afschaffen van het bezwaarrecht leiden tot een toenemende belasting van de rechterlijke macht. Maar niet alleen van de rechterlijke macht. Ook wordt op de ACM-schouders een zwaardere – inhoudelijke – last gelegd. De ACM zal geen gelegenheid krijgen eventuele gebreken later nog te herstellen, bijvoorbeeld als de rechter oordeelt dat het besluit niet voldoet en vernietigd moet worden.⁷¹ Bovendien kan de vraag worden gesteld waarom een Stroomlijningswet op zo’n essentieel punt af moet wijken van het algemene bestuursrecht, terwijl dat op het vlak van het boeterecht met de vierde tranche Awb amper drie jaar oud is. Terzijde merk ik hierbij op dat de toelichting in de beoogde memorie van toelichting, waarbij – grofweg – naar voren komt dat ten aanzien van de NMa zo’n 70 procent toch

na bezwaar in beroep komt, niet per se als een argument hoeft te worden opgevat om de bezwaarronde af te schaffen. De bezwaarronde heeft mede als functie te werken als zeef voor beroep en dat lijkt dus in iets minder dan een derde van de gevallen ook zo te werken. Bovendien zijn de cijfers op zichzelf niet zo veelzeggend. Het kan zijn dat partijen gewoonweg een oordeel van de rechter willen. Het zou ook zo kunnen zijn dat de bezwaarronde niet optimaal functioneert en verbetering in die sfeer een afdoende maatregel zou vormen. Dat zou bijvoorbeeld kunnen geschieden door in de bezwaarronde meer ruimte te bieden voor bewijslevering, onder meer door het horen van getuigen. Al met al komt het mij voor dat de onderbouwing voor het afschaffen van het bezwaar te mager is om die beslissing te kunnen dragen.

De wetgever lijkt daarenboven voor de te voorziene impact op de praktijk van de wijzigingen niet altijd even goed oog te hebben. Het enkele feit dat de wetgever ervan spreekt dat het gaat om vereenvoudiging van taken en procedures, geeft daarvan al blijk.⁷² Als voorbeeld van die impact kan worden gewezen op de verplichte openbaarmaking van boetebesluiten, zoals hiervoor beschreven. Dat zal ongetwijfeld bijdragen aan verder oprukkende *naming & shaming*.⁷³ Dat kan in een democratisch bestel, maar het was goed geweest als de minister dergelijke consequenties zou hebben besproken en de keuzes zou hebben gerechtvaardigd. De meest voor de hand liggende wijze waarop dat zou kunnen geschieden is door het uitvoerig toelichten en motiveren van de keuzes die gemaakt worden. Dat ontbreekt in de huidige toelichtingen.

Het feit dat het ook nog eens gaat om twee wetten (wetgevingstrajecten) compliceert de transparantie van het parlementaire beslissingstraject, zoals al belicht ten aanzien van de informatieverplichtingen, onnodig.

Afrondend kan zeker – in de woorden van NMa-raad van bestuurslid Don – worden gesproken van een evolutie in het (mededingingsrecht)toezicht.⁷⁴ De ACM is weer een stap verder in de sinds 1998 ingezette richting van stevige handhaving van het mededingingsrecht. Deels met nieuwe bevoegdheden, deels met een nieuwe *toolkit* en nieuwe(re) gedachten over handhaving. Toch moet men wel veel vertrouwen in de goede systeemwerking van zo’n autoriteit hebben om zich vanuit het oogpunt van rechtsbescherming helemaal senang te voelen bij de grootse opzet ervan. Gek genoeg leidt het bezuinigingstraject van deze samenvoeging tot een meer ‘vermogen’ nieuwe autoriteit in termen van bevoegdheden en toezicht/handhavingsarsenaal.⁷⁵

Het is te hopen dat de wetgever – wellicht onder invloed van de parlementaire behandeling – de wetsvoorstellen nog eens verder doordent en vooral ook de vraag stelt of het bij de op te nemen bepalingen gaat om proportio-

67. *Kamerstukken II 2011/12*, 33 186, nr. 6, p. 17 en p. 37.

68. Dat wil niet zeggen dat het allemaal precies hetzelfde blijft. Hiervoor werd al aangehaald dat het zwijgrecht deels – voor mededingingszaken – iets verandert. Dat lijkt geen verbetering omdat art. 53 Mw buiten kijf stelt dat het zwijgrecht geldt bij elk ‘onderzoeks’verhoor van de NMa terwijl diezelfde zekerheid met art. 5:10 Awb niet een gegeven is.

69. De bevoegdheid tot binnentreden van woningen en doorzoeken ervan bestaat in het kader van de Mw (art. 55 e.v.), niet voor de andere toezichthouders. Bovendien is de regeling in de Mw pover te noemen nu er als voorzorg een machtiging kan worden verkregen van een rechter-commissaris en die ook bij het binnentreden en doorzoeken niet aanwezig is. In het strafrecht is uitgangspunt dat de rechter-commissaris aanwezig is (art. 97 Sv).

70. Dat laatste kan tamelijk vergaand zijn, bijvoorbeeld bij als feitelijk leidinggever aangemerkte individuen. Daar zal zo’n boete zwaar kunnen drukken op het vermogen.

71. Art. 8:72a Awb. Zie evenwel: T.N. Sanders, ‘Het CBb als wetgever: de bestuurlijke lus toegepast bij de bestuurlijke boete’, *M&M 2012/3*, p. 133 e.v.

72. *MvT Stroomlijningswet*, p. 1.

73. Zeer kritisch daarover: D. Doorenbos, *Naming & Shaming* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007.

74. Lezing H. Don, 11^e markt & mededingingsconferentie, 24 mei 2012, p. 4.

75. *Bijv. Kamerstukken II 2011/12*, 33 186, nr. 6, p. 3 en p. 5-7.

nele bevoegdheden waarvan kan worden gezegd dat de noodzaak gebleken is om deze ACM-breed toe te passen. De toelichting om bepaalde stappen te zetten – denk aan de zelfstandige last, de vergaande informatieverplichtingen, het afschaffen van bezwaar – is op onderdelen summier te noemen. Ook uitspraken als die over de synergievoordelen worden niet werkelijk concreet gemaakt. Als die poverheid wordt afgezet tegen de besproken nieuwe of vergaande bevoegdheden, is naar mijn inschatting sprake van een niet (ge)heel gelukkig traject.

Als het huidige voorstel in ongeveer de huidige opzet de eindstreep haalt, kan – met wat hiervoor beschreven is – de stelling worden geponereerd dat de nieuwe autoriteit ook werkelijk nieuws zal brengen. Deels omdat te verwachten valt dat de onderzoeksactiviteiten door het ruime aandachtsgebied, waar met de ACM één organisatie op zal toezien die beschikt over ruime bevoegdheden, zullen worden geïntensiveerd. Voor een ander deel omdat de nieuwe autoriteit zich zal willen bewijzen. Dat klinkt al door in de geciteerde woorden van de heer Don. Het is in het verleden ook zo gebleken met vooral de NMa. Of de consument daar beter van wordt, zoals de minister voorstaat, durf ik niet te voorspellen. Overtuigende argumenten dat daarvan sprake zal zijn, ben ik in de parlementaire stukken vooralsnog niet tegengekomen.

In elk geval zullen na de inwerkingtreding drukke tijden aanbreeken voor de rechterlijke macht, om de nieuwigheden op voorspraak van justitiabelen te testen en om daarbij te (blijven) dienen als bewaker van het sanctierecht.