

Op 1 april 2013 is de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) van start gegaan. Het Stroomlijningswetsvoorstel harmoniseert de verschillende wettelijke bevoegdheden van de voormalige toezichthouders OPTA, NMa en CA en vereenvoudigt procedures. In deze bijdrage bespreek ik de volgende onderwerpen: (i) informatie-uitwisseling (ii) behoud van de bezwaarfase en de beperkte duur van de schorsende werking daarvan, (iii) het openbaarmakingsregime en (iv) het beperken van het zwijgrecht. In al deze situaties is de wetgever doorgeschoten in zijn streven tot maximumharmonisatie, hetgeen ten koste gaat van de rechten en rechtsbescherming die ondernemingen zouden moeten toekomen. Dit komt in het bijzonder tot uitdrukking in artikel 7 Instellingswet dat op de informatie-uitwisseling ziet.¹

Inleiding

De planning was dat de nieuwe superwaakhond voor geregeerde markten, mededinging en consumentenbescherming, ACM, per 1 januari 2013 van start zou gaan, maar de wet die de instelling van de ACM mogelijk maakt werd langer dan voorzien door de Eerste Kamer aangehouden. De Eerste Kamer vond – naar mijn mening terecht – dat de behandeling van de instelling van de ACM mede afhankelijk zou moeten zijn van de taken en bevoegdheden die de ACM krijgt. Die taken en bevoegdheden zijn nader uitgewerkt in het wetsvoorstel inzake de stroomlijning van de bevoegdheden van de ACM, hierna Stroomlijningswetsvoorstel, en die wet was nog niet ter behandeling aan de Tweede Kamer gezonden. Dat zou pas plaatsvinden na de instelling van de ACM, met het doel deze wet een jaar later (per 1 januari 2014) in werking te laten treden.

Op het moment dat de behandeling van de Instellingswet ACM (hierna: Instellingswet) in de Eerste Kamer plaatsvond, is gedurende die behandeling gesproken over een aanhouding of uitstel van de behandeling omdat de exacte inhoud van de Stroomlijningswet nog niet bekend was. De Eerste Kamer heeft echter – waarschijnlijk onder de nodige politieke druk – alsnog besloten de Instellingswet aan te nemen voordat het Stroomlijningswetsvoorstel aan de Tweede Kamer werd verzonden.² Minister Kamp van Economische Zaken (hierna: EZ) heeft in de nadere memorie van antwoord van 14 december

2012³ de Eerste Kamer weten te overtuigen van de noodzaak van de Instellingswet. Nader uitstel zou de instelling van de ACM enkel vertragen en leiden tot inefficiëntie en uitstel van beoogde besparingen. De minister heeft echter wel een aantal wijzigingen/toezeggingen moeten doen betreffende het Stroomlijningswetsvoorstel, waarna de Eerste Kamer instemde met de Instellingswet.

De ACM kon vervolgens per 1 april 2013 van start gaan.⁴ Op 26 april 2013 is vervolgens het Stroomlijningswetsvoorstel aan de Tweede Kamer verzonden.⁵

Het Stroomlijningswetsvoorstel harmoniseert de bevoegdheden van OPTA, NMa en CA en beoogt procedures te vereenvoudigen. Het gaat daarbij onder meer om beslis- en betalingstermijnen, openbaarmaking van besluiten, het sanctie-instrumentarium, toezichthoudende bevoegdheden en bezwaar- en (hoger)beroepsprocedures. Ook worden enkele specifieke procedures vereenvoudigd, zoals de afschaffing van het zogenaamde duale stelsel van bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving op het gebied van consumentenbescherming.⁶

In deze bijdrage sta ik eerst kort stil bij het voorstel tot wijziging van artikel 7 Instellingswet, waarin de informatie-uitwisseling binnen de ACM en met andere toezichthouders is geregeld. De Minister van EZ heeft ten aanzien van dit artikel aan

* Mr. J. I. Kohlen is advocaat te Den Haag (Bird & Bird LLP). De auteur dankt mrs. D. P. Kuipers en P. Gaasbeek, beiden advocaat te Den Haag bij Bird & Bird LLP, voor hun nuttige commentaar.

1 Zie hiervoor ook D. P. Kuipers en F. P. Sickinghe, 'Autoriteit Consument en Markt: de grote visvijver voor de overheid', *Mediaforum* 2012-9, p. 280-285.

2 *Handelingen I* 2012/13, 18, p. 21

3 *Handelingen I* 2012/13, 33 186, nr. F.

4 <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/11217/Autoriteit-Consument-en-Markt-van-start/>.

5 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, *Kamerstukken II* 2012/13, 33 622

6 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 622, nr. 3, p. 1 (MVT).

de Eerste Kamer toegezegd additionele waarborgen te zullen opnemen. Daarna zal ik de voor ondernemingen meest relevante en in het oog springende wijzigingen zoals opgenomen in het Stroomlijningswetsvoorstel nader toelichten. Daarbij is van belang dat de Raad van State in zijn advies kritisch is geweest en dat de minister op grond daarvan wijzigingen heeft aangebracht in het Stroomlijningswetsvoorstel alvorens dit aan de Tweede Kamer te zenden. De internetconsultatie die in de zomer van 2012 is gehouden heeft geleid tot vijftien inhoudelijke bijdragen⁷ die allen van invloed zijn geweest op het advies van de Raad van State⁸ en die in de memorie van toelichting bij het Stroomlijningswetsvoorstel worden besproken.

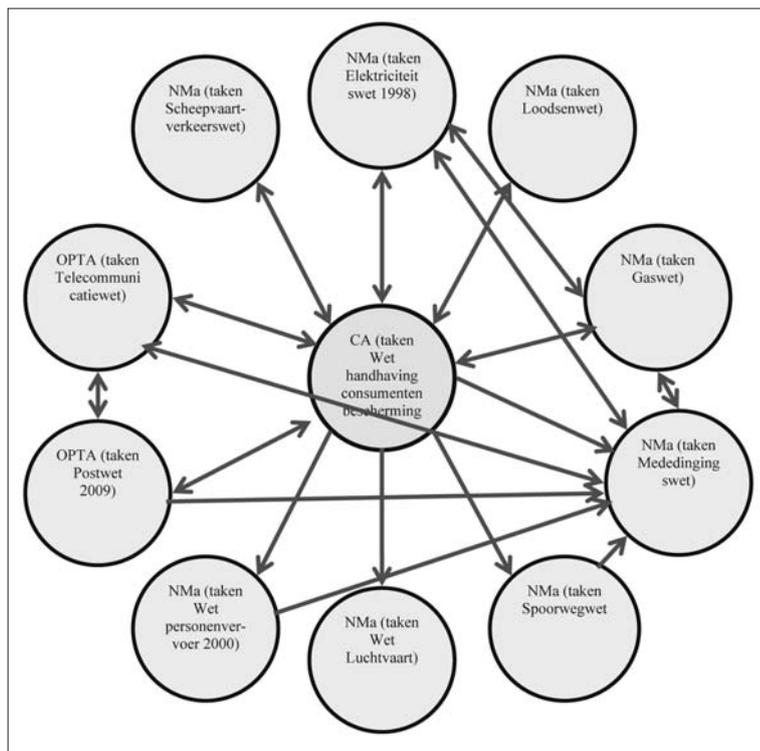
Instellingswet: informatie-uitwisseling

De Instellingswet heeft in beginsel beoogd niets te veranderen aan het feit dat de ACM voor het vervullen van verschillende wettelijke taken over verschillende pakketten van bevoegdheden kan beschikken.⁹ Dit is echter anders ten aanzien van de bevoegdheid tot informatie-uitwisseling. De mogelijkheden tot informatie-uitwisseling binnen de ACM en met andere toezichthouders zijn aanzienlijk verruimd.

De leden van de vaste commissie voor Economische Zaken van de Eerste Kamer hebben bij de behandeling van de Instellingswet de kritische vraag gesteld hoe het voorgestelde artikel 7 Instellingswet zich verhoudt tot het Stroomlijningswetsvoorstel en de bevoegdheden die daarin zijn geregeld met betrekking tot het vergaren en verstrekken van informatie.¹⁰ De minister heeft toegelicht dat in diverse materiele wetten is geregeld welke toezichthouder het recht heeft informatie op te vragen en bij wie de toezichthouder dit mag opvragen en dat de Instellingswet daarin geen wijzigingen heeft gebracht. De minister heeft getracht dit inzichtelijk te maken met een diagram waarin met pijlen zichtbaar is gemaakt in welke gevallen voor de inwerkintreding van de Instellingswet en Stroomlijningswet gegevens kunnen worden uitgewisseld tussen NMa, OPTA en CA op basis van de bestaande wet- en regelgeving.¹¹

Uit dit diagram (zie rechtsboven) volgt duidelijk dat informatie-uitwisseling niet voor alle onderlinge relaties is geregeld. De minister ondersteunt dit doordat hij – terecht – aangeeft dat die informatie-uitwisseling ook niet in alle gevallen noodzakelijk is voor de uitvoering van de wettelijke taak.

En dit punt is precies de reden waarom die informatie-uitwisseling zoals neergelegd in artikel 7 Instellingswet te ruim is geformuleerd. Enkel informatie die noodzakelijk is voor de uitvoering van de wettelijke taak mag worden uitgewisseld tussen de verschillende toezichthouders. Dit noodzakelijkheids criterium ontbrak in de Instellingswet zoals de minister ook in zijn nadere memorie van antwoord erkent.¹² De minister heeft dan ook aan de Eerste Kamer de toezegging gedaan dat hij in het Stroomlijningswetsvoorstel artikel 7 Instellings-



wet zou verduidelijken door het noodzakelijkheids criterium daarin scherper op te nemen. Artikel 7 lid 1 Instellingswet luidt dan ook na de verduidelijking als volgt:

Gegevens of inlichtingen welke in verband met enige werkzaamheden behoeve van de uitvoering van een taak als bedoeld in artikel 2, tweede lid, zijn verkregen mogen uitsluitend worden gebruikt voor zover dat noodzakelijk is voor de uitvoering van die taak of van enige andere taak als bedoeld in artikel 2, tweede lid. [onderstreping JK]

Echter, de enkele toevoeging van het zogenaamde noodzakelijkheids criterium repareert nog niet de verruiming van de bevoegdheid van informatie-uitwisseling, waardoor een onderneming het zicht kwijt is op het gebruik van door hem – al dan niet onder dwang verstrekte – informatie door de ACM en een keur aan andere instanties en toezichthouders in binnen- en buitenland. Die informatie-uitwisseling wordt geregeld in artikel 7 lid 2 Instellingswet.¹³

Uit de nadere memorie van antwoord¹⁴ volgt voorts dat gegevens die zijn vergaard in het kader van een bepaalde taak, bijvoorbeeld toezicht, en waarbij dat doel aan de onderneming is medegedeeld, die informatie alsnog door een andere afdeling van de ACM kan worden gebruikt voor een ander doel. De onderneming wordt niet geïnformeerd over het ‘nieuwe’ gebruik, omdat voldoende wordt geacht dat de onderneming bij het lezen van het besluit dat is genomen op basis van die informatie, kan terug vinden welke informatie daaraan ten

7 [Http://www.internetconsultatie.nl/materielewetacm](http://www.internetconsultatie.nl/materielewetacm)

8 In het advies van de Raad van State wordt niet expliciet verwezen naar de inhoudelijke bijdragen in reactie op de internetconsultatie maar de onderwerpen die als meest prangend zijn gepresenteerd in die bijdragen, komen duidelijk terug in het Advies van de Raad van State.

9 Kamerstukken I 2012/13, 33 186, nr. F, p. 3.

10 Kamerstukken I 2012/13, 33 186, nr. F, p. 1.

11 Kamerstukken I 2012/13, 33 186, nr. F, p. 8.

12 Kamerstukken I 2012/13, 33 186, nr. F.

13 Zie hiervoor artikel 7 lid 2 Instellingswet: ‘In afwijking van het eerste lid is de Autoriteit Consument en Markt bevoegd gegevens of inlichtingen te verstrekken aan: a. een bestuursorgaan, dienst, toezichthouder en andere persoon,

belast met de opsporing van strafbare feiten, onderscheidenlijk het toezicht op de naleving van wettelijke voorschriften, indien bij regeling van Onze Minister is bepaald dat verstrekking noodzakelijk is voor de goede vervulling van een aan dat bestuursorgaan, die dienst, die toezichthouder of die andere persoon opgedragen taak, b. een buitenlandse instelling, indien het gaat om gegevens of inlichtingen die van betekenis zijn of kunnen zijn voor de uitoefening van de taak van die buitenlandse instelling en die buitenlandse instelling op grond van nationale wettelijke regels is belast met de toepassing van regels op dezelfde gebieden als waarop de taken, bedoeld in artikel 2, tweede lid, betrekking hebben, of c. degene op wie de gegevens of inlichtingen betrekking hebben voor zover deze gegevens of inlichtingen door of namens hem zijn verstrekt.’

14 Kamerstukken I 2012/13, 33 186, nr. F.

grondslag ligt en op welke wijze de informatie door de ACM is vergaard. Tegen dat besluit kan hij dan in rechte opkomen en daarbij tevens de rechtmatigheid van de verkrijging van de informatie aan de orde stellen.

Dit is slechts anders indien de informatie wordt verkregen van een andere toezichthoudende instantie die uitdrukkelijk die informatie verstrekt voor het doel waarvoor het wordt opgevraagd (de externe informatie-uitwisseling). Indien daarvan sprake is, mag de ACM de informatie die zij heeft verkregen van een andere toezichthoudende instantie niet gebruiken voor een ander doel dan waarvoor zij dat heeft opgevraagd en verkregen.¹⁵ Dit geldt dus niet voor informatie die door de ACM zelf is opgevraagd bij een onderneming. Dit betekent dan ook doordat NMa, OPTA en CA samen zijn gegaan in de ACM, één toezichthoudende instantie, de informatie die is verzameld door een bepaalde afdeling binnen de ACM, die vroeger een aparte toezichthouder was, kan worden gewisseld met en verstrekt aan een andere afdeling binnen de ACM voor een ander doel dan waarvoor die informatie door de onderneming is verstrekt terwijl dit voorheen niet kon.

Door leden van de Tweede Kamer commissie voor EZ¹⁶ is de vinger op deze zere plek gelegd doordat zij (o.a. op basis van het advies van de Nederlandse Orde van Advocaten) gesignaleerd hebben dat de interne informatie-uitwisseling eigenlijk enkel wordt beperkt door de toevoeging van het noodzakelijkheids criterium, maar dat verder alle door de ACM bij ondernemingen verzamelde informatie intern uitgewisseld mag worden tussen de verschillende afdelingen van de ACM en dat achteraf pas getoetst kan worden of die informatie-uitwisseling noodzakelijk was. Tot slot wordt terecht de vraag opgeworpen wat dan precies het noodzakelijkheids criterium inhoudt en wie dat bepaalt en wanneer?

In aanvulling daarop geldt dat wanneer men de concept Werkwijze van de ACM inzake onderzoek analoge en digitale gegevens 2013¹⁷ erbij pakt, daaruit blijkt dat de ACM bij voorkeur de digitale dataset (die in de praktijk vele terabytes aan data kan bevatten) bij de onderneming kopieert, meeneemt naar het kantoor van de ACM en pas daar de zoektermen zal invoeren en een zogenaamde dataset binnen de reikwijdte van het onderzoek zal creëren. De vraag die daar speelt is uiteraard of dit past binnen de kaders van het proportionaliteitsbeginsel zoals neergelegd in artikel 5:13 Awb en de *Fortis/Allianz*-uitspraak.¹⁸ In die uitspraak is door de rechter geconcludeerd dat de zoekacties van de toezichthouder proportioneel moeten zijn ter voorkoming van zogenaamde *fishing expeditions*. Maar dat is niet het enige kritiekpunt. Des te belangrijker om te signaleren is dat wanneer al die informatie zich bij de ACM bevindt er vervolgens op grond van artikel 7 Instellingswet informatie-uitwisseling binnen de ACM en naar talloze instanties daarbuiten kan plaatsvinden zonder dat de onderneming daarvan in kennis wordt gesteld.

De minister zou er goed aan doen om de kritische opmerkingen van de Kamerleden ter harte te nemen. De ACM zou het reeds inwerking getreden artikel 7 Instellingswet niet toe moeten passen, totdat de definitieve bepaling in werking is getreden waarin de waarborgen en rechtsbescherming voor ondernemingen (ofwel marktorganisaties zoals ondernemingen in de Stroomlijningswet zullen worden genoemd) is opgenomen.

Tot die tijd zouden de huidige samenwerkingsprotocollen moeten worden gehandhaafd en gevolgd. Een andere oplossing zou zijn om het noodzakelijkheids criterium nader in te vullen door aan te sluiten bij het proportionaliteitsvereiste of dat in de Werkwijze ACM inzake onderzoek analoge en digitale gegevens 2013 een andere insteek wordt gekozen die erop is gericht om zo min mogelijk (en daarmee zo proportioneel mogelijk) informatie van een onderneming mee te nemen tijdens een bedrijfsbezoek.

Stroomlijningswet – meest relevante wijzigingen

Een behandeling en uitvoerige bespreking van alle wijzigingen als gevolg van het Stroomlijningswetsvoorstel is niet mogelijk. Daarvoor verwijs ik de lezer graag naar de duidelijke memorie van toelichting bij de Stroomlijningswet. Om die reden heb ik gekozen voor een bespreking van de meest significante en wezenlijke wijzigingen die, naar ik verwacht, ook de marktorganisaties het meest direct zullen raken. Kort en goed zijn dat de volgende onderwerpen: (i) toch niet afschaffen bezwaarfase maar een beperkte duur van de schorsende werking daarvan, (ii) het openbaarmakingsregime en (iii) het beperken van het zwijgrecht en cautie (waar dan weer een uitbreiding van het *legal privilege* tegenover staat). In al deze situaties is de wetgever doorgeschooten in zijn streven tot maximumharmonisatie, hetgeen ten koste gaat van de rechten en rechtsbescherming die ondernemingen zouden moeten toekomen.

Tot slot zal ik een aantal andere onderwerpen kort signaleren: het geven van bindende aanwijzingen, de waarschuwingsbevoegdheid op grond van de Whc en de mogelijkheid om woningen binnen te treden. De rode draad is de wens tot stroomlijning/maximumharmonisatie die is doorgeschooten ten koste van de rechtswaarborgen die een onderneming zou moeten hebben ten opzichte van het handelen de toezichthouder.

Toch niet afschaffen bezwaarfase maar een beperkte duur van de schorsende werking bij boetebesluiten

In het geconsulteerde voorstel voor de Stroomlijningswet was voorzien in het afschaffen van bezwaar bij boetebesluiten. Na kritische geluiden geuit tijdens de consultatiefase, heeft ook de Raad van State in zijn advies aangegeven dat het afschaffen van de bezwaarfase onwenselijk zou zijn.¹⁹ De achterliggende redenen voor het voorstel om de bezwaarfase bij boetebesluiten af te schaffen was dat de voordelen die de bezwaarfase in het algemeen heeft (zeefwerking, belang van dossiervorming en laagdrempeligheid) zich in het algemeen niet voordoen als het gaat om bezwaren tegen boetebesluiten. Een belangrijke andere reden om de bezwaarfase af te schaffen betrof de doorlooptijden van de procedures in boetetrajecten. Die zouden worden versneld en de ACM zou daarmee in meer gevallen binnen de grenzen van de redelijke termijn van artikel 6 EVRM blijven. De afschaffing van bezwaar zou ook leiden tot een vermindering van de kosten voor het bedrijfsleven en de ACM.

15 Artikel 6b Stroomlijningswetsvoorstel jº artikel 7 lid 1 Instellingswet.

16 Kamerstukken II, 2012/13 33 622, nr. 5, p. 9 en 13.

17 <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/11631/Consultatie-nieuwe>

werkwijzen-ACM/.

18 Rb. Den Haag 13 oktober 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BH2647 (*Fortis/Allianz*).

19 Kamerstukken II 2012/13, 33 622, nr. 4, p. 2.

De Raad van State benadrukt in zijn advies de prominente rol van de bezwaarfase in de Awb en verwijst daarvoor ook naar het standpunt van de Raad voor de Rechtspraak in zijn advies van 5 oktober 2012 aan de minister. Een afwijking van de mogelijkheid tot bezwaar kan alleen plaatsvinden indien daarvoor een dragende motivering bestaat en naar het oordeel van de Raad van State is daarvan geen sprake althans ziet hij dat niet terug in het wetsvoorstel. Deze analyse deel ik ook aangezien de bezwaarfase juist een extra gang van rechtsbescherming inhoudt die een integrale heroverweging door het bestuursorgaan laat plaatsvinden. Juist in boetebesluiten, in het bijzonder bij kartelovertradingen, is een juiste weergave en vaststelling van de feiten van groot belang. De Raad van State wijst mijns inziens dan ook terecht op het belang van de bezwaarfase bij punitieve sancties en dat in het kader van de waarheidsvinding op eenvoudige wijze onjuistheden in het bestreden besluit kunnen worden hersteld. Dit betekent uiteraard ook dat – zoals de ACM terecht betoogt²⁰ – haar besluiten door de bezwaarfase beter worden en de marktorganisaties de bezwaarfase wellicht ervaren als een tweede ronde voor het bestuursorgaan.

Aan de andere kant wordt ook onderkend dat door de bezwaarfase de procedures bij de ACM langer zullen zijn en dat dit juist één van de belangrijkste redenen was om die bezwaarfase af te schaffen. Om die reden is gezocht naar een alternatief om toch de doorloop van de procedures te versnellen. Deze oplossing is gevonden in het beperken van de schorsende werking van bezwaar en beroep. In de huidige situatie hebben bezwaar en beroep tegen boetebesluiten op grond van de Mededingingswet, Telecommunicatiewet en Loodsenwet schorsende werking. Alleen al om die reden loont het om bezwaar en beroep in te stellen. Betaling van de boete hoeft immers pas op het moment dat de uitspraak van de hoogste rechter onherroepelijk is. Tevens leidt dit doorprocederen en het bestaan van de bezwaarfase regelmatig tot een overschrijding van de redelijke termijn ex artikel 6 EVRM op grond waarvan de rechter uiteindelijk komt tot een boeteverlaging. Om die reden acht de wetgever het wenselijk om toch een alternatieve prikkel in te bouwen om tot een snellere besluitvorming te komen. De oplossing die is gevonden ligt in het beperkt toekennen van de schorsende werking van bezwaar. Zolang de boete door de ACM nog kan worden heroverwogen hoeft niet te worden betaald. Een termijn van 24 weken wordt voorgesteld, te rekenen vanaf de dag nadat het boetebesluit is bekend gemaakt. De 24 weken termijn is afgeleid van de in artikel 7:10 Awb genoemde termijnen (12 (zie lid 1) + 6 (verlenging lid 3) + 6 (verlenging lid 4)) welke termijn in alle boetebesluiten zal gelden ongeacht of er een bezwaaradviescommissie wordt ingesteld.²¹

De verwachting is dat de keuze voor een beperkte schorsende werking voor beide partijen een prikkel zal geven tot snellere besluitvorming.²² Wat precies de prikkel voor de ACM is laat zich raden, maar dat zou mogelijk een verlaging van de boete kunnen zijn bij een overschrijding van de redelijke termijn. Kritische geluiden zijn reeds geuit (o.a. tijdens de bijeenkomst van de Vereniging voor Mededingingsrecht op 26 juni 2013) zoals de voorspelling dat de ACM bij complexe boetebesluiten, denk aan de kartelovertradingen, vaak niet binnen 24 weken zal kunnen beslissen op bezwaar. Dit leidt ertoe dat halverwege

de behandeling van bezwaar een voorlopige voorziening moet worden gevraagd waarin wordt verzocht om een schorsing van de betalingsverplichting. Dit zal een zogenoemde *uphill battle* zijn, omdat een schorsing van het besluit (en daarmee de betalingsverplichting) enkel een kans van slagen heeft indien de onderneming aannemelijk maakt dat hij op overvallen staat. Overigens kan de ACM ook besluiten en toezeggen aan de marktorganisatie dat zij niet zal overgaan tot invordering van de boete totdat zij heeft beslist op bezwaar. Dit lijkt een voor de hand liggende en charmante oplossing. Daarbij moet worden opgemerkt dat in het Stroomlijningswetsvoorstel er voor is gekozen om de schorsende werking van verzet tegen de invordering van de boete te laten vervallen.²³ Dit betekent dan ook dat wanneer een marktorganisatie het zover laat komen dat de boete wordt ingevorderd na afloop van de 24-weken-termijn en zij verzet aantekent bij de burgerlijke rechter tegen invordering van die boete, er geen schorsende werking wordt toegekend aan het aangetekende verzet. De memorie van toelichting merkt daarbij op dat schorsende werking van het verzet wel kan worden gevraagd in kort geding maar daarvoor geldt uiteraard wederom dat dit een *uphill battle* zal zijn. Gelet op het aantal procedures dat in dit kader wellicht gevoerd moeten worden, zal dit niet leiden tot een beperking van de lasten voor de rechtspraak.

Het beperken van de schorsende werking tot 24 weken is bijzonder bezwaarlijk voor ondernemingen die hoge boetes opgelegd krijgen. Kartelovertradingen of ernstige overtreddingen van de Telecommunicatiewet of Postwet zijn omvangrijke procedures waarbij geldt dat een procedure gemakkelijk drie tot vier jaar (of soms wel langer) kan duren, waarbij al die tijd de reeds betaalde miljoenenboete bij de overheid ligt. Ervaring leert ook dat aan het eind van de procedure vaak (een deel van) de boete onterecht opgelegd was aan de onderneming. Terugbetaling van die boete met rente maakt in dat verband niets goed. Het kwaad is al geschied en de media pikt een verlaging van een boete vaak niet op. Het eerste bericht en de hoogte van die boete blijven hangen.

Dat administratieve procedures in Nederland zoveel mogelijk uniform moeten zijn, is een goed uitgangspunt. Er moet echter altijd oog blijven voor de specifieke zaken waar het om gaat. De maximumharmonisatie (in dit geval: aansluiten bij het systeem van de Awb) leidt tot een aanzienlijke beperking van de grondrechten (o.a. rechten van verdediging) van de onderneming die onder het toezicht van de ACM vallen en dit is onwenselijk.

Een mogelijke suggestie zou zijn om een verplichting tot het instellen van een Bezwaar Advies Commissie (hierna: BAC) voor de ernstige overtreddingen op te nemen. Beide partijen, zowel de ACM als de onderneming, hebben op dat moment profijt van de bezwaarfase omdat het juridische en feitelijke debat dan verder wordt uitgekristalliseerd en op die manier een stuk scherper kan worden gevoerd bij de rechtbank. Bovendien leidt het instellen van een BAC en het advies van die BAC vaak tot een aanpassing van het besluit zodat ook de omvang van het beroep beperkter zal zijn.

20 Tijdens de bijeenkomst van de Vereniging voor Mededingingsrecht op 26 juni 2013 maar ook door vertegenwoordigers van de ACM tijdens het Markt & Mededingingscongres op 14 mei 2013 te Den Haag.

21 Immers, de 24-weken-termijn uit artikel 7:10 Awb is alleen 24 weken indien een Bezwaaradviescommissie conform artikel 7:13 Awb wordt ingesteld.

22 *Kamerstukken II 2012/13, 33 622, nr. 3, p. 12.*

23 *Kamerstukken II 2012/13, 33 622, nr. 3, p. 20.*

Openbaarmaking besluiten en de verplichting daartoe voor ernstige overtredingen

De verschillende materiele wetten waarop de ACM toezicht houdt, kennen bijna allemaal een andere vorm van openbaarmaking van besluiten. In het kader van de stroomlijning van de bevoegdheden, heeft de wetgever er ook voor gekozen om de wijze waarop die besluiten openbaargemaakt moeten worden, te stroomlijnen. De artikelen 12u, 12v en 12w Stroomlijningswetsvoorstel geven de regels voor het openbaar maken van de besluiten van de ACM en van alle andere documenten die de ACM opstelt ter uitvoering van haar wettelijke taken. De ACM wordt verplicht alle besluiten tot het opleggen van bestuurlijke sancties en het geven van bindende aanwijzingen openbaar te maken. Daarbij geldt wel de uitzondering dat gegevens die op basis van artikel 10 Wob niet voor verstrekking in aanmerking komen, niet openbaar gemaakt worden. Ten aanzien van die gegevens dient de ACM een belangenafweging te maken.

De wetgever heeft echter voor een gedifferentieerd regime van openbaarmaking gekozen, waarbij voor de zeer ernstige overtredingen een afwijkend openbaarmakingsregime geldt. Dit gedifferentieerde regime van openbaarmaking ziet men ook terug in het financiële toezicht, artikel 1:97 Wet op financieel toezicht.²⁴ Andere besluiten dan het opleggen van een bestuurlijke sanctie of bindende aanwijzing kunnen door de ACM openbaar worden gemaakt. Deze besluiten vallen onder de reikwijdte van artikel 12w Stroomlijningswetsvoorstel.

De meest vergaande bevoegdheid is neergelegd in artikel 12v van de Stroomlijningswet. Dit artikel bepaalt dat wanneer een boete wordt opgelegd of een bindende aanwijzing wordt gegeven voor een overtreding waarvoor een boete kan worden opgelegd van ten hoogste 10% van de omzet van de onderneming, de ACM verplicht is tot openbaarmaking van dat besluit. De ACM kan op grond van deze wettelijke regeling dus geen belangenafweging meer maken of de openbaarmaking in dat specifieke geval wel of niet wenselijk is en of de belangen van de onderneming niet onevenredig worden geschaad.²⁵ De onderneming die publicatie wil voorkomen zal altijd een gang naar de rechter moeten ondernemen.

Slechts de gegevens die op grond van artikel 10 lid 1 sub c Wob in het besluit zijn opgenomen, worden niet openbaar gemaakt. Dit betreft bedrijfsvertrouwelijke gegevens. Ook persoonsgegevens zullen niet openbaar gemaakt worden. Let wel; dit zijn dus echt persoonsgegevens en betreft niet de naam van de onderneming: Bakkerij Janssen wordt gewoon genoemd, terwijl net zo goed kan worden gesproken over Bakkerij X. Verder heeft de ACM geen afwegingsruimte met betrekking tot de openbaarmaking en geldt dus dat in het geval van de meest ernstige overtredingen de besluiten standaard en integraal openbaar worden gemaakt. Alvorens de ACM tot openbaarmaking overgaat, wacht zij wel tien werkdagen.²⁶ Op die manier wordt de onderneming de mogelijkheid geboden om een voorlopige voorziening te vragen om openbaarmaking tegen te gaan.

De beslissing omtrent publicatie komt dan volledig bij de rechter te liggen maar die kan enkel toetsen of het sanctiebesluit prima facie rechtmatig is of niet, aangezien de wettelijke bepaling de ACM verplicht tot openbaarmaking. Voor een meer algemene belangenafweging (bijv. in de zin van artikel 10 lid 2 onder g Wob) lijkt weinig ruimte over te blijven. Dit is althans de praktijk sinds de uitspraak van de Afdeling Bestuursrecht-spraak van de Raad van State inzake DollarRevenue van 10 november 2010 waarin is beslist dat er geen sprake is van een onevenredige benadeling in de zin van artikel 10 lid 2 onder g Wob, zelfs wanneer het sanctiebesluit nog niet onherroepelijk is.²⁷ De toezichthouder mag overgaan tot publicatie van een boetebesluit met naam en toenaam zelfs wanneer nog wordt geprocedeerd tegen het besluit. De voorzieningenrechters van het CBB, de Rechtbank Amsterdam en de Rechtbank Den Haag zijn eerder tot dat oordeel gekomen en daarover is ook reeds in dit tijdschrift gepubliceerd.²⁸

De verplichte gang naar de rechter zal bovendien leiden tot een onnodige (en wellicht ook onvoorziene) belasting van het rechtssysteem. De wetgever streeft dan ook tweeledig zijn doel voorbij. De stroomlijning gaat ten koste van de waarborgen van (mogelijk gerechtvaardigde) belangen van de onderneming en het voorstel zal niet leiden tot een kostenbesparing.

Zwijgrecht en geven cautie

In het Stroomlijningswetsvoorstel is opgenomen dat bij een verhoor (alleen) voor de onderneming werkzame natuurlijke personen het zwijgrecht geldt. Het voorgestelde artikel 12i sluit aan bij artikel 5:10a Awb, eerste en tweede lid van de Awb en regelt in aanvulling daarop – ontleend aan maar net anders dan artikel 53 Mededingingswet²⁹ – dat het zwijgrecht niet alleen geldt voor degene aan wie de sanctie zal worden opgelegd, de (wettelijk vertegenwoordigers van de) onderneming maar ook voor anderen werkzaam bij de onderneming. De ACM moet hierop actief wijzen voorafgaand aan het verhoor. Uit de memorie van toelichting volgt dat dit niet alleen werknemers betreft maar ook zzp'ers en interim-managers.³⁰ Opvallend is dat de memorie van toelichting expliciet aangeeft dat ex-werknemers geen zwijgrecht hebben.³¹ Daarmee wordt in het Stroomlijningswetsvoorstel de recente uitspraak van het CBB³² zonder enige motivering opzij gezet. Geen woord wordt gewijd aan art. 6 EVRM, het recht op een *fair trial*, waarop het zwijgrecht is gebaseerd.

Eind 2012 heeft het CBB bepaald dat ook ex-werknemers een beroep op het zwijgrecht van hun voormalig werkgever kunnen doen.³³ Het CBB stelt dat de beperking tot werknemers, de onderneming een effectieve bescherming door middel van het zwijgrecht ontnemt. Het CBB wijst er daarbij op dat de wetgever in de Mededingingswet heeft willen aansluiten bij het Europese mededingingsrecht, waarin de personen die kunnen worden gehoord omtrent het handelen van de onderneming, ook een beroep op het zwijgrecht van die onderneming kunnen doen. Het beëindigen van een dienstverband vormt naar

24 Kamerstukken II 2012/13, 33 622, nr. 3, p. 60.

25 Van openbaarmaking van het besluit kan alleen worden afgezien wanneer de openbaarmaking naar het oordeel van de ACM in strijd zou kunnen komen met het doel van het aan de ACM opgedragen toezicht op de naleving. De tenzij-clausule zoals opgenomen in artikel 12u lid 4 Stroomlijningswetsvoorstel.

26 In het conceptwetsvoorstel werd nog gesproken over een termijn van vijf werkdagen. Naar aanleiding van de ingediende reacties is deze termijn naar tien werkdagen verlengd. Dit is een verbetering.

27 ABRvS 10 november 2010, *Mediaforum* 2010-11/12, nr. 32 m.nt. P.V. Eijssvoogel en L.P.W. Mensink (OPTA/ECS).

28 Zie de noot van P.V. Eijssvoogel en L.P.W. Mensink bij de uitspraken CBB 5 juni 2008, *Mediaforum* 2008-10, nr. 32 (A/OPTA); Vzr. Rb. Amsterdam 27 mei 2008, *Mediaforum* 2008-10, nr. 33 (DollarRevenue/OPTA); en Vzr. Rb. Den Haag 23 juni 2008, *Mediaforum* 2008-10, nr. 34 (Marktanalysebesluiten MTA).

29 En hier zit dus juist het verschil. In artikel 53 Mw wordt gesproken over 'aan de zijde van de onderneming' en niet over 'werkzaam bij'.

30 Kamerstukken II 2012/13, 33 622, nr. 3, p. 10.

31 Kamerstukken II 2012/13 33 622, nr. 3, p. 10.

32 CBB 21 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY7026 en ECLI:NL:CBB:2012:BY7031.

33 Zie noot 32.

het oordeel van het CBB geen rechtvaardiging voor het verval van het zwijgrecht. De ruime medewerkingsplicht van ondernemingen die in het Nederlandse recht wordt aangenomen, verdraagt zich niet met een dergelijke beperking van de kring van personen.

Mijns inziens is niet meer dan logisch dat ook ex-werknemers bij verhoren door de ACM een beroep kunnen doen op het zwijgrecht van de onderneming waarbij zij voorheen werkzaam waren. Het gaat immers om een 'afgeleid zwijgrecht' van het zwijgrecht dat aan de verdachte onderneming toekomt. Dit afgeleide zwijgrecht houdt in dat een persoon, die 'aan de zijde van de onderneming' betrokken was bij de gedragingen die mogelijk een overtreding van de betreffende regelgeving inhielden en die door de ACM wordt verhoord, niet tegen de onderneming hoeft te getuigen. Het spreekt voor zich dat het daarbij gaat om gedragingen die in het verleden hebben plaatsgevonden, toen de betreffende persoon werkzaam was bij de onderneming. Of die persoon vervolgens bij de onderneming werkzaam is gebleven dan wel uit dienst getreden is, maakt daarvoor geen enkel verschil. In de praktijk betekent deze wetwijziging dat een onderneming, die betrokken raakt in een ACM onderzoek waarvoor een punitieve sanctie kan worden opgelegd, het zich niet zal kunnen veroorloven werknemers die mogelijk bij de beweerdelijke overtreding betrokken waren, uit dienst te laten gaan. In dat geval zijn deze ex-werknemers immers verplicht om informatie over de onderneming te verschaffen, ook als die belastend voor de onderneming is, terwijl zij dat niet verplicht zijn indien zij in dienst zouden blijven.

Wederom een streven naar maximumharmonisatie die een aanzienlijke uitholling van de rechtsbescherming tot gevolg heeft.

Bindende aanwijzing en waarschuwingsbevoegdheid in de Whc

De stroomlijning van de verschillende materiele wetten komt voorts tot uitdrukking in het opnemen van de mogelijkheid voor de ACM om een bindende aanwijzing op te leggen. De bindende aanwijzing is opgenomen in artikel 12j waarbij ook verduidelijkt is dat de algemene bevoegdheid voor de ACM om een bindende aanwijzing op te leggen alleen geldt wanneer er sprake is van een overtreding. De bindende aanwijzing moet worden onderscheiden van de zelfstandige lasten die ook kunnen worden opgelegd wanneer er geen sprake is van een overtreding. In de consultatiefase is kritiek geuit op de onduidelijkheid die in het wetsvoorstel bestond over de mogelijkheid om een zelfstandige last op te leggen wanneer nog geen overtreding was geconstateerd. Deze onduidelijkheid is nu weggenomen en bindende aanwijzingen kunnen alleen worden opgelegd wanneer er sprake is van een overtreding. Zelfstandige lasten die niet vanwege een overtreding worden opgelegd, worden 'bindende gedragslijn' genoemd.³⁴ Waar in de materiele wetten de mogelijkheid bestond om een zelfstandige last/aanwijzing op te leggen zonder dat er sprake was van een overtreding, wordt dit nu een 'bindende gedragslijn' genoemd.³⁵

De waarschuwingsbevoegdheid kan worden gebruikt indien de ACM nog geen overtreding heeft geconstateerd, maar zij meent dat er wel een acuut en reëel risico is op benadeling van consumenten en er een redelijk vermoeden van overtreding bestaat.³⁶ Dit is een vergaand instrument omdat direct *namings* en *shaming* plaatsvindt zonder dat een overtreding is geconstateerd en wordt – gelukkig – niet geharmoniseerd maar blijft in artikel 2:23 Whc staan en geldt dan ook alleen voor de bevoegdheden die de oude CA had. Het is echter wel een bevoegdheid die de ACM heeft en marktorganisaties dienen dan ook opletend te zijn dat deze bevoegdheid niet wordt misbruikt. De reputatieschade die hierdoor kan ontstaan is namelijk aanzienlijk. Overigens is het besluit om een waarschuwing te geven wel een besluit in de zin van de Awb, waartegen bezwaar en beroep open staat en kan ook een voorlopige voorziening³⁷ worden gevraagd tot schorsing van de openbare waarschuwing. De termijn waarbinnen een voorlopige voorziening tot schorsing van het besluit om een openbare waarschuwing te geven moet worden ingesteld, is wel korter dan voor de overige besluiten die de ACM kan nemen. Die termijn is vanwege het spoedkarakter van de waarschuwings slechts vijf werkdagen.

Binnentreden woning

Een andere bepaling waarin de maximumharmonisatie terugkomt en waar deze ten koste gaat van de rechtsbescherming, is de mogelijkheid om woningen binnen te treden zonder toestemming van de bewoner. Deze bevoegdheid was reeds opgenomen in de Mededingingswet, maar is nu in het Stroomlijningswetsvoorstel opgenomen, waardoor zij gaat gelden voor alle wetten waarop de ACM toezicht houdt. In het eerdere wetsvoorstel gold dit niet alleen voor het binnentreden van de woning maar ook het doorzoeken daarvan. Op deze laatste uitbreiding van bevoegdheden voor de ACM is in de consultatiefase veel kritiek gekomen en deze is komen te vervallen. De bevoegdheid tot het binnentreden van de woning is echter blijven staan en zal dus ACM breed, voor alle toezicht handelingen gelden en dus niet alleen maar wanneer onderzoek plaatsvindt wegens overtreding van de Mededingingswet. Ook ondernemingen die vallen onder de reikwijdte van de Postwet, Telecommunicatiewet, Spoorwegwet etc. zullen rekening moeten houden met de mogelijkheid dat ACM ambtenaren (met voorafgaande toestemming van de rechter-commissaris) woningen mogen binnentreden en zoekend mogen rondkijken (maar niet doorzoeken dus). De memorie van toelichting is op het punt van het doorzoeken wel enigszins verontrustend. De wetgever meent namelijk dat zij niet de bevoegdheid hoeft te geven aan ACM ambtenaren tot het doorzoeken van woningen aangezien zij met de bevoegdheid om woningen te mogen binnen treden toch voldoende mogelijkheden hebben om de gewenste gegevens en bescheiden te verkrijgen. Dit lijkt te impliceren dat de wetgever verwacht (en ook meent dat dit is toegestaan) dat ACM ambtenaren meer mogen dan alleen zoekend rondkijken, althans dat zij met het zoekend rondkijken zoveel informatie kunnen verzamelen dat het doorzoeken van een woning een bevoegdheid is die niet meer nodig is (en zij op basis van de informatie die zij hebben opgedaan tijdens het zoekend rondkijken een informatievordering op grond van artikel 5:17 Awb kunnen richten aan de onderneming).

34 *Kamerstukken II 2012/13*, 33 622, nr. 3, p. 5 en 11.

35 Zie hiervoor bijvoorbeeld de zaak van 3 maart 2011, *ECLI:RBROT:BP6642*, r.o. 2.5.3 (*Westlandinfra BV/NMa (energiekamer)*) waarin werd geoordeeld dat de NMa een bindende aanwijzing had moeten geven over de uitleg en invulling van een wettelijke norm in plaats van het opleggen van een boete. Een dergelijke

bindende aanwijzing heet bij inwerkingtreding van de Stroomlijningswet een bindende gedragslijn.

36 *Kamerstukken II 2012/13*, 33 622, nr. 3, p. 21.

37 Artikel 12w, derde lid Stroomlijningswetsvoorstel.

Gevolgen voor de praktijk

De gevolgen voor de praktijk zijn niet te onderschatten. Het doel van de regering in het kader van de bezuinigingsoperatie wordt mogelijk bereikt (toezichthouden wordt in ieder geval vele malen makkelijker gemaakt) maar dit gaat ten koste van de waarborgen die ondernemingen zouden moeten toekomen wanneer zij onderwerp van onderzoek of toezicht zijn. De door de ACM verkregen informatie kan vrijelijk worden uitgewisseld binnen de ACM zonder dat de proportionaliteit van de uitwisseling in het betreffende geval hoeft te kunnen worden aangetoond, bij onderzoeken heeft de ex-werknemer geen zwijgrecht meer, de ACM kan bij ieder onderzoek de woning betreden van natuurlijke personen, de boete voor zeer ernstige overtredingen wordt openbaar gemaakt zonder dat daarvoor

nog een belangenafweging aan voorafgaat en vervolgens moet de boete worden betaald wanneer de termijn voor bezwaar (24 weken) is verstreken. Al met al aanzienlijke wijzigingen die eigenlijk alle ondernemingen kunnen raken die in Nederland economische activiteiten verrichten. Het is te hopen dat ondernemingen, en de organisaties die hen in het wetgevingstraject vertegenwoordigen, op tijd signaleren welke risico's dit wetsvoorstel in zich bergt voor hun rechtspositie in sanctietrajecten en daarvoor de nodige aandacht vragen van volksvertegenwoordigers in de Tweede en daarna de Eerste Kamer. Daarbij moet worden bedacht dat het in de praktijk regelmatig voorkomt dat sancties ten onrechte blijken te zijn opgelegd, openbaarmaking onrechtmatig is, overtredingen niet bewezen kunnen worden of onderzoek nergens toe leidt.

Convergentie in recht en praktijk

Jubileumsymposium 25 jaar VMC/25 jaar Mediaforum

**Vrijdag 15 november 2013,
14.00-17.00 uur
Het Bethaniënklooster,
Barndesteeg 6b, Amsterdam**

In 1988 werd de Vereniging voor Media- en Communicatierecht opgericht. Een jaar later verscheen het eerste nummer van *Mediaforum*. Ter gelegenheid van het jubileum van deze twee bijzondere gebeurtenissen wordt een symposium gehouden waar misschien een beetje terug-, maar vooral vooruitgeblikt zal worden.

Centraal thema van het symposium is 'Convergentie in recht en praktijk'. Het fenomeen convergentie is een van de grote krachten achter het media- en communicatierecht. Convergentie in het sectorspecifieke recht (tussen bijvoorbeeld het media-, telecommunicatie- en privacyrecht) en tussen nationaal en Europees recht. Convergentie die mede gedreven wordt door ontwikkelingen in technologie (mobiel, internet) en samenleving (sociale netwerken).

Keynotes worden verzorgd door prof. mr. Egbert Myjer (voormalig rechter Europees hof voor de Rechten van de Mens/hoogleraar VU) en door prof. dr. Pierre Larouche (hoogleraar mededingingsrecht, Universiteit van Tilburg). Twee referenten zullen een reactie geven als aanzet voor de discussie.

Tijdens het symposium zal de feestbundel *25 jaar Mediaforum: een blik vooruit via de achteruitkijkspiegel* worden gepresenteerd. Aan de hand van baanbrekende arresten uit de afgelopen 25 jaar presenteren 25 auteurs hun visie op het media- en communicatierecht.

Het inhoudelijke deel duurt tot 17.00 uur, aansluitend is er een borrel. Toegang is voor leden gratis. Niet-leden betalen € 40,-.

*Aanmelding kan plaatsvinden door een email te sturen naar:
studiemiddag@mediaforum.nl.*