

Vergaderjaar 2013–2014

**33 622**

## **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**

**B**

### **VOORLOPIG VERSLAG VAN DE VASTE COMMISSIE VOOR ECONOMISCHE ZAKEN<sup>1</sup>**

Vastgesteld 13 maart 2014

Het voorbereidend onderzoek van dit wetsvoorstel geeft de commissie aanleiding tot het maken van de volgende opmerkingen en het stellen van de volgende vragen. De commissie verzoekt de regering de vragen uiterlijk 11 april 2014 te beantwoorden.

#### **Inleiding**

De leden van de **VVD**-fractie hebben kennisgenomen van het voorliggende wetsvoorstel en willen van de gelegenheid gebruik maken de regering een aantal vragen te stellen.

De leden van de **PvdA**-fractie hebben met belangstelling dit onderdeel behorend bij de vorming van de Autoriteit Consument en Markt gelezen. Volgens deze leden is een goed functionerend toezichtsorgaan essentieel bij een correct functionerende marktwerking. Graag stellen de leden een enkele vraag met betrekking tot dit onderwerp.

De leden van de **CDA**-fractie hebben met belangstelling kennisgenomen van het voorliggende wetsvoorstel. Zij hebben enkele vragen.

De leden van de **PVV**-fractie hebben kennis genomen van het wetsvoorstel en hebben enkele vragen.

De leden van de **SP**-fractie hebben kennisgenomen van het wetsvoorstel. Zij danken de Minister van Economische Zaken voor het gestand doen van

<sup>1</sup> Samenstelling:

Holdijk (SGP), Kneppers-Heijnert (VVD) (*voorzitter*), Terpstra (CDA), Sylvester (PvdA), Essers (CDA) Thissen (GL), Nagel (50PLUS), Elzinga (SP), Huijbregts-Schiedon (VVD), Koffeman (PvdD), Reuten (SP), Schaap (VVD), Flierman (CDA), Hoekstra (CDA), Van Boxtel (D66), Backer (D66), Vos (GL), De Lange (OSF), Schrijver (PvdA), Postema (PvdA), Vlietstra (PvdA) (*vice-voorzitter*), Van Strien (PVV), Faber-van de Klashorst (PVV), Ester (CU), Bröcker (VVD), Beckers (VVD), Van Beek (PVV), Gerkens (SP), Koning (PvdA)

zijn toezegging aangaande het voormalig lid 5l [5el] van de Mededingingswet.<sup>2</sup> Over het wetsvoorstel hebben zij een aantal vragen.

De leden van de **ChristenUnie**-fractie hebben met belangstelling kennisgenomen van voorliggend wetsvoorstel, maar hebben daarover nog een aantal vragen.

### **Definities, reikwijdte en doel ACM**

Middels een amendement<sup>3</sup> is in de Tweede Kamer in artikel 2, lid 5, van het voorliggend wetsvoorstel ook opgenomen dat de werkzaamheden van de ACM tot doel hebben om concurrentie en een gelijk speelveld op markten te bevorderen. Kan de regering daarop nog een nadere toelichting geven, zo vragen de leden van de **PvdA**-fractie.

De doelomschrijving van de ACM is breed geformuleerd, hieruit kan een breed takenpakket voortvloeien. In de memorie van toelichting wordt aangegeven dat de doelomschrijving niet mag worden verward met een taakomschrijving. Maar hebben de taken niet de doelomschrijving als grondslag, zo vragen de leden van de **PVV**-fractie. Daaruit kan men toch concluderen: hoe breder de doelomschrijving des te meer taken?

In de memorie van toelichting wordt aangegeven dat het onderhavige wetsvoorstel op een aantal punten voorziet in een uitgebreidere bescherming van marktorganisaties dan op grond van de in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) geregelde waarborgen reeds het geval is. Kan de regering aangeven om welke punten dat gaat?

De leden van de **SP**-fractie constateren dat artikel 2, lid 5, van de Instellingswet ACM de voorgestelde doelopdracht voor de ACM geeft. Vanwege het belang hiervan beperken zij zich in hoofdzaak tot deze opdracht. Het genoemde lid 5 luidt: «De werkzaamheden van de Autoriteit Consument en Markt hebben tot doel het bevorderen van goed functionerende markten, van ordelijke en transparante marktprocessen en van een zorgvuldige behandeling van consumenten. Zij bewaakt, bevordert en beschermt daartoe een effectieve concurrentie en een gelijk speelveld op markten en neemt belemmeringen daarvoor weg.» (De leden van de SP-fractie zijn zich ervan bewust dat de achtergrond van de tweede zin gelegen is in een amendement.<sup>4</sup>)

De leden van de SP-fractie merken ten eerste op dat de memorie van toelichting de termen «goed functionerende markten» nader omschrijft met de term «concurrentie». <sup>5</sup> Daarbij merken zij op dat de tevens in de tweede zin gehanteerde term «concurrentie» niet in de Instellingswet of in de Mededingingswet is gedefinieerd. Hetzelfde geldt voor de term mededinging. Kan de regering een definitie geven van «concurrentie» en is de regering tevens bereid dit verzuim in de eerstvolgende wijziging van deze wetten te herstellen? (De memorie van toelichting bij het onderhavige voorstel geeft weliswaar aan waartoe concurrentie eventueel zou moeten leiden – oogmerken die vaak opnieuw vragen oproepen – doch ook daar ontbreekt een definitie.) Deze leden merken op dat ook indien de tweede zin uit lid 5 achterwege zou zijn gebleven (zoals in het oorspron-

<sup>2</sup> Artikel 5a Mededingingswet uit het wetsvoorstel (alsmede het overeenkomstige artikel uit de Wet handhaving consumentenbescherming).

<sup>3</sup> 33 622, nr. 12.

<sup>4</sup> Amendement van het lid Verhoeven (33.622, nr. 12).

<sup>5</sup> Het bevorderen van goed functionerende markten betekent dat er op die markten zoveel mogelijk sprake is van – al dan niet gereguleerde – concurrentie waarbij iedere marktorganisatie beschikt over voldoende informatie.» (33.622, nr. 3, blz. 42)

kelijk wetsvoorstel) een definitie van de term concurrentie de nodige duidelijkheid zou scheppen.

De leden van de SP-fractie hebben tevens vragen over de term «gelijk speelveld». Is de term «gelijk speelveld» bedoeld als metafoor?<sup>6</sup> Zo ja, kan de regering aangeven of zij meent dat in plaats van een metafoor een inhoudelijke doelstelling meer duidelijkheid zou scheppen? Is er mogelijk bedoeld dat de ACM «gelijke concurrentievoorwaarden» moet bewaken, bevorderen en beschermen? Naar het oordeel van de leden van de SP-fractie is het voordeel van de term «gelijke concurrentievoorwaarden» dat deze minder moeilijk operationaliseerbaar is dan de term «effectieve concurrentie» of de in de memorie van toelichting gehanteerde term «eerlijke concurrentieverhoudingen».<sup>7</sup> Deelt de regering deze opvatting? Is de regering bereid om, in overleg met de indiener van het amendement, bij de eerstvolgende wijziging van de Instellingswet ACM de zinsnede «een gelijk speelveld» te vervangen door een meer inhoudelijke aanduiding, zoals bijvoorbeeld «gelijke concurrentievoorwaarden»?

De leden van de **ChristenUnie**-fractie vragen welke rol het rapport «Verbinding Verbroken?» van de Parlementaire Onderzoekscommissie naar Privatisering en Verzelfstandiging<sup>8</sup> heeft gespeeld bij de voorbereiding en uitwerking van dit wetsvoorstel. Welke omschrijving hanteert de regering van het principe van gezonde mededinging en wat zijn vormen van ongezonde mededinging? Hoe verhoudt volgens de regering het belang van mededinging zich tot publieke en maatschappelijke belangen? Dient de ACM alleen het belang van mededinging of zijn er ook andere, en zo ja welke, belangen in het geding? Heeft de regering overwogen om de stroomlijning van het door de ACM te houden toezicht aan te grijpen om het publiek belang nadrukkelijker centraal te stellen in het toezicht, in het bijzonder waar sprake is van markten met een privatiseringsverleden?

Daarnaast vragen deze leden of de regering tevreden is over de reikwijdte van het huidige artikel 6, lid 3, van de Mededingingswet, dat in een beperkt aantal gevallen marktafspraken mogelijk maakt die het belang van de gebruiker dienen. Welke initiatieven onderneemt de regering om voor bedrijven en organisaties vooraf duidelijk te maken welke mogelijkheden artikel 6, lid 3, van de Mededingingswet biedt?

### **Onafhankelijkheid ACM**

Door de woordvoerder van de PvdA-fractie is, tijdens de plenaire behandeling op 5 en 12 februari 2013 van de Instellingswet ACM (33 186), de zorg geuit dat de ACM wel voldoende onafhankelijk van de Minister van Economische Zaken c.q. de regering moest kunnen opereren, zeker waar het overheidshandelen moet kunnen bezien in het licht van de consument en marktbelangen. De leden van de **PvdA**-fractie vragen de regering of de waarborg van artikel 10, lid 3, daarvoor voldoende is. De leden van de **CDA**-fractie sluiten zich bij deze vraag aan.

### **Advisering en informatievoorziening**

De leden van de fractie van de **ChristenUnie** hechten eraan dat bedrijven en organisaties die duurzame initiatieven ontplooiën, nog voor zij daarvoor grote kosten maken, duidelijkheid krijgen over de toelaatbaarheid van die initiatieven naar het geldend mededingingsrecht. Een

<sup>6</sup> De term wordt eveneens (terloops) gebruikt op blz. 2 van de memorie van toelichting.

<sup>7</sup> Idem, blz. 2.

<sup>8</sup> Kamerstuk C, A-B

amendement om informele advisering door de ACM op dit punt mogelijk te maken is door de Tweede Kamer verworpen<sup>9</sup>, onder andere vanwege de vermenging van de advies- en toezichtfuncties. Ziet de regering binnen het huidige wettelijke regime alternatieve mogelijkheden om advisering en informatievoorziening over de speelruimte op dit punt te verbeteren, bijvoorbeeld via een andere partij dan de ACM?

### **Informatievergaring**

Een principieel uitgangspunt van de Awb is dat wordt beoogd voor de onderwerpen die op veel terreinen van bestuursrechtelijke wetgeving een rol spelen, een algemene regeling te treffen. Hierdoor is een geheel van algemene regels tot stand gekomen die steeds van toepassing zijn, zodat in de bijzondere wetten geen afwijkende regels behoeven te worden opgenomen. Zo is in artikelen 5:16 en 5:17 van de Awb de inlichtingen- en inzagebevoegdheid van de toezichthouder geregeld. Niettemin krijgt de Autoriteit Consument en Markt (ACM) in artikel 6b van het voorliggende wetsvoorstel een zeer ruime bevoegdheid om gegevens, benodigd voor de uitvoering van zijn wettelijke taken (bij ondernemingen) te vorderen. *Mutatis mutandis* geldt hetzelfde voor artikelen 12a en 12b. Hoe verhoudt zich dit tot het genoemde uitgangspunt van de Awb? En hoe wordt voorkomen dat deze ruime bevoegdheden ten koste gaan van de waarborgen van de Awb, zo vragen de leden van de **VVD**-fractie.

Artikel 7 van het voorliggend wetsvoorstel voorziet vervolgens in de mogelijkheid om de verkregen informatie niet alleen binnen de ACM te delen maar ook aan andere (binnenlandse en buitenlandse) toezichthouders te verstrekken. Het gevaar ligt op de loer dat *en passant* meer informatie dan nodig wordt verzameld onder het mom van toezicht op grond van een andere wettelijk taak. Is de regering bereid om wettelijk te regelen dat een informatievordering een appellabel besluit is, zodat een onderneming deze ter toetsing aan de bestuursrechter kan voorleggen ter voorkoming dat overmatig veel informatie en bedrijfsgegevens worden meegenomen?

Bij de behandeling van de Instellingswet ACM heeft de Minister van Economische Zaken de Eerste Kamer toegezegd een noodzakelijkheids criterium in te voeren.<sup>10</sup> Dat heeft hij gedaan in artikel 7, lid 1. De vraag is of dit voldoende is om «*phishing expeditions*» te voorkomen. Hoe verhoudt artikel 7, lid 1, zich tot de eenmalige en abstracte noodzakelijkheidstoets van artikel 7, lid 3? Op welke wijze waarborgt het wetsvoorstel dat de gevorderde informatie slechts wordt gebruikt voor zover dat noodzakelijk en proportioneel is en voor een legitiem doel dat verenigbaar is met het doel waarvoor de informatie oorspronkelijk is verkregen? Kan de regering bevestigen dat de noodzakelijkheidstoets niet eenmalig per instantie plaats vindt maar per geval, overeenkomstig het proportionaliteitsbeginsel?

Het wetsvoorstel voorziet niet in een regeling voor het gebruik van informatie die door rechtsvoorgangers van ACM in het kader van de uitvoering van hun taken is verkregen. Op welke wijze is gewaarborgd dat deze informatie uitsluitend wordt gebruikt in het kader van de bevoegdheden op grond waarvan deze destijds is verkregen? Er wordt niet geregeld dat en wanneer een onder toezicht gestelde de informatie terugkrijgt. Is de regering bereid om het recht op inzage in (intern) gebruik van historische informatie wettelijk te regelen evenals teruggave na sluiting van het onderzoek?

<sup>9</sup> 33 622, nr. 18.

<sup>10</sup> Toezegging T01704, te vinden via [www.eerstekamer.nl](http://www.eerstekamer.nl)

Artikel 6b, lid 2, geeft de ACM de mogelijkheid «een termijn» te stellen. Dat is weinig specifiek. Waarom heeft de regering dit niet nader gespecificeerd, of «een redelijke termijn» in de wet opgenomen, zo vragen de leden van de **CDA**-fractie.

Voor het bepalen van de boeteoplegging wordt in het wetsvoorstel de bevoegdheid opgenomen om de boekhouding van een overtreder te onderzoeken om de hoogte van de omzet te bepalen. Men gaat dan uit van het jaar voor het jaar waarin de boete wordt opgelegd, of het meest actuele jaar waarvan de jaarrekening reeds bekend is. De leden van de **PVV**-fractie vragen waarom er niet enkel wordt gekozen voor het bepalen van de omzet over het jaar dat voor het jaar ligt waarin de boete wordt opgelegd? En in hoeverre kan de omzet niet bepaald worden uit de financiële gegevens die bij de belastingdienst aanwezig zijn? Kan een aan het bedrijf opgelegde boete in mindering gebracht worden op de belasting?

Op welke wijze wordt nu de hoogte van de omzet bepaald? Geeft de huidige wijze van omzetbepaling een hogere of lagere omzet dan de voorgestelde wijze die in dit wetsvoorstel ligt? En hoe groot zijn eventuele verschillen? Indien een dochterbedrijf van een internationaal opererend bedrijf een overtreding begaat, hoe wordt dan de omzet bepaald voor het opleggen van de boete? Wordt dan de omzet van het gehele bedrijf meegenomen of enkel van het dochterbedrijf?

Er wordt gewerkt aan een periodiek afstemmingsoverleg tussen de ACM en het Openbaar Ministerie. De leden van de **PVV**-fractie vragen de regering in hoeverre het OM de ACM kan verzoeken om gericht te zoeken naar informatie.

### **Personele scheiding**

Artikel 12a introduceert een ACM-brede, centrale, grondslag voor de aanwijzing van toezichthoudende ambtenaren. Onduidelijk is of alle ACM-ambtenaren als zodanig worden aangewezen en ingezet als ambtenaren belast met het toezicht op de naleving van alle wettelijke voorschriften behorende tot het werkveld van de ACM. Zo ja, hoe wordt dan een effectieve functiescheiding gewaarborgd? Artikel 12q bevat een functiescheiding (opleggen bestuurlijke boete niet door personen die betrokken zijn geweest bij de opstelling van het rapport). Art 54a Mededingingswet bevat een veel ruimere functiescheiding (niet alleen bij bestuurlijke boete maar ook bij last onder dwangsom en niet alleen door personen die niet bij de opstelling van het rapport betrokken zijn geweest maar ook niet bij het daaraan voorafgegane onderzoek). De leden van de **VVD**-fractie vragen de regering waarom zij deze functiescheiding niet ACM-breed heeft ingevoerd en of zij van plan dan wel bereid is om dit alsnog te doen?

ACM-breed wordt er geregeld dat niet alleen personen die het rapport hebben opgesteld geen boete mogen opleggen maar ook personen die voor het opstellen van dat rapport voorbereidende werkzaamheden hebben verricht. Er wordt ook een «*chinese wall*» opgetrokken op persoonsniveau. De leden van de **PVV**-fractie vragen wie er verantwoordelijk is voor de personele handelingen onder deze scheiding. Is dat ACM of de persoon zelf? In hoeverre is hier in de praktijk ook een scheiding van functies? Er zal toch enige communicatie zijn tussen deze personen. Er is dan toch altijd sprake van beïnvloeding? Wordt er bijgehouden welke personen aan welk dossier werken en wat de aard is van hun werkzaamheden?

## **Binnentreden**

De artikelen 12c tot en met 12f introduceren ACM-breed de bevoegdheid tot betreding van de woning zonder toestemming van de bewoner. Tot nu toe had alleen de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) in het kader van de handhaving van de Mededingingswet deze verregaande bevoegdheid en alleen omdat ook de Europese Commissie deze bevoegdheid in het kader van het Europees mededingingsrecht had. De regering heeft niet gemotiveerd en toegelicht waarom op andere gebieden dan het mededingingsrecht deze bevoegdheid noodzakelijk is. Kan de regering aan de leden van de **VVD**-fractie aangeven in hoeveel gevallen effectieve handhaving op het gebied van het sectorspecifieke toezicht en de consumentenbescherming nu daadwerkelijk gefrustreerd wordt doordat de toezichthouder geen toezicht tot de woning had? De bevoegdheid om een woning zonder toestemming van de bewoner te betreden, is zeer ingrijpend voor de bewoners en vereist dan ook stevige waarborgen. Het wetsvoorstel lijkt op dat vlak tekort te schieten. Weliswaar wordt bepaald dat er een voorafgaande machtiging is vereist van de rechter-commissaris, maar er wordt blijkens de mogelijkheid van een voorzorgsmachtiging niet altijd getoetst of in het voorliggende geval betreding van de woning daadwerkelijk nodig is. Daarnaast ontbreekt 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. Dit is de gebruikelijke wijze waarop binnentreden plaatsvindt in het strafrecht (zie bijvoorbeeld artikel 97 Wetboek van Strafvordering). Waarom is in dit wetsvoorstel daarvan afgeweken? En hoe verhoudt zich dit tot artikel 8 EVRM en artikel 7 Handvest van de Grondrechten van de EU?

Artikel 2 van de Algemene wet op het binnentreden regelt dat er een machtiging nodig is voor binnentreden zonder toestemming. In het eerste lid van artikel 12d van voorliggend voorstel is ook geregeld dat een machtiging nodig is. Het is deze leden niet helder wat met het vierde lid van artikel 12d beoogd is en wat het nu feitelijk regelt. De leden van de **PvdA**-fractie vragen of de regering daarop kan ingaan. Daarnaast wordt in artikel 12d bepaald dat de rechter-commissaris, belast met de behandeling van strafzaken, van de rechtbank Rotterdam bevoegd is tot het verlenen van een machtiging en wordt artikel 3 van de Algemene wet op het binnentreden niet van toepassing verklaard. Kan de regering uiteenzetten waarom ervoor is gekozen de bevoegdheid tot het verlenen van een machtiging in afwijking van de Algemene wet op het binnentreden te regelen?

Artikel 10 van de Algemene wet op het binnentreden regelt dat de ambtenaar een schriftelijk verslag opmaakt. Dat wordt ook in de leden 1 tot en met 4 van artikel 12f geregeld, waarin eveneens artikel 10 van de Algemene wet op het binnentreden buiten toepassing wordt verklaard. Onduidelijk is welke verschillen er hierdoor gaan ontstaan tussen binnentreden op grond van artikel 10 (Algemene wet op het binnentreden) en artikel 12f (Instellingswet ACM). Ook is onduidelijk waarom besloten is tot eventuele verschillen in verslagleggingsregels rondom binnentreden en of de voorgelegde formulering hiertoe de handigste oplossing was. Kan de regering daar een nadere toelichting op geven?

## **Toezeggingsbevoegdheid**

Artikel 12h regelt ACM-breed dat de ACM op aanvraag van de marktorganisatie door deze gedane toezeggingen bindend kan verklaren. Deze bevoegdheid tot het nemen van bindende toezeggingsbesluiten is nauwelijks inhoudelijk of procedureel genormeerd. De ACM kan een

dergelijk besluit nemen indien zij dit doelmatig acht. Hoe worden de rechten dan derden-belanghebbenden daarbij gewaarborgd, zo vragen de leden van de **VVD**-fractie. Is de regering bereid door middel van een aanpassing van de Awb de mogelijkheid te creëren dat derden-belanghebbenden in de gelegenheid dienen te worden gesteld om een zienswijze in te dienen bij bindend toezeggingsbesluit?

In geval van een toezeggingsbesluit vervalt de bevoegdheid van de ACM om een bestuurlijke boete of last onder dwangsom op te leggen. Hoe verhoudt het toezeggingsbesluit zich tot de bindende aanwijzing van artikel 12j? Ook de ACM-brede bevoegdheid van artikel 12 j wordt niet verder inhoudelijk of procedureel genormeerd. Regels over de wijze waarop de overtreding wordt vastgesteld, ontbreken en er is geen verplicht rapport. Op welke wijze worden de rechten van marktorganisaties gewaarborgd, bijvoorbeeld in het geval de feitenvaststelling onjuist is? Marktorganisaties kunnen daar, gelet op de verplichte openbaarmaking onomkeerbare negatieve gevolgen en schade door lijden.

In plaats van het opleggen van een bestuurlijke sanctie (boete of last onder dwangsom) of een bindende aanwijzing kan de ACM indien zij dat doelmatiger acht voor het lichtere instrument van de toezegging kiezen. Voor het gebruik van het toezeggingsinstrument is het niet noodzakelijk dat er reeds een overtreding is vastgesteld. De leden van de **PVV**-fractie vragen hoe er wordt geborgd dat dit niet gaat leiden tot willekeur.

### **Zwijgrecht**

Artikel 12i regelt het zwijgrecht van de onderneming, dat de regering wil inperken in die zin dat ex-werknemers in de toekomst wel verplicht zullen zijn, verklaringen af te leggen over hun ex-werkgever. De leden van de **VVD**-fractie vragen of de regering uitgebreid kan reageren op het artikel van Professor Doorenbos in het Nederlands Juristenblad,<sup>11</sup> die van mening is dat het niet gaat om de bescherming van de arbeidspositie van werknemers, waardoor ex-werknemers geen recht meer zouden hebben op bescherming en dus gedwongen kunnen worden te spreken,<sup>12</sup> maar dat het gaat om processuele belang van de verdachte onderneming om rechtens te kunnen zwijgen indien en voor zover zij niet kan uitsluiten dat antwoorden zullen worden gebruikt ten behoeve van een *criminal charge* tegen haar in de zin van artikel 6 EVRM. Wie de ex-werknemer dwingt te spreken over hetgeen hij weet en heeft gedaan of nagelaten toen hij nog deel uitmaakte van de onderneming en in dienst was bij die onderneming, frustreert het zwijgrecht van die onderneming. Is de regering het met deze opvatting eens? Zo nee, waarom niet? Zo ja, is de regering bereid om de wettelijke bepaling alsnog zo uit te leggen dat wordt aangesloten bij het zwijgrecht van artikel 53 Mededingingswet, conform de recente beoordeling door het College van Beroep voor het Bedrijfsleven,<sup>13</sup> zodat het zwijgrecht van de onderneming ook geldt voor ex-werknemers die ten tijde van de onderzochte gedraging waarover zij gehoord worden bij de onderneming werkzaam waren.

Op grond van de bewoordingen van artikel 12i lijkt het zwijgrecht slechts te gelden bij verhoor. Het zwijgrecht/de cautieplicht kan echter, zo blijkt uit jurisprudentie,<sup>14</sup> op grond van artikel 6 EVRM ook van toepassing zijn indien schriftelijk om inlichtingen wordt verzocht. Hoe verhoudt de regeling in artikel 12i zich tot deze jurisprudentie?

<sup>11</sup> *NJB* 2013 afl 34 p.2328/29

<sup>12</sup> Zie de nota naar aanleiding van het verslag, 33 622, nr. 7, p 40 e.v.

<sup>13</sup> CBB, 21 december 2012, *LJN* BY7031.

<sup>14</sup> CBB, 2 februari 2010, *LJN* BL5463.

De leden van de **CDA**-fractie merken op dat de regering in dit wetsvoorstel de toepassing van het in artikel 5:10a van de Algemene wet bestuursrecht neergelegde zwijgrecht (overeenkomstig het huidige artikel 53 van de Mededingingswet) in die zin uitbreidt, dat het niet louter zijn gelding heeft voor degene aan wie mogelijkwijze een punitieve sanctie zal worden opgelegd, maar tevens voor eenieder die werkzaam is bij een marktorganisatie (artikel 12i van voorliggend wetsvoorstel). Graag vernemen deze leden van de regering waarom – gelet op de ingrijpendheid van het sanctie-instrumentarium dat de ACM ter beschikking staat – niet tevens is aangesloten bij het ingangsmoment van het zwijgrecht zodra de toezichthouder een redelijk vermoeden heeft dat een overtreding is begaan. In plaats daarvan is aangesloten bij artikel 5:10a Awb dat bepaalt dat het zwijgrecht eerst ontstaat wanneer een persoon wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie. Daarbij verzoeken deze leden de regering eveneens aandacht te besteden aan de overgang van reparatoire handhaving naar punitieve handhaving.

Tevens vragen de leden van de CDA-fractie de regering dragend te motiveren waarom zij in voorgestelde artikel 12i niet aansluit bij de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 21 december 2012, waarin het College oordeelde dat de NMa (thans: ACM) een ex-werknemer die een beroep doet op zijn zwijgrecht, niet mag beboeten voor een overtreding van de medewerkingsplicht.<sup>15</sup>

### **Handhaving en rechtsbescherming**

Artikel 12k introduceert een uniforme regeling van de beslistermijn bij bestuurlijke boetes.<sup>16</sup> De periode tot aan het rapport valt buiten deze beslistermijn van maximaal 26 weken. In de praktijk blijkt dat de onderzoeksfase soms jaren kan duren. Op welke wijze is gewaarborgd dat de marktorganisatie niet onredelijk lang in onzekerheid verkeert over een eventuele boeteoplegging, zo vragen de leden van de **VVD**-fractie. Kan de regering bevestigen dat bij sanctiebesluiten het opmaken van een rapport binnen een beslistermijn dient te gebeuren?

Artikel 12p bepaalt dat bezwaar de werking van de boetebesluiten doet opschorten totdat de termijn voor het nemen van een beslissing op bezwaar is verstreken. De termijn is gefixeerd op 24 weken (vgl. artikel 7:10 Awb). Volgens de memorie van toelichting is met deze beperking beoogd zowel ACM als marktorganisaties een prikkel te geven om de vaart erin te houden en een tijdige beslissing op bezwaar mogelijk te maken.<sup>17</sup> Is het niet eerder zo dat, wat de ACM betreft, het tegendeel wordt bereikt? De ervaring leert dat de maximale beslistermijn in boetetrajecten vaak wordt overschreden. Zodra die termijn onder het voorgesteld regime is verstreken, heeft de ACM geen prikkel meer om snel te beslissen. Dat is in de huidig wetgeving anders: door snel te beslissen kan de ACM eerdere inning bewerkstelligen. Wat is de reactie van de regering?

Artikel 12s regelt dat boetes, opgelegd aan verenigingen van marktorganisaties in geval van insolventie van die vereniging, verhaald kunnen worden op de in het bestuur van die vereniging vertegenwoordigde marktorganisaties. Bestaat niet het risico dat ondernemingen niet langer bereid zijn om deel te nemen in besturen van verenigingen als zij

<sup>15</sup> CBB, 21 december 2012, LJN BY7031.

<sup>16</sup> Artikel 5:51 Awb: 13 weken na dagtekening van het rapport + verlenging van 13 weken indien een boete van maximaal 10% van de omzet kan worden opgelegd.

<sup>17</sup> 33 622, nr. 3, p. 12.



aansprakelijk gesteld kunnen worden? Is de regering bereid om toe te zeggen dat alleen aansprakelijkheid geldt voor ondernemingen vertegenwoordigd in besturen van brancheverenigingen als sprake is van verwijtbaar of nalatig handelen van de onderneming en er dus geen sprake is van een risicoaansprakelijkheid?

De regering kiest er in dit wetsvoorstel voor de verplichting een rapport op te stellen bij dwangsommen in het geheel te laten vervallen. De leden van de **CDA**-fractie vragen de regering aan te geven of het ontbreken van een dergelijk rapport gevolgen heeft voor de rechtsbeschermingspositie van een marktorganisatie, bijvoorbeeld wanneer zij in rechte wenst op te komen tegen een opgelegde last onder dwangsom.

Voorts valt het de leden van de CDA-fractie op dat de regering haar keuze om te voorzien in volledige bestuursrechtelijke handhaving (in plaats van strafrechtelijk handhaving) nauwelijks motiveert vanuit het perspectief van rechtsbescherming van marktorganisaties. De regering volstaat louter met de opmerking dat bij bestuursrechtelijke handhaving geen sprake is van onvoldoende rechtswaarborgen voor marktorganisaties, zulks onder verwijzing naar de normen in de Awb en de waarborgen in voorliggend wetsvoorstel. Geenszins wordt ingegaan op de (mogelijke) verschillen in rechtspositie en rechtsbescherming tussen het bestuursrecht en het strafrecht en de gevolgen daarvan voor marktorganisaties. Deze leden vernemen graag van de regering hoe zij de keuze voor integrale bestuursrechtelijke handhaving ziet in het hiervoor geschetste kader.

Artikel 12I, lid 3, spreekt van een boete van maximaal 450.000 euro bij het niet meewerken aan een onderzoek als bedoeld in het eerste lid. Dat bedrag lijkt laag, en zou een economisch handelende marktpartij die een veel substantiëlere sanctie vreest, er toe kunnen bewegen niet mee te werken. Waarom heeft de regering niet voor een aanzienlijk hogere maximale boete gekozen, zoals zij wel doet in artikel 12m, lid 1, onder d?

Ook hebben de leden van de CDA-fractie nog een vraag over de voorgestelde regeling met betrekking tot de schorsende werking van (hoger) beroep. De regering stelt – ter vervanging van de aanvankelijk voorgestelde afschaffing van de bezwaarfase – voor alleen nog schorsende werking toe te kennen aan het maken van bezwaar (voor een periode van maximaal 24 weken). Dit betekent dat het instellen van beroep of hoger beroep, anders dan thans voor het gros van de door de ACM opgelegde boetes het geval is, geen schorsing van het besluit meer tot gevolg heeft (tenzij om een voorlopige voorziening wordt gevraagd). In de Mededingingswet, de Telecommunicatiewet en de Loodsenwet is op dit moment – gelet op de ingrijpendheid van de sancties die kunnen worden opgelegd – juist wel voorzien in schorsende werking van beroep en hoger beroep. De leden vragen de regering nader te motiveren waarom zij over wenst te gaan tot het onthouden van schorsende werking aan (hoger) beroep en daarbij in te gaan op de aard en zwaarte van de op te leggen sancties, alsmede op het feit dat ook al griffierechten verschuldigd zijn om in (hoger) beroep te komen tegen een opgelegde (punitieve) sanctie.

De bestuursrechtelijke route wordt, in vergelijking met de civielrechtelijke route, zowel in termen van reputatieschade als opgelegde boete als zwaarder gekwalificeerd. Kan de regering aan de leden van de **PVV**-fractie een nadere uitleg geven in hoeverre dit als zwaarder gekwalificeerd gezien wordt? Het meer punitieve karakter van bestuursrechtelijke handhaving heeft een preventieve en afschrikwekkende werking. Uit de evaluatie komt een toegenomen acceptatie door maatschappelijke partijen, waaronder ondernemingen, naar voren van bestuursrechtelijke

handhaving. Om welke ondernemingen gaat het hierbij? En om welke maatschappelijke partijen gaat het nog meer?

Het duale stelsel van de door de ACM te handhaven bepalingen van de Telecommunicatiewet zal worden afgeschaft. Tot nu toe is er nog nooit gebruik gemaakt van strafrechtelijke handhaving. De leden van de PVV-fractie vragen of er dan nooit een zaak is geweest waarin strafrechtelijke handhaving ingezet kon worden. In hoeverre is het feit, dat strafrechtelijke handhaving nooit is toegepast, een reden om strafrechtelijke handhaving af te schaffen? Kan het niet juist door het feit dat strafrechtelijke handhaving toegepast kan worden, komen dat het tot nu toe niet is gebruikt? Of zijn er andere redenen dat dit nooit is gebruikt?

Anders ligt het bij de door de Minister van Economische Zaken (in mandaat door het Agentschap Telecom) te handhaven bepalingen van de Telecommunicatiewet. Om die reden wordt voor de door de Minister te handhaven bepalingen van de Telecommunicatiewet het duale stelsel in stand gelaten. Hoe vaak komt het voor dat het Agentschap Telecom gebruik maakt van strafrechtelijke handhaving? En wat is de reden dat het Agentschap Telecom wel strafrechtelijke handhaving toepast?

De ACM kan hoge boetes opleggen, ook persoonlijke boetes aan bestuurders. Moeten deze boetes door de bestuurders zelf worden betaald of kunnen deze betaald worden door de betreffende ondernemingen? Indien deze boetes door de bestuurders zelf betaald dienen te worden, op welke wijze wordt er dan op toegezien dat dat daadwerkelijk gebeurt?

De verplichting om een rapport op te stellen indien er een dwangsom wordt opgelegd vervalt. Heeft dit niet tot gevolg dat er dan nooit meer in dat geval een rapport wordt opgemaakt, zo vragen de leden van de PVV-fractie. Tevens wordt er aangegeven dat de ACM het opleggen van een last onder dwangsom zorgvuldig moet voor bereiden. Valt het maken van een rapport niet een onder een zorgvuldige voorbereiding? En hoe wordt het inzichtelijk gemaakt voor de betreffende onderneming waarom de dwangsom wordt opgelegd?

Voorgesteld wordt de bezwaarfase in alle gevallen af te schaffen. Wat was de reden dat in het verleden de bezwaarfase ingesteld werd, zo vragen de leden van de PVV-fractie.

De ACM kan overgaan tot waarschuwen indien zij nog geen overtreding heeft vastgesteld maar er wel «redelijk vermoeden» aan de orde is. Er kan sprake zijn van een redelijk vermoeden als er een groot aantal min of meer gelijklopende klachten in een kort tijdsbestek bij ConsuWijzer binnenkomt. Wordt er dan ook gecontroleerd of dit een gecoördineerde actie is? Er zou bijvoorbeeld een actiegroep het gemunt kunnen hebben op een bepaalde onderneming.

De ACM is verplicht besluiten tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie of bindende aanwijzing zonder voorafgaande afweging, openbaar te maken. Dat geldt bijvoorbeeld voor bepalingen met betrekking tot de essentiële netbeheerderstaken uit de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet. Om welke bepalingen gaat dat? En heeft zich in het verleden wel eens een situatie zich voor gedaan dat een dergelijk besluit, zonder voorafgaande weging openbaar gemaakt had kunnen worden?

De regering kiest voor een stelsel van uitsluitend bestuursrechtelijke handhaving, tenzij de uitvoering van specifieke Europese regelgeving om optreden vraagt dat in het Nederlandse systeem niet thuishoort in het

bestuursrecht. De leden van de **ChristenUnie**-fractie vragen de regering hoe vaak dat voorkomt en hoe de regering deze gevallen beoordeelt.

### **Algemeen belang**

Er wordt voorgesteld om in de Mededingingswet op te nemen welk bestuursorgaan voor de rijksoverheid kan vaststellen dat bepaalde economische activiteiten of bevoordelingen in het algemeen belang zijn. De leden van de **PVV**-fractie vragen welk overheidsorgaan daarvoor in aanmerking zou komen. Nu is een en ander voor de rijksoverheid nog geregeld in de Aanwijzingen van de Minister-President inzake toepassing van uitzondering inzake het algemeen belang. Wat is er nu geregeld in deze aanwijzingen van de Minister President en vervalt dat als dit wetsvoorstel van kracht wordt?

### **Financiering ACM**

Aangegeven wordt dat de ACM een kostenberekening per sector maakt en deze per sector doorbelast. De leden van de **PVV**-fractie vragen of dit ook tot uiting komt in het jaaroverzicht en om welke kosten het hierbij gaat? Geldt dat voor alle kosten? Zo niet, welke kosten vallen daar buiten en hoe worden deze verrekend?

### **Bezwaren representatieve organisaties**

De vaste commissie voor Economische Zaken van de Eerste Kamer heeft een brief ontvangen van de representatieve organisaties van netgebruikers die meer duidelijkheid wensen over de ingrijpende wijziging die die regering doorvoert met betrekking tot de rechtsbescherming binnen de energiewetgeving van deze representatieve organisaties. Tot op heden zijn zij belanghebbenden bij alle besluiten genomen onder de Elektriciteits- en Gaswet. Het wetsvoorstel perkt zonder motivatie de belanghebbendheid van deze organisaties in tot besluiten, niet zijnde beschikkingen. De leden van de **VVD**-fractie vragen de regering op deze en de andere in de brief gestelde vragen te reageren?<sup>18</sup>

Kan de regering een appreciatie geven van de zorgen die VEMW c.s. recent aan de Eerste Kamer over het voorliggende wetsvoorstel heeft geuit,<sup>19</sup> zo vragen de leden van de **CDA**-fractie.

De voorzitter van de vaste commissie voor Economische Zaken,  
Kneppers-Heijnert

De griffier van de vaste commissie voor Economische Zaken,  
De Boer

---

<sup>18</sup> Zie brief d.d. 26 februari 2014, ter inzage gelegd onder griffinummer 154615.01

<sup>19</sup> idem