

MEMORIE VAN TOELICHTING

(31-05-2012)

I. ALGEMEEN

1. Inleiding en doel van het wetsvoorstel

Het Uitvoeringsprogramma Compacte Rijksdienst werkt uit op welke wijze de overheid krachtig, klein en dienstverlenend kan worden. Een onderdeel van het uitvoeringsprogramma, project 15, is de clustering van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), Onafhankelijke Post en Telecommunicatieautoriteit (OPTA) en Consumentenautoriteit (CA) in de Autoriteit Consument en Markt (ACM). In de brieven van de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie van 28 maart 2011, 8 juli 2011 en 3 oktober 2011 (Kamerstukken II, 2010/11, 31 490, nrs. 55, 69 en 72) is de Tweede Kamer eerder geïnformeerd over de samenvoeging van de NMa, OPTA en CA en de instelling en vormgeving van de ACM.

De samenvoeging van de NMa, OPTA en CA wordt door middel van twee wetsvoorstellen geëffectueerd: het wetsvoorstel Regels omtrent de instelling van de Autoriteit Consument en Markt (Instellingswet ACM) (Kamerstukken 33 186) en dit wetsvoorstel.

De Instellingswet ACM strekt tot zo spoedig mogelijke oprichting van de ACM (streefdatum 1 januari 2013). Doel van de oprichting van de ACM is vergroting van de effectiviteit, efficiëntie en kwaliteit van het markttoezicht in Nederland. Een compacte en slagvaardige ACM kan flexibel en integraal inspelen op nieuwe ontwikkelingen zoals internationalisering, technologische ontwikkelingen en veranderde markten en marktontwikkelingen. Binnen de ACM kan gemakkelijker gebruik worden gemaakt van beschikbare expertise, kennis en informatie, hetgeen de kwaliteit van het toezicht ten goede komt. Ook leidt de Instellingswet ACM ertoe dat bedrijven met minder verschillende toezichthouders te maken hebben en dus ook met minder verschillende regels, procedures en manieren van handhaving.

Oprichting van de ACM door middel van de Instellingswet ACM leidt tot personele en materiële besparingen van in totaal € 3,3 miljoen per jaar. De personele besparingen worden behaald door het schrappen van dubbele functies en stroomlijning van werkprocessen bij het bestuur en bestuursondersteuning/staf, de bedrijfsvoering en planning en control, consumentenzaken, backoffices en sectoraal en mededingingstoezicht. Materiële besparingen worden gerealiseerd door onder andere minder huisvestingskosten, het combineren van de salarisverwerking, ICT en de accountant.

Anders dan het wetsvoorstel Instellingswet ACM (Kamerstukken 33 186), dat de taken en bevoegdheden van de ACM ten opzichte van de NMa, OPTA en CA grotendeels ongewijzigd laat, voorziet dit wetsvoorstel in een vereenvoudiging en stroomlijning van taken en procedures binnen de ACM. Het gaat daarbij onder meer om zaken als 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 zogenoemde duaal stelsel van bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving op het gebied van consumentenbescherming. Ook dat leidt tot een meer uniforme wijze van handhaven voor het hele werkterrein van de ACM. In dit kader is het niet passend om dan voor een ander deel van het handhavingsterrein van de ACM, in casu het algemene mededingingstoezicht, te voorzien in de introductie van een duaal stelsel van bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving. Zonder de met dit wetsvoorstel voorziene vereenvoudiging en stroomlijning zouden voor de ACM de taken en procedures blijven gelden zoals die in de materiële wetten op grond waarvan zij taken heeft, zijn opgenomen en die om uiteenlopende redenen, soms significant, van elkaar verschillen. Deze verschillen staan een efficiënt, effectief en slagvaardig markttoezicht in de weg en doen afbreuk aan de ACM als efficiënte, effectieve en slagvaardige markttoezichthouder. Dit wetsvoorstel neemt waar mogelijk en wenselijk de verschillen weg, zonder dat een inhoudelijke wijziging in de normen in de materiële wetten waarop de ACM toezicht houdt wordt beoogd. Daarmee leidt het wetsvoorstel tot aanvullende besparingen, bovenop de besparingen die voortvloeien uit de Instellingswet ACM (€ 3,3 miljoen). Deze aanvullende besparingen bedragen naar schatting ruim € 1 miljoen.

Beide wetsvoorstellen leveren tezamen een significante bijdrage (58%) aan het bereiken van de taakstelling van € 7,4 mln ultimo 2015 die voor de ACM volgt uit het Regeerakkoord van het kabinet Rutte I. De NMa, OPTA en CA zullen volgens eigen opgave ultimo 2012 gezamenlijk reeds een bedrag van € 1,4 miljoen hebben gerealiseerd, zodat na de inwerkingtreding van de twee genoemde wetsvoorstellen nog een bedrag van € 3,1 miljoen resteert. Het bedrag van € 7,4 miljoen staat overigens los van de samenvoeging. € 7,4 miljoen is het bedrag van de taakstelling per ultimo 2015 voor de NMa (€ 5,9 miljoen), OPTA (€ 0,8 miljoen) en CA (€ 0,7 miljoen) gezamenlijk. Besloten is namelijk dat de totale taakstelling niet alleen rust op de departementen, maar dat onder andere ook zelfstandige bestuursorganen en diensten moeten bijdragen aan de bezuiniging. De ACM is verantwoordelijk voor aanvullende maatregelen voor het verwezenlijken van de totale taakstelling.

2. Inhoud van het wetsvoorstel

2.1 Systematiek

Dit wetsvoorstel wijzigt de Instellingswet ACM, de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en de verschillende materiële wetten op grond waarvan de ACM taken heeft. Dat zijn in alfabetische volgorde de volgende wetten:

- Aanbestedingswet 20..
- Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied

- Drinkwaterwet
- Elektriciteitswet 1998
- Gaswet
- Loodsenwet
- Mededingingswet
- Postwet 2009
- Scheepvaartverkeerswet
- Spoorwegwet
- Telecommunicatiewet
- Warmtewet
- Wet handhaving consumentenbescherming
- Wet implementatie EU-richtlijnen energie-efficiëntie
- Wet luchtvaart
- Wet onafhankelijk netbeheer (niet-uitgewerkte bepalingen)
- Wet op het financieel toezicht
- Wet personenvervoer 2000.

In het algemeen geldt dat ingeval taken, bevoegdheden of procedures volledig worden gestroomlijnd de gestroomlijnde regeling in de Instellingswet ACM is opgenomen. Ingeval sectorale verschillen noodzakelijk blijken, bijvoorbeeld op grond van Europese regelgeving of vanwege de specifieke kenmerken van de betreffende sector, blijft er sprake van een (al dan niet aangepaste) sectorspecifieke regeling in de betreffende materiële wet. Per onderwerp is daarbij gekeken of kon worden aangesloten bij de Awb. Het geheel van regels dat in een bepaald geval of op een bepaalde markt van toepassing is, wordt derhalve bepaald door de Instellingswet ACM, de Awb en de betreffende materiële wet gezamenlijk.

Het wetsvoorstel houdt rekening met de aanbevelingen die zijn voortgevloeid uit de evaluaties van de OPTA (Kamerstukken II 2009-2010, 32 123 XIII, nr. 47), de raad van bestuur van de NMa (Kamerstukken II 2010-2011, 24 036, nr. 377) en de CA (Kamerstukken II 2011-2012, 33 070, nr. 1), voor zover dat niet reeds eerder is geschied. Zo wordt getracht met behulp van verschillende in de vorige paragraaf beschreven maatregelen de doorlooptijden van zaken van de ACM te verkorten en wordt het duale stelsel van handhaving van de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc) afgeschaft.

Uit de evaluatie van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet (Kamerstukken II 2011-2012, 33 252, nr. 1) volgt een aantal specifieke wetswijzigingen die van invloed zijn op de werkwijze van de ACM op het gebied van elektriciteit en gas. Zoals aangegeven in mijn brief van 8 juli 2011 (Kamerstukken II 2011-2012, 31 490 nr. 69) zullen deze als onderdeel van de wetgevingsagenda STROOM in een separaat wetstraject worden

meegenomen (Kamerstukken II 2011-2012, 31 510 nr. 47). Op deze wijze kan een integrale beoordeling van wijzigingen in de energiewetten worden gewaarborgd.

2.2 Stroomlijning in Instellingswet ACM

In een behoorlijk aantal gevallen heeft de keuze voor een ACM-brede regeling geleid tot het toevoegen van bepalingen aan de Instellingswet ACM. In verband daarmee wordt voorgesteld de bepalingen in de materiële wetten over hetzelfde onderwerp te laten vervallen.

2.2.1 Harmonisatie begrippen (Hoofdstuk 1 van de Instellingswet ACM)

Bindende aanwijzing

Het instrument van de bindende aanwijzing dat de ACM kan inzetten jegens ondernemers of ondernemersverenigingen, komt in een aantal materiële wetten voor. Soms kan een bindende aanwijzing alleen worden opgelegd vanwege een overtreding, soms is die beperking er niet. Ook wordt in plaats van het begrip 'bindende aanwijzing' soms het begrip 'aanwijzing' gehanteerd. In dit wetsvoorstel wordt voorgesteld deze terminologie te harmoniseren. De harmonisatie is beperkt tot de in artikel 5:2, tweede lid, van de Awb bedoelde lasten of aanwijzingen. Het gaat dan om normconcretiserende lasten die al dan niet vanwege een overtreding worden opgelegd. Doel van dergelijke lasten is de bevordering van de naleving van wettelijke voorschriften.

2.2.2 De Autoriteit Consument en Markt (Hoofdstuk 2 van de Instellingswet ACM)

Hoofdstuk 2 van de Instellingswet ACM bevat bepalingen over de ACM. Dit wetsvoorstel laat de structuur, organisatie en taakopdracht van de ACM en de verhouding van de ACM met de verantwoordelijke minister nagenoeg onveranderd. Slechts op enkele onderdelen wordt een aanpassing of aanvulling voorgesteld.

Ten eerste wordt de taakopdracht van de ACM (artikel 2 van de Instellingswet ACM) aangevuld met de taak om voorlichting te geven over de rechten en plichten van consumenten. Deze aanvulling geeft een wettelijke grondslag voor de werkzaamheden van de ACM in het kader van ConsuWijzer.

Ten tweede wordt – conform de praktijk bij de collega markttoezichthouders De Nederlandsche Bank en de Autoriteit Financiële Markten – het doel van de ACM-werkzaamheden nader omschreven. Deze doelomschrijving is onder meer noodzakelijk in het licht van het openbaarmakingsregime. Dit wordt nader toegelicht in de artikelsgewijze toelichting.

Ten derde maakt dit wetsvoorstel een einde aan de overgangperiode waarin het ACM-bestuur tijdelijk een omvang tot vijf personen kon hebben; vanaf de inwerkingtreding van dit wetsvoorstel bestaat het ACM-bestuur uit drie leden.

Ten vierde bevat het wetsvoorstel een regeling voor de doorberekening van toezichtslasten aan de onder toezicht gestelde ondernemingen. Deze regeling, die gebaseerd is op het rapport 'Maat houden, een kader voor doorberekening van toelatings- en handhavings-kosten', dat in het kader van de operatie Marktwerving, Deregulering en Wetgevingskwaliteit (MDW) in 1996 is opgesteld (Kamerstukken II 1995/96, 24 036, nr. 22). Deze regeling harmoniseert de bestaande sectorspecifieke regelingen.

Tot slot krijgt de ACM, ter vervanging van de uiteenlopende bepalingen in de materiële wetten, de (geharmoniseerde) bevoegdheid om van een ieder de voor haar taakuitoefening noodzakelijke informatie op te vragen.

2.2.3 Handhaving, openbaarmaking en rechtsbescherming (Hoofdstuk 3 van de Instellingswet ACM)

Het voorgestelde hoofdstuk 3 van de Instellingswet ACM bevat de ACM-breed geldende bepalingen ten aanzien van handhaving (nalevingstoezicht en sancties) en openbaarmaking door de ACM. De Awb bevat voor de handhaving een algemene regeling (bepalingen over het toezicht, bestuurlijke boete en last onder dwangsom). De bepalingen van hoofdstuk 3 vormen een aanvulling op de regeling van de Awb: soms voorzien ze in extra rechtsbescherming voor bedrijven, in andere gevallen voorzien ze in extra handhavingsmogelijkheden voor de ACM. Indien er ten aanzien van een bepaald onderwerp voor is gekozen om zonder meer aan te sluiten bij de regeling van de Awb is dat niet zichtbaar in hoofdstuk 3. Het kan wel zichtbaar zijn in de betreffende materiële wetten, namelijk indien aansluiting bij de Awb betekent dat bestaande uitzonderingen op de Awb-regeling ongedaan worden gemaakt. Hieronder wordt ingegaan op de voorgestelde bepalingen van hoofdstuk 3 van de Instellingswet ACM. In paragraaf 2.3 wordt ingegaan op de stroomlijning die niet in dat hoofdstuk tot uitdrukking komt maar louter in wijzigingen van de bestaande materiële wetten of de Awb.

2.2.3.1 Toezichtsfase

Toezicht is de controle op de naleving van de wet en de daarop gebaseerde bepalingen. Het toezicht wordt uitgeoefend door de ambtenaren die de ACM heeft aangewezen als toezichthouder. Op grond van Titel 5.2 van de Awb beschikken deze ambtenaren over een aantal toezichtsbevoegdheden, namelijk het betreden van plaatsen zonder toestemming (artikel 5:15), het vorderen van inlichtingen (artikel 5:16), het vorderen van inzage in identiteitsbewijzen (artikel 5:16a), het inzage

vorderen in, kopiëren van en meenemen van gegevens en bescheiden (artikel 5:17), het onderzoeken van zaken en monsters nemen (artikel 5:18) en het onderzoeken van vervoermiddelen (artikel 5:19).

In aanvulling op deze 'Awb-bevoegdheden' zullen enkele bevoegdheden die de huidige toezichthouders op grond van verschillende materiële wetten reeds hebben ACM-breed gaan gelden. Het betreft een tweetal aan artikel 5:17 van de Awb verbonden bevoegdheden (bevoegdheid om bedrijfsruimten en voorwerpen te verzegelen/ sterke arm) en de bevoegdheid om - zo nodig met behulp van de sterke arm - een woning te betreden en te doorzoeken zonder toestemming van de bewoner. Daarnaast wordt voorgesteld om de verruiming in de Mededingingswet van de zogenaamde 'legal privilege'-bevoegdheid (artikel 5:20 van de Awb) ACM-breed te maken.

Bestaande uitzonderingen op het toezichtsinstrumentarium van de Awb in de materiële wetten blijven gehandhaafd. Zo wordt de bevoegdheid tot het nemen van monsters (artikel 5:18 van de Awb) buiten toepassing verklaard in de artikelen 45a, derde lid, van de Loodsenwet, 32, derde lid, van de Scheepvaartverkeerswet en 90 van de Wet personenvervoer 2000. De genoemde bepalingen in de Loodsenwet en Scheepvaartverkeerswet verklaren ook de bevoegdheid tot het onderzoeken van vervoermiddelen (artikel 5:19 van de Awb) niet van toepassing. De reden voor het uitzonderen van deze bepalingen in die wetten, namelijk dat deze niet noodzakelijk zijn voor de uitoefening van het toezicht door de NMa op de bepalingen van deze wetten, blijven onverminderd gelden. De samenvoeging van de NMa met de OPTA en CA geeft als zodanig geen aanleiding voor het ongedaan maken van deze uitzonderingen.

Centrale aanwijzbepaling toezichthoudende ambtenaren

Dit wetsvoorstel introduceert een centrale grondslagbepaling voor de aanwijzing van toezichthoudende ambtenaren. Dat zorgt ervoor dat de toezichthoudende ambtenaren eenvoudiger door middel van één besluit kunnen worden aangewezen voor het nalevingstoezicht op alle materiële wetten waarop de ACM toezicht uitoefent. Door die brede aanwijzing kan er geen misverstand bestaan over de vraag of een toezichthoudende ambtenaar voor bepaalde wetten al dan niet aangewezen is. Bovendien vergroot een dergelijke aanwijzing de effectiviteit van de personele inzet van toezichthoudende ambtenaren.

Verzegeling/sterke arm

Nagenoeg alle materiële wetten geven de toezichthoudende ambtenaren van de ACM al de bevoegdheid om te verzegelen en/of de sterke arm in te roepen in verband met het gebruik van de in artikel 5:17 van de Awb geregelde bevoegdheden. Deze bevoegdheid wordt gestroomlijnd in het voorgestelde artikel 12b van de Instellingswet ACM. De verzegelingsbevoegdheid is noodzakelijk omdat deze onder meer voorkomt dat zakelijke gegevens of bescheiden ten kantore van de onderneming die onderwerp is van het onderzoek van de ACM tussentijds worden gewijzigd of vernietigd. De

verzegelingsbevoegdheid is bovendien, indien het om een grote hoeveelheid te onderzoeken gegevens en bescheiden gaat, minder belastend en daarmee proportioneler dan de mogelijkheid die artikel 5:17, derde lid, van de Awb zelf biedt, te weten het voor korte tijd meenemen van die gegevens en bescheiden.

Binnentreden

In aanvulling op artikel 5:15 van de Awb geeft het voorgestelde artikel 12c van de Instellingswet ACM de ACM de bevoegdheid een woning te betreden en te doorzoeken zonder toestemming van de bewoner, eventueel met hulp van de sterke arm, voor zover dat redelijkerwijs noodzakelijk is voor de uitoefening van de in artikel 5:17 van de Awb bedoelde bevoegdheden. De ervaringen met de Mededingingswet, die deze bevoegdheid in navolging van het Europese mededingingsrecht reeds kent, hebben geleerd dat deze bevoegdheid de handhaving van de Mededingingswet verbetert zowel wat betreft onderzoeken naar gedragingen van ondernemingen als onderzoeken naar feitelijke leidinggevendenden bij deze gedragingen. Op basis van andere materiële wetten kunnen gegevens en bescheiden soms niet worden verkregen, indien deze bewust in een woonhuis worden bewaard en daarmee onbereikbaar zijn bij bedrijfsbezoeken. Voor een effectieve handhaving van een aantal van deze andere materiële wetten is het noodzakelijk deze bevoegdheid te verbreden. Dat zal de handhaving van deze wetten verbeteren en vergemakkelijken. Ook OPTA en de CA komen in hun praktijk immers tegen dat gegevens en bescheiden niet kunnen worden verkregen, omdat deze (bewust) in een woonhuis worden bewaard en daarmee onbereikbaar zijn voor OPTA en de CA bij bedrijfsbezoeken. Daarbij kan worden gedacht aan servers van (web)bedrijven en verspreiders van spam. Daarnaast komt het regelmatig voor dat bedrijven aan huis zijn gevestigd, met name bij bedrijven die worden gedreven door kleine zelfstandigen, eenmanszaken en personenvennootschappen. De verbreding naar andere wetten betreft daarbij niet alleen de bevoegdheid tot binnentreden zonder toestemming van de bewoner maar ook de bevoegdheid tot het (vervolgens) doorzoeken van de woning. Het enkel binnentreden is onvoldoende omdat de toezichthoudende ambtenaar dan slechts zoekend mag rondkijken, zonder kasten e.d. te doorzoeken. De doorzoekingsbevoegdheid geeft de toezichthouder wel de mogelijkheid om kasten te openen en te doorzoeken. Doordat voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris is vereist, die machtiging aan een aantal eisen dient te voldoen en naderhand een verslag dient te worden gemaakt omtrent de binnentreding en doorzoeking, voldoet de ACM-brede binnentredings- en doorzoekingsbevoegdheid aan de eisen die artikel 8 EVRM en artikel 12 van de Grondwet stellen ter bescherming van het huisrecht.

Legal privilege

In dit wetsvoorstel wordt voorts voorgesteld om de beschermende werking van de door artikel 5:20, tweede lid, van de Awb onderkende geheimhoudingsplicht van advocaten ('*legal privilege*') te verruimen door deze plaatsonafhankelijk te maken voor

het hele taakgebied van de ACM. Dat stelt buiten twijfel dat de werking van die geheimhoudingsplicht afhankelijk is van de aard van dat document en niet van de plaats waar een – op zichzelf onder de bescherming van de geheimhoudingsplicht vallend – document zich bevindt: een dergelijk document hoeft niet alleen niet aan toezichthouders ter inzage te worden gegeven als het zich bij een advocaat bevindt, maar ook als het zich bij (een feitelijk leidinggevende van) de ondernemer bevindt.

2.2.3.2 Zelfstandige last en toezegging

Omdat de zelfstandige last en (het bindend verklaren van) de toezegging instrumenten zijn die zowel vóór- als nadat een overtreding is vastgesteld kunnen worden gebruikt, en beide instrumenten dus niet uitsluitend in de toezichtsfase dan wel sanctiefase passen, wordt voorgesteld deze instrumenten op te nemen in een aparte paragraaf van het voorgestelde hoofdstuk 3 van de Instellingswet ACM (hoofdstuk 3, paragraaf 2).

Zelfstandige last

Veel materiële wetten kennen aan de toezichthouder reeds de bevoegdheid toe om een (bindende) aanwijzing op te leggen. Soms te gebruiken indien een overtreding is vastgesteld, soms ook meer algemeen ter bevordering van de naleving zonder dat al een overtreding hoeft te zijn vastgesteld. Het wetsvoorstel stroomlijnt deze bepalingen en kent aan de ACM in het algemeen de bevoegdheid toe om een zelfstandige last op te leggen ter bevordering van de naleving van wettelijke voorschriften met het toezicht op de naleving waarvan zij is belast (voorgesteld artikel 12ga van de Instellingswet ACM). Een zelfstandige last kan zowel wegens een overtreding worden opgelegd (bindende aanwijzing) als voorafgaand aan de vaststelling van een overtreding.

Toezegging

Zowel de Mededingingswet als de Wet handhaving consumentenbescherming kent thans in aanvulling op het sanctie-instrumentarium van de Awb de zogenoemde toezegging. In beide wetten ligt de grondslag daarvoor in een Europese verordening. De in dit wetsvoorstel opgenomen regeling maakt de bevoegdheid tot het aanvaarden van een toezegging en het openbaar maken daarvan ACM-breed. Deze stroomlijning van het toezeggingsinstrument stelt de ACM beter in staat maatwerk te leveren wat betreft de handhaving van wettelijke voorschriften. In plaats van het opleggen van een bestuurlijke sanctie (boete, last onder dwangsom of last onder bestuursdwang) of een bindende aanwijzing kan de ACM indien zij dat doelmatiger acht voor het lichtere instrument van de toezegging kiezen. Voor het gebruik van dit instrument is het niet noodzakelijk dat er reeds een overtreding is vastgesteld.

2.2.3.3 Sanctiefase

Juridisch is het onderscheid tussen de toezichtsfase en de sanctiefase zeer relevant. Binnen het voorgestelde hoofdstuk 3 van de Instellingswet ACM wordt daar dan ook tussen onderscheiden. De toezichtsfase wordt geregeld in paragraaf 1 van dat hoofdstuk, de sanctiefase in paragraaf 3. Vanwege de onschuldpresumptie wordt de term 'overtreder' uitsluitend gebruikt in de voorgestelde bepalingen in de paragraaf over de sanctiefase.

Zwijgrecht en cautie

De bepalingen ten aanzien van het zogenaamde zwijgrecht en het geven van de cautie worden in dit wetsvoorstel gestroomlijnd. Het voorgestelde artikel 12i van de Instellingswet ACM sluit aan bij de regeling in artikel 5:10a, eerste en tweede lid, van de Awb en regelt in aanvulling daarop – conform het huidige artikel 53 van de Mededingingswet - dat het zwijgrecht niet alleen geldt voor degene aan wie de sanctie zal worden opgelegd maar voor iedereen aan de zijde van het bedrijf. Zo wordt dit extra element van het huidige artikel 53 van de Mededingingswet (en de daarover gevormde jurisprudentie) behouden en wordt daaraan een ACM-brede toepassing gegeven, hetgeen eenduidigheid van procedures en duidelijkheid voor de onder toezicht gestelden waarborgt.

Opleggen van een boete

Tussen de materiële wetten bestaan substantiële verschillen in de bepalingen ten aanzien van het opleggen van sancties. Een deel van deze verschillen vloeit voort uit de verschillende aard van normen uit de materiële wetten. Deze verschillen maken het onmogelijk en ook onwenselijk om het sanctie-instrumentarium ACM-breed te stroomlijnen. De bevoegdheid om boetes op te leggen voor overtreding van de normen uit de materiële wetten blijft derhalve in de materiële wetten zelf staan, evenals de hoogte van de boetemaxima voor die overtredingen.

Wel is er voor gekozen om bepaalde onderdelen van de boeteoplegging te stroomlijnen en deze op te nemen in de Instellingswet ACM. In de memorie van toelichting van de Instellingswet ACM (Kamerstukken II 2011/12, 33 186, nr. 3, p. 12) is reeds aangekondigd dat de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie geïntegreerde boetebeleidsregels voor de ACM zal vaststellen.

Dit wetsvoorstel stroomlijnt daarnaast de bepalingen ten aanzien van de beslistermijn voor het opleggen van een boete. De termijn voor het beslissen tot het opleggen van een boete sluit aan bij de standaardbeslistermijn van dertien weken uit artikel 5:51 van de Awb. In aanvulling daarop wordt voorgesteld dat de ACM die beslistermijn eenmaal kan verlengen met maximaal dertien weken. Deze aanvulling is noodzakelijk vanwege het complexe karakter van bepaalde zaken van de ACM, bijvoorbeeld kartel- of misbruikzaken.

Ook de definitie van omzet die in sommige gevallen bepalend is voor de hoogte van de boete, de bevoegdheid om de boekhouding van een overtreder te onderzoeken om de hoogte van die omzet te bepalen en de hoogte van de boetemaxima voor zogenoemde

'ondersteunende overtredingen' (het weigeren gegevens en inlichtingen te verstrekken, het overtreden van een zelfstandige last, het weigeren medewerking te verlenen aan de ACM, het verbreken van een zegel of het niet nakomen van een toezegging) en de persoonlijke boete, en de bepalingen ten aanzien van schorsende werking bij boetebesluiten worden geharmoniseerd en opgenomen in de Instellingswet ACM.

Functiescheiding

De ACM vervult verschillende functies. Zo voert zij onderzoek uit, kan zij op basis daarvan sancties opleggen, kan zij geschillen beslechten, bezwaren behandelen etc. In bepaalde gevallen is het wenselijk dat personen die betrokken zijn bij de ene functie niet tevens betrokken mogen zijn bij een andere functie, om vooringenomenheid of belangentegenstellingen te voorkomen. Voorgesteld wordt de functiescheiding tussen de personen aan wie het mandaat is verleend tot het nemen van een besluit omtrent het opleggen van een bestuurlijke boete en de personen die betrokken zijn geweest bij het onderzoek en de opstelling van het rapport, zoals artikel 10:3, vierde lid, van de Awb die voorschrijft, ACM-breed te regelen. In aanvulling op de bepaling uit de Awb zal de personele cesuur niet alleen gelden voor de personen die het rapport hebben opgemaakt, maar ook voor de personen die voorbereidende werkzaamheden voor het opmaken van een rapport hebben verricht.

Aanvullende bepalingen last onder dwangsom

Veel materiële wetten kennen één of meer aanvullende bepalingen met betrekking tot het instrument van de last onder dwangsom. Het wetsvoorstel (voorgesteld artikel 12q van de Instellingswet ACM) bevat een stroomlijning van deze onderwerpen en zorgt ervoor dat voor alle lasten onder dwangsom dezelfde aanvullende bepalingen van toepassing zijn. Allereerst dat een last onder dwangsom ten hoogste twee jaar kan gelden. Ten tweede dat de bevoegdheid tot het opleggen van een last onder dwangsom na vijf jaar vervalt, gerekend vanaf het plaatsvinden van de overtreding. En ten slotte dat de ACM aan een last onder dwangsom voorschriften kan verbinden inzake het verstrekken van gegevens aan de ACM.

2.2.3.4 Openbaarmaking

De materiële wetten waarop de ACM toezicht houdt, bevatten nagenoeg allemaal een regeling voor de openbaarmaking van besluiten, teneinde de consument en de markt te informeren en/of te waarschuwen. Deze regelingen verschillen echter van wet tot wet. De ACM kan besluiten nemen die gebaseerd zijn op meerdere wetten, waardoor het risico bestaat dat op zo'n besluit verschillende openbaarmakingsregimes van toepassing zijn. Dat staat in de weg aan een efficiënt en effectief toezicht. Daarom is het wenselijk en noodzakelijk om een helder en eenduidig regime voor openbaarmaking te introduceren al naar gelang het type besluit. De voorgestelde artikelen 12r en 12s bevatten een regeling omtrent de openbaarmaking van onder

meer besluiten van de ACM. De ACM wordt verplicht alle besluiten tot het opleggen van bestuurlijke sancties en van bindende aanwijzingen openbaar te maken, maar kan zelf bepalen of zij alle andere besluiten (waaronder de besluiten tot het niet opleggen van een bestuurlijke sanctie of bindende aanwijzing) openbaar maakt. Dit regime sluit aan bij de bestaande praktijk en is van belang voor een effectief en efficiënt nalevingstoezicht.

2.3 Stroomlijning louter door wijziging Awb of materiële wetten

In enkele gevallen kan de keuze voor een ACM-brede regeling gerealiseerd worden door het louter wijzigen van bestaande wetten. Dat is bijvoorbeeld het geval bij het schrappen van specifieke bepalingen (bijv. schrappen evaluatiebepalingen, schrappen bepalingen die voorzien in schorsende werking verzet) in de materiële wetten, bij de keuze voor een systeem van uitsluitend bestuursrechtelijke handhaving (afschaffing duale stelsels Whc en Telecommunicatiewet) of ingeval gekozen wordt voor een ACM-brede regeling die overeenkomt met de regeling in de Awb (bijv. betaaltermijn boete, ongedaanmaken uitbreiding toepassingsbereik artikel 5:53 Awb). Stroomlijning door het louter wijzigen van de Algemene wet bestuursrecht vindt plaats bij het afschaffen van de bezwaarfase bij boetebesluiten en geschilbeslechtingssuitspraken van de ACM en het stroomlijnen van de rechtsgang bij besluiten van de ACM (doorvoeren uitgangspunt rechtspraak in twee instanties bij Rechtbank Rotterdam en CBb en realiseren van uitzonderingen hierop voor besluiten van de ACM in de tarieven- en voorwaardensfeer en bij geschilbeslechting). Al deze aanpassingen maken deel uit van artikel II van dit wetsvoorstel.

2.3.1 Handhaving

Voor de verschillende vormen van markttoezicht bestaan op dit moment uiteenlopende stelsels van handhaving. De bepalingen van generieke consumentenbescherming kunnen zowel civielrechtelijk als bestuursrechtelijk worden gehandhaafd, de bepalingen van het sectorspecifieke telecommunicatietoezicht zowel bestuursrechtelijk als strafrechtelijk en het mededingingstoezicht alleen bestuursrechtelijk. Dit leidt tot ondoelmatige werkprocessen bij de ACM, die immers een afzonderlijk werkproces voor elk van de stelsels moet hanteren en verschillende uitleg moet geven aan ondernemingen die met het toezicht in aanraking komen. Bij ondernemingen en consumenten leidt dit tot onbegrip en soms zelfs weerstand, zoals in het geval van het duale stelsel van consumentenbescherming is gebleken. Daarom wordt er ten aanzien van de ACM uitdrukkelijk voor gekozen om een eenduidig stelsel van handhaving te introduceren. Omdat alle bepalingen van markttoezicht momenteel conform de Algemene wet bestuursrecht in elk geval bestuursrechtelijk kunnen worden gehandhaafd, zal een eenduidig stelsel van bestuursrechtelijke handhaving worden ingevoerd. Dat betekent dat de bestaande duale stelsels van handhaving worden beëindigd en vervangen door een stelsel van uitsluitend bestuursrechtelijke

handhaving en dat bestaande systemen van uitsluitend bestuursrechtelijke handhaving gehandhaafd blijven.

Afschaffing dual stelsel consumentenbescherming

De ACM handhaaft als publiekrechtelijke toezichthouder een deel van het consumentenrecht via het civiele recht en een ander deel via het bestuursrecht. De gedachte was dat privaatrechtelijke regels niet door de bestuursrechter zouden moeten worden uitgelegd. Dit zou met name problematisch zijn indien het ging om de handhaving van open normen. Na aanneming van het amendement van het Kamerlid Vos bij de behandeling van de Wet oneerlijke handelspraktijken is verandering gekomen in de oorspronkelijke gedachte om privaatrechtelijke open normen alleen door middel van een civiele rechtsgang te handhaven (Kamerstukken II 2005/06, 30 928, nr. 14). Met dit amendement is gerealiseerd dat alle bepalingen van de Wet oneerlijke handelspraktijken, inclusief de open normen die het bevat, bestuursrechtelijk gehandhaafd worden.

Op 28 oktober 2011 is de evaluatie van de Wet handhaving consumentenbescherming aan de Tweede Kamer aangeboden (Kamerstukken II 2011/12, 33 070, nr. 1). De evaluatie had tot doel om de doelmatigheid en doeltreffendheid van het functioneren van de (toenmalige) Consumentenautoriteit vast te stellen. Een onderdeel van deze evaluatie was het duale stelsel van handhaving. Als aangegeven constateren de onderzoekers in de evaluatie dat het duale stelsel soms tot onbegrip en zelfs weerstand van ondernemingen leidt. Ondernemingen ervaren verschillen in de gevolgen van de handhaving via enerzijds het civiele recht, of anderzijds het bestuursrecht. Ook bleek dat tijd moet worden geïnvesteerd in de uitleg van het duale systeem aan ondernemingen en brancheorganisaties. Deze punten waren ook opgemerkt in de tussentijdse evaluatie door Pro Facto (Kamerstukken II 2009/10, 27 879, nr. 33).

In de brief van 28 oktober 2011 is aangekondigd dat voorstellen worden gedaan om het duale stelsel van handhaving af te schaffen en uitsluitend in bestuursrechtelijke handhaving van de Wet handhaving consumentenbescherming te voorzien. Een aantal argumenten ligt ten grondslag aan dit voorstel. In de eerste plaats is gebleken dat het onderscheid tussen open en gesloten normen door de toezichthouder niet scherp te maken is. Ook op het eerste gezicht gesloten normen kunnen in de praktijk interpretatie vergen. Een voorbeeld hiervan is het begrip "begin van het gesprek" bij verkoop op afstand. De ervaring wijst daarbij uit dat bij een meervoudige inbreuk de Consumentenautoriteit (nu de ACM) een keuze maakt voor het handhaven van die normen die bestuursrechtelijke handhaving vragen en niet voor privaatrechtelijke handhaving. Deze twee voorbeelden, interpretatie van een gesloten norm en de keuzevrijheid ten aanzien van het handhavingsinstrumentarium bij een meervoudige inbreuk, geven beleidsvrijheid aan de toezichthouder. Dit was vooraf niet voorzien. Hieronder speelt dus ook de opvatting dat de wijze van handhaving door de wetgever dient te worden bepaald en niet door de toezichthouder.

In de tweede plaats heeft het duale stelsel niet bijgedragen aan de doelmatigheid van de Consumentenautoriteit. Een duaal stelsel vergt tweeledige werkprocessen en tweeledige uitleg aan ondernemingen die met het toezicht en de handhaving in aanraking komen. Door de wijze van handhaving te beperken tot bestuursrechtelijke handhaving draagt dit naar verwachting bij aan een meer doelmatig optreden van de ACM.

In de derde plaats leidt het stelsel soms tot onbegrip en zelfs weerstand bij ondernemingen, omdat men het gevoel heeft niet gelijk te worden behandeld. De artikelen die bestuurs- of privaatrechtelijk worden gehandhaafd worden van vergelijkbare orde beschouwd wat betreft de schade voor de consument bij een inbreuk. De ondernemingen ervaren echter verschillen in de gevolgen van de handhaving via de ene of de andere route. De bestuursrechtelijke route wordt, in vergelijking met de civielrechtelijke route, zowel in termen van reputatieschade als opgelegde boete als zwaarder gekwalificeerd.

In de vierde plaats heeft het meer punitieve karakter van bestuursrechtelijke handhaving een preventieve en afschrikwekkende werking. Uit de evaluatie komt een toegenomen acceptatie door maatschappelijke partijen, waaronder ondernemingen, naar voren van bestuursrechtelijke handhaving. Ook kan punitief ingrijpen ertoe bijdragen dat de zelfregulering effectiever wordt, doordat marktpartijen zich eerder conformeren aan de wet- en regelgeving.

In de vijfde plaats heeft de aanvankelijke reden voor het invoeren van het duale stelsel, namelijk voorkomen dat de bestuursrechter en de civiele rechter verschillende uitleg zouden geven aan de meer 'open' normen zich niet voorgedaan. In een eerder door Pro Facto uitgevoerd onderzoek onder andere over de ervaringen met het duale stelsel is geconstateerd dat zowel in de bezwaaradviescommissie van de Consumentenautoriteit, als bij de Rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven privaatrechtelijke expertise is gewaarborgd (Kamerstukken II 2009/ 10, 27 879, nr. 33). Daarom kan geconcludeerd worden dat binnen het bestuursrechtelijke traject voldoende waarborgen zijn ingebouwd om open normen op gedegen wijze uit te leggen.

Ten slotte is het ook voor de interne organisatie van de ACM efficiënter als sprake is van één systeem van handhaven. De ACM kent op het gebied van mededinging en sector specifieke regulering/consumentenbescherming alleen het systeem van de bestuursrechtelijke handhaving. Door het afschaffen van het duale stelsel in de Wet handhaving consumentenbescherming worden de werkprocessen van de ACM intern gestroomlijnd, waardoor efficiencyvoordelen gerealiseerd kunnen worden. Ook voor de ACM levert afschaffing van het duale stelsel financieel voordeel op, in de zin dat ook de ACM zelf - voor de civiele procedures - geen kosten aan verplichte rechtsbijstand hoeft te maken.

Het afschaffen van het duale stelsel heeft tot gevolg dat de ACM en de Autoriteit Financiële Markten (AFM) de wettelijke bepalingen genoemd in onderdeel a van de

bijlage bij de Wet handhaving consumentenbescherming bestuursrechtelijk zullen handhaven.

Afschaffing duaal stelsel Telecommunicatiewet

Ook het duale stelsel van handhaving van de Telecommunicatiewet zal worden afgeschaft. Anders dan het duale stelsel van consumentenbescherming zal dit in de praktijk geen verandering betekenen. Hoewel de Telecommunicatiewet de mogelijkheid biedt om de bepalingen niet alleen bestuursrechtelijk maar ook strafrechtelijk te handhaven, wordt van de laatstgenoemde mogelijkheid in de praktijk nooit gebruik gemaakt. Afschaffing van de strafrechtelijke weg brengt de wet derhalve in lijn met de staande praktijk.

Afschaffen verplicht rapport bij dwangsom

Enkele materiële wetten bepalen in afwijking van de Algemene wet bestuursrecht dat voorafgaand aan het opleggen van een last onder dwangsom het opmaken van een rapport verplicht is. Die verplichting kan een belemmering vormen voor de ACM om adequaat te kunnen reageren op een geconstateerde overtreding door het opleggen van deze herstelsanctie. Helemaal in vergelijking met andere materiële wetten waarin die verplichting niet is voorgeschreven. Een eenduidige lijn maakt gecombineerd optreden door de ACM ook eenvoudiger. Gekozen is dan ook om de verplichting te laten vervallen en de bepalingen in de materiële wetten te laten vervallen waarin afdeling 5.4.2 van de Algemene wet bestuursrecht op het opleggen van een last onder dwangsom van overeenkomstige toepassing wordt verklaard. Dit wil overigens niet zeggen dat de ACM niet langer gehouden zou zijn het opleggen van een last onder dwangsom zorgvuldig voor te bereiden. De artikelen 3:2 en 3:4 van de Algemene wet bestuursrecht, die bestuursorganen verplichten tot een zorgvuldige voorbereiding van besluiten, blijft gewoon gelden.

2.3.2 Rechtsbescherming

Afschaffing bezwaar bij boetebesluiten

In dit wetsvoorstel wordt voorgesteld de bezwaarschriftprocedure voor boetebesluiten af te schaffen. De reden hiervoor is dat de voordelen die de bezwaarschriftprocedure in het algemeen heeft, zich niet voordoen als het gaat om bezwaren tegen boetebesluiten van de ACM en dat afschaffing van de bezwaarschriftprocedure naar verwachting een positief effect op de doorlooptijden zal hebben waardoor de ACM in meer gevallen binnen de redelijke termijn van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden zal kunnen blijven. Niet alleen partijen zelf, maar ook niet-partijen in een boetezaak (branchegeenoten, consumenten) zijn gebaat bij zo spoedig mogelijke duidelijkheid en rechtszekerheid omtrent de uitleg van een norm door de bestuursrechter. Belangrijk voordeel is ten slotte dat het schrappen

van bezwaar leidt tot een vermindering van kosten voor zowel het bedrijfsleven als de ACM zelf.

Als belangrijk voordeel van de bezwaarschriftprocedure wordt gezien dat deze een mogelijkheid biedt om tot een oplossing voor een geschil te komen zonder tussenkomst van een bestuursrechter, de zogenoemde zeefwerking. Uit cijfers van de NMa, OPTA en CA voor de periode 1 juli 2009 - 1 juli 2011 blijkt echter dat de zeefwerking van de bezwaarschriftprocedure bij boetebesluiten tamelijk klein is: bij de NMa gaat 71% van de bezwaarmakende overtreders alsnog in beroep, bij de OPTA is dit 91% en bij de CA 67%. Zou op zaaksniveau gekeken worden dan liggen deze percentages nog hoger. Hierbij speelt een rol dat het bij een boetebesluit bijna altijd gaat om een zaak waarin een principiële meningsverschil over een rechtsvraag voorligt (is er een overtreding begaan), waarover partijen toch uiteindelijk het oordeel van de bestuursrechter willen inwinnen.

Een ander voordeel van de bezwaarschriftprocedure is in het algemeen dat indien een geschil toch aan de bestuursrechter wordt voorgelegd, deze een beter afgebakende en duidelijker uitgewerkte zaak voor zich krijgt, kortom het is in het belang van de zogenoemde dossiervorming. De praktijk bij de NMa, OPTA en CA wijst echter uit dat in de regel de overtreders in de bezwaarschriftprocedure geen nieuwe gronden aanvoeren ten opzichte van de in het kader van artikel 5:50 juncto 5:53 van de Awb ingebrachte zienswijzen. In de voorprocedure hebben overtreders ruim de gelegenheid gehad hun zienswijzen naar voren te brengen. Daarenboven is het bij de drie toezichthouders gebruikelijk om, nadat partijen de mogelijkheid is geboden schriftelijk hun zienswijze te geven, een hoorzitting te organiseren waarin partijen de gelegenheid hebben hun zienswijze mondeling toe te lichten. Voorafgaand aan de bezwaarprocedure zijn daarmee doorgaans alle argumenten van overtreders al bekend.

Ook laagdrempeligheid is in het algemeen een voordeel van de bezwaarschriftprocedure. Zeker voor kleinere bedrijven kan dit een rol spelen: de bezwaarschriftprocedure is goedkoper en daarmee toegankelijker dan beroep bij de bestuursrechter. De NMa en de OPTA, maar ook de CA, leggen echter met name boetes op aan grotere bedrijven die zich door de kosten van beroep, waaronder de (in de toekomst mogelijk hogere) griffierechten, niet zullen laten weerhouden om in beroep te gaan. Zeker niet nu een in totaal langere procedure kan leiden tot verlaging van het boetebedrag wegens overschrijding van de redelijke termijn als bedoeld in artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Om deze reden gaat het argument van laagdrempeligheid hier nauwelijks op.

Het komt voor dat in één besluit op basis van hetzelfde rapport (bij een boete van de ACM zal gelet op artikel 5:53 van de Awb steeds een rapport vereist zijn) zowel een

besluit wordt genomen omtrent het opleggen van een last onder dwangsom als de oplegging van een bestuurlijke boete. Indien een belanghebbende tegen het boetegedeelte direct beroep bij de bestuursrechter zou moeten instellen en tegen het last onder dwangsom gedeelte eerst bezwaar bij de ACM zou moeten maken, zou dit de voordelen van het afschaffen van de bezwaarfase voor het boetedeel te niet kunnen doen. De bestuursrechter zal immers eerst de beslissing op bezwaar inzake de last onder dwangsom willen afwachten omdat de daarmee gepaard gaande volledige heroverweging (inclusief het feitencomplex) ook relevant kan zijn voor het boetedeel. Vandaar dat wordt voorgesteld de bezwaarfase ook voor dergelijke gecombineerde besluiten af te schaffen.

Afschaffing bezwaar bij uitspraken geschilbeslechting

In een tiental gevallen is in de materiële wetten voorzien in enigerlei vorm van geschilbeslechting door de toezichthouder. In de helft van die gevallen dient, alvorens tegen de beslissing van de toezichthouder beroep kan worden ingesteld, eerst bezwaar te worden gemaakt. Voorgesteld wordt de bezwaarfase in alle gevallen af te schaffen. Geschilbeslechting is, net als bezwaar, bedoeld als een laagdrempelige fase om de gang naar de rechter zoveel mogelijk te voorkomen. In die fase komen alle belangen en argumenten van partijen nogmaals naar voren onder de bemiddelende leiding van de toezichthouder en neemt de toezichthouder uiteindelijk een beslissing. Indien desondanks de onenigheid tussen partijen blijft bestaan, zet een nieuwe bemiddelingspoging door de toezichthouder in de bezwaarfase doorgaans geen zoden aan de dijk. Het in stand houden van de bezwaarfase betekent een onnodige stapeling van laagdrempelige procedures.

Stroomlijnen rechtsgang

Het wetsvoorstel stroomlijnt op een tweetal punten de rechtsgang die openstaat tegen ACM-besluiten. Allereerst wordt in alle gevallen waar de hoofdregel van rechtspraak in twee instanties van toepassing is, vanwege de aard van de materie gekozen voor de bijzondere bestuursrechter, te weten beroep bij de Rechtbank Rotterdam en hoger beroep bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. In de tweede plaats worden afwijkingen van die hoofdregel gestroomlijnd: daar waar bij besluiten van de ACM inzake geschilbeslechting (Postwet 2009) en bij 'moederbesluiten' van de ACM in de tarieven en voorwaarden sfeer op basis van de Loodsenwet, Scheepvaartverkeerswet, Spoorwegwet en Wet luchtvaart (bijvoorbeeld het besluit van de ACM tot goedkeuring van het kostentoe rekeningssysteem op basis van artikel 27b van de Loodsenwet) nog sprake is van rechtspraak in twee instanties wordt dat vervangen door beroep in eerste en enige aanleg bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. In die gevallen, waarbij het om een zeer beperkt aantal zaken per jaar gaat, is snelle besluitvorming van belang, ook omdat andere besluiten ervan afhankelijk zijn. Bovendien is veelal voorzien in extra waarborgen in de voorfase en is – gelet op het

geringe aantal zaken – concentratie van de expertise bij de rechterlijke macht zeer gewenst.

Schrappen schorsende werking verzet

Een bedrijf kan verzet aantekenen bij de burgerlijke rechter tegen invordering van de boete door middel van een dwangbevel. In aansluiting bij de Awb, die niet voorziet in toekenning van schorsende werking aan verzet, is ervoor gekozen aan het rechtsmiddel verzet geen schorsende werking toe te kennen. Indien is voorzien in schorsende werking van bezwaar en beroep (boetes groter dan of gelijk aan € 100.000) gaat het om boetes die rechtens onaantastbaar zijn, maar die het bedrijf desalniettemin niet betaalt. In een dergelijk geval is er geen reden om aan een rechtsmiddel dat strekt tot het voorkomen van die betaling, schorsende werking toe te kennen. Bij lagere boetes dan € 100.000 kan het ook gaan om boetes die nog niet in rechte vaststaan omdat het wetsvoorstel voor die boetes niet voorziet in schorsende werking van bezwaar en beroep. Nu ervoor gekozen is aan bezwaar en beroep tegen het boetebesluit geen schorsende werking toe te kennen is het evenmin logisch schorsende werking toe te kennen aan het rechtsmiddel verzet. Overigens staat het bedrijven vrij om in een kort geding aan de rechter om schorsende werking te vragen.

2.3.3 Overig

Beslistermijn bij geschilbeslechting

Artikel 4:15 van de Algemene wet bestuursrecht voorziet alleen in opschortende werking indien het betreffende bestuursorgaan de aanvrager uitnodigt zijn aanvraag aan te vullen. Het wetsvoorstel regelt, in navolging van de Wet luchtvaart, dat de termijn waarbinnen de ACM dient te beslissen op een verzoek om geschilbeslechting steeds ook wordt opgeschort (Postwet, Spoorwegwet en Telecommunicatiewet) dan wel kan worden verlengd (Elektriciteitswet 1998 en Gaswet) indien de ACM niet van de aanvragende partij maar van een andere partij in het geschil aanvullende gegevens nodig heeft met het oog op de in het geschil te nemen beslissing.

Evaluatiebepalingen

In dit wetsvoorstel wordt voorgesteld de wetevaluatiebepalingen in de Elektriciteitswet 1998, de Gaswet, de Postwet 2009 en de Warmtewet te laten vervallen. Aan deze keuze ligt onder andere de gedachte ten grondslag dat deze evaluatiebepalingen en de verplichte vijfjaarlijkse evaluatie van het functioneren van het zelfstandig bestuursorgaan op grond van artikel .. van de Kaderwet zbo's elkaar in ieder geval deels overlappen en dat altijd tot afzonderlijke wetsevaluatie kan worden besloten als daarvoor aanleiding bestaat. Een verplichting in de wet is daarvoor niet nodig. Voor een verdere toelichting daarop wordt verwezen naar de artikelsgewijze toelichting op artikel VII, VIII, XI en XIV (schrappen wetsevaluatiebepalingen). Voor zover in de vervoerswetgeving wetsevaluatiebepalingen zijn opgenomen, blijven die bestaan. De

taken die de Autoriteit Consument en Markt op grond van die wetten heeft zijn bescheiden van omvang, zodat de verplichte vijfjaarlijkse evaluatie van de ACM onvoldoende reden vormt om de betreffende bepalingen in die wetten te laten vervallen.

2.4 Keuze voor sectorspecifieke verschillen

In een enkel geval is bewust gekozen voor het aanbrengen dan wel laten bestaan van sectorspecifieke verschillen en de daarbij behorende specifieke bepalingen in de betreffende materiële wetten. Dit doet zich voor bij het voorgestelde artikel 62 van de Mededingingswet. Apart van de ACM-breed voorgestelde mogelijkheid tot verlenging van de beslistermijn voor het opleggen van een bestuurlijke boete (voorgesteld artikel 12j van de Instellingswet ACM) wordt daar voor de in Hoofdstuk 7 van de Mededingingswet bedoelde boetes geregeld dat de beslistermijn met dertig dagen kan worden opgeschort. Deze mogelijkheid is bedoeld voor zaken waarin overleg met de Europese Commissie vereist is.

2.5 Overige wijzigingen materiële wetten

Enkele wijzigingen hebben betrekking op bepalingen die niet in meerdere wetten voorkomen maar slechts betrekking hebben op één wet of één vorm van markttoezicht. Stroomlijning tussen de verschillende vormen van markttoezicht is daarom in die gevallen niet het doel. Deze wijzigingen beogen stroomlijning of vereenvoudiging binnen dezelfde wet of codificatie van wat thans in lagere regelgeving is opgenomen. Zo wordt in de Wet handhaving consumentenbescherming een waarschuwingsbevoegdheid opgenomen en worden in de Mededingingswet wijzigingen voorgesteld met betrekking tot de concentratiecontrole.

2.5.1 Waarschuwingsbevoegdheid Wet handhaving consumentenbescherming

Het is in de praktijk van de Consumentenautoriteit gebleken dat de bescherming van de belangen van consumenten soms vergt dat de Consumentenautoriteit en de AFM consumenten in het algemeen informeren over concrete schadeveroorzakende handelspraktijken. Twee situaties zijn daarbij te onderscheiden. Allereerst de situatie waarin snelheid is geboden. De ACM heeft een palet aan instrumenten om te kunnen optreden tegen overtredingen. Alvorens de ACM deze instrumenten kan inzetten, is gedegen onderzoek vereist om de overtreding vast te stellen. Er kunnen zich echter specifieke situaties voordoen waarbij het oordeel dat een overtreding heeft plaatsgevonden niet afgewacht kan worden en het noodzakelijk is consumenten al eerder snel en effectief te informeren, om (financiële) schade te voorkomen. Voor die situaties biedt de waarschuwingsbevoegdheid een voorziening. Onder omstandigheden is het daarbij noodzakelijk dat - om de consument naar behoren te informeren - de naam van het bedrijf wordt genoemd. De

Consumentenautoriteit heeft in een aantal zaken, met inachtneming van de instructie van de voormalige Staatssecretaris van Economische Zaken inzake de informatieverstrekking aan consumenten betreffende schadeveroorzakende handelspraktijken waarbij de namen van bedrijven worden genoemd (Stc. 2008, 59) concrete waarschuwingsberichten naar buiten gebracht. Een voorbeeld hiervan is de waarschuwing aangaande Remonyl afslankproducten en de waarschuwing in de reisbranche (zie

http://www.consuwijzer.nl/Consumentennieuws/Nieuwsarchief/2012/Februari_2012/Consumentenautoriteit_waarschuwt_voor_verkooppraktijk_Remonyl_afslankproducten en <http://www.consumentenautoriteit.nl/nieuws/2011/consumentenautoriteit-na-actie-meer-reisaanbieders-met-garantiestelling>).

In beide situaties zijn er voorafgaand aan de waarschuwing aanzienlijke hoeveelheden gelijklopende klachten binnengekomen bij ConsuWijzer en bestond er een reëel risico op financiële schade bij consumenten. Daarnaast zijn er voorbeelden van handelspraktijken, waarbij een bedrijf aanbiedingen doet via het internet en vervolgens niet de afgesproken dienst levert en het bedrijf in kwestie moeilijk te traceren is. Indien consumenten overeenkomsten blijven sluiten met deze partij lopen zij financiële schade op.

Ook de Tweede Kamer heeft gevraagd naar middelen om consumenten ervan te weerhouden overeenkomsten te sluiten met bedrijven waarnaar een onderzoek loopt en er een redelijk vermoeden van overtreding blijkt te zijn (Kamerstukken II 2008/09, 24 095, nr. 240).

Het waarschuwen van consumenten waarbij de naam van een bedrijf wordt genoemd is een vergaande bevoegdheid voor een toezichthouder omdat er een duidelijke afweging moet worden gemaakt tussen de belangen van de ondernemer in kwestie en de bescherming van de consument. Enerzijds is het belangrijk dat consumenten geen informatie wordt onthouden die kan voorkomen dat hun belangen ernstig worden geschaad. Anderzijds moet rekening worden gehouden met de belangen van de ondernemer in kwestie, waarvan nog niet is vastgesteld dat het een overtreder is. Hij moet in de gelegenheid zijn rechtsmiddelen aan te wenden tegen het besluit van de toezichthouder waarin wordt aangekondigd dat hij voornemens is de naam van de ondernemer publiekelijk te noemen. De Afdeling advisering van de Raad van State heeft hier eerder opmerkingen over gemaakt in haar advies aangaande het wetsvoorstel Wijziging van de Wet handhaving consumentenbescherming (uitbreiding van bestuursrechtelijke handhavingsbevoegdheden) (Stc. 2011, 20845). Ik ben het met de Afdeling eens dat de ACM deze bevoegdheid terughoudend moet inzetten. Om die reden dient deze waarschuwingsbevoegdheid alleen na een zorgvuldige belangenafweging te geschieden. De Afdeling adviseert om – overeenkomstig de Wet op het financieel toezicht – bestuursrechtelijke rechtsbescherming voor de ondernemer te regelen. De voorgestelde regeling geeft daaraan uitvoering. In die regeling heeft de ondernemer gedurende een termijn van vijf werkdagen de gelegenheid om een

voorlopige voorziening te vragen tegen het besluit om een openbare waarschuwing uit te vaardigen waarin de ondernemer met name wordt genoemd.

De ACM zal alleen overgaan tot waarschuwen indien zij nog geen overtreding heeft vastgesteld, maar er wel een acuut en reëel risico op benadeling van consumenten en een redelijk vermoeden van overtreding bestaat. Wat een redelijk vermoeden is kan per situatie verschillen. In zijn algemeenheid kan gezegd worden dat een groot aantal min of meer gelijklopende klachten dat in een kort tijdsbestek bij ConsuWijzer binnenkomt een belangrijke indicator vormt. Daarnaast zal de ACM zelf een kort onderzoek dienen te doen. In haar besluit zal de ACM de gronden waarop het besluit berust opschrijven waarbij tevens invulling wordt gegeven aan het begrip redelijk vermoeden. Verder zal de ACM in haar bericht duidelijk naar voren moeten laten komen dat er nog geen sprake is van een rechtens vastgestelde overtreding.

Het gaat bij deze bevoegdheid om die situaties waarbij het formeel vast stellen van een overtreding teveel tijd kost en waarbij consumenten spoedig geïnformeerd dienen te worden teneinde financiële schade te voorkomen. Indien de ACM wel een overtreding heeft vastgesteld zet de ACM andere instrumenten in en kan zij sanctiebesluiten openbaar maken (voorgesteld artikel 12r van de Instellingswet ACM). De ACM dient per situatie een afweging te maken over welke instrumenten ingezet kunnen worden. Daarbij geldt dat inzet van de waarschuwingsbevoegdheid alleen aan de orde zal zijn indien de overige bevoegdheden, waaronder de bevoegdheid tot het opleggen van een zelfstandige last, gaan soulaas bieden.

2.5.2 Wijzigingen concentratiecontrole Mededingingswet

In de Mededingingswet wordt de afwijkende hoogte van de nationale omzeldrempel voor verzekeraars (die bepaalt of een concentratie aan de ACM moet worden gemeld) in lijn gebracht met de omzeldrempel voor andere ondernemingen en wordt de hoogte van de nationale omzeldrempel – net als de wereldwijde omzeldrempel enkele jaren terug – aangepast aan de inflatie. Tevens wordt de wijze van omzeldberekening voor pensioenfondsen in lijn gebracht met de wijze van omzeldberekening voor verzekeraars. Dat is reeds geregeld in de Uitvoeringsregel pensioenfondsen van de NMa, maar het ligt voor de hand dat net als voor verzekeraars in de Mededingingswet op te nemen. Tot slot wordt in de Mededingingswet een bepaling opgenomen welk bestuursorgaan kan vaststellen dat bepaalde economische activiteiten van de Rijksdienst zijn uitgezonderd van de toepassing van de Wet Markt en Overheid. Nu is dat geregeld in aanwijzingen van de minister-president.

2.6 Schematisch: overzicht onderwerpen en verhouding tot Awb

Onderwerpen in het wetsvoorstel die gestroomlijnd zijn overeenkomstig de Awb

| Onderwerp | Artikel nu | Europese Herkomst | Artikel na stroomlijning | Vershil |
|---|---|----------------------|-----------------------------|---|
| Voorlopige last onder dwangsom | Hoofdstuk 9 Mededingingswet | nee | Geen | Voorlopige last onder dwangsom uit Mededingingswet vervalt |
| Verplicht rapport bij dwangsom / toepasselijkheid 5.4.2 Awb | 77h, lid 6, Elektriciteitswet 1998, 60ac, lid 6, Gaswet, 45f, lid 3, Loodsenwet 59, 77 en 89 Mededingingswet 18, lid 4, Warmtewet 21, lid 2, Wet impl EU-richtlijnen energie-eff 11.24 Wet luchtvaart VIa, lid 5, VII, lid 3, en IXc, lid 6, 'Wet onafhankelijk netbeheer', | nee | Geen | Geen verplicht rapport en toepasselijkheid van afdeling 5.4.2 van de Awb meer bij last onder dwangsom |

Onderwerpen in het wetsvoorstel die gestroomlijnd zijn in afwijking van de Awb ten gunste van bedrijven

PM

| Onderwerp | Artikel nu | Europese Herkomst | Artikel na stroomlijning | Vershil |
|-----------|------------|----------------------|-----------------------------|---------|
| | | | | |
| | | | | |
| | | | | |

| | | | | |
|--|--|--|--|--|
| | | | | |
| | | | | |

Onderwerpen in het wetsvoorstel die gestroomlijnd zijn in afwijking van de Awb ten verbetering van de handhaving door de ACM

PM

| Onderwerp | Artikel nu | Europese Herkomst | Artikel na stroomlijning | Vershil |
|-----------|------------|----------------------|-----------------------------|---------|
| | | | | |
| | | | | |
| | | | | |
| | | | | |

Overige onderwerpen

PM

| Onderwerp | Artikel nu | Europese Herkomst | Artikel na stroomlijning | Vershil |
|-----------|------------|----------------------|-----------------------------|---------|
| | | | | |
| | | | | |
| | | | | |
| | | | | |

2.7 (Voorgenomen) Wetgeving waarmee in het wetsvoorstel rekening is gehouden

Bij het wijzigen van de bestaande wetten (artikel II t/m XXIII) is rekening gehouden met relevante bekendgemaakte maar nog niet (geheel) in werking getreden wetten en relevante wetsvoorstellen die naar verwachting eerder dan dit wetsvoorstel tot wet worden verheven en in werking zullen treden. In een later stadium, dat wil zeggen bij het voorbereiden van de nota naar aanleiding van het verslag tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer, zal worden bezien welke samenloopbepalingen in dat kader aan het wetsvoorstel moeten worden toegevoegd.

Met de volgende relevante, nog niet (geheel) in werking getreden of in voorbereiding zijnde wetgeving is rekening gehouden in dit wetsvoorstel:

- Wet van 2 december 2010 tot wijziging van de Gaswet en de Elektriciteitswet 1998, tot versterking van de werking van de gasmarkt, verbetering van de voorzieningszekerheid en houdende regels met betrekking tot de voorrang voor duurzame elektriciteit, alsmede enkele andere wijzigingen van deze wetten (verzamelwetsvoorstel) (Stb. 2010, nr. 810);
- Wet van 24 maart 2011 tot wijziging van de Mededingingswet ter invoering van regels inzake ondernemingen die deel uitmaken van een publiekrechtelijke rechtspersoon of die hiermee zijn verbonden (aanpassing Mededingingswet ter invoering van gedragsregels voor de overheid) (Stb. 2011, 162);
- Wet van 16 december 2010 tot wijziging van de Spoorwegwet, de Wet personenvervoer 2000 en de Wet op de economische delicten ter implementatie van de richtlijnen 2007/58/EG, 2007/59/EG, 2008/57/EG en 2008/110/EG (CIRES-deel I) (Stb. 2011, 218);
- Aanpassing van EL&I-wetten naar aanleiding van de departementale herindeling en het herstel van enkele wetstechnische gebreken en leemten (32871);
- Voorstel van wet van de leden Ten Hoopen en Samsom tot het stellen van regels omtrent de levering van warmte aan verbruikers (Warmtewet) (29048) en Wijziging van de Warmtewet in verband met enkele aanpassingen (32839);
- Wijziging van de Wet personenvervoer 2000 in verband met verordening (EG) nr. 1370/2007 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 23 oktober 2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van Verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad en Verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad (PbEU L 315) (32376);
- Nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Aanbestedingswet 20..) (32440);
- Wijziging van de Algemene wet bestuursrecht en aanverwante wetten met het oog op enige verbeteringen en vereenvoudigingen van het bestuursprocesrecht (Wet aanpassing bestuursprocesrecht) (32450);
- Wijziging van de Spoorwegwet en de Wet personenvervoer 2000 in verband met de uitvoering van het kabinetsstandpunt 'Spoor in beweging' (32666);
- Implementatie van richtlijn nr. 2009/81/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen door aanbestedende diensten van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, en tot wijziging van richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG (Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied) (32768);
- Wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en van de Gaswet (implementatie van richtlijnen en verordeningen op het gebied van elektriciteit en gas) (32814);
- Voorstel van wet van de leden Monasch, Bashir, Van Gent en Verhoeven tot wijziging van de Wet personenvervoer 2000 teneinde inbesteding van openbaar vervoer mogelijk te maken in een plusregio die de gemeente Amsterdam, 's-Gravenhage, Rotterdam of Utrecht omvat (32845);

- Wijziging van de Telecommunicatiewet in verband met de Nota frequentiebeleid 2005 (31412);
- Wijziging van de Telecommunicatiewet ter implementatie van de herziene telecommunicatierichtlijnen (32549).

3. Toetsen, adviezen (o.a. CBp) en consultatie

PM

4. Regeldruk

PM

II. ARTIKELEN

Artikel I

Artikel 1

In artikel 1 van de Instellingswet ACM wordt een aantal begrippen gedefinieerd.

Bindende aanwijzing en zelfstandige last

Het instrument van de bindende aanwijzing dat de ACM kan inzetten jegens ondernemers of ondernemersverenigingen, komt in een aantal materiële wetten voor en heeft daar niet steeds dezelfde betekenis. Soms kan een bindende aanwijzing alleen worden opgelegd vanwege een overtreding, soms is die beperking er niet. Ook wordt in plaats van het begrip 'bindende aanwijzing' soms het begrip 'aanwijzing' gehanteerd. In dit wetsvoorstel wordt voorgesteld deze terminologie te harmoniseren. De harmonisatie is beperkt tot de in artikel 5:2, tweede lid, van de Awb bedoelde lasten of aanwijzingen. Het gaat dan om normconcretiserende lasten die al dan niet vanwege een overtreding worden opgelegd. Doel van dergelijke lasten is de bevordering van de naleving van wettelijke voorschriften.

In dit wetsvoorstel worden die lasten aangeduid als zelfstandige lasten. Aanwijzingen die niet zozeer de naleving van wettelijke voorschriften betreffen, maar meer de regulering, vallen daarmee buiten deze harmonisatie (bijvoorbeeld verplichtingen opgelegd aan ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht op basis van de Telecommunicatiewet of besluiten tot aanwijzing van een organisatie, zoals in artikel 15a, tweede lid, en 15b, eerste lid, van de Scheepvaartverkeerswet). Ook daarbuiten vallen lastgevingen die zelf als een bestuurlijke sanctie moeten worden gekwalificeerd, zoals bijvoorbeeld het verbod om elektronische communicatienetwerken aan te bieden (artikel 15.2a, tweede lid, van de Telecommunicatiewet). Dat verbod kan door de toezichthouder als uiterste middel worden opgelegd, nadat andere bestuurlijke sancties hebben gefaald. De zelfstandige lasten als bedoeld in dit wetsvoorstel zijn echter, overeenkomstig artikel 5:2, tweede lid, van de Awb, geen bestuurlijke sancties

maar beogen om via normconcretisering tot naleving te bewegen (een verplichting tot doen of nalaten), voordat eventueel een bestuurlijke sanctie wordt opgelegd. Ook buiten de harmonisatie gehouden zijn 'indirecte' aanwijzingen, waarbij de aanwijzing van de toezichthouder niet tot doel heeft het bedrijf of ondernemersvereniging tot naleving te bewegen maar – via het bedrijf - de (eind)gebruiker (zie bijvoorbeeld de artikelen 4.4, eerste lid, onder b en c, 6.2, eerste en tweede lid, 6a.4a, eerste lid, 6.a9, vierde lid, 7.3a, eerste lid, en 7.3b, eerste lid, van de Telecommunicatiewet).

Binnen de zelfstandige lasten wordt in dit wetsvoorstel de bindende aanwijzing specifiek onderscheiden. Een bindende aanwijzing is een zelfstandige last die wordt opgelegd naar aanleiding van een overtreding. De overige zelfstandige lasten, die dus niet vanwege een overtreding worden opgelegd, blijven in het wetsvoorstel onbenoemd en ongedefinieerd omdat het wetsvoorstel dit begrip niet nodig heeft en een begripsomschrijving dus niet nodig is. Indien de ACM een dergelijke zelfstandige last wil opleggen zou zij voor een dergelijk besluit de term 'bindende aanschrijving' kunnen gebruiken.

De in de materiële wetten gebruikte terminologie is aangepast op het onderscheid tussen de zelfstandige last als algemene categorie en de bindende aanwijzing als deelcategorie. Afgezien van de terminologische harmonisatie verbindt dit wetsvoorstel aan de kwalificatie bindende aanwijzing ook juridische consequenties. Zo wordt voorgesteld om de bindende aanwijzingen op één lijn te stellen met bestuurlijke sancties wat betreft het voorgestelde openbaarmakingsregime omdat het - gelet op de openbaarmakingsdoeleinden - aangewezen wordt geacht dat bindende aanwijzingen op dezelfde wijze openbaar gemaakt worden als bestuurlijke sancties.

'bedrijf'

In de Instellingswet ACM worden de onderwerpen opgenomen die voor de ACM centraal kunnen worden geregeld. Voor die centrale bepalingen is dikwijls een begrip nodig dat alle marktpartijen, anders dan consumenten, omvat. Gekozen is voor het begrip 'bedrijf'. Dit begrip beoogt dus alle in de materiële wetten genoemde marktpartijen te omvatten, zoals de ondernemingen in de Mededingingswet, de Telecommunicatiewet en sommige vervoerswetten, de postvervoersbedrijven uit de Postwet 2009, de netbeheerders, leveranciers en specifiek aangeduide bedrijven uit de energiewetgeving, de handelaren van de 'Wet oneerlijke handelspraktijken' (Wet van 25 september 2008 tot aanpassing van de Boeken 3 en 6 van het Burgerlijk Wetboek en andere wetten aan de richtlijn betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt) alsmede de loodsen uit de Loodsenwet en de Scheepvaartverkeerswet. Ook omvat het begrip organisaties waarin meerdere van die partijen verenigd zijn, zoals de Nederlandse loodsenorganisatie die wordt gevormd door alle registerloodsen gezamenlijk en de ondernemersverenigingen als bedoeld in artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

Het begrip bedrijf is in dit wetsvoorstel gedefinieerd als een rechtspersoon, natuurlijke persoon of andere entiteit handelend in de uitoefening van beroep of bedrijf. Daarmee is het onderscheiden van de 'natuurlijke persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf' waarmee in juridische zin doorgaans de consument wordt aangeduid. De toevoeging 'andere entiteit' heeft tot doel te bereiken dat ondernemingen in de zin van de Mededingingswet en Telecommunicatiewet er in alle gevallen onder vallen.

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om de naar het oude EG-Verdrag verwijzende definities van onderneming in de Mededingingswet en de Telecommunicatiewet te actualiseren.

Artikel 2

Artikel 2 van de Instellingswet ACM regelt de instelling van de ACM (eerste lid) en bevat de algemene taakopdracht aan de ACM (tweede lid). Het in dit wetsvoorstel voorgestelde derde lid geeft aan dat de ACM, binnen het kader van de in het tweede lid bedoelde taken, ook algemene voorlichting geeft over de rechten en plichten van de consument. De ACM doet dat door gebruikmaking van een informatieloket (Consuwijzer). Het goed informeren van consumenten over hun rechten en plichten draagt eraan bij dat de consument in staat wordt gesteld weloverwogen besluiten te nemen. Het verhoogt de weerbaarheid van consumenten. Goed geïnformeerde, bewuste consumenten houden ondernemers bij de les en kunnen bijdragen aan het voorkomen van inbreuken door ondernemers op de consumentenregels.

Publieksvoorlichting heeft daarmee zowel een informierend als preventief karakter. Bovendien vervult een informatieloket een signaleringsfunctie.

Behalve de informatieverstrekking aan consumenten via het informatieloket verstrekt de ACM ook algemene informatie en voorlichting via de website(s) van de ACM. Het gaat bij beide vormen uitdrukkelijk om algemene voorlichting en informatie en dus niet om informatie in het kader van een individuele zaak.

Vanwege het grote belang van voorlichting is ervoor gekozen om de voorlichtende taak van de ACM via het informatieloket van een wettelijke grondslag te voorzien. Deze grondslag is niet noodzakelijk voor de ACM om voorlichting te mogen geven. Dat kan zij ook zonder wettelijke grondslag en de ACM wordt net als andere bestuursorganen ook verondersteld tot taak te hebben burgers en bedrijven in algemene zin te informeren over regelgeving en daaruit voortvloeiende rechten en plichten. De wettelijke grondslag stelt zeker dat deze voorlichting via een informatieloket daadwerkelijk wordt gegeven.

Om te voorkomen dat de ACM geen beroep kan doen op voorgesteld artikel 6b van de Instellingswet ACM (recht om van een ieder gegevens te ontvangen voor zover nodig voor de vervulling van de taken van de ACM) om gegevens te krijgen die nodig zijn voor het maken van marktanalyses of andere rapportages op haar taakgebieden wordt voorgesteld om aan artikel 2 van de Instellingswet ACM een vierde lid toe te voegen waarin is geregeld dat de ACM bevoegd is dergelijke analyses en rapportages uit eigen

beweging te maken. De bepaling beperkt zich dus tot marktanalyses en rapportages die de ACM uit eigen beweging maakt, zoals de huidige hypotheekscan van de NMa. Voor zover in materiële wetten is geregeld dat de ACM dergelijke analyses of rapportages verplicht is te maken of op verzoek van de minister dient te maken, is de wettelijke taak en dus de toepasselijkheid van voorgesteld artikel 6b van de Instellingswet ACM reeds een gegeven.

Mede met het oog op de openbaarmakingsregeling van de voorgestelde artikelen 12r en 12s, waarbij openbaarmaking achterwege kan blijven indien openbaarmaking in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het aan de ACM opgedragen nalevingstoezicht, wordt voorgesteld aan artikel 2 ook een vijfde lid toe te voegen waarin is omschreven waarop de taakuitvoering van de ACM is gericht. Dit lid kleedt nader in op welke doelstellingen de taakuitoefening van de ACM is gericht.

De ACM oefent drie vormen van markttoezicht uit: mededingingstoezicht, sectorspecifiek markttoezicht en consumentenbescherming. Mededingingstoezicht is gericht op het waarborgen en bevorderen van de concurrentie in alle sectoren waar sprake is van marktwerking, sectorspecifiek markttoezicht op het creëren van condities op bepaalde markten waaronder concurrentie kan plaatsvinden en consumentenbescherming op het bevorderen van eerlijke handel tussen bedrijven en consumenten (zie ook Kamerstukken II 2010/11, 31 490, nr. 55, p. 2-3). De doelstellingen van deze drie vormen van markttoezicht overlappen elkaar deels. Op basis hiervan is een omvattende doelstelling van het ACM-toezicht geformuleerd: het ACM-toezicht is gericht op het bevorderen van goed functionerende markten, ordelijke en transparante marktprocessen en zorgvuldige behandeling van consumenten. Het bevorderen van goed functionerende markten betekent dat er op die markten zoveel mogelijk sprake is van – al dan niet gereguleerde – concurrentie.

Marktimperfecties kunnen grote financiële gevolgen hebben voor marktdeelnemers. Dit betekent ten eerste dat de juiste voorwaarden gecreëerd worden voor vraag en aanbod om bijeen te kunnen komen (ordelijkheid). Voor goed functionerende markten is het vervolgens van belang dat iedere marktpartij toegang heeft tot de relevante informatie om beslissingen te nemen (transparantie) en dat er regels zijn op basis waarvan marktpartijen transacties met elkaar kunnen aangaan. Tot slot is het van belang dat bedrijven zorgvuldig omgaan met (de belangen van) consumenten.

Artikel 1:25 van de Wet op het financieel toezicht heeft model gestaan voor de formulering van de doelstelling van het ACM-toezicht. Dit artikel beschrijft de doelstelling van het gedragstoezicht dat de Autoriteit Financiële Markten (AFM) op de financiële markten uitoefent. Hoewel het takenpakket van de ACM breder en deels van andere aard is dan dat van de AFM, kan de ACM worden gezien als de tegenhanger van de AFM op de niet-financiële markten.

Ten slotte voorziet het voorgestelde zesde lid van artikel 2 van de Instellingswet ACM in de toepasselijkheid van de Kaderwet zbo's op de taakuitoefening van de ACM in de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba. Op basis van de Wet post BES en

de Wet telecommunicatievoorzieningen BES kunnen aan de ACM taken worden opgedragen die betrekking hebben op die openbare lichamen. De toepasselijkheid van de Kaderwet zbo's op de uitvoering van die taken is gewenst om te verzekeren dat verplichtingen die de ACM op grond van de Kaderwet zbo's ook de taakuitoefening met betrekking tot Bonaire, Sint Eustatius en Saba omvat (o.a. jaarverslag ACM, ontwerp-begroting ACM, vijfjaarlijkse evaluatie ACM) en dat de sturingsbevoegdheden van de minister zich ook tot die taakuitoefening uitstrekken (bijv. beleidsregels, taakverwaarlozingsregeling).

Artikel 6a (financiering ACM)

Dit artikel bevat de grondslag voor het doorberekenen van kosten van de ACM aan bedrijven. Het is een regeling die de voor de verschillende sectoren geldende verschillende financieringssystemen stroomlijnt en harmoniseert. Uitgangspunt is dat alle kosten die de ACM maakt in verband met de uitvoering van haar taken worden doorbelast aan de markt. Op dat uitgangspunt zijn een aantal uitzonderingen van toepassing, onder meer als bij Europese verordening of ander wettelijk voorschrift in een andere wijze van financiering wordt voorzien. Ook kosten van de ACM die samenhangen met bezwaar en beroep, het nemen en bekendmaken van besluiten omtrent het opleggen van bestuurlijke sancties en het adviseren van Onze Minister en de Minister van Infrastructuur en Milieu worden niet doorbelast aan bedrijven. Voorts worden kosten die samenhangen met het nemen en bekend maken van besluiten, met uitzondering van de kosten van beschikkingen, en het toezicht op de naleving van wettelijke voorschriften niet doorbelast als de werkzaamheden niet gericht zijn op marktordening en er geen sprake is van een voldoende afgebakende groep. Dit geldt voor het generieke mededingingstoezicht (met uitzondering van de concentratiecontrole bij mededingingstoezicht) en generieke consumentenbescherming. Ook worden kosten, met uitzondering van de kosten van beschikkingen, niet doorbelast als de baten ervan niet zouden opwegen tegen de kosten die de ACM moet maken om die baten te realiseren. Een en ander zal worden uitgewerkt in een algemene maatregel van bestuur. In die algemene maatregel van bestuur kunnen, indien daarvoor reden is, nog meer kosten worden opgenomen die in afwijking van de hoofdregel niet worden doorbelast. Ook zal in de algemene maatregel van bestuur het kostenbegrip en de doorberekeningssystematiek worden uitgewerkt. Bij algemene maatregel van bestuur kan eventueel ook worden bepaald dat de uitkomst van de nieuwe doorberekeningssystematiek geleidelijk zijn effect zal krijgen zodat marktpartijen de gelegenheid krijgen aan het nieuwe model te wennen. De exacte bedragen die in rekening zullen worden gebracht krijgen hun beslag in een ministeriële regeling. Hierin wordt onder meer ingegaan op welke kosten wel en niet worden doorbelast aan marktpartijen, op de systematiek van in rekening brengen en de precieze bedragen die in rekening worden gebracht.

Artikel 6b (informatierecht)

In dit artikel is het recht van de ACM geregeld om van een ieder de informatie te vragen én te ontvangen die de ACM redelijkerwijs nodig heeft voor de uitvoering van zijn taken. De ACM kan een termijn stellen waarbinnen de benodigde informatie moet worden verstrekt. Als gevolg van de voorgestelde bepaling kunnen de bestaande bepalingen in de materiële wetten komen te vervallen die de NMa, OPTA en CA een soortgelijk recht verschaffen.

Bij de uitoefening van de bevoegdheid van artikel 6a is het van belang dat de ACM de lasten voor ondernemers en ondernemersverenigingen zo laag mogelijk houdt, zoals zij ook anderszins in de uitvoering van haar taken zo min mogelijk belastend te werk dient te gaan.

Artikel 10, derde lid (beroep tegen vernietigingsbesluiten)

Door deze bepaling en het opnemen van art. 10, eerste lid, van de Instellingswet ACM in bijlage 1 (zie artikel II, onderdeel A, van dit wetsvoorstel) en artikel 2 van bijlage 2 (zie artikel II, onderdeel C, van dit wetsvoorstel) van de Awb kan de ACM bij de ABRvS (in eerste en enige aanleg) opkomen tegen een ultra vires vernietigingsbesluit van de minister, zonder voorafgaande bezwaarmogelijkheid. Abusievelijk is verzuimd dit in navolging van de Gemeentewet, Provinciewet en Waterschapswet te regelen in het institutionele wetsvoorstel zelf. Geen beroep is mogelijk tegen de weigering van de minister over te gaan tot vernietiging of tegen het niet tijdig nemen van een vernietigingsbesluit.

Artikel 12a (aanwijzing toezichthouders)

Dit artikel is opgenomen om één juridische grondslag te creëren voor de aanwijzing van toezichthoudende ambtenaren door de ACM. In verband daarmee worden in dit wetsvoorstel de huidige aanwijzingsgrondslagen die verspreid in de verschillende materiële wetten staan, geschrapt. Omdat de ACM alleen toezichthoudende ambtenaren kan aanwijzen voor de toezichtstaken die aan de ACM zijn opgedragen, is in de materiële wetten (nog) wel steeds een bepaling te vinden die de wettelijke voorschriften opsomt op de naleving waarvan de ACM dient toe te zien.

Artikel 12b (toezichtsinstrumentarium: verzegeling + sterke arm)

De Awb geeft de toezichthoudende ambtenaar een aantal bevoegdheden ter uitvoering van zijn toezichthoudende taken. Artikel 5:17 van de Awb geeft het recht om inzage te vorderen in zakelijke gegevens of bescheiden en deze, al dan niet na medeneming, te kopiëren. Een toezichthoudende ambtenaar kan bij het uitoefenen van het toezicht op de naleving van de haar opgedragen taken echter te maken krijgen met personen die onvoldoende mee willen werken aan een onderzoek, bijvoorbeeld door te weigeren inzage te geven in zakelijke gegevens of bescheiden of deze gedurende het onderzoek te wijzigen of te vernietigen. Indien dat het geval is, schiet de bevoegdheid van artikel 5:17 van de Awb tekort. Weliswaar biedt artikel 12l de ACM de mogelijkheid om een

dwangsom of bestuurlijke boete op te leggen aan degene die weigert mee te werken met een onderzoek, maar dat kost de nodige tijd en helpt de ACM niet snel verder in haar onderzoek.

Het voorgestelde artikel 12b van de Instellingswet ACM vult de bevoegdheid om inzage te vorderen aan met een ACM-brede verzegelingsbevoegdheid. Gebruik van de bevoegdheid voorkomt dat zakelijke gegevens of bescheiden ten kantore van de onderneming die onderwerp is van het onderzoek van de ACM tussentijds worden gewijzigd of vernietigd. De toezichthoudende ambtenaar heeft de bevoegdheid om voorwerpen, zoals kasten, of ruimtes te verzegelen wanneer zakelijke gegevens of bescheiden niet meteen kunnen worden onderzocht, gekopieerd of meegenomen. Dat zorgt ervoor dat personen geen toegang hebben tot de bewuste gegevens en bescheiden. De verzegelingsbevoegdheid kan bovendien, indien het om een grote hoeveelheid te onderzoeken gegevens en bescheiden gaat, minder belastend en dus proportioneler zijn dan de mogelijkheid die artikel 5:17, derde lid, van de Awb zelf biedt, te weten het voor korte tijd meenemen van die gegevens en bescheiden. Aan degene die de verzegeling beschadigt of verbreekt, kan op grond van artikel 12l een bestuurlijke boete worden opgelegd.

Het tweede lid geeft de toezichthoudende ambtenaren van de ACM de bevoegdheid om zo nodig bij het vorderen van inzage als bedoeld in artikel 5:17 van de Awb de sterke arm in te schakelen. Op deze manier wordt veiliggesteld dat de gegevens en bescheiden direct worden verkregen, ook als degene die de informatie moet verstrekken niet bereid blijkt mee te werken. Het enkele feit dat de toezichthoudende ambtenaar beschikt over de bevoegdheid om de sterke arm in te roepen, is voor veel personen al reden om mee te werken aan het onderzoek, zo is de ervaring bij de NMa en OPTA. Het inroepen van de sterke arm strekt voorts tot bescherming van de toezichthoudende ambtenaar zelf. Standaardprocedure is dat de sterke arm altijd van te voren wordt geïnformeerd over bedrijfsbezoeken die gaan plaatsvinden, zodat wederzijdse aanspreekpunten bekend zijn. Alleen als van te voren wordt ingeschat dat er risico's zijn, wordt ook om daadwerkelijke bijstand ter plaatse gevraagd. Het daadwerkelijk nodig hebben van de sterke arm is dan ook meer uitzondering dan regel. Risico's zijn er eigenlijk nooit bij de grote, bekende bedrijven; veel eerder doen zich risico's voor bij kleine en onbekende bedrijven.

In lijn met het in artikel 5:13 van de Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel is het gebruik van de aanvullende bevoegdheden in het eerste en tweede lid slechts toegestaan, indien dat nodig is voor de vervulling van de taak door de toezichthouder. De aanvullende bevoegdheden zijn niet nieuw. Ook nu al geven de Drinkwaterwet, Loodsenwet, Mededingingswet, Spoorwegwet, Telecommunicatiewet, Wet handhaving consumentenbescherming en Wet Luchtvaart de toezichthoudende ambtenaren van de NMa, OPTA, respectievelijk CA de bevoegdheid om te verzegelen en/of de sterke arm in te roepen in verband met het gebruik van de in artikel 5:17 van de Awb geregelde bevoegdheden. Een centrale regeling hiervan in de Instellingswet ACM bewerkstelligt

dat de bevoegdheden ACM-breed gelden en gelijklopend zijn. Uitoefening ervan door de toezichthoudende ambtenaren is diensgevolge onafhankelijk van de vraag op basis van welke materiële wet het onderzoek plaatsvindt. Dat voorkomt onduidelijkheid en komt de effectiviteit en efficiëntie van de ACM ten goede.

Artikel 12c-12f (toezichtsinstrumentarium: binnentreden)

Titel 5.2 van de Awb geeft toezichthouders een aantal bevoegdheden voor de uitoefening van het toezicht op de naleving. Artikel 5:15, eerste lid, van de Awb geeft een toezichthouder de bevoegdheid om elke plaats te betreden, echter met uitzondering van een woning zonder toestemming van de bewoner. Vanwege deze uitzondering biedt de bevoegdheid in de praktijk onvoldoende soelaas bij personen die bewust het onderzoek willen frustreren of de woning als thuisbasis gebruiken voor (het aansturen van) de verboden gedragingen. In de huidige Mededingingswet is mede daarom een bevoegdheid gecreëerd tot het betreden en doorzoeken van een woning zonder toestemming van de bewoner, zo nodig met behulp van de sterke arm. Deze bevoegdheid is van overeenkomstige toepassing verklaard in de huidige Spoorwegwet en Drinkwaterwet. Door deze bevoegdheid wordt veiliggesteld dat (digitale) gegevens en bescheiden kunnen worden verkregen, ook als de bewoner niet bereid blijkt toestemming te verlenen de woning te betreden en te doorzoeken. De NMa heeft ervaren dat deze bevoegdheid de handhaving van de Mededingingswet verbetert zowel wat betreft onderzoeken naar gedragingen van ondernemingen als onderzoeken naar feitelijke leidinggevendenden bij deze gedragingen.

Het opnemen van deze bevoegdheid in de andere wetten die de ACM handhaaft, zal de handhaving van deze wetten vergemakkelijken en verbeteren. Ook OPTA en CA komen in de huidige praktijk tegen dat gegevens en bescheiden niet kunnen worden verkregen, doordat deze bewust in een woonhuis worden bewaard en daarmee onbereikbaar zijn voor OPTA en de CA bij bedrijfsbezoeken. Daarbij kan worden gedacht aan servers van (web)bedrijven en verspreiders van spam. Daarnaast komt het regelmatig voor dat bedrijven aan huis zijn gevestigd, met name bij ondernemingen die worden gedreven door kleine zelfstandigen, eenmanszaken en personenvennootschappen. Vaak is dan slechts een (afgescheiden) deel van het woonhuis ingericht als kantoor- of bedrijfsruimte, terwijl de (digitale) gegevens en bescheiden waarnaar de toezichthouder op zoek is (zoals een laptop) zich in het woonruimtedeel kunnen bevinden. Daarbij kan het voorkomen dat toezichthoudende ambtenaren alleen door het betreden van de woonruimte de bedrijfsruimte kunnen bereiken. Het is in voorkomende gevallen voor toezichthoudende ambtenaren lastig de grens tussen woonruimte en bedrijfsruimte te trekken met alle bewijstechnische afbreukrisico's van dien. Ervaring is dat het ontbreken van de bevoegdheid tot binnentreden in woningen zonder toestemming van de bewoner, onderzoeken van de CA en de OPTA naar gedragingen van ondernemingen en/of feitelijk leidinggevendenden belemmert, de vaststelling van overtreding bemoeilijkt en het opleggen van adequate handhavingsmaatregelen verhindert.

Het is niet nodig de bevoegdheid tot het betreden en doorzoeken van woningen zonder toestemming van de bewoner uit te breiden tot alle wetgeving op grond waarvan de ACM taken heeft. Zo valt logischerwijs de wetgeving af op grond waarvan de ACM wel taken heeft, maar andere taken dan toezicht op de naleving. Het gaat daarbij om de Aanbestedingswet 20.. , de Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied en de Scheepvaartverkeerswet. Omdat de Wet op het financieel toezicht de bevoegdheid niet bevat en de ACM op grond van die wet slechts een kleine toezichthoudende taak heeft wordt de toepasselijkheid van de bevoegdheid tot het binnentreden en doorzoeken van woningen zonder toestemming van de bewoner niet van toepassing verklaard op het toezicht van de ACM op de naleving van het bepaalde bij of krachtens de Wet op het financieel toezicht.

Bij alle andere wetten waarop de ACM toezicht houdt is een verbreding van de bevoegdheid dringend noodzakelijk en evenredig in verhouding tot het nagestreefde belang. Voor de noodzakelijkheid van de uitbreiding is relevant dat er geen minder verstrekkende alternatieven beschikbaar zijn om hetzelfde doel te bereiken. De rechtmatigheid van het binnentreden en doorzoeken kan door de bestuursrechter worden beoordeeld in het kader van het beroep tegen de opgelegde bestuurlijke sanctie.

Bij een verbreding van de bevoegdheid moeten uiteraard dezelfde waarborgen gelden als nu opgenomen zijn in artikel 55 en volgende van de Mededingingswet om te voldoen aan de eisen die artikel 8 EVRM en artikel 12 van de Grondwet ter bescherming van het huisrecht stellen. Het betreden en doorzoeken van de woning zonder de toestemming van de bewoner is slechts mogelijk "voor zover dat redelijkerwijs noodzakelijk is" voor de uitoefening van de in artikel 5:17 van de Awb bedoelde bevoegdheden. Verder is een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris vereist, dient die machtiging aan een aantal eisen te voldoen en dient naderhand een verslag te worden gemaakt omtrent de binnentreding en doorzoeking. Daarnaast geldt de regeling van de Algemene wet op het binnentreden en de daar gereguleerde waarborgen. Alleen waar in navolging van de artikelen 55 en volgende van de Mededingingswet in specifieke, op het nalevingstoezicht van de ACM toegesneden, waarborgen is voorzien, is van de Algemene wet op het binnentreden afgeweken. De verbreding van de bevoegdheid, vindt in dit wetsvoorstel plaats binnen de context van het uitgangspunt dat de door de ACM te handhaven wetgeving uitsluitend bestuursrechtelijk wordt gehandhaafd. Alhoewel een ingrijpende bevoegdheid als de bevoegdheid om zonder toestemming van de bewoner een woning te betreden en te doorzoeken in zijn algemeenheid een indicatie kan zijn voor strafrechtelijke handhaving (zie Kamerstukken II 2005/06, 29 849, nr. 30, p. 7-8), wordt daar in dit wetsvoorstel niet voor gekozen. Verwezen wordt naar paragraaf 2 van de algemene toelichting en de daarin genoemde argumenten om uitsluitend te kiezen voor bestuursrechtelijke handhaving.

Artikel 12g (Legal privilege)

Advocaten vervullen een essentiële rol in ons rechtssysteem en vanuit dat oogpunt dient zoveel mogelijk te worden gegarandeerd dat een bedrijf in vertrouwen het advies van een advocaat kan inwinnen en dat een bedrijf zijn recht van verdediging kan uitoefenen en dus zonder vrees voor openbaarmaking bij een advocaat advies moet kunnen inwinnen. Artikel 12g van het wetsvoorstel heeft tot doel de correspondentie tussen advocaat en bedrijf vertrouwelijk te laten. Het bevat een uitzondering op de bevoegdheid van inzage van gegevens en bescheiden van de toezichthouders (artikel 5:17 van de Awb). Geschriften die zijn gewisseld tussen een bedrijf en een advocaat en die zich bij de advocaat bevinden, mogen niet worden ingezien. Voor de advocaat zelf geldt een verschoningsrecht (artikel 5:20, tweede lid, van de Awb). Papieren die zich bij de advocaat bevinden zijn daarom al niet toegankelijk voor de toezichthouders. Het 'legal privilege' van artikel 12g van het wetsvoorstel verklaart eenzelfde regime van toepassing op papieren gewisseld tussen een advocaat en een bedrijf die zich bij (een feitelijk leidinggevende van) het bedrijf bevinden.

De Mededingingswet en Wet handhaving consumentenbescherming bevatten in artikel 51 respectievelijk artikel 2.4, tweede lid, een vergelijkbare exceptie op artikel 5:17 van de Awb. Dit 'legal privilege' kent uiteraard zijn beperkingen. Zo geldt het alleen voor stukken over de toepassing van regels op de taakgebieden van de ACM en zijn stukken die als afschrift zijn gestuurd aan de advocaat niet zonder meer uitgezonderd van inzage. Zijn de originele stukken te vinden bij de overtreder, dan maakt puur het feit dat ze (ook) in afschrift aan de advocaat zijn gestuurd niet, dat ze niet gebruikt kunnen worden door de ACM.

Anders dan de huidige artikelen in de Mededingingswet en de Wet handhaving consumentenbescherming, waarin gesproken wordt over 'een advocaat die is toegelaten tot de balie' spreekt het voorgestelde artikel kortweg over 'een advocaat'. Daarmee kan volstaan worden nu 'advocaat' volgens artikel 9a van de Advocatenwet een beschermde titel is die alleen gevoerd mag worden door iemand die als advocaat is ingeschreven bij de arrondissementsrechtbank. Dit zijn zowel externe advocaten als advocaten in loondienst. Voor alle advocaten geldt uit hoofde van hun beroep een geheimhoudingsplicht.

Het voorgestelde artikel knoopt aan bij artikel 5:20, tweede lid, en 5:17 van de Awb en betreft dus de toezichtfase. In die fase moet door aangewezen toezichthouders worden vastgesteld of er sprake is van naleving dan wel overtreding van wettelijke voorschriften. In het voorgestelde artikel wordt daarom, anders dan in artikel 2.4, tweede lid, van de Wet handhaving consumentenbescherming, niet gesproken over 'een overtreder', maar over een bedrijf of een ondernemersvereniging'.

Artikel 12ga (zelfstandige last)

Voor een toelichting op de bevoegdheid van de ACM tot het opleggen van een zelfstandige last, wordt verwezen naar paragraaf 2.2.3.2 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting.

Artikel 12h (toezegging)

Zowel de Mededingingswet als de Wet handhaving consumentenbescherming kent thans de toezegging. In beide wetten ligt de aanleiding daarvoor in een Europese verordening. Op grond van Verordening (EG) 2004/2006 dient de bevoegde autoriteit van een lidstaat te beschikken over de mogelijkheid om van de voor intracommunautaire inbreuken verantwoordelijke verkoper of dienstverlener de toezegging te verkrijgen dat de intracommunautaire inbreuk zal worden beëindigd en, waar passend, openbaar te maken. Dit heeft ertoe geleid dat in de Wet handhaving consumentenbescherming de toezegging is toegevoegd aan het artikel dat regelt wat de CA openbaar kan maken (huidige artikel 2.23). Verder bevat de Wet handhaving consumentenbescherming geen bepalingen over de toezegging. Op grond van Verordening (EG) 1/2003 dient de mededingingsautoriteit van een lidstaat te beschikken over de mogelijkheid een besluit te nemen tot het aanvaarden van een toezegging. Dit heeft geleid tot een regeling van het toezeggingsbesluit in de Mededingingswet (Hoofdstuk 5A).

De voorgestelde regeling maakt de bevoegdheid tot het aanvaarden van een toezegging ACM-breed. De mogelijkheid om de toezegging als zodanig openbaar te maken is eveneens ACM-breed gemaakt (zie voorgesteld artikel 15, eerste lid). Beide keren is voor deze verbreding gekozen om de ACM beter in staat te stellen maatwerk te leveren wat betreft de handhaving van wettelijke voorschriften. Ook in de uitoefening van de andere wettelijke taken dan mededingingstoezicht en consumententoezicht beschikt de ACM voortaan over de mogelijkheid om in plaats van een boete of dwangsom het 'lichtere' instrument van de toezegging te hanteren indien zij dat gegeven de omstandigheden van het geval wenselijk acht.

De voorgestelde regeling houdt in dat de ACM de bevoegdheid krijgt om toezeggingen van een bedrijf bindend te verklaren indien de ACM dat doelmatiger acht dan een andere maatregel gericht op bevordering van de naleving. Voorafgaand aan de vaststelling van een overtreding kan de ACM dus voor het bindend verklaren van een toezegging kiezen indien zij dat doelmatiger acht dan het geven van een zelfstandige last niet zijnde een bindende aanwijzing. Nadat een overtreding is vastgesteld kan de ACM kiezen voor het bindend verklaren van een toezegging indien zij dat doelmatiger acht dan het opleggen van een bindende aanwijzing of bestuurlijke sanctie. Het betreffende bedrijf kan een aanvraag doen bij de ACM voor het bindend verklaren van een toezegging en dient daarbij de noodzakelijke gegevens en bescheiden te voegen. De aanvraag kan gedaan worden zolang de ACM nog geen besluit omtrent het opleggen van een bestuurlijke boete of last onder dwangsom heeft genomen. Dat kan dus ook in de fase zijn dat het toezichtsonderzoek nog loopt en er nog geen overtreding is vastgesteld. Het rechtsgevolg van de bindendverklaring is dat de bevoegdheid van de ACM vervalt om in de betreffende zaak een boete of last onder dwangsom op te leggen. Logischerwijze zal de ACM dan ook lopend toezichtsonderzoek of werkzaamheden ter voorbereiding van het opleggen van een sanctiebesluit staken. Mocht blijken dat de bindendverklaring is gebaseerd op door het bedrijf verstrekte

onvolledige, onjuiste of misleidende gegevens of dat het bedrijf zich niet overeenkomstig het besluit tot bindend verklaring gedraagt, dan kan de ACM dit besluit wijzigen of intrekken en herleven de mogelijkheden tot het nemen van een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete of last onder dwangsom en het toezichtsonderzoek dat daaraan voorafgaat. Voor het niet-naleven van het besluit tot bindend verklaring van de toezegging, kan de ACM het betreffende bedrijf als zodanig ook een boete opleggen.

Omdat openbaarmaking van een toezegging of van een besluit tot het bindend verklaren van een toezegging logischerwijze niet meer gericht zal zijn op waarschuwing van de consument, wordt voorgesteld om een toezegging, een besluit tot het bindend verklaren van een toezegging en een besluit tot verlenging van de bindendverklaring qua openbaarmaking te laten meelopen in de facultatieve openbaarmakingsregeling van het in dit wetsvoorstel voorgestelde artikel 15 van de Instellingswet ACM.

De uniforme voorbereidingsprocedure van de Algemene wet bestuursrecht zal niet van toepassing zijn op de voorbereiding van een toezeggingsbesluit. De Wet handhaving consumentenbescherming voorziet thans evenmin in die toepasselijkheid. Op grond van artikel 49b van de Mededingingswet is de uniforme voorbereidingsprocedure nu echter wel van toepassing op een aanvraag tot het nemen van een toezeggingsbesluit door de NMa. Gebleken is echter dat een dergelijke procedure weinig zinvol is indien de NMa voornemens is de aanvraag tot het nemen van een toezeggingsbesluit af te wijzen. De NMa zal in die gevallen immers kiezen voor een andere wijze van handhaven zoals het opleggen van een zelfstandige last of bestuurlijke sanctie, waartegen opgekomen kan worden en in welk kader ook de afwijzing van de aanvraag tot het nemen van een toezeggingsbesluit aan de orde kan komen. Indien de ACM voornemens is een aanvraag voor een toezeggingsbesluit te honoreren, biedt artikel 3:10, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht aan de ACM de mogelijkheid om de uniforme voorbereidingsprocedure te volgen. Van die mogelijkheid zal de ACM naar verwachting in dergelijke gevallen ook gebruikmaken.

Artikel 12i (zwijgrecht/cautie)

Artikel 5:10a, eerste lid, van de Awb regelt het zogenaamde zwijgrecht. Vanaf het moment dat een ondernemer of ondernemersvereniging redelijkerwijs kan begrijpen dat aan hem vanwege een door hem begane overtreding een bestraffende sanctie, zoals een bestuurlijke boete, kan worden opgelegd is hij niet meer verplicht ten behoeve van de oplegging van die bestraffende sanctie enige verklaring over de overtreding af te leggen. Dit vloeit voort uit het 'nemo tenetur'-beginsel dat inhoudt dat niemand gehouden is tegen zichzelf te getuigen of een bekentenis af te leggen. Ook de in het tweede lid van artikel 5:10a van de Awb geregelde verplichting tot het geven van de cautie waarbij aan betrokkene wordt meegedeeld dat hij niet verplicht is tot antwoorden, strekt tot waarborg van dit beginsel. Het zwijgrecht geeft uitdrukkelijk

geen bevoegdheid om iedere vorm van medewerking aan het verzamelen van belastend materiaal te weigeren.

De voorgestelde bepaling sluit aan bij deze regeling van de Awb en regelt in aanvulling daarop – conform het huidige artikel 53 van de Mededingingswet - dat het zwijgrecht niet alleen geldt voor degene aan wie de sanctie zal worden opgelegd maar voor iedereen <aan de zijde van het bedrijf>. Zo wordt dit extra element van het huidige artikel 53 van de Mededingingswet (en de daarover gevormde jurisprudentie) behouden en wordt daaraan een ACM-brede toepassing gegeven, hetgeen eenduidigheid van procedures en duidelijkheid voor de onder toezicht gestelden waarborgt.

Concreet betekent de passage ‘aan de zijde van de ondernemer of ondernemersvereniging’ dat aan meer personen een zwijgrecht toekomt dan alleen aan degenen die bevoegd zijn de ondernemer juridisch te vertegenwoordigen. Het zwijgrecht is bijvoorbeeld ook van toepassing op werknemers van de onderneming die gehoord worden als vertegenwoordiging van de onderneming (zie Rechtbank Rotterdam 07-08-2003, AB 2004/92). Op grond van artikel 5:10a van de Awb geldt het zwijgrecht bovendien voor feitelijk leidinggevendenden.

Aan degenen voor wie op basis van de Awb en de hier voorgestelde aanvullende bepaling een zwijgrecht toekomt, dient voorafgaand aan het verhoor bovendien de cautie te worden gegeven.

Artikel 12j (beslistermijn opleggen boete)

Artikel 5:51 van de Awb regelt de beslistermijn voor het opleggen van een boete: indien van een overtreding een rapport is opgemaakt, moet een bestuursorgaan binnen dertien weken na dagtekening van dat rapport een beslissing nemen omtrent het opleggen van een boete. Deze termijn is geen fatale termijn maar een termijn van orde. Het huidige artikel 62 van de Mededingingswet wijkt van de Awb af met een beslistermijn van acht maanden voor overtredingen van artikel 6 (kartelverbod) of 24 (verbod van misbruik van economische machtspositie). Deze termijn van acht maanden is ingegeven door de complexiteit van de zaken, het gegeven dat soms met de Europese Commissie moet worden overlegd en de praktijk (lange gemiddelde beslistermijn) (zie Kamerstukken II 2006/07, 31 124, nr. 3, p. 57). In een aantal vervoerswetten is deze bepaling van de Mededingingswet van overeenkomstige toepassing verklaard. De andere materiële wetten bevatten geen uitzondering op de dertien weken van de Awb, wat betekent dat NMa, OPTA en CA thans voor deze wetten thans binnen dertien weken een boetebesluit behoren te nemen ongeacht de complexiteit van de zaak.

Artikel 12j sluit aan bij de regeling in de Awb. In beginsel is die beslistermijn leidend. Het is immers van wezenlijk belang dat de ACM op een slagvaardige en efficiënte wijze handhaaft. Slechts voor complexe gevallen wordt de ACM de mogelijkheid geboden om de termijn van de Awb eenmaal te verlengen met een termijn van ten hoogste dertien weken. Om hier uitdrukking aan te geven is in de voorgestelde bepaling gekozen voor

het objectieve criterium dat het gaat om overtredingen waarvoor een boete van ten hoogste 10% van de omzet kan worden opgelegd. Van de verlengingsmogelijkheid dient de ACM zo terughoudend mogelijk gebruik te maken. Bij ministeriële regeling kan nader worden bepaald in welke gevallen de beslistermijn eenmaal met dertien weken mag worden verlengd. Van deze bepaling zal de minister gebruikmaken indien de ACM ten aanzien van complexe zaken te ruimhartig omspringt met de verlengingsmogelijkheid.

Indien op basis van Verordening 1/2003 in specifieke boetezaken aan de Europese Commissie voorafgaand aan de boetebeschikking stukken moeten worden gezonden en met de Europese Commissie moet worden overlegd is dat een specifieke omstandigheid in verband waarmee de ACM de beslistermijn 30 dagen kan opschorten. Deze sectorspecifieke bevoegdheid is geregeld in de Mededingingswet (voorgesteld artikel 62 [nieuw] van de Mededingingswet).

In het algemeen geldt dus voor het opleggen van bestuurlijke boetes de Awb-beslistermijn van 13 weken. Indien het gaat om complexe boetezaken (boetemaximum is 10% van de omzet) is verlenging mogelijk met maximaal 13 weken. In bepaalde mededingingszaken kan de beslistermijn worden opgeschort met maximaal 30 dagen, zodat de maximale beslistermijn daar in totaal uitkomt op ongeveer 7 maanden.

Artikel 12k (boetemaxima I)

Op basis van dit artikel heeft de ACM de bevoegdheid om voor het bepalen van de hoogte van de op te leggen boete de boekhouding van het overtredende bedrijf te onderzoeken. Dat kan dus ook de boekhouding van een ondernemersvereniging zijn. De bepaling is ontleend aan de artikelen 59a en 77a van de Mededingingswet en geldt voortaan ACM-breed.

De ACM maakt alleen voor zover nodig van deze bevoegdheid gebruik. De benodigde gegevens zullen in eerste instantie bij de overtreder worden opgevraagd die op basis van het voorgestelde artikel 6a van de Instellingswet ACM de verplichting heeft om de door de raad gevraagde informatie te verstrekken. Er zal behoefte kunnen bestaan aan de bevoegdheid tot onderzoek van de boekhouding in gevallen waarin er - na ontvangst van de gevraagde gegevens - bij de ACM twijfel bestaat over de juistheid van door de overtreder verstrekte gegevens of niet duidelijk is of er sprake is van volledigheid van deze gegevens. Het is immers van groot belang dat de boete gebaseerd wordt op de juiste financiële gegevens. De overtreder is gehouden aan het onderzoek mee te werken. De ACM kan bij het onderzoek zonodig laten bijstaan door een onafhankelijke financieel deskundige.

Deze bepaling regelt in het derde lid voorts dat de boete op overtreding van de verplichting om medewerking te verlenen aan onderzoek van de boekhouding door de ACM met het oog op de oplegging van een boete, ten hoogste € 450.000,- bedraagt. Omdat de ACM bij niet-medewerking van de overtreder aan het boekhoudingsonderzoek mogelijk niet beschikt over de juiste omzetgegevens, bevat

het derde lid geen omzetgerelateerd boetemaximum maar uitsluitend een absoluut boetemaximum van het in de materiële wetten gebruikelijke bedrag van € 450.000,-.

Artikel 12l (boetemaxima II)

In deze bepaling wordt voor een viertal overtredingen, die in de huidige materiële wetten ook dikwijls beboetbaar zijn gesteld, een uniform boetemaximum voorgesteld. Het gaat steeds om gedrag van een bedrijf of ondernemersvereniging waarbij de ACM wordt belemmerd in haar taakuitoefening. Voor de overzichtelijkheid is niet alleen het boetemaximum gestroomlijnd in deze bepaling maar is ook de beboetbaarstelling van de betreffende overtredingen zelf (overgeheveld uit de materiële wetten en) naar dit artikel verplaatst. In het geval de ACM informatie verlangt (eerste lid, onder a of c) kan de ACM een termijn stellen waarbinnen de informatie moet worden verstrekt en – indien de verlangde informatie binnen die termijn niet is verstrekt – een boete opleggen. Voor de gevallen waarin de overtreding door middel van het opleggen van een last onder dwangsom kan worden hersteld is de bevoegdheid tot het geven van die last onder dwangsom geregeld in het voorgestelde tweede lid. De ACM heeft dan een keuze tussen het opleggen van een last onder dwangsom en/of het opleggen van een bestuurlijke boete. Het derde lid maakt duidelijk dat de hier geregelde overtredingen alleen bestuursrechtelijk worden gehandhaafd.

Voorgesteld wordt voorts in navolging van het huidige artikel 76a van de Mededingingswet dat een bedrijf dat zich niet conform een toezeggingsbesluit gedraagt een boete opgelegd kan krijgen.

Ingeval een overtreding ook strafbaar is gesteld in het Wetboek van Strafrecht, zijn de betreffende bepalingen van het Wetboek van Strafrecht buiten toepassing verklaard.

Artikel 12m (boetemaxima III)

Deze bepaling bevat een centrale regeling van het boetemaximum voor iemand die opdracht heeft gegeven tot een overtreding dan wel feitelijk leiding heeft gegeven aan die overtreding. De huidige bepalingen in de materiële wetten die regelen wat het boetemaximum is voor feitelijk leidinggevendenden kunnen vervallen.

Artikel 12n (omzetdefinitie)

De meeste van de wetten waarop de ACM toezicht houdt, geven haar de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete van ten hoogste een zeker percentage van de omzet van de overtreder. Dit artikel geeft voor die gevallen een uniforme definitie van het begrip 'omzet'. Plaatsing hiervan in de Instellingswet ACM zorgt ervoor dat de definitie ACM-breed dezelfde is, hetgeen bijdraagt aan een uniform boetebeleid van de ACM. De definitie sluit aan bij het begrip netto-omzet uit artikel 377, zesde lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Onder de netto-omzet wordt volgens dat lid verstaan de opbrengst uit levering van goederen en diensten uit het bedrijf van de rechtspersoon, onder aftrek van kortingen en dergelijke en van over de omzet geheven belastingen. In aanmerking wordt genomen de netto-omzet behaald in het

boekjaar voorafgaande aan het kalenderjaar waarin het besluit tot oplegging van de bestuurlijke boete naar verwachting zal worden opgelegd. Indien de netto-omzet in het voorafgaande boekjaar onbekend is, bijvoorbeeld omdat de jaarrekening nog niet beschikbaar is, kan de ACM de boete berekenen op basis van de netto-omzet in het meest recente boekjaar ten aanzien waarvan de ondernemer een jaarrekening beschikbaar heeft. Indien nodig kan de ACM, om de hoogte van de netto-omzet te bepalen, op grond van artikel 12k de boekhouding van de overtreder onderzoeken, eventueel met behulp van een onafhankelijke financieel deskundige zoals een accountant.

De omzet-definitie haakt aan bij de bepalingen die regelen wat voor een bepaalde overtreding het omzetgerelateerde boetemaximum is en is bepalend voor hoogte van het boetemaximum in een concreet geval. In veel gevallen zal de ACM echter een boete opleggen die lager is dan het maximum. Dat zou de ACM bijvoorbeeld kunnen doen als de overtreding zich alleen op de Nederlandse markt heeft voorgedaan, maar de overtreder wereldwijd omzet maakt. De ACM kan er dan voor kiezen om alleen de omzet op de Nederlandse markt als basis te nemen. Ook de omstandigheden van het geval kunnen leiden tot een boete lager dan het geldende boetemaximum. In beleidsregels van de minister op grond van artikel 4:81 van de Awb zal worden uitgewerkt hoe de ACM van deze discretionaire bevoegdheid gebruik dient te maken, zoals dat nu ook reeds het geval is in de Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de NMa 2009.

In verband met de voorgestelde, algemene omzetdefinitie worden de diverse omzetsomschrijvingen in de materiële wetten hierover geschrapt. Ook de huidige bepalingen in de Telecommunicatiewet en Postwet 2009 die de omzet direct al inperken tot de relevante omzet in Nederland vervallen. Deze invulling van de omzet zal, zoals hiervoor is beschreven, voortaan zijn beslag krijgen in de genoemde beleidsregels. Per saldo zal de gewijzigde opzet dus geen wijziging van de hoogte van deze boetes tot gevolg hebben.

Artikel 12o(schorsende werking beroep)

Dit artikel regelt de stroomlijning van de schorsende werking voor beroep voor boetebesluiten van de ACM. In een aantal wetten, waaronder de Mededingingswet en de Telecommunicatiewet, wordt voorzien in de schorsende werking van beroep tegen boetebesluiten. In een aantal andere wetten, waaronder de Wet handhaving consumentenbescherming, wordt hierin niet voorzien. In de geharmoniseerde regeling die wordt voorgesteld geldt dat beroep en hoger beroep schorsende werking hebben indien de door de ACM opgelegde boete meer bedraagt dan € 100.000. Op deze manier is gekozen voor een balans waarbij de ACM bij een relatief lage boetes direct tot invordering over kan gaan. Dit past bij een slagvaardige toezichthouder. Anderzijds wordt door dit grensbedrag voorkomen dat marktpartijen forse boetes, die een grote impact kunnen hebben op de bedrijfsvoering, moeten betalen nog voordat de boete

rechtens onherroepelijk is geworden. Overigens staat het bedrijven vrij om via een voorlopige voorziening aan de rechter schorsende werking te vragen.

Artikel 12p (functiescheidingen)

Dit artikel regelt een ACM-brede 'chinese wall' tussen de personen aan wie het mandaat is verleend tot het nemen van een besluit omtrent het opleggen van een bestuurlijke boete en de personen die betrokken zijn geweest bij het onderzoek en de opstelling van het rapport. Deze chinese wall is dus op persoonsniveau. Dit laat onverlet dat de ACM, gelet op artikel 10:3, vierde lid, van de Awb de nodige organisatorische maatregelen dient te treffen om een onafhankelijke positie bij het opleggen van een boete te waarborgen (Kamerstukken II 2003/04. 29 702, nr. 3, p. 153-154).

Artikel 12p gaat verder dan artikel 10:3, vierde lid, van de Awb, in die zin dat de personele cesuur niet alleen geldt voor de personen die het rapport hebben opgemaakt, maar ook voor de personen die voorbereidende werkzaamheden voor het opmaken van een rapport hebben verricht. Deze verdergaande cesuur is in lijn met hetgeen bij de NMa reeds praktijk is. Deze voorkomt dat twijfel kan bestaan over de onafhankelijke oordeelsvorming van degenen die uiteindelijk de boete opleggen. De personele cesuur beperkt zich tot bestuurlijke boetes. In de praktijk van de ACM (met boetes die steeds hoger zullen zijn dan € 340) zal, gelet op artikel 5:53 van de Awb, steeds voorafgaand aan het opleggen van een boete een rapport worden opgemaakt. Voor het opleggen van een last onder dwangsom of andere maatregelen geldt de cesuur niet. Daar is ook het opmaken van een rapport niet (langer) vereist. Dit maakt het mogelijk dat dergelijke maatregelen slagvaardig kunnen worden genomen zonder dat het dossier behoeft te worden overgedragen aan personen die niet bij het toezichtsonderzoek betrokken zijn geweest. Voor het opleggen van bestuurlijke boetes is dit vanzelfsprekend wel noodzakelijk.

Artikel 12q-aanvullende bepalingen lod

In veel van de huidige materiële wetten zijn gelijksoortige aanvullende bepalingen met betrekking tot de last onder dwangsom opgenomen: dat aan een last onder dwangsom voorschriften kunnen worden verbonden inzake het verstrekken van gegevens aan de raad van bestuur van de toezichthouder, dat een last geldt voor een door de raad van bestuur te bepalen termijn van ten hoogste twee jaar en dat de bevoegdheid tot het opleggen van een last onder dwangsom vervalft vijf jaren nadat de overtreding heeft plaatsgevonden. Door de voorgestelde bepaling worden deze onderwerpen centraal geregeld in de Instellingswet ACM. De bepalingen in de huidige materiële wetten kunnen in verband daarmee vervallen.

Artikelen 12r-12s

De artikelen 12r en 12s bevatten een regeling omtrent de openbaarmaking van onder meer besluiten van de ACM. Op grond van artikel 12r is de ACM verplicht alle besluiten

tot het opleggen van bestuurlijke sancties en van bindende aanwijzingen openbaar te maken. Artikel 12s regelt dat de ACM alle andere besluiten (waaronder de besluiten tot het niet opleggen van een bestuurlijke sanctie of bindende aanwijzing) openbaar kan maken. De openbaarmakingsregeling geeft mede uitvoering aan de motie van het lid Gesthuizen c.s. die de regering kort gezegd verzoekt ervoor te zorgen dat sanctiebesluiten op het gebied van consumentenbescherming standaard openbaar gemaakt worden (Kamerstukken II 2011/12, 33 000 XIII, nr. 21).

Het voorgestelde publicatiestelsel borduurt voort op de verschillende bestaande openbaarmakingsregimes en schept daarin eenduidigheid. Zo geldt op grond van de Mededingingswet, de Elektriciteitswet 1998, de Gaswet, de Loodsenwet en de Wet Luchtvaart dat beschikkingen waarbij een boete of last onder dwangsom wordt opgelegd, openbaar moeten worden gemaakt door middel van terinzagelegging en publicatie in de Staatscourant. Op grond van de Gaswet, Elektriciteitswet 1998 en Postwet 2009 moeten (ook) besluiten waarbij een bindende aanwijzing wordt gegeven, openbaar worden gemaakt door publicatie in de Staatscourant. Artikel 2.23 van de Wet handhaving consumentenbescherming bepaalt dat beschikkingen waarbij een boete, dwangsom of bindende aanwijzing worden opgelegd openbaar kunnen worden gemaakt; hiervoor geldt derhalve geen verplichte, maar vrijwillige openbaarmaking en de wijze van openbaarmaking is in tegenstelling tot de voornoemde wetten niet voorgeschreven. In de Scheepvaartverkeerswet, Wet personenvervoer 2000, Spoorwegwet, Postwet 2009 en Telecommunicatiewet is geen openbaarmakingsregime opgenomen voor besluiten waarbij boetes en lasten onder dwangsom worden opgelegd.

Het ontbreken van een (verplicht of vrijwillig) openbaarmakingsregime voor bepaalde besluiten betekent echter niet steeds dat die besluiten ook niet openbaar worden gemaakt. Op basis van artikel 8 van de Wet openbaarheid van bestuur worden sanctiebesluiten op grond van de Postwet 2009 en Telecommunicatiewet en niet-publicatieplichtige sanctiebesluiten van de NMa gepubliceerd, waardoor de praktijk van openbaarmaking van sanctiebesluiten minder divers is dan de uiteenlopende wettelijke regimes doen vermoeden.

De ACM kan besluiten nemen die gebaseerd zijn op meerdere wetten. Door de hierboven beschreven diverse regimes bestaat het risico dat op zo'n besluit verschillende openbaarmakingsregimes van toepassing zijn. Dat staat in de weg aan een efficiënt en effectief toezicht. Daarom is het wenselijk en noodzakelijk om een helder en eenduidig regime voor openbaarmaking te introduceren dat afhankelijk is van de aard van dat besluit. Het hieronder beschreven regime sluit aan bij de bestaande praktijk en is van belang voor een effectief en efficiënt nalevingstoezicht.

De openbaarmakingsregeling heeft een aantal doelen. Allereerst dat de consument zo vroeg mogelijk wordt gewaarschuwd voor ondernemingen die van de geldende normen afwijken. Daarnaast heeft openbaarmaking ook een waarschuwend effect voor de

markt (de bedrijven) zodat nieuwe overtredingen worden voorkomen (generale preventie). Openbaarmaking draagt zo bij aan de naleving van de door de ACM te handhaven normen. Ten slotte stelt openbaarmaking consumenten in staat zich te informeren over die normen, over de wijze waarop de normen door de ACM worden gehandhaafd en over de wijze waarop de ACM meer algemeen zijn taken uitvoert. Openbaarmaking maakt transparant hoe de ACM zijn taken uitvoert.

Indien de ACM op grond van de artikelen 12r of 12s tot openbaarmaking overgaat, vindt publicatie niet (langer) plaats op grond van artikel 8 van de Wet openbaarheid van bestuur. Dat heeft tot gevolg dat tegen alle besluiten tot openbaarmaking door de ACM – zowel verplicht op basis van artikel 12r als vrijwillig op basis van artikel 12s – een en dezelfde rechtsgang openstaat en niet de algemene rechtsgang die openstaat tegen besluiten genomen op basis van de Wet openbaarheid van bestuur, hetgeen de efficiëntie van het toezicht door de ACM verder vergroot.

De voorgestelde openbaarmakingsregeling derogert als specifieke regeling aan de algemene openbaarmakingsregeling van de Wet openbaarheid van bestuur. Dat betekent dat wanneer de ACM op grond van artikel 12r, vierde lid, of artikel 12s tot het besluit komt dat van openbaarmaking wordt afgezien, het betreffende besluit of document niet in antwoord op een verzoek op basis van de Wet openbaarheid van bestuur aan een derde hoeft te worden verstrekt.

De artikelen 12r tot en met 12s schrijven geen verplichte openbaarmakingswijze voor. Het is aan de ACM om te bepalen hoe zij haar besluiten openbaar maakt. In de praktijk zal zij haar besluiten en rapportages in elk geval plaatsen op haar internetpagina, conform de huidige praktijk bij de NMa, OPTA en CA.

Verplichte openbaarmaking van besluiten tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie of bindende aanwijzing (artikel 12r)

Om het waarschuwend effect richting consument en markt zo groot en adequaat mogelijk te laten zijn, is het noodzakelijk dat besluiten tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie of bindende aanwijzing zo vroeg mogelijk openbaar gemaakt worden. Daarin voorziet de openbaarmakingsverplichting van artikel 12r. Voorgesteld wordt dat alle besluiten waarbij vanwege een vastgestelde overtreding een bestuurlijke sanctie of bindende aanwijzing wordt opgelegd, door de ACM verplicht openbaar moeten worden gemaakt. Deze beginselplicht tot publicatie geeft de ACM geen ruimte om een afweging te maken welke gegevens zij wel en welke gegevens zij niet openbaar maakt. Dit betekent dat de namen van overtreders en, indien aan de orde, van feitelijk leidinggevend dus standaard openbaar gemaakt worden en niet mogen worden weggelakt. Alleen de in het besluit tot het opleggen van de bestuurlijke

sanctie of bindende aanwijzing opgenomen bedrijfsvertrouwelijke gegevens worden niet openbaar gemaakt (eerste lid).

Het ontbreken van afwegingsruimte betekent bijvoorbeeld dat de ACM niet toe kan komen aan een afweging van belangen als bedoeld in artikel 10 van de Wet openbaarheid van bestuur. De voorgestelde openbaarmakingsverplichting gaat als specifieke regeling voor op de algemene regeling van de Wet openbaarheid van bestuur.

Het betekent ook dat de ACM geen ruimte heeft voor een zelfstandige afweging van de belangen van de overtreder of de kenmerken van de overtreding. Gelet op het doel van de openbaarmakingsverplichting om de consument in een zo vroeg mogelijk stadium te waarschuwen, is nadrukkelijk gekozen voor een verplichting tot openbaarmaking in plaats van een mogelijkheid tot openbaarmaking die ruimte laat voor afweging. Daarin heeft meegewogen dat een ondernemer die een overtreding begaat, willens en wetens het risico neemt dat de overtreding – door middel van openbaarmaking van de handhavende actie of anderszins - bekend wordt en dat daardoor de kans bestaat op reputatieschade, afbreuk van concurrentiepositie en inbreuk op de persoonlijke levenssfeer. Ook kan voor een consument een relatief lage boete voor een lichte overtreding van een kleine onderneming net zoveel gevolgen hebben of net zo ingrijpend zijn als een hoge boete voor een zware overtreding van een grote onderneming. Een openbaarmakingsregeling die de belangen van consumenten zwaarder laat wegen dan de belangen van overtredende bedrijven is daarom gerechtvaardigd.

De ACM kan slechts van openbaarmaking van het besluit tot oplegging van een bestuurlijke sanctie of bindende aanwijzing afzien indien de openbaarmaking in strijd zou komen met het doel van het toezicht van de ACM. In dat kader is van belang dat dit wetsvoorstel voorstelt om aan de Instellingswet ACM een doelomschrijving toe te voegen die luidt dat de aan de Autoriteit Consument en Markt opgedragen taken gericht zijn op het bevorderen van goed functionerende markten, ordelijke en transparante marktprocessen en zorgvuldige behandeling van consumenten.

De begeleidende tekst van de ACM bij de openbaarmaking van een besluit tot oplegging van een bestuurlijke sanctie of bindende aanwijzing dient uiteraard neutraal te worden geformuleerd en te worden voorzien van informatie over de status van het besluit.

De openbaarmaking van het besluit tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie of een bindende aanwijzing mag niet eerder plaatsvinden dan nadat vijf werkdagen zijn verstreken na de dag waarop het besluit tot publicatie is bekendgemaakt aan de overtreder, tenzij de overtreder het besluit zelf openbaar heeft gemaakt, heeft doen openbaar maken of openbaarmaking met de overtreder is overeengekomen. Dit is in lijn met de bestaande praktijk. Deze termijn geeft de overtreder de gelegenheid om aan de rechter een voorlopige voorziening te vragen en aldus publicatie van het besluit

tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie of een bindende aanwijzing op te schorten.

In artikel 12r is voorts geregeld dat beslissingen op bezwaar die strekken tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie of bindende aanwijzing ook vallen onder de beginselplicht tot openbaarmaking. Het gaat om beslissingen op bezwaar waarbij het primaire besluit tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie of bindende aanwijzing (deels) in stand wordt gelaten. De toevoeging is ingegeven door de jurisprudentie **PM CBb 24-4-2012, LJN BW3574** met betrekking tot de Wet op het financieel toezicht van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam, die van oordeel is 'dat het publicatiestelsel van afdeling 1.5.2 Wft – dat voorziet in twee in beginsel gefixeerde momenten van publicatie – met zich brengt dat de bestuurlijke heroverweging niet kan leiden tot het publiceren van een eventueel in bezwaar (deels) gehandhaafde boeteoplegging voordat die beslissing op bezwaar onherroepelijk is geworden' (zie Vزر Rb Rotterdam 16-12-2010 (onderdeel 2.3.4), LJN: BP0011 in combinatie met Vزر Rb Rotterdam 28-1-2010, LJN: BL1972). Gelet op de publicatiedoelen is het van belang dat ook publicatie plaatsvindt van het heroverwogen besluit tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie of bindende aanwijzing, zodat duidelijk is of de heroverweging op bezwaar heeft geleid tot een gewijzigde sanctieoplegging. Dit is alleen anders indien de voorzieningenrechter publicatie van het primaire besluit heeft geschorst (zie hieronder). Het zou immers vanuit een oogpunt van proceseconomie te ver voeren dat een onderneming dan weer opnieuw naar de voorzieningenrechter zou moeten om opnieuw om schorsing te vragen. Kortom, wordt de beslissing tot vroegtijdige publicatie van het primaire besluit geschorst, dan dient de ACM te wachten met publiceren tot het besluit tot het opleggen van de bestuurlijke sanctie of bindende aanwijzing, al dan niet na aanpassing ervan in bezwaar of na beroep, onherroepelijk is geworden.

De mogelijkheid tot openbaarmaking van andere besluiten en overige documenten (artikel 12s)

Andere besluiten dan besluiten omtrent het opleggen van bestuurlijke sancties of bindende aanwijzingen hoeft de ACM niet openbaar te maken, tenzij die verplichting elders in de wet wordt opgelegd (artikel 12s). Hetzelfde geldt voor door de ACM uitgebrachte rapportages zoals marktscans en voor toezeggingen van overtreders dat een overtreding zal worden gestaakt. Voor dergelijke besluiten, rapportages en toezeggingen dient de ACM zelf de afweging te maken of zij deze al dan niet openbaar maakt. Omdat het belang van (zo vroeg mogelijke) waarschuwing hier doorgaans niet meer aan de orde zal zijn, kan hier per geval de afweging worden gemaakt of openbaarmaking nuttig en nodig is uit een oogpunt van voorlichting en transparantie. Randvoorwaarden voor die afweging zijn dat artikel 10 van de Wet openbaarheid van bestuur van overeenkomstige toepassing is en dat in ieder geval van publicatie wordt

afgezien indien publicatie in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het door de ACM uit te oefenen nalevingstoezicht. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer wordt verzocht om gegevens die zijn verstrekt door clementieaanvragers in het kader van mededingingsrechtelijke zaken.

De van overeenkomstige toepassing verklaring in artikel 12s, derde lid, van de onderdelen van artikel 12r die gaan over de mogelijkheid een voorlopige voorziening te vragen, betreft besluiten van de ACM tot openbaarmaking van besluiten tot het niet opleggen van een bestuurlijke sanctie of bindende aanwijzing. Voor het van overeenkomstige toepassing verklaren is gekozen omdat het immers zo kan zijn dat een ondernemer in het geheel niet geassocieerd wil worden met een overtreding of handhavende actie vanuit de gedachte dat de consument zal denken 'waar rook is, is vuur'.

Artikel II tot en met XXIII (wijziging andere wetten)

Algemeen

Met betrekking tot de materiële wetten worden diverse wijzigingen voorgesteld:

- Veel wijzigingen vloeien voort uit het feit dat voor een bepaald onderwerp een centrale regeling in de Instellingswet ACM wordt voorgesteld. In dat verband kunnen de bepalingen in de materiële wetten, die hetzelfde onderwerp regelen, komen te vervallen of behoeven ze op zijn minst aanpassing. Op deze wijzigingen wordt hieronder niet verder ingegaan. Verwezen wordt naar de toelichting op het betreffende onderwerp in het algemeen deel van de toelichting of naar de artikelsgewijze toelichting op de betreffende, voorgestelde bepaling van de Instellingswet ACM waarin aan de centrale regeling vorm gegeven wordt.
- Andere wijzigingen hangen samen met stroomlijning door het louter wijzigen van de (bijlagen van de) Algemene wet bestuursrecht of het louter schrappen of wijzigen van bepalingen in de materiële wetten. Bij die stroomlijningsonderwerpen is in het algemeen deel al stilgestaan en daarop wordt hieronder veelal niet verder niet ingegaan.
- Een deel van de wijzigingen van de materiële wetten vloeit voort uit het feit dat door het vervallen of wijzigen van bepalingen de overgebleven bepalingen opnieuw gerangschikt moeten worden waarbij de gelegenheid is aangegrepen om de nieuwe opzet in lijn te brengen met de Algemene wet bestuursrecht. Dat is gebeurd bij de Mededingingswet, waarbij het onderscheid tussen toezicht en onderzoek is komen te vervallen alsmede het gebruik van het begrip 'redelijk vermoeden'.
- Voor zover er bepalingen geschrapt of gewijzigd zijn moeten verwijzingen naar die bepalingen ook worden aangepast. Dat spreekt voor zichzelf en wordt hieronder niet nader toegelicht.

- Ten slotte zijn in het wetsvoorstel enkele zaken meegenomen die geen stroomlijning vormen maar inhoudelijke verbeteringen van bestaande materiële wetten. Daarop wordt hieronder nader ingegaan.

Artikel IV (wijzigingen bijlagen Awb)

In dit wetsvoorstel worden de bijlagen van de Algemene wet bestuursrecht diverse malen gewijzigd. De wijzigingen van bijlage 1 hebben betrekking op het laten vervallen van de bezwaarfase bij boetebesluiten en besluiten inzake geschilbeslechting. Daarnaast wordt in dit artikel geregeld dat er geen bezwaar openstaat tegen een besluit van de minister tot vernietiging van een besluit van algemene strekking van de ACM wegens onbevoegdheid. Dat zou immers ook gelet op de waarborgen in de voorfase (o.a. verplicht overleg) weinig zin hebben.

Artikel 1 van bijlage 2 bevat de zogenaamde 'negatieve lijst', dat wil zeggen het overzicht van besluiten waartegen geen beroep kan worden ingesteld (en derhalve ook geen bezwaar). Aan die lijst is toegevoegd het besluit van de ACM op basis van artikel 12h tot afwijzing van de aanvraag tot het bindend verklaren van een toezegging. De vergelijkbare afwijzing op basis van de Mededingingswet kan vanwege de centrale regeling van de toezegging komen te vervallen.

Artikel 2 van bijlage 2 van de Algemene wet bestuursrecht bevat de besluiten waartegen beroep in eerste en enige aanleg openstaat bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Aan het overzicht in dat artikel is artikel 10, eerste lid, van de Instellingswet ACM toegevoegd zodat de ACM de mogelijkheid heeft beroep in te stellen tegen een besluit van de minister tot vernietiging van een besluit van algemene strekking van de ACM wegens onbevoegdheid.

Artikel 4 van bijlage 2 van de Algemene wet bestuursrecht bevat het overzicht van besluiten waartegen uitsluitend bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven kan worden opgekomen als bijzondere bestuursrechter in eerste en enige aanleg. Aan deze lijst zijn de moederbesluiten in de tarieven- en voorwaardensfeer op basis van de Loodsenwet, Scheepvaartverkeerswet, Spoorwegwet en Wet luchtvaart en de besluiten inzake geschilbeslechting op basis van de Postwet toegevoegd. Ten aanzien van andere moederbesluiten in de tarieven- en voorwaardensfeer en andere besluiten inzake geschilbeslechting is dit al geregeld.

Artikel 7 van bijlage 2 van de Algemene wet bestuursrecht wordt door dit wetsvoorstel eveneens gewijzigd. In dit artikel wordt opgesomd tegen welke besluiten beroep in eerste aanleg openstaat bij de Rechtbank Rotterdam. Aan die lijst zijn de besluiten die de ACM neemt op grond van de Instellingswet ACM toegevoegd vanwege het uitgangspunt van rechtspraak in twee instanties bij de rechtbank Rotterdam en in hoger beroep bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Verder wordt voorgesteld de moederbesluiten in de tarieven en voorwaardensfeer en de besluiten van de ACM inzake geschilbeslechting daaruit te schrappen (voor zover dat niet reeds het geval was).

Artikel 11 van bijlage 2 van de Algemene wet bestuursrecht regelt ten slotte tegen welke besluit hoger beroep openstaat bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Dit artikel is op dezelfde manier gewijzigd als artikel 7 van bijlage 2 van de Algemene wet bestuursrecht.

Artikel V en VI (wijzigingen BW ivm de afschaffing van het duale handhavingsstelsel in de Whc)

Met het afschaffen van het duale stelsel is artikel 305d van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek geherformuleerd. Inhoudelijk zijn daarbij twee wijzigingen doorgevoerd. De eerste wijziging betreft het wegschrijven van de bevoegdheden van de ACM en de AFM. Dit is nodig, omdat door de AFM en ACM voortaan bestuursrechtelijk kan worden toegezien op de houder van een gedragscode (zie ook artikel XV, onderdeel AC). De tweede inhoudelijke wijziging betreft de reikwijdte van de bevoegdheid van een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid, die krachtens haar statuten tot taak heeft de bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, om een verzoek in te dienen bij het gerechtshof Den Haag. Deze bevoegdheid ziet straks op het vernieuwde onderdeel a van de bijlage. Dit betekent dat deze stichting of vereniging straks ook verzoeken kan doen ten aanzien van voorschriften waar voorheen uitsluitend bestuursrechtelijk op werd toegezien.

Als gevolg van de wijzigingen in artikel 305d van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek is het noodzakelijk om een verwijzing naar dat artikel in artikel 193j van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek aan te passen.

Artikel VII, VIII, XI en XIV (schrappen wetsevaluatiebepalingen)

De Elektriciteitswet 1998 (artikel 80), de Gaswet (artikel 66), het wetsvoorstel voor de Warmtewet (artikel 44) en de Postwet 2009 (artikel 85) verplichten de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie om periodiek een verslag over de doeltreffendheid en effecten van die wetten aan de Tweede Kamer te zenden. Voorgesteld wordt deze bepalingen te laten vervallen. Deze bepalingen zijn destijds opgenomen om de werking van de betreffende wetten in de eerste jaren na inwerkingtreding te beoordelen. Alle betreffende wetten zijn inmiddels een of meerdere keren geëvalueerd, met uitzondering van de Postwet 2009 en de Warmtewet. De verplichte vijfjaarlijkse evaluatie van de doeltreffendheid en doelmatigheid van het functioneren van de ACM op grond van artikel 39 van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen waarborgt dat de uitvoering van de desbetreffende wetten nog steeds iedere vijf jaar wordt beoordeeld. Dit laat overigens onverlet dat in aanvulling daarop tot evaluatie van (specifieke onderdelen van) wetgeving kan worden besloten, indien daar aanleiding toe bestaat.

De Postwet 2009 wordt in 2013 geëvalueerd. De bepaling die artikel 44 van de Warmtewet laat vervallen, zal later in werking treden zodat het wetsvoorstel voor de Warmtewet, indien het tot wet wordt verheven en in werking treedt, na zijn inwerkingtreding nog wel eenmaal zal worden geëvalueerd.

Artikel IX, onderdeel A (correctie tarieven)

In de Elektriciteitswet 1998 is voorzien in de mogelijkheid om bij de tariefvaststelling rekening te houden met de gevolgen van rechterlijke uitspraken en de herziening van reeds genomen tariefbesluiten. De Loodsenwet voorzag niet expliciet in een dergelijke mogelijkheid. De Autoriteit Consument en Markt merkte daarom rechterlijke uitspraken aan als een bijzondere omstandigheid in de zin van artikel 27g, tweede lid, Loodsenwet en heeft op deze grondslag in voorkomende gevallen correcties aangebracht.

Alhoewel bijzondere omstandigheden in de zin van artikel 27g, tweede lid, Loodsenwet een breed begrip vormen, waaronder diverse omstandigheden kunnen worden bestaan, bestaat in de praktijk behoefte aan een vast omlijnde wettelijke bevoegdheid voor nacalculaties. Ten einde duidelijkheid te geven over de gevallen waarin correcties op de tarieven en vergoedingen kunnen worden aangebracht, worden deze in het nieuwe derde lid van artikel 27g Loodsenwet benoemd. Om tot een meer uniforme wijze van tariefvaststelling te komen, is hiervoor aansluiting gezocht bij de andere wetgeving op grond waarvan ACM tarieven kan vaststellen. Het nieuwe derde lid van artikel 27g Loodsenwet is derhalve, rekening houdend met de specifieke kenmerken van de regulering van de loodsgeldtarieven, ontleend aan artikel 41c, tweede lid, onderdelen a en b, van de Elektriciteitswet 1998 en het nagenoeg gelijklopende artikel 81, tweede lid, onderdelen a en b, van de Gaswet.

Artikel IX, X, XII, en XXVII (schrappen afwijkende betaaltermijnen Mededingingswet en vervoerswetgeving)

In het huidige artikel 67 van de Mededingingswet is de betalingstermijn voor opgelegde boetes gesteld op 13 weken. Deze 13 weken sluit aan bij de betalingstermijn die de Europese Commissie hanteert. In diverse vervoerswetten (Spoorwegwet, Loodsenwet en Wet luchtvaart) is artikel 67 van de Mededingingswet van overeenkomstige toepassing verklaard. Omdat er geen inhoudelijk bezwaar is ACM-breed bij de 6 weken van artikel 4:87 van de Awb aan te sluiten, wordt voorgesteld de afwijkende betalingstermijnen uit de Mededingingswet en genoemde vervoerswetten te schrappen.

Artikel X (wijzigingen Mededingingswet)

Onderdeel C

De wijziging van artikel 25h, eerste lid, onderdeel e, betreft een technische correctie. Onderdeel e van het eerste lid verwees abusievelijk naar artikel 1 van de Mediawet 2008.

De wijziging van artikel 25h, zesde lid, van de Mededingingswet betreft de instantie die dient vast te stellen dat bepaalde economische activiteiten of bevoordelingen in het algemeen belang plaatsvinden. Deze vaststelling leidt er toe dat de zogenaamde gedragsregels inzake de markt en overheid-problematiek niet van toepassing zijn op die activiteiten en bevoordelingen (artikel 25h, vijfde lid). Om duidelijkheid te bieden wanneer en hoe de uitzondering van het algemeen belang kan worden ingeroepen, is in het zesde lid voor gemeenten, provincies, waterschappen en zelfstandige bestuursorganen bepaald welk bestuursorgaan de vaststelling inzake het algemeen belang dient te verrichten. In het amendement waarmee het vijfde en zesde lid van artikel 25h in de wet zijn opgenomen (Kamerstukken II 2008/09, 31 354, nr. 32), is echter abusievelijk niet bepaald welk bestuursorgaan de algemeen belangvaststelling voor het Rijk dient te verrichten. Deze wijziging strekt ertoe alsnog te bepalen dat deze vaststelling, in lijn met de bevoegdheidstoedeling voor zelfstandige bestuursorganen, dient plaats te vinden door de minister die het aangaat. Hiervoor is gekozen omdat de algemeen belangvaststelling het gevolg heeft dat hoofdstuk 4B van de Mededingingswet op de desbetreffende economische activiteiten en bevoordelingen van overheidsbedrijven niet van toepassing is. Dit is een politiek-bestuurlijke beslissing die verstrekkende gevolgen heeft. Daarom ligt het in de rede de bevoegdheid tot het nemen van die beslissing wat het Rijk betreft neer te leggen bij de minister die het aangaat. Overigens laat deze algemene regeling onverlet dat er in een specifiek geval voor gekozen kan worden de algemeen belangvaststelling op te nemen in een wet in formele zin of daarop gebaseerde regelgeving.

Onderdeel D (toepasselijkheid H3 Instellingswet ACM op handhaving hoofdstuk 4B Mw)

Op 1 juli 2012 treedt hoofdstuk 4B van de Mededingingswet in werking, getiteld Overheden en overheidsbedrijven. Het voorgestelde artikel 25ma van de Mededingingswet heeft tot doel te regelen dat de Instellingswet ACM geen verandering brengt in de wijze waarop de bepalingen van dat hoofdstuk gedurende hun geldingsduur zullen worden gehandhaafd.

Onderdeel E en F (wijzigingen concentratiecontrole)

Artikel 29 bevat twee omzetrempels die bepalen wanneer een beoogde concentratie van ondernemingen aangemeld dient te worden bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit, een drempel die ziet op de totale (wereldwijde) omzet en een drempel die ziet op in Nederland behaalde omzet. Als beide omzetrempels worden overschreden, dient de concentratie te worden gemeld. De gehanteerde «wereldwijde»

omzeldrempel is sinds de inwerkingtreding van de Mededingingswet op 1 januari 1998 onveranderd gebleven. De verhoging naar € 150 000 000 behelst een afgeronde inflatiecorrectie vanaf 1998. Deze aanpassing vermindert naar verwachting het aantal meldingen en daarmee de administratieve lasten voor ondernemingen. Op grond van een analyse van de bij de NMa aangemelde concentraties in de periode 2009 tot en met 2011, zal deze aanpassing naar verwachting geen invloed hebben op het aantal (potentieel) mededingingsbeperkende concentraties. Het risico dat een (potentieel) mededingingsbeperkende concentratie die nu onder het toezicht valt, door de aanpassing buiten het toezicht valt, is daarmee zeer beperkt. De drempel die ziet op in Nederland behaalde omzet blijft onveranderd. Met de introductie van de euro is deze reeds opgehoogd, waardoor eenzelfde inflatiecorrectie niet opportuun is. De aangepaste wereldwijde omzeldrempel is van toepassing op alle concentraties die op of na de datum van inwerkingtreding van dit wetsvoorstel tot stand worden gebracht. Met de wijziging die wordt aangebracht in het tweede lid van artikel 31, wordt de hoogte van de omzeldrempel waarboven een verzekeraar meldingsplichtig is voor het tot stand brengen van een concentratie, gelijkgetrokken met de omzeldrempel voor andere ondernemingen. Voor een afwijkende omzeldrempel bestaat niet langer aanleiding. Op grond van een analyse van de in het verleden aangemelde concentraties is de verwachting dat het gelijktrekken van deze omzeldrempel met de reguliere omzeldrempel niet tot een minder effectief concentratietoezicht op de verzekeringssector leidt. Voorts is het gelijktrekken van de hoogte van de omzeldrempel met andere sectoren in lijn met het huidige EU-concentratietoezicht en vermindert het naar verwachting de administratieve lasten, met name voor kleinere verzekeraars.

Tegelijkertijd wordt aan artikel 31 een derde lid toegevoegd, waarmee een wettelijke basis gecreëerd wordt om voor de toepassing van artikel 29, eerste lid, bij de omzeltberekening voor ondernemingspensioenfondsen, bedrijfstakpensioenfondsen, beroepspensioenfondsen en premiepensioeninstellingen uit te gaan van de waarde van de bruto geboekte premies. De aanpassing van het artikel zal niet leiden tot een materiële wijziging in het toezicht maar is slechts van technische aard. Deze wijze van berekening is immers reeds vastgelegd in de Uitvoeringsregel NMa pensioenfondsen (Stc. 2009, 95), omdat het pensioenfondsen, net als verzekeraars, ontbreekt aan een netto-omzet als bedoeld in artikel 377, zesde lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Het vervangen van omzet door de waarde van de bruto geboekte premies geeft daarnaast een beter beeld van het economisch gewicht. De Uitvoeringsregel NMa pensioenfondsen kan tegelijkertijd met inwerkingtreding van de in dit wetsvoorstel voorgestelde wijzigingen van artikel 29 en 31 van de Mededingingswet door de ACM worden ingetrokken.

Onderdeel Z (schrappen voorlopige last onder dwangsom)

Omdat in dit wetsvoorstel de verplichting tot het opstellen van een rapport als bedoeld in artikel 5:48 van de Awb voorafgaand aan het opleggen van een last onder dwangsom vervalt en dit waarschijnlijk betekent dat een last onder dwangsom sneller opgelegd zal kunnen worden dan voorheen, zal er naar verwachting minder behoefte bestaan aan de figuur van de 'voorlopige last onder dwangsom' van het huidige artikel 83 van de Mededingingswet naast de 'gewone' last onder dwangsom. Dit wordt versterkt door artikel 5:7 van de Awb, dat bepaalt dat een 'gewone' last onder dwangsom kan worden opgelegd zodra het gevaar voor een overtreding klaarblijkelijk dreigt, dus zelfs voordat een overtreding heeft plaatsgevonden (alhoewel een herstelsanctie doorgaans zal worden opgelegd nadat een overtreding is begaan). Voorgesteld wordt daarom om artikel 83 van de Mededingingswet te laten vervallen.

Artikel XV (wijzigingen Wet handhaving consumentenbescherming ivm de afschaffing van het duale handhavingstelsel)

Onderdelen B en C

Omdat wordt voorgesteld het duale stelsel van handhaving niet langer voort te zetten kunnen de onderdelen a, b, c2 en d van de bijlage worden samengevoegd. Door deze samenvoeging is de ACM voortaan enkel belast met de handhaving van bijlage a voor zover de overtreding geen betrekking heeft op een financiële dienst of activiteit.

Onderdeel D

Artikel 2.5 maakte het mogelijk dat de ACM gebruik kon maken van de verzoekschriftprocedure als bedoeld in artikel 305d van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek. Deze procedure is echter niet langer noodzakelijk, omdat met dit wetsvoorstel in bestuursrechtelijke handhaving wordt voorzien voor de bepalingen waarvoor voorheen de civiele 3:305d-procedure voor kon worden gebruikt. Zie ook artikel V.

Omdat wordt voorgesteld het duale stelsel van handhaving niet langer voort te zetten is artikel 2.7 overbodig geworden. Als gevolg van artikel 2.2 van de Whc is de ACM belast met handhaving van de wettelijke bepalingen, bedoeld in onderdeel a van de bijlage, behoudens wanneer de overtreding betrekking heeft op een financiële dienst of activiteit. Bij de handhaving kan de ACM gebruik maken van de bevoegdheden die worden genoemd in paragraaf 2 (nieuw).

Evenals de ACM kon ook de AFM gebruik maken van de verzoekschriftenprocedure zoals die is geregeld in artikel 305d van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek. Omdat wordt voorgesteld het duale stelsel van handhaving ook voor de AFM af te schaffen kan artikel 3.3 komen te vervallen.

Met de inwerkingtreding van de Geneesmiddelenwet (Stb. 2007, 93) is artikel 9.9 uitgewerkt en kan derhalve vervallen.

Onderdelen E, F en H

Met het afschaffen van het duale stelsel is het noodzakelijk om het opschrift van paragraaf 2 te verduidelijken, het opschrift van paragraaf 3 te laten vervallen en de nummering van paragraaf 4 te vernummeren.

Onderdelen I en L (artikel 3.4, eerste lid)

In het voorgestelde artikel 2.23 van de Wet handhaving consumentenbescherming wordt de bevoegdheid van de ACM geregeld om het publiek, voordat een overtreding is vastgesteld, te waarschuwen voor schadeveroorzakende handelspraktijken. Het artikel maakt onderscheid tussen waarschuwingen waarbij de naam van de ondernemer niet wordt genoemd en waarschuwingen waarbij dat wel het geval is. De beslissing van de ACM om een openbare waarschuwing uit te vaardigen is een besluit waartegen bezwaar en beroep openstaat. Ingeval de ACM besluit tot het uitvaardigen van een openbare waarschuwing waarin de naam van de ondernemer wordt genoemd, mag zij de openbare waarschuwing niet eerder uitvaardigen dan nadat vijf werkdagen zijn verstreken na de bekendmaking van het besluit. Dit heeft tot doel de betreffende ondernemer de gelegenheid te geven een voorlopige voorziening te vragen ter voorkoming van het uitvaardigen van de waarschuwing. Het wetsvoorstel voorziet in dezelfde waarschuwingsbevoegdheid voor de Stichting Autoriteit Financiële Markten.

Onderdelen J en K

Evenals voor de ACM gold ook voor de Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM) het duale stelsel van handhaving op basis van de Whc. Door het duale stelsel niet langer voort te zetten is het mogelijk om de onderdelen a en d van de bijlage samen te voegen. De AFM wordt dan aangewezen als bevoegde autoriteit voor intracommunautaire inbreuken op de wettelijke bepalingen, bedoeld in onderdeel a van de bijlage van de Whc, voor zover de intracommunautaire inbreuk betrekking heeft op een financiële dienst of activiteit. De AFM is op basis van dit wetsvoorstel uitsluitend bevoegd op te treden indien het gaat om intracommunautaire inbreuken van bepalingen die staan genoemd in onderdeel b van de bijlage. Van de gelegenheid wordt tevens gebruik gemaakt om een foutieve aanduiding van de AFM te verbeteren in artikel 3.2.

Onderdeel L (artikel 3.4, tweede tot en met vierde lid)

Door het samenvoegen van de onderdelen a, b, c2 en d van de bijlage van de Whc kan artikel 3.4 van de Whc worden vereenvoudigd. Op de regel dat voor zover de AFM overgaat tot handhaving op basis van de Whc hetzelfde bestuursrechtelijke regime van toepassing is, is één uitzondering voorzien. De bestuurlijke boete voor overtreding van bepalingen genoemd in bijlage a is ingevolge artikel 2.15 maximaal € 450 000. Voor het maximum voor de overtreding van bepalingen genoemd in bijlage b wordt verwezen naar artikel 1:81 van de Wet op het financieel toezicht.

Onderdeel M

Voor de ACM is een generiek regime voor de openbaarmaking van beschikkingen voorzien. De specifieke bevoegdheid die voor de CA in artikel 2.23 van de Whc is neergelegd komt dan ook te vervallen. Omdat de andere toezichthouders ook gebruik maken van artikel 2.23 is de inhoud van dit artikel overgeheveld naar een nieuw artikel.

Onderdelen N, P, T en V

Door het samenvoegen van de onderdelen a, b, c2 en d van de bijlage worden de andere onderdelen verletterd.

Onderdelen O, Q, U, en W

Voor de ACM is een generiek regime voor openbaarmaking van beschikkingen voorzien. Voor de andere toezichthouders die de bevoegdheid tot openbaarmaking ontleen aan de Whc heeft dit nieuwe regime voor de ACM geen inhoudelijke gevolgen. Wel is de bevoegdheid overgeheveld in een nieuw artikel (artikel 3.4a). Doordat de bevoegdheid is ondergebracht in een nieuw artikel moeten enkele verwijzingen worden aangepast.

Onderdelen R en S

De Inspectie Verkeer en Waterstaat is opgegaan in de Inspectie Leefomgeving en Transport. Dit noopt tot aanpassing van de aanduiding van paragraaf 4 van hoofdstuk 3 en een wijziging in artikel 3.9.

Onderdelen X en Z

Op 1 juli 2010 is de Uitvoeringsregeling Belastingdienst 2003 zodanig gewijzigd dat het landelijk werkende onderdeel van de Belastingdienst "Belastingdienst/Fiscale inlichtingen – en opsporingsdienst – Economische controledienst (FIOD-ECD) voortaan ook kan worden aangeduid met de afkorting FIOD (regeling van de Minister van

Financiën van 21 april 2010 tot wijziging van de Uitvoeringsregeling Belastingdienst 2003 (Stcr. 2010, 6615)). Van deze mogelijkheid wordt gebruik gemaakt.

De Kansspelautoriteit gaat toezien op gedragingen die nauw samenhangen met bepalingen over oneerlijke handelspraktijken waarvoor de Autoriteit Consument en Markt de bevoegde autoriteit is. Om te voorkomen dat misverstanden ontstaan over welke toezichthouder in eerste instantie bevoegd is wordt de Kansspelautoriteit in artikel 4.1 opgenomen. Dit betekent dat de verhouding tussen de Autoriteit Consument en Markt en de Kansspelautoriteit voor zover het gaat om bepalingen die zijn opgenomen in de Whc wordt beheerst door hoofdstuk 4 van de Whc.

Onderdeel Y

Met het afschaffen van het duale stelsel van handhaving vervalt de noodzaak tot het handhaven van het eerste lid van artikel 4.3 van de Whc. Op onderdeel a van de bijlage wordt dan immers niet langer in civielrechtelijke handhaving voorzien. Omdat is gekozen voor bestuursrechtelijke handhaving wordt de reikwijdte van het tweede lid van artikel 4.3 uitgebreid. Dit betekent dat bij de uitleg van meer bepalingen door andere overheidsinstanties overeenstemming moet worden gezocht met de ACM.

Onderdeel AA

Het amendement van het kamerlid Vos leidde ertoe dat cassatie in belang der wet mogelijk werd na uitspraak in hoger beroep van het College van Beroep voor het bedrijfsleven wegens schending of verkeerde toepassing van artikel 8.8 (Kamerstukken II 2007/08, 30 928, nr. 14). Deze mogelijkheid werd geopend in het belang van de uniformiteit van jurisprudentie, omdat met het amendement begrippen uit het Burgerlijk Wetboek zowel konden worden geïnterpreteerd door de civiele rechter als door de bestuursrechter. Met het afschaffen van het duale stelsel van handhaving neemt het aantal bepalingen die zowel door de civiele rechter als door de burgerlijke rechter kunnen worden geïnterpreteerd toe. Om deze reden wordt voorgesteld de reikwijdte van dit artikel te verbreden naar alle bepalingen in het nieuwe onderdeel a waarop de ACM toeziet op de naleving. Op deze wordt uniforme toepassing verzekerd.

Onderdelen AB en AI

Zowel in artikel 7:50a als in artikel 6:193a van het Burgerlijk Wetboek komt een definitie voor van het begrip handelaar. In hoofdstuk 8 van de Whc wordt naar beide begrippen eenmaal verwezen (in de artikel 8.6 en 8.8). Om verwarring te voorkomen is gekozen om de definitie van het begrip handelaar te laten vervallen en rechtstreeks te verwijzen naar de definitie die van toepassing is.

Onderdeel AC tot en met AH

Om rechtmatig een bestuurlijke boete op te kunnen leggen is een nauwkeurige, duidelijke en ondubbelzinnig geformuleerde delictomschrijving nodig. Dit is de reden dat in hoofdstuk 8 van de Whc een aantal bepalingen zijn opgenomen die uitdrukkelijk bepalen dat de regels waarna wordt verwezen in onderdeel a van de nieuwe bijlage niet zijn toegestaan en dat bepaalde artikelen uit het Burgerlijk Wetboek in acht moeten worden genomen. Met het vervallen van het duale stelsel van handhaving leidt het bovenstaande tot de uitbreiding van hoofdstuk 8 met bepalingen waartegen bij overtreding voorheen civielrechtelijk opgetreden kon worden.

Onderdeel AJ

In dit artikel werd voorheen voor het begrip dienst verwezen naar de dienstenrichtlijn. Deze definitie is echter ook vindbaar in artikel 230a van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek. Voor de kenbaarheid wordt daarom voortaan verwezen naar dit artikel.

Onderdeel AK

Om de bepalingen genoemd in het oude onderdeel a civielrechtelijk te kunnen handhaven, was een bijzondere verzoekschriftprocedure bij het gerechtshof Den Haag in artikel 305d Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek gecreëerd. Met het afschaffen van het duale stelsel kan het eerste lid onder a en b van artikel 305d van boek 3 van het Burgerlijk Wetboek komen te vervallen.

Het tweede lid van artikel 305d van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek maakte het voor de ACM en de AFM mogelijk om in het kader van de verzoekschriftprocedure op te treden tegen de houder van een gedragscode indien deze gedragscode het handelen in strijd met de artikelen 193a tot en met 193i van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek bevordert. In lijn met de achterliggende redenen voor afschaffing van het duale stelsel van handhaving en voor het stroomlijnen van procedures binnen de ACM is gekozen om ook tegen de houder van een gedragscode die een handelen in strijd met de artikelen 193a tot en met 193i van boek 6 van het Burgerlijk Wetboek bevordert bestuursrechtelijk op te treden. Als gevolg van deze keuze wordt ook artikel 305d van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek opnieuw geformuleerd (zie artikel V). Voor de rechtsgang heeft deze wijziging ook gevolgen. Waar voorheen het gerechtshof Den Haag besliste op een verzoek van de ACM en AFM bij een veronderstelde overtreding van het oude onderdeel a van de bijlage bij de Whc, zal in de toekomst bij een eventuele beroepsprocedure de rechtbank te Rotterdam bevoegd zijn. Dit laatste draagt bij aan een uniforme rechtsgang binnen de ACM.

Onderdeel AL

Met het afschaffen van duale stelsel is de bijlage vereenvoudigd. Dit is mogelijk doordat vele richtlijnen zowel vermeld waren in onderdeel a als in onderdeel b van de bijlage. Doordat deze richtlijnen voortaan slechts eenmaal worden vermeld in de nieuwe bijlage ontstaat een beter overzicht van de Richtlijnen en Verordeningen waarop de ACM en de AFM op basis van de Whc toezien op de naleving. De bijlage is verder vereenvoudigd door niet langer bij elke richtlijn te vermelden dat de ACM niet toeziet op overtredingen waarbij het een financiële dienst of activiteit betreft. Deze scheiding volgt immers al uit de artikelen 2.2 en 3.1, eerste lid van de Whc. Tevens is van de mogelijkheid gebruik gemaakt om de verwijzingen naar Europese regelgeving in lijn te brengen met de meest recente Aanwijzingen voor de regelgeving. Ook zijn aanpassingen aangebracht als gevolg van Verordening nr. 954/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 14 september 2011 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van wetgeving inzake consumentenbescherming (PbEU 2011, L259). Daarnaast heeft richtlijn 2010/13/EU van het Europees Parlement en de Raad van 10 maart 2010 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake het aanbieden van audiovisuele mediadiensten (richtlijn audiovisuele mediadiensten) (PbEU 2010, L95) aanleiding gegeven voor wijzigingen in de bijlage. Ten behoeve van het overzicht is er ten slotte voor gekozen om de individuele onderdelen van de bijlage van een aanduiding te voorzien.

De Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie,