

Vergaderjaar 2013–2014

33 622

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

C

MEMORIE VAN ANTWOORD

Ontvangen 11 april 2014

Inleiding

Met belangstelling heb ik kennis genomen van de vragen van de leden van de verschillende fracties over voorliggend wetsvoorstel, dat strekt tot stroomlijning van het door de Autoriteit Consument en Markt (ACM) te houden markttoezicht. Ik hoop dat de beantwoording van de vragen van de leden van de diverse fracties zal bijdragen aan een voorspoedige verdere behandeling van dit wetsvoorstel.

Definities, reikwijdte en doel ACM

De leden van de PvdA-fractie vroegen een nadere toelichting op het via een amendement in het voorgestelde artikel 2, vijfde lid, van de Instellingswet ACM opgenomen doel van de werkzaamheden van de ACM om concurrentie en een gelijk speelveld op markten te bevorderen. De eerste zin van het voorgestelde artikel 2, vijfde lid, van de Instellingswet ACM bepaalt het doel van de werkzaamheden van de ACM, namelijk het bevorderen van goed functionerende markten, van ordelijke en transparante marktprocessen en van een zorgvuldige behandeling van consumenten. De tweede zin, die via een amendement van het lid Verhoeven (D66) van de Tweede Kamer (Kamerstukken II 2013/14, 33 622, nr. 12) in het wetsvoorstel is opgenomen, dient ter explicitering van de doelomschrijving in de eerste zin. Deze zin is dan ook uitdrukkelijk géén extra wettelijke taak voor de ACM. Het amendement beoogt te benadrukken dat de welvaart van de Nederlandse samenleving vooral wordt bereikt door middel van goed functionerende markten en expliciteert wat de ACM doet om goed functionerende markten te bevorderen. Deze explicitering van de doelomschrijving van de werkzaamheden van de ACM sluit goed aan bij de doelomschrijving van de werkzaamheden van de Europese Commissie op het gebied van markttoezicht, te weten het beschermen van concurrentie en een competitief klimaat.

De leden van de PVV-fractie waren van mening dat de doelomschrijving van de werkzaamheden van de ACM breed geformuleerd is. Zij vroegen of

hieruit ook een breed takenpakket voortvloeit. Dat is niet het geval. De leden van de PVV-fractie constateerden terecht dat het gaat om een *doelomschrijving*. Het wettelijk vastleggen van een doelomschrijving, zoals ook voor de Autoriteit Financiële Markten en De Nederlandsche Bank is gedaan in de Wet op het financieel toezicht, is onder meer wenselijk met het oog op de openbaarmakingsregeling van de voorgestelde artikelen 12u tot en met 12w van de Instellingswet ACM, waarbij openbaarmaking achterwege kan blijven indien openbaarmaking in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het aan de ACM opgedragen nalevingstoezicht. De doelomschrijving breidt de taken van de ACM niet uit, maar geeft juist richting aan de uitvoering van de aan haar opgedragen taken. Het is derhalve niet zo dat de ACM met een beroep op de tweede zin van het voorgestelde artikel 2, vijfde lid, van de Instellingswet ACM andere dan de wettelijk opgedragen taken zou kunnen oppakken die denkbaar zouden zijn binnen de doelomschrijving in dat artikellid.

De leden van de PVV-fractie vroegen voorts op welke punten het wetsvoorstel voorziet in een uitgebreidere bescherming van marktorganisaties dan op grond van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) reeds het geval is. Het wetsvoorstel beoogt een juiste balans te bereiken tussen een verdere vergroting van de slagvaardigheid van de ACM enerzijds en voldoende rechtswaarborgen voor marktorganisaties anderzijds. Op enkele punten is daarom voorzien in rechtswaarborgen die verder gaan dan die in de Awb. Deze verdergaande rechtswaarborgen zijn benoemd in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel (Kamerstukken II 2012/13, 33 622, nr. 3, tabel op p. 24 e.v.) en in de nota naar aanleiding van het verslag (Kamerstukken II 2012/13, 33 622, nr. 7, p. 47–48). Het gaat om het zogenaamde *legal privilege*, het zwijgrecht, de cautieplicht, de bindende aanwijzing, de schorsende werking van bezwaar bij boetes, de personele scheiding tussen toezicht en boeteplegging en de door het wetsvoorstel alleen tot de Mededingingswet beperkte onderzoekingsbevoegdheid.

De leden van de SP-fractie vroegen om een definitie van de term «concurrentie» en wilden weten of er bereidheid is die definitie wettelijk vast te leggen. De term «concurrentie», die synoniem is met de term «mededinging», sluit aan bij de term «mededinging» uit de Europese mededingingsregelgeving. In het algemeen geldt dat begrippen die in het normale spraakgebruik een duidelijke betekenis hebben niet wettelijk hoeven te worden gedefinieerd. Met betrekking tot de termen «concurrentie» en «mededinging» bestaat in het normale spraakgebruik voor zover bekend geen verwarring. Om die reden geven de Europese mededingingsregels, net als de Nederlandse, geen wettelijke definitie. In de memorie van antwoord van het wetsvoorstel aanpassing Mededingingswet ter invoering van gedragsregels voor de overheid (Kamerstukken I 2009/10, 31 354, E) is aangegeven dat de term «mededinging» – en daarmee ook de synonieme term «concurrentie» – het best gedefinieerd kan worden als: «De strijd tussen verschillende economische actoren om een aandeel in een beperkte markt voor een bepaald goed of een bepaalde dienst.» Het is onwenselijk om een dergelijke definitie wettelijk vast te leggen. De Nederlandse mededingingsregels beogen zo nauw mogelijk aan te sluiten bij de Europese mededingingsregels. Doordat de Europese mededingingsregels geen wettelijke definitie bevatten, bestaat het risico dat er door het vastleggen van een definitie in de Nederlandse mededingingsregels een onbedoeld verschil of onbedoelde frictie ontstaat tussen de Europese en nationale mededingingsregels. Wel is dit punt, mede op verzoek van het lid Reuten van de SP-fractie, onder de aandacht gebracht van de Europese Commissie (Handelingen 2010/2011, nr. 21, item 7). Als dit leidt tot het wettelijk

vastleggen van een definitie van «mededinging» of «concurrentie» in de Europese mededingingsregelgeving, bestaat er bereidheid deze definitie eveneens in nationale mededingingsregels vast te leggen. Tot op heden is dat echter niet het geval.

De leden van de SP-fractie hebben ook een aantal vragen gesteld over de termen «gelijk speelveld» en «gelijke concurrentievoorwaarden». De term «gelijk speelveld» is, zoals deze leden in hun vraag veronderstelden, inderdaad gebruikt als metafoor. Anders dan deze leden meenden, wordt niet onderschreven dat een inhoudelijke omschrijving op voorhand meer duidelijkheid zou scheppen of gemakkelijker te operationaliseren zou zijn. Het gebruik van een metafoor kan geschikt zijn om de doelstelling van de werkzaamheden van een toezichthouder te expliciteren, zoals in dit geval. Onder de term wordt in het normale spraakgebruik begrepen dat op een bepaalde markt of deelmarkt gelijke concurrentievoorwaarden gelden voor economische actoren. Derhalve houdt de explicitering van de doelomschrijving van de werkzaamheden van de ACM in dat de ACM «gelijke concurrentievoorwaarden» bewaakt, bevordert en beschermt. Omdat er geen substantieel verschil bestaat tussen beide termen is de regering echter bereid om, in overleg met de indiener van het amendement, te bezien of de term «gelijk speelveld» bij de eerstvolgende wijziging van de Instellingswet ACM – te weten het aangekondigde wetsvoorstel ter verhoging van de wettelijke boetemaxima (Kamerstukken II 2012/13, 33 622, nr. 9 en 2013/14, 33 622, nr. 19) – kan worden vervangen door de term «gelijke concurrentievoorwaarden». Tevens wordt dan bezien of de term «concurrentie» kan worden vervangen door het in de mededingingscontext meer gangbare «mededinging» teneinde te voorkomen dat de suggestie wordt gewekt dat deze termen een verschillende betekenis hebben.

De leden van de ChristenUnie-fractie informeerden welke rol het rapport «Verbinding verbroken» van de Parlementaire Onderzoekscommissie naar Privatisering en Verzelfstandiging heeft gespeeld bij de voorbereiding en uitwerking van dit wetsvoorstel en welke omschrijving de regering hanteert van het principe van gezonde en ongezonde mededinging. Zoals is benadrukt in de kabinetsreactie op het rapport (Kamerstukken I 2012/13, C, I), is de regering de onderzoekscommissie erkentelijk voor haar rapport en voor het gedegen onderzoek dat daaraan ten grondslag ligt. Het voorliggende wetsvoorstel sluit, net als de Instellingswet ACM, goed aan op de conclusies en aanbevelingen in het rapport. De regering is met de Parlementaire Onderzoekscommissie van mening dat een goede weging en borging van publieke belangen van groot belang is.

Dit komt onder meer tot uiting in de doelomschrijving in het voorgestelde artikel 2, vijfde lid, van de Instellingswet ACM, dat bepaalt dat de werkzaamheden van de ACM, waaronder die op het terrein van mededinging, het bevorderen van goed functionerende markten, van ordelijke en transparante marktprocessen en van een zorgvuldige behandeling van consumenten tot doel hebben. De mededingingsregels beogen de concurrentie te beschermen en goed functionerende markten te bevorderen. Gezonde mededinging is in mijn ogen een situatie waarin ondernemingen binnen het kader van de mededingingsregels met elkaar concurreren om de gunst van de consument.

De leden van de ChristenUnie-fractie vroegen naar een reactie op de vraag hoe het belang van mededinging zich verhoudt tot publieke en maatschappelijke belangen en of de ACM alleen het belang van mededinging dient, of dat er ook andere belangen in het geding zijn. Voorts vroegen deze leden of overwogen is om de stroomlijning van het door de ACM te houden toezicht aan te grijpen om het publiek belang nadrukkelijker centraal te stellen in het toezicht. Kennelijk zien de leden van de fractie van de ChristenUnie het belang van een gezonde

mededinging niet als een publiek belang. De regering ziet dit anders. De ACM heeft de behartiging van een aantal publieke belangen tot doel. Deze komen tot uitdrukking in de doelomschrijving van de ACM. In de praktijk houdt dit in dat de ACM zich bezighoudt met bescherming van de mededinging, regulering van een aantal wettelijke of natuurlijke monopolies en consumentenbescherming. Bij het mededingingstoezicht kan de ACM andere publieke belangen zoals kwaliteit, innovatie en duurzaamheid meewegen in haar beoordeling van bijvoorbeeld afspraken tussen ondernemingen. Bij de uitvoering van haar reguleringstaken houdt de ACM ook rekening met andere publieke belangen zoals (het investeren in) de kwaliteit en betrouwbaarheid van de netwerken. Voor het nadrukkelijker centraal stellen van publieke belangen zie ik, gezien de publieke belangen waarvoor de ACM zorg draagt en de mogelijkheid die zij heeft om andere publieke belangen mee te wegen in het toezicht, geen aanleiding.

De leden van de ChristenUnie-fractie vroegen of de huidige reikwijdte van artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet, naar tevredenheid is en welke initiatieven van regeringszijde worden genomen om voor marktorganisaties vooraf duidelijk te maken welke mogelijkheden artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet biedt. Artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet betreft een wettelijke uitzondering op het kartelverbod van artikel 6, eerste lid, van die wet en is materieel gelijk aan artikel 101, derde lid, van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU). Om voor de uitzondering van artikel 6, derde lid, in aanmerking te komen, moet aan vier cumulatieve voorwaarden worden voldaan. Kort gezegd houden die in dat mededingingsbeperkende overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen alleen zijn toegestaan indien de beperking van de concurrentie noodzakelijk is voor het behalen van een efficiëntievoordeel, de concurrentie op de markt niet volledig wordt uitgeschakeld en het efficiëntievoordeel wordt doorberekend aan de consument. Dit betekent dat slechts in bijzondere omstandigheden een uitzondering op het kartelverbod van toepassing is. In mijn ogen past dit bij de aard van een overtreding van het kartelverbod: een kartel betreft een ernstige beperking van de concurrentie die grote nadelige gevolgen kan hebben voor consumenten en voor de maatschappij als geheel. Een uitzondering op het kartelverbod mag dan ook niet lichtvaardig gemaakt worden.

In het systeem van de Mededingingswet moeten ondernemingen zelf een inschatting maken of een concurrentiebeperkende afspraak voldoet aan de voorwaarden van artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet. Om marktpartijen vooraf inzicht te geven in de toepassing van het kartelverbod, beschikt de ACM over enkele instrumenten. De ACM kan, in het geval van nieuwe rechtsvragen, een informele zienswijze afgeven voor individuele zaken. Voor andere rechtsvragen geeft de ACM via richtsnoeren, handleidingen en algemene informatieverstrekking inzicht in de toepassing van het kartelverbod in algemene zin. Zo zijn ter verduidelijking van de ruimte die artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet en artikel 101, derde lid, van het VWEU bieden, door de Europese Commissie en de ACM richtsnoeren opgesteld. Hierin zijn praktijkvoorbeelden opgenomen. Deze stukken zijn openbaar en staan op de website van de ACM. Ook geeft de ACM voorlichting ten behoeve van de relatie tussen de Mededingingswet en enkele specifieke deelgebieden. Een voorbeeld hiervan is de Kennisbank Duurzaamheid op de website van de ACM. Ook voor de zorgsector doet de ACM aan actieve voorlichting over de mogelijkheden voor samenwerkingsverbanden tussen bijvoorbeeld zorgaanbieders.

Ten aanzien van duurzaamheid zal ik zelf op korte termijn de beleidsregel mededinging en duurzaamheid vaststellen. Deze beleidsregel biedt marktorganisaties duidelijkheid over welke duurzaamheidsafspraken wel en niet zijn toegestaan. Dit alles geeft marktpartijen handvatten om een goede beoordeling maken of zij onder de uitzonderingsbepaling van het kartelverbod vallen of niet. Bovendien kunnen marktpartijen zich bij twijfel altijd laten bijstaan door professionals, zoals mededingingsadviseurs of -advocaten. In mijn ogen zijn er op deze manier voldoende mogelijkheden voor ondernemingen om advies en informatie in te winnen. In het verleden is gebleken dat het voor de ACM ondoenlijk is om elke afspraak vooraf van een al dan niet voorlopige beoordeling te voorzien. Dat legt teveel beslag op de capaciteit van de ACM en zou dus ernstige afbreuk doen aan de effectiviteit en efficiëntie van het markttoezicht van de ACM, in het bijzonder het toezicht op het mededingingsrecht en daarmee aan het goede functioneren van de Nederlandse markten. Met de inwerking-treding van Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PbEG 2003, L1) (hierna: Verordening (EG) 1/2003) hanteert ook de Europese Commissie een dergelijk systeem niet meer.

Onafhankelijkheid ACM

De leden van de fracties van de PvdA en het CDA wilden weten of het voorgestelde derde lid van artikel 10 de onafhankelijkheid van de ACM voldoende waarborgt. De onafhankelijkheid van de ACM ten opzichte van de politiek wordt op meerdere manieren gewaarborgd. Zo is in de Instellingswet ACM reeds vastgelegd dat de Minister geen instructies in individuele zaken geeft en dat de leden en het personeel van de ACM geen instructies van de Minister in individuele zaken verlangen of aanvaarden (artikel 9). Verder volgt al uit de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen dat het personeel van de ACM onder het gezag van de ACM staat en over zijn werkzaamheden uitsluitend aan de ACM verantwoording aflegt (artikel 16). De algemene vernietigingsbevoegdheid die de Minister op grond van diezelfde Kaderwet zelfstandige bestuursorganen heeft ten aanzien van besluiten van zelfstandige bestuursorganen, is voor de ACM zó aangepast en vormgegeven dat de onafhankelijkheid van de ACM ook daar voldoende gewaarborgd is. Het vernietigingsrecht is allereerst beperkt tot besluiten van algemene strekking. De Minister kan dus geen besluiten van de ACM in individuele gevallen vernietigen. Vernietigd kan bovendien alleen worden wegens onbevoegdheid van de ACM om het betreffende besluit van algemene strekking te nemen. Dit is reeds geregeld in het huidige artikel 10 van de Instellingswet ACM. Het onderhavige wetsvoorstel verankert ten slotte dat de vernietigingsbevoegdheid door de Minister niet gebruikt wordt voor besluiten van algemene strekking die de ACM neemt in het kader van het sectorspecifieke toezicht dat zij houdt op de sectoren energie, post, telecommunicatie en vervoer (Handelingen 2012/13, nr. 17, item 3, p. 11). Dit wordt geregeld in het voorgestelde artikel 10, derde lid, van de Instellingswet ACM. Ik heb dit aan de Eerste Kamer toegezegd tijdens de plenaire behandeling van de Instellingswet ACM. Het stelt buiten elke mogelijke twijfel dat de vernietigingsbevoegdheid verenigbaar is met geldende Europese onafhankelijkheidseisen.

Advisering en informatievoorziening

De leden van de fractie van de ChristenUnie vroegen of de regering binnen het huidige wettelijke regime alternatieve mogelijkheden ziet om advisering en informatievoorziening over de speelruimte voor duurzaamheidsinitiatieven te verbeteren. Zoals ik heb aangegeven in antwoord op

een eerdere vraag van de leden van de fractie van de ChristenUnie, besteedt de ACM al veel aandacht aan voorlichting over de mogelijkheden voor samenwerking en de uitzondering van artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet, juist op het gebied van duurzaamheidsinitiatieven. Zo heeft de ACM speciaal voor duurzaamheidsinitiatieven de Kennisbank Duurzaamheid opgezet en op haar website geplaatst. Hiermee wil de ACM verduidelijken welke ruimte de Mededingingswet biedt voor samenwerkingsverbanden specifiek op het gebied van duurzaamheid. Ook heeft de ACM vorig jaar twee rondetafelgesprekken over duurzaamheid georganiseerd, waarbij zij met ondernemingen over dit onderwerp in gesprek is gegaan. Zoals ik hierboven in de paragraaf Definities, reikwijdte en doel ACM in reactie op een eerdere vraag van de leden van de fractie van de ChristenUnie aangaf, zal ik tevens op korte termijn de beleidsregel mededinging en duurzaamheid vaststellen.

Met deze beleidsregel wordt een aantal voor duurzaamheid specifieke aspecten vastgesteld die de ACM dient te betrekken bij de beoordeling van het mogelijk van toepassing zijn van de vrijstelling van het kartelverbod van artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet. Voor ondernemingen biedt dit duidelijkheid over welke duurzaamheidsafspraken wel en niet zijn toegestaan. Tot slot kunnen ondernemingen, zoals ik ook aangaf bij een eerdere vraag van de leden van de fractie van de ChristenUnie, gebruik maken van de diensten van professionals, zoals mededingingsadviseurs of -advocaten. In mijn ogen is op deze manier voor ondernemingen voldoende informatie verkrijgbaar over de speelruimte voor duurzaamheidsinitiatieven.

Informatievergaring

De leden van de VVD-fractie vroegen waarom in het wetsvoorstel bepalingen zijn opgenomen die een afwijking inhouden van de algemene regeling van de Awb en welke gevolgen dat qua waarborgen heeft. Als voorbeelden van afwijking noemden zij de voorgestelde artikelen 6b, 12a en 12b van de Instellingswet ACM. Terecht wordt door deze leden opgemerkt dat uitgangspunt zou moeten zijn dat de algemene regeling van de Awb zoveel mogelijk wordt gevolgd. In het wetsvoorstel is dan ook zoveel mogelijk aangesloten bij de Awb. In sommige gevallen was het echter nodig om in het belang van de positie van marktorganisaties of in het belang van de effectiviteit van het markttoezicht van de ACM te voorzien in afwijkingen van die algemene regeling van de Awb. De tabel opgenomen in het algemeen deel van de memorie van toelichting bij dit wetsvoorstel biedt inzicht in welke gevallen dit betreft (Kamerstukken II 2012/13, 33 622, nr. 3, p. 25 t/m 30). In de laatste kolom van die tabel is per maatregel aangegeven hoe de verhouding met de Awb is. Van de door de leden genoemde voorbeelden bevat alleen de verzegelingsbevoegdheid van het voorgestelde artikel 12b van de Instellingswet ACM een «afwijking» van de Awb in die zin dat daar sprake is van een aanvullende regeling op de algemene regeling van artikel 5:17 van de Awb. Voor deze verzegelingsbevoegdheid is gekozen omdat de ACM bij een toezichtsonderzoek niet in alle gevallen de zakelijke gegevens en bescheiden meteen zal kunnen onderzoeken, kopiëren of meenemen. Bovendien kan verzegeling van bedrijfsruimten en voorwerpen bij een grote hoeveelheid te onderzoeken gegevens minder belastend en dus proportioneler zijn dan de uitoefening van (alleen) de bevoegdheid van artikel 5:17, derde lid, van de Awb om gegevens en bescheiden voor korte tijd mee te nemen. De verzegelingsbevoegdheid bestaat nu al voor een aantal wetten op de naleving waarvan de ACM toezicht houdt, te weten de Drinkwaterwet, Loodsenwet, Mededingingswet, Spoorwegwet, Telecommunicatiewet en Wet luchtvaart. De algemene bevoegdheid van de ACM om van een ieder gegevens en inlichtingen te verlangen en te krijgen (voorgesteld artikel 6b

van de Instellingswet ACM) betreft geen afwijking van de regeling van de artikelen 5:16 en 5:17 van de Awb. De artikelen 5:16 en 5:17 van de Awb bieden de door de ACM aangewezen toezichhoudende personen de bevoegdheid inlichtingen en inzage van zakelijke gegevens en bescheiden te vorderen. Deze artikelen hebben dus hun functie in het kader van het toezicht op de naleving. De ACM heeft echter voor de uitvoering van haar andere taken (zoals het vaststellen van energiecodes of het maken van een marktanalyse op basis van de Telecommunicatiewet) ook gegevens nodig. Met het oog daarop bevatten veel materiële wetten thans met artikel 6b vergelijkbare bepalingen. Het voorgestelde artikel 6b van de Instellingswet ACM stroomlijnt en harmoniseert deze bepalingen tot één bepaling in de Instellingswet ACM. Het voorgestelde artikel 12a van de Instellingswet ACM geeft de ACM ten slotte de bevoegdheid om uit haar personeel toezichhoudende ambtenaren aan te wijzen die zijn belast met het toezicht op de naleving van wetgeving waarop de ACM toezicht dient te houden. Ook dit is geen afwijking van de Awb. De Awb bevat immers zelf geen artikel dat bepaalde ambtenaren aanwijst als toezichhouders, maar zegt alleen dat dergelijke toezichhouders bij wettelijk voorschrift moeten worden aangewezen (artikel 5:11 van de Awb). Het voorgestelde artikel 12a van de Instellingswet ACM is een dergelijk wettelijk voorschrift en maakt dat de huidige diverse «aanwijsbepalingen» in de diverse materiële wetten waarop de ACM toezicht houdt kunnen vervallen.

De leden van de VVD-fractie wilden voorts in verband met artikel 7 van de Instellingswet ACM weten of wettelijk geregeld kan worden dat een informatievordering een besluit is waartegen bij de bestuursrechter kan worden opgekomen. Artikel 7 van de Instellingswet ACM is allereerst een geheimhoudingsbepaling, dat wil zeggen een bepaling die gaat over het gebruik van verkregen gegevens en niet over het vergaren ervan. Artikel 7 regelt dat de ACM door haar verkregen informatie in beginsel niet intern of extern verder mag verstrekken.

Dat mag alleen als de bij of krachtens artikel 7 geregelde uitzonderingssituaties zich voordoen. Die uitzonderingssituaties zijn strikt geclausuleerd en niet ruimer dan voor de invoering van artikel 7 het geval was (met uitzondering van de meermalen genoemde verruiming van de mogelijkheid om gegevens verkregen voor de uitvoering van de Mededingingswet extern te verstrekken). Voorwaarde voor het verder verspreiden van gegevens is onder meer telkens dat de verstrekking noodzakelijk is. Ingeval van interne verstrekking betekent dat noodzaak voor de uitvoering van een andere taak van de ACM en, ingeval van externe verstrekking, noodzaak voor de uitvoering van een taak van een andere, in de Regeling gegevensverstrekking ACM met naam genoemde, overheidsinstantie. Verder is voorwaarde dat de informatie door een andere overheidsinstantie niet voor een ander doel wordt gebruikt dan waarvoor de ACM de informatie verstrekt en dat de geheimhouding van die informatie door de andere overheidsinstantie voldoende is gewaarborgd (artikel 7, vierde lid, van de Instellingswet ACM). Het karakter van artikel 7 is derhalve restrictief. Dit wetsvoorstel onderstreept dat nog eens door het noodzakelijkheids criterium expliciet op te nemen in het eerste lid van artikel 7. De vrees dat de ACM en passant meer informatie verzamelt om die informatie intern of extern door te spelen is dan ook gelet op de sterk geclausuleerde uitzonderingsmogelijkheden van artikel 7 niet gegrond en niet gerechtvaardigd. Bovendien zal de ACM, wanneer zij informatie vergaart, steeds zorgvuldig te werk moeten gaan en steeds moeten aangeven voor welk doel de informatie wordt vergaard en nodig is. Daarbij beschikken marktorganisaties reeds over de nodige rechtsmiddelen. Zo kan een marktorganisatie besluiten niet mee te werken aan informatievorderingen die gebaseerd zijn op artikel 5:16 of 5:17 van de Awb of het voorgestelde artikel 6b van de Instellingswet ACM. Indien de ACM vervolgens op basis van voorgesteld artikel 12m van de Instel-

lingswet ACM een last onder dwangsom of bestuurlijke boete oplegt vanwege het niet-meewerken, kan de marktorganisatie daartegen in bezwaar en beroep gaan en daarbij ook de rechtmatigheid van de informatievordering aan de orde stellen. Een marktorganisatie kan ook besluiten wel mee te werken aan de informatievordering, maar vervolgens in rechte opkomen tegen het besluit dat op die informatie is gebaseerd. Ook in dat kader kan de marktorganisatie dan de rechtmatigheid van de informatievordering aan de orde stellen. Gelet op het voorgaande acht ik het niet nodig het vergaren van informatie zelf appellabel te maken. Dat zou bovendien een onwenselijke afwijking betekenen van de algemene regeling omtrent rechtsbescherming in de Awb, die niet voorziet in beroep tegen feitelijke handelingen in het kader van de uitoefening van toezicht op de naleving, en een effectieve taakuitvoering door de ACM onnodig belemmeren.

Deze leden vroegen verder of het door dit wetsvoorstel aan artikel 7 van de Instellingswet ACM toegevoegde noodzakelijkheids criterium zogenaamde «phishing expeditions» voorkomt. Phishing expeditions mogen niet. Dat heeft niet zozeer te maken met artikel 7. Artikel 7 stelt immers strenge eisen aan het gebruik van door de ACM verkregen informatie maar stelt geen eisen aan het vergaren van informatie. Dat wordt wel gedaan door de bepalingen die gaan over het vergaren van informatie. Dat zijn, als het gaat om nalevingstoezicht, de artikelen 5:16 en 5:17 van de Awb en, als het gaat om informatievergaring voor de uitvoering van andere ACM-taken, voorgesteld artikel 6b van de Instellingswet ACM. Van deze informatievergarringsbevoegdheden mag immers slechts gebruik worden gemaakt voor zover dat redelijkerwijs nodig is voor de uitvoering van de ACM-taken. Voor artikel 6b van de Instellingswet ACM is die restrictie opgenomen in het artikel zelf. Voor de bevoegdheden van artikel 5:16 en 5:17 van de Awb vloeit die restrictie voort uit het evenredigheidsbeginsel van artikel 5:13 van de Awb. Gelet daarop zal de ACM steeds dienen aan te geven met welk doel en voor welke wettelijke taak zij in het betreffende geval bepaalde gegevens wil ontvangen. Lukraak vissen naar informatie is dus niet toegestaan. De ACM zou bij dergelijke expedities overigens ook veel te verliezen hebben. Niet alleen in concrete zaken voor de rechter (elk stukje dossier moet verklaard kunnen worden) maar ook wat betreft haar reputatie. Het voorgaande neemt niet weg dat onvermijdelijk is dat toezichthouders van de ACM in het kader van het toezicht op de naleving van wetgeving in sommige gevallen meer gegevens meenemen dan gelet op het doel en voorwerp van onderzoek redelijkerwijs nodig is zou zijn geweest. Deze «bijvangst» is bijvoorbeeld niet te voorkomen bij digitale gegevensdragers omdat dan een hele computer of andere digitale gegevensdrager, zoals een usb-stick, moet worden onderzocht. Desalniettemin dient ook dan aan het evenredigheidsbeginsel van artikel 5:13 van de Awb te worden voldaan. In de ACM Werkwijze voor onderzoek in digitale gegevens 2014 (Stcrt. 2014, 3993) is dit uitgewerkt.

Daarin is onder andere geregeld dat een toezichthoudend ambtenaar gegevens niet langer inziet dan noodzakelijk om te beoordelen of gegevens binnen de reikwijdte van het onderzoek vallen. De betrokken marktorganisatie wordt in staat gesteld bij die selectie aanwezig te zijn. Bij analoge gegevens is deze stap niet aan de orde omdat de gegevens en bescheiden dan inzichtelijk zijn en alleen wordt meegenomen wat binnen de reikwijdte van het onderzoek valt. Vervolgens wordt de verzameling gegevens, die naar haar aard en inhoud redelijkerwijs binnen het doel en voorwerp van het onderzoek kan vallen (de zogenoemde «binnen-de-reikwijdte dataset») beperkt tot de zogenoemde onderzoeksdataset op basis waarvan het dossier wordt gevormd. Voor deze stap worden de niet-zakelijke gegevens (zie artikel 5:17 van de Awb) en geprivilegieerde

gegevens (zie artikel 5:20, tweede lid, van de Awb jo. voorgesteld artikel 12g van de Instellingswet ACM) uit de «binnen-de-reikwijdte dataset» verwijderd (zie ook de ACM Werkwijze geheimhoudingsprivilege advocaat 2014 (Stcrt. 2014, 3991)). Het recht om gegevens te hergebruiken in een ander onderzoek of extern te verstrekken, heeft uitsluitend betrekking op deze onderzoeksdatabase. Verwijderde gegevens mogen niet worden hergebruikt of extern worden verstrekt.

De leden van de VVD-fractie wilden ook weten hoe het eerste lid van artikel 7 zich verhoudt tot het noodzakelijkheids criterium van het derde lid van dat artikel. Het eerste lid van artikel 7 bepaalt dat door de ACM voor de uitvoering van een taak verkregen informatie uitsluitend mag worden gebruikt voor zover dat noodzakelijk is voor de uitvoering van die taak of van enige andere ACM-taak. Daarmee bevat het *eerste* lid een grondslag om ontvangen gegevens *binnen* de ACM verder te verspreiden, namelijk voor zover die gegevens noodzakelijk zijn voor de uitvoering van een andere ACM-taak. Deze toets dient voorafgaand aan elke eventuele interne doorverstrekking plaats te vinden. Artikel 7, *derde* lid, gaat niet over gegevensuitwisseling *binnen* de ACM, maar over de gevallen waarin de ACM ontvangen informatie *naar buiten* mag brengen, dat wil zeggen aan *derden* mag verstrekken. Anders dan deze leden leken te veronderstellen, heeft de noodzakelijkheidstoets die voorafgaand aan de eventuele verstrekking van gegevens aan andere overheidsinstanties dient plaats te vinden geen eenmalig, abstract karakter. In de ministeriële regeling op basis van artikel 7, derde lid, onderdeel a, van de Instellingswet ACM (Regeling gegevensverstrekking ACM, Stcrt. 2013, 8150) worden op basis van een eerste noodzakelijkheidstoets de overheidsorganen opgenomen waaraan voor de eveneens in die ministeriële regeling omschreven taken door de ACM gegevens kunnen worden verstrekt. Op basis van de aanhef van artikel 2 van deze ministeriële regeling dient de ACM echter vervolgens – voorafgaand aan elke eventuele gegevensverstrekking aan één van de in de regeling genoemde overheidsorganen – te toetsen of de betreffende concrete verstrekking noodzakelijk is voor de taakvervulling van het betreffende orgaan. Als dat niet het geval is, dan is de ACM niet bevoegd de gegevens aan dat orgaan te verstrekken. Zowel bij de interne als bij de externe doorverstrekking van gegevens dient dus per verstrekking de noodzakelijkheid van de verstrekking te worden getoetst. Deze noodzakelijkheid kan overigens door de rechter achteraf worden getoetst. De ACM of het andere overheidsorgaan dient immers in een voorkomend geval aan te geven op welke gegevens een besluit berust en hoe de informatie is verkregen. Tegen een dergelijke beschikking kan de betrokkene in rechte opkomen.

De leden van de VVD-fractie vroegen vervolgens hoe het wetsvoorstel waarborgt dat door de ACM gevraagde gegevens slechts worden gebruikt voor zover dat noodzakelijk is en een juist doel dienen. Zoals hiervoor is aangegeven, bevat artikel 7 van de Instellingswet ACM reeds een regeling van het gebruik van door de ACM verkregen informatie. Dit onderwerp is dus al geregeld. Dit wetsvoorstel voorziet alleen in een toevoeging van het noodzakelijkheids criterium aan artikel 7, eerste lid, van de Instellingswet ACM waardoor de grondslag voor het binnen de ACM delen van informatie nog scherper en duidelijker wordt geformuleerd. Hierboven is verder al ingegaan op welke wijze zowel de informatievergaring als het informatiegebruik door de ACM adequaat zijn geborgd.

De hiervoor bedoelde leden vroegen ook om een bevestiging dat de noodzakelijkheid van het verder verspreiden van verkregen informatie niet eenmalig maar per verstrekking wordt getoetst. Dit kan inderdaad worden bevestigd. In het voorgaande is dat al aangegeven en toegelicht.

De leden van de VVD-fractie informeerden voorts naar het ontbreken van waarborgen in het wetsvoorstel omtrent het gebruik van voorheen door de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) en Consumentenautoriteit (CA)

verkregen informatie. Dit wetsvoorstel bevat dergelijke bepalingen reeds daarom niet, omdat het gebruik van informatie niet in dit wetsvoorstel wordt geregeld maar in de Instellingswet ACM. De regeling van artikel 7 van die Instellingswet geldt ook voor de informatie die door de rechtsvoorgangers van de ACM werd ontvangen.

Indien de gegevens nodig waren voor de uitvoering van de taken van de NMa, OPTA of CA zijn ze ook nodig voor de uitvoering van de taken van de ACM. Deze taken werden immers door de Instellingswet ACM niet gewijzigd. Daarbij is van belang dat artikel 7 materieel geen wijziging betekende voor de mogelijkheden om informatie te delen ten opzichte van de mogelijkheden voor NMa, OPTA en CA in het verleden. De mogelijkheden om intern en met derden informatie te delen zijn met andere woorden niet verruimd. Alleen de mogelijkheid om op basis van de Mededingingswet verkregen gegevens aan andere overheidsorganen te verstrekken is verruimd. Op de achtergrond daarvan is tijdens de behandeling van het wetsvoorstel Instellingswet ACM meermalen ingegaan. De verruiming is het gevolg van de toezegging van de Minister van Economische Zaken aan de Tweede Kamer om uitvoering te geven aan een aanbeveling van die strekking uit het evaluatierapport over de NMa in 2010 (Kamerstukken II 2010/11, 24 036, nr. 377 en bijlage en 2011/12, 24 036, nr. 393).

Deze leden vroegen voorts of het wetsvoorstel niet zou moeten voorzien in een recht op inzage in en teruggave van door de ACM gebruikte gegevens aan betrokkenen. Wat er met de aan ACM verstrekte gegevens gebeurt, is goed geborgd. Hiervoor is al ingegaan op het restrictieve karakter van artikel 7 van de Instellingswet ACM en de voorwaarden die dat artikel stelt aan het gebruik en de verdere verspreiding van ontvangen gegevens. Gegevens opgenomen in de veiliggestelde dataset, de binnen-de-reikwijdte dataset en de onderzoeksdataset, die niet zijn opgenomen in het dossier, worden bewaard uiterlijk totdat het betreffende onderzoek is afgerond. Zo is gewaarborgd dat ontvangen gegevens niet langer worden bewaard dan redelijkerwijs nodig is gelet op artikel 5:13 van de Awb. Gegevens die uit de onderzoeksdataset zijn opgenomen in het dossier worden bewaard overeenkomstig de algemene regeling van de Archiefwet 1995 (zie ook artikel 2.6, vierde en vijfde lid, van de al eerder genoemde ACM Werkwijze voor onderzoek in digitale gegevens 2014). Het daarnaast voorzien in een recht op teruggave is niet nodig. Artikel 7, derde lid, onder c, van de Instellingswet ACM bepaalt al dat de ACM bevoegd is de gegevens of inlichtingen te verstrekken aan degene op wie de gegevens of inlichtingen betrekking hebben voor zover deze gegevens of inlichtingen door of namens hem zijn verstrekt.

De leden van de CDA-fractie vroegen waarom in voorgesteld artikel 6b, tweede lid, van de Instellingswet ACM geen concretere termijn is opgenomen. Het voorgestelde artikel 6b, *eerste* lid, van de Instellingswet ACM bepaalt dat een ieder aan de ACM de door ACM verlangde gegevens en bescheiden dient te verstrekken of te laten inzien die redelijkerwijs nodig zijn voor de uitvoering van haar taken. Ingevolge het voorgestelde tweede lid kan de ACM een termijn stellen waarbinnen de benodigde informatie moet worden verstrekt. Met opzet is ervoor gekozen de lengte van deze termijn aan de ACM zelf te laten. Wat een goede en redelijke termijn is, zal immers van geval tot geval verschillen en onder meer afhangen van de aard en omvang van de gevraagde gegevens. Er is bewust van afgezien te volstaan met de bepaling dat de marktorganisatie de door de ACM gevraagde informatie binnen een redelijke termijn verstrekt. Dat zou aan een effectieve uitoefening van het informatierecht van het eerste lid in de weg staan en aanleiding geven tot veel discussie en juridische procedures over de vraag wat in een concreet geval als redelijke termijn heeft te gelden.

De leden van de PVV-fractie informeerden in verband met het voorgestelde artikel 12l van de Instellingswet ACM waarom voor de boeteoplegging niet enkel wordt uitgegaan van de omzet over het jaar dat voor het jaar ligt waarin de boete wordt opgelegd en of de omzet niet kan worden bepaald aan de hand van de gegevens die al bij de Belastingdienst aanwezig zijn. Het voorgestelde artikel 12l van de Instellingswet ACM regelt dat de ACM met het oog op de bepaling van de hoogte van de op te leggen boete de boekhouding van een marktorganisatie kan onderzoeken teneinde de voor de op te leggen bestuurlijke boete in aanmerking te nemen financiële gegevens te kunnen bepalen. Het voorgestelde artikel 12l van de Instellingswet ACM is bedoeld als achtervangbepaling, waarvan de ACM in de meeste gevallen van boeteoplegging geen gebruik zal hoeven te maken. In de artikelsgewijze toelichting op artikel 12l is daarop ingegaan (Kamerstukken II 2012/13, 33 622, nr. 3, p. 53).

Dit wordt in het navolgende verder toegelicht, waarbij het van belang is te onderscheiden tussen de bepaling van het boetemaximum en de bepaling van de hoogte van een concreet op te leggen boete. De wet bepaalt dat het boetemaximum wordt berekend op basis van de netto-omzet in het meest recente boekjaar ten aanzien waarvan de marktorganisatie een jaarrekening beschikbaar heeft.

Dit zal vaak het boekjaar zijn voorafgaande aan het kalenderjaar waarin het besluit tot oplegging van de bestuurlijke boete naar verwachting zal worden genomen, maar kan ook een eerder boekjaar zijn als de jaarrekening over het jaar voorafgaand aan het jaar waarin de boete wordt opgelegd nog niet beschikbaar is. Deze systematiek ter bepaling van het boetemaximum is neergelegd in het voorgestelde artikel 12o van de Instellingswet ACM.

Omdat de ACM het boetemaximum berekent op basis van de netto-omzet, bedoeld in artikel 377, zesde lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek die de overtreder heeft behaald in het meest recente boekjaar ten aanzien waarvan de overtreder een jaarrekening beschikbaar heeft of zou moeten hebben en de ACM voor de bepaling van de concreet op te leggen boete ook op basis van voorgesteld artikel 6b financiële gegevens kan opvragen bij de marktorganisatie, zal de ACM doorgaans reeds beschikken over de voor de concrete boetehoogte vereiste financiële gegevens. Gelet daarop zal de ACM doorgaans geen gebruik behoeven te maken van haar bevoegdheid op grond van voorgesteld artikel 12l van de Instellingswet ACM.

Het achtervangkarakter van voorgesteld artikel 12l wordt nog versterkt doordat de ACM met het oog op de bepaling van de concrete boeteoplegging soms ook gegevens van de Belastingdienst vraagt. Soms vraagt zij die ter verkrijging van financiële gegevens waarvoor de concrete boetehoogte kan worden uitgegaan, hetgeen zich voordoet als een boete wordt opgelegd aan een overtreder zonder omzet, zoals een feitelijk leidinggevende. Soms worden gegevens van de Belastingdienst gevraagd ter controle van al door de ACM verkregen gegevens. Voor de bepaling van de concrete boetehoogte kan echter niet uitsluitend afgegaan worden op gegevens van de Belastingdienst. De Belastingdienst beschikt bijvoorbeeld niet over gegevens met betrekking tot een eventuele wereldwijde betrokken omzet van de betreffende marktorganisatie of over gegevens met betrekking tot de financiële draagkracht van de betreffende marktorganisatie, waar bij de boeteoplegging rekening mee gehouden dient te worden.

De leden van de PVV-fractie vroegen of een aan een bedrijf opgelegde boete in mindering gebracht kan worden op de belasting. Boetes zijn niet aftrekbaar als bedrijfskosten. Dit is geregeld in artikel 3.14, eerste lid, onderdeel c, van de Wet inkomstenbelasting 2001 en artikel 8 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (ik verwijs in dit verband ook naar de

antwoorden van de Staatssecretaris van Financiën op Kamervragen van het lid Koolmees (D66) van de Tweede Kamer over aftrekbaarheid van boetes; Aangangsel Handelingen II 2010/11, nr. 1386). Die aftrekbeperking geldt voor alle soorten boetes die gericht zijn op bestraffing. Bij een boete met een bestraffend karakter past geen fiscale tegemoetkoming. Niet op bestraffing gerichte, voordeelontnemende boetes zijn in beginsel wel fiscaal aftrekbaar. De ondernemer heeft wederrechtelijk een voordeel behaald, dat voordeel valt in zijn belastbare winst en met de boete wordt hem dat onrechtmatig behaalde voordeel weer ontnomen. De boetes die de ACM oplegt zijn bestuurlijke boetes en derhalve punitief van karakter. Dat bij het bepalen van de hoogte van de boete wel rekening wordt gehouden met het door de overtreding behaalde voordeel, maakt boetes van de ACM nog niet tot voordeelontnemende boetes in fiscale zin. De Hoge Raad heeft in een procedure van een bouwbedrijf tegen een boete van de voormalige NMa bepaald dat het karakter van een bestuurlijke boete in zijn geheel moet worden gezien en dat een kartelboete primair een bestraffend karakter heeft. Dat bij het vaststellen van de boete ook rekening is gehouden met de onrechtmatig behaalde omzet doet daar niet aan af. De Hoge Raad wees een splitsing van de boete – in een aftrekbaar voordeelontnemend deel en een niet-aftrekbaar bestraffend deel – af (Hoge Raad 30-9-2011, zaaknr. 10/03177).

De leden van de PVV-fractie wilden weten hoe thans de hoogte van de omzet wordt bepaald en wat de eventuele verschillen zijn met de in het wetsvoorstel voorgestelde wijze van bepaling van de omzet. Aangenomen wordt dat de leden van deze fractie met deze vraag een verduidelijking wensten van voorgesteld artikel 12o van de Instellingswet ACM. Dit artikel regelt van welke omzet dient te worden uitgegaan voor de bepaling van het boetemaximum. Met de voorgestelde uniforme definitie van het begrip «omzet» in de Instellingswet ACM is op geen enkele wijze een materiële wijziging beoogd ten opzichte van de huidige situatie. Eén omschrijving in de Instellingswet ACM maakt louter een einde aan de huidige, divers geformuleerde omzetbepalingen in de diverse materiële wetten. Met de eerste nota van wijziging (Kamerstukken II 2012/13, 33 622, nr. 8) is verder geëxpliciteerd dat hiermee geen materiële wijziging is beoogd. Net als thans in de materiële wetten (zie bijvoorbeeld de artikelen 57 van de Mededingingswet, 15.4 van de Telecommunicatiewet en 49 van de Postwet 2009) gaat het voorgestelde artikel 12o uit van de netto-omzet, bedoeld in artikel 377, zesde lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek.

De voor de Postwet 2009 en Telecommunicatiewet noodzakelijke beperking tot omzet «in Nederland» krijgt in het derde lid van het voorgestelde artikel 12o zijn beslag. Het wetsvoorstel regelt alleen hoe het boetemaximum wordt bepaald. Het bevat geen regeling van de wijze waarop de hoogte van een concreet op te leggen boete moet worden bepaald. De huidige materiële wetten bevatten een dergelijke regeling ook niet. De factoren die moeten worden meegenomen bij de bepaling van de hoogte van de concreet op te leggen boeten zijn uitgewerkt bij beleidsregel.

De leden van de PVV-fractie vroegen hoe de omzet wordt bepaald voor het opleggen van de boete die wordt opgelegd aan een dochterbedrijf van een internationaal opererend bedrijf. Zij vroegen of dan de omzet van het gehele bedrijf wordt meegenomen of enkel van het dochterbedrijf. Ook hier is het zaak te onderscheiden tussen boetemaximum en concrete boetehoogte. Het wetsvoorstel bevat alleen een regeling van het boetemaximum en die regeling is materieel gelijk aan de thans in de diverse materiële wetten opgenomen regeling. Daarbij wordt aangesloten bij artikel 377, zesde lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, op grond waarvan ter bepaling van de maximale boete die de ACM kan opleggen, wordt uitgegaan van de netto-omzet van de *rechtspersoon*. In geval van een dochteronderneming die beschikt over rechtspersoonlijkheid, kan

derhalve alleen de netto-omzet van die dochteronderneming in aanmerking worden genomen. Ook op dit punt wijzigt het wetsvoorstel dus materieel niets.

De leden van de PVV-fractie vroegen in hoeverre het Openbaar Ministerie (OM) de ACM kan verzoeken om gericht te zoeken naar informatie. Dat is niet mogelijk. Uit het voorgestelde artikel 6b, eerste lid, van de Instellingswet ACM vloeit voort dat de ACM slechts informatie kan vergaren die zij nodig heeft voor de uitvoering van haar eigen wettelijke taken. Zij kan niet ten behoeve van de wettelijke taken van andere bestuursorganen of instanties, zoals het OM, informatie vergaren. Het is aan het OM zelf om – binnen de grenzen van zijn bevoegdheden – de informatie te verzamelen die het nodig heeft ter uitvoering van zijn wettelijke taken. Wel is het op grond van artikel 7, derde lid, onderdeel a, van de Instellingswet ACM mogelijk om informatie, die de ACM heeft verkregen voor de uitvoering van haar wettelijke taken, te verstrekken aan het OM indien het OM die informatie nodig heeft voor de uitvoering van zijn wettelijke taken. Het OM en de ACM hebben een convenant (Stcrt. 2003, 73; de voor de oprichting van de ACM geldende samenwerkingsprotocollen tussen het OM en de NMa respectievelijk het OM en de CA gelden nu tussen het OM en de ACM) waarin nadere afspraken zijn gemaakt over de onderlinge informatie-uitwisseling. Dit convenant bepaalt tevens dat er periodiek overleg tussen de ACM en het OM plaatsvindt waar de onderlinge informatie-uitwisseling aan de orde kan komen. Eventuele informatie-uitwisseling die tijdens dergelijk periodiek overleg plaatsvindt, dient uiteraard te blijven binnen de hiervoor beschreven wettelijke kaders.

Personele scheiding

De leden van de VVD-fractie wilden weten hoe een effectieve functiescheiding wordt gewaarborgd, nu alle ambtenaren van de ACM worden aangewezen als ambtenaren belast met het toezicht op de naleving van alle wettelijke voorschriften behorende tot het werkveld van de ACM. Zij vroegen ook waarom de functiescheiding niet ACM-breed is ingevoerd, ook voor lasten onder dwangsom en voor personen die aan het onderzoek hebben gewerkt. Het voorgestelde artikel 12q van de Instellingswet ACM regelt een effectieve *chinese wall* op persoonsniveau, namelijk tussen de personen die werkzaamheden verrichten in verband met 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 voorafgaand aan het betreffende besluit. De *chinese wall* gaat verder dan artikel 10:3, vierde lid, van de Awb, in die zin dat de personele scheiding 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 scheiding, die in lijn is met artikel 54a van de Mededingingswet, voorkomt dat twijfel kan bestaan over de onafhankelijke oordeelsvorming van degenen die betrokken zijn bij het opleggen van de boete. Anders dan de leden van de VVD-fractie suggereerden, geldt deze *chinese wall* ACM-breed.

Wel is het zo dat de personele scheiding niet zal gelden voor het opleggen van een last onder dwangsom. Dit is in lijn met de regeling van artikel 10:3, vierde lid, van de Awb die ook alleen voor de bestuurlijke boete geldt. Dit hangt samen met het feit dat tevens wordt voorgesteld het opmaken van een rapport niet (langer) te vereisen voor het opleggen van lasten onder dwangsom. Daarop ga ik hierna uitgebreider in, in antwoord op een vraag van de leden van de CDA-fractie. Het niet langer vereisen van het opmaken van een rapport voor lasten onder dwangsom maakt dat het instrument van de last onder dwangsom slagvaardiger kan worden ingezet 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.

Ook de leden van de PVV-fractie stelden enkele vragen over de personele scheiding. Zij vroegen wie er verantwoordelijk is voor de personele handelingen onder deze scheiding, in hoeverre er in de praktijk ook een scheiding van functies is, of er sprake is van beïnvloeding tussen personen die door de *chinese wall* zijn gescheiden en of er wordt bijgehouden welke personen aan welk dossier werken en wat de aard van hun werkzaamheden is. De verantwoordelijkheid voor het naleven van de bepaling van het voorgestelde artikel 12q van de Instellingswet ACM ligt bij de ACM. Dat laat uiteraard onverlet dat de medewerkers van de ACM waarop het voorgestelde artikel 12q van de Instellingswet ACM betrekking heeft zich ervan bewust zijn dat zij deze bepaling dienen na te leven. Dit is een belangrijk aandachtspunt van de ACM bij de aansturing van zijn medewerkers. Van een scheiding van functies is binnen de ACM geen sprake. Medewerkers die op grond van het voorgestelde artikel 12a van de Instellingswet ACM zijn aangewezen als toezichthoudende ambtenaar, kunnen bij ieder onderzoek worden betrokken. De personele scheiding geldt op zaaksniveau: personen die betrokken zijn bij het onderzoek of het opstellen van een rapport in een bepaalde zaak mogen niet betrokken zijn bij het opleggen van een boete in die zaak. Personen die werken aan een lopend onderzoek of rapport, bespreken dit niet met personen die zullen worden betrokken bij het opleggen van de boete, zodat van beïnvloeding geen sprake kan zijn. De naleving van de personele scheiding borgt de ACM in haar werkprocessen. Voordat medewerkers van de ACM starten met werkzaamheden gericht op het opleggen van de boete, wordt nagegaan welke personen betrokken zijn geweest bij het onderzoek of het opstellen van het rapport. Om te kunnen aantonen dat personen die betrokken zullen worden bij het opleggen van een boete niet betrokken zijn geweest bij het onderzoek of het rapport, stelt de ACM altijd een verklaring van «niet-betrokkenheid» op. Deze verklaring maakt deel uit van het dossier. Daarnaast wordt in een registratiesysteem bijgehouden welke personen betrokken zijn geweest bij het opstellen van bepaalde documenten – zoals het rapport – in de onderzoeksfase.

Binnentreden

De leden van de VVD-fractie stelden dat niet is gemotiveerd en toegelicht waarom op andere gebieden dan het mededingingsrecht de bevoegdheid woningen te betreden zonder toestemming van de bewoner nodig is. Ik wijs erop dat in paragraaf 2.2.3.1 van de memorie van toelichting onder het kopje *Binnentreden* uitvoerig is ingegaan op de noodzaak van deze bevoegdheid (Kamerstukken II 2012/13, 33 622, nr. 3, p. 8). Zoals daar is uiteengezet, is deze bevoegdheid nodig omdat zonder die bevoegdheid gegevens en bescheiden niet kunnen worden verkregen, indien deze bewust in een woonhuis worden bewaard. Ze zijn dan immers onbereikbaar bij bedrijfsbezoeken en evenmin bereikbaar in de woning zolang de bewoner geen toestemming geeft om binnen te komen. Dat is niet alleen aan de orde bij de Mededingingswet, de Spoorwegwet en de Drinkwaterwet waarin de bevoegdheid thans reeds is opgenomen. Ook op het gebied van sectorspecifiek toezicht en consumentenbescherming stuiten toezichthouders in de praktijk op de situatie dat gegevens en bescheiden niet kunnen worden verkregen, omdat deze (bewust) in een woonhuis worden bewaard. 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. 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 naar gedragingen van marktorganisaties of feitelijk leidinggevendens belemmert, de vaststelling van overtreding bemoeilijkt en het opleggen van adequate handhavingsmaatregelen verhindert.

Verder vroegen deze leden naar de waarborgen waarmee de bevoegdheid om woningen zonder toestemming te betreden is omgeven. De voorgestelde ACM-brede binnentredingsbevoegdheid is van de nodige waarborgen voorzien. Deze waarborgen betreffen de noodzakelijke machtiging vooraf en het maken van een verslag achteraf en komen overeen met de waarborgen opgenomen in de door de Algemene wet op het binnentreden (Awbi) geboden algemene regeling over het betreden van een woning zonder toestemming van de bewoner. Voor toezichthoudende ambtenaren van de ACM is vereist dat zij altijd beschikken over een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris van de Rechtbank Rotterdam. De rechter-commissaris zal de machtiging alleen afgeven indien het binnentreden of – ingeval van een maatregel als voorzorgsmaatregel – het *kunnen* binnentreden redelijkerwijs noodzakelijk is voor het verkrijgen van inzage van zakelijke gegevens en bescheiden. Anders dan deze leden leken te veronderstellen wordt dus altijd de noodzakelijkheid van het binnentreden getoetst en wordt een machtiging alleen door de rechter-commissaris afgegeven indien hij de noodzaak om te kunnen binnentreden aanwezig acht. Die noodzaak wordt nog onderstreept door het feit dat een machtiging ten hoogste drie dagen geldig is (voorgesteld artikel 12e, derde lid, van de Instellingswet ACM).

Tenslotte vroegen deze leden met betrekking tot dit onderwerp waarom de regeling van het wetsvoorstel over het binnentreden zonder toestemming van de bewoner afwijkt van de regeling in het strafrecht en hoe die afwijking zich verhoudt tot artikel 8 van het op 4 november 1950 te Rome tot stand gekomen Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (Trb. 1951, 154) (EVRM) en artikel 7 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. De in de voorgestelde artikelen 12c tot en met 12f van de Instellingswet ACM geregelde binnentredingsbevoegdheid is niet van minder waarborgen voorzien dan in het strafrecht. Anders dan de genoemde leden veronderstelden, is ook in het strafrecht de aanwezigheid van de rechter-commissaris niet vereist. Artikel 97 van het Wetboek van Strafvordering, waarnaar deze leden verwezen, regelt voor een bijzondere situatie de bevoegdheid van de officier van justitie tot doorzoeking van een woning zonder toestemming van de bewoner en gaat dus niet over de bevoegdheid tot binnentreden. Ook het meer algemene artikel 110 van datzelfde wetboek gaat over het doorzoeken en niet over het binnentreden. Bovendien vereisen beide artikelen niet de aanwezigheid van de rechter-commissaris. Artikel 97 vereist wel een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris maar niet zijn aanwezigheid. Artikel 110 vereist dat de doorzoeking plaatsvindt «onder leiding van» de rechter-commissaris. Dat betekent echter niet noodzakelijkerwijs dat de rechter-commissaris ter plekke aanwezig dient te zijn. Hij kan ook op afstand leiding geven aan de doorzoeking. Omdat er, gelet op het bovenstaande geen sprake is van een in vergelijking met het strafrecht met minder waarborgen omgeven regeling, is er ook geen reden te vrezen dat de

voorgestelde regeling niet in overeenstemming zou zijn met het in artikel 8 van het EVRM en artikel 7 van het Handvest neergelegde recht op eerbieding van iemands privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie dan wel communicatie.

De leden van de PvdA-fractie vroegen naar de betekenis van het vierde lid van voorgesteld artikel 12d van de Instellingswet ACM en waarom voor het vereiste van een machtiging niet is aangesloten bij de regeling van de Awbi. In het wetsvoorstel is ervoor gekozen alleen een van de Awbi afwijkende regeling op te nemen voor zover de specifieke ACM-situatie om een eigen regeling vraagt. Voor zover dat niet het geval is, sluit het wetsvoorstel «gewoon» aan bij de artikelen van de Awbi. Dit heeft tot gevolg dat wat betreft het met een machtiging betreden van een woning zonder toestemming van de bewoner de artikelen 4 tot en met 9 van de Awbi wél van toepassing zijn, en (alleen) de artikelen 2 en 3 niet. Artikel 2 van de Awbi regelt dat voor het betreden van een woning zonder toestemming van de bewoner in beginsel een schriftelijke machtiging is vereist. De machtiging is alleen niet vereist indien terstond in de woning moet worden binnengetroden ter voorkoming of bestrijding van ernstig en onmiddellijk gevaar voor de veiligheid van personen of goederen. Artikel 3 van de Awbi regelt wie bevoegd zijn tot het geven van een machtiging. Dat zijn de advocaat-generaal bij het ressortsparket, de (hulp)officier van justitie en – indien het om andere doeleinden dan strafvordering gaat – de betreffende burgemeester.

De regeling van de voorgestelde artikelen 12c tot en met 12e van de Instellingswet ACM is omgeven met dezelfde of meer waarborgen dan de artikelen 2 en 3 van de Awbi maar is toegesneden op de specifieke ACM-situatie. Zo vereist het voorgestelde artikel 12d dat er in alle gevallen een voorafgaande machtiging dient te zijn. Er is geen uitzondering voor noodsituaties zoals in de Awbi, zij het dat de opschriftstelling van de machtiging in spoedeisende zaken later kan (artikel 12e). Artikel 12c regelt verder dat alleen toezichthouders van de ACM mogen binnentreden en dus niet zoals in de Awbi iedereen die over een machtiging beschikt. Het artikel regelt verder dat alleen binnengetroden mag worden zonder toestemming van de bewoner voor zover dat redelijkerwijs noodzakelijk is voor het uitoefenen van hun toezichthoudende taak van artikel 5:17 van de Awb, dat wil zeggen voor zover dat redelijkerwijs noodzakelijk is om zakelijke gegevens en bescheiden in te zien. Artikel 12d regelt dat (alleen) de rechter-commissaris van de Rechtbank Rotterdam bevoegd is een machtiging te verstrekken. Dat is voor de ACM een logische keuze nu die rechtbank de bevoegde rechtbank is op het taakgebied van de ACM. Tenslotte is geregeld dat de ACM in beroep kan gaan tegen de weigering van de rechter-commissaris om de machtiging te verstrekken.

De leden van de PvdA-fractie wilden verder weten waarom voor een eigen regeling over de verslaglegging van het binnentreden is gekozen en niet voor aansluiting bij artikel 10 van de Awbi. Voor een eigen regeling omtrent de verslaglegging is in het voorgestelde artikel 12f van de Instellingswet ACM gekozen omdat op enkele punten een op de ACM-situatie toegesneden en dus van de Awbi afwijkende regeling nodig was. Zo hoeft het verslag in de ACM-situatie niet in te gaan op de vraag of en waarom er sprake was van een noodsituatie en zonder machtiging is binnengetroden (zie artikel 10, tweede lid, onderdeel g, van de Awbi) omdat het wetsvoorstel altijd een voorafgaande machtiging vereist. Door de koppeling van de binnentredingsbevoegdheid aan de bevoegdheid van de ACM-toezichthouders om zakelijke bescheiden en gegevens in te zien (artikel 5:17 van de Awb) is evenmin vereist dat het verslag ingaat op de namen van de personen aan wie in de woning hun vrijheid is ontnomen (zie artikel 10, tweede lid, onderdeel f, van de Awbi). Omdat in de ACM-situatie nooit een machtiging wordt verstrekt door de (hulp)officier

van justitie behoeft het verslag naderhand ook niet aan hem te worden toegezonden (vergelijk artikel 11, eerste lid, van de Awbi). Omdat in de ACM-situatie ten slotte ook nooit zonder machtiging wordt binnengetreden, behoeft het verslag naderhand evenmin aan de officier van justitie of burgemeester te worden toegezonden (vergelijk eveneens artikel 11, eerste lid, van de Awbi).

Toezeggingsbevoegdheid

De leden van de VVD-fractie vroegen hoe de rechten van derden-belanghebbenden zijn geborgd bij toezeggingsbesluiten van de ACM en of een derde-belanghebbende niet het recht zou moeten hebben om een zienswijze in te dienen. Conform de systematiek van de Awb kunnen alleen belanghebbenden in de zin van artikel 1:2 van de Awb opkomen tegen besluiten van de ACM tot het bindend verklaren van een toezegging. Hieronder vallen ook derden, die als belanghebbende kunnen worden aangemerkt. Met betrekking tot de toezegging kan daarbij alleen bezwaar en beroep worden aangetekend tegen het bindend verklaren van een toezegging. Tegen het afwijzen van het bindend verklaren van een toezegging dus niet (zie voorgesteld artikel IV, onderdeel B, tweede lid). Voor dat laatste is niet gekozen om (derden-)belanghebbenden in hun mogelijkheden van rechtsbescherming te beperken (alhoewel niet goed voorstelbaar is welk belang een derde zou kunnen hebben bij het afwijzen van het bindend verklaren van een toezegging) maar vooral uit praktisch oogpunt. Indien de ACM immers weigert een toezegging bindend te verklaren, zal zij overgaan tot een andere wijze van handhaving zoals het opleggen van een zelfstandige last of bestuurlijke sanctie. Tegen dat besluit staat bezwaar en beroep open voor de (derde-) belanghebbende en in dat kader kan hij desgewenst ook de afwijzing van de aanvraag tot het bindend verklaren van een toezegging aan de orde stellen. Of derden-belanghebbenden het recht hebben zienswijzen in te dienen, hangt ervan af of de ACM kiest voor het volgen van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure (afdeling 3.4 van de Awb). Zij kan op basis van artikel 3:10 van de Awb overgaan tot het volgen van deze procedure indien zij voornemens is een aanvraag tot het bindend verklaren van een toezegging te honoreren. Zoals in de memorie van toelichting is aangegeven (Kamerstukken II 2012/13, 33 622, nr. 3, p. 51) zal de ACM naar verwachting in dergelijke gevallen van die mogelijkheid gebruikmaken. Deze leden vroegen verder hoe toezeggingsbesluiten zich verhouden tot de bindende aanwijzing en waarom beide besluiten niet verder inhoudelijk of procedureel zijn genormeerd. Een besluit omtrent het bindend verklaren van een toezegging vindt alleen plaats op aanvraag van de betreffende marktorganisatie en kan zowel genomen worden voor- als nadat een overtreding is vastgesteld. Indien een toezegging bindend wordt verklaard is de marktorganisatie gehouden zich overeenkomstig de door haarzelf gedane toezegging te gedragen. Een besluit omtrent het geven van een bindende aanwijzing kan uitsluitend worden genomen nadat de ACM een overtreding heeft vastgesteld. Een aanvraag is niet nodig. Indien de ACM een bindende aanwijzing geeft, is de marktorganisatie gehouden zich overeenkomstig de aanwijzing te gedragen. Gemeenschappelijk kenmerk van de instrumenten is dat ze beiden zijn gericht op de naleving van wettelijke voorschriften en beiden tot een bepaalde gedraging (of het nalaten daarvan) verplichten. Omdat beide instrumenten louter tot een gedraging of een nalaten verplichten, zullen ze niet gelijktijdig worden ingezet en behoeft de onderlinge verhouding geen nadere regeling. Er is – anders dan bij de last onder dwangsom en boete – geen extra element (betaling van een geldsom) dat noodzaakt tot het regelen van de onderlinge verhouding.

Zowel het toezeggingsbesluit als de bindende aanwijzing zijn genormeerd door de bepalingen voorzien in het wetsvoorstel en door de Awb. Daarbij

normeert het wetsvoorstel wanneer van een toezeggingsbesluit gebruik kan worden gemaakt en wat de gevolgen zijn voor het eventuele gebruik van de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete. De Awb bevat algemene bepalingen over besluiten. De Awb vereist alleen voor de bestuurlijke boete een rapport. Dat neemt niet weg dat de algemene bepalingen van de Awb over de voorbereiding van besluiten ook hier van toepassing zijn. Te denken valt aan de eis van een zorgvuldige voorbereiding. Indien de betrokken marktorganisatie van mening is dat het besluit is gebaseerd op een onjuiste feitenvaststelling kan zij daartegen in rechte opkomen. Verwezen zij ook naar hetgeen hierboven al is opgemerkt over de tegen toezeggingsbesluiten openstaande rechtsbeschermingsmogelijkheden. Ook overigens zijn de rechten van marktorganisaties goed geborgd. Te denken valt aan de wijze waarop de openbaarmaking van deze besluiten is geregeld op grond van de voorgestelde artikelen 12u tot en met 12w van de Instellingswet ACM. Deze leden legden vroegen daar terecht aandacht voor. Ook die regeling is van de nodige waarborgen voorzien. Ik verwijs naar hetgeen daarover is aangegeven in het in de memorie van toelichting gegeven overzicht van de waarborgen (Kamerstukken II 2012/13, 33 662, nr. 3, p. 60–62). In dat kader zij opgemerkt dat besluiten tot het geven of weigeren van een toezeggingsbesluit door de ACM openbaar *kunnen* worden gemaakt (artikel 12w). Datzelfde geldt voor besluiten tot het afzien van een bindende aanwijzing. Voor besluiten tot het opleggen van een bindende aanwijzing geldt in beginsel dat zij openbaar *moeten* worden gemaakt, na een – afhankelijk van de ernst van de overtreding – volledige (artikel 12u) of beperkte (artikel 12v) belangenafweging.

De leden van de PVV-fractie vroegen hoe wordt geborgd dat het instrument van het toezeggingsbesluit zorgvuldig wordt ingezet nu voor het gebruik daarvan niet is vereist dat reeds een overtreding is vastgesteld. Deze zorgvuldigheid is reeds daardoor gewaarborgd dat de ACM alleen een toezeggingsbesluit kan nemen op aanvraag van de betreffende marktorganisatie en door het feit dat die aanvraag een toezegging dient te betreffen van diezelfde marktorganisatie. De marktorganisatie heeft dus volledig in eigen hand of de ACM al dan niet van haar bevoegdheid gebruik kan maken.

Zwijgrecht

De leden van de VVD-fractie wilden graag een reactie op het artikel van professor D.R. Doorenbos in het Nederlands Juristenblad van 11 juni 2013 (deel I) en 3 oktober 2013 (deel II), die stelt dat het niet toekennen van het zwijgrecht aan ex-werknemers het zwijgrecht van de onderneming frustreert. Allereerst merk ik op dat het wetsvoorstel voorziet in een uitbreiding van het in de Awb opgenomen zwijgrecht. Indien ik de stelling van professor Doorenbos zou onderschrijven, zou dat betekenen dat de huidige regeling in de Awb over het zwijgrecht (artikel 5:10a) ook reeds het zwijgrecht van marktorganisaties frustreert. Dat is echter niet het geval. De algemene regeling van het zwijgrecht in de Awb biedt op zichzelf reeds een adequate uitwerking van het in artikel 6 van het EVRM opgenomen zwijgrecht. Het regelt dat een overtreder het recht heeft om te zwijgen zodra hij kan vermoeden dat hem een bestraffende sanctie zal worden opgelegd.

In de context van een marktorganisatie betekent dit dat het zwijgrecht toekomt aan de pleger van de overtreding, dat wil zeggen de juridische vertegenwoordigers van de marktorganisatie die de overtreding heeft gepleegd, een eventuele medepleger van de overtreding, aan degene die (al dan niet binnen de marktorganisatie) opdracht heeft gegeven tot het begaan van de overtreding en degene die feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtreding. Zij vallen allemaal onder het begrip overtreder. Het

wetsvoorstel kent het zwijgrecht daarnaast toe aan degenen die voor de overtredende marktorganisatie werkzaam zijn, maar niet zelf kunnen worden aangemerkt als overtreder (want dan zou hen reeds het zwijgrecht van de Awb toekomen). Het gaat om een van het zwijgrecht van de overtreder afgeleid zwijgrecht.

Het wetsvoorstel bevat dus reeds – in het belang van marktorganisaties – een verdergaand zwijgrecht dan waarin de Awb voorziet. Ik zie geen reden voor een nog verdergaande uitbreiding in het belang van marktorganisaties. Een dergelijke uitbreiding van het zwijgrecht tot personen buiten de overtreder zou te ver afstaan van het oogmerk van het zwijgrecht dat een recht is van de overtreder. Daarnaast zou ACM-breed de balans teveel doorslaan ten gunste van marktorganisaties en ten nadele van een effectieve handhaving door de ACM. Een dergelijke ACM-brede regeling van het zwijgrecht zou ten slotte te ver af komen te staan van de door de Awb geboden algemene regeling. Niet alleen van (tekst, doel en strekking van) de regeling van het zwijgrecht in artikel 5:10a van de Awb, maar ook van de regeling van de verplichting om medewerking te verlenen aan toezichthouders van artikel 5:20 Awb. Een nog ruimer zwijgrecht dan voorgesteld zou zich immers slecht verhouden met de in dat artikel opgenomen verplichting van *een ieder* om medewerking te verlenen aan het toezicht door toezichthouders. Het ligt immers niet voor de hand de door de Awb-wetgever bewust ruim geformuleerde medewerkingsplicht via de regeling van het zwijgrecht verder te beperken dan nodig.

Een en ander betekent dat in het wetsvoorstel dus niet de lijn is gevolgd die is neergelegd in een tweetal uitspraken van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) over het thans in artikel 53 van de Mededingingswet opgenomen zwijgrecht. In die uitspraken heeft het CBb de werking van het zwijgrecht van het huidige artikel 53 van de Mededingingswet uitgebreid tot ex-werknemers. Het zou overigens ook, gelet op het bovenstaande, te ver voeren om ACM-breed toepassing te geven aan de invulling die het zwijgrecht door de uitspraken recent alleen in het mededingingsrecht had gekregen.

Deze leden vroegen ten slotte of het zwijgrecht en de cautieplicht zich ook uitstrekken tot schriftelijke verzoeken om inlichtingen van ACM-toezichthouders. Zowel het zwijgrecht van artikel 5:10a, eerste lid, van de Awb als de aanvullende regeling van dit zwijgrecht in voorgesteld artikel 12i van de Instellingswet ACM, omvat niet alleen mondelinge maar ook schriftelijke verklaringen (zie Hoge Raad 8 maart 2002, AB 2002, 353). Het gaat om alle gevallen waarin inlichtingen worden gevraagd met het oog op het opleggen van een bestraffende sanctie, zoals een bestuurlijke boete. Indien een verzoek gedaan wordt om schriftelijke informatie met het oog op het opleggen van een bestraffende sanctie en er van dat verzoek een dermate grote druk uitgaat dat dit materieel kan worden gelijkgesteld aan een verhoor gericht op het mondeling verkrijgen van informatie, geldt bovendien het gebod om de cautie te geven (artikel 5:10a, tweede lid, van de Awb) óók voor schriftelijke verzoeken om informatie (vergelijk CBb 2-2-2010, AB 2010, 317).

De leden van de CDA-fractie vroegen waarom voor het aanvangsmoment van het zwijgrecht is aangesloten bij artikel 5:10a van de Awb en niet is geregeld dat het zwijgrecht aanvangt zodra er een redelijk vermoeden is van een overtreding. Bij de regeling van artikel 5:10a van de Awb is aangesloten omdat dat artikel de algemene regeling biedt ingeval van bestuurlijke handhaving. Overigens is het in artikel 5:10a van de Awb aangegeven aanvangsmoment niet een later moment dan het redelijk vermoeden-tijdstip. «Verhoor» als aanvangsmoment biedt dan ook niet minder waarborgen dan aansluiting bij het begrip «redelijk vermoeden». Telkens gaat het om hetzelfde tijdstip. De Awb-wetgever heeft destijds voor een andere formulering gekozen dan die welke in het strafrecht

wordt gebruikt, omdat die beter past in het bestuursrecht. «Met de woorden «wordt verhoord» wordt bedoeld dat naar objectieve maatstaven door een redelijk waarnemer kan worden vastgesteld dat sprake is van een «verhoor» met het oog op het opleggen van een bestuurlijke boete.» Zie Kamerstukken II 2005/06, 29 702, nr. 7, p. 41. Deze leden informeerden ook naar de overgang tussen reparatoire handhaving en punitieve handhaving. Aangenomen wordt dat deze leden wilden weten wanneer er sprake is van handhaving door middel van reparatoire sancties en wanneer er sprake is van handhaving met punitieve sancties. Punitieve sancties zijn bestraffende sancties. Het gaat om sancties met een leedtoevoegend element. Bij punitieve sancties is er, anders dan bij reparatoire sancties, sprake van een «criminal charge» in de zin van artikel 6 van het EVRM. Dat brengt mee dat overtreeders die redelijkerwijs kunnen aannemen dat aan hen een boete zal worden opgelegd een zwijgrecht toekomt waarop ze op dat moment ook gewezen moeten worden. De punitieve sanctie die de ACM in aangegeven gevallen kan opleggen is de bestuurlijke boete. Reparatoire sancties beogen geen bestraffing of leedtoevoeging maar zijn puur gericht op herstel van de rechtmatige situatie. Ze worden daarom ook wel herstelsancties genoemd. De reparatoire sanctie die de ACM in aangegeven gevallen kan opleggen is de last onder dwangsom. De zelfstandige last (bindende aanwijzing of bindende gedragslijn) is geen bestuurlijke sanctie in de zin van artikel 5:2 van de Awb, maar wel een reparatoir instrument want gericht op het voorkomen, beëindigen of ongedaan maken van een onrechtmatige situatie. Ook het instrument van de ACM om een toezegging van een marktorganisatie op aanvraag van een marktorganisatie bindend te verklaren kan aangemerkt worden als een reparatoir instrument.

De leden van de CDA-fractie vroegen ten slotte te motiveren waarom de in het wetsvoorstel opgenomen aanvullende regeling van het zwijgrecht niet aansluit bij de twee recente uitspraken van het CBB over het thans in de Mededingingswet opgenomen zwijgrecht. Voor het antwoord op deze vraag wordt verwezen naar hetgeen hierboven is aangegeven in antwoord op een gelijksoortige vraag van de leden van de VVD-fractie.

Handhaving en rechtsbescherming

De leden van de VVD-fractie vroegen op welke wijze is gewaarborgd dat marktorganisaties niet onredelijk lang in onzekerheid verkeren over eventuele boeteoplegging. Deze leden wilden ook weten of het opmaken van een rapport binnen een bepaalde beslistermijn dient te gebeuren. Op grond van artikel 6 van het EVRM hebben marktpartijen recht op een eerlijk proces dat binnen een redelijke termijn wordt afgerond. Wat een redelijke termijn is, hangt af van de concrete omstandigheden van het geval. Ten algemene kan worden gesteld dat de termijn langer mag zijn naarmate de betreffende zaak complexer is. De termijn begint in beginsel te lopen na opstelling van het rapport, dus met de aanvang van de beslistermijn voor het opleggen van de bestuurlijke boete. Na de boeteoplegging hebben partijen de mogelijkheid bezwaar aan te tekenen bij de ACM en vervolgens eventueel in (hoger) beroep te gaan bij de bestuursrechter.

De termijn van een zaak wordt door het totaal van de doorlooptijden van deze fases bepaald, vanaf de start van een onderzoek tot het onherroepelijk worden van het besluit van de ACM. Pas dan bestaat er namelijk zekerheid over de vraag of er al dan niet een boete verschuldigd is. Daarom kunnen complexe zaken soms jaren duren, ook als de ACM zich heeft gehouden aan de maximale beslistermijn voor het opleggen van een boete. Dat betekent niet zonder meer dat in dergelijke langlopende zaken

de redelijke termijn wordt overschreden. Dat oordeel is aan de rechter, die daartoe de concrete omstandigheden van het geval in beschouwing neemt.

Met de leden van de VVD-fractie ben ik van mening dat ACM-zaken niet langer moeten duren dan noodzakelijk. Marktorganisaties mogen niet onnodig lang in onzekerheid worden gelaten. Het wetsvoorstel bevat enkele maatregelen die bijdragen aan een verkorting van de doorlooptijden, zodat marktorganisaties eerder duidelijkheid hebben over een eventuele boete. Voorgesteld wordt de beslistermijn voor het opleggen van een boete te uniformeren (voorgesteld artikel 12k van de Instellingswet ACM), de schorsende werking van bezwaar en (hoger) beroep bij boetebesluiten te vervangen door een tot een vaste termijn beperkte schorsende werking van bezwaar (voorgesteld artikel 12p van de Instellingswet ACM) en het inschakelen van een bezwaaradviescommissie ACM-breed facultatief te maken (artikel 7:13 van de Awb).

De leden van de VVD-fractie wilden weten of het fixeren van de schorsende werking van bezwaar op 24 weken tot gevolg kan hebben dat de ACM juist langer wacht met beslissen omdat zij na het verstrijken van de 24-wekentermijn geen prikkel meer heeft om snel te beslissen. Een risico daarop zie ik niet. Het fixeren van de schorsende werking van bezwaar op 24 weken geeft voor zowel de marktorganisatie als de ACM een prikkel om de voortgang in de bezwaarfase te bevorderen zodat een tijdige beslissing op bezwaar mogelijk is. Indien de 24-wekentermijn toch mocht verstrijken voordat een beslissing op bezwaar is genomen, dan betekent dat niet dat de ACM een prikkel heeft om haar beslissing uit te stellen.

De ACM is juist gebaat bij korte doorlooptijden van haar zaken, omdat die bijdragen aan de effectiviteit en efficiëntie van haar optreden. De lengte van de doorlooptijden is daarom één van de criteria waarnaar wordt gekeken, bijvoorbeeld in de verplichte vijfjaarlijkse evaluatie van de effectiviteit en efficiëntie van haar optreden. Er wordt bovendien niet gekeken naar het moment van inning van de boete, zoals de leden van de VVD-fractie leken te veronderstellen. De ACM heeft geen belang bij de inning van de boete of het tijdstip daarvan, ook geen financieel belang. De boete-inkomsten vloeien niet naar de ACM, maar naar het Ministerie van Economische Zaken. Ware dat anders, dan zou de ACM inderdaad een prikkel kunnen hebben om meer en/of hogere boetes op te leggen en het moment van boete-inning te bespoedigen door bijvoorbeeld de 24-wekentermijn te laten verstrijken. Dat zou echter conflicteren met haar onafhankelijke positie als toezichthouder en zou bovendien ten koste gaan van de effectiviteit van haar toezicht, omdat boetes voor de ACM lang niet altijd het meest geschikte instrument zijn om in te zetten als zij een overtreding heeft geconstateerd. Soms zijn andere instrumenten, zoals een toezeggingsbesluit, bindende aanwijzing of voorlichting, daarvoor meer geëigend. Doordat de boetes niet naar de ACM vloeien en niet van invloed zijn op haar jaarlijkse budget, is er geen sprake van een prikkel om niet meer snel te beslissen. Op dit punt wijzigt het voorliggende wetsvoorstel niets ten opzichte van de huidige regelgeving; een dergelijke prikkel is zowel in de huidige wetgeving als in voorliggend wetsvoorstel afwezig.

De leden van de VVD-fractie vroegen in het licht van het voorgestelde artikel 12s van de Instellingswet ACM of het risico bestaat dat ondernemingen niet langer bereid zijn om deel te nemen in besturen van verenigingen als zij aansprakelijk gesteld kunnen worden. Zij vroegen of de regering bereid is om toe te zeggen dat alleen aansprakelijkheid geldt voor ondernemingen vertegenwoordigd in besturen van brancheverenigingen als sprake is van verwijtbaar of nalatig handelen van de onderneming en er dus geen sprake is van een risicoaansprakelijkheid. Het voorgestelde artikel 12s van de Instellingswet ACM regelt dat boetes,

opgelegd aan verenigingen van marktorganisaties in geval van insolventie van die vereniging, verhaald kunnen worden op de marktorganisaties die ten tijde van de beslissing tot het begaan van de overtreding in het bestuur van die vereniging waren vertegenwoordigd. De voorgestelde regeling is inhoudelijk gelijk aan de huidige regeling van artikel 68a van de Mededingingswet. Omdat het begrip marktorganisatie tevens betrekking heeft op organisaties waarin marktorganisaties verenigd zijn, ligt het voor de hand de huidige regeling van artikel 68a van de Mededingingswet inzake de insolventie van ondernemersverenigingen breder te trekken en te vervangen door een centrale regeling in de Instellingswet ACM. Het vierde lid van het voorgestelde artikel 12s waarborgt (net als het huidige vierde lid van artikel 68a van de Mededingingswet) dat een in het bestuur vertegenwoordigde marktorganisatie niet verplicht is tot betaling indien zij aantoonbaar dat zij de beslissing tot het begaan van de overtreding niet heeft uitgevoerd en dat zij hetzij niet op de hoogte was van die beslissing hetzij van die beslissing actief afstand heeft genomen voordat het onderzoek naar de overtreding was aangevangen. Voorts staat de rechtsbescherming open tegen invorderingsmaatregelen waarin de Awb-wetgever door middel van afdeling 4.4.4 van de Awb heeft voorzien. Aanvullende waarborgen worden niet nodig geacht.

De leden van de CDA-fractie informeerden of marktorganisaties er voor hun rechtsbescherming nadeel van ondervinden dat het wetsvoorstel voor lasten onder dwangsom de eis om van de overtreding een rapport op te maken laat vervallen. Dat is niet het geval. Alvorens een bestuurlijke sanctie kan worden opgelegd, dient de ACM te hebben vastgesteld dat er sprake is van een overtreding. Een rapport, dat gelet op artikel 5:48 van de Awb aan bepaalde eisen moet voldoen, dient ertoe om die vaststelling vorm en inhoud te geven, net zoals een proces-verbaal als bedoeld in artikel 142 van het Wetboek van Strafvordering. Het rapport kan een nuttige rol vervullen bij de bewijsvoering en de toetsing van de opgelegde bestuurlijke sanctie door de rechter. Op grond van de artikelen 5:48 jo. 5:53 van de Awb is het opmaken van een rapport niet verplicht voor het opleggen van een last onder dwangsom maar alleen voor het opleggen van een zwaardere bestuurlijke boete, te weten een boete van meer dan € 340,-. Ook op andere manieren dan door middel van een rapport kan worden vastgelegd dat een overtreding is geconstateerd. In het wetsvoorstel wordt ACM-breed bij dit Awb-systeem aangesloten. Voor zover thans in de materiële wetten voor het opleggen van een last onder dwangsom nog een rapport wordt vereist, wordt die eis door het wetsvoorstel geschrapt. Dit leidt niet tot een slechtere rechtsbeschermingspositie voor marktorganisaties. Vereist blijft immers dat dergelijke besluiten zorgvuldig worden voorbereid.

De eisen die de Awb in dat kader in het algemeen aan de voorbereiding van besluiten stelt, zijn en blijven dan ook van toepassing op besluiten van de ACM tot het opleggen van een last onder dwangsom, ongeacht of van de overtreding een rapport is opgemaakt of niet. Te denken valt aan de eis dat de nodige kennis wordt vergaard omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen (artikel 3:2 van de Awb) en de eis dat een besluit dient te berusten op een deugdelijke motivering (artikel 3:46 van de Awb). Indien de marktorganisatie van mening is dat de opgelegde last onder dwangsom onvoldoende gemotiveerd is of is gebaseerd op een ondeugdelijke vaststelling van de feiten inzake de overtreding, kan zij tegen die last onder dwangsom bezwaar maken en (vervolgens desgewenst) beroep instellen en in dat kader de feitenvaststelling en motivering aan de orde stellen.

De leden van de CDA-fractie vroegen hoe de regering de keuze voor een eenduidig bestuursrechtelijk stelsel van handhaving motiveert vanuit het perspectief van rechtsbescherming van marktorganisaties. Een adequaat

niveau van rechtsbescherming voor marktorganisaties is één van de uitgangspunten van het voorliggende wetsvoorstel. Zowel een bestuursrechtelijk als een strafrechtelijk stelsel van handhaving bieden een adequaat niveau van rechtsbescherming voor overtreders. Met betrekking tot een bestuursrechtelijk stelsel noem ik de waarborgen die in de titels 5.3 (herstelsancties) en 5.4 (bestuurlijke boete) van de Awb zijn opgenomen. In aanvulling daarop bevat het wetsvoorstel nog extra waarborgen voor marktorganisaties, zoals een uitbreiding van de scheiding binnen de ACM tussen personen betrokken bij toezicht en personen betrokken bij de sanctieoplegging, een uitbreiding van het zwijgrecht en cautieplicht en de mogelijkheid om maatwerk te leveren: de ACM kan niet alleen reageren met het opleggen van een last onder dwangsom of boete maar kan ook een bindende aanwijzing geven of een toezegging van een marktorganisatie verbindend verklaren. Daarnaast geldt dat bij zowel een bestuursrechtelijk als een strafrechtelijk handhavingstelsel de rechter het laatste woord heeft. De keuze tussen een bestuursrechtelijk of een strafrechtelijk stelsel is dan ook geen keuze tussen meer of minder rechtswaarborgen, maar is gegrond op andere redenen. Deze redenen zijn uitgebreid beschreven in de memorie van toelichting bij dit wetsvoorstel (Kamerstukken II 2012/13, 33 622, nr. 3, pp. 14 t/m 19) en het nader rapport op het advies van de Raad van State over het amendement Heemskerk dat de binnentredings- en doorzoekingsbevoegdheid in de Mededingingswet heeft geïntroduceerd (Kamerstukken II 2006/07, 30 071, nr. 37, pp. 5 e.v.).

De leden van de CDA-fractie wilden ook weten waarom de regering niet heeft gekozen voor een aanzienlijk hogere boete voor niet meewerken dan een boete van maximaal € 450.000 in het voorgestelde artikel 12l, derde lid, van de Instellingswet ACM. Het voorgestelde artikel 12l, derde lid, van de Instellingswet ACM stroomlijnt de bepalingen die nu nog verspreid staan in de verschillende materiële wetten op de naleving waarvan de ACM toezicht houdt. Deze stroomlijning is niet aangegrepen om op dit punt een verhoging van het wettelijke boetemaximum door te voeren. Dat valt buiten de scope van dit wetsvoorstel, dat immers tot doel heeft om procedures en bevoegdheden van de ACM te stroomlijnen en te vereenvoudigen. Daarom is er in dit wetsvoorstel voor gekozen om het boetemaximum van € 450.000 ongewijzigd te laten.

Desalniettemin is het een terechte constatering van de leden van de CDA-fractie dat een economisch handelende marktpartij door het enkel hanteren van een absoluut boetemaximum een prikkel kan hebben om niet mee te werken. Zoals ik per brief van 27 augustus 2013 (Kamerstukken II 2012/13, 33 622, nr. 9) aan de Tweede Kamer heb geschreven, heb ik onderzoek laten uitvoeren door onderzoeksbureau Strategies in Regulated Markets en advocatenkantoor Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn naar mogelijkheden voor vergroting van de effectiviteit van het markttoezicht in relatie tot het boetebeleid. Naar aanleiding van dat onderzoek is het mijn voornemen om ACM-breed een boetemaximum te introduceren dat is gerelateerd aan de omzet van de overtreder, ook voor overtredingen waarvoor dat nu nog niet geldt. Door alleen een absoluut boetemaximum te hanteren, kunnen grote marktorganisaties relatief worden bevoordeeld ten opzichte van kleine marktorganisaties. Een boete van € 450.000,- kan voor grote marktorganisaties immers een gering bedrag vormen. Ook het boetemaximum in het voorgestelde artikel 12l, derde lid, van de Instellingswet ACM zal derhalve worden aangepast. Op die manier is de afschrikkende werking beter verzekerd. Dit wordt geregeld in een wetsvoorstel dat op dit moment in voorbereiding is. Mijn streven is om dit wetsvoorstel in het najaar van 2014, na ommekomst van advisering door de Afdeling advisering van de Raad van State, te doen aanbieden aan de Tweede Kamer.

De leden van de CDA-fractie vroegen om een nadere motivering waarom wordt voorgesteld schorsende werking te onthouden aan (hoger) beroep, waarbij wordt ingegaan op de aard en zwaarte van de op te leggen sancties en op het feit dat ook al griffierechten zijn verschuldigd om in (hoger) beroep te gaan tegen een sanctie. Het wetsvoorstel beoogt een evenwichtig ACM-breed systeem van schorsende werking te introduceren. In de huidige situatie gelden verschillende systemen. De hoofdregel, zoals neergelegd in artikel 6:16 van de Awb, is dat bezwaar en (hoger) beroep geen schorsende werking hebben. In de meeste van de wetten op de naleving waarvan de ACM toezicht houdt en op grond waarvan zij boetes kan opleggen, wordt deze hoofdregel gevolgd. Alleen voor boetebesluiten op grond van de Mededingingswet, Telecommunicatiewet en Loodsenwet geldt thans dat – in afwijking van de hoofdregel van artikel 6:16 van de Awb – hun werking is geschorst tot en met de uitspraak in hoger beroep. De ervaring met boetebesluiten op basis van met name de Mededingingswet en de Telecommunicatiewet is dat de doorlooptijden van deze zaken erg lang zijn. Die doorlooptijden worden in belangrijke mate veroorzaakt door het feit dat tegen bijna alle boetebesluiten bezwaar en beroep wordt ingesteld, mede doordat dit schorsende werking heeft. Doorprocederen loont omdat dan voor jaren uitstel van betaling wordt verkregen tot het boetebesluit definitief is en omdat bij overschrijding van de redelijke termijn de boete wordt verlaagd door de rechter. Bovendien komt het nogal eens voor dat aan het einde van de rit geen verhaalsmogelijkheid meer bestaat en de opgelegde boete niet meer kan worden geïnd omdat de betreffende marktorganisatie niet meer bestaat. Ook het feit dat griffierechten zijn verschuldigd om in (hoger) beroep te gaan tegen een sanctie vormt geen belemmering om door te procederen, hetgeen wordt weerspiegeld door de zeer beperkte zeefwerking van bezwaar: na de beslissing op bezwaar van de ACM wordt in bijna alle gevallen (bijna 90%) doorgeprocedeerd voor de rechter. De hiervoor genoemde voordelen van het uitstellen van de betalingsverplichting worden derhalve in de meeste gevallen groter ingeschat dan het nadeel van de betaling van griffierechten.

Teneinde een efficiënter gebruik van rechtsmiddelen te bevorderen en de doorlooptijden van ACM-zaken te verkorten, heb ik overwogen om in het wetsvoorstel aan te sluiten bij de hoofdregel van artikel 6:16 van de Awb en aan bezwaar en (hoger) beroep in het geheel geen schorsende werking toe te kennen. Dan zou de afweging van marktorganisaties of zij al dan niet in bezwaar of (hoger) beroep gaan uitsluitend worden genomen op basis van de inschatting van de kans dat bezwaar of (hoger) beroep zullen leiden tot een aanpassing of vernietiging van het boetebesluit. Het feit dat de betalingsverplichting van de opgelegde boete daarmee wordt opgeschort en de daarbij behorende potentiële (en deels onbedoelde) voordelen voor de marktorganisatie, spelen in die afweging dan geen rol meer.

Met het oog op de rechtsbescherming van marktorganisaties heb ik echter gemeend om schorsende werking, anders dan de hoofdregel van artikel 6:16 van de Awb, niet volledig achterwege te moeten laten. De reden daarvoor is dat de boetes die de ACM kan opleggen over het algemeen fors zijn. Dat rechtvaardigt mijns inziens een zekere mate van schorsende werking van bezwaar tegen een boetebesluit. Daarom heb ik gekozen voor een systeem met een beperkte schorsende werking van bezwaar tegen een boetebesluit, namelijk tot het einde van de beslistermijn op bezwaar. Zolang de boete door de ACM nog binnen de daarvoor geldende termijnen kan worden heroverwogen hoeft nog niet te worden betaald. Voor de duidelijkheid en uitvoerbaarheid is deze schorsingstermijn bepaald op 24 weken te rekenen met ingang van de dag na die waarop het primaire boetebesluit is bekendgemaakt. Deze keuze levert naar verwachting voor zowel de ACM als marktorganisaties een prikkel op om een tijdige beslissing op bezwaar mogelijk te maken. Dit

voorstel sluit bovendien dichter aan bij de hoofdregel van artikel 6:16 van de Awb dan een systeem met schorsende werking van bezwaar en (hoger) beroep tegen een boetebesluit.

De leden van de PVV-fractie vroegen om een nadere uitleg over de kwalificatie van het bestuursrechtelijk systeem als zwaarder dan een civielrechtelijk systeem. De Wet handhaving consumentenbescherming (Whc) kent nu nog een duaal stelsel van handhaven. Dat wil zeggen dat sommige bepalingen bestuursrechtelijk wordt gehandhaafd en andere bepalingen civielrechtelijk. Welke bepalingen bestuursrechtelijk of civielrechtelijk gehandhaafd worden, is bepaald in de bijlage van de Whc, respectievelijk in onderdeel b en onderdeel a van de bijlage bij de Whc. In het geval van bestuursrechtelijke handhaving is de ACM bevoegd om een last onder dwangsom, bestuursrechtelijke boete of bindende gedragslijn op te leggen.

Bij civielrechtelijke handhaving kan de ACM het Gerechtshof 's-Gravenhage verzoeken om de overtreder ertoe te bewegen de overtreding te staken. Uit de evaluatie van de Whc (Kamerstukken II 2011/12, 33 070, nr. 1) kwam naar voren dat zowel ondernemingen als consumentenorganisaties als andere stakeholders een groot verschil ervoeren in het effect (voor ondernemingen) van enerzijds civielrechtelijke en anderzijds bestuursrechtelijke handhaving. Een civielrechtelijke procedure leidt in tegenstelling tot een bestuursrechtelijke procedure niet tot een (punitieve) boete. Een bevel tot staking van de overtreding van de civiele rechter werd door een brede groep respondenten niet als een straf ervaren, ook niet als het bevel gepaard zou gaan met een dwangsom. Een uitspraak van de civiele rechter werd door ondernemingen opgevat als geschilbeslechting tussen gelijkwaardige partijen, terwijl een boete een hiërarchische verhouding uitdrukt. Een bestuursrechtelijk systeem van handhaving heeft daarom meer afschrikkende werking dan een civielrechtelijk systeem.

Voorts vroegen deze leden welke ondernemingen en maatschappelijke partijen in de evaluatie blij hebben gegeven van een toegenomen acceptatie van het bestuursrechtelijke stelsel van handhaving. Bij de evaluatie van de Whc zijn gesprekken gevoerd met de volgende ondernemingen en maatschappelijke partijen (Kamerstukken II 2011/12, 33 070, nr. 1): Consumentenbond, Stichting De Ombudsman, Stichting Reclame Code, VNO-NCW/MKB Nederland, Europees Consumenten Centrum, Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken, Juridisch Loket, Raad Nederlandse Detailhandel, ANVR, BOVAG, CBW Mitex, Hoofdbedrijfschap Detailhandel, Meines & Partners (namens brancheorganisatie EUSTA), UPC Nederland, KPN, Bird&Bird, Stichting SMS Gedragscode, De Bok Roijers Gasseling, Energie Nederland, Dynabite, Thuiswinkel.org, Uneto-VNI, SER, Universiteit Utrecht, Erasmus Universiteit en Universiteit van Amsterdam. In het evaluatierapport geven de onderzoekers aan dat de respondenten in het algemeen een toegenomen acceptatie van bestuursrechtelijke handhaving in het markttoezicht signaleren.

De leden van de PVV-fractie stelden een aantal vragen over de afschaffing van het duale stelsel van handhaving in de Telecommunicatiewet. Zij vroegen onder meer of er nooit een zaak is geweest waarin strafrechtelijke handhaving kon worden ingezet. Voor de ACM en voorganger OPTA geldt dat er geen zaken zijn geweest waarbij strafrechtelijke handhaving van de Telecommunicatiewet in de rede lag. Hoewel van de mogelijkheid van strafrechtelijke handhaving in beginsel ook een zekere mate van preventieve werking kan uitgaan, heb ik geen aanwijzingen dat dit de reden is dat het strafrecht niet ingezet hoefde te worden. Het bestuursrechtelijke instrumentarium biedt voldoende basis voor effectieve handhaving van de bepalingen van de Telecommunicatiewet waarop de ACM toezicht houdt. Dit bestuursrechtelijke instrumentarium van de ACM wordt

bovendien ACM-breed aangescherpt, zodat de afschrikkende werking ervan verder wordt vergroot en recidive strenger kan worden aangepakt. De Tweede Kamer is hierover geïnformeerd in de brieven van 27 augustus 2013 en 11 februari 2014 (Kamerstukken II 2012/13, 33 622, nr. 9 en 2013/14, 33 622, nr. 19).

De leden van de PVV-fractie vroegen hoe vaak het voor komt dat het Agentschap Telecom gebruik maakt van strafrechtelijke handhaving en wat de reden is dat het Agentschap Telecom wel strafrechtelijke handhaving toepast. Het Agentschap Telecom heeft een aantal specifieke taken waarbij strafrechtelijke handhaving wenselijk is. Zo wordt radiozendapparatuur die niet mag worden gebruikt, strafrechtelijk in beslag genomen. Het gaat bijvoorbeeld om stoorzenders (zogenoeten *jammers*) die het mobiele telefonieverkeer in een bepaalde straal onmogelijk maken. Het gebruik van zo'n stoorzender heeft in vele gevallen een criminele bedoeling. Voor het aan het verkeer onttrekken van stoorzenders is inbeslagneming het geëigende instrument. Daarnaast wordt regelmatig strafrechtelijk opgetreden bij uitzendingen van etherpiraten die storing veroorzaken op legale omroepzenders, waarbij de zender op openbare grond of aan mobiele antennemasten is geplaatst. Ook bij de aanpak van etherpiraten kan strafrechtelijke handhaving wenselijk zijn, als die in korte tijd meermaals bestuurlijk zijn gesanctioneerd of al in de schuldsanering zitten, waardoor financiële sancties niet effectief kunnen zijn. Dit komt gemiddeld enige tientallen keren per jaar voor.

De leden van de PVV-fractie wilden ook weten of persoonlijke boetes die de ACM heeft opgelegd aan bestuurders door de bestuurders zelf moeten worden betaald en zo ja, hoe erop wordt toegezien dat dit daadwerkelijk gebeurt.

De bevoegdheid van de ACM om een bestuurlijke boete op te leggen aan natuurlijke personen, te weten bestuurders of feitelijk leidinggevend, dient ertoe om de afschrikkende werking van het markttoezicht te vergroten. Ten eerste heeft de persoonlijke boete afschrikkende werking omdat deze gepaard gaat met reputatie- of imagoschade; een persoonlijke boete verkleint de kansen van de betreffende bestuurder of feitelijk leidinggevende op de arbeidsmarkt drastisch. Ten tweede doordat persoonlijke boetes de betrokken bestuurders of feitelijk leidinggevend direct financieel raken. De boete wordt immers aan henzelf opgelegd, niet aan de marktorganisatie. Persoonlijke boetes worden dientengevolge geïnd bij de betreffende bestuurders of feitelijk leidinggevend; zij moeten de boete zelf betalen, niet de marktorganisatie. Hoewel niet op voorhand kan worden uitgesloten dat de bestuurder of feitelijk leidinggevende voor de boete wordt gecompenseerd door de betreffende marktorganisatie – een marktorganisatie kan dat immers zelf beslissen – is dat zeker niet vanzelfsprekend. Ik heb vertrouwen in het zelfreinigend vermogen van marktorganisaties, in die zin dat de gestrafte bestuurder uit eigen beweging of op last van de Raad van Commissarissen zijn functie zal neerleggen en dat de marktorganisatie de boete van de bestuurder niet in zijn plaats zal betalen. Als bekend wordt dat de marktorganisatie de boete van een bestuurder of feitelijk leidinggevende heeft betaald, kan de indruk worden gewekt dat de betreffende marktorganisatie achter de overtreding van de leidinggevende staat en daarmee leiden tot reputatieschade aan de zijde van de marktorganisatie.

De leden van de PVV-fractie stelden enkele vragen over het laten vervallen van de verplichting om een rapport op te stellen indien een last onder dwangsom wordt opgelegd in relatie tot het feit dat dergelijke besluiten zorgvuldig moeten worden voorbereid. Soortgelijke vragen zijn gesteld door de leden van de CDA-fractie. In dat kader is reeds ingegaan op het aspect dat ook besluiten tot het opleggen van een last onder dwangsom

zorgvuldig moeten worden voorbereid. Verwezen wordt dan ook naar de beantwoording van die vragen in deze paragraaf.

De leden van de PVV-fractie merkten op dat voorgesteld wordt de bezwaarfase in alle gevallen af te schaffen. Zij vroegen wat de reden was dat in het verleden de bezwaarfase ingesteld werd. Allereerst dient te worden opgemerkt dat de bezwaarfase niet in alle gevallen wordt afgeschaft, zoals de leden van de PVV-fractie veronderstelden. De bezwaarmogelijkheid vormt een wezenlijk onderdeel van het systeem van rechtsbescherming zoals opgenomen in de Awb. Hiervan wordt slechts afgeweken indien hiervoor bijzondere redenen zijn. Het onderhavige wetsvoorstel voorziet in twee gevallen in een dergelijke uitzondering waarbij de bezwaarfase bij besluiten van de ACM vervalt. Ten eerste vervalt de bezwaarfase, voor zover thans aanwezig, bij geschilbeslechting door de ACM. 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 van geschilbeslechting door de ACM 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. Ten tweede vervalt de bezwaarfase, voor zover thans aanwezig, bij zogenaamde «moederbesluiten» in de tarieven en voorwaardensfeer. Ten aanzien van deze besluiten wordt overal uitsluitend voorzien in beroep in eerste en enige aanleg op het CBb. Bij de meeste van die besluiten is dat nu ook al het geval maar in een aantal gevallen nog niet. In dergelijke 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, zoals het consulteren van het conceptbesluit. Reden dat de bezwaarfase nu deels wel van toepassing is bij geschilbeslechting door de ACM en bij «moederbesluiten» in de tarieven- en voorwaardensfeer is dat de bezwaarfase de hoofdregel is in de Awb en uitzonderingen expliciet vastgelegd dienen te worden (in bijlage 1 van de Awb). Dit was nog niet consequent in alle gevallen gebeurd. Het onderhavige wetsvoorstel voorziet hierin.

De leden van de PVV-fractie vroegen in het kader van de waarschuwingsbevoegdheid of de ACM controleert of er sprake is van een gecoördineerde actie wanneer in een kort tijdsbestek een groot aantal min of meer gelijklopende klachten bij ConsuWijzer binnenkomen. De waarschuwingsbevoegdheid mag slechts gebruikt worden indien dat redelijkerwijs noodzakelijk is om consumenten snel en effectief te informeren over een schadeveroorzakende handelspraktijk van een ondernemer en daardoor schade te voorkomen. Bovendien dient, wanneer bij het uitvaardigen van een waarschuwing de naam van een marktorganisatie wordt genoemd, sprake te zijn van een reëel en acuut risico op benadeling van consumenten en van een redelijk vermoeden van een overtreding. Of sprake is van een «redelijk vermoeden» kan per geval verschillen. Een groot aantal min of meer gelijklopende klachten dat in een kort tijdsbestek bij ConsuWijzer binnenkomt kan daarvoor een indicator zijn. Dat neemt niet weg dat de ACM te allen tijde zelf een kort onderzoek zal dienen te doen naar de vermoedelijke overtreding, met inbegrip van de daarover

binnengekomen klachten. Bij dat onderzoek zal de ACM onder andere dienen te betrekken of uitgesloten kan worden dat sprake is van een ten onrechte gecoördineerde actie.

De leden van de PVV-fractie informeerden in welke gevallen besluiten tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie of tot het geven van een bindende aanwijzing zonder voorafgaande belangenafweging openbaar gemaakt kunnen worden en in welke gevallen dat in het verleden mogelijk was. Openbaarmaking van deze besluiten zonder voorafgaande belangenafweging was in het verleden niet mogelijk en zal ook in de toekomst niet mogelijk worden. Voorafgaand aan de openbaarmaking van besluiten tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie of bindende aanwijzing vindt er immers altijd een belangenafweging plaats op basis van artikel 10, tweede lid, van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob), zij het dat de omvang ervan kan verschillen.

Voor besluiten tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie of tot het geven van een bindende aanwijzing is uitgangspunt dat zij steeds openbaar worden gemaakt, zij het met uitzondering van daarin voorkomende gegevens die ingevolge artikel 10 van de Wob niet voor verstrekking in aanmerking komen (zie voorgesteld artikel 12u van de Instellingswet ACM). Op basis daarvan worden in het besluit opgenomen bedrijfs- en fabricagegegevens niet openbaar gemaakt (artikel 10, eerste lid, onder c, Wob) en wordt het belang van openbaarmaking van de overige elementen van het besluit afgewogen tegen de door artikel 10, tweede lid, onder a tot en met g, van de Wob beschermde belangen. Met name het onder g genoemde belang om niet onevenredig te worden benadeeld, kan aan openbaarmaking van gegevens die de marktorganisatie identificeren (naam, adres, woonplaats) in de weg staan.

Op deze regel van openbaarmaking na voorafgaande, volledige Wob-toets vormt het in voorgesteld artikel 12v van de Instellingswet ACM opgenomen openbaarmakingsregime een belangrijke uitzondering. Die uitzondering betreft de situaties dat een bestuurlijke sanctie of bindende aanwijzing wordt opgelegd vanwege een zeer ernstige overtreding. Zeer ernstige overtredingen betreffen volgens artikel 12v van de Instellingswet ACM overtredingen waarvoor een boete van ten hoogste 10% van de omzet kan worden opgelegd. Voorbeelden van dergelijke overtredingen zijn overtredingen van het kartelverbod, van het verbod van misbruik van economische machtspositie en van het verbod om een concentratie tot stand te brengen zonder melding en zonder vergunning (Mededingingswet), overtredingen van in verband met aanmerkelijke marktmacht opgelegde verplichtingen (Telecommunicatiewet), en, zoals deze leden terecht opmerkten, overtredingen van bepalingen met betrekking tot essentiële netbeheerderstaken in de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet. In dergelijke zeer ernstige gevallen wordt een besluit tot oplegging van een bestuurlijke sanctie of bindende aanwijzing steeds openbaar gemaakt na een *beperkte* toets aan artikel 10 van de Wob. Die beperktheid van de toets betreft niet het eerste lid van artikel 10 van de Wob: de in onderdeel c, van artikel 10, eerste lid, van de Wob genoemde bedrijfs- en fabricagegegevens worden noch op basis van artikel 12u nog op basis van artikel 12v openbaar gemaakt. Wel is ingevolge artikel 12v de toets aan het tweede lid van artikel 10 van de Wob beperkter. De belangenafweging op grond van het tweede lid van artikel 10 van de Wob is ingevolge artikel 12v beperkt tot de toets of persoonsnamen gelet op de door artikel 10, tweede lid, onder e en g, van de Wob beschermde belangen openbaar gemaakt mogen worden, met dien verstande dat persoonsnamen deel uitmakend van de naam van de marktorganisatie altijd openbaar gemaakt worden. Andere gegevens die de marktorganisatie kunnen identificeren, zullen ingevolge het openbaarmakingsregime van artikel 12v wel altijd openbaar worden gemaakt (zoals adres en woonplaats).

De leden van de ChristenUnie-fractie vroegen hoe vaak het voorkomt dat de uitvoering van specifieke Europese regelgeving om optreden vraagt dat in het Nederlandse systeem niet thuishoort in het bestuursrecht en hoe de regering deze gevallen beoordeelt. Het voorliggende wetsvoorstel beëindigt de bestaande duale stelsels van handhaving en vervangt deze door een stelsel van uitsluitend bestuursrechtelijke handhaving. Alleen als dat noodzakelijk is om de uitvoering van Europese regelgeving op een juiste manier in het Nederlandse rechtsstelsel in te passen, kan hiervan worden afgeweken. Daartoe wordt beoordeeld of het optreden waar Europese regelgeving om vraagt in het Nederlandse rechtsstelsel past binnen het bestuursrecht – en derhalve aan de ACM kan worden opgedragen – of thuishoort binnen het strafrecht omdat optreden van de strafrechter is vereist. Voorbeelden van het eerste zijn het opleggen van een bestuurlijke boete of last onder dwangsom. Tot op heden is er slechts één voorbeeld van Europese regelgeving die vraagt om optreden dat in het Nederlandse systeem thuishoort in het strafrecht. Dat is de Verordening (EU) nr. 1227/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende de integriteit en transparantie van de groothandelsmarkt voor energie (PbEU 2011, L 326) (REMIT-verordening). Op grond van artikel 13, tweede lid, onderdelen f en g, van die verordening moet een rechter kunnen worden gevraagd vermogensbestanddelen te bevroren of in beslag te nemen of een tijdelijk verbod op beroepsuitoefening op te leggen. In het Nederlandse rechtsstelsel zijn dit bevoegdheden die passen binnen een strafrechtelijke context en aan de strafrechter dienen te worden toegekend.

Algemeen belang

De leden van de PVV-fractie vroegen welk bestuursorgaan volgens het wetsvoorstel voor de rijksoverheid kan vaststellen dat bepaalde economische activiteiten of beoordelingen in het algemeen belang zijn. Ook vroegen deze leden wat er nu geregeld is in de Aanwijzingen van de Minister-President, dat vervalt als dit wetsvoorstel van kracht wordt. In de in onderdeel K van het wetsvoorstel voorgestelde wijziging van artikel 25h, zesde lid, van de Mededingingswet wordt bepaald dat de vaststelling of economische activiteiten of beoordelingen in het algemeen belang zijn, voor het Rijk dient te geschieden door de Minister die het aangaat. Nu regelen de Aanwijzingen van de Minister-President inzake toepassing van uitzondering inzake het algemeen belang (Stcr. 2012, 11736) (aanwijzing 2) nog dat de vaststelling dat bepaalde economische activiteiten van de rijksoverheid of de beoordeling door de rijksoverheid van een overheidsbedrijf in het algemeen belang zijn, geschiedt bij besluit van de Minister die het aangaat. Wanneer de met onderdeel K van dit wetsvoorstel beoogde wijziging van artikel 25h, zesde lid, van de Mededingingswet in werking is getreden, is het aan de Minister-President, handelende in overeenstemming met het gevoelen van de ministerraad, om te besluiten of de bedoelde aanwijzingen worden ingetrokken.

Financiering ACM

De leden van de PVV-fractie informeerden of de kostendoorberekening per sector tot uiting komt in het jaaroverzicht en om welke kosten het hierbij gaat. Zij vroegen tevens of het voor alle kosten geldt en zo niet, welke kosten daar buiten vallen en hoe deze verrekend worden. Het onderhavige wetsvoorstel regelt dat het jaarverslag van de ACM een overzicht bevat van de kosten die ten laste zijn gebracht van marktorganisaties. Hierdoor wordt bewerkstelligd dat een ieder (het jaarverslag van de ACM is immers openbaar) inzicht kan krijgen in de feitelijk gerealiseerde kosten die door de ACM worden doorberekend. De directe personele en materiële kosten

voor de betreffende sector en de indirecte personele en materiële kosten van de ACM worden doorberekend. De indirecte kosten worden toege-rekend naar rato van het gerealiseerde aantal directe uren. De ACM hanteert hiertoe een tijdschrijfsysteem.

In het voorgestelde artikel 6a van de Instellingswet ACM zijn de volgende kosten uitgezonderd van doorberekening aan marktpartijen: kosten die de ACM maakt in verband met het uit eigen beweging verrichten van onderzoek, kosten van de ACM die samenhangen met het sanctioneren van overtredingen, zoals het nemen en bekendmaken van besluiten omtrent het opleggen van bestuurlijke sancties, kosten van de ACM die samenhangen met bezwaar en beroep, kosten van de ACM die samenhangen met het geven van deskundige raad aan de Minister van Econo-mische Zaken en de Minister van Infrastructuur en Milieu, kosten van de ACM die samenhangen met werkzaamheden die de ACM uitsluitend verricht voor andere (binnen- en buitenlandse) overheidsorganisaties en kosten van de strafrechtelijke handhaving van een overtreding van de artikelen 3, 4 en 5 van de REMIT-verordening.

Kosten die samenhangen met het nemen en bekend maken van besluiten, met uitzondering van beschikkingen, en met het toezicht op de naleving van regelgeving worden evenmin ten laste van marktorganisaties gebracht indien de werkzaamheden niet gericht zijn op marktordening of er geen sprake is van een voldoende afgebakende groep marktorgani-saties die van de werkzaamheden profijt hebben. Doorberekening van deze kosten vindt evenmin plaats als de baten van doorberekening naar verwachting niet opwegen tegen de lasten ervan. Uit de eerstgenoemde grond volgt dat de kosten samenhangend met het generieke mededin-gingstoezicht en het generieke consumentenbeschermingstoezicht niet worden doorberekend aan marktorganisaties.

De kosten die niet doorberekend zullen kunnen worden, worden uit de Rijksbegroting gefinancierd. De ACM hanteert hiertoe een tijdschrijf-systeem. Dit tijdschrijfsysteem is zo ingericht dat deze kosten gescheiden zijn van de kosten die wel aan marktorganisaties worden doorbelast.

Bezwaren representatieve organisaties

De leden van de VVD-fractie vroegen om een reactie op de vragen van diverse representatieve organisaties in de energiesector, gesteld in hun brief van 26 februari 2014. Allereerst hecht ik eraan op te merken dat dit wetsvoorstel niets verandert aan het feit dat de representatieve organi-saties op grond van de artikelen 82 van de Elektriciteitswet 1998, 61 van de Gaswet en 23 van de Warmtewet verondersteld worden belangheb-bende te zijn bij algemene verbindende voorschriften die de ACM vaststelt op basis van de Elektriciteitswet 1998, de Gaswet en de Warmtewet. Het gaat daarbij om de voor een sector geldende tariefstructuren en voorwaarden, die door de ACM worden vastgesteld en door de ACM worden aangeduid als «codes». De veronderstelde belanghebbendheid ligt niet in de rede bij besluiten van de ACM die niet gelden voor een hele sector maar alleen voor een individuele netbeheerder of een individuele leverancier, zoals een boetebeschikking. Niet valt in te zien waarom representatieve organisaties bij dergelijke individuele besluiten op voorhand belanghebbende zouden moeten zijn. Ook bij de totstand-koming van de betreffende artikelen is dit blijkens de toelichting niet verondersteld (Kamerstukken II 2003/04, 29 372, nr. 59, amendement Hessels). Gelet daarop stelt het wetsvoorstel voor dit aan te passen en voor beschikkingen van de ACM aan te sluiten bij de algemene regeling van artikel 1:2 van de Awb over het belanghebbende-begrip.

Ingevolge artikel 1:2 van de Awb kan een representatieve organisatie die een rechtstreeks bij een beschikking betrokken belang als bedoeld in artikel 1:2 van de Awb heeft bij een beschikking van de ACM in rechte tegen de betreffende beschikking opkomen. Ingevolge het derde lid zijn de

algemene en collectieve belangen van rechtspersonen die zij krachtens hun doelstelling en blijkens hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen ook als een dergelijk belang te beschouwen. Op deze wijze kunnen representatieve organisaties in de energiesector, net als representatieve organisaties in de andere ACM-sectoren, dus nog steeds in rechte de belangen vertegenwoordigen van energiebedrijven of afnemers, mits zij voldoen aan de belanghebbende-toets van artikel 1:2, derde lid, van de Awb. Bij tariefbeschikkingen zal die toets er naar verwachting toe leiden dat representatieve organisaties als belanghebbende kunnen worden aangemerkt, bij beschikkingen tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie kan dat anders liggen. In een dergelijk geval zal een representatieve organisatie echter ook vaak geen behoefte of reden hebben om in het belang van de hele sector tegen de beschikking op te komen. Wie een overtreding begaat kan immers een sanctie verwachten. Dat zal alleen anders liggen indien er aan de betreffende sanctiebeschikking of overtreding aspecten zitten die voor de hele sector relevant zijn. In die bijzondere gevallen zal echter de kans groot zijn dat de representatieve organisatie op grond van artikel 1:2, derde lid, van de Awb juist wel als belanghebbende kunnen worden aangemerkt. Materieel betekent de voorgestelde wijziging derhalve geen verslechtering.

De wijziging verhoudt zich bovendien uitstekend met de uitvoerige discussie die in de Tweede en Eerste Kamer heeft plaatsgevonden en waar de representatieve organisaties in hun brief op wijzen (Kamerstukken 26 303). In die discussie ging het immers in het geheel niet over de eventuele rol van representatieve organisaties bij de totstandkoming van een rechtsbescherming tegen individuele ACM-besluiten (beschikkingen), maar alleen over de vraag of de rol van representatieve organisaties en kleinere instanties bij de voorbereiding van tariefstructuren en voorwaarden wijziging zou behoeven, of representatieve organisaties als zodanig door de Minister zouden moeten worden aangewezen en over de vraag welke rechter bevoegd zou moeten zijn in geschillen over tariefstructuren en voorwaarden.

Voor de door de representatieve organisaties concreet gestelde vragen betekent het voorgaande het volgende. In antwoord op de eerste vraag of tariefbeschikkingen, x-factorbesluiten en rekenvoluminabesluiten beschikkingen zijn, kan bevestigend worden geantwoord. In antwoord op de tweede vraag wordt opgemerkt dat representatieve organisaties op basis van de huidige Elektriciteitswet 1998, Gaswet en Warmtewet geacht worden belanghebbende te zijn bij beschikkingen van de ACM. Dit betekent – en daarmee ga ik in op de derde vraag – dat zij in bezwaar en beroep kunnen gaan tegen beschikkingen van de ACM gericht tot een individuele netbeheerder of individuele leverancier. Zij kunnen bovendien tegen tariefstructuren en voorwaarden (de zogenaamde codes) beroep instellen bij het CBb. In antwoord op de vierde vraag zij opgemerkt dat de wijziging waarin het wetsvoorstel voorziet niet haaks staat op de discussie zoals die destijds in de Tweede en Eerste Kamer is gevoerd over het wetsvoorstel tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 ten behoeve van het stellen van nadere regels ten aanzien van het netbeheer en de levering van elektriciteit aan beschermde afnemers (Kamerstukken 26 303, in het bijzonder Kamerstukken I 1998/99, 26 303, nrs. 225c en 225f), omdat die discussie niet ging over het al dan niet belanghebbend moeten zijn van representatieve organisaties bij individuele besluiten van de ACM. Voor het antwoord op de vijfde vraag, waarom deze wijziging is voorgesteld, verwijs ik naar hetgeen in het voorgaande aan de orde is gekomen. In reactie op de zesde vraag, hoe het wetsvoorstel zich verhoudt tot het mijn voornemen (consultatieversie wetsvoorstel STROOM) om de mogelijkheid van beroep tegen wijzigingen van de tariefstructuren en voorwaarden af te schaffen, zij opgemerkt dat de appellabiliteit van de energiecodes een ander onderwerp is. Het onderhavige wetsvoorstel beperkt alleen de

veronderstelde belanghebbendheid van representatieve organisaties tot besluiten van de ACM die gelden voor een hele energiesector.

Ook de leden van de CDA-fractie vroegen om een reactie op de per brief geuite zorgen van de representatieve organisaties. Voor die reactie zij verwezen naar hetgeen hiervoor in antwoord op soortgelijke vragen van de leden van de VVD-fractie is aangegeven.

De Minister van Economische Zaken,
H.G.J. Kamp