

Vergaderjaar 2019–2020

35 467

Wijziging van de Mededingingswet en de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt in verband met de implementatie van richtlijn (EU) 2019/1 van het Europees parlement en de Raad van 11 december 2018 tot toekenning van bevoegdheden aan de mededingingsautoriteiten van de lidstaten voor een doeltreffendere handhaving en ter waarborging van de goede werking van de interne markt (PbEU 2019, L 11)

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 27 februari 2020 en het nader rapport d.d. 19 mei 2020, aangeboden aan de Koning door de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 3 december 2019, nr. 2019002535, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 27 februari 2020, nr. W18.19.0396/IV, bied ik U hierbij aan.

Het voorstel heeft de Afdeling advisering (hierna: de Afdeling) aanleiding gegeven tot een opmerking over een voorgestelde bepaling in de Mededingingswet waarmee een aanvullende regeling ten aanzien van het nemo tenetur-beginsel wordt ingevoerd, alsmede enkele redactionele opmerkingen. De Afdeling adviseert met deze opmerkingen rekening te houden voordat het voorstel bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal wordt ingediend. Graag ga ik op deze opmerkingen, en op de wijzigingen die bij gelegenheid van het nader rapport zijn aangebracht, in het navolgende in. De tekst van het advies treft u hieronder aan, met tussengevoegd de reactie daarop.

Bij Kabinetsmissive van 3 december 2019, no. 2019002535, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Mededingingswet en de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt in

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

verband met de implementatie van richtlijn (EU) 2019/1 van het Europees parlement en de Raad van 11 december 2018 tot toekenning van bevoegdheden aan de mededingingsautoriteiten van de lidstaten voor een doeltreffendere handhaving en ter waarborging van de goede werking van de interne markt (PbEU 2019, L 11), met memorie van toelichting.

Met het wetsvoorstel wordt Richtlijn (EU) 2019/1² (hierna: de richtlijn) geïmplementeerd in de Mededingingswet (Mw) en de Instellingswet Autoriteit Consument & Markt (hierna: Instellingswet). De richtlijn strekt er onder meer toe te waarborgen dat de nationale mededingingsautoriteiten voldoende bevoegdheden en middelen hebben om de Europese mededingingsregels van artikelen 101 en 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie («VWEU») toe te passen.³ Ook verplicht de richtlijn lidstaten ertoe de onafhankelijkheid van de mededingingsautoriteit te borgen.

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt een opmerking over de nieuwe bepaling in de Mededingingswet waarmee een aanvullende regeling ten aanzien van het nemo tenetur-beginsel wordt ingevoerd. In verband daarmee is aanpassing van het voorstel wenselijk, tenzij de noodzaak van de betreffende bepaling dragend kan worden gemotiveerd.

1. Nemo tenetur

Artikel 8 van de richtlijn schrijft voor dat informatieverzoeken van de nationale mededingingsautoriteiten aan ondernemingen en ondernemersverenigingen de adressaten niet mogen dwingen tot het toegeven van een overtreding. In de preambule van de richtlijn⁴ wordt hierover aangegeven dat dit artikel ziet op de eventuele erkenning van het plegen van een overtreding. Daaraan wordt toegevoegd dat dit geen afbreuk mag doen aan de verplichting feitelijke vragen te beantwoorden en documenten te verstrekken. Dit artikel ziet dan ook niet op bewijsmateriaal dat onafhankelijk van de wil van de beschuldigde bestaat. Het voorschrift uit de richtlijn wordt geïmplementeerd in het voorgestelde artikel 53b Mw.

De Afdeling wijst erop dat artikel 8 van de richtlijn een uitdrukking is van het algemene rechtsbeginsel van nemo tenetur. Dit beginsel is in het Nederlandse bestuursrecht reeds neergelegd in artikel 5:10a van de Algemene wet bestuursrecht. Het lijkt niet nodig om naast deze algemene bepaling een specifieke bepaling in de Mededingingswet op te nemen.

Gelet op het voorgaande adviseert de Afdeling het voorgestelde artikel 53b Mw te schrappen, tenzij de noodzaak kan worden gemotiveerd.

Dit advies is overgenomen. Het voorgestelde artikel 53b van de Mededingingswet was in het wetsvoorstel opgenomen om te verzekeren dat informatieverzoeken van de nationale mededingingsautoriteiten aan ondernemingen en ondernemersverenigingen de adressaten niet mogen dwingen tot het toegeven van een overtreding, waardoor wordt voldaan aan artikel 8 van richtlijn (EU) 2019/1 van het Europees parlement en de Raad van 11 december 2018 tot toekenning van bevoegdheden aan de mededingingsautoriteiten van de lidstaten voor een doeltreffendere

² Richtlijn (EU) 2019/1 van het Europees parlement en de Raad van 11 december 2018 tot toekenning van bevoegdheden aan de mededingingsautoriteiten van de lidstaten voor een doeltreffendere handhaving en ter waarborging van de goede werking van de interne markt, PbEU 2019, L 11.

³ Ingevolge artikelen 3 en 5 van Verordening 1/2003, Pb EG 2003, L 1.

⁴ Preambule, overweging 35.

handhaving en ter waarborging van de goede werking van de interne markt (PbEU 2019, L 11) (hierna: de richtlijn). Daarmee was deze bepaling bedoeld als vangnet voor situaties die mogelijk niet worden gedekt door het in artikel 5:10a van de Algemene wet bestuursrecht verankerde rechtsbeginsel van nemo-tenetur. Bij nader inzien is de regering met de Afdeling van mening dat een dergelijke bepaling overbodig is omdat ook de gevallen als bedoeld in artikel 8 van de richtlijn onder de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel van artikel 5:10a Algemene wet bestuursrecht vallen. Naar aanleiding hiervan is tevens de memorie van toelichting, inclusief de transponeringstabel, aangepast.

2. Redactionele bijlage

De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

De door de Afdeling geplaatste redactionele opmerkingen zijn verwerkt.

3. Overige aanpassingen

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om drie nadere wijzigingen aan te brengen in het wetsvoorstel. Ten eerste is de formulering van het voorgestelde artikel 12h, achtste lid, van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt aangepast. Dit voorgestelde artikel, dat dient ter implementatie van artikel 12, eerste lid, van de richtlijn, houdt in dat de ACM, voordat zij een voorgestelde toezegging bindend verklaart, informeert naar de standpunten van marktdeelnemers over die toezegging. De zinsnede «de Autoriteit Consument en Markt informeert naar de standpunten van marktorganisaties die actief waren op de markt waar de overtreding is begaan» is vervangen door de zinsnede «de Autoriteit Consument en Markt informeert naar de standpunten van marktorganisaties die actief waren op de markt waar het handelen waarop de toezegging betrekking heeft, plaatsvond». Deze aanpassing is doorgevoerd aangezien op het moment dat marktorganisaties een toezegging doen aan de Autoriteit Consument en Markt, er geen overtreding is vastgesteld. Het is daarom logischer om wat betreft de verplichting van de Autoriteit Consument en Markt om te informeren naar de standpunten van marktdeelnemers, te verwijzen naar de markt waar het handelen waarop de toezegging betrekking heeft, plaatsvond, in plaats van naar de markt waar de overtreding is begaan.

Ten tweede is van de gelegenheid gebruik gemaakt om aan artikel 56 van de Mededingingswet een onderdeel toe te voegen, waarmee het voor de Autoriteit Consument en Markt mogelijk wordt om te verklaren dat zij een overtreding heeft vastgesteld. Deze voorgestelde wijziging vormt de implementatie van artikel 10, eerste lid, tweede alinea, van de richtlijn. Dit artikel schrijft voor dat mededingingsautoriteiten, naast het opleggen van structurele of voorlopige maatregelen, tevens de bevoegdheid moeten hebben om overtredingen die in het verleden zijn begaan, vast te stellen. Het vaststellen van inbreuken op het mededingingsrecht die in het verleden zijn begaan kan met name van belang zijn het kader van civielrechtelijke procedures tot schadevergoeding. De bevoegdheid een overtreding vast te stellen wordt daarom tevens opgenomen in artikel 56 van de Mededingingswet, los van de al bestaande bevoegdheden om in geval van overtreding van de artikelen 6 of 24 van die wet een bestuurlijke boete of last onder dwangsom op te leggen. De memorie van toelichting, inclusief de transponeringstabel, is eveneens in die zin aangepast.

Ten derde is aan het voorgestelde artikel 49e van de Mededingingswet een lid toegevoegd. In dit lid is, ter implementatie van artikel 31, vierde lid van de richtlijn, opgenomen dat gegevens als bedoeld in artikel 31, vierde

lid, van de richtlijn door een partij uitsluitend worden gebruikt wanneer dat noodzakelijk is om haar rechten van verdediging uit te oefenen in een procedure bij een rechterlijke instantie die rechtstreeks verband houdt met de zaak waarvoor toegang is verleend en enkel wanneer die procedure betrekking heeft op de verdeling van een hoofdelijk opgelegde geldboete tussen deelnemers van het kartel of de vaststelling door de Autoriteit Consument en Markt van een overtreding van de artikelen 6, eerste lid of 24, eerste lid, dan wel de artikelen 101 of 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. In eerste instantie was het voornemen om dit lid op te nemen in de nader vast te stellen algemene maatregel van bestuur over clementie. Bij nadere overweging past deze bepaling beter in artikel 49e van de Mededingingswet, waarin ook artikel 31, vijfde lid, van de richtlijn is geïmplementeerd. Ook de formulering van de (nieuwe) delegatiegrondslag in artikel 58c van de Mededingingswet is naar aanleiding van deze wijziging aangepast, aangezien alle de regels over de toegang tot en het gebruik van informatie die in een clementieprocedure is verkregen in het wetsvoorstel en niet in de algemene maatregel van bestuur worden opgenomen. Als gevolg hiervan is tevens het voorgestelde artikel 76b van de Mededingingswet aangepast, waardoor de Autoriteit Consument en Markt een boete kan opleggen bij overtreding van zowel het eerste als het tweede lid van artikel 49e van de Mededingingswet. De memorie van toelichting, inclusief de transponeringstabel, is eveneens in die zin aangepast.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal opmerkingen bij het voorstel en adviseert daarmee rekening te houden voordat het voorstel bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal wordt ingediend.

*De vice-president van de Raad van State,
Th.C. de Graaf*

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat,
M.C.G. Keijzer

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no. W18.19.0396/IV

- In de transponeringstabel wordt ten aanzien van artikel 4, tweede lid, onderdeel c van de richtlijn verwezen naar vervallen bepalingen in de Ambtenarenwet en naar het ARAR. Verwijzing naar juiste bepalingen opnemen.
- Bij de transponeringstabel ten aanzien van artikel 7, derde lid van de richtlijn ook verwijzen naar artikel 12a, eerste lid, Instellingswet.
- In het voorgestelde artikel 85c Mw de begrippen «boete-immuniteit» en «boetereductie» vervangen door een omschrijving waaruit de betekenis van beide begrippen en de aard van een clementieregeling blijkt.

In het voorgestelde artikel 89ga Mw de dubbele verwijzing artikel 24, tweede lid, van de richtlijn vervangen door verwijzingen naar de nationale handhavingsbevoegdheden, respectievelijk de maatregelen en besluiten als bedoeld in de artikelen 6 en 8 tot en met 12 van de richtlijn.