

Over de grens gaan: grensoverschrijdende handhaving van het mededingings- en consumentenrecht.

Mr R.E. Tak en Mr R. Klein*

Inhoud

1	Inleiding	2
2	Rechtsmacht in het mededingingsrecht	2
2.1	Reikwijdte van de normen.....	2
2.1.1	Het kartelverbod en het verbod op misbruik van economische machtsposities	2
2.1.2	Verordening 1/2003	4
2.1.3	Territoriale werkingssfeer van de normen	5
2.2	Handhaving door ACM.....	10
2.2.1	Het zoeken naar de meest geschikte (nationale) autoriteit.....	10
2.2.2	Effecten binnen of buiten het eigen territoir?	12
2.3	Inzet van toezichtsbevoegdheden	16
2.3.1	Samenwerking binnen Europa.....	16
2.3.2	Samenwerking buiten Europa.....	18
2.4	Effectuering van sancties	18
2.5	Afsluitende opmerkingen	19
3	Rechtsmacht in het consumentenrecht	19
3.1	Reikwijdte van de normen.....	20
3.1.1	Een voorbeeld: Informatieverplichtingen en herroepingsrecht uit de Richtlijn Consumentenrechten (2011/83).....	21
3.2	Handhaving.....	23
3.2.1	Verordening 2006/2004	23
3.2.2	Bevoegde autoriteiten.....	23
3.2.3	Verbindingsbureau.....	24

**Ralph Tak en Raoul Klein zijn werkzaam bij de Autoriteit Consument en Markt (ACM). Dit preadvies hebben zij op persoonlijke titel geschreven. Zij bedanken prof. mr. dr. O.J.D.M.L. Jansen voor zijn opmerkingen bij de eerdere versies van dit preadvies.*

3.2.4	Informatie-uitwisseling	25
3.2.5	Handhaving op verzoek	26
3.2.6	Praktijkervaringen	28
3.2.7	Herziening van Verordening 2006/2004	31
4	Conclusies	34
5	Aanbevelingen	35
6	Stellingen	38

1 Inleiding

In het algemene gedeelte van dit preadvies zijn wij ingegaan op de bevoegdheid van staten om regels op te stellen met een extraterritoriale reikwijdte of extensie, de bevoegdheid om dergelijke regels te handhaven en de (on)mogelijkheden om toezichtsbevoegdheden in te zetten in het buitenland. In dit deel gaan wij nader in op twee rechtsgebieden waarbinnen regelmatig sprake is van grensoverschrijdende inbreuken en grensoverschrijdende handhaving van deze inbreuken.

Wij staan eerst stil bij het mededingingsrecht, een rechtsgebied waar grensoverschrijdende inbreuken veel voorkomen. Daarna gaan wij in op het consumentenrecht: een relatief nieuw rechtsgebied dat de laatste jaren is opgebloeid. Wij hebben voor deze rechtsgebieden gekozen omdat binnen beide rechtsgebieden een kader bestaat op basis waarvan autoriteiten uit verschillende lidstaten kunnen samenwerken bij het opsporen en handhaven van grensoverschrijdende inbreuken op regels. Wij bezien daarbij of deze stelsels in de praktijk goed functioneren en welke belemmeringen er bestaan bij de extraterritoriale handhaving en de inzet van toezichtsbevoegdheden. Daartoe gaan wij in het hiernavolgende eerst in op de reikwijdte van de norm(en). *De facto* kijken wij naar de vraag tot hoever de regels uit de voor onze rechtsgebieden relevante regelgeving reiken (verordenende jurisdictie). Daarna gaan wij in op de handhaving van normen, vervolgens op de inzet van toezichtsbevoegdheden en tot slot op de mogelijkheden om opgelegde sancties te effectueren (tezamen: handhavingsjurisdictie).

Ons preadvies sluit af met een conclusie en aanbevelingen voor de grensoverschrijdende handhaving van het mededingingsrecht en consumentenrecht.

2 Rechtsmacht in het mededingingsrecht

2.1 Reikwijdte van de normen

2.1.1 Het kartelverbod en het verbod op misbruik van economische machtsposities

De mededingingsregels zijn in Nederland (voor het belangrijkste deel) verankerd in de Mededingingswet (hierna: Mw) en met het toezicht op de naleving van die regels is de Autoriteit Consument en Markt (hierna:

ACM) belast.¹ ACM is een zelfstandig bestuursorgaan zonder eigen rechtspersoonlijkheid (een zogeheten 'klein zbo') en kwalificeert als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1, eerste lid, onderdeel a, Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). In dit deel van het preadvies benaderen wij de extraterritoriale toepassing van de mededingings- en consumentenregels vanuit het perspectief van ACM.

Voorts is van belang dat wij in dit preadvies niet stil staan bij alle mededingingsregels zoals opgenomen in de Mededingingswet. De zogenoemde gedragsregels voor overheden en overheidsbedrijven alsmede de regels omtrent financiële transparantie binnen ondernemingen belast met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang laten wij buiten beschouwing in dit deel.² Waar relevant voor dit preadvies wordt het concentratierecht - het recht dat voor fusies en overnames geldt - behandeld. Wat betreft de materiële normen die ACM op het gebied van de mededinging toepast, leggen wij de nadruk op rechtsmacht vraagstukken omtrent de handhaving van het verbod op mededingingsbeperkende afspraken (hierna: kartelverbod³) en het verbod op misbruik van economische machtsposities. Deze bepalingen staan voor het nationale mededingingsrecht in de artikelen 6 en 24 Mw.

Deze bepalingen beschermen tezamen - simpel gezegd - de gezonde mededinging op de Nederlandse markt. Voor het kartelverbod volgt deze geografische afbakening expliciet uit de wettelijke bepaling zelf. Artikel 6, eerste lid, Mw luidt:

'Verboden zijn overeenkomsten (...) die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel ervan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.'

Voor het verbod op misbruik van een economische machtspositie is dit niet in de tekst van de norm zelf verankerd. Wel geeft artikel 1, onderdeel i, Mw een definitie van een 'economische machtspositie' waarmee duidelijk wordt dat de bevoegdheid om artikel 24 Mw toe te passen vereist dat sprake is van gevolgen voor de concurrentie op (een deel van) de Nederlandse markt:

'economische machtspositie: positie van een of meer ondernemingen die hen in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan te verhinderen door hun de mogelijkheid te geven zich in belangrijke mate onafhankelijk van hun concurrenten, hun leveranciers, hun afnemers of de eindgebruikers te gedragen.'

De (materiële) bevoegdheden van ACM in het kader van het mededingingsrecht staan niet alleen in de eigen, nationale Mededingingswet. Met de aanwijzing van ACM als de mededingingsautoriteit voor Nederland in de zin van Verordening 1/2003⁴ is zij tevens bevoegd om op Europees niveau het kartelverbod en het verbod op misbruik van economische machtsposities te handhaven zoals verankerd in de artikelen 101 en 102 VWEU.⁵ Dit volgt uit artikel 88 Mw, gelezen in samenhang met artikel 5 van

¹ Zie artikel 2, eerste en tweede lid, Instellingswet Autoriteit Consument en Markt, gelezen in samenhang met artikel 2 Mededingingswet.

² Zie hoofdstukken 4a en 4b van de Mw.

³ Een kartel is een voorbeeld van een mededingingsbeperkende afspraak, maar niet alle afspraken die de mededinging beperken zijn kartels. Toch zal gemakshalve in dit preadvies in plaats van 'het verbod op mededingingsbeperkende afspraken' het begrip 'kartelverbod' gebezigd worden.

⁴ 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, L1/1.

⁵ Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, PB C 326 van 26 oktober 2012.

Verordening 1/2003.⁶ De Europese varianten uit het VWEU zijn nagenoeg gelijklopend met de Nederlandse bepalingen, zij het dat niet naar de Nederlandse markt maar naar de 'interne markt' wordt verwezen. Concreet zijn de Europese artikelen van toepassing wanneer de verboden gedragingen de handel tussen lidstaten van de EU nadelig kunnen beïnvloeden.⁷ Het gaat hier (per definitie) om gedragingen die effect sorteren in meer dan één lidstaat van de EU en daarmee geven deze artikelen de nationale autoriteiten de bevoegdheid buiten hun grondgebied op te treden.⁸ Het geografisch toepassingsbereik van de twee bepalingen sluit één op één aan op het toepassingsbereik van nationale wetten en regels binnen de lidstaten op grond van het territorialiteitsbeginsel (zie ook par. 3.2.1 van het algemene deel van dit preadvies). Zo bepaalt artikel 52 VWEU dat de Europese mededingingsregels van toepassing zijn op de territoriale zee en de Exclusieve Economische Zone (EEZ) en aan boord van schepen en vliegtuigen die zijn geregistreerd in een lidstaat. In het geval van de EEZ geldt dat de artikelen 101 en 102 VWEU van toepassing zijn op al die gebieden en activiteiten waar de lidstaten of EU rechtsmacht hebben.⁹ Deze artikelen beschermen op hun beurt de gezonde mededinging op de Gemeenschappelijke (Europese) markt. Om de bevoegdheden van ACM goed te begrijpen, staan wij in het hiernavolgende stil bij de verhouding tussen het Nederlandse en Europese mededingingsrecht.

2.1.2 Verordening 1/2003

Op grond van Verordening 1/2003 deelt de Europese Commissie haar bevoegdheid om de artikelen 101 en 102 VWEU toe te passen met de mededingingsautoriteiten van de verschillende lidstaten. Lidstaten zijn op grond van de verordening verplicht om een instantie als mededingingsautoriteit aan te wijzen. Nederland heeft, zoals hiervoor is uitgelegd, ACM als mededingingsautoriteit aangewezen.

De verordening verplicht ACM om de artikelen 101 en 102 VWEU toe te passen wanneer ze het nationale mededingingsrecht toepast op overeenkomsten, onderling afgestemde feitelijke gedragingen of besluiten van een ondernemingsvereniging wanneer deze de handel tussen lidstaten (ook) kunnen beïnvloeden.¹⁰ Gedragingen van ondernemingen die de mededinging beperken op markten die de landsgrenzen van Nederland te buiten gaan moeten, met andere woorden, door ACM zowel op grond van het nationale mededingingsrecht als op grond van het Europese mededingingsrecht gesanctioneerd worden. De verordening acht deze verplichting voor nationale mededingingsautoriteiten noodzakelijk in verband met de daadwerkelijke handhaving van de mededingingsregels van de Gemeenschap. Dat de Nederlandse rechter bevoegd is kennis te nemen van zaken waarin sancties zijn opgelegd door ACM voor overtredingen van de Europese normen volgt uit de rechtstreekse werking van de artikelen 101 en 102 VWEU en artikel 6 van Verordening 1/2003.

Uitgangspunt van het systeem dat ten grondslag ligt aan Verordening 1/2003 is het creëren van een gelijk speelveld. Dit uitgangspunt brengt met zich dat de toepassing van het mededingingsrecht door ACM niet

⁶ Dat ACM bevoegd is toezicht te houden op genoemde bepalingen uit het VWEU volgt uit artikel 5:11 Awb dat bepaalt dat een toezichthouder toezicht houdt op 'de naleving van het bepaalde bij of krachtens enig wettelijke voorschrift'. Onder dit laatste vallen ook verordeningen.

⁷ De Europese Commissie heeft uitgebreide richtsnoeren uitgebracht waarin zij uitlegt wanneer sprake kan zijn van gedragingen die de interstatelijke handel tussen lidstaten nadelig kunnen beïnvloeden: Richtsnoeren betreffende het begrip „beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (2004/C 101/07).

⁸ Let wel, sommige nationale autoriteiten binnen Europa kijken hier anders tegen aan. Deze autoriteiten (waartoe het Bundeskartellamt behoort) menen dat artikel 101 VWEU slechts de bevoegdheid geeft gedrag buiten de eigen landgrenzen te beboeten voor zover de effecten zich binnen die landgrenzen doen voelen. Anders dan ACM leggen zij geen sancties op voor de effecten van gedrag die hun eigen landgrenzen te buiten gaan.

⁹ P.J. Slot & Ch.R.A. Swaak, Inleiding mededingingsrecht, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012, p. 39.

¹⁰ Artikel 3, eerste lid, Verordening 1/2003.

mag leiden tot het verbieden van overeenkomsten, onderling afgestemde feitelijke gedragingen of besluiten van een ondernemingsvereniging die de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden maar die niet de mededinging in de zin van artikel 101 VWEU beperken.¹¹ Simpel gezegd, als bepaald gedrag niet verboden is in het licht van artikel 101 VWEU, dan is het niet toegestaan voor nationale mededingingsautoriteiten (in de Nederlandse situatie: ACM) deze norm strenger uit te leggen en het gedrag alsnog te verbieden. Dit wordt ook wel de ‘*convergence rule*’ genoemd. Deze rechtsregel geldt echter niet voor de toepassing van artikel 102 VWEU inzake het misbruik van machtsposities. De verordening belet via artikel 3, tweede lid, laatste volzin, de lidstaten niet om op hun grondgebied strengere nationale wetten aan te nemen en toe te passen die eenzijdige gedragingen van ondernemingen verbieden of bestraffen. Indachtig het feit dat het Nederlandse en Europese mededingingsrecht naar inhoud gelijk is, heeft dit in de praktijk echter niet heel veel betekenis.

2.1.3 Territoriale werkingssfeer van de normen

In deze paragraaf gaan wij in op de territoriale reikwijdte van de mededingingsregels, zoals verankerd in het nationale en Europese recht. Bij het lezen van dit preadvies verdient het aanbeveling om in het achterhoofd te houden hoe het Amerikaanse recht tegen de extraterritoriale toepassing van zijn mededingingsregels aan kijkt. Zoals uitgelegd in het eerste deel van dit preadvies heeft de VS voor wat betreft de *Sherman Act* die de mededingingsregels bevat, als vaste praktijk een ‘effecten-doctrine’ aangenomen. Het gaat hier eigenlijk om een nuancering op de regel die inhoudt dat een Amerikaanse rechtsregel in beginsel alleen van toepassing is op Amerikaans grondgebied of op Amerikaanse burgers.¹² Deze nuancering volgt uit de in het eerste deel van dit preadvies genoemde *Hartford Fire Insurance*-zaak uit 1993, maar is zelfs terug te voeren tot 1945 toen het Hooggerechtshof in de VS uitspraak deed in de *Aluminum Co. of America (Alcoa)*¹³ zaak:

‘it is settled law...that any State may impose liabilities, even upon persons not within its allegiance, for conduct outside its borders which has consequences within its borders which the State reprehends, and these liabilities other States will ordinarily recognize.’

In de VS wordt deze effecten-doctrine inmiddels veel gebruikt voor de vestiging van rechtsmacht in mededingingszaken¹⁴ met zelfs een wettelijke verankering hiervan tot gevolg. *De Foreign Trade Antitrust Improvement Act* uit 1982 verduidelijkt, in essentie, dat Amerikaanse mededingingsregels niet van toepassing zijn op gedrag buiten het grondgebied van de VS, tenzij sprake is van een direct, substantieel en voorzienbaar effect binnen de VS. De VS heeft overigens na de uitspraak in de *Alcoa*-zaak een periode gekend waarin op grond van de effecten-doctrine - mede ter bescherming van eigen nationale (protectionistische) belangen - veel grensoverschrijdend werd opgetreden.¹⁵

Wat is nu de territoriale werkingssfeer van de normen waarop ACM en de andere nationale mededingingsautoriteiten binnen Europa toezicht houden? Allereerst is niet doorslaggevend de plaats waar de betreffende afspraak (bijvoorbeeld: over te hanteren prijzen) wordt gemaakt, noch waar de betrokken

¹¹ Artikel 3, tweede lid, Verordening 1/2003.

¹² De zogeheten ‘beperkte presumptie tegen extraterritorialiteit’; zie het algemene deel van dit preadvies.

¹³ 148 F 2d 416 (2nd Cir 1945).

¹⁴ Zie ook *US v Nippon Paper Industries Co.*, 109 F3d 1 (1st Cir. 1997).

¹⁵ E. Hawk, *United States, Common Market and International Antitrust: A Comparative Guide*, New York: Harcourt Brace Jovanovich 1979.

ondernemingen gevestigd zijn.¹⁶ Een belangrijke reden hiervoor is gelegen in het feit dat de (nationale) mededingingsautoriteiten hoeders van *markten* zijn. En de geografische omvang van een markt hoeft niet per se verband te houden met de plaats waar een mededingingsbeperkende afspraak gemaakt wordt of waar de betrokken ondernemingen gevestigd zijn. Evenmin valt in de praktijk de geografische omvang van een markt samen met de grenzen van landen. De vraag hoe ver de rechtsmacht van ACM reikt wordt in de praktijk beantwoord aan de hand van drie verschillende benaderingen. Deze zijn alle drie ontwikkeld in de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie alsmede in de jurisprudentie van het Gerecht van Eerste Aanleg (hierna: Gerecht) en het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof) bij de uitleg van de artikelen 101 en 102 van het VWEU. Dat die beschikkingen en rechtspraak de toepassing van de nationale mededingingsregels beïnvloeden, is het gevolg van het feit dat de artikelen 6 en 24 van de Mw georiënteerd zijn op hun tegenhangers uit het VWEU.

De economische eenheid-benadering

De eerste benadering is de economische eenheid-benadering die inmiddels een integraal onderdeel uitmaakt van het (Europese) mededingingsrecht.¹⁷ Om deze benadering goed te begrijpen is het van belang eerst antwoord te geven op de vraag tot wie het kartelverbod en het verbod inzake misbruik van economisch machtsposities zich richten.

De normen die in voornoemde materiële bepalingen liggen besloten, richten zich tot 'ondernemingen'. Enigszins opvallend is dit wel, omdat de eerste drie bepalingen van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek 'ondernemingen' niet noemen als entiteiten met rechtspersoonlijkheid. In zoverre kan een 'onderneming' (juridisch gezien) geen drager zijn van rechten en plichten, hetgeen betekent dat bestuursorganen zoals ACM in beginsel aan sec 'ondernemingen' geen sancties kunnen opleggen (terwijl de norm zich daar wel tot richt). Het begrip 'onderneming' in de Mededingingswet dient op grond van artikel 1, onderdeel f, Mw te worden uitgelegd conform het ondernemingsbegrip uit artikel 101, eerste lid, VWEU alsook de jurisprudentie daaromtrent. Onder dat begrip valt volgens de wetgeschiedenis 'iedere entiteit die aan het economisch proces, gericht op het produceren of distribueren van goederen of het verlenen van diensten, deelneemt. Dat geldt ongeacht de rechtsvorm of de wijze van financiering van die entiteit en ongeacht of er sprake is van een winstootmerk. Ondernemingen kunnen natuurlijke personen of rechtspersonen zijn, private bedrijven of overheidsbedrijven, producenten, distributeurs, dienstverleners en vrije-beroepsbeoefenaren.'¹⁸ Ondernemingen worden in het mededingingsrecht ook wel economische eenheden genoemd en kunnen uit meerdere rechtspersonen (of natuurlijke personen¹⁹) bestaan. Zo oordeelde het Hof:²⁰

'Voorts heeft het Hof gepreciseerd dat onder het begrip onderneming in deze context moet worden verstaan een economische eenheid, ook al wordt deze economische eenheid uit juridisch oogpunt gevormd door verschillende natuurlijke of rechtspersonen.'

Kort gezegd betekent het voorgaande dat ACM aan (alle) rechtspersonen en natuurlijke personen die deel

¹⁶ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p.10.

¹⁷ Zie onder meer: Zaak 48/69 *ICI v Europese Commissie*, *Jur.* 1972, p. 619, Zaak 15/74 *Centrafarm v Sterling Drug Jur.* 1974, p. 619, Zaak C-73/95 *Viho Europe B.V. v Europese Commissie*, *Jur.* 1996 I-5457.

¹⁸ Zie *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 10 die de door het Europese Hof van Justitie gegeven uitleg aan het begrip onderneming in de zaak *Höfner and Elser v Macrotron* (C-41/90, *Jur.* 1991 I-1979) herhaalt.

¹⁹ Denk bijvoorbeeld aan een vennootschap onder firma waarbij de vennoten verschillende natuurlijke personen zijn maar die als entiteit deelneemt aan het economisch proces.

²⁰ HvJ EU 10 september 2009, zaak C-97/08 P, (Akzo Nobel N.V. e.a./Commissie), *Jur.* I-08237 (r.o. 55) en HvJ EU 14 december 2006, zaak C-217/05, *Jur.* I-11987 (r.o. 40).

uitmaken van een onderneming die in strijd handelt met de mededingingsregels, een bestuurlijke sanctie kan opleggen. De vraag welke rechtspersonen binnen een onderneming in de praktijk uit hoofde van hun juridische verantwoordelijkheid een sanctie krijgen, wordt beantwoord aan de hand van specifieke regels die in de jurisprudentie ontwikkeld zijn.²¹

Nu terug naar de economische eenheid-benadering. Deze knoopt aan bij het uitgangspunt dat verschillende entiteiten (rechtspersonen) deel uitmaken van één economische eenheid die als zodanig op een markt actief is. Het simpelste voorbeeld hiervan is een dochtervennootschap die verboden gedrag vertoont, aangestuurd door een moedervernootschap die de volledige zeggenschap uitoefent over die dochter via haar aandeelhouderschap. Een besluit tot oplegging van een bestuurlijke boete richt zich in zo'n geval tot elk van de rechtspersonen afzonderlijk in verband met hun gezamenlijke verantwoordelijkheid voor de betreffende inbreuk op de mededinging. Daarbij kan het voorkomen dat de moedervernootschap die de aandelen houdt buiten Nederland, zelfs buiten Europa is gevestigd terwijl de dochtervennootschap in Nederland zit. Over de band van de economische eenheid is ACM bevoegd niet alleen de Nederlandse dochtervennootschap maar ook haar buitenlandse moeder een bestuurlijke boete op te leggen. Deze benadering paste ACM toe in de *Meel*-zaak.²² Daar legde zij (onder meer) een bestuurlijke boete op aan een in Jersey²³ gevestigde entiteit die de aandelen hield in een Nederlandse dochter die bij een kartel was betrokken. Zoals gezegd, deze benadering is afkomstig uit de Europeesrechtelijke praktijk waarvan de zaken *Dyestuffs* en *Continental Can* tot de klassieke voorbeelden behoren.²⁴

De economische eenheid-benadering is overigens alleen in kartelzaken toegepast.²⁵ Dit heeft te maken met het gevolg dat de kwalificatie als economische eenheid mee brengt. In het mededingingsrecht kan een afspraak binnen één concern (bijvoorbeeld: tussen een moeder- en dochtervennootschap of tussen zustervennootschappen onderling) nooit onder de werking van het kartelverbod vallen. Er is in dat geval immers sprake van één onderneming die vrij is (en geacht wordt) haar eigen commercieel beleid te bepalen ten opzichte van andere ondernemingen. In misbruikzaken is dit anders. Daar kan het misbruik juist bestaan uit het bevoordelen van een dochtervennootschap.²⁶ In die zin ontsnapt een moedervernootschap niet aan de toepassing van artikel 24 Mw of artikel 102 VWEU door samen met haar dochter als één economische eenheid te kwalificeren.

De implementatie-benadering

De tweede benadering is de implementatie-benadering. De territoriale werkingssfeer van het verbod op mededingingsbepenkende afspraken is binnen die benadering de plaats waar die afspraak ten uitvoer wordt gelegd, ofwel: geïmplementeerd is. Illustratief voor deze benadering is het arrest van het Hof in de zaak *Houtslipj*.²⁷ In die zaak had een aantal ondernemingen uit de VS, Canada en Finland dat houtslipj produceerde een systeem opgezet waarmee zij voor ieder volgend kwartaal inzicht hadden in elkaars voorgenomen prijzen met de bedoeling de eigen prijs daar op aan te (kunnen) passen. Het Hof achtte de

²¹ Voorbeelden van uitspraken van het Hof zijn onder meer: HvJ EG 8 juli 1999, zaak C-49/92 (*Commissie/Anic Partecipazioni*), *Jur.* 1999, p. I-4125, HvJ EG 10 september 2009, zaak C-97/08 (*Akzo Nobel NV*), gevoegde zaken C-204/00P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 (*Aalborg Portland e.a./Commissie*) *Jur.* 2004, p. I-123

²² Zaak 6306, te vinden via www.acm.nl.

²³ Jersey is geen onderdeel van het Verenigd Koninkrijk, noch van de Europese Unie.

²⁴ *Case 48/69 Imperial Chemical Industries Ltd. v. Commission (Dyestuffs)* [1972], ECR 619; *Case 6/72, Europemballage & Continental Can v. Commission* [1973], ECR 215.

²⁵ M. Lorenz, *An Introduction to EU Competition Law*, Cambridge University Press 2013, p. 190-191.

²⁶ Een goed voorbeeld hiervan is de zaak *GT-link*. In die zaak hoefde een vennootschap die ferrydiensten verrichtte geen leges te betalen aan haar moeder die de haven commercieel exploiteerde, terwijl de concurrenten van die dochter dat wel moesten. HvJ EU 17 juli 1997, zaak C-242/95, *Jur.* I-04449 (*GT-Link A/S v De Danske Statsbaner*).

²⁷ HvJ EG 27 september 1988, gevoegde zaken 114/85 etc. *A Ahlström Oy v. Europese Commissie*, *Jur.* 1988, p. 5193.

Europese Commissie bevoegd een sanctie op te leggen aan de ondernemingen die buiten de EU waren gevestigd voor overtreding van het Europese kartelverbod omdat aan de afspraak binnen de EU 'uitvoering was gegeven'. Bovendien stelde het Hof expliciet de rechtsmacht van de Europese Commissie vast aan de hand van het in het internationale publiekrecht geldende territorialiteitsbeginsel:

'In dit verband zij opgemerkt dat een inbreuk op artikel [101 van het VWEU], zoals het sluiten van een overeenkomst waardoor de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt beperkt, uit een tweeledige gedraging bestaat: de vorming van het kartel en het in praktijk brengen ervan. Door de toepasselijkheid van de mededingingsrechtelijke verbodsbepalingen afhankelijk te stellen van de plaats waar het kartel is gevormd, zou het de ondernemingen natuurlijk wel erg gemakkelijk worden gemaakt om die verbodsbepalingen te omzeilen. Het gaat er dan ook om, waar aan het kartel uitvoering wordt gegeven. In casu hebben de producenten binnen de gemeenschappelijke markt aan hun prijsafspraken uitvoering gegeven.

(...)

Onder die omstandigheden is de bevoegdheid van de Gemeenschap om haar mededingingsregels ten aanzien van dergelijke gedragingen toe te passen, gedekt door het in het internationaal publiekrecht algemeen aanvaarde territorialiteitsbeginsel.'

De effect-benadering

De derde benadering, of effect-benadering, gaat nog een stapje verder in de uitbreiding van de territoriale werking van de mededingingsregels. Hoewel dit in de VS eigenlijk al lang gevestigde praktijk is, is deze benadering minder lang geleden ingedaald in de Europese mededingingspraktijk. Een voorbeeld om het onderscheid tussen de effect-benadering en de implementatie-benadering te belichten, is het volgende.²⁸ Door een aantal ondernemingen buiten de EU wordt gezamenlijk een collectieve boycot afgesproken die inhoudt dat klanten binnen de EU geen toegang krijgen tot bepaalde goederen of diensten. De mededingingsbeperkende afspraak wordt buiten de EU vormgegeven en gemaakt (lees: geïmplementeerd) terwijl de effecten van die afspraak binnen de EU merkbaar zijn. Ook in een dergelijke situatie legt de Europese Commissie bestuurlijke boetes op. Een voorbeeld hiervan is haar beschikking in de zaak *Liquid Crystal Displays*.²⁹ In die zaak legde de Europese Commissie bestuurlijke boetes op aan een aantal ondernemingen actief op de markt voor de productie en verkoop van LCD's. Het ging hier om een zestal Aziatische ondernemingen die met hun gedrag de mededinging binnen de EU beperkte. De Commissie onderbouwde haar bevoegdheid om de betrokken ondernemingen te sanctioneren als volgt:

'Based on the sale of the LCD panels to the EEA in the form of Direct EEA Sales and Direct EEA Sales Through Transformed Products, it can thus also be established that the infringement had foreseeable, immediate and substantial effect in the Union (...). First, the infringement immediately affected the EEA market since the agreements and concerted practices directly influenced the setting of price for LCD panels delivered directly or through transformed products to European customers. (...) Secondly, the effect on the European market was foreseeable as the price rise or the maintenance of higher prices and the reduction of output were to have evident consequences on the conditions of competition at the downstream level for all IT and TV applications.'

²⁸ In zijn handboek noemt Whish dit voorbeeld ook. Zie R. Whish & D. Bailey, *Competition Law*, Oxford University Press 2015, p. 528.

²⁹ Besluit van de Europese Commissie COMP/39.309-LCD [2010].

Dat deze effect-benadering ook wordt toegepast in zaken betreffende het misbruik van economische machtsposities blijkt uit de zaak *Intel*.³⁰ Zo oordeelde het Gerecht in *Intel*:

'In order to justify the Commission's jurisdiction under public international law, it is sufficient to establish either the qualified effects of the practice in the European Union or that it was implemented in the European Union.'

Tegen de uitspraak van het Gerecht is hoger beroep ingesteld dat thans aanhangig is bij het Hof. Het is dus nog even afwachten of het Hof de effect-benadering in zaken betreffende de toepassing van artikel 102 VWEU inzake misbruik van economische machtsposities zal onderstrepen. Die aarzeling zit met name in het feit dat, anders dan bij de toepassing van de mededingingsregels in de VS, de effecten-benadering nog steeds niet onvoorwaardelijk lijkt te zijn omarmd in Europa.³¹ In zowel *LCD's* als *Intel* (zie aangehaalde passage hierboven) werd de effecten-benadering in combinatie met de implementatie-benadering toegepast. Dat evenwel te verwachten is dat vroeger of later de effecten-benadering ook in het nationale en Europese mededingingsrecht omarmd gaat worden volgt uit het arrest van het Hof in de zaak *Gencor* waarin de jurisdictie van de Europese Commissie bij het beoordelen van concentraties (fusies) voorlag. Deze is met name van belang voor de *Intel* zaak. In de praktijk bestaat er namelijk een nauw verband tussen de wijze waarop in het concentratierecht en in misbruikzaken markten worden afgebakend en de gevolgen van gedrag op deze markten geanalyseerd worden.³² Het Hof stond in de zaak *Gencor* toe dat de Europese Commissie geen toestemming verleende voor een concentratie tussen twee in Zuid-Afrika gevestigde ondernemingen omdat dit een dominant duopolie tot gevolg (effect) zou hebben dat de mededinging op de Europese markt voor platina significant zou belemmeren:

'De toepassing van de verordening³³ is volkenrechtelijk gerechtvaardigd, wanneer voorzienbaar is, dat een voorgenomen concentratie onmiddellijke en wezenlijke gevolgen in de Gemeenschap zal hebben.'³⁴

Overigens is het interessant te vermelden dat ook de Verenigde Staten (niet verwonderlijk, gelet op het voorgaande) en het Verenigd Koninkrijk reeds de effect-doctrine hebben toegepast in concentratiezaken. Zo liet het *Competition Appeal Tribunal* in 2013 een besluit van de *Competition Commission* in stand dat de koop door het Nederlandse Akzo Nobel van het Italiaanse Metlac verbod omdat dit de mededinging op de markt voor het *coaten* van frisdrankblikjes in het Verenigd Koninkrijk zou beperken.³⁵ Het Amerikaanse voorbeeld betrof een verbod van de *Federal Trade Commission* inhoudende een overname van het Canadese Connaught Biosciences door het Franse Institut Mérieux omdat dit de mededinging op de markt voor vaccins tegen hondsdolheid zou beperken.³⁶

³⁰ GvEA 12 juni 2014, T-286/09, *Intel vs Europese Commissie*, EU:T:2014:547.

³¹ Zie ook de recente Conclusie van A-G Wahl, 20 oktober 2016, C-413/14 P (*Intel*), r.o. 295: 'In fact, several Advocates General have already advised the Court to adopt an effects-based approach to jurisdiction in the field of competition law. The Court has not, to date, either endorsed or expressly rejected that approach.'

³² R. O'Donoghue & J. Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Oxford and Portland, Oregon, 2nd edition, 2013, p. 96-97.

³³ Bedoeld wordt de EC Merger Regulation: Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, OJ L 24.

³⁴ GvEA 25 maart 1999, T-102/96, *Gencor vs Europese Commissie*, Jur. II-753, r.o. 90-92. Deze uitspraak is door het Hof in hoger beroep in stand gelaten.

³⁵ *Akzo Nobel v. Competition Commission* [2014] EWCA Civ 482. Zie ook: C. Hampton, 'Foreign merger within reach of the UK's long arm', *Competition Law Insight*, 2014.

³⁶ *Institut Mérieux* [1990] 55 Fed Reg 1614.

Naar onze mening ondersteunen de beschreven voorbeelden uit de rechtspraak dat de effect-benadering in de volle breedte van het Europese en nationale mededingingsrecht kan worden toegepast. Het zou echter, naar onze mening, de rechtszekerheid ten goede komen (en mogelijk ook toekomstige discussies daarover vermijden) wanneer de bevoegdheid de mededingingsregels te handhaven jegens gedrag dat buiten het eigen grondgebied plaatsvindt, wettelijk verankerd wordt. Ter inspiratie verwijzen wij naar China, waar in verband met het behoud van de eigen economische, territoriale en politieke soevereiniteit de bevoegdheid om tegen gedrag buiten de landgrenzen op te treden maar met gevolgen voor de mededinging binnen China, in de wet is opgenomen. Artikel 2 van de Chinese *Anti-Monopoly Law 2008* luidt daar als volgt:³⁷

'This Law shall apply to the conducts outside the territory of the People's Republic of China if they eliminate or have restrictive effect on competition on the domestic market of the PRC.'

2.2 Handhaving door ACM

De normen die ACM in het mededingingsrecht handhaaft kunnen worden toegepast indien sprake is van gevolgen, ofwel voor de Nederlandse markt ofwel voor de interne (Europese) markt. Dit is ook expliciet de wens van de (Europese) wetgever geweest die de bescherming van de Nederlandse en Europese markt in de norm centraal heeft gesteld. Uit het bovenstaande volgt dat in de praktijk ook gedrag buiten de EU (door ondernemingen buiten de EU) aan de (Europese) mededingingsrechtelijke normen moet voldoen. De Europese mededingingsregels verkrijgen daarmee een extraterritoriale dimensie. Deze extraterritoriale dimensie werkt, zoals wij hebben gezien, door in de nationale toepassing ervan door ACM. Om te illustreren wat deze doorwerking voor de handhavingspraktijk van ACM betekent, behandelen wij een tweetal voorbeelden aan de hand van enkele praktijkgevallen.

2.2.1 Het zoeken naar de meest geschikte (nationale) autoriteit

Voorbeeld: Ondernemingen gevestigd in Lidstaat A en in Lidstaat B maken in strijd met het kartelverbod afspraken over de maximale afzet van producten in Nederland, Lidstaat A en Lidstaat B.

Aannemelijk is dat het gedrag van de betrokken ondernemingen de mededinging op de betreffende productmarkt van Nederland, Lidstaat A en Lidstaat B beperken. Hieruit volgt dat ACM, alsook de nationale mededingingsautoriteiten uit Lidstaat A en Lidstaat B bevoegd zijn hun eigen nationale regels toe te passen omdat de mededinging op (een deel van) de nationale markt beperkt wordt. Ook mogen zij het Europese kartelverbod uit artikel 101 VWEU toepassen, aangenomen dat in het voorliggende voorbeeld het gedrag van de ondernemingen de interstatelijke handel ongunstig kan beïnvloeden. Naast de drie lidstaten is de Europese Commissie bevoegd om op grond van artikel 101 VWEU op te treden.

Het starten of doen van onderzoek door de Europese Commissie naar de inbreuk ontnemt de nationale mededingingsautoriteiten de bevoegdheid toepassing te geven aan de artikelen 101 en 102 VWEU.³⁸ Het

³⁷ Zie ook A. Fels, *China's Antimonopoly Law 2008: An Overview, Review of Industrial Organization*, August 2012, Volume 41, Issue 1, p.7-30.

³⁸ Artikel 11, derde lid, Verordening 1/2003.

systeem uit verordening 1/2003 laat echter de mogelijkheid onverlet dat ACM tezamen met de autoriteiten uit Lidstaat A en B ten aanzien van dezelfde overeenkomst of feitelijke gedraging handhavend optreedt wanneer de Europese Commissie de zaak niet oppakt. In de praktijk zal dit waarschijnlijk niet snel gebeuren, met name om zogeheten '*ne bis in idem*' situaties te voorkomen.³⁹ Bovendien rijst de vraag of het niet efficiënter is één autoriteit de laten optreden zodat de andere twee hun handen vrij hebben voor andere zaken.. Wel biedt de Verordening ACM de mogelijkheid om een klacht over het verboden gedrag af te wijzen wanneer Lidstaat A of B behandeling van de zaak op zich heeft genomen.⁴⁰

Het feit dat meerdere autoriteiten bevoegd zijn om in het voorliggende voorbeeld grensoverschrijdend op te treden, maakt dat er op Europees niveau een allocatiesysteem in het leven is geroepen. Met behulp van dit systeem wordt de vraag beantwoord wie van de *bevoegde* autoriteiten, het meest *geschikt* is om een zaak op te pakken. Wij lichten dit allocatiesysteem hieronder toe.

Het allocatiesysteem kan het beste worden uitgelegd als een samenwerkingsmechanisme voor alle lidstaten van de Europese Unie en de Europese Commissie die samen het European Competition Network (ECN) vormen. Dit netwerk is bij uitstek in het leven geroepen om op een effectieve wijze grensoverschrijdende overtreding van de mededingingsregels op doeltreffende wijze op en aan te pakken. Het allocatiesysteem heeft de vorm van vuistregels die zijn verankerd in een mededeling van de Commissie.⁴¹ Deze vuistregels bepalen in welke gevallen nationale mededingingsautoriteiten geschikt zijn om een zaak op te pakken, in het bijzonder wanneer er meerdere autoriteiten bevoegd zijn. Een nationale mededingingsautoriteit wordt geschikt geacht een zaak te behandelen indien:

1. de verboden overeenkomst aanzienlijke rechtstreekse feitelijke of vermoedelijke gevolgen heeft voor de mededinging op haar grondgebied, op haar grondgebied ten uitvoer wordt gelegd of zich daar voor het eerst heeft voorgedaan; en
2. die autoriteit de inbreuk daadwerkelijk kan beëindigen (d.w.z. zij kan een administratief verbod uitvaardigen dat voldoende effect sorteert om een einde te maken aan de inbreuk); en
3. zij het feitenmateriaal kan verzamelen dat nodig is om de inbreuk te bewijzen.

Uit bovenstaande criteria blijkt dat er een concreet verband moet bestaan tussen de inbreuk en het grondgebied van een lidstaat, wil de mededingingsautoriteit van die lidstaat geschikt worden geacht om een zaak te behandelen.⁴² Het eerste criterium sluit nauw aan bij het territorialiteitsbeginsel. Het tweede en derde criterium zijn ons inziens meer praktisch van aard en sluiten aan bij de bedoeling van Verordening 1/2003 om de toepassing van het Europese mededingingsrecht zo effectief en efficiënt mogelijk te maken. Als randvoorwaarden gelden dat de op te leggen sancties doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend zijn.⁴³ Bovendien mogen de sancties die de lidstaten opleggen voor overtreding van de Europese regels lichter noch zwaarder zijn dan voor soortgelijke overtreding van het nationale recht (equivalentiebeginsel).⁴⁴ Tot nog toe blijkt dat het samenwerkingsmechanisme uit de mededeling van de Commissie goed werkt. Over de toewijzing van zaken ontstaat slechts in weinig zaken discussie, die bovendien snel worden

³⁹ Het *ne bis in idem* beginsel houdt in dat niemand tweemaal mag worden gestraft voor dezelfde overtreding. Dit beginsel vindt in Nederland toepassing via de artikelen 50 en 51 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

⁴⁰ Artikel 13, eerste lid, Verordening 1/2003.

⁴¹ Deze vuistregels zijn vastgelegd in de Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten, PB C 101 van 27.4.2004.

⁴² Zie randnummer 9 van de mededeling van de Commissie.

⁴³ Zie de inleiding van de mededeling van de Commissie.

⁴⁴ HvJ EG 21 september 1989, zaak 68/88 (*European Communities v Hellenic Republic*), ECLI:EU:C:1989:339.

opgelost.⁴⁵

Een met het hierboven genoemde voorbeeld vergelijkbaar geval deed zich enkele jaren geleden binnen de ACM-praktijk voor, in de Garnalen-zaak.⁴⁶ Aan een aantal groothandelaren in garnalen en een aantal Nederlandse, Duitse en Deense (garnalen)productorganisaties legde de (toenmalige) Nederlandse Mededingingsautoriteit (rechtsvoorganger van ACM) bestuurlijke boetes op van (aanvankelijk⁴⁷) ruim dertien miljoen euro. De boetes aan de Duitse en Deense ondernemingen hielden de (eerste!) extraterritoriale toepassing van het kartelverbod in. De Duitse en Deense productorganisaties waren niet in Nederland gevestigd, noch waren zij daar actief. De verboden afspraak omvatte een beperking van de aanlanding van garnalen in Nederland door hun nationale vloot. De beschikkingen van de NMa dateren helaas van vóór de inwerkingtreding van Verordening 1/2003 en vóór de vuistregels uit de mededeling van de Commissie. Interessant detail is namelijk dat de Duitse autoriteit, het *Bundeskartellamt*, in diezelfde periode een onderzoek was gestart naar verboden gedragingen in diezelfde garnalensector. Nederland beperkte zich bij het sanctioneren tot de effecten (omzetten) op de Nederlandse markt en liet daarmee de mogelijkheid open voor de Duitsers en Denen hetzelfde te doen voor de effecten op hun markt. Het spreekt eigenlijk voor zich dat een dergelijk optreden van drie toezichthouders voor hetzelfde gedrag minder effectief is dan wanneer de zaak aan één autoriteit gealloceerd was. ACM had - zou Verordening 1/2003 al in werking zijn getreden bij de start van het onderzoek - zeer waarschijnlijk anders gehandeld.⁴⁸

2.2.2 Effecten binnen of buiten het eigen territoir?

Voorbeeld: Ondernemingen gevestigd in Nederland produceren goederen, bestemd voornamelijk voor export naar de andere lidstaten A en B. De vaststelling van de prijs geschiedt in strijd met het kartelverbod.

Wij nemen aan dat in dit voorbeeld sprake is van een exportkartel. Omdat een (weliswaar klein) deel van de afzet bestemd is voor de Nederlandse markt en omdat wij aannemen dat een exportkartel de interstatelijke handel ongunstig kan beïnvloeden, menen wij dat ACM bevoegd is op te treden op grond van artikel 6 Mw en artikel 101 VWEU. Op basis van de mededeling van de Commissie menen wij dat ACM ook (de meest) *geschikte* toezichthouder is om op te treden. Het verboden gedrag wordt immers op Nederlandse grondgebied ten uitvoer gelegd, de toezichthoudende ambtenaren van ACM zijn bij uitstek in de positie het feitenmateriaal te verzamelen (het gaat om in Nederland gevestigde ondernemingen) en bovendien kan ACM middels een bestuurlijke boete effectief handhavend optreden.

Het aanknopingspunt voor de *bevoegdheid* van ACM vinden wij evenwel in het voorliggende voorbeeld in de omstandigheid dat een deel van de afzet op de Nederlandse markt plaatsvindt. Wat nu indien sprake is van een 'zuiver' exportkartel, waar geen enkel effect merkbaar is op de Nederlandse markt? Hierbij zijn twee varianten denkbaar, namelijk, de situatie waarbij de goederen naar andere lidstaten binnen de EU

⁴⁵ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, Verslag over de werking van Verordening 1/2003, Brussel, 29 april 2009, COM(2009) 206 definitief, p.8.

⁴⁶ Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 14 januari 2013 in zaak 2269. Zie ook M. van Oers en M. Schueler, 'Landgrenzen en de beboeting van inbreuken op artikel 101 en 102 VWEU door nationale mededingingsautoriteiten. Een blik vanuit Nederland: Garnalen en Zilveruien', (2014) *Mundi et Europae Civis. Liber Amicorum Jacques Steenbergen*, Brussel: Larcier.

⁴⁷ In verschillende stadia van de procedure is dit teruggebracht tot (uiteindelijk) ruim vier miljoen euro.

⁴⁸ Vergelijk ook de Zilveruien-zaak die verderop wordt behandeld.

worden geëxporteerd en de situatie waarbij de goederen naar landen buiten de EU worden geëxporteerd.

In het eerste geval achten wij ACM in ieder geval niet bevoegd handhavend op te treden op grond van artikel 6 Mw omdat er geen beperking van de mededinging op de Nederlandse markt, of althans een deel daarvan, plaatsvindt. Wij menen dat ACM daarentegen wel handhavend kan optreden enkel en alleen op grond van artikel 101 VWEU, hoewel wij hierbij wel opmerken dat (zo ver wij hebben kunnen nagaan) het nooit eerder is voorgekomen dat een nationale autoriteit voor overtreding van alleen artikel 101 VWEU een sanctie heeft opgelegd. De verordening verplicht nationale autoriteiten 'slechts' artikel 101 VWEU toe te passen wanneer zij hun nationale regels toepassen op gedrag dat de interstatelijke handel nadelig kan beïnvloeden, zoals wij hiervoor hebben uitgelegd. Daarmee is echter niet gezegd dat het enkel toepassen van artikel 101 VWEU zonder de eigen nationale bepaling niet is toegestaan. De richtsnoeren van Europese Commissie lijken hiervoor zelfs een aanknopingspunt te bieden⁴⁹:

'Artikel 3, lid 1, [van Verordening 1/2003] verplicht [nationale] mededingingsautoriteiten (...) tevens de artikelen [101 en 102] toe te passen wanneer zij het nationale mededingingsrecht toepassen op overeenkomsten en misbruiken die de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden. Daartegenover staat dat de [nationale] mededingingsautoriteiten van de lidstaten (...) niet verplicht zijn het nationale mededingingsrecht toe te passen wanneer zij de artikelen [101 en 102] toepassen op overeenkomsten (...) die de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden. In dergelijke gevallen kunnen zij ook uitsluitend de communautaire mededingingsregels toepassen.'

In het tweede geval menen wij dat ACM niet bevoegd is artikel 6 Mw, noch artikel 101 VWEU toe te passen. Indien er helemaal geen effect is op een markt binnen de EU, dan hebben nationale autoriteiten of de Europese Commissie geen rechtsmacht, ook al zijn de ondernemingen gevestigd binnen Europa, of zelfs binnen Nederland. De norm wordt *de facto* dan ook niet overtreden. Steun hiervoor vinden wij in de zaak *Bulk Oil*. In deze zaak waren prejudiciële vragen gesteld over een maatregel van het Verenigd Koninkrijk. Die maatregel hield een verbod in ruwe olie rechtstreeks of indirect te exporteren naar andere landen dan bepaald door het Verenigd Koninkrijk. Over de relatie van dit beleid van het Verenigd Koninkrijk met de communautaire mededingingsregels merkte het Hof het volgende op:⁵⁰

'Bulk betoogt voorts dat de bestemmingsclausule in de Britse contracten, waardoor het beleid van het Verenigd Koninkrijk door verwijzing in die contracten wordt opgenomen, in strijd is met artikel [101 van het VWEU]. De op het beleid van het Verenigd Koninkrijk terug te voeren overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, inzonderheid de opneming van een bestemmingsclausule in alle contracten, zouden immers overeenkomsten tussen ondernemingen zijn die ertoe strekken dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt beperkt of vervalst en ten gevolge hebben dat de intracommunautaire handel ongunstig wordt beïnvloed. Het beleid van het Verenigd Koninkrijk zou de oliemaatschappijen derhalve machtigen, zo niet verplichten (...) inbreuk te maken op [artikel 101 van het VWEU].

Zoals gezegd kan een maatregel als de onderhavige, die specifiek betrekking heeft op de uitvoer van aardolie naar een derde land, op zichzelf niet de mededinging binnen de

⁴⁹ Zie randnummer 9 van de Richtsnoeren betreffende het begrip „beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (2004/C 101/07).

⁵⁰ Europese Hof van de EU, 18 februari 1986, zaak 174/84 (*Bulk Oil*).

gemeenschappelijke markt beperken of vervalsen. Derhalve kan zij niet de intracommunautaire handel ongunstig beïnvloeden en geen inbreuk maken op [artikel 101 van het VWEU].’

Uit het voorgaande volgt dat er een duidelijk verband moet bestaan tussen de inbreuk op de mededingingsregels en het grondgebied van een lidstaat. Gelet op het feit dat nationale mededingingsautoriteiten bevoegd zijn artikel 101 VWEU toe te passen mag onder het begrip ‘grondgebied’ ons inziens het hele territorium van de EU worden verstaan. Doen effecten zich buiten de EU voor, dan houdt de rechtsmacht van nationale toezichthouders in Europa op.

Wat dit laatste betreft is het interessant stil te staan bij een aantal recente uitspraken. Twee daarvan zijn nationale uitspraken over ACM beschikkingen. In beide zaken zit de extraterritoriale component in de wijze van beboeting. Voordat wij nader op deze zaken ingaan, moet worden opgemerkt dat het boetebeleid van ACM (gelijk dat van veel andere lidstaten en de Europese Commissie) uitgaat van de omzetten die behaald zijn met de afzet of verkoop van de ‘gekartelleerde’ producten of diensten door de betrokken ondernemingen. Dit beleid doet recht aan het uitgangspunt dat de sanctionering verband houdt met veroorzaakte schade (leed), niet alleen in Nederland maar ook binnen de EU.

De eerste zaak gaat over zilveruien. In 2010 startte de toenmalige NMa een onderzoek naar een mogelijke overtreding van zowel het nationale als Europese kartelverbod door Nederlandse ondernemingen actief op het gebied van het telen en verwerken van zilveruien. De bij de inbreuk betrokken ondernemingen exporteerde een groot deel (zo’n 70%) van door hun geproduceerde uien naar andere landen binnen de EU. De betrokken ondernemingen bepleitten bij zowel de rechtbank Rotterdam als het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb) dat ACM niet bevoegd was om de bestuurlijke boete te baseren op omzet behaald buiten Nederland.⁵¹ Die bevoegdheid had volgens hun uitdrukkelijk bij wet moeten zijn toegekend. ACM zou slechts bevoegd zijn om voor de effecten in Nederland sancties op te leggen. Noch de rechtbank, noch het CBb volgden dit standpunt (jammer genoeg zonder het stellen van prejudiciële vragen zoals de ondernemingen in kwestie graag hadden gezien):⁵²

‘De vraag of de hoogte van een met gebruikmaking van deze bevoegdheid op te leggen boete mag worden gerelateerd aan de Europese omzet dient naar het oordeel van het College te worden beantwoord aan de hand van het toepasselijke (Nederlandse) recht op dit gebied, nu – zoals appellanten terecht stellen – Verordening 1/2003 geen nadere invulling geeft aan de in artikel 5 van die Verordening vervatte bevoegdheid tot beboeting. (...)

Naar het oordeel van het College volgt uit de definitie van betrokken omzet zoals neergelegd in de Boetebeleidsregels en de Boetecode niet dat de boetegrondslag enkel zou mogen worden bepaald op basis van de in Nederland behaalde omzet. Nu de overtreding (mede) betrekking heeft op verkopen aan buitenlandse afnemers binnen de EU mocht ACM derhalve ook de met die activiteiten gegenereerde opbrengst meenemen bij het vaststellen van de boetegrondslag.’

In de tweede zaak, deze keer over eerstejaars plantuien, ging ACM nog wat verder met de effecten die zij met de boete beoogde te bestraffen. Daar baseerde zij de bestuurlijke boete mede op omzet behaald met

⁵¹ Dit standpunt was mede ingegeven door het feit dat in de eerder genoemde Garnalen-zaak – ook omdat verordening 1/2003 nog niet in werking was getreden – de NMa slechts de effecten en daarmee de omzet behaald op de Nederlandse markt aan de boete ten grondslag had gelegd.

⁵² CBb 24 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:56 (*Zilveruien*).

de verkoop van eerstejaars plantuinen gefactureerd aan Nederlandse expediteurs maar afgeleverd buiten de EU. Het ging hier *de facto* dus om eerstejaars plantuinen uiteindelijk bestemd voor consumptie buiten de EU. Het CBb stond deze wijze van beboeting toe: deze doet immers niet af aan het gegeven dat de omzet gegenereerd wordt door middel van verkoop en levering aan een afnemer die zich binnen de EU bevindt.⁵³

De recente beschikkingen op Europees niveau demonstreren voor ons gevoel dat de Europese Commissie zelfs nog een stapje verder gaat met haar boetebeleid en haar inspanningen de effecten van verboden gedrag teniet te doen. Illustratief is haar beschikking in de zaak *Liquid Crystal Displays* die reeds hierboven aan de orde kwam.⁵⁴ Bij het bepalen van de hoogte van de boete nam de Europese Commissie niet alleen de omzet behaald met de directe verkoop van LCD's door de Aziatische ondernemingen aan derden binnen de EU in aanmerking. De zogeheten *captive sales* werden ook meegenomen. Dit laatste betreft de omzetten behaald met de verkoop van LCD's binnen het eigen concern van de onderneming in Azië, die de LCD's vervolgens integreerde in nieuwe producten en die op hun beurt binnen de EU werden afgezet (indirecte verkoop).⁵⁵ Interessant genoeg meende de Commissie dat zij ook bevoegd was de omzet van de verkoop van LCD's aan partijen buiten het concern én buiten de EU mee te nemen, wanneer deze geïntegreerd in nieuwe producten binnen de EU zouden worden afgezet. Omdat de hoogte van de boete volgens de Commissie gelet op de beoogde afschrikwekkende werking al doeltreffend genoeg was, liet zij deze derde categorie omzet echter buiten beschouwing. De Europese bestuursrechter was daarom ook niet in een positie zich uit te laten over deze wijze van beboeting maar merkte wel op dat niet ontkend kan worden dat binnen een dergelijke systematiek het vereiste verband tussen de inbreuk en het grondgebied van de EU gering is.⁵⁶

Naar onze mening laat de ontwikkeling in de jurisprudentie zien dat het begrip 'effecten' bij het toepassen van de mededingingsregels steeds verder wordt opgerekt. Toch menen wij niet dat dit voor de vaststelling van boetes de grenzen van de evenredigheid te buiten gaat. Het gemeenschapsrecht eist immers dat de lidstaten voorzien in een sanctiestelsel waarbinnen doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende sancties worden opgelegd om een effectieve naleving van de bepalingen van het EU-recht te bevorderen. Hierbij is het van belang te kijken naar de economische impact van overtredingen van het mededingingsrecht, of zoals het Hof in de *LCD*-zaak zegt:⁵⁷

'Bovendien moet worden opgemerkt dat de uitsluiting van die verkopen tot gevolg zou hebben dat het economische belang van de door een bepaalde onderneming gepleegde inbreuk op kunstmatige wijze zou worden geminimaliseerd, daar het enkele feit dat geen rekening zou worden gehouden met dergelijke daadwerkelijk door het kartel in de EER beïnvloede verkopen, ertoe zou leiden dat uiteindelijk een geldboete wordt opgelegd die niet in verhouding staat tot de reikwijdte van het kartel op dit grondgebied.'

Toch begrijpen wij ook de kritiek op de huidige trend in de mededingingsrechtelijke beschikkingenpraktijk. De boetesystematiek zoals toegepast in de *LCD*-zaak maakt het mogelijk dat ACM de directe verkoop van producten door buitenlandse bedrijven buiten het eigen grondgebied (die normaliter buiten haar jurisdictie valt) te betrekken bij de handhaving van de mededingingsregels omdat deze via een omweg op (een deel

⁵³ CBb, 6 oktober 2016, ECLI:NL:CBB:2016:272 (*Eerstejaars plantuinen*).

⁵⁴ Besluit van de Europese Commissie COMP/39.309-LCD [2010].

⁵⁵ Zie ook het Besluit van de Europese Commissie AT.39437-*Cathode Ray Tubes* [2012], waar deze *captive sales* eveneens ten grondslag werden gelegd aan de boete.

⁵⁶ Gerecht van Eerste Aanleg 27 februari 2014, ECLI:EU:T:2014:88 (*LG Display*).

⁵⁷ Hof van Justitie van 9 juli 2015, C-231/14, ECLI:EU:C:2015:451 (*Innolux*), r.o. 62.

van) de eigen (nationale) markt terecht komen.⁵⁸ Bovendien ligt het risico van *double jeopardy*, of *ne bis in idem* hiermee op de loer, omdat de verkopen buiten het territoir van Nederland en Europa parallel aangepakt kunnen worden door autoriteiten uit de landen waar die verkopen hebben plaatsgevonden.⁵⁹ Voor de duidelijkheid het *ne bis in idem*-beginsel verzet zich tegen de cumulatie van sancties wegens dezelfde overtreding.⁶⁰ Het beoogt te voorkomen dat gedragingen zwaarder worden gesanctioneerd dan nodig is op grond van het evenredigheidsbeginsel.⁶¹ Dit doet zich bij uitstek voor bij parallelle handhaving door verschillende mededingingsautoriteiten. Wij menen dat dit risico op een onevenredige stapeling van boetes alleen maar groter wordt in een wereld waar mede als gevolg van de digitalisering de internationale handel wereldwijd gestaag toeneemt.⁶²

2.3 Inzet van toezichtsbevoegdheden

Het inzetten van toezichtsbevoegdheden geschiedt bij ACM door personen die ingevolge artikel 5:11 Awb bij of krachtens wettelijk voorschrift met het houden van toezicht zijn belast. Alle ambtenaren werkzaam bij ACM zijn aangewezen als toezichthouder.⁶³ Sinds de inwerkingtreding van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt⁶⁴ (hierna: lw) is voor het verkrijgen van een goed overzicht van alle bevoegdheden van ACM-toezichthouders van belang om zowel de Awb als de “ACM-wetten” te betrekken. Zo zijn ACM-ambtenaren in aanvulling van hun bevoegdheden uit hoofdstuk 5 van de Awb, op grond van artikel 12c lw bevoegd een woning zonder toestemming van de bewoner te betreden (en zoekend rond te kijken), mits zij hiervoor toestemming van een rechter-commissaris hebben. Onderzoeken ACM-ambtenaren een overtreding van de mededingingsregels dan zijn zij zelfs ingevolge artikel 50 Mw bevoegd zonder toestemming van de bewoner een woning te *doorzoeken*. En artikel 12i lw biedt aan meer werknemers van een organisatie het zwijgrecht dan artikel 5:10a Awb dat dit recht eigenlijk alleen toekent aan werknemers die blijkens het uittreksel uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel bevoegd zijn de betreffende organisatie te vertegenwoordigen.

Zoals uitgelegd in het eerste deel van dit preadvies kunnen Nederlandse toezichthouders hun bevoegdheden slechts aanwenden op Nederlands grondgebied, tenzij sprake is van toestemming van de betreffende buitenlandse staat. Daarmee rijst de vraag hoe ACM de vinger krijgt achter gedragingen buiten Nederland of Europa met substantiële gevolgen voor de Nederlandse markt en consument.

2.3.1 Samenwerking binnen Europa

In Europees verband voorziet verordening 1/2003 in een systeem voor het opsporen van overtredingen veroorzaakt door gedrag in een andere lidstaat. De grondgedachte hierbij is verankerd in artikel 11 van verordening 1/2003 en houdt in dat de nationale mededingingsautoriteiten en de Commissie de communautaire mededingingsbepalingen in nauwe samenwerking toepassen. Artikel 12 van verordening

⁵⁸ P. Bentley & D. Henry, 'Calculating the Cartel Fine: A Question of Jurisdiction or a Question of Economic Importance?', *World Competition Law and Economics Review*, Kluwer Law International, 2016, Volume 39, Issue 3, p. 431-450.

⁵⁹ L. Ritzhoff, 'Indirect Effect: Fine Calculation, Territorial Jurisdiction, and Double Jeopardy', *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015, Vol. 6, No. 10.

⁶⁰ Zie voor een voorbeeld van de toepassing van het *ne bis in idem*-principe binnen de energiewetgeving en de consumentenrechtelijke praktijk: Cbb 31 maart 2015, ECLI:NL:CBB:2015:91 (*Greenchoice*).

⁶¹ G. Dannecker, Y. Körtek, 'General Report', in: Gerhard Dannecker and Oswald Jansen (eds.), *Competition Law Sanctioning in the European Union*, Kluwer Law International 2004, p. 93 en verder.

⁶² Zie bijvoorbeeld: A. Themelis, 'The Internet, Jurisdiction and EU Competition Law: The Concept of 'Over-Territoriality' in Addressing Jurisdictional Implications in the Online World', *World Competition Law and Economics Review*, Kluwer Law International, 2012, Volume 35, Issue 2, p. 325-353.

⁶³ Besluit aanwijzing toezichthouders ACM, *Stcrt.* 2013, nr. 9716, laatstelijk gewijzigd in *Stcrt.* 2014, nr. 21624.

⁶⁴ Wet van 28 februari 2013, houdende regels omtrent de instelling van de Autoriteit Consument en Markt, *Stb.* 2013, nr. 102.

1/2003 voorziet voorts in een systeem van informatie-uitwisseling.⁶⁵ Zowel tussen de Europese Commissie en nationale mededingingsautoriteiten als tussen mededingingsautoriteiten onderling biedt dit artikel een kapstok voor uitwisseling van informatie. Het gebruik van die gegevens beperkt zich niet tot bewijs voor overtreding van de artikelen 101 en 102 VWEU; de uitgewisselde informatie mag zelfs gebruikt worden om de nationale mededingingsregels parallel aan de Europese bepalingen te handhaven mits de toepassing van die nationale regels niet tot een verschillend resultaat leidt. Informatie-uitwisseling louter voor de toepassing van de nationale bepalingen mag evenwel niet. Evenmin mag de informatie gebruikt worden om aan natuurlijke personen gevangenisstraffen op te leggen. Bij de samenwerking tussen lidstaten of met de Europese Commissie speelt overigens het beginsel van loyaliteit een belangrijke rol. Het beginsel van loyale samenwerking (ook wel unietrouw genoemd) uit artikel 4, derde lid, van het Verdrag betreffende de Europese Unie ziet erop toe dat de Unie en de lidstaten elkaar respecteren en elkaar steunen bij de vervulling van de taken die uit verdragen voortvloeien, waaronder de taken aangaande de handhaving van de mededingingsregels.⁶⁶

Van belang is voorts dat nationale mededingingsautoriteiten elkaar kunnen verzoeken om op hun grondgebied toezichtsbevoegdheden aan te wenden indien vermoed wordt dat sprake is van een inbreuk op de Europese mededingingsregels.⁶⁷ Dit betekent evenwel dat ACM niet de autoriteiten van een andere lidstaat mag verzoeken informatie te vorderen indien louter sprake is van overtreding 6 of 24 van de Mededingingswet. De inzet van de toezichtsbevoegdheden geschiedt overeenkomstig het nationale recht van de lidstaat waarbinnen de bevoegdheden worden aangewend. Zo zal ACM in Nederland in opdracht van het Franse *Autorité de la Concurrence* woningen zonder toestemming van de bewoner kunnen doorzoeken, terwijl de Franse toezichthouders naar nationaal recht misschien niet over deze bevoegdheden beschikken. Wat dat vervolgens betekent voor het gebruik van eventueel met die bevoegdheid verkregen bewijsmateriaal is iets waar de Franse bestuursrechter zich over zal (moeten) buigen.

Hoewel de toezichthoudend ambtenaren hun bevoegdheden niet mogen inzetten in een andere lidstaat, biedt artikel 5:15 Awb toezichthouders wel de mogelijkheid om zich bij het betreden van plaatsen te laten vergezellen door toezichthoudend ambtenaren uit een andere lidstaat.⁶⁸

Volledigheidshalve merken wij op dat er twee verdragen zijn op Europees niveau - beide instrumenten van de Raad van Europa - die van belang zijn voor het verkrijgen van documenten in bestuursrechtelijke (en daarmee in mededingingsrechtelijke) zaken. Het betreft hier *The European Convention on the Service Abroad of Documents Relating to Administrative Matters*⁶⁹ en *The European Convention on the obtaining abroad of information and evidence in administrative matters*⁷⁰. Deze verdragen regelen dat de bestuursorganen van de landen die partij zijn bij deze verdragen onderling brieven en besluiten kunnen betekenen. Ook regelen deze verdragen het uitwisselen van informatie tussen lidstaten, maar jammer genoeg zijn zij slechts door weinig landen geratificeerd (ook door Nederland zijn deze verdragen niet

⁶⁵ Artikel 7, derde lid, onderdeel b, Iw dat een algemene bevoegdheid bevat voor ACM aan buitenlandse instellingen informatie te verstrekken voor zover belast met dezelfde taken als ACM sluit hier naadloos op aan.

⁶⁶ R.J.G.M. Widdershoven, *Acting apart together. Loyale samenwerking tussen bestuurlijke instanties en de positie van de burger*, SEW nr. 11, november 2015, p. 561-565.

⁶⁷ Artikel 22 Verordening 1/2003.

⁶⁸ Zie ook P.Boswijk, O.J.D.M.L. Jansen en R.J.G.M. Widdershoven, *Transnationale samenwerking tussen toezichthouders in Europa*, Den Haag: WODC 2008, p. 122

⁶⁹ Raad van Europa, Straatsburg, 24 november 1997.

⁷⁰ Raad van Europa, Straatsburg, 15 maart 1978.

geratificeerd).⁷¹

2.3.2 Samenwerking buiten Europa

Op internationaal vlak (dat wil zeggen: buiten de EU) weten nationale mededingingsautoriteiten elkaar ook te vinden in de samenwerking. ACM is lid van het *International Competition Network*, een informeel netwerk dat tot doel heeft de effectieve internationale samenwerking tussen mededingingsautoriteiten wereldwijd te faciliteren.⁷² Hoewel dit netwerk in de praktijk zeer nuttig blijkt voor het delen van *best practices* bij het streven naar procedurele en materiële uniformiteit in de aanpak van kartels of het beoordelen van concentraties⁷³, bestaat er voor de leden van dit netwerk geen basis om informatie te delen of elkaar om bijstand te verzoeken bij onderzoeken. Hoewel veel landen zelf een met artikel 7 Iw vergelijkbare bepaling zullen hebben die het uitwisselen van informatie met buitenlandse diensten mogelijk maakt, is het ontbreken van een algemene internationale regeling wat ons betreft een gemis.⁷⁴ Wij onderstrepen dan ook de aanbevelingen die het OECD recentelijk nog heeft gedaan in het licht van internationale samenwerking in mededingingszaken.⁷⁵ De voorstellen van de OECD omvatten onder andere een raamwerk voor het uitwisselen van informatie zonder toestemming van degene van wie die informatie afkomstig is en voor het verlenen van bijstand bij het onderzoeken van potentiële overtredingen. Met name het raamwerk inzake het coördineren van parallelle onderzoeken naar dezelfde overtredingen is interessant gelet op het in paragraaf 2.2.2 beschreven risico op *ne bis in idem* dat in grensoverschrijdende zaken op de loer ligt.

Buiten "ICN-verband" zijn er talloze bilaterale afspraken over het samenwerken in (grensoverschrijdende) mededingingszaken. Met name de Europese Commissie is partij bij dergelijke afspraken.⁷⁶ Voor Nederland zal de noodzaak daartoe minder urgent zijn, gezien het feit dat kartelzaken met een grote internationale component in de praktijk vaak door de Europese Commissie zullen worden opgepakt omdat deze voor een groot deel van de EU gevolgen hebben.

2.4 Effectuering van sancties

Dat ACM in de toepassing van zowel de nationale als Europese mededingingsregels al snel over de grens bestuurlijke boetes kan opleggen hebben wij hiervoor toegelicht. Zoals wij in het algemene deel van dit preadvies reeds bespraken, zijn de bestuursrechtelijke mogelijkheden om betaling af te dwingen wanneer boetes niet worden betaald, echter beperkt. Voor de vraag hoe dit aspect van handhaving het beste kan worden aangepakt, verwijzen wij naar onze aanbevelingen (specifiek aanbeveling IV) onder aan dit preadvies. Ten aanzien van het mededingingsrecht is wel van belang om te wijzen op het volgende.

ACM adresseert haar beschikkingen voor overtreding van de mededingingsregels aan rechtspersonen, die

⁷¹ Zie voor een uitgebreide behandeling van de verdragen: Oswald Jansen, *The systems of International Cooperation in Administrative and Criminal Matters in Relation to Regulation EC 1/2003*, in: Gerhard Dannecker and Oswald Jansen (eds.), *Competition Law Sanctioning in the European Union*, Kluwer Law International 2004, p. 257-304.

⁷² Zie het *ICN Operation Framework* van 13 februari 2011 te vinden via: www.internationalcompetitionnetwork.org.

⁷³ ICN Statement of Achievements 2001-2013, gepresenteerd tijdens de 12^{de} jaarlijkse conferentie van het ICN.

⁷⁴ Artikel 7, derde lid, aanhef en onder b, Instellingswet bepaalt: 'In afwijking van het eerste lid is de Autoriteit Consument en Markt bevoegd gegevens of inlichtingen te verstrekken aan: een buitenlandse instelling, indien het gaat om gegevens of inlichtingen die van betekenis zijn of kunnen zijn voor de uitoefening van de taak van die buitenlandse instelling en die buitenlandse instelling op grond van nationale wettelijke regels is belast met de toepassing van regels op dezelfde gebieden als waarop de taken, bedoeld in artikel 2, tweede lid, betrekking hebben.'

⁷⁵ Recommendation of the OECD Council concerning International Co-operation on Competition Investigations and Proceedings, [C(2014)108].

⁷⁶ Er bestaan op Europees niveau onder meer afspraken met de VS, Canada, Japan, Zuid-Korea en China. Deze kunnen worden geraadpleegd via: <http://ec.europa.eu/competition/international/bilateral>.

tezamen een onderneming of economische eenheid vormen.⁷⁷ Ter illustratie: ACM legt een bestuurlijke boete op aan ondernemingen A, B en C voor overtreding van het kartelverbod, ieder voor één miljoen euro. Onderneming A bestaat uit dochter A1, een vennootschap naar Nederlands recht en moeder A2, een vennootschap naar Frans recht. In de beschikking wordt A verantwoordelijk gehouden voor de overtreding en geldt de sanctie van één miljoen euro voor A1 en A2 beide. Zij zijn hiervoor hoofdelijk aansprakelijk en kunnen voor elkaar bevrijdend betalen, waarna de betalende vennootschap civielrechtelijk een recht op regres heeft op de ander. De mogelijkheid om betaling bij de Nederlandse entiteit uit de onderneming af te dwingen (die het vervolgens verhaalt op de rest), voorkomt dat buitenlandse entiteiten binnen de onderneming aan de betaling van boetes ontsnappen. Deze wijze van boeteoplegging sluit overigens naadloos aan op de wijze waarop de Europese Commissie dat doet in mededingingszaken.

2.5 Afsluitende opmerkingen

Het mededingingsrecht kent als het gaat om rechtsmacht een aantal bijzonderheden. Meest opvallend is ons inziens toch wel het feit dat ACM als Nederlandse toezichthouder in grensoverschrijdende zaken als hoeder van economieën en markten in andere lidstaten kan optreden en in dat kader sancties kan opleggen. Opvallend is ook dat in de rechtspraak een tendens kan worden gesignaleerd die inhoudt dat in bepaalde gevallen effecten buiten het nationale of zelfs Europese grondgebied bij het sanctioneren worden meegewogen. Wat ons betreft pleit dit voor een breder kader om internationaal samen te werken met andere mededingingsautoriteiten.⁷⁸ Dit is ons inziens niet alleen van economisch of juridisch belang. Grensoverschrijdende mededingingszaken kennen vaak ook een politieke component. Staten kunnen mededingingsregels aanwenden, niet om normen en waarden te exporteren naar andere landen ter bestrijding van mondiale economische problemen, maar ook om eigen nationale markten (en daarmee belangen) te beschermen.⁷⁹ Een aansprekend voorbeeld is de zaak *Pilkington*⁸⁰ waar de VS jegens een Engelse onderneming haar mededingingsregels aanwendden omdat deze onder meer de Japanse markt voor vlakglas voor Amerikaanse bedrijven afschermden. Een interessant voorbeeld, wat ons betreft, van het grensverleggend toepassen van grensoverschrijdende regels.

3 Rechtsmacht in het consumentenrecht

In het algemene gedeelte van dit preadvies merkten wij al op dat mede door de toenemende digitalisering en globalisering de internationale handel een vlucht heeft genomen. Het aantal consumenten dat online aankopen doet in plaats van in een winkel is enorm toegenomen. De digitalisering van onze samenleving maakt het steeds makkelijker om producten online te bestellen. Ook het bestellen van producten in het buitenland wordt steeds eenvoudiger. In 2011 constateerde de Europese Commissie echter dat vergeleken met de significante groei van de binnenlandse verkoop op afstand, de grensoverschrijdende verkoop op afstand achterbleef.⁸¹ En dat terwijl deze grensoverschrijdende verkoop op afstand toch een van de voornaamste zichtbare resultaten van de interne markt zou moeten zijn.⁸² In een onderzoek van Eurostat uit

⁷⁷ Zie paragraaf 2.1.3, de passages over de economische eenheid-benadering.

⁷⁸ Zie daarvoor de aanbevelingen verder op in dit preadvies.

⁷⁹ Zie ook de recente speech van Jorge Padilla tijdens het Global Competition Review IP & Antitrust congres van 16 juni 2016: 'By using competition policy strategically, these authorities are actually risking not only competition in domestic markets but also in supranational markets.'

⁸⁰ Verenigde Staten v. Pilkington PLC, 1994-2 Trade Cas. (CCH) 70,842 (D.Ariz 1994).

⁸¹ Met verkoop op afstand wordt bedoeld, verkopen die leiden tot een overeenkomst tussen een handelaar en een consument (...) zonder gelijktijdige fysieke aanwezigheid van handelaar en consument en waarbij, tot (...) van het moment waarop de overeenkomst wordt gesloten, uitsluitend gebruik wordt gemaakt van een of meer middelen voor communicatie op afstand (zie artikel 2, zevende lid, Richtlijn 2011/83/EU).

⁸² Richtlijn 2011/83/EU, overweging 5.

2014⁸³ gaf slechts 15 % van de consumenten aan online iets uit een ander EU-land te hebben gekocht, terwijl 44 % dit wel in het eigen land had gedaan. Het vertrouwen dat consumenten hebben in aankopen via een handelaar die zich in een andere lidstaat bevindt blijft ver achter bij het vertrouwen dat consumenten hebben in aankopen via internet bij een handelaar uit hun eigen land.⁸⁴ Ook het percentage (detail)handelaren dat zijn producten aanbiedt aan consumenten buiten de eigen landsgrenzen (12%) blijft achter bij de handelaren die alleen online verkopen aan consumenten in hun eigen land (37%).

Als belangrijke oorzaak voor het achterblijven van deze grensoverschrijdende verkoop op afstand zag de Europese Commissie de uiteenlopende nationale regels op het gebied van consumentenbescherming waarmee het bedrijfsleven werd geconfronteerd. Met de Richtlijn Consumentenrecht heeft de Europese Commissie deze drempel verder willen wegnemen: de richtlijn biedt volledig geharmoniseerde regels op het gebied van consumenten informatie en het herroepingsrecht voor verkopen op afstand en buiten de verkooppriimte.⁸⁵ Deze richtlijn is in 2014 geïmplementeerd in boek 6 en 7 van het Burgerlijk Wetboek. Eerder werden ook al richtlijnen vastgesteld op het gebied van de vermelding van prijzen⁸⁶, e-commerce⁸⁷, garanties⁸⁸, timeshare⁸⁹, pakketreizen⁹⁰, oneerlijke handelspraktijken⁹¹ en misleidende en vergelijkende reclame⁹².

Ook verbeterde grensoverschrijdende handhaving en minder benadeling van de consument zouden volgens de Europese Commissie het consumentenvertrouwen moeten verbeteren en zo moeten zorgen voor een toename in grensoverschrijdende digitale transacties.⁹³ Zoals wij hierna zullen zien is voor handhaving van de hiervoor genoemde consumentenregels (althans zoals omgezet in het nationale recht van de lidstaten) een stelsel opgezet voor samenwerking tussen verantwoordelijke autoriteiten.⁹⁴ Binnen dit stelsel zijn nationale autoriteiten bevoegd om op te treden tegen grensoverschrijdende inbreuken (Verordening 2006/2004 noemt deze "intracommunautaire" inbreuken) en informatie te verzamelen voor en te verstrekken aan autoriteiten uit een andere lidstaat. Alvorens nader op dit handhavingstelsel in te gaan, staan wij eerst stil bij de (extraterritoriale) reikwijdte van enkele van deze normen.

3.1 Reikwijdte van de normen

De hiervoor genoemde richtlijnen ter bescherming van de consument vormen slechts enkele voorbeelden van de 21 richtlijnen en verordeningen (ook wel het *acquis* genoemd) die zijn opgenomen binnen het stelsel van samenwerking tussen bevoegde (consumenten) autoriteiten.⁹⁵ Deze 21 richtlijnen en verordeningen bevatten ieder weer een veelheid van normen. Het is voor dit preadvies weinig zinvol om voor al deze

⁸³ Eurostat-enquête over het gebruik van ICT in huishoudens en door individuen (2014), isoc_ec_ibuy

⁸⁴ Uit de Consumer Scorecard 2015 (zie:

http://ec.europa.eu/consumers/consumer_evidence/consumer_scoreboards/11_edition/index_en.htm) blijkt dat consumenten meer vertrouwen hebben in aankopen via internet kopen van producten bij een handelaar uit het eigen land (61%) dan in aankopen in een andere lidstaat (38%).

⁸⁵ *Ibid*

⁸⁶ Richtlijn 98/6/EU betreffende de bescherming van de consument inzake de prijsaanduiding van aan de consument aangeboden producten.

⁸⁷ Richtlijn 2000/31/EU, betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt („Richtlijn inzake elektronische handel”).

⁸⁸ Richtlijn 1999/44/EG, betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen.

⁸⁹ Richtlijn 2008/122/EG, betreffende de bescherming van de consumenten met betrekking tot bepaalde aspecten van overeenkomsten betreffende gebruik in deeltijd, vakantieproducten van lange duur, doorverkoop en uitwisseling.

⁹⁰ Richtlijn 90/314/EEG, betreffende pakketreizen, met inbegrip van vakantiepakketten en rondreispakketten.

⁹¹ Richtlijn 2005/29/EG, betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt.

⁹² Richtlijn 2006/114/EG inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame.

⁹³ Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad ter beoordeling van de doeltreffendheid van Verordening (EG) nr. 2006/2004, COM (2016) 284 final.

⁹⁴ Verordening 2006/2004, betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming.

⁹⁵ Deze 21 richtlijnen en verordeningen zijn opgenomen als bijlage bij Verordening 2006/2004.

normen nader in te gaan op de reikwijdte van deze normen, laat staan dat dit plezierig is voor de lezer. Wij lichten daarom één belangrijke richtlijn uit het *acquis* en gaan nader in op enkele normen uit deze richtlijn. Voor veel van de overige richtlijnen uit het *acquis* geldt echter een vergelijkbare reikwijdte.⁹⁶

3.1.1 Een voorbeeld: Informatieverplichtingen en herroepingsrecht uit de Richtlijn Consumentenrechten (2011/83)

De richtlijn Consumentenrechten bevat geharmoniseerde regels voor overeenkomsten die worden gesloten tussen consumenten en handelaren.⁹⁷ Deze regels zien onder meer op de informatie die de handelaar aan de consument moet verstrekken voordat de overeenkomst wordt gesloten (de zogenoemde informatieverplichtingen) en het herroepingsrecht (mogelijkheid om de overeenkomst binnen de bedenktijd te ontbinden). Er gelden verschillende regimes voor overeenkomsten die binnen en overeenkomsten die buiten de verkoopruimte (of op afstand) zijn gesloten.⁹⁸ Wij gaan hieronder nader in op de reikwijdte van enkele bepalingen van deze richtlijn.

Artikel 6, eerste lid luidt voor zover hier van belang:

‘Voordat de consument door enige andere overeenkomst dan een overeenkomst op afstand of een buiten verkoopruimten gesloten overeenkomst, dan wel een daarmee overeenstemmend aanbod is gebonden, verstrekt de handelaar de consument op duidelijke en begrijpelijke wijze de volgende informatie, indien die informatie al niet duidelijk is uit de context:⁹⁹

De definitie van het begrip *handelaar* is zeer breed¹⁰⁰ en niet beperkt tot handelaren die gevestigd zijn binnen de EU:

‘iedere natuurlijke persoon of iedere rechtspersoon, ongeacht of deze privaot of publiek is, die met betrekking tot onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt, mede via een andere persoon die namens hem of voor zijn rekening optreedt, in het kader van zijn handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit;’¹⁰¹

Ook voor het herroepingsrecht dat in artikel 9 van de richtlijn Consumentenrechten is opgenomen geldt een dergelijke brede toepassing van de norm.¹⁰² Deze bepaling geeft *de consument* die een overeenkomst op afstand (bijvoorbeeld via internet) of buiten de verkoopruimte (bijvoorbeeld op straat) heeft gesloten een recht om over een termijn van 14 dagen de overeenkomst zonder opgave van reden te ontbinden. Ook hier gaat het, gezien de definitie van overeenkomst op afstand, weer om een overeenkomst tussen een handelaar en een consument.

⁹⁶ De informatieverplichting uit Richtlijn 2000/31/EU is bijvoorbeeld van toepassing op *dienstverleners* welk begrip een vergelijkbare brede definitie kent als het begrip *handelaar*. In Richtlijn 98/6/EU worden de verplichtingen inzake prijsaanduiding opgelegd aan de *verkoper*. Ook dit is een zeer breed gedefinieerd begrip. Richtlijn 1999/44/EG richt zich tot de verkoper, producent en importeur van consumptie goederen. Richtlijnen 2008/122/EG, 2006/114/EG en 2005/29/EG leggen ook verplichtingen op aan de *handelaar*. Richtlijn 90/314/EEG richt zich tot de *organisator* of *doorverkoper* van pakketreizen.

⁹⁷ Artikel 4 van de Richtlijn 2011/83/EU bepaalt: ‘De lidstaten behouden in hun nationale wetgeving geen bepalingen die afwijken van de bepalingen opgenomen in deze richtlijn, met inbegrip van meer of minder strikte bepalingen die een ander niveau van consumentenbescherming waarborgen, of voeren dergelijke bepalingen niet in, tenzij in deze richtlijn anders is bepaald.’

⁹⁸ Met verkoopruimte wordt bedoeld: iedere onverplaatsbare ruimte voor detailhandel waar de handelaar op permanente basis zijn activiteiten uitvoert of iedere verplaatsbare ruimte voor detailhandel waar de handelaar gewoonlijk zijn activiteiten uitvoert.

⁹⁹ Een gelijkkluidende tekst is opgenomen in artikel 6:230I Bw.

¹⁰⁰ HvJ 3 oktober 2013. C-59/12, *BKK Mobil Oil*, ECLI:EU:C:2013:634, r.o. 32.

¹⁰¹ Zie artikel 2 lid 2 Richtlijn 2011/83/EU en het gelijkkluidende artikel 6:230g onder b, Bw.

¹⁰² Dit artikel is geïmplementeerd in artikel 6:230o, eerste lid, BW.

In beginsel zal iedere handelaar die zijn diensten of producten aanbiedt aan consumenten binnen de EU zich moeten houden aan de (in de nationale wetgeving van de lidstaten geïmplementeerde) normen uit de richtlijn. In overweging 57 van de Richtlijn Consumentenrechten benadrukt de Europese wetgever, onder verwijzing naar de Verordening Rome I¹⁰³, dat de consument de door deze richtlijn geboden bescherming niet kan worden onthouden. Zoals wij in het algemene deel van dit preadvies hebben toegelicht bevat de Verordening Rome I zogenoemde conflictregels die regelen welk recht van toepassing is op een rechtsbetrekking. De Verordening Rome I bevat specifieke regels voor de consumentenovereenkomst. Uit artikel 6 van de Verordening Rome I volgt dat een overeenkomst tussen een verkoper (een persoon die handelt in de uitoefening van zijn bedrijf of beroep) en een consument wordt beheerst door het recht van het land waar de consument zijn gewone verblijfplaats heeft.¹⁰⁴ Voorwaarde is wel dat de handelaar zijn activiteit ontplooit in de lidstaat waar de consument zijn woonplaats heeft of zich richt op de lidstaat waar de consument woont. Uit punt 24 van de preambule blijkt dat het feit dat een internetsite toegankelijk is, op zichzelf niet voldoende is om aan te nemen dat de verkoper zich richt op de lidstaat waar de consument woont; noodzakelijk is dat de consument op die site gevraagd wordt overeenkomsten op afstand te sluiten en dat er inderdaad een dergelijke overeenkomst gesloten is, ongeacht de middelen die daartoe zijn gebruikt. Of er sprake is van zo'n "*gerichte activiteit*" van de verkoper (of handelaar) moet worden vastgesteld aan de hand van de omstandigheden van het geval. Ook het Hof heeft bij handel via internetsites overwogen dat de enkele toegankelijkheid onvoldoende is om te spreken van een "*gerichte activiteit*". Relevante omstandigheden zijn volgens het Hof het internationale karakter van de activiteit, de routebeschrijvingen vanuit andere lidstaten, de munteenheid of taal indien deze afwijkt van wat gebruikelijk is in de lidstaat van de handelaar, telefoonnummer, reclame in zoekmachines, het gebruik van een andere topleveldomeinnaam (bv .nl of .de) dan die van de lidstaat waar de ondernemer gevestigd is en een eventuele verwijzing naar internationale clientèle.¹⁰⁵ Dit betekent dat Nederlandse consumenten die in het buitenland aankopen doen, een beroep kunnen doen op dwingendrechtelijke bepalingen uit het Nederlandse Burgerlijk Wetboek wanneer de handelaar zich (mede) richt op Nederland. Het voorgaande geldt overigens niet voor een aantal bijzondere overeenkomsten, als vervoerovereenkomsten, pakketreizen, onroerend goed, huur, financiële instrumenten en verzekeringen (zie artikel 6, vierde lid, Verordening Rome I).

Voorbeeld: Een Nederlandse consument koopt via een website bij een Spaanse onderneming een paar sloffen. Het Spaanse bedrijf heeft een Nederlandstalige website die via de hyperlink: www.despaanseslof.nl te bereiken is. Op de website staat ook een Nederlands telefoonnummer waarmee de klantenservice te bereiken is. Er is weinig twijfel of de Spaanse onderneming zich (mede) richt op Nederlandse consumenten. Conform artikel 6 Verordening Rome I zal het Nederlandse consumentenrecht van toepassing zijn op de overeenkomst tussen deze onderneming en de Nederlandse consument.

¹⁰³ Verordening (EG) 593/2008 van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I).

¹⁰⁴ Rechtskeuze is overigens niet uitgesloten voor consumentenovereenkomsten, maar mag er volgens artikel 6, tweede lid van de Verordening niet toe leiden dat de consument de bescherming verliest welke hij geniet op grond van de dwingend rechtelijke bepalingen van het recht van het land waar de consument zijn gewone verblijfplaats heeft.

¹⁰⁵ HvJ 7 december 2010, *Pammer/Schlüter* C-585/08 en *Alpenhof/Heller* C-144/09, gevoegde zaken, ECLI:EU:C:2010:740.

3.2 Handhaving

3.2.1 Verordening 2006/2004

Voor de aanpak van grensoverschrijdende inbreuken op het gebied van consumentenbescherming is Verordening 2006/2004 vastgesteld.¹⁰⁶ Het doel van deze verordening is dan ook de samenwerking tussen overheidsinstanties die verantwoordelijk zijn voor de grensoverschrijdende handhaving van consumentenwetgeving te bevorderen en daarmee te komen tot betere en consequentere handhaving van de consumentenwetgeving. Dit alles uiteindelijk uiteraard met als doel om bij te dragen aan een betere werking van de interne markt.¹⁰⁷ De verordening beoogt deze doelstellingen te bereiken door een samenwerkingskader voor de nationale handhavingsautoriteiten te geven. Wij zullen hierna ingaan op de belangrijkste onderdelen van dit samenwerkingskader: de nationale bevoegde autoriteiten (§3.2.2), het verbindingsbureau (3.2.3), informatie-uitwisseling (§3.2.4) en handhaving op verzoek (§3.2.5). Daarna zullen wij ingaan op de werking van de Verordening in de praktijk (§3.2.6) en de voorstellen van de Europese Commissie om de verordening aan te passen (§3.2.7).

3.2.2 Bevoegde autoriteiten

Verordening 2006/2004 vereist dat iedere lidstaat de bevoegde autoriteiten aanwijst.¹⁰⁸ Onder bevoegde autoriteiten verstaat de Verordening de overheidsinstanties die belast zijn met de handhaving van de richtlijnen die genoemd staan in de bijlage bij de verordening (althans zoals die zijn omgezet in de nationale wetgeving van de lidstaten). Voor een deel van die wetgeving was in Nederland reeds een bestaande instantie belast met de handhaving (bijvoorbeeld de stichting Autoriteit Financiële Markten, de Nederlandse Voedsel en waren Autoriteit en het Commissariaat voor de Media), maar voor het algemene consumentenrecht bestond een dergelijke instantie nog niet. De komst van Verordening 2006/2004 is daarom ook het startschot geweest voor het opstellen van de Wet handhaving consumentenbescherming (hierna: Whc) en daarmee voor de oprichting van de toenmalige Consumentenautoriteit (thans ACM). Hoewel de Verordening strikt genomen alleen de verplichting in het leven roept om bevoegde autoriteiten aan te wijzen die zijn belast met de verplichtingen die de verordening schept bij grensoverschrijdende inbreuken (intracommunautaire inbreuken), heeft de Nederlandse wetgever deze gelegenheid te baat genomen om een toezichthouder op te richten die ook belast is met de nationale handhaving van het algemene consumentenrecht. In eerste instantie heeft de wetgever daarbij gekozen voor een duaal stelsel waarbij zowel bestuursrechtelijke handhaving, als handhaving via de civiele rechter (verzoekschrift procedure bij het Gerechtshof Den Haag) mogelijk was.¹⁰⁹ Met de Stroomlijnswet ACM¹¹⁰ is dit duale stelsel van toezicht op 1 augustus 2014 afgeschaft, tezamen met het duale stelsel van handhaving (bestuurlijke en strafrechtelijke handhaving) uit de Telecommunicatiewet.¹¹¹

In Nederland is ACM via de Whc belast met het nationale toezicht op de naleving van de in de bijlage bij die wet opgenomen wettelijke bepalingen.¹¹² Daarnaast is ACM via de Whc ook aangewezen als bevoegde instantie ten aanzien van intracommunautaire inbreuken van dezelfde wettelijke bepalingen.¹¹³ Het begrip intracommunautaire inbreuk is afkomstig uit de Verordening 2006/2004 en de Whc verwijst voor de definitie

¹⁰⁶ Verordening 2006/2004, betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming.

¹⁰⁷ Zie preambule punt 3 en artikel 1 van Verordening 2006/2004.

¹⁰⁸ Artikel 4, eerste lid, Verordening 2006/2004.

¹⁰⁹ Kamerstukken II, 2005/06, 30 411, nr. 3, p. 30.

¹¹⁰ *Stb.*, 2014, 247.

¹¹¹ Kamerstukken II, 2012/13, 33 622, nr. 3, p. 16.

¹¹² Zie artikel 2.2 Whc. Van de bevoegdheid van ACM zijn financiële diensten overigens uitgezonderd.

¹¹³ Zie artikel 2.3 lid 2 Whc. Ook hier zijn financiële diensten van de bevoegdheid van ACM uitgezonderd.

van dit begrip dan ook naar deze verordening. Onder communautaire inbreuk moet het volgende verstaan¹¹⁴:

‘elke handeling of omissie die in strijd is met de wetgeving ter bescherming van de belangen van de consument en die schade toebrengt of kan toebrengen aan de collectieve belangen van consumenten die woonachtig zijn in een andere lidstaat of in andere lidstaten dan de lidstaat waar de handeling of omissie haar oorsprong vond of plaats had, waar de verantwoordelijke verkoper of dienstverlener gevestigd is, of waar bewijsmateriaal of vermogensbestanddelen met betrekking tot de handeling of omissie gevonden kunnen worden.’

Een communautaire inbreuk is dus eigenlijk elke inbreuk die tot stand komt in de ene lidstaat en schade toebrengt aan consumenten in een andere lidstaat. Volgens de wetgever¹¹⁵ volgt uit deze brede definitie van communautaire inbreuk dat de Nederlandse bevoegde autoriteiten (voor algemeen consumentenrecht is dat ACM) bevoegd zijn om tegen intracommunautaire inbreuken op te treden indien de consumenten die schade lijden zich weliswaar in een andere lidstaat bevinden, maar:

- a. de inbreuk haar oorsprong vindt in Nederland, of
- b. het bedrijf of de dienstverlener die de inbreuk pleegt in Nederland een vestiging heeft of
- c. bewijsmiddelen of vermogensbestanddelen met betrekking tot de inbreuk zich in Nederland bevinden.

Volgens de wetgever is de definitie van “*intracommunautaire inbreuk*” in de verordening¹¹⁶ overigens zo ruim dat hieruit zou kunnen worden afgeleid dat een Nederlandse bevoegde autoriteit ook kan optreden tegen een intracommunautaire inbreuk begaan door een Spaans bedrijf gericht tegen Ierse consumenten, waarbij Nederland op geen enkele wijze is betrokken.¹¹⁷ Het kan volgens de wetgever echter redelijkerwijs niet de bedoeling van de verordening zijn, dat Nederlandse bevoegde autoriteiten tegen dergelijke intracommunautaire inbreuken zouden moeten kunnen optreden. Naar het oordeel van de wetgever schept de Whc dan ook geen bevoegdheid tot handhaving voor Nederlandse bevoegde autoriteiten in een dergelijke situatie.¹¹⁸ Dit lijkt ons een juiste benadering, gezien onze constatering in het eerste deel van dit preadvies dat extraterritoriale regelgeving die zich richt op gedrag dat geen enkele (territoriale) connectie heeft met de regelgevende staat over het algemeen niet wordt geaccepteerd in het volkenrecht. Daar kan tegenover worden gesteld dat de nationale bevoegde instanties gezamenlijk verantwoordelijk zijn voor de toepassing en handhaving van het Europese consumentenrecht op het grondgebied van de EU en zich bij de handhaving van deze regels zouden moeten richten op het Europese territorium en niet slechts op het eigen territorium.

3.2.3 Verbindingsbureau

Naast de verplichting om bevoegde autoriteiten aan te wijzen, vereist Verordening 2006/2004 ook dat iedere lidstaat een zogenaamd “verbindingsbureau” aanwijst. Het verbindingsbureau is een overheidsorganisatie die is belast met de coördinatie van de toepassing van Verordening 2006/2004 binnen de lidstaat.¹¹⁹ Verzoeken om wederzijdse bijstand (*Infra* §3.2.4 en §3.2.5) afkomstig van een verzoekende (buitenlandse) instantie kunnen worden ingediend bij het verbindingsbureau. Vervolgens zal het

¹¹⁴ Zie Verordening 2006/2004, artikel 3, onder b.

¹¹⁵ Kamerstukken II, 2005/06, 30 411, nr. 3 p. 9

¹¹⁶ Verordening 2006/2004: betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming. Met de Whc wordt (voor zover nodig) invulling gegeven aan de verplichtingen die voortvloeien uit deze Verordening.

¹¹⁷ Kamerstukken II, 2005/06, 30 411, nr. 3 p. 9

¹¹⁸ Kamerstukken II, 2005/06, 30 411, nr. 3 p. 9

¹¹⁹ Zie artikel 3 onder d, Verordening 2006/2004.

verbindingsbureau zorgdragen voor de doorzending naar de bevoegde autoriteit. Ook verzoeken van andere autoriteiten aan bevoegde autoriteiten in het buitenland verlopen via het verbindingsbureau.¹²⁰ De Europese Commissie publiceert een lijst waarop per lidstaat is aangegeven welke bevoegde autoriteiten er zijn en welke instantie als verbindingsbureau is aangewezen.¹²¹ In Nederland is ACM aangewezen als verbindingsbureau.¹²²

De verschillende bevoegde instanties en verbindingsbureaus vormen tezamen het zogenoemde CPC (Consumer Protection Cooperation) netwerk. Dit netwerk voert ook regelmatig gezamenlijk onderzoeken uit aan websites, deze zogenoemde online sweeps zijn er op gericht om vast te stellen of een bepaalde sector zich aan de regels op het gebied van consumentenbescherming houdt.¹²³

Hierna zullen wij ingaan op de mogelijkheden die Verordening 2006/2004 bevoegde instanties biedt om samen te werken wanneer wordt opgetreden tegen intracommunautaire inbreuken: het uitwisselen van informatie en handhaving op verzoek.

3.2.4 Informatie-uitwisseling

In het algemene deel van dit preadvies constateerden wij dat een toezichthouder zijn toezichtsbevoegdheden in beginsel niet buiten de eigen staat mag inzetten.¹²⁴ Een dergelijke grensoverschrijdende inzet van toezichtsbevoegdheden zal inbreuk maken op de soevereiniteit van de staat waar deze bevoegdheden worden ingezet en in strijd zijn met het territorialiteitsbeginsel. Dat zal alleen anders zijn wanneer de staat waarin de toezichthouder zijn bevoegdheden inzet daar toestemming voor heeft gegeven. Wanneer een dergelijke toestemming ontbreekt, ligt het voor de hand dat de hulp wordt ingeschakeld van de bevoegde instantie in de betreffende staat. Dat een bevoegde instantie in een andere staat niet altijd bereid is om de informatie voor een andere toezichthouder te verzamelen zagen wij ook al in het eerste deel van dit preadvies.¹²⁵ Om te voorkomen dat binnen de Europese Unie dergelijke situaties ontstaan bij de handhaving van het consumentenrecht is in Verordening 2006/2004 een verplichting opgenomen voor bevoegde autoriteiten om op verzoek gegevens met elkaar uit te wisselen. Deze verplichting strekt zich uit tot informatie die nodig is om vast te stellen of er een intracommunautaire inbreuk heeft plaats gevonden of kon plaatsvinden.¹²⁶

Wanneer een bevoegde instantie een verzoek om informatie doet aan een instantie in een andere lidstaat, moet de aangezochte instantie passend onderzoek verrichten of passende maatregelen nemen om de gevraagde informatie te verzamelen.¹²⁷ De aangezochte instantie zal voor het verzamelen van de informatie gebruik moeten maken van de bevoegdheden die zij daartoe op grond van het nationale recht heeft. Wel noemt Verordening 2006/2004 de minimale bevoegdheden waarover de bevoegde instanties moeten beschikken om effectief te kunnen optreden.¹²⁸ In het geval van ACM zijn de toezichtsbevoegdheden opgenomen in titel 5.2 van de Awb en de Instellingswet ACM.¹²⁹ Indien de aangezochte instantie niet over

¹²⁰ Artikel 12 Verordening 2006/2004.

¹²¹ Publicatieblad van de EU, 23 januari 2015 (C-23).

¹²² Zie artikel 2.3, eerste lid, Whc.

¹²³ http://ec.europa.eu/consumers/enforcement/cross-border_enforcement_cooperation/index_en.htm

¹²⁴ Zie ook hiervoor paragraaf 2.3.

¹²⁵ Zie de in § 3.2.4 van het eerste deel van dit preadvies behandelde uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 5 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:109.

¹²⁶ Artikel 6 Verordening 2006/2004.

¹²⁷ Artikel 6, tweede lid, Verordening 2006/2004.

¹²⁸ Artikel 4, zesde lid, Verordening 2006/2004.

¹²⁹ De belangrijkste bevoegdheden zijn in dit verband de bevoegdheid om plaatsen te betreden (artikel 5:15 Awb), woningen te betreden (artikel 12c Instellingswet ACM), inlichtingen te vorderen (artikel 5:16 Awb), inzage te vorderen en gegeven en

toereikende bevoegdheden beschikt om de informatie te verzamelen, schakelt zij daarvoor zo nodig de hulp van andere overheidsinstanties in.¹³⁰ De aangezochte instantie kan zich er overigens niet met een Jantje van Leiden vanaf maken. Zij moet zich inspannen om deze verplichting na te komen alsof zij handelt namens consumenten in eigen land of sprake zou zijn van een verzoek van een bevoegde autoriteit uit eigen land.¹³¹ Ook uit het beginsel van loyale samenwerking¹³² volgt overigens de verplichting voor lidstaten om elkaar te steunen bij de uitvoer van de taken die uit het unierecht voortvloeien.¹³³

Als een toezichthouder zich er van wil vergewissen dat de juiste informatie wordt verzameld, kan zij ambtenaren van de aangezochte instantie vergezellen bij hun onderzoek.¹³⁴ In Nederland biedt artikel 5:15 Awb toezichthouders de mogelijkheid om zich bij het betreden van plaatsen te laten vergezellen door toezichthoudend ambtenaren uit een andere lidstaat.¹³⁵ Hoewel de toezichthoudend ambtenaren hun bevoegdheden niet mogen inzetten in een andere lidstaat kunnen zij tijdens een onderzoek, bijvoorbeeld een controle op locatie, wel (via de bevoegde ambtenaren) het onderzoek in de juiste richting sturen. De verzoekende toezichthouder zal immers de inhoudelijke expertise hebben waar het gaat om het doel en voorwerp van onderzoek, alsmede de in het nationale recht geïmplementeerde regels die vermoedelijk worden overtreden.

Om de informatie-uitwisseling in de praktijk te stroomlijnen heeft de Commissie bij beschikking regels opgesteld waaraan verzoeken om informatie minimaal moeten voldoen.¹³⁶ In algemene zin geldt de verplichting om alle beschikbare informatie die voor andere bevoegde autoriteiten nuttig kan zijn om op doeltreffende wijze aan dit verzoek te voldoen, te verstrekken. Dit betreft ten minste de volgende informatie:

- de aard van de intracommunautaire inbreuk en de juridische grondslag daarvan;
- voldoende gegevens om vast te kunnen stellen naar welke handelwijze of praktijk onderzoek wordt gedaan;
- om wat voor informatie wordt verzocht.

In dezelfde beschikking heeft de Commissie regels gesteld over de termijn waarbinnen de verzochte informatie moet worden aangeleverd. De hoofdregel is dat per geval tussen de bevoegde autoriteiten overeengekomen wordt binnen welke termijn de gevraagde informatie zal worden aangeleverd. Indien geen overeenstemming kan worden bereikt dan geldt de volgende regel: binnen veertien dagen wordt alle beschikbare informatie verstrekt met daarbij de geplande onderzoeks- en handavingsmaatregelen (inclusief de termijnen). Vervolgens stelt de aangezochte instantie de verzoekende instantie regelmatig op de hoogte van de vorderingen van het onderzoek, totdat de informatie volledig is verstrekt of de overtreding is gestaakt.

3.2.5 Handhaving op verzoek

Zoals we hiervoor zagen, kan een bevoegde autoriteit uit de ene lidstaat een bevoegde autoriteit uit een andere lidstaat vragen om informatie voor hem te verzamelen om vast te kunnen stellen of sprake is van

bescheiden te kopiëren (artikel 5:17 Awb).

¹³⁰ Artikel 6, tweede lid, Verordening 2006/2004.

¹³¹ Artikel 11 Verordening 2006/2004.

¹³² Artikel 4, derde lid, VEU.

¹³³ Zie meer uitgebreid: R.J.G.M. Widdershoven, Acting apart together Loyale samenwerking tussen bestuurlijke instanties en de positie van de burger, SEW nr. 11, november 2015, p. 561-565.

¹³⁴ Artikel 6, derde lid, Verordening 2006/2004.

¹³⁵ Zie ook P.Boswijk, O.J.D.M.L. Jansen en R.J.G.M. Widdershoven, Transnationale samenwerking tussen toezichthouders in Europa, Den Haag: WODC 2008, p. 122

¹³⁶ Beschikking van de Commissie van 22 december 2006 ter uitvoering van Verordening 2006/2004 (2007/76/EG).

een (grensoverschrijdende) inbreuk. Zij kan vervolgens besluiten om zelf handhavend op te treden, maar de vraag is of dit altijd de meest effectieve route is. Zeker gezien de in het eerste deel van dit preadvies genoemde complicaties die bestaan bij de effectuering van handhavingsmaatregelen in een andere lidstaat. Daarom bevat de verordening nog een belangrijk ander instrument: handhaving op verzoek.

Voorbeeld: Een Duits bedrijf biedt in Nederland producten aan op een agressieve en misleidende wijze. Een dergelijke handelswijze is in Nederland niet toegestaan op grond van artikelen 6:193c en 6:193h BW (deze artikelen vormen de implementatie van een van de richtlijnen¹³⁷ in de bijlage van Verordening 2006/2004). Het gedrag van deze handelaar veroorzaakt bovendien schade voor consumenten. ACM die is belast met de handhaving van deze regels zal de Duitse autoriteit moeten verzoeken om de informatie voor haar te verzamelen die nodig is om de inbreuk vast te kunnen stellen. Vervolgens staat ACM voor een keus: i) zelf handhavend optreden tegen de Duitse handelaar, of ii) de Duitse bevoegde autoriteit verzoeken om de overtreding voor haar te doen staken.

Wanneer ACM in het voorbeeld hierboven er voor kiest om de Duitse bevoegde autoriteit te verzoeken om handhavend op te treden, dan zal deze op grond van artikel 8 van Verordening 2006/2004 alle nodige handhavingsmaatregelen moeten nemen om de overtreding onverwijld te beëindigen. De bevoegde autoriteiten moeten in ieder geval beschikken over een aantal daarvoor vereiste opsporings- en handhavingsbevoegdheden, zoals vastgelegd in artikel 4, zesde lid, Verordening 2006/2004¹³⁸, daarnaast kunnen de autoriteiten gebruik maken van andere op grond van nationale recht toegekende bevoegdheden. Wanneer in dit voorbeeld de Duitse autoriteit handhavend optreedt, zal zij het in Nederland geïmplementeerde recht uit de richtlijnen in de bijlage bij de Verordening moeten toepassen.¹³⁹ Dit is met name van belang omdat de nationale implementatie van Richtlijnen op punten kan verschillen.

Volgens de wetgever ligt het in een situatie als in het hiervoor beschreven voorbeeld overigens meer voor de hand dat ACM na het opvragen van informatie bij de Duitse autoriteit zelf handhavend optreedt.¹⁴⁰ Daar is wel wat voor te zeggen omdat Nederland de sterkste binding heeft met de overtreding: deze wordt (voor een deel) in Nederland begaan en daarbij wordt het belang van Nederlandse consumenten geschaad. Daarnaast beschikt ACM over de bevoegdheid om tegen deze Duitse onderneming op te treden en mag worden aangenomen dat zij meer kennis heeft van het toepasselijke Nederlandse recht. Het enige waar het ACM aan zal ontbreken zijn de bewijsmiddelen die zich waarschijnlijk (voor een deel) bij de Duitse handelaar zullen bevinden. Daarvoor kan een verzoek om informatie aan de Duitse toezichthouder volstaan. Hierop valt af te dingen dat de effectuering van een aan de Duitse handelaar opgelegde boete problematisch kan zijn. Dat zou er voor kunnen pleiten om toch de Duitse autoriteit te verzoeken om handhavend op te treden.

De verplichting om op verzoek van een andere autoriteit handhavend op te treden is overigens niet absoluut. Artikel 15 van Verordening 2006/2004 bevat drie omstandigheden die er toe kunnen leiden dat de

¹³⁷ Richtlijn 2005/29/EG

¹³⁸ Bevoegdheden die daar worden genoemd zijn onder te verdelen in onderzoeksbevoegdheden en handhavingsbevoegdheden. De onderzoeksbevoegdheden omvatten: het toegang kunnen krijgen tot elk relevant document, het van elk persoon kunnen eisen van relevante informatie, het kunnen uitvoeren van inspecties ter plaatse. De handhavingsbevoegdheden omvatten: het schriftelijk verzoeken van de betrokken handelaar om de inbreuk te beëindigen, het van de handelaar verkrijgen van een toezegging dat de inbreuk zal worden beëindigd, het eisen van de beëindiging of een verbod of van de inbreuk, het eisen dat een in het ongelijk gestelde gedaagde een betaling verricht.

¹³⁹ Zie *Supra* § 3.1.1.

¹⁴⁰ Tweede Kamer, vergaderjaar 2005–2006, 30 411, nr. 3, p. 10

aangezochte instantie niet handhavend optreedt:

- er is al een handhavingprocedure gestart of afgerond tegen dezelfde handelaar voor dezelfde inbreuken;
- een onderzoek door de aangezochte instantie heeft uitgewezen dat er geen inbreuk heeft plaatsgevonden;
- er is onvoldoende informatie verstrekt door de verzoekende instantie.

Ook voor handhaving op verzoek heeft de Commissie regels opgesteld waaraan verzoeken minimaal moeten voldoen.¹⁴¹ In algemene zin geldt ook hier de verplichting om alle beschikbare informatie te verstrekken die voor andere bevoegde autoriteiten nuttig kan zijn om op doeltreffende wijze aan dit verzoek tot handhaving te voldoen. Dit betreft ten minste¹⁴²:

- de identificatiegegevens van de handelaar tegen wie het verzoek om handhaving gericht is;
- nadere bijzonderheden over de betrokken handelwijze of praktijk waarnaar onderzoek is ingesteld;
- juridische kenmerken van de inbreuk en de juridische grondslag daarvan;
- bewijsstukken dat de collectieve belangen van de consument zijn geschaad

Voor handhaving op verzoek geldt dezelfde hoofdregel als voor een verzoek tot uitwisseling van informatie: de verzoekende instantie en de aangezochte instantie maken onderling afspraken over de termijn waarbinnen maatregelen worden getroffen.¹⁴³

3.2.6 Praktijkervaringen

Verordening 2006/2004 biedt een zeer bruikbaar kader voor autoriteiten bij optreden tegen intracommunautaire inbreuken. Het kader schept mogelijkheden voor het verzamelen van informatie in een andere lidstaat. Daarnaast biedt het de mogelijkheid om een instantie in een andere lidstaat te verzoeken om handhavend op te treden tegen inbreuken die schade toebrengen aan consumenten in de eigen lidstaat. In theorie lijkt dit een dekkend kader te zijn waarmee een groot deel van de grensoverschrijdende inbreuken effectief kunnen worden aangepakt, maar hoe effectief werkt dit kader in de praktijk? Op die vraag zullen wij in deze paragraaf antwoord proberen te geven.

Beperkte territoriale reikwijdte

Vooropgesteld moet worden dat Verordening 2006/2004 alleen van toepassing is op intracommunautaire inbreuken: grensoverschrijdende inbreuken die binnen de EU plaatsvinden. Consumenten beperken zich al lang niet meer tot internationale aankopen binnen de Europese Unie. Amerikaanse en Chinese websites als Amazon.com en AliExpress richten zich met Nederlandse websites nadrukkelijk ook op Nederlandse consumenten. Handhavend optreden tegen grensoverschrijdende inbreuken die worden begaan door handelaren die zich buiten de EU bevinden is — door het ontbreken van een vergelijkbaar kader — over het algemeen complexer dan voor inbreuken die door Europese handelaren worden begaan.

Een eerste complicatie is het verzamelen van informatie buiten de EU. De mogelijkheden daartoe zijn beperkt, zo constateerden wij al in het eerste deel van dit preadvies.¹⁴⁴ Veel zal afhangen van de vraag of er een bilateraal bijstandsverdrag bestaat tussen de verzoekende staat en de aangezochte staat of dat er

¹⁴¹ Beschikking van de Commissie van 22 december 2006 ter uitvoering van Verordening 2006/2004 (2007/76/EG).

¹⁴² *Ibid* artikel 1.2.3.

¹⁴³ *Ibid* artikel 2.1

¹⁴⁴ Zie de in § 3.4.2.2 besproken uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 5 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:109.

ationale wetgeving is die het mogelijk maakt om gegevens uit te wisselen met andere staten. Belangrijke voorbeelden van dat laatste zijn de bevoegdheid van ACM om gegevens te verstrekken aan buitenlandse instellingen¹⁴⁵ en de bevoegdheid die de Federal Trade Commission heeft om gegevens te delen op grond van de *U.S. SAFE Web Act 2006*.¹⁴⁶ Een wettelijke grondslag om reeds bekende informatie uit te wisselen, zal echter niet altijd voldoende zijn. De bereidwilligheid van een buitenlandse toezichthouder om zich daadwerkelijk in te zetten om de informatie te verzamelen is eveneens van groot belang. Niet elke toezichthouder zal zijn spaarzame onderzoekscapaciteit willen inzetten om informatie te verzamelen in het kader van een inbreuk die de consumenten in zijn staat niet raakt.

Een tweede complicatie is dat handhaving op verzoek (door een autoriteit buiten de EU) vrijwel niet mogelijk is wanneer de normen in staten verschillen. Doorgaans zal een buitenlandse autoriteit niet bevoegd zijn om op te treden wanneer een onderneming die in die staat is gevestigd bij het aanbieden van producten in een andere staat de wet van die andere staat overtreedt. Dat zal alleen anders zijn wanneer de betreffende onderneming daarmee ook de wet overtreedt in de staat waar zij gevestigd is.

Gelukkig is het ook zonder de mogelijkheid om informatie uit te wisselen of om handhaving te verzoeken, mogelijk om handhavend op te treden tegen overtredingen die hun oorsprong vinden buiten de EU. Het is immers niet ondenkbaar dat een bevoegde autoriteit op basis van bewijsmateriaal dat zij op de website van de handelaar heeft verzameld of van een klagende consument heeft ontvangen al kan vaststellen dat de betreffende handelaar niet voldoet aan de regels op gebied van consumentenbescherming (bijvoorbeeld de informatieverplichtingen uit Richtlijn 2011/83). Een andere mogelijkheid om informatie te verzamelen is via een in Nederland gevestigde dochteronderneming, of tussenpersoon die (ook) als handelaar is aan te merken.

Mocht een bevoegde autoriteit tot handhaving overgaan jegens een in het buitenland gevestigde partij, dan moet er overigens wel rekening mee worden gehouden dat zij de (belangrijkste) dossierstukken moet vertalen¹⁴⁷ en een tolk moet inschakelen voor de mondelinge zienswijze¹⁴⁸. Ten slotte zal de bevoegde autoriteit ook rekening moeten houden met de complicaties die komen kijken bij de ten uitvoerlegging van een sanctie die is opgelegd aan een in het buitenland gevestigde handelaar. Een bevoegde autoriteit zal (net als in het mededingingsrecht) invorderingsproblemen kunnen voorkomen door de juiste entiteiten aan te spreken. Een dochteronderneming of feitelijk leidinggever die samen met de buitenlandse moeder (hoofdelijk) een sanctie wordt opgelegd, bieden vaak wel verhaalsmogelijkheden binnen de eigen staat.

Kader voor ten uitvoerlegging van sancties ontbreekt

Het werd hiervoor ook al genoemd: er bestaan binnen de EU wel regels voor het uitwisselen van informatie en voor handhaving op verzoek, maar er bestaan geen regels voor de ten uitvoerlegging van grensoverschrijdende bestuurlijke sancties (uitzonderingen daargelaten¹⁴⁹). Dat kan leiden tot minder effectieve grensoverschrijdende handhaving. Daar waar in het civiele recht en het strafrecht regelingen bestaan om de grensoverschrijdende inning van geldschulden of boetes mogelijk te maken, ontbreekt een

¹⁴⁵ Op grond van artikel 7, derde lid, onder b van de Instellingswet ACM

¹⁴⁶ Undertaking Spam, Spyware, And Fraud Enforcement With Enforcers beyond Borders Act of 2006 van 22 december 2006 (S.1608).

¹⁴⁷ Artikel 5:49, tweede lid, Awb.

¹⁴⁸ Artikel 5:50, eerste lid, sub b, Awb.

¹⁴⁹ Bestuurlijke boetes die zijn opgelegd voor overtredingen die expliciet worden genoemd in het Kaderbesluit zouden via de regeling in het Kaderbesluit geïnd kunnen worden. Zie de in §3.4.2.3 van het eerste deel van dit preadvies behandelde uitspraak van de ABRvS van 3 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4346.

dergelijke regeling voor bestuursrechtelijke sancties.¹⁵⁰ Een kader voor de grensoverschrijdende inning van bestuurlijke boetes zou het stelsel van Verordening 2006/2004 compleet maken. Daarmee zouden alle fases van de grensoverschrijdende handhaving zijn afgedekt: onderzoek (d.m.v. informatie-uitwisseling), handhaving (zelfstandig of doormiddel van handhaving op verzoek) en ten uitvoer legging van de sanctie. Hieronder gaan wij in onze aanbevelingen nader in op de mogelijkheden die er bestaan voor een Europees kader voor de grensoverschrijdende inning van bestuurlijke boetes.

Ontoereikende bevoegdheden van handhavingsinstanties

Verordening 2006/2004 bevat in artikel 4, zesde lid een lijst met de minimale bevoegdheden op het gebied van onderzoek en handhaving die voor de bevoegde autoriteiten noodzakelijk zijn om de Verordening te kunnen toepassen. Deze bevoegdheden zijn onder andere nodig om bewijs te verzamelen en uit te wisselen. Uit de externe evaluatie van Verordening 2006/2004 volgt dat de bevoegdheden van de autoriteiten uit verschillende lidstaten erg uiteen lopen.¹⁵¹ In sommige lidstaten worden de regels op het gebied van consumentenbescherming strafrechtelijk gehandhaafd in andere lidstaten bestuursrechtelijk en in weer andere lidstaten civielrechtelijk. Afhankelijk van het gekozen systeem zullen er meer of minder vergaande toezichtsbevoegdheden zijn. Sommige autoriteiten kunnen zelf toezichtsbevoegdheden inzetten, andere zullen daarvoor eerst een verzoek bij een rechtelijke instantie moeten indienen. Volgens de externe evaluatie is harmoniseren van de handhavingsbevoegdheden een zeer ingrijpende operatie en daarom eigenlijk geen optie.¹⁵²

De Commissie zelf signaleert als probleem dat autoriteiten “*beperkte bevoegdheden hebben om informatie te verkrijgen over de werkelijke identiteit van de handelaar achter de in de digitale omgeving gepleegde wanpraktijken en beperkte bevoegdheden hebben om de hulp in te roepen van andere autoriteiten (zoals de financiële politie) of derden (zoals domeinregistreerders).*”¹⁵³

Het hiervoor genoemde punt dat de Commissie maakt is herkenbaar, ook in de ACM-praktijk. Met name in zaken waarbij het gaat om misleiding die tegen oplichting aan zit en waarbij spam of malware wordt ingezet, is het soms lastig om vast te stellen welke handelaar achter een dergelijke handelspraktijk zit. Waar in het strafrecht vergaande bevoegdheden worden toegekend (zie bijvoorbeeld het in het algemene deel van dit preadvies besproken wetsvoorstel Computercriminaliteit III) ontbreken die in het bestuursrechtelijke stelsel. Wanneer ook de geldstromen moeilijk te volgen zijn, doordat deze via tropische oorden worden omgeleid, maakt dat de bestuursrechtelijke aanpak lastig.

Beperkt mechanisme om inbreuken aan te pakken in meerdere landen

Het mechanisme in Verordening 2006/2004 is voornamelijk gericht op de aanpak van inbreuken die worden gepleegd door een handelaar die is gevestigd in de ene lidstaat en zich richt op consumenten in een andere lidstaat. Door de internationalisatie van de handel, komt het nu steeds vaker voor dat grote ondernemingen met lokale dochterondernemingen dezelfde praktijken overal in de EU toepassen. In dat geval worden verschillende autoriteiten geconfronteerd met dezelfde inbreuken die op hun markt

¹⁵⁰ Zie in dit verband: Oswald Jansen, Transnationaal beboeten in de Europese Unie - De strafrechter als pons asinorum bij internationale wederzijdse samenwerking in straf- en bestuursrechtelijke zaken?, in Ebby Hofstee, Oswald Jansen & Anne-Marie Smit (Eds.), Kringgedachten - Opstellen van de Kring Corstens (pp. 203-220), Kluwer 2014.

¹⁵¹ (External) evaluation of the Consumer Protection Cooperation Regulation EC/2006/2004, p. 60.

¹⁵² (External) evaluation of the Consumer Protection Cooperation Regulation EC/2006/2004, p. 72.

¹⁵³ COM(2016) 284 final, Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad ter beoordeling van de doeltreffendheid van Verordening (EG) nr. 2006/2004, p. 6.

plaatsvinden. Hoewel Verordening 2006/2004 in artikel 9 een systeem van coördinatie kent, zal elke bevoegde instantie uit elke lidstaat toch afzonderlijk handhavend moeten optreden. Dat leidt tot niet tot efficiëntievoordelen maar eerder tot duplicatie van de handhavingskosten.

Praktijkervaringen handhaving op verzoek

Het Nederlandse verbindingsbureau ontvangt jaarlijkse vele verzoeken om informatie uit te wisselen en om handhavend op te treden. De verzoeken om handhavend op te treden strekken ertoe om de inbreukmakende handelspraktijk te doen staken. Vaak kan ACM er op een meer informele wijze voor zorgen dat een handelspraktijk wordt gestaakt, bijvoorbeeld door contact op te nemen met de betreffende handelaar of door een toezegging van een handelaar te verkrijgen dat de inbreuk wordt gestaakt. Er hebben zich echter ook zaken voorgedaan waarin ACM tot formele handhaving heeft moeten overgaan.¹⁵⁴ In deze gevallen was echter steeds sprake van handelspraktijken die zich mede richtten op Nederlandse consumenten. ACM kon zich daarom steeds baseren op het door haar zelf verzamelde bewijs en het Nederlandse recht. Een zaak waarbij ACM op verzoek van een andere Europese toezichthouder optreedt tegen inbreuken die door een Nederlandse onderneming worden begaan en waarbij geen Nederlandse consumenten schade lijden moet zich nog voordoen.

3.2.7 Herziening van Verordening 2006/2004

Na een uitgebreide evaluatie van Verordening 2006/2004 is op 25 mei 2016 een herzieningsvoorstel tot stand gekomen.¹⁵⁵ Hieronder zullen wij de voor dit preadvies belangrijkste wijzigingen bespreken.

Minimumbevoegdheden uitgebreid

Zoals we hiervoor zagen bevat de huidige Verordening 2006/2004 enkele minimumbevoegdheden die een bevoegde autoriteit moet kunnen uitoefenen. Uit de evaluatie van de Verordening bleek dat de bevoegdheden van autoriteiten soms te kort schieten om de juiste informatie te verzamelen of handhavend op te treden om daadwerkelijk een inbreuk te (doen) staken. Het voorstel bevat daarom een aantal nieuwe minimumbevoegdheden om informatie te verzamelen: de bevoegdheid om test aankopen te doen¹⁵⁶ en gebruik te maken van "mystery shopping"¹⁵⁷. Daarnaast bevat het voorstel een aantal nieuwe handhavingsbevoegdheden: de bevoegdheid om boetes en dwangsommen op te leggen (die minimumbevoegdheid ontbreekt gek genoeg nog in de huidige verordening)¹⁵⁸, de bevoegdheid om (tijdelijk) een website, domein, dienst of account offline te halen¹⁵⁹ de bevoegdheid om een handelaar te gelasten om de schade die consumenten hebben geleden als gevolg van een inbreuk te compenseren¹⁶⁰ en de bevoegdheid om te gelasten om winsten die zijn behaald met een inbreuk te betalen aan de staatskas of bevoegde instantie.¹⁶¹

Enkele andere (bestaande) minimumbevoegdheden zijn verduidelijkt, om te verzekeren dat ze in alle lidstaten gelijkwaardig worden toegepast, zoals de bevoegdheid om te verzoeken om informatie¹⁶² en

¹⁵⁴ Zie bijvoorbeeld de zaak *Lecturama* (<https://www.acm.nl/nl/download/publicatie/?id=14347>), de zaak *Editie enigma* (<https://www.acm.nl/nl/download/publicatie/?id=15468>) en de zaak *Goltex Vertriebs*, CBb 8 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:191.

¹⁵⁵ COM(2016) 283 final is op het moment van schrijven de laatste versie van het voorstel. De onderhandelingen over dit voorstel zijn echter nog in volle gang.

¹⁵⁶ COM(2016) 283 final, artikel 8, tweede lid, onder e.

¹⁵⁷ COM(2016) 283 final, artikel 8, tweede lid, onder f.

¹⁵⁸ COM(2016) 283 final, artikel 8, tweede lid, onder m.

¹⁵⁹ COM(2016) 283 final, artikel 8, tweede lid, onder g en l.

¹⁶⁰ COM(2016) 283 final, artikel 8, tweede lid, onder n.

¹⁶¹ COM(2016) 283 final, artikel 8, tweede lid, onder o.

¹⁶² COM(2016) 283 final, artikel 8, tweede lid, onder b en c.

documenten of de bevoegdheid om inspecties ter plaatse uit te voeren.¹⁶³

De bevoegdheid om test aankopen te doen of aankopen te doen met gebruikmaking van een fictieve identiteit is in Nederland niet wettelijk geregeld, maar verschillende toezichthouders hebben deze instrumenten wel met succes ingezet om bewijs te verzamelen.¹⁶⁴ Vernieuwender en verstrekkender zijn de bevoegdheden om websites offline te halen en handelaren te verplichten consumenten schadeloos te stellen of met een inbreuk behaalde winst aan de staatkas te betalen. De bevoegdheid om een bevel te geven om websites of servers offline te laten halen is in Nederland voorbehouden aan de officier van justitie, die daartoe alleen mag overgaan na toestemming van de rechter-commissaris.¹⁶⁵ Ook ontbreekt het ACM op dit moment aan de bevoegdheid om een overtreder te verplichten gedupeerden schadeloos te stellen.¹⁶⁶

Beslechting geschillen tussen bevoegde instanties

Nieuw in het voorstel is ook een mechanisme voor de beslechting van geschillen tussen bevoegde instanties wanneer om bijstand wordt verzocht. De rol van de Europese Commissie bij dergelijke geschillen wordt in het voorstel versterkt. De Commissie kan dan gevraagd of ongevraagd advies uitbrengen wanneer een verzoek om bijstand wordt geweigerd.¹⁶⁷ Op dit moment kan de Commissie na weigering van bijstand advies uitbrengen wanneer de verzoekende lidstaat de zaak naar de Commissie verwijst. De Commissie krijgt in het voorstel ook de taak om toezicht te houden op het mechanisme voor wederzijdse bijstand en de wijze (en termijnen) waarop bevoegde instanties in concrete gevallen voldoen aan hun verplichtingen. De Commissie heeft daartoe toegang tot alle verzoeken om informatie en documenten die worden uitgewisseld. Tenslotte bevat het voorstel de mogelijkheid voor de Commissie om bij te sturen wanneer dat nodig is voor doeltreffende en doelmatige werking van het mechanisme voor wederzijdse bijstand: zij kan dan richtsnoeren opstellen of advies aan de lidstaten verstrekken.

Duidelijk is dat de Commissie geen passieve rol meer voor zichzelf ziet, waar het gaat om het mechanisme voor wederzijdse bijstand. Als het voorstel wordt aangenomen zal de Commissie er dichter op zitten: monitoren of instanties hun verplichtingen nakomen en bijsturen indien nodig. Ook bij de aanpak van wijdverspreide inbreuken, neemt de Commissie graag een meer actieve rol op zich, wij gaan daar hieronder verder op in.

Wijdverspreide inbreuken

Zoals we hiervoor zagen speelt de Commissie een belangrijke rol bij de handhaving van het Europese mededingingsrecht. Bij intracommunautaire inbreuken op het consumentenrecht kan de Commissie niet handhavend optreden. Het voorstel tot aanpassing van Verordening 2006/2004 geeft de Commissie echter wel enkele belangrijke coördinerende bevoegdheden wanneer het gaat om inbreuken die wijdverspreid zijn. Daarmee lijkt de Commissie ook hier een grotere vinger in de pap te willen waar het gaat om de handhaving Europese regelgeving.

Het voorstel bevat instrumenten voor gecoördineerde actie ingeval sprake is van een wijdverspreide

¹⁶³ COM(2016) 283 final, artikel 8, tweede lid, onder d.

¹⁶⁴ Zie CBb 8 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:191, r.o. 3.4, CBb 8 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:194, r.o. 7.3. CBb 7 juni 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BA7443, r.o. 5.4.

¹⁶⁵ Zie artikel 54a wetboek van strafrecht. Dit artikel maakt onderdeel uit van de implementatie van artikelen 12-15 van de Richtlijn elektronische handel (2000/31/EG).

¹⁶⁶ Zie Rechtbank Rotterdam 28 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:569, r.o. 5.11 en, CBb 13 juli 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AY3826, r.o. 6.1.2.

¹⁶⁷ Artikel 15, vierde lid van COM(2016) 283 final.

inbreuk. Het begrip wijdverspreide inbreuk is in artikel 3, onder c, gedefinieerd en omvat inbreuken die schade veroorzaken of kunnen veroorzaken aan de collectieve belangen van consumenten die woonachtig zijn in ten minste twee andere lidstaten dan waar de inbreuk zijn oorsprong heeft of waar de betreffende handelaar is gevestigd. Het voorstel maakt een onderscheid tussen een “normale” wijdverspreide inbreuk en een wijdverspreide inbreuk met een Unie-dimensie. Van een wijdverspreide inbreuk met een Unie-dimensie is sprake wanneer een wijdverspreide inbreuk consumenten schade heeft toegebracht (of waarschijnlijk schade zal toebrengen) in ten minste driekwart van de lidstaten waar samen ten minste driekwart van de bevolking van de Unie woont.¹⁶⁸ In het voorstel voor een nieuwe verordening is dit onderscheid van belang voor de wijze waarop gecoördineerd tegen een dergelijke inbreuk wordt opgetreden.

Wanneer sprake is van een wijdverspreide inbreuk die geen Unie-dimensie heeft, worden de acties in beginsel gecoördineerd door de bevoegde instanties zelf. De Commissie mag hierbij alleen een coördinerende rol op zich nemen als dat noodzakelijk is gelet op de omvang van de inbreuk of als het waarschijnlijk is dat de inbreuk de collectieve belangen van consumenten aanzienlijke schade zal toebrengen en betrokken instanties daartoe een verzoek hebben gedaan aan de Commissie.¹⁶⁹ Bij wijdverspreide inbreuken zonder Unie-dimensie kunnen de bevoegde instanties de resultaten van een gezamenlijk onderzoek en de beoordeling van de inbreuk vastleggen en publiceren in een gemeenschappelijk standpunt.¹⁷⁰ Vervolgens kan één instantie de bevoegdheid worden verleend om handhavingsmaatregelen te nemen namens de consumenten in andere lidstaten die getroffen zijn door de inbreuk.¹⁷¹ De bevoegde instanties mogen echter ook gelijktijdig optreden in alle of enkele van de betrokken lidstaten.¹⁷²

Wanneer sprake is van een wijdverspreide inbreuk met een Unie-dimensie, neemt de Commissie de coördinatie op zich.¹⁷³ De Commissie stelt vast of aan de drempels voor de Unie-dimensie is voldaan en start de gemeenschappelijke actie door middel van een besluit.¹⁷⁴ Tevens heeft zij de verplichting om onderzoeks- en andere maatregelen te coördineren die de lidstaten moeten nemen om de inbreuk te beëindigen.¹⁷⁵ De bevoegde instanties in de lidstaten die de inbreuk betreft, zijn verplicht deel te nemen aan een gemeenschappelijke actie. Er zijn echter omstandigheden waaronder bevoegde instanties mogen weigeren om deel te nemen aan de gemeenschappelijke actie.¹⁷⁶ Voor het overige komt de procedure in grote lijnen overeen met die van de “normale” wijdverspreide inbreuk.

Hoewel de Commissie bij wijdverspreide inbreuken niet opereert als supranationale toezichthouder, bemoeit zij zich bij dit soort inbreuken wel nadrukkelijk met de handhaving van de Europese consumentenregels. Het verzamelen van de benodigde informatie (het bewijsmateriaal) gebeurt nog steeds door de bevoegde instanties van de betreffende lidstaten en ook de handhaving vindt plaats door één of meerdere bevoegde instanties, alleen de volledige coördinatie van de acties ligt (in ieder geval voor wijdverspreide inbreuken met een Unie-dimensie) bij de Commissie. Een vorm van toezicht en handhaving dus waarbij de Commissie gedeeltelijk de controle over de bevoegde instanties overneemt om een inbreuk

¹⁶⁸ Zie artikel 21, eerste lid van COM(2016) 283 final.

¹⁶⁹ Zie artikel 16 van COM(2016) 283 final.

¹⁷⁰ Zie artikel 17, derde lid van COM(2016) 283 final.

¹⁷¹ Zie artikel 18, derde lid van COM(2016) 283 final.

¹⁷² Zie artikel 18, vierde lid van COM(2016) 283 final.

¹⁷³ Zie artikel 21, eerste lid van COM(2016) 283 final.

¹⁷⁴ Zie artikel 21, tweede lid van COM(2016) 283 final.

¹⁷⁵ Zie artikel 21, vijfde lid van COM(2016) 283 final.

¹⁷⁶ Zie artikel 21, derde lid van COM(2016) 283 final.

te beëindigen. Voor de aanpak van inbreuken met een Unie-dimensie is een dergelijke aanpak hoogstwaarschijnlijk effectiever dan de minder strak gecoördineerde aanpak op grond van de huidige verordening. De Commissie lijkt hier een soort tussenvorm te hebben gekozen, waarbij de Commissie niet zelf handhavend kan optreden zoals zij dat wel doet in mededingingszaken, maar de handhaving ook niet volledig aan de lidstaten wil overlaten. Wij zijn benieuwd of deze nieuwe vorm kan rekenen op steun van de lidstaten en in de praktijk een effectief instrument zal blijken te zijn.

4 Conclusies

In dit tweede deel van ons preadvies hebben wij twee stelsels voor de grensoverschrijdende handhaving van (Europese) regels onder de loep genomen. In het mededingingsrecht en het consumentenrecht is voor verschillende systemen gekozen, maar er zijn ook belangrijke overeenkomsten. Hieronder wordt eerst op de verschillen ingegaan, daarna op de overeenkomsten. Daarna volgen enkele aanbevelingen die kunnen bijdragen aan de verbetering van deze stelsels.

Een eerste verschil is dat de regels ter bescherming van de consument vooral zijn vastgelegd in richtlijnen, die vervolgens zijn omgezet in de nationale wetgeving van de lidstaten. Afhankelijk of de richtlijn minimum- of maximumharmonisatie voorschrijft, kunnen de geïmplementeerde normen in de lidstaten verschillen. In het mededingingsrecht is daar geen sprake van: het gaat om supranationale wetgeving met directe werking. Waar iedere lidstaat hetzelfde artikel 101 of 102 VWEU toepast, kan de materiële norm in het consumentenrecht dus nog wel eens verschillen. Dat kan terughoudendheid opleveren wanneer een bevoegde instantie wordt gevraagd om op te treden tegen een intracommunautaire inbreuk die de oorsprong vindt op haar grondgebied. De onbekendheid met het recht van een andere lidstaat, kan de bereidheid om handhavend op te treden verminderen.

Een tweede verschil is dat de Commissie naast de lidstaten is belast met het toezicht op het Europese mededingingsrecht. In het consumentenrecht speelt de Commissie (ook wanneer de voorstellen tot aanpassing van Verordening 2006/2004 worden aangenomen) slechts een coördinerende rol. Inbreuken die in grote delen van de EU plaatsvinden vragen om een gecoördineerde aanpak. In mededingingszaken zal de Commissie een dergelijke zaak zelf oppakken en voor het verzamelen van informatie (controles op locatie) vaak de hulp en expertise van nationale mededingingsautoriteiten inschakelen. Het voordeel daarvan is dat de gehele inbreuk in een keer op dezelfde wijze wordt aangepakt en er geen plaats is voor uiteenlopende (juridische) interpretatie en kwalificatie van de feiten. Uit de evaluatie van Verordening 2006/2004 en het voorstel tot herziening van de Verordening blijkt dat de Commissie het gebrek aan coördinatie bij inbreuken met een Unie-dimensie ziet als een belangrijk manco van de huidige Verordening 2006/2004. De Commissie gaat niet zover om bij dergelijke inbreuken zelf de handschoen op te nemen, maar trekt coördinatie van de handhaving wel naar zich toe. De vraag is of deze coördinatie voldoende is of dat dergelijke inbreuken vragen om handhaving door de Commissie zelf. De praktijk zal dat moeten uitwijzen. Wij constateren echter wel dat het systeem van decentrale handhaving door de mededingingsautoriteiten van de verschillende lidstaten, naast de handhaving door de Commissie goed werkt.

Ten slotte brengt in het mededingingsrecht de handhaving door de Commissie met zich dat er een grote hoeveelheid jurisprudentie van het Hof is over de uitleg van artikel 101 en 102 VWEU. Het consumentenrecht, met een veelheid van normen en een kortere historie, heeft veel minder jurisprudentie bij het Hof voortgebracht. Deze jurisprudentie moet tot stand komen door de beantwoording van prejudiciële vragen die opkomen bij de handhaving door nationale bevoegde instanties. Minder duidelijkheid over de

uitleg van de materiële normen kan terughoudendheid tot gevolg hebben bij de handhavende instanties.

Hoewel er verschillen zijn, zijn er ook duidelijke overeenkomsten. Beide stelsels voorzien in de mogelijkheid voor bevoegde instanties om informatie voor elkaar te verzamelen en uit te wisselen. Beide stelsels hebben geleid tot de oprichting van netwerken van bevoegde instanties (ECN en CPC) waarin kennis wordt uitgewisseld en de handhaving wordt gestroomlijnd. Een belangrijke tekortkoming in beide stelsels is volgens ons, dat de tenuitvoerlegging van sancties en dan met name de inning van boetes niet is geregeld. Dit geldt overigens niet alleen voor deze twee stelsels, maar breder voor vrijwel alle bestuursrechtelijke sancties.

5 Aanbevelingen

Aanbeveling I: expliciteren territoriale reikwijdte van normen

Dat een norm verder reikt dan het grondgebied van de regelgevende staat, moet blijken uit de norm zelf of uit de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever.¹⁷⁷ Wanneer dat niet blijkt uit de norm of de toelichting, wordt aangenomen dat de norm zich niet uitstrekt tot gedragingen buiten het territorium van de regelgevende staat. Wanneer de wetgever beoogt om ook gedrag onder een regeling te vatten dat (gedeeltelijk) buiten het eigen territorium plaatsvindt, dient de wetgever dat expliciet in de betreffende regeling te benoemen.

Dat geldt ook voor het Europese mededingingsrecht, waar we zien dat de effecten-benadering, anders dan in Amerika, nog niet volledig ingedaald. In beschikkingen van de Europese Commissie wordt deze vaak samen met de implementatie-benadering gebruikt om rechtsmacht te construeren (zie ook *Intel en LCD's*, hierboven beschreven). Om toekomstige discussies te vermijden over de bevoegdheid van nationale autoriteiten, dient wettelijk te worden verankerd dat het recht van toepassing is op gedragingen die plaatsvinden buiten het grondgebied van Nederland (of buiten het grondgebied van de EU in het kader van de artikelen 101 en 102 van het VWEU) wanneer die gedragingen nadelige gevolgen hebben voor de Nederlandse (of Europese) economie of consument.

Aanbeveling II: belangrijke Europese wetgeving moet vergezeld worden van een regeling voor de grensoverschrijdende handhaving van deze wetgeving

In het mededingingsrecht en het consumentenrecht zijn stelsels in het leven geroepen om te voorzien in de aanpak van grensoverschrijdende inbreuken. Wij menen dat deze stelsels als voorbeeld kunnen dienen voor andere rechtsgebieden waarbij dergelijke stelsels ontbreken. Onze verwachting is dat inbreuken vaker een grensoverschrijdend karakter zullen hebben. Een stelsel voor de aanpak van grensoverschrijdende inbreuken zal voor de effectieve handhaving van uit Europa afkomstige regels dan ook belangrijker worden. Wanneer de Europese wetgever nieuwe regels in het leven roept, zal steeds aandacht moeten zijn voor de mogelijkheid om extraterritoriale inbreuken op deze regels effectief te handhaven. De basis van een dergelijk stelsel zal moeten bestaan uit de bevoegdheid om informatie te verzamelen voor een bevoegde instantie uit een andere lidstaat en deze informatie uit te wisselen met deze buitenlandse instantie.

¹⁷⁷ Zie onder meer de Amerikaanse doctrine inzake de presumptie tegen extraterritorialiteit die mooi verwoord is in de zaak *Aramco* ('It is a longstanding principle of American law "that legislation of Congress, unless a contrary intent appears, is meant to apply only within the territorial jurisdiction of the United States.'), maar ook de uitleg die het CBB heeft gegeven aan de reikwijdte van de Telecommunicatiewet in zijn uitspraak van CbB 20 juni 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA3716.

Daarnaast zal de bevoegdheid aanwezig moeten zijn om handhavend op te treden tegen inbreuken die hun oorsprong vinden in de ene lidstaat, maar schade veroorzaken in een andere lidstaat. Een dergelijke bevoegdheid maakt het mogelijk om op verzoek van de lidstaat waar de schade wordt veroorzaakt effectief op te treden tegen een inbreukmakende onderneming die gevestigd is in een andere lidstaat. Om deze handhaving op verzoek soepel te laten verlopen, adviseren wij tevens om een systeem voor de toedeling van zaken of de handhaving op verzoek op te stellen. Om de effectieve handhaving te complementeren dient steeds een systeem te bestaan voor de effectivering van sancties (zie aanbeveling IV hieronder).

Aanbeveling III: kader voor toepassing informatie-uitwisseling bij inbreuk op nationale wetgeving

Bij grensoverschrijdende inbreuken van de nationale wetgeving op het gebied van consumentenbescherming die niet onder de Verordening 2006/2004 vallen, kan logischerwijs geen gebruik worden gemaakt van het systeem van de Verordening. Ook voor kartelinbreuken die geen effect hebben op de handel tussen lidstaten ("nationale" kartels) geldt dat het kader van Verordening 1/2003 niet van toepassing is. In dergelijke gevallen zal de bevoegde autoriteit voor het verzamelen van informatie over inbreuken die worden begaan door een onderneming in een andere lidstaat afhankelijk zijn van nationale wetgeving of bilaterale verdragen.¹⁷⁸ Wij stellen voor om een verdergaande verplichting voor bevoegde instanties in lidstaten in het leven te roepen om op verzoek van bevoegde instanties in andere lidstaten informatie uit te wisselen. In sommige lidstaten zal de nationale wetgeving al een bevoegdheid bevatten om informatie uit te wisselen met bevoegde instanties in het buitenland (voor ACM is deze bevoegdheid bijvoorbeeld vastgelegd in artikel 7, derde lid, onder b Instellingswet ACM), in andere lidstaten zal deze bevoegdheid nog ontbreken.

Ten aanzien van strafrechtelijke samenwerking bestaan er diverse voorbeelden van verplichtingen om informatie uit te wisselen voor het opsporen en onderzoeken van strafbare feiten.¹⁷⁹ De grondslag voor deze strafrechtelijke samenwerking is thans gelegen in artikel 87 VWEU. Voor zover het gaat om samenwerking ten aanzien van de bestuursrechtelijke handhaving van normen ontbreekt een dergelijk kader. Wij vragen ons af of deze strafrechtelijke samenwerking niet zou moeten worden uitgebreid naar inbreuken die in sommige landen strafrechtelijk worden gehandhaafd en in andere landen bestuursrechtelijk, zoals inbreuken op het mededingingsrecht, consumentenrecht of financiële wetgeving.

Aanbeveling IV: een stelsel voor de grensoverschrijdende inning van boetes

Voor een effectieve handhaving van regels is essentieel dat oplegde sancties ook daadwerkelijk kunnen worden geëffectueerd. Een stelsel voor de grensoverschrijdende inning van bestuurlijke boetes is daarvoor noodzakelijk. Een dergelijk stelsel kan op verschillende manieren worden vormgegeven. Er bestaat reeds een stelsel voor strafrechtelijke rechtshulp bij het innen van boetes, dit stelsel zou uitgebreid kunnen worden met bepaalde categorieën van bestuurlijke boetes. Een andere optie is om stelsels voor wederzijdse administratieve bijstand bij het innen van bestuurlijke boetes in het leven te roepen.¹⁸⁰ Wij gaan

¹⁷⁸ Het moet dan gaan om gedrag dat enkel en alleen gevolgen heeft voor de mededinging op de Nederlandse markt (of een deel daarvan).

¹⁷⁹ Zie bijvoorbeeld de Overeenkomst, door de Raad vastgesteld overeenkomstig artikel 34 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, betreffende de wederzijdse rechtshulp in strafzaken tussen de lidstaten van de Europese Unie en het kaderbesluit 2006/960/JBZ van de Raad van de Europese Unie van 18 december 2006 betreffende de vereenvoudiging van de uitwisseling van informatie en inlichtingen tussen de rechtshandavingdiensten van de lidstaten van de Europese Unie (PbEU L 386).

¹⁸⁰ Zie in dit verband ook: A.J. Metselaar & P.C. Adriaanse, Grensoverschrijdende inning van bestuurlijke boetes: Een verkennend onderzoek naar ervaringen in België, Duitsland en het Verenigd Koninkrijk en mogelijkheden voor internationale samenwerking, 2014 WODC, Ministerie van Veiligheid en Justitie, p. 109.

hieronder in op deze twee opties.

Uitbreiden stelsel van strafrechtelijke rechtshulp

Het Kaderbesluit biedt een systeem voor de wederzijdse erkenning van geldelijke sancties.¹⁸¹ Het kaderbesluit is (zonder de toepassing van het vereiste van dubbele strafbaarheid) van toepassing op de in artikel 5 van dit besluit genoemde 'strafbare feiten'. Het Hof heeft reeds vastgesteld dat ook bestuurlijke boetes die zijn opgelegd naar aanleiding van een in artikel 5 Kaderbesluit genoemd strafbaar feit (of overtreding) binnen de werkingssfeer van het Kaderbesluit kunnen vallen.¹⁸² De Afdeling kwam vervolgens tot conclusie dat de Nederlandse bestuursrechter kwalificeert als een '*met name in strafzaken bevoegde rechter*' in de zin van het Kaderbesluit.¹⁸³ Hiermee is de deur op een kier gezet voor het invorderen van bestuursrechtelijke boetes via het systeem van het Kaderbesluit. Deze deur zou verder opengezet kunnen worden door inbreuken op de mededingingsregels (artikelen 101 en 102 VWEU) en inbreuken op de regels ter bescherming van de consument (intra-communautaire inbreuken in de zin van Verordening 2006/2004) aan de lijst in artikel 5 Kaderbesluit toe te voegen. Daarmee zou de grensoverschrijdende invordering van bestuurlijke boetes op deze rechtsgebieden worden veiliggesteld. Hoewel het Kaderbesluit onmiskenbaar een strafrechtelijk karakter heeft¹⁸⁴, zouden grove inbreuken op het mededingingsrecht en het consumentenrecht volgens ons niet misstaan op deze lijst. Te meer omdat overtredingen van de mededingingsregels en de regels ter bescherming van de consument in sommige lidstaten ook daadwerkelijk via het strafrecht worden gesanctioneerd.

Uitbreiding van de reikwijdte van het Kaderbesluit hoeft geen complexe aangelegenheid te zijn. De Raad kan op grond van artikel 5, tweede lid, Kaderbesluit de in het eerste lid genoemde lijst met strafbare feiten te allen tijde uitbreiden. Het is echter maar zeer de vraag of er politiek draagvlak bestaat om daartoe over te gaan. Het openen van deze deur kan er immers ook toe leiden dat het bestuursrecht bij het strafrecht "met de deur in huis valt".

Creëren van nieuwe zelfstandige EU-instrumenten

In plaats van gebruik te maken van een reeds bestaand (strafrechtelijk) systeem, kan echter ook worden gedacht aan nieuwe systemen voor de wederzijdse erkenning en ten uitvoerlegging van bestuurlijke boetes.

Voor specifieke toezichtsterreinen bestaan al regelingen voor de grensoverschrijdende inning van bestuurlijke boetes. Metselaar en Adriaanse noemen als voorbeelden richtlijn 2010/24 inzake de invordering van geldschulden die voortvloeien uit belastingen en Richtlijn 2014/67 inzake de handhaving van de Detacheringsrichtlijn.¹⁸⁵ Eenzelfde regeling zou aan Verordening 1/2003 respectievelijk Verordening 2006/2004 kunnen worden toegevoegd. Dergelijke specifieke regelingen kunnen een opmaat zijn voor een overkoepelende systeem voor de grensoverschrijdende invordering van bestuurlijke boetes, naar voorbeeld van het Kaderbesluit. Een eerste vereiste voor een dergelijk overkoepelend systeem is wederzijds vertrouwen tussen lidstaten. Lidstaten moeten er op kunnen vertrouwen dat een bestuurlijke boete rechtmatig is opgelegd, maar ook dat bij de procedure tot boeteoplegging geen mensenrechten (fair trial) of

¹⁸¹ Kaderbesluit nr. 2005/214/JBZ van de Raad van de Europese Unie van 24 februari 2005 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op geldelijke sancties (PbEG L 76).

¹⁸² HvJ 14 november 2013, nr. C-60/12 (Baláz).

¹⁸³ ABRvS 3 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4346, r.o. 5.2.

¹⁸⁴ Kaderbesluit nr. 2005/214/JBZ is vastgesteld op basis van artikel 31, sub a, VEU en artikel 34, tweede lid, sub b, VEU, in het kader van de justitiële samenwerking in strafzaken.

¹⁸⁵ A.J. Metselaar & P.C. Adriaanse, Grensoverschrijdende inning van bestuurlijke boetes: Een verkennend onderzoek naar ervaringen in België, Duitsland en het Verenigd Koninkrijk en mogelijkheden voor internationale samenwerking, 2014 WODC, Ministerie van Veiligheid en Justitie, p. 117-118.

andere rechtsbeginselen (bijvoorbeeld *ne bis in idem*) zijn geschonden. Wij menen dat dit vertrouwen tussen lidstaten geen obstakel zou moeten vormen voor een overkoepelend systeem voor grensoverschrijdende inning van bestuurlijke boetes. Alle lidstaten zijn immers gebonden aan het EVRM en, wanneer het gaat om het ten uitvoer brengen van EU-recht, tevens aan het Handvest.¹⁸⁶ Als dit nog niet voldoende vertrouwen biedt, kunnen voor de tenuitvoerleggende staat ook weigeringsgronden in een overkoepelend systeem voor de grensoverschrijdende inning van bestuurlijke boetes worden ingebouwd.¹⁸⁷

Aanbeveling V: wereldwijde samenwerking versterken

In de huidige geglobaliseerde economie hoeft de plaats waar bepaalde gedragingen plaatsvinden, niet samen te vallen met de effecten van dat gedrag. Nog sterker, gedrag kan in de huidige samenleving op veel plekken ter wereld effect hebben. Dat heeft ons inziens ook gevolgen voor de vraag in welke mate autoriteiten handhavend dienen op te treden tegen extraterritoriaal gedrag. Enige terughoudendheid lijkt gepast wanneer internationaal gezien meerdere toezichthouders bevoegd zijn. Tijdens het schrijven van dit preadvies is in de *Intel* zaak (paragraaf 2.1.3) door Advocaat Generaal Wahl een conclusie uitgebracht die dit treffend verwoordt.¹⁸⁸

'I consider it to be particularly important that jurisdiction is asserted with restraint in relation to behaviour that has not, strictly speaking, taken place within the territory of the European Union. Indeed, to comply with a certain form of comity and, by the same token, to ensure that undertakings can operate in a foreseeable legal environment, it is only with a great deal of caution that the effect of the conduct complained of can be used as the yardstick for asserting jurisdiction. That is all the more important today. There are over 100 national or supranational authorities worldwide that claim jurisdiction over anticompetitive practices.'

Die terughoudendheid, die wij onderstrepen, gebiedt ons inziens wel een geïntensiveerde samenwerking tussen autoriteiten op internationaal niveau. Deze samenwerking dient verder te gaan dan het uitwisselen van *best practices* binnen ICN of het *International Consumer Protection and Enforcement Network*¹⁸⁹ (netwerk van samenwerkende consumentenautoriteiten). Net als op Europees niveau dienen naar onze mening op internationaal niveau kaders te worden ontworpen voor een zaakallocatiesysteem, het uitwisselen van informatie zonder toestemming van degene van die informatie afkomstig is en het op verzoek van een ander land verrichten van onderzoek.

6 Stellingen

1. In de huidige gedigitaliseerde samenleving is het steeds minder duidelijk waar gedragingen plaatsvinden. Daarom is voor de bevoegdheid om handhavend op te treden slechts van belang waar de schade veroorzaakt door een gedraging zich voordoet. Het is niet langer relevant waar de gedraging zelf plaatsvindt.
2. Grensoverschrijdende inbreuken schreeuwen om 'grensoverschrijdend' toezicht. Internationaal moet verdragsrechtelijk worden geregeld dat Nederlandse toezichthouders hun bevoegdheden overal ter wereld kunnen inzetten.

¹⁸⁶ Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, Rome, 04-11-1950 en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie ((2016/C 202/02) .

¹⁸⁷ Vergelijk artikel 7, tweede en derde lid en artikel 20, derde lid Kaderbesluit nr. 2005/214/JBZ.

¹⁸⁸ Conclusie van A-G Wahl, 20 oktober 2016, C-413/14 P (*Intel*), r.o. 300.

¹⁸⁹ Voor meer informatie: <https://www.icpen.org/>.

3. Zonder een Europese regeling voor het invorderen van bestuurlijke boetes zijn grensoverschrijdende bevoegdheden nutteloos.