

Jutd 2013/12 Door toezegging geen boete ACM

Jutd 2013/12 Door toezegging geen boete ACM

Jutd 2013/12 d.d. 13-06-2013

Auteur(s): mw. mr. N.J. Linssen, Van Iersel Luchtman 's-Hertogenbosch.

Inleiding

In dit artikel wordt ingegaan op de toezegging, een handhavinginstrument van de Autoriteit Consument en Markt (ACM), en het recente wetsvoorstel Stroomlijningswet. In een toezegging geeft een onderneming aan welke gedragingen zij niet of niet meer zal verrichten en welke verdere acties de onderneming zal nemen zodat conform de wet wordt gehandeld. De toezichthouder ziet dan af van een onderzoek of beëindigt een lopend onderzoek. Een boete blijft dan uit.

De ACM bestaat sinds 1 april 2013 en is een samenvoeging van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) en de Consumentenautoriteit. Op 26 april 2013 heeft de Minister van Economische Zaken het wetsvoorstel Stroomlijningswet bij de Tweede Kamer ingediend¹. Door middel van de Stroomlijningswet, wil de Minister de procedures en bevoegdheden van deze samengevoegde toezichthouders stroomlijnen. Deze procedures en bevoegdheden zijn in verschillende wetten geregeld, waarbij de ACM niet steeds dezelfde bevoegdheden heeft. Een voorbeeld daarvan is de toezegging. In het wetsvoorstel wordt in artikel 12h aan de ACM de bevoegdheid toegekend om een toezegging te aanvaarden. De NMa en de Consumentenautoriteit hadden deze bevoegdheid al, de OPTA niet.

In dit artikel wordt ingegaan op het gebruik van de toezegging als handhavinginstrument door de ACM op grond van de Mededingingswet (Mw). Ook wordt aandacht besteed aan het gebruik van dit instrument door de ACM op grond van de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc). Hoewel de wettelijke grondslag voor toezeggingsbesluiten in de Mw en de Whc met het aannemen van het wetsvoorstel Stroomlijningswet komt te vervallen, biedt de beslispraktijk van deze toezichthouders inzicht in de toepassing van dit handhavinginstrument. Tot slot wordt ingegaan op het wetsvoorstel.

Kenmerken toezeggingsbesluit

Indien de ACM een toezegging honoreert, dan wordt in een besluit de gedane toezegging bindend verklaard. Het toezeggingsbesluit bevat bindende afspraken over aanpassingen van het gedrag van de onderneming met als doel een inbreuk te voorkomen of te beëindigen. Bij aanvaarding van de toezegging vervalt de bevoegdheid van de ACM om een sanctie, zoals een boete, op te leggen.

Zo hebben de Landelijke Huisartsenvereniging (LHV) en de 23 regionale LHV-huisartsenkringen eind 2012 aan de NMa toegezegd niet meer namens hun leden te onderhandelen met zorgverzekeraars over onder andere de tarieven voor behandelingen. LHV heeft ook toegezegd geen adviezen aan huisartsen meer te geven over het wel of niet ondertekenen van contracten die zorgverzekeraars aanbieden. Met deze toezegging, die door de NMa bindend is verklaard, kwam LHV tegemoet aan de mededingingsrechtelijke bezwaren van de NMa tegen de gedragingen van LHV². Eerder dat jaar had de NMa aan LHV al een boete opgelegd vanwege adviezen van LHV aan haar leden waarmee de vestigingsvrijheid van nieuwe huisartsen werd beperkt. Zou LHV niet een toezegging hebben gedaan, dan was LHV ongetwijfeld weer beboet.

De toezegging opgenomen in de Mw en de toezegging opgenomen in de Whc vloeien voort uit Europese regels. Voor de Europese Commissie is deze bevoegdheid geregeld in artikel 9 van Verordening 1/2003. Een onderneming kan dus ook aan een boete van de Commissie ontkomen door een toezegging te doen. Een toezeggingsbesluit van de Commissie sluit

echter niet uit dat een nationale toezichthouder, zoals de ACM, de betreffende onderneming toch een boete oplegt voor een door die autoriteit geconstateerde overtreding³.

Voordelen en nadelen van toezegging

Een toezegging heeft zowel voor ondernemingen als voor de toezichthouder verschillende voordelen. Voor de Commissie en de ACM is het belangrijkste voordeel dat schendingen van het mededingingsrecht, en wat betreft de Whc het consumentenrecht, op doelmatige wijze worden afgedaan. Een diepgravend onderzoek en lange procedures worden vermeden en de onderneming verplicht zich dusdanig te gedragen dat een inbreuk wordt voorkomen of beëindigd.

Het voordeel voor een onderneming is dat aan een boete en langdurige en kostbare procedures, met alle gevolgen van dien waaronder reputatieschade, kan worden ontkomen. De onderneming is aan zet en over de formulering van de toezegging in gesprek met de toezichthouder. De onderneming is daarmee in staat de inhoud van de toezegging te beïnvloeden.

Een nadeel van een toezegging is de mogelijkheid dat de onderneming zich onnodig beperkt. Immers, voor een toezegging is het niet nodig dat de toezichthouder de overtreding al heeft vastgesteld. Het is dus mogelijk dat ook zonder een toezegging een boete uitblijft, omdat de toezichthouder een overtreding gewoonweg niet kan bewijzen. In dat geval heeft de onderneming zich ten onrechte verplicht bepaalde gedragingen wel en/of niet te verrichten. Zo valt uit het nieuwsbericht van de NMa van 13 juli 2012 af te leiden dat de NMa een onderzoek naar prijsafspraken tussen de UvA en de VU had gestaakt nadat deze universiteiten de NMa hadden toegezegd de hoogte van de instellingscollegegelden niet met elkaar af te stemmen en de NMa jaarlijks te informeren over de manier waarop zij de hoogte van het collegegeld bepalen. Dit lijkt een informele toezegging te zijn, een toezeggingsbesluit is niet gepubliceerd. De vraag rijst echter of het mededingingsrecht wel op de universiteiten van toepassing is nu zij het collegegeld vragen voor de uitvoering van een wettelijke taak. Dat het hier gaat om het collegegeld voor een tweede opleiding maakt dat wellicht anders, maar zulks is nog niet vastgesteld. Met andere woorden, de universiteiten verplichten zich tot iets waartoe zij op grond van het kartelverbod wellicht helemaal niet gehouden zijn.

Verder valt niet uit te sluiten dat derden een schadevergoeding vorderen van de onderneming die een toezegging heeft gedaan. Dat zal echter naar mijn mening niet zo'n vaart lopen. De onderneming die stelt schade te hebben geleden, zal in een civiele procedure moeten stellen en bewijzen dat sprake is van een overtreding, bijvoorbeeld van het kartelverbod. Een toezeggingsbesluit bevat echter geen oordeel over de verenigbaarheid van een gedraging met het kartelverbod. Van een vaststelling van een overtreding is dus geen sprake zodat een toezeggingsbesluit als zodanig geen bewijs oplevert. Relevant is ook dat een toezegging geen erkenning of bekentenis van de onderneming inhoudt⁴.

Toezegging Mededingingswet

De bevoegdheid om toezeggingsbesluiten te nemen bestaat sinds 1 oktober 2007 en is neergelegd in artikel 49a Mw. Indien een toezegging wordt aanvaard, dan wordt deze bindend in een toezeggingsbesluit neergelegd. De ACM is dan niet meer bevoegd het onderzoek voort te zetten en een boete op te leggen. Dit is anders indien: 1) er na het toezeggingsbesluit een wezenlijke verandering is opgetreden in de feiten waarop het besluit berust, 2) het besluit gebaseerd is op onvolledige, onjuiste of misleidende informatie of 3) de toezegging niet wordt nageleefd. Dit volgt uit artikel 49c Mw, een equivalent van artikel 9, lid 2, Vo. 1/2003.

In de laatste jaren is het aantal toezeggingsbesluiten toegenomen, hetgeen er op duidt dat steeds meer ondernemingen bekend zijn met dit fenomeen en van deze mogelijkheid gebruikmaken.

Aanvraag onderneming vereist

Om een zaak af te kunnen doen met een toezegging, moet de onderneming wel zelf in actie

komen. De onderneming moet namelijk een aanvraag, zoals bedoeld in de Algemene wet bestuursrecht, bij de ACM indienen. Die aanvraag kan worden gedaan tijdens een lopend onderzoek, bijvoorbeeld na een inval, of nadat de ACM in een rapport een redelijk vermoeden van overtreding heeft vastgesteld. Zodra de ACM een boetebesluit heeft genomen, vervalt de mogelijkheid van een toezeggingsbesluit. De ACM beschikt over discretionaire bevoegdheid bij het beoordelen van een aanvraag. Zo oordeelde de NMa eerder een toezeggingsbesluit niet doelmatig, omdat al een (boete)rapport was vastgesteld⁵.

Drie cumulatieve voorwaarden

De ACM toetst een aanvraag aan drie cumulatieve voorwaarden neergelegd in artikel 49a, lid 2, Mw. Indien niet aan deze voorwaarden is voldaan, dan moet de ACM de aanvraag afwijzen. In het geval dat wel aan de voorwaarden wordt voldaan, kan de ACM de aanvraag honoreren. De ACM kan de aanvraag dus nog steeds afwijzen. Deze discretionaire bevoegdheid wordt uiteraard begrensd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel en het verbod op willekeur. De cumulatieve voorwaarden zijn als volgt. In de eerste plaats moet de ACM ervan verzekerd zijn dat de onderneming door het toezeggingsbesluit in overeenstemming handelt met het kartelverbod of het verbod op misbruik machtspositie. In de tweede plaats moet de onderneming aannemelijk maken dat zij het toezeggingsbesluit op controleerbare wijze zal naleven. In de derde plaats moet het nemen van een toezeggingsbesluit doelmatiger zijn dan het opleggen van een boete.

Een voorbeeld ter illustratie. Begin 2010 deed de NMa een inval bij een aantal Amsterdamse ziekenhuizen. Later dat jaar maakte de NMa bekend dat ziekenhuizen in de regio Amsterdam systematisch commercieel gevoelige informatie - waaronder informatie over registratiecijfers en kwartaalcijfers over aantallen bezoeken, opnamen en dagverpleging - met elkaar uitwisselden. Deze uitwisseling van informatie stelt ondernemingen in staat hun marktgedrag te coördineren, hetgeen als concurrentiebeperkend wordt aangemerkt. Lopende het onderzoek hebben de ziekenhuizen de informatie-uitwisseling beëindigd en een toezegging gedaan. De toezegging hield in dat de ziekenhuizen geen actuele, individuele commercieel gevoelige informatie meer met elkaar zouden delen. Alleen informatie ouder dan twaalf maanden zou worden gedeeld en commercieel gevoelige informatie zou alleen in anonieme of geaggregeerde vorm worden gedeeld. Deze informatie zou ook aan andere zorgaanbieders, die medisch-specialistische zorg in de regio verlenen, worden verstrekt. Voorts zou de NMa inzage in de gedeelde informatie krijgen. Ook zegden de ziekenhuizen toe hun medewerking te verlenen bij de controle op de naleving van de toezegging.

Deze toezegging heeft de NMa aanvaard: de informatie-uitwisseling is gestopt, toekomstig marktgedrag wordt snel en effectief beïnvloed, de toezegging is controleerbaar en de ziekenhuizen hebben een coöperatieve houding getoond. Een toezeggingsbesluit werd in dit geval doelmatiger geacht dan het voorzetten van het onderzoek en het opleggen van een boete⁶.

Risico dubbele boete

De onderneming moet zich overeenkomstig het toezeggingsbesluit gedragen. Dat spreekt voor zich. Doet de onderneming dat niet, dan riskeert de onderneming echter een dubbele boete. Overtreding van een toezeggingsbesluit kan gesanctioneerd worden met een boete van € 450.000 of, als dat meer is, 10% van de omzet⁷. Daarnaast kan een boete van vergelijkbare hoogte worden opgelegd indien de ACM (alsnog) een overtreding van het kartelverbod of het verbod op misbruik van machtspositie vaststelt. De onderneming moet zich van dit risico op een dubbele boete bewust zijn en zich bij het doen van een toezegging afvragen of de toezegging wel kan worden nageleefd. Het is dus zaak een toezegging goed te formuleren. Dat is ook van belang om de toezegging van de NMa gehonoreerd te krijgen.

Toezegging Wet handhaving consumentenbescherming

De bevoegdheid van de ACM om toezeggingen van ondernemingen in het kader van het consumentenrecht te aanvaarden, is neergelegd in artikel 2.23 van de Whc. Dit artikel

bepaalt dat de ACM een toezegging door de overtreder dat een overtreding zal worden gestaakt, openbaar kan maken.

De Consumentenautoriteit heeft diverse toezeggingen aanvaard en op haar website gepubliceerd. Een voorbeeld is de toezegging gedaan door Bart Smit. De Consumentenautoriteit had geconstateerd dat Bart Smit artikel 6:193c, lid 1, onder g, BW overtrad met betrekking tot de verkoop van Nintendo producten. Consumenten werden bij problemen met de gekochte Nintendo doorverwezen naar Nintendo. De consument moet echter ingeval van non-conformiteit ex artikel 7:21 BW ook bij Bart Smit terecht kunnen. Het onjuist informeren over wettelijke rechten, wordt ingevolge artikel 6:193c, lid 1, onder g, BW aangemerkt als een oneerlijke handelspraktijk. In de toezegging erkent Bart Smit de overtreding en zegt vervolgens toe deze praktijken te staken en gestaakt te houden, dat zij dusdanige wijzigingen in haar praktijk zal doorvoeren dat zij de wettelijke bepalingen in acht zal nemen en dat zij consumenten er op zal wijzen dat zij bij problemen met een Nintendo-product ook bij de Bart Smit filialen terecht kunnen. Opvallend is dat Bart Smit de overtreding met zoveel woorden erkent. Dat zet natuurlijk de deur open voor civiele schadeclaims.

Het niet-naleven van een toezegging, leidt tot een verhoging van de boete voor de geconstateerde overtreding van het consumentenrecht. Dat volgt bijvoorbeeld uit de zaak Garant-o-Matic. In 2010 heeft de Consumentenautoriteit aan Garant-o-Matic een boete opgelegd voor misleidende mailings. Dit postorderbedrijf had in 2008 aan de Consumentenautoriteit een toezegging gedaan dat het zich voortaan aan de regels zou houden. Een onderzoek naar de vraag of de onderneming de toezegging naleefde, wees echter uit dat dat niet het geval was. Het niet naleven van de toezegging heeft de Consumentenautoriteit aangemerkt als een boeteverhogende omstandigheid. De boete werd verhoogd met 20%, waardoor uiteindelijk een boete van € 120.000 werd opgelegd⁸.

Verskil toezegging Whc en toezegging Mw

Een verschil tussen een toezegging op grond van de Whc en een toezegging op grond van de Mw, is dat de Whc geen toetsing aan cumulatieve voorwaarden, zoals opgenomen in artikel 49a Mw, voorschrijft. Als het meer in het belang van consumenten is om geen last of boete op te leggen, maar een toezegging te verkrijgen van de overtreder die inbreuk te beëindigen, dan kan de ACM het aanbod van de ondernemer om geen handhavingsmaatregelen te treffen aanvaarden. Die toezegging moet wel openbaar worden gemaakt om gedupeerde consumenten te informeren⁹. Openbaarmaking is dus vereist bij een toezegging op grond van de Whc. Overigens wordt een toezegging op grond van de Whc vaak door de onderneming zelf, op eigen briefpapier, gedaan en vervolgens door de ACM openbaar gemaakt. Dit past in het kader van naming and shaming, waarmee toezichthouders door middel van het publiekelijk bekendmaken dat een onderneming (vermoedelijk) in de fout is gegaan, trachten gedragingen marktbreed te corrigeren. Ook is geen sprake van een risico op een dubbele boete van dezelfde hoogte, maar is overtreding van een toezegging 'slechts' een boeteverhogende omstandigheid.

De toepassing van dit handhavingsinstrument op basis van de Whc wijkt dus enigszins af van de toepassing op basis van de Mw. Het resultaat is echter hetzelfde: een boete blijft uit.

Wetsvoorstel Stroomlijningswet

In artikel 12h van het wetsvoorstel wordt aan de ACM de algemene bevoegdheid toegekend om een aanvraag van een door een onderneming gedane toezegging in een besluit bindend te verklaren. Het uitgangspunt van artikel 49a Mw dat een aanvraag vereist is en dat de toezegging bindend in een besluit wordt vastgelegd, geldt hiermee voor alle toezeggingsbesluiten van de ACM. Een aanvraag kan worden ingediend zolang de ACM geen boetebesluit of besluit tot het opleggen van een last onder dwangsom heeft genomen.

Een toezeggingsbesluit kan worden genomen indien de ACM een toezegging doelmatiger acht dan het opleggen van een boete of een last onder dwangsom. Dit is het derde cumulatieve vereiste uit artikel 49a, lid 2, Mw en is ook het toetsingskader op grond van de

Whc. Dit is een redelijk vaag criterium dat de ACM voldoende ruimte laat om rekening te houden met verschillende belangen. De ACM beschikt dus nog steeds over een ruime discretionaire bevoegdheid bij de beoordeling van een aanvraag om een gedane toezegging bindend te verklaren. De overige twee cumulatieve vereisten uit artikel 49a, lid 2, Mw komen niet in het wetsvoorstel terug. De reden daarvoor is niet in de Memorie van Toelichting terug te vinden. Nu de ACM naar alle waarschijnlijkheid zal (blijven) toetsen of een onderneming met een toezegging in overeenstemming met de wet handelt en of een toezegging controleerbaar is, is dit wellicht geen materieel verschil.

Volgens het voorgestelde artikel 12h kan een toezeggingsbesluit worden gewijzigd of ingetrokken indien er een wezenlijke verandering is opgetreden in de feiten waarop het besluit berust, het besluit gebaseerd is op onvolledige, onjuiste of misleidende informatie of indien de toezegging niet wordt nageleefd. Dit sluit aan bij het huidige artikel 49c Mw.

Voor het niet-naleven van een toezeggingsbesluit kan de ACM volgens het voorgestelde artikel 12m een boete opleggen. Die boete is in lijn met het huidige 76a Mw; € 450.000 of, als dat meer is, 10% van de omzet. De mogelijkheid om de toezegging als zodanig openbaar te maken is eveneens ACM-breed gemaakt (artikel 12w wetsvoorstel). Anders dan op grond van de Whc, is openbaarmaking in het wetsvoorstel facultatief.

Nieuw ten opzichte van de huidige regels omtrent de toezegging, is de bepaling in artikel 12h dat de verjaringstermijn voor het opleggen van een boete (ex artikel 5:45 Awb) wordt opgeschort met ingang van de dag waarop de ACM een aanvraag ontvangt tot de dag waarop de ACM een boetebesluit heeft genomen.

Het meest relevante verschil met de huidige situatie is echter dat de ACM ook toezeggingsbesluiten kan nemen gerelateerd aan (vermoedelijke) overtredingen van de telecomcommunicatieregels, meer in het bijzonder de Telecommunicatiewet. Dit is interessant voor bijvoorbeeld ondernemingen verdacht van spam of overtreding van de telemarketingregels. Ook deze ondernemingen kunnen bij het aannemen van de Stroomlijningswet op gebruik van dit handhavingsinstrument aansturen.

Slotsom

Het ACM-breed regelen en stroomlijnen van de bevoegdheid om bij honorering van een toezegging af te zien van een boete, kan worden toegejuicht. Dit handhavingsinstrument heeft, naast enkele mogelijke nadelen, vooral voordelen. De vraag rijst dan ook of deze bevoegdheid niet ook aan andere toezichthouders zou moeten worden toegekend.

NOOT [1 \[terug\]](#)

Kamerstukken II, 2012/2013, 33 622, nr. 2

NOOT [2 \[terug\]](#)

NMa-besluit d.d. 4 december 2012, zaak 7191

NOOT [3 \[terug\]](#)

Punt 13 Verordening 1/2003

NOOT [4 \[terug\]](#)

NMa-besluit d.d. 11 februari 2009, zaak 6435

NOOT [5 \[terug\]](#)

NMa-besluit d.d. 21 september 2009, zaak 6274

NOOT [6 \[terug\]](#)

NMa-besluit d.d. 31 december 2010, zaak 6895

NOOT [7 \[terug\]](#)

Artikel 76a Mw

NOOT [8 \[terug\]](#)

Besluit Consumentenautoriteit d.d. 21 september 2010, zaak 544

NOOT [9 \[terug\]](#)

Kamerstukken II, 2005/2006, 30 411, nr. 3