

Handhaving van het mededingingsrecht met toezeggingen

Na vijf zaken in vijf jaar de balans opgemaakt

Ruben Elkerbout en Wilko Wolbers¹

Het klassieke toezichtmodel van strikte naleving van mededingingsregels en exorbitante boetes voor overtredingen is niet in alle situaties even passend. De NMa beschikt sinds enige tijd over een alternatief handhavingsinstrument: het toezeggingsbesluit. In het kader van de maximale effectiviteit van toezicht maakt de NMa steeds vaker gebruik van dit instrument. Voor ondernemingen is het toezeggingsbesluit een aantrekkelijk handhavingsinstrument, omdat daarmee hoge boetes, lange en dure procedures en reputatieschade kunnen worden afgewend. Ondernemingen hebben zelf de sleutel in handen voor de inzet van dit instrument.

1. Aanleiding en opzet

De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) beschikt ruim vijf jaar over de bevoegdheid tot het nemen van zogenoemde toezeggingsbesluiten ter handhaving van het kartelverbod en het verbod op misbruik van economische machtspositie. In een toezeggingsbesluit worden bindende afspraken over gedragsaanpassingen van ondernemingen vastgelegd met het doel een inbreuk op het mededingingsrecht te voorkomen of te beëindigen. Zo kunnen ondernemingen die betrokken zijn bij prijs- of marktverdelingsafspraken ter effectieve beëindiging van deze afspraken bijvoorbeeld aanbieden de samenwerking te verbreken of anders in te vullen. Ter voorkoming van toekomstige problemen kunnen zij tegelijkertijd aanbieden een effectief compliance-programma uit te rollen in hun organisatie.² Op deze wijze kunnen de mededingingsrechtelijke bezwaren van de NMa worden weggenomen.

Voor ondernemingen is het toezeggingsbesluit een aantrekkelijk handhavingsinstrument van de NMa, omdat daarmee hoge boetes, lange en dure procedures en reputatieschade kunnen worden afgewend. Ondernemingen hebben zelf de sleutel in handen voor de inzet van het toezeggingsinstrument. Zij moeten daartoe een aanvraag indienen bij de NMa. De NMa heeft vervolgens de beleidsvrijheid om de aanvraag te accepteren of af te wijzen. Ondanks de aantrekkelijke vooruitzichten leidde het toezeggingsbesluit in de eerste jaren na de invoering ervan een sluimerend bestaan. Sinds december 2010 is er echter een opmerkelijke toename in het gebruik van het toezeggingsbesluit. Na ruim vijf jaar bevoegdheid heeft de NMa nu in vijf zaken toezeggingen geaccepteerd. Een goede aanleiding om de balans op te maken.

In deze bijdrage pogen wij een praktisch inzicht te geven in de beleidslijn die de NMa hanteert. De lessen uit de praktijk kunnen ondernemingen helpen bij de vraag of het opportuun is een aanvraag voor een toezeggingsbesluit in te dienen. Voordat wij onze bevindingen presenteren, staan we eerst kort stil bij het wettelijke kader en geven wij een beknopte samenvatting van de toezeggingen die de NMa heeft geaccepteerd en welke zij heeft afgewezen.

2. Kenmerken van het toezeggingsbesluit

2.1. Achtergrond en doel

De bevoegdheid tot het nemen van een toezeggingsbesluit is bij amendement opgenomen in hoofdstuk 5A van de Mededingingswet (art. 49a-49d).³ De wetgever heeft met het opnemen van deze bevoegdheid aansluiting gezocht bij de handhavingsbevoegdheden die voortvloeien uit het Europese mededingingsrecht. Op grond van het Europese mededingingsrecht zijn de mededingingsautoriteiten van de lidstaten bevoegd om toezeggingen van een onderneming te aanvaarden.⁴ Voor de Europese Commissie (de Commissie) is deze bevoegdheid expliciet geregeld in art. 9 van Verordening 1/2003. Omdat deze bevoegdheid nog niet was opgenomen in de Mededingingswet, heeft de wetgever besloten om hoofdstuk 5A aan de Mededingingswet toe te voegen.

De wetgever heeft daarbij voor ogen gehad dat het toezeggingsinstrument leidt tot een grotere transparantie, meer rechtszekerheid voor ondernemingen en een betere handhaving van de Mededingingswet. In de praktijk betekent dit voor de NMa dat zij haar beperkte toezichts- en handhavingscapaciteit efficiënter en effectiever

kan inzetten.⁵ Dat bespaart kosten en zorgt voor maatwerk. Ook ondernemingen hebben, zoals aangegeven in de introductie, veel baat bij een toezeggingsbesluit. Aldus snijdt het mes aan twee kanten.

2.2. Procedure en discretionaire bevoegdheid

Art. 49a van de Mededingingswet vormt het kader voor de aanvraag voor een toezeggingsbesluit. Ondernemingen kunnen zelf bepalen wanneer zij een aanvraag doen; tijdens een lopend onderzoek of nadat de NMa een redelijk vermoeden van een overtreding heeft vastgelegd in een rapport. In theorie is het zelfs mogelijk om zonder lopend onderzoek een aanvraag in te dienen. De Mededingingswet formuleert slechts één uitzondering op die vrijheid. Indien de NMa een sanctiebesluit heeft genomen en daarmee officieel heeft vastgesteld dat sprake is van een overtreding vervalt de mogelijkheid voor een toezeggingsbesluit. De Mededingingswet stelt verder geen bijzondere eisen aan de aanvraag, inhoud en duur van de toezeggingen.

Artikel 49a Mw

1. Een onderneming of een ondernemersvereniging kan voor het opmaken van een rapport als bedoeld in artikel 59, of indien een rapport is vastgesteld, tot het moment waarop een beslissing als bedoeld in artikel 62 is genomen bij de raad een aanvraag doen tot het nemen van een besluit waarmee de raad een in die aanvraag opgenomen toezegging voor de onderneming of de ondernemersvereniging bindend verklaart opdat:
 - a. wordt voorkomen dat zal worden gehandeld in strijd met artikel 6, eerste lid, of 24, eerste lid, of
 - b. het handelen in strijd met artikel 6, eerste lid, of 24, eerste lid wordt gestaakt.
2. De raad kan een besluit als bedoeld in het eerste lid nemen indien naar het oordeel van de raad:
 - a. verzekerd is dat de onderneming of ondernemersvereniging als gevolg van het besluit zal handelen in overeenstemming met artikel 6, eerste lid, of 24, eerste lid,
 - b. de onderneming of de ondernemersvereniging aannemelijk maakt dat zij het besluit op controleerbare wijze zal naleven, en
 - c. in een concreet geval het nemen van het besluit uit een oogpunt van handhaving van de wet doelmatiger is dan het opleggen van een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom.
3. Bij een besluit als bedoeld in het eerste lid, besluit de raad tevens geen onderzoek te starten, een reeds ingesteld onderzoek niet langer voort te zetten, geen rapport op te maken of af te zien van het opleggen van een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom. Het besluit bevat geen oordeel over de verenigbaarheid van het gedrag van de onderneming of de ondernemersvereniging met het bepaalde bij of krachtens deze wet.
4. Nadat de raad een besluit als bedoeld in het eerste lid heeft genomen gedraagt de onderneming of de ondernemersvereniging zich overeenkomstig dat besluit.
5. Een besluit als bedoeld in het eerste lid, wordt voor een bepaalde periode gegeven. De raad kan besluiten het besluit telkens voor een bepaalde periode te verlengen.

gen. De toezeggingen kunnen zowel betrekking hebben op gedragingen van ondernemingen in de toekomst als op gedragingen in het verleden.

De NMa toetst de aanvraag aan drie cumulatieve voorwaarden: (i) de NMa moet ervan verzekerd zijn dat de onderneming door het toezeggingsbesluit in overeenstemming handelt met het kartelverbod of het verbod op misbruik van economische machtspositie; (ii) de onderneming moet aannemelijk maken dat zij het toezeggingsbesluit op controleerbare wijze zal naleven; en (iii) het nemen van een toezeggingsbesluit is in het concrete geval doelmatiger dan het opleggen van een sanctie. Voldoet de aanvraag niet aan deze eisen, dan moet de NMa deze afwijzen. Indien een aanvraag wel voldoet, dan betekent dat slechts dat de NMa de aanvraag bindend kan verklaren, maar is zij hiertoe niet verplicht. De NMa heeft een ruime discretionaire bevoegdheid en die stelt zij ook voorop bij de uitoefening van haar bevoegdheid. Deze discretionaire ruimte wordt begrensd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De NMa dient het aanvragen of afwijzen van een aanvraag zorgvuldig voor te bereiden en daarbij de betrokken belangen tegen elkaar af te wegen. De bestuursrechter kan deze belangenafweging slechts marginaal toetsen.

De voorbereiding van een toezeggingsbesluit vindt plaats met inachtneming van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure.⁶ Dat betekent dat de NMa eerst een ontwerpbesluit moet schrijven en dat besluit vervolgens voor een periode van zes weken ter inzage moet leggen voor belanghebbenden.⁷ Gedurende deze periode kunnen zij hun zienswijzen op het ontwerpbesluit naar voren brengen.

Indien de NMa de gedane toezeggingen aanvaardt, dan worden deze bindend door vastlegging in het toezeggingsbesluit. De NMa is dan in beginsel niet meer bevoegd om haar onderzoek op een later moment te heropenen. Dit volgt uit het *ne bis in idem*-beginsel dat de NMa verbiedt om een onderzoek te starten naar een feitencomplex waarover zij al heeft geoordeeld. Art. 49c van de Mededingingswet voorziet echter in drie situaties waarin de NMa haar onderzoek alsnog mag voortzetten. Dat kan zij doen 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 de onderneming haar toezeggingen niet naleeft.⁸

In geval de onderneming haar afspraken, zoals vastgelegd in het toezeggingsbesluit, niet nakomt, kan de

Auteurs

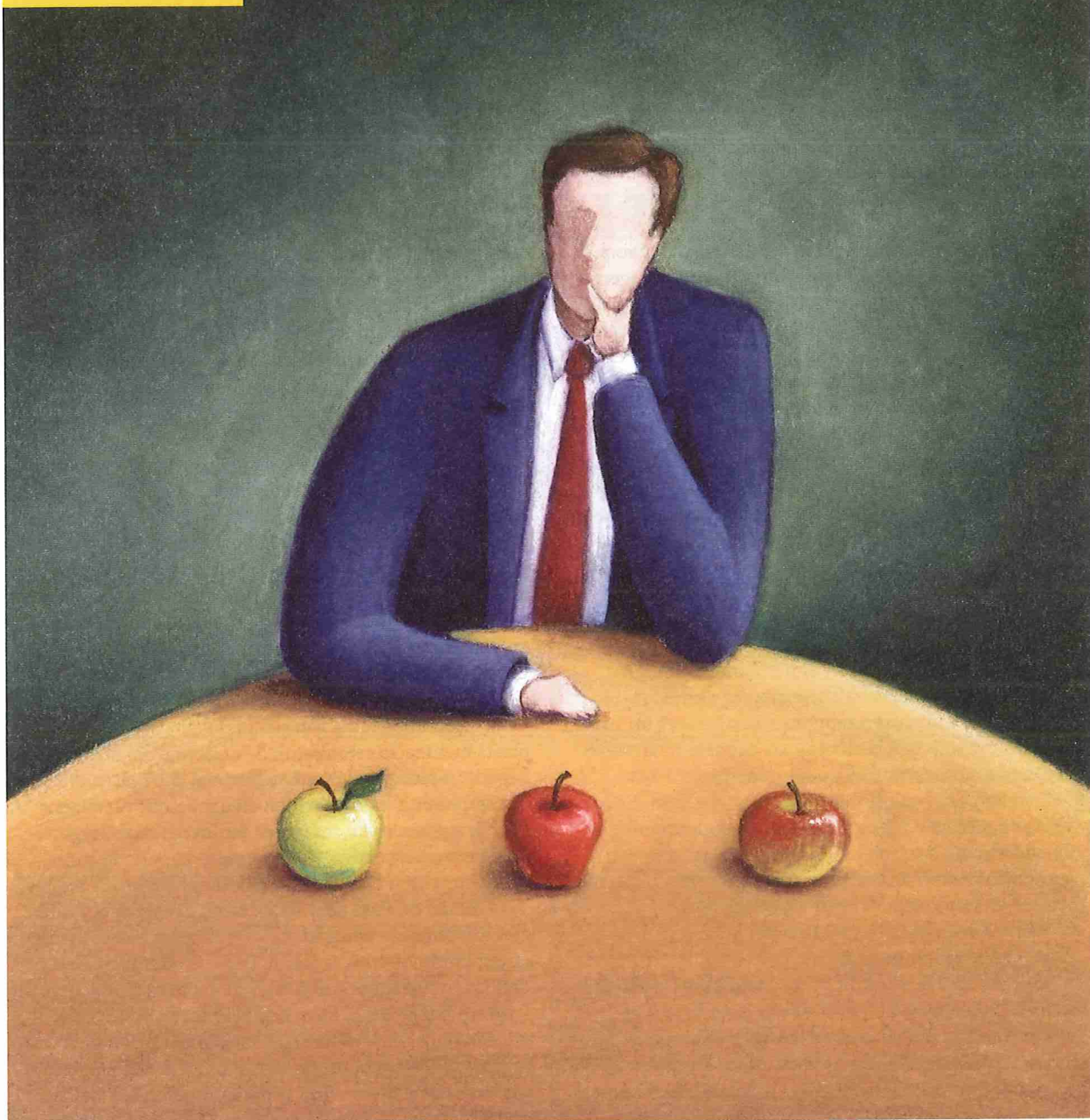
1. Mr. R. Elkerbout LL.M. en W. Wolbers LL.M. zijn beiden advocaat te Amsterdam.

Noten

2. Voor een uiteenzetting van welke toezeggingen ondernemingen in de praktijk hebben gedaan om tegemoet te komen aan de mededingingsrechtelijke bezwaren van de NMa verwijzen wij naar paragraaf 3.
3. Kamerstukken II 2005/06, 30 071, nr. 19, p. 4.
4. Zie art. 5 Verordening (EG) Nr. 1/2003 van 16 december 2002 betreffende de

uitvoering van de mededingingsregels van art. 81 en 82 (thans art. 101 en 102) van het Verdrag, PBE 2003, L1/1, Verordening 1/2003.

5. Zie ook R. Wesseling & F. ten Have, 'Kroniek van het mededingingsrecht', *NJB* 2012/886, afl. 15, p. 1059.
6. Art. 49b Mededingingswet. De uniforme openbare voorbereidingsprocedure is geregeld in afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).
7. Art. 49d lid 1 Mededingingswet jo. art. 3:11 Awb.
8. Vgl. art. 9 lid 2 Verordening 1/2003.



NMa dus alsnog het onderzoek heropenen en de sanctieprocedure afronden met een boetebesluit. Daarnaast riskeert de overtredende onderneming een separate boete voor de schending van het toezeggingsbesluit. Beide boetes hebben een gelijke maximumhoogte: € 450 000, of,

Schending van de afspraken in een toezeggingsbesluit kan aardig in de papieren lopen

indien dat meer is, 10% van de omzet van de betrokken onderneming.⁹ Schending van de afspraken in een toezeggingsbesluit kan derhalve aardig in de papieren lopen. Daarbij geldt dat het meestal niet problematisch zal zijn voor de NMa om na heropening van het onderzoek een

overtreding van het kartelverbod of het verbod op misbruik van economische machtspositie vast te stellen, zeker indien het toezeggingsbesluit is genomen om een (mogelijke) overtreding te staken.

3. De praktijk

Op het moment van schrijven heeft de NMa in vijf zaken toezeggingsbesluiten genomen.¹⁰ Een zesde toezeggingsbesluit is inmiddels in de maak.¹¹ Daarnaast heeft zij twee aanvragen afgewezen. Hieronder worden deze besluiten beknopt samengevat. We beginnen met de meest recente besluiten.

*FTN*¹²

De ondernemersvereniging Federatie Textielverzorging Nederland (FTN) adviseerde haar leden om bepaalde kosten door te berekenen aan haar klanten. Ook had zij zich herhaaldelijk negatief uitgelaten over een gebundelde aanbesteding. Deze gedragingen vloeiden voort uit haar statutaire doelstelling om de activiteiten van haar leden af te stemmen en te coördineren. Door haar advies gaf de

FTN haar leden een gemeenschappelijk ijkpunt over hun prijsvorming en hun inschrijfgedrag bij aanbestedingen. De FTN dient vervolgens een aanvraag voor een toezeggingsbesluit in, omdat zij zich bewust is geworden van de mededingingsbezwaren tegen haar gedrag. Om deze bezwaren weg te nemen geeft de FTN aan dat zij haar statutaire doelstelling zal wijzigen. Voorts onthoudt zij zich van uitlatingen die van invloed kunnen zijn op het zelfstandige marktgedrag van haar leden. Dat geldt in het bijzonder voor adviezen over prijsvorming en inschrijfgedrag bij aanbestedingen. De hiervoor genoemde aanbeveling over de doorberekening van kosten zal ondubbelzinnig worden ingetrokken. Ook gaat de FTN haar leden wijzen op het belang van zelfstandig marktgedrag. Tot slot zal de FTN een overzicht van de communicatie met haar leden bijhouden.

De NMa gaat met deze toezeggingen akkoord. De NMa acht het voldoende aannemelijk dat de mededingingsbezwaren worden weggenomen. Ook acht zij het nemen van een toezeggingsbesluit doelmatiger dan het opmaken van een rapport, omdat daarvoor aanvullend onderzoek nodig is. De NMa wijst in dat verband ook op de mogelijke uitstralingseffecten van het toezeggingsbesluit naar textielverzorgers en zorginstellingen, maar ook naar ondernemingsverenigingen in andere sectoren, en het vroege stadium van de procedure. De NMa acht de toezeggingen tot slot controleerbaar, omdat zij een afschrift ontvangt van de gewijzigde statuten en het ingetrokken advies over de extra kosten. Ook het feit dat de communicatie tussen de FTN en haar leden wordt bijgehouden bevordert de controleerbaarheid van de toezeggingen.

*Thuiszorg Midden-Brabant*¹³

De Stichting Zorggroep West- en Midden-Brabant, een aanbieder van thuiszorg in de zorgkantorregio's West- en Midden-Brabant, had bilaterale samenwerkingsafspraken gemaakt met drie andere thuiszorgaanbieders waarbij zij onderling thuiszorgcliënten in Midden-Brabant verdeelden. De NMa heeft partijen tijdens haar onderzoek gewezen op de mededingingsrechtelijke problemen en risico's. Partijen hebben zich hiervan vervolgens bewust getoond en geven aan dat zij deze problemen in de toekomst willen voorkomen. Na een overleg bij de NMa dienen de thuiszorgaanbieders vervolgens toezeggingsaanvragen in. Daarin geven zij aan dat zij hun samenwerkingsafspraken zullen staken en dat zij zich in de toekomst zullen onthouden van elke vorm van klantenverdeling. Cliënten zullen per brief worden gewezen op het feit dat zij een 'echte' keuze hebben voor hun thuiszorgvraag. Daarnaast stellen partijen een dossier op voor toekomstige samenwerkingsafspraken en houden zij notulen van vergaderingen bij. Partijen hebben ook toe-

gezegd dat zij geen mededeling meer doen aan elkaar over hun marktstrategieën. Tot slot zetten zij een mededingingsrechtelijk *compliance*-programma op (of voort) en wijzen zij een *compliance officer* aan.

Ondanks dat de NMa al rapport had opgemaakt, reageert zij positief op de toezeggingsaanvraag

De NMa aanvaardt de toezeggingen. Voor de NMa is van belang dat partijen lopende het onderzoek zijn gestopt met de klantenverdeling en dat zij hebben laten weten dat zij zich daar ook in de toekomst van zullen onthouden. De NMa acht het nemen van (drie) toezeggingsbesluiten doelmatiger dan het opleggen van een sanctie, omdat nader onderzoek dan achterwege kan blijven en van het besluit een uitstralingseffect uitgaat naar de thuiszorgsector. Tot slot acht de NMa de toezeggingen controleerbaar, omdat zij een kopie van de brief over de thuiszorgkeuze ontvangt en zij op aanvraag inzicht krijgt in het samenwerkingsdossier en in de notulen.

*Ziekenhuiszorg Amsterdam*¹⁴

In juli 2010 heeft de NMa aan tien Amsterdamse ziekenhuizen bekendgemaakt dat zij een onderzoek was gestart naar de uitwisseling van potentieel commercieel gevoelige informatie tussen de ziekenhuizen. De ziekenhuizen wisselden via een zelfstandig samenwerkingsverband actuele en individuele informatie uit over registratiecijfers, diagnosebehandelcombinaties en kwartaalcijfers over onder andere aantallen bezoeken, opnamen en dagverpleging. Deze commercieel gevoelige informatie was alleen beschikbaar voor de betrokken ziekenhuizen, reduceerde de onzekerheid over het marktgedrag van de ziekenhuizen en stelde hen in staat om hun marktgedrag te coördineren en afwijkend gedrag te monitoren. Lopende het onderzoek hebben de ziekenhuizen de informatie-uitwisseling beëindigd en een toezeggingsaanvraag ingediend. Uit de toezeggingen van de ziekenhuizen volgt dat zij in de toekomst geen actuele, individuele commercieel gevoelige informatie meer met elkaar zullen delen. De informatie die zij delen is ouder dan twaalf maanden. Informatie die naar haar aard commercieel gevoelig is wordt slechts in anonieme of geaggregeerde vorm gedeeld. Deze informatie zal bovendien onder gelijke voorwaarden beschik-

9. Zie art. 57 en 76a Mededingingswet.

10. Aanvullend wijzen wij op de persberichten van de NMa van 5 januari 2012 en 19 mei 2011 waaruit blijkt dat de NMa mededingingsrechtelijke gedragsveranderingen informeel heeft bewerkstelligd bij twee brancheverenigingen, zonder dat zij daartoe toezeggingsbesluiten heeft genomen. Zie ook R. Wesseling & F. ten Have, 'Kroniek

van het mededingingsrecht', *NJB*

2012/886, afl. 15, p. 1059.

11. NMa-ontwerpbesluit 7156 van 5 april 2012 inzake CTE. Uit het ontwerpbesluit blijkt dat de toezeggingen zien op de situatie dat een ondernemersvereniging met haar leden afstemt met welke prijs zij namens haar lezen inschrijft op aanbestedingen voor pechhulp en tweede berging.

De ondernemersvereniging zegt toe dat zij de inschrijfprijs van haar leden niet meer zal vaststellen. Bovendien zal zij erop toezien dat haar leden zelfstandig en in onderlinge concurrentie inschrijven bij toekomstige aanbestedingen. De NMa ziet voldoende aanleiding om de toezeggingen te aanvaarden.

12. NMa-besluit 7245 van 29 december

2011 inzake FTN.

13. NMa-besluit 7138 van 30 juni 2011 inzake Thuiszorg Midden-Brabant (*Thebe & 't Heem/Thebe & Maasduinen/Thebe & De Volckaert*).

14. NMa-besluit 6895 van 31 december 2010 inzake Ziekenhuiszorg Amsterdam.

baar worden gesteld aan andere medisch-specialistische zorgaanbieders in de regio. De ziekenhuizen zullen daarnaast vergaande medewerking verlenen aan de NMa bij de controle op de toezeggingen.

De NMa gaat met de toezeggingen akkoord. Daarbij wijst de NMa op de coöperatieve houding van de ziekenhuizen en het feit dat de informatie-uitwisseling is gestopt. Omdat het toezeggingsbesluit snel en effectief het toekomstig marktgedrag van de betrokken ziekenhuizen duurzaam beïnvloedt, is ook aan het doelmatigheids criterium voldaan. Het toezeggingsbesluit draagt volgens de NMa ook bij aan de vraagsturing van medische zorg. Aan het criterium van de controleerbaarheid is voldaan, omdat de NMa inzage krijgt in de informatie die wordt gedeeld en de ziekenhuizen hun medewerking zullen verlenen bij de controle op de naleving van de toezeggingen.

Verzekeringspools¹⁵

In deze zaak had de NMa al een rapport opgesteld tegen een aantal verzekeraars die in poolverband een beroepsaansprakelijkheidsverzekering voor notarissen aanboden. De zogenoemde notarispool had in de ogen van de NMa een te groot marktaandeel waardoor de mededinging beperkt zou worden. Om deze bezwaren weg te nemen hebben de betrokken verzekeraars toegezegd dat zij de notarispool beëindigen of dat zij het marktaandeel van deze pool terugbrengen tot maximaal 20%. In aanvulling daarop hebben zij een gelijke toezegging gedaan voor verzekeringspools voor (i) advocaten, (ii) accountants en (iii) assurantietussenpersonen en makelaars.

Ondanks dat de NMa al rapport had opgemaakt, reageert zij positief op de toezeggingsaanvraag. De NMa motiveert haar besluit door te wijzen op de voordelen in de omvang en de snelheid van het resultaat. Tevens wijst de NMa op het algemene effect van het rapport op het gedrag van verzekeraars en op het feit dat de aanvraag uitdrukkelijk betrekking heeft op drie andere pools. De toezeggingsroute zorgt aldus voor een sneller en ruimer resultaat. Het aanvaarden van de toezeggingen is bovendien doelmatiger, omdat voor het opleggen van een sanctie aanvullend onderzoek nodig was door ontwikkelingen in het Europese mededingingsrecht en de Duitse rechtspraak over de marktafbakening. Over de controleerbaarheid merkt de NMa voorts op dat verzekeringspools een openbaar karakter hebben en dus gemakkelijk te controleren zijn.

Kinderopvang Amsterdam¹⁶

In de eerste zaak waarin de NMa toezeggingen bindend heeft verklaard was sprake van een marktverdelingsafspraken tussen vijf aanbieders van kinderopvangactiviteiten in Amsterdam. Zij hadden met elkaar afgesproken dat zij voor onbepaalde tijd de grenzen van elkaars werkgebied respecteerden. Potentiële opdrachtgevers werden daarbij via een website verwezen naar de aanbieder die actief was in het betreffende stadsdeel. In hun aanvraag zeggen de betrokken ondernemingen toe dat zij geen concurrentiegevoelige informatie, waaronder informatie over afnemers, plannen of strategieën, meer met elkaar zullen delen, tenzij die informatie beschikbaar wordt gesteld in geanonimiseerde benchmarks of marktonderzoeken. Daarnaast geven zij aan geen informatie meer te zullen

delen over toetredingsplannen tot elkaars werkgebied. Zij zullen hun klanten bij brief informeren over de hernieuwde concurrentie tussen de partijen. Daarnaast houden de ondernemingen in de toekomst notulen van gezamenlijke vergaderingen bij. Tot slot zeggen zij toe om verregaande medewerking te verlenen bij de controle op de naleving van de toezeggingen.

De NMa acht een toezeggingsbesluit passend, onder meer vanwege het feit dat de kinderopvangondernemingen zich niet realiseerden dat hun afspraken in strijd waren met het mededingingsrecht. Zij acht het nemen van een toezeggingsbesluit doelmatiger dan het opstellen van een rapport, omdat het gedrag van de ondernemingen sneller en effectiever duurzaam wordt beïnvloed. De toezeggingen zijn controleerbaar omdat inzage wordt verkregen in de notulen en de ondernemingen meewerken aan de controle op de naleving van de toezeggingen.

Stichting Carinova¹⁷

In 2009 heeft de NMa een aanvraag van twee thuiszorginstellingen afgewezen. Ter motivering van haar besluit merkt de NMa op dat zij al een rapport had opgemaakt waarin werd vastgesteld dat de thuiszorginstellingen een marktverdelingsafpraak hadden. Omdat deze afspraak een evident mededingingsbeperkend doel had, is een toezeggingsbesluit niet passend. Tot slot merkt de NMa op dat de mededingingsbeperkende gedragingen met het uitbrengen van het rapport reeds zijn beëindigd en dat ook kenbaar is voor derden. Het aanvaarden van de toezeggingen is ook daarom niet doelmatig. In 2011 heeft de NMa uiteindelijk een boete opgelegd aan beide thuiszorginstellingen van in totaal € 4,8 miljoen.¹⁸

Besluit op bezwaar¹⁹

De NMa had het vermoeden dat de anonieme onderneming in dit besluit betrokken was bij verboden prijsafspraken. De NMa wees de aanvraag af, omdat deze onvolledige gegevens bevatte voor de beoordeling en niet voldeed aan de vereisten voor een toezeggingsbesluit. De onderneming had niet concreet aangegeven op welke gedragingen haar toezeggingen zagen. Tegen dit besluit maakt de onderneming bezwaar. In het besluit op bezwaar huldigt de NMa het standpunt dat een onderneming in een toezeggingsaanvraag duidelijk moet maken op welke concrete gedragingen uit het verleden of in de toekomst haar toezeggingen zien. Alleen dan neemt de NMa een aanvraag in behandeling en kan zij beoordelen of de toezeggingen de mededingingsrechtelijke problemen wegnemen. De toezegging dat de onderneming in de toekomst de Mededingingswet naleeft is niet concreet genoeg; deze algemene verplichting bestaat immers al.

4. De lessen uit de praktijk

Gelet op het sterk discretionaire karakter van de bevoegdheid is het lastig een nauwkeurig beleid te deduceren met betrekking tot de zaken die zich lenen voor afdoening via het toezeggingsbesluit.²⁰ Toch zijn er wel degelijk een aantal lessen te trekken uit de hiervoor besproken toezeggingspraktijk.

In de eerste plaats valt op dat de NMa het toezeggingsinstrument gebruikt om gedragingen te remediëren die naar hun aard concreet geschikt zijn de mededinging

In feite wordt het toezeggingsbesluit in deze zaken ingezet als alternatieve clementieverlening

(ernstig) te beperken, de zogenoemde 'doelbeperkingen'. Zo heeft de NMa in *Kinderopvang Amsterdam* alsook in *Thuiszorg Midden-Brabant* coulançe betracht ten aanzien van harde markt- en klantverdelingsafspraken. Dat zijn in principe *hardcore* overtredingen van het kartelverbod. Ook de herhaaldelijke adviezen van de FTN aan haar leden over de doorberekening van kosten en het inschrijfgedrag bij een grote, gebundelde aanbesteding kunnen in objectieve zin de strekking hebben de mededinging te beperken. Datzelfde geldt eigenlijk voor het systeem van informatie-uitwisseling door de Amsterdamse ziekenhuizen. De feitelijke toepassing van het toezeggingsinstrument staat daarmee haaks op het papieren beleid van de NMa dat de toezeggingroute niet begaanbaar is bij gedragingen die evident tot doel hebben de mededinging te beperken.²¹ In feite wordt het toezeggingsbesluit in deze zaken ingezet als alternatieve clementieverlening. Dat is goed nieuws voor ondernemingen die op goedkope wijze weg willen komen met *hardcore* inbreuken.

De tweede les is het belang van *quid pro quo*. De kans van slagen neemt toe naarmate de aanvragers toezeggingen durven te doen die verder gaan dan het (terstond) beëindigen van de samenwerking waartegen de NMa bezwaren heeft. De verzekeraars hebben bijvoorbeeld de reikwijdte van de toezeggingen verbreed naar drie andere verzekeringpools. De FTN heeft toegezegd haar statutaire doelstellingen en communicatie te wijzigen teneinde een blijvende verandering in het handelen van de FTN te bewerkstelligen. Een ander voorbeeld is de thuiszorginstellingen in Midden-Brabant die hun cliënten gezamenlijk informeren over hun keuzevrijheid en toezeggen een uitgebreid *compliance*-beleid op te stellen dan wel voort te zetten om overtredingen in de toekomst zo veel mogelijk te voorkomen. Dergelijke toezeggingen zijn voor de NMa vooral vanuit het oogpunt van doelmatigheid interessant. Daardoor wordt de NMa in staat gesteld een sneller en ruimer resultaat te behalen, inclusief de daarmee gepaard gaande uitstralingseffecten op de sector, dan met de voorzetting van de sanctieprocedure. Met de NMa valt dus te praten, mits partijen voldoende wisselgeld meenemen.

De derde les ziet op de opstelling van ondernemingen tijdens het onderzoek. In *Kinderopvang Amsterdam* en in *Amsterdamse ziekenhuizen* wijst de NMa expliciet op de coöperatieve houding van de aanvragers. Ook in de andere zaken geeft de NMa aan dat de aanvragers zich bewust zijn geworden van de mededingingsrechtelijke

risico's van hun gedragingen en dat zij die in de toekomst wensen te voorkomen. Een schuldbewuste en coöperatieve opstelling gedurende het onderzoek draagt derhalve bij aan de kans van slagen van een aanvraag. Daarbij is – zo leert het anonieme besluit op bezwaar – overigens niet vereist dat de betrokken ondernemingen bekennen dat zij een overtreding hebben begaan, maar wel dat zij aangeven bij welke gedragingen zij concreet betrokken zijn geweest, of in de toekomst zouden zijn, omdat pas dan beoordeeld kan worden of de toezeggingen die de ondernemingen doen passend en proportioneel zijn. Het verschil tussen een volledige bekentenis en een schuldbewuste opstelling in een toezeggingsprocedure is subtiel. De schuldbewuste opstelling moet betrekking hebben op de formele betrokkenheid van de aanvrager bij de gedraging, maar niet noodzakelijkerwijs op de materiële beoordeling van het doel of de effecten van de gedraging. Zo kunnen de Amsterdamse ziekenhuizen, zonder pijn, erkennen dat zij betrokken zijn geweest bij de uitwisseling van informatie, zeker indien daarvoor los van deze erkenning voldoende bewijs is in het dossier van de NMa, maar hoeven zij niet te erkennen dat de uitwisseling tot doel had de mededinging te beperken of nadelige effecten had voor de mededinging. Is er onvoldoende bewijs voor het vaststellen van de betrokkenheid dan ligt een toezeggingaanvraag minder voor de hand, althans dan is het risico op schade voor de processuele positie groter. Tot slot leert het Amsterdamse kinderopvangbesluit dat de NMa sympathie heeft voor kleinere ondernemingen die zich niet of minder bewust waren van de mededingingsrechtelijke bezwaren tegen hun samenwerking. Wij betwijfelen of ondernemingen met een hogere omzet en die actief zijn op een nationale en meer commerciële markt ook kunnen profiteren van een dergelijk onwetendheidsverweer, maar voor kleinere, minder commerciële ondernemingen kan een dergelijk verweer bijdragen aan een succesvolle toezeggingaanvraag.

De vierde en laatste les heeft betrekking op het moment van de aanvraag en de procedure. De NMa hanteert het uitgangspunt dat ondernemingen die het voorwerp zijn van een onderzoek zelf het initiatief nemen om een toezeggingsbesluit aan te vragen. Van belang is dat ondernemingen al vroeg in het onderzoek aangeven dat zij een aanvraag willen doen. Immers, hoe langer ondernemingen wachten hoe minder efficiëntiewinst aan de zijde van de NMa. Wanneer de NMa zo ver is dat zij al een rapport heeft opgesteld, dan zal zij normaal gesproken geen toezeggingsbesluit meer nemen. Het meeste werk is dan simpelweg al verricht. Dat principe lijdt uitzondering indien de NMa na het rapport in de voorbereiding stuit op moeilijke vraagstukken die mogelijk nader onderzoek rechtvaardigen, zoals in het geval van de verzekeraars de afbakening van de markt voor aansprakelijkheidsverzekeringen. Daarnaast geldt dat

15. NMa-besluit 5998 van 30 december 2010 inzake Verzekeringpools.

16. NMa-besluit 5709 van 30 juni 2008 inzake Kinderopvang Amsterdam.

17. NMa-besluit 6274 van 21 september

2009 inzake Stichting Carinova Leiboorn Groep en Stichting Carint-Reggeland Groep.

18. NMa-besluit op bezwaar 6274 van 12 december 2011 inzake Midden IJssel.

19. NMa-besluit op bezwaar 6435 van 11 februari 2009.

20. Zie R. Wesseling & J. Mulder, 'Kroniek van het mededingingsrecht', *NJB* 2011/789, afl. 15, p. 988.

21. Zie het handhavingsbeleidsdocument 'Handhaving door de Nederlandse Mededingingsautoriteit', *Stcr.* 2009, nr. 63, p. 4. Zie eveneens de NMa-agenda 2008, p. 20.

Het zou een goede ontwikkeling zijn indien derden zich meer zouden roeren in de voorbereidingsprocedure

alle bij de concrete gedraging(en) betrokken ondernemingen mee moeten doen. Gebeurt dat niet, dan zal de NMa een toezeggingsbesluit in beginsel niet doelmatig achten.²²

5. Andere opvallende inzichten

Een in het oog springende constatering is dat de NMa de toezeggingsfiguur tot dusverre alleen heeft gebruikt in kartelzaken. Hoewel onderzoeken naar het misbruik van een economische machtspositie in Nederland zeldzaam zijn, is dat toch opvallend. Zeker in het licht van de omstandigheid dat de Commissie juist relatief veel gebruikmaakt van de bevoegdheid om uiteenlopende toezeggingen, waaronder ook toezeggingen betreffende de structuur van een onderneming, zoals afstoting van bedrijfsonderdelen, te aanvaarden in misbruik van economische machtspositie zaken, terwijl deze zaken op Europees niveau ook weinig voorkomen.²³ De reden daarvoor zou kunnen zijn dat de beoordeling of een onderneming misbruik heeft gemaakt van haar economische machtspositie in de praktijk bijzonder complex is. Die beoordeling neemt veel tijd in beslag en vergt veel van de onderzoekscapaciteit van de Commissie. Indien de Commissie toezeggingen aanvaardt, worden de mededingingsbezwaren direct met structurele of gedragsaanpassingen weggenomen. Op deze manier wordt de angel uit het probleem gehaald, zonder dat partijen in langdurige procedures met een ongewisse uitkomst verzanden. Wij zien niet in waarom dat voor de NMa anders zou zijn. Wellicht zal deze praktijk toemenen na de fusie tussen de NMa, de OPTA en de Consumentenautoriteit in de nieuwe Autoriteit Consument en Markt (ACM).

De tweede constatering heeft betrekking op het gebruik van de toezeggingsbevoegdheid en de proportionaliteit van de toezeggingsbesluiten. De NMa moet, zoals elk bestuursorgaan, bij de uitoefening van haar bevoegdheden het beginsel van *détournement de pouvoir* en het evenredigheidsbeginsel eerbiedigen. Dat betekent dat de NMa een zuiver motief moet hebben wanneer zij haar toezeggingsbevoegdheid aanwendt en dat de toezeggingsbesluiten beperkt moeten blijven tot wat nodig is om de doelstellingen van de bevoegdheid te bereiken. Wij constateren dat de toezeggingspraktijk van de NMa tot nu toe geen aanleiding geeft voor ondernemingen om zich zorgen te maken over mogelijk machtsmisbruik. In de besproken toezeggingsbesluiten heeft de NMa naar onze mening geen toezeggingen geaccepteerd met het doel om resultaten te behalen die verder gaan dan dat de NMa met haar reguliere handhavingsbevoegdheden kan bereiken.

De laatste constatering betreft de uniforme openbare voorbereidingsprocedure. Deze procedure biedt belanghebbenden, bijvoorbeeld afnemers of concurrenten, de mogelijkheid om te reageren op de ingediende toezeggingen. Het uniforme openbare karakter van de procedure

biedt rechts- en belangenbescherming aan derden en bevordert de zorgvuldige besluitvorming door de NMa. Het is opmerkelijk dat er in geen van de besproken zaken, ondanks de ruchtbaarheid die de NMa geeft aan haar voornemen een toezeggingsbesluit te nemen, formele (of informele) zienswijzen zijn ingediend door belanghebbenden naar aanleiding van een terinzagelegging van een ontwerp-toezeggingsbesluit. Daarmee verspelen belanghebbenden ingevolge art. 6:13 Awb ook hun recht om in beroep te gaan. Het zou een goede ontwikkeling zijn indien derden zich meer zouden roeren in de voorbereidingsprocedure. Dat zou onzes inziens leiden tot een betere belangenafweging.

6. Afsluiting en vooruitblik

Op 1 januari 2013 ziet de ACM officieel het levenslicht. Doel van de oprichting van de ACM is het verder vergroten van de effectiviteit en efficiëntie van het markttoezicht. Naar onze mening is het toezeggingsbesluit een goed en rechtvaardig instrument om dat doel te bereiken. Het klassieke toezichtmodel van strikte naleving van de regels en exorbitante boetes voor overtredingen is ook niet in alle situaties even passend. Boetes opleggen is geen doel op zich. Bovendien komt er meer kritiek vanuit de maatschappij op de klassieke en rigide handhaving van de Mededingingswet. Het opleggen van steeds hogere boetes is wellicht een belangrijk instrument voor een toezichthouder die zijn eigen bestaan wil legitimeren en financieren maar is minder passend in een tijd dat het neoliberale marktmodel in toenemende mate aan discussie onderhevig is. Hoge boetes kunnen bovendien enorme schade aanrichten in de betreffende sector en daardoor nadelige gevolgen hebben voor de consument. Uiteindelijk betaalt die vaak de prijs van de hoge boetes. Tegen die achtergrond juichen wij toe dat de NMa in het kader van de maximale effectiviteit van toezicht steeds vaker gebruikmaakt van het toezeggingsinstrument. Met de NMa valt te praten en dat is maar goed ook. Ondernemingen moeten het initiatief nemen om met de NMa om de tafel te gaan. Gelet op het bewezen nut van het toezeggingsbesluit verwachten wij dat ondernemingen in de toekomst eerder en vaker zullen informeren naar de mogelijkheid van een toezeggingsbesluit. Wij hopen dat dit artikel daar een bijdrage aan kan leveren. •

22. Zie ook NMa-besluit 5709 van 30 juni 2008 inzake Kinderopvang Amsterdam, punt 46.

23. Op het moment van schrijven heeft de Commissie 22 toezeggingsbeschikkingen op

grond van Verordening 1/2003 vastgesteld. Van deze beschikkingen hebben er vijftien betrekking op het verbod op misbruik van economische machtspositie en zeven op het kartelverbod.