



Handhaving door de Nederlandse Mededingingsautoriteit

Nr. 500142-13.O187

1. Inleiding: toezicht en handhaving

In dit document wordt ingegaan op de uitgangspunten en factoren die door de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) wordt toegepast bij de inzet van instrumenten ter handhaving van de wet- en regelgeving waarop de NMa toezicht houdt.¹ Met dit document geeft de NMa tevens uitvoering aan de aanbeveling van de Algemene Rekenkamer om de uitgangspunten bij de inzet van (alternatieve) handhavinginstrumenten verder te ontwikkelen en openbaar te maken indachtig de bestuurlijke reactie van de NMa op deze aanbeveling van de Algemene Rekenkamer.²

De NMa richt zich op het doen naleven van de normen die zijn neergelegd in de wetten waarop zij toezicht houdt. Het uitgangspunt daarbij is dat eenieder zich uit eigen beweging normconform gedraagt. Voor zover men zich niet houdt aan de normen die zijn neergelegd in de wetten die de NMa handhaaft, kan normconform gedrag worden bereikt door de inzet van instrumenten (hierna: handhavinginstrumenten).

Op basis van deze wetten richt de NMa zich ook – daar waar zij deze taken heeft – op het reguleren van de energiesector en de vervoersector. De bevoegdheden die de NMa in het kader van haar reguleringstaken heeft op grond van de energiewetgeving en de vervoerwetgeving, zoals bijvoorbeeld het vaststellen van tarieven, gaan de beschouwing van dit document te buiten en worden dan ook niet besproken. Het document heeft uiteraard wel betrekking op die delen van deze wetgeving waar de NMa handhavend kan optreden.

Dit document geeft – zoals hiervoor aangegeven – inzicht in de uitgangspunten en factoren die voor de NMa van belang zijn bij het bepalen van de inzet van handhavinginstrumenten, teneinde naleving van de door de NMa te handhaven wetten te bewerkstelligen. Door beoordeling van de ernst van een vermoedelijke overtreding en overige concrete omstandigheden van het geval, komt de NMa tot een passende wijze van optreden. De hierna te noemen uitgangspunten en factoren zijn bij die beoordeling richtinggevend.

Vanuit de eigen taak bij de naleving van de wetgeving waarop de NMa toezicht houdt en op grond van overige relevante omstandigheden en belangen, maakt de NMa zelfstandig een afweging bij het bepalen van de inzet van handhavinginstrumenten in individuele gevallen.

Hierna wordt allereerst omschreven welke uitgangspunten de NMa ten grondslag legt aan haar handhavingbeleid. Vervolgens wordt uiteengezet welke factoren een rol spelen bij de inzet van handhavinginstrumenten. Tot slot wordt ingegaan op de verantwoording die de NMa aflegt over de inzet van instrumenten.

2. Uitgangspunten handhavingbeleid

Om de naleving van de wetten waarop de NMa toezicht dient te houden, te realiseren, heeft de NMa van de wetgever bevoegdheden en handhavinginstrumenten toebedeeld gekregen. Voor het gebruik van deze bevoegdheden en de inzet van instrumenten, heeft de NMa een aantal uitgangspunten geformuleerd. Deze uitgangspunten zijn de volgende.

- a. Het optreden van de NMa is gericht op het bereiken van normconform gedrag
Bij de wijze waarop de NMa optreedt, staat het bevorderen van normconform gedrag centraal. De strategie van de NMa is erop gericht dat eenieder zich uit eigen beweging normconform gedraagt. Indien een wettelijke norm waarop de NMa toezicht houdt, wordt overtreden, dwingt de NMa normconform gedrag in beginsel af door de inzet van handhavinginstrumenten en dan met name door de inzet van het instrument van het opleggen van een bestuurlijke boete. Uitgangspunt daarbij is dat van de bestuurlijke boete een afschrikwekkende werking uitgaat zowel jegens de overtreder(s) als jegens anderen dan de overtreder(s).
Ter bevordering van normconform gedrag geeft de NMa ook voorlichting en guidance, bijvoor-

¹ Hiermee worden de volgende wetten bedoeld: Mededingingswet, Tijdelijke wet mediaconcentraties, Gaswet, Elektriciteitswet 1998, Wet onafhankelijk netbeheer, Spoorwegwet, Wet Luchtvaart, Loodsenwet en Wet personenvervoer 2000.

² Kamerstukken II 2006-2007, 31 055, nrs. 1 en 2, p. 21.



- beeld door middel van het geven van lezingen en brochures, over de in de wet- en regelgeving neergelegde normen, alsmede – onder bepaalde voorwaarden – informele zienswijzen.³
- b. Het optreden van de NMa is afhankelijk van inhoud en strekking van de overtreding
De aard van de reactie van de NMa op een (vermoedelijke) overtreding wordt overwegend bepaald door de inhoud en strekking van de overtreding. Zodra een (vermoedelijke) overtreding is of wordt geconstateerd, wordt in beginsel normconform gedrag afgedwongen door de inzet van handhavinginstrumenten. Bij de keuze voor de inzet van een handhavinginstrument spelen de relevante omstandigheden en belangen, waaronder aard, omvang en duur van de (vermoedelijke) overtreding en zoals hierna ook uiteengezet in paragraaf 3, onder b, een rol.
- c. De NMa treedt op zodra zij bekend is met een overtreding
Als de NMa bekend is of wordt met een situatie waarin de regels niet worden nageleefd, dient dit te worden beëindigd. De wijze waarop de NMa optreedt om dit te bewerkstelligen, hangt af van de concrete situatie. Met het oog op de beschikbare capaciteit zal de NMa daarbij prioriteiten moeten stellen in haar handhavingsactiviteiten.
- d. Optreden op effectieve en doelmatige wijze
Het doel van het handhavend optreden van de NMa is het (doen) staken van de overtreding en/of het voorkomen van verdere overtreding of een herhaling daarvan. De keuze voor de inzet van een bepaald handhavinginstrument en de wijze waarop het wordt ingezet, wordt telkens in een concrete situatie bekeken tegen de achtergrond van de specifieke omstandigheden van dat geval. Op deze manier wordt per situatie bepaald welk instrument het meest effectief is.
- e. Optreden met inachtneming van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur
Het handhavend optreden van de NMa geschiedt in overeenstemming met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Deze beginselen omvatten ondermeer het zorgvuldigheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het beginsel van belangenafweging. Deze beginselen houden voor de NMa het volgende in:
- Zorgvuldigheidsbeginsel: de voorbereiding van en het nemen van een besluit door de NMa geschiedt op zorgvuldige wijze.
 - Evenredigheidsbeginsel: zowel het inzetten van handhavinginstrumenten die de NMa ter beschikking staan als de te treffen maatregelen dienen evenredig te zijn tot en in overeenstemming te zijn met de ernst en aard van de (vermoede) overtreding, alsmede met de overige omstandigheden van het geval.
 - Belangenafweging: in iedere afzonderlijke zaak dient een afweging plaats te vinden van de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen; het volgen van het handhavingsbeleid mag geen automatisme zijn.

Niet elke overtreding van de wetten die de NMa handhaaft leidt tot de inzet van een wettelijk handhavinginstrument. Ook een waarschuwend gesprek, een waarschuwingsbrief, een informele zienswijze of het bevorderen van de opstelling en invoering van een complianceregeling kan een belangrijke rol spelen in de handhaving. Indien zo een gesprek, brief of zienswijze reeds tot het gewenste effect leidt, namelijk normconform gedrag, is de inzet van wettelijke handhavinginstrumenten niet meer nodig. Alternatieve of informele handhaving maakt het mogelijk mededingingsrechtelijke bedenkingen weg te nemen, zonder dat een formeel oordeel wordt uitgesproken over strijd met de Mededingingswet. Overigens impliceert het voorgaande niet dat in alle gevallen waarin een overtreding van de wetten waarop de NMa toezicht houdt, wordt vermoed of geconstateerd, in eerste instantie een waarschuwend gesprek zal worden gevoerd of een waarschuwingsbrief zal worden verzonden. Of de NMa daartoe overgaat zal altijd afhangen van de omstandigheden van het geval en van de weging van de factoren die daarbij een rol spelen.

3. Inzet van handhavinginstrumenten

Bij de beoordeling die ten grondslag ligt aan de inzet van handhavinginstrumenten worden alle relevante feiten en af te wegen belangen betrokken. Tegen de achtergrond van de in paragraaf 2 beschreven uitgangspunten kunnen op voorhand twee factoren worden genoemd die daarbij van belang zijn, namelijk:

- a. Het bestraffen van het overtreden van de norm en/of het beëindigen van de overtreding
In het geval van de vaststelling van een overtreding van een norm waarop de NMa toezicht houdt, zal de NMa in beginsel de overtreder(s) een bestuurlijke boete opleggen. Een boete heeft niet alleen een straffende en specifieke werking jegens de overtreder(s) om de overtreder(s) van herhaalde overtreding te weren, maar ook een generale preventieve werking jegens anderen dan de overtreder(s), waardoor overtredingen in de toekomst kunnen worden voorkomen. Recidive is voor de NMa aanleiding een bestuurlijke boete op te leggen, waarbij de recidive bovendien geldt als een boeteverhogende factor. Indien de overtreding voortduurt, zal het handhavend optreden van de NMa er tevens op gericht zijn de overtreding te doen beëindigen en

³ Zie http://www.nmanet.nl/nederlands/home/Actueel/Informeel_zienswijze/Index.asp



het naleven van de norm te herstellen, bijvoorbeeld door het opleggen van een last onder dwangsom.

- b. Relevante omstandigheden en belangen bij de keuze voor een handhavingsinstrument
- Bij de keuze voor de inzet van een handhavingsinstrument in een concrete zaak houdt de NMa – zoals hiervóór aangegeven – rekening met alle relevante omstandigheden van het geval en weegt zij de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af. Bij de beoordeling zal de NMa, indien en voor zover van toepassing, in het concrete geval in willekeurige volgorde ondermeer betrekken:
- de ernst van de zaak (bijvoorbeeld aard, omvang en duur van de overtreding);
 - of de overtreding leidt of heeft geleid tot marktverstoring;
 - of sprake is van recidive;
 - of de overtreder uit eigen beweging benadeelde(n) heeft gecompenseerd;
 - in hoeverre de overtreder zijn medewerking, die verder gaat dan de medewerking die op grond van de wet mag worden verwacht, heeft verleend aan het onderzoek.

Deze opsomming van factoren is niet uitputtend. Bovendien kan de weging van de genoemde factoren van geval tot geval verschillen.

De NMa beschikt over diverse handhavingsinstrumenten. De belangrijkste handhavingsinstrumenten waarover de NMa beschikt op basis van de wet- en regelgeving waarop zij toezicht houdt⁴, zijn:

- het accepteren van een toezegging;
- het geven van een bindende aanwijzing;
- het opleggen van een last onder dwangsom;
- het opleggen van een bestuurlijke boete;
- het opleggen van een structurele maatregel;
- het intrekken, wijzigen of schorsen van een (leverings)vergunning of een ontheffing.

Onderstaand wordt kort ingegaan op de handhavingsinstrumenten bestuurlijke boete, toezegging, bindende aanwijzing en structurele maatregel. In het kader van de bestuurlijke boete wordt tevens ingegaan op clementie.

Bestuurlijke boete en clementie

De NMa is bevoegd tot het opleggen van bestuurlijke boetes aan natuurlijke personen en rechtspersonen. Door de van toepassing verklaring van artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht op de Mededingingswet beschikt de NMa over de bevoegdheid om op te treden tegen de natuurlijke persoon die opdracht heeft gegeven tot of die feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtreding. Wat de Mededingingswet betreft beschikt de NMa over deze bevoegdheid in het geval van overtredingen van artikel 6, eerste lid, of artikel 24, eerste lid, van de Mededingingswet.

Bij de NMa Boetecode 2007⁵ heeft de NMa vastgelegd hoe ze omgaat met haar bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete.⁶ De Boetecode bevat een nadere toelichting op het instrument en geeft inzicht in de wijze waarop de NMa de hoogte van de bestuurlijke boete vaststelt.⁷ Reeds hiervoor is aangegeven dat de NMa in beginsel de overtreder(s) een bestuurlijke boete zal opleggen, indien een overtreding van een norm waarop de NMa toezicht houdt, kan worden vastgesteld. Of dit instrument in het concrete geval het meest geëigend is, zal afhangen van de relevante omstandigheden en van de weging van de factoren die daarbij een rol spelen.

Het toepassen van clementie maakt onderdeel uit van de discretionaire bevoegdheid van de NMa tot het opleggen van een boete. In de Richtsnoeren Clementie⁸ is nader uitgewerkt wie clementie kunnen vragen en wat de voorwaarden zijn voor het door de NMa inwilligen van een verzoek tot clementie.⁹ Op grond van de Richtsnoeren Clementie kan aan een onderneming die betrokken is geweest bij een kartel en/of aan een natuurlijke persoon die in de zin van artikel 51, tweede lid, Wetboek van Strafrecht, daartoe opdracht of daaraan feitelijk leiding heeft gegeven, boetevermindering of boete-immuniteit worden verleend.

⁴ Opgemerkt zij dat de NMa bij de handhaving van de diverse wetten waarop zij toezicht houdt niet altijd dezelfde instrumenten ter beschikking staan.

⁵ Stcrt. 2007, 123; de Boetecode is gewijzigd in Stcrt. 2007, 196.

⁶ Voor elk van de wetten op grond waarvan de NMa een bestuurlijke boete kan opleggen is de Boetecode van toepassing, met uitzondering van de Loodsenwet.

⁷ Opgemerkt zij dat de door de NMa opgestelde NMa Boetecode 2007 en de Richtsnoeren Clementie zullen worden vervangen door beleidsregels van de minister van Economische Zaken. Zie daarvoor ook Kamerstukken II 2008-2009, 24 036, nr. 360.

⁸ Richtsnoeren met betrekking tot het niet opleggen of verminderen van geldboeten ingevolge de artikelen 51, 56, eerste en vierde lid, 57, 62, 88 en 89 van de Mededingingswet in kartelzaken (Richtsnoeren Clementie), Stcrt. 2007, 196.

⁹ Het verlenen van clementie vindt uitsluitend plaats in het kader van de Mededingingswet of de mededingingsbepalingen van het EG-Verdrag.



Toezegging

Op grond van de Mededingingswet heeft de NMa de bevoegdheid tot het bindend verklaren van toezeggingen gedaan door ondernemingen en ondernemingsverenigingen. Het is een bevoegdheid die de NMa kan toepassen, indien aan drie voorwaarden cumulatief is voldaan: 1) de NMa moet van oordeel zijn dat met de toezegging de onderneming of ondernemersvereniging zal handelen in overeenstemming met artikel 6, eerste lid, of 24, eerste lid, van de Mededingingswet, 2) dat sprake is van een controleerbare naleving van de toezegging en 3) overtuiging dat de toezegging in het concrete geval doelmatiger is dan het opleggen van een boete of een last onder dwangsom. De bevoegdheid van de NMa tot het bindend verklaren van toezeggingen is een discretionaire bevoegdheid; wordt aan alle voorwaarden voldaan dan kan de NMa de aanvraag honoreren, maar is daartoe niet verplicht.

Door het bindend verklaren van een toezegging ontstaat boete-immuniteit – ook voor het verleden – voor het gedrag waarop de toezegging betrekking heeft.

De NMa hanteert als uitgangspunt dat partijen zelf het initiatief moeten nemen om een toezeggingsbesluit aan te vragen, dat die toezegging zich zou moeten uitstrekken tot alle betrokkenen en dat het verzoek voor een toezegging voldoende concreet is.

Een ander uitgangspunt is dat de NMa pas een toezeggingsbesluit zal en kan nemen als zij in relevante mate zicht heeft op de (vermoedelijke) mededingingsinbreuk waarop het verzoek betrekking heeft en welk effect zij wil nastreven met haar optreden. De NMa acht het bindend verklaren van toezeggingen nog voordat de NMa een onderzoek is begonnen dan ook niet mogelijk. Daarnaast acht de NMa toezeggingsverzoeken die worden gedaan nadat een rapport in de zin van artikel 59 van de Mededingingswet aan partijen is toegezonden, in beginsel niet doelmatig. Daarenboven worden toezeggingen in beginsel niet geaccepteerd als een mededingingsbeperking expliciet of evident het doel is van de betreffende gedraging(en).

Bindende aanwijzing

De Mededingingswet, de Elektriciteitswet 1998, de Gaswet en de Wet Luchtvaart geven de NMa de bevoegdheid een bindende aanwijzing op te leggen. De NMa kan een bindende aanwijzing geven zowel ambtshalve als op verzoek. De aanwijzing heeft een dwingend karakter in de zin dat bij niet-naleving aan de betrokken onderneming een last onder dwangsom of een boete kan worden opgelegd. Het instrument van de bindende aanwijzing wordt met name ingezet bij sector specifiek toezicht ter verduidelijking van een nadere norm, bijvoorbeeld door het geven van concrete en gedetailleerde gedragsvoorschriften, dan wel ter handhaving van een wettelijk voorschrift.

Structurele maatregel

De NMa heeft de bevoegdheid tot het nemen van structurele maatregelen ter beëindiging van overtredingen van de Mededingingswet. Een structurele maatregel is een maatregel die ertoe strekt dat een wijziging in de structuur van de onderneming optreedt doordat de eigendom en/of zeggenschap over een deel van die onderneming geheel of gedeeltelijk wordt opgegeven. Een dergelijke maatregel zal de NMa nemen als deze maatregel de enige effectieve maatregel is om de overtreding voor de toekomst te laten beëindigen. In zaken waarin sprake is van een overtreding van artikel 6, eerste lid, of 24, eerste lid, van de Mededingingswet, waarbij het gevaar op herhaling groot is en waarbij geen last onder dwangsom kan worden opgelegd die de overtreding op eenvoudige wijze doet beëindigen, zou een structurele maatregel kunnen worden opgelegd.

Een structurele maatregel is een vorm van een last. Indien de NMa een structurele maatregel oplegt zal dit plaatsvinden door middel van een last onder dwangsom. Naast het opleggen van een last onder dwangsom (in de vorm van een structurele maatregel) kan tevens een bestuurlijke boete worden opgelegd.

4. Verantwoording

De NMa is voor het publiek zo veel mogelijk transparant over haar inzet van handhaving-instrumenten. Dit komt tot uitdrukking in het jaarverslag van de NMa, maar ook in de persberichten van de NMa en de publicatie van informele zienswijzen en van besluiten waarbij bijvoorbeeld een boete, een last onder dwangsom of een bindende aanwijzing wordt opgelegd of een toezegging wordt geaccepteerd.

De Mededingingswet, de Spoorwegwet, de Elektriciteitswet 1998, de Gaswet, Wet Luchtvaart en de Loodsenwet geven de NMa de verplichting om besluiten waarbij een boete en/of een last onder dwangsom wordt opgelegd, dan wel een besluit op grond van de Mededingingswet waarbij een toezegging bindend wordt verklaard, ter inzage te leggen bij de NMa en van het besluit mededeling te doen in de Staatscourant. Deze besluiten, als ook besluiten waarbij boetes worden opgelegd die niet



vallen onder deze verplichting, worden op de website van de NMa gepubliceerd. Daarnaast hanteert de NMa als uitgangspunt dat een persbericht wordt uitgebracht op het moment van het openbaar maken van een besluit zoals hier bedoeld.¹⁰

Rechterlijke uitspraken kunnen voor de NMa, naast wijzigingen van regelgeving en beleidsregels, technische ontwikkelingen en praktijkervaringen, aanleiding vormen tot aanvulling of herziening van het handhavingsbeleid.

Den Haag, 17 maart 2009

*De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit,
P. Kalbfleisch.*

R.J.P. Jansen.

G.J.L. Zijl.

¹⁰ Zie ook de Werkwijze Communicatie (www.nmanet.nl).