



Trudeke Sillevius Smitt • Nieuws

2 uur  

ANALYSE

ACM: wanneer boetes publiceren?

De ACM is voortvarend met het publiceren van de boetes die zij oplegt. Maar wat als de boete achteraf onterecht blijkt te zijn? Op zoek naar de balans tussen transparantie en het voorkomen van onnodige schade.

 Bewaren

‘Waarom kan de ACM niet gewoon wachten tot er einduitspraak is in de bodemprocedure?’ verzochtte advocaat Martijn van de Hel onlangs in de Jurist. Hij had het over de publicatie van de boete die zijn cliënte Innova Energie had gekregen. De onderneming had geprobeerd de openbaarmaking in kort geding te voorkomen, maar dat mislukte. Volgens Van de Hel was de naam van zijn cliënte besmeurd terwijl de bodemprocedure nog loopt. Kort daarvoor maakten vier tabaksfabrikanten hetzelfde mee. Hun boetes mochten volgens de voorzieningenrechter worden gepubliceerd omdat geen sprake was van een ‘onmiskkenbaar procedureel gebrek’.

Dat is een nogal marginale toets. De voorzieningenrechter in Rotterdam, die in de wet is aangewezen om over publicatie-uitstel te beslissen, staat in meeste gevallen toe dat de ACM tot publicatie overgaan. Maar móet dat dan ook meteen?

Wat zijn de regels?

Als de ACM een boete oplegt, moet zij dit op grond van artikel 12v en 12u Instellingswet openbaar maken, tenzij het in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het aan haar opgedragen toezicht. Daarbij kunnen vertrouwelijke gegevens worden weggelaten. De ACM mag niet eerder publiceren dan tien dagen nadat zij de belanghebbende op de hoogte heeft gesteld van de boete. Een uiterste dag wordt niet genoemd.

Tegen het boetebesluit is bezwaar mogelijk bij de ACM zelf, en vervolgens beroep bij de rechtbank en hoger beroep bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

Tegen het publicatiebesluit kan de betrokkene een voorziening vragen bij de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam.

Advocaat Van de Hel vindt dus van niet. Hij verwijst naar de huizenhandelaren die vanaf 2011 boetes kregen waarvan het College van Beroep in 2018 besliste dat ze onterecht waren. Hij staat een groot deel van deze groep bij, samen met collega Silvia Vinken. Laatstgenoemde bepleitte onlangs in het FD dat de ACM zou moeten wachten tot over de rechtsgeldigheid van de boete in hoogste instantie is beslist.

Machtig

Vooral bij de consumentenautoriteit zijn de effecten van publicaties als leze groot'

- Martijn van de Hel, advocaat

Van de Hel: 'De schade die deze handelaren lijden is met name veroorzaakt door de publicaties. Vooral bij de consumentenautoriteit zijn de effecten van publicaties als deze groot. Het heeft de interesse van de krantenlezers en bij kartels zie je dat klanten zich bundelen om gezamenlijk schade te claimen. Terwijl boetes later soms onderuitgaan en met regelmaat worden verlaagd, en dat geeft dan toch een ander beeld aan het publiek. De overheid is machtig en moet daarom extra voorzichtig zijn.'

Maar als de ACM moet wachten tot het College van Beroep voor het bedrijfsleven in de bodemzaak heeft beslist, ben je zo vijf jaar verder. Is dat reëel? Van de Hel: 'Een tussenoplossing zou nog zijn om in elk geval te wachten tot de rechtbank in eerste instantie heeft beslist.'

De Leidse hoogleraar mededingingsrecht Tom Ottervanger vindt dat geen rationele oplossing: ‘Het geeft twee jaar uitstel, maar dan is de uitspraak nog altijd niet definitief.’

Ik heb er alle begrip voor dat de ACM zo snel mogelijk tot publicatie wil overgaan’

- Tom Ottervanger, hoogleraar mededingingsrecht

Ottervanger begrijpt de ACM wel. Hij wijst op de wetsgeschiedenis, waaruit blijkt dat het de bedoeling is dat er spoedig na oplegging van een boete wordt gepubliceerd. ‘Ik heb er alle begrip voor dat de ACM, overtuigd van haar gelijk en daar in zekere zin in gesterkt door de voorzieningenrechter, zo snel mogelijk tot publicatie wil overgaan. Zij moet immers transparant zijn over haar werkwijze, publiek verantwoording afleggen over haar optreden, eventuele gedupeerden waarschuwen en zorgen voor preventie – zij moet potentiële overtreders afschrikken.’

Voor-oordeel

Ottervanger merkt wel op dat de ACM nu soms al publiceert terwijl de bezwaarprocedure nog loopt. In de bezwaarfase moet de ACM zelf nog eens goed naar de eigen beslissing kijken. ‘Mogelijk is het psychologisch lastiger af te wijken van het eerdere besluit als dat al gepubliceerd is. Dan ligt er een voor-oordeel, letterlijk.’ Zijn idee is dat de ACM wacht met publiceren tot na de bezwaarfase, ook al heeft de voorzieningenrechter al geoordeeld dat openbaarmaking is toegestaan.

CBb-president Simons: geef ACM meer ruimte om niet te publiceren

Theo Simons, President van het College van Beroep voor het bedrijfsleven, pleitte er onlangs op **de Jurist** voor dat toezichthouders meer discretionaire bevoegdheid krijgen om al dan niet te publiceren. Volgens hem zijn bedrijven te bevreesd om tegengas te geven aan de ACM uit angst voor publiciteit.

Een nadere toelichting wil de president niet geven, omdat ‘wij anders mogelijk partij zouden worden in een discussie en dan heeft ‘het College’ de handen niet meer vrij’, laat de persvoorlichter weten.

Dat lijkt inderdaad zuiverder, maar het zal in de praktijk voor de beboete partij zelden meer betekenen dan een kort uitstel van executie: het komt niet vaak voor dat bestuursorganen in bezwaar terugkomen op eerder genomen besluiten.

Hoe groot de schade van (achteraf onterechte) publicatie is, kan natuurlijk verschillen. De huizenhandelaren zijn volgens Ottervanger een a-typisch geval omdat het vooral om eenmanszaken ging, terwijl de meeste zaken gaan over grote bedrijven. Ottervanger: 'Toen Heineken een grote boete kreeg werden daar grapjes over gemaakt, maar iedereen bleef toch Heineken drinken.'

Buurtkrant

Sommigen waren op hun netwerkclubs niet meer welkom'. Huizenhandelaar

Een van de huizenhandelaren wil wel vertellen over zijn ervaringen, maar niet met naam en toenaam. Zelf heeft H. een niet zo herkenbare handelsnaam, waardoor hij sociaal weinig last heeft gehad van de boetepublicatie. 'Maar anderen werden echt als crimineel behandeld. Het stond in de buurtkrant, en dan was je voor het dorp al veroordeeld. Sommigen waren op hun netwerkclubs niet meer welkom. Bekenden die in de politiek of bij de rechtbank zaten zeiden: "Ik kan even niet met jou gezien worden." En dat 'even' duurde dus jaren!'

Voor H. zelf was – naast de spanning waar hij jarenlang onder leefde – het grootste punt dat de Rabobank zijn kredieten opzegde nadat de ACM de boete in 2014 publiceerde. 'Dan wordt het veel minder qua handelen. Toen de boete in de bodemprocedure bij het CBb in 2018 van tafel ging, was er al heel veel verloren gegaan. Je weet het natuurlijk niet zeker, want in de uitspraak van het CBb stond wel dat er dingen niet goed gegaan waren in de huizenhandel, maar je denkt toch achteraf: als de ACM niet gepubliceerd had, had het anders kunnen lopen.'

Aanstaande maandag op de Jurist de reactie van Martijn Snoep, bestuursvoorzitter van de ACM

Lees ook: ACM legt €1,25 mln boete op aan Innova Energie voor te hoge opzegvergoedingen

Lees ook: Rechtbank Rotterdam: publicatie sanctiebesluit tabaksfabrikanten kan doorgang vinden



Meest gelezen



Van mening verschillen in de polder: bothed als doorgeslagen deugd



Clïent en juridisch adviseur: 'Er bestaat niet altijd een tegenstelling tussen privacy en marketing'



Nederlaag farmaceut AstraZeneca tegen zorgverzekeraar Menzis in octrooizaak
