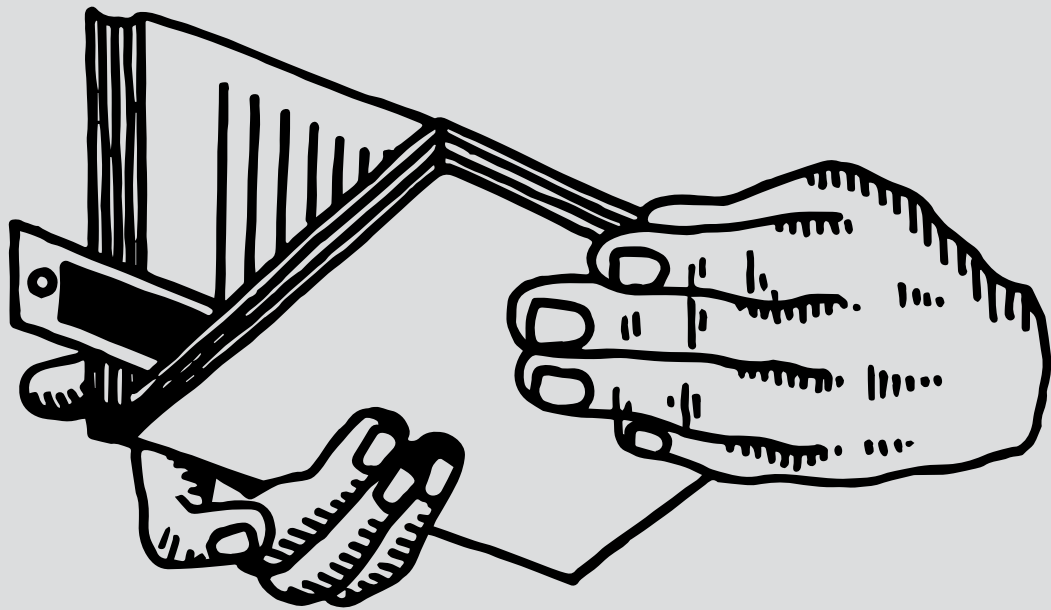


bureau Brandeis

INVAL ACM JURIDISCH KADER



Dit document is opgesteld door bureau Brandeis B.V. Dit document bevat alleen een algemene toelichting op het (Europees) mededingingsrecht en dient niet als alternatief voor juridisch advies in een specifiek geval.

4148-6244-6373, v. 1 © bureau Brandeis, 2020 bureaubrandeis.com

Zowel de Europese als de Nederlandse mededingingsregels bepalen dat het ondernemingen niet is toegestaan om concurrentiebeperkende afspraken te maken. De Europese Commissie en de Autoriteit Consument & Markt (“ACM”) houden toezicht op de naleving van deze regels. Indien de ACM constateert dat een onderneming of een ondernemingsvereniging de mededingingsregels heeft overtreden kan zij een (persoonlijke) boete opleggen. Daarnaast houdt de ACM ook toezicht op consumentenregels. In deze notitie wordt het juridisch kader met betrekking tot de onderzoeksbevoegdheden van (ambtenaren van) de ACM in het geval van een onaangekondigd bedrijfsbezoek besproken.

BEVOEGDHEDEN ACM

Voor haar taak als toezichthouder beschikt de ACM over verschillende bevoegdheden om naleving van de mededingingsregels te controleren. Een belangrijke bevoegdheid is het (onaangekondigd) bedrijfsbezoek.

Ambtenaren van de ACM hebben diverse onderzoeksbevoegdheden. Deze zijn neergelegd in de Algemene wet bestuursrecht, de Instellingswet en de Mededingingswet. Op basis van deze wetten mogen zij tijdens een bedrijfsbezoek onder meer:

- uw onderneming betreden en daarbij (bedrijfs)auto's, kasten en bureaus onderzoeken;
- documenten kopiëren;
- computerbestanden kopiëren;
- werknemers ondervragen/verhoren;
- medewerkers verzoeken om inlichtingen; en
- kasten en ruimten verzegelen.

Ambtenaren mogen echter niet zomaar alle kamers in en mogen niet zomaar alle kasten doorzoeken. Het is daarom verstandig altijd een persoon van uw onderneming of bij voorkeur een advocaat mee te laten lopen met elke ambtenaar.

Ambtenaren van de ACM mogen ook privéwoningen van medewerkers van de betreffende onderneming betreden. Hiervoor is echter wel een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris vereist. Voor het betreden van privévoertuigen hoeven de ambtenaren van de ACM niet te beschikken over een rechterlijke machtiging.

De ACM kan zich laten assisteren door deskundigen en kan de hulp van de politie inschakelen.

INZAGE VORDEREN

Ambtenaren van de ACM zijn bevoegd om inzage te vorderen van zakelijke documenten en gegevens. Zij zijn tevens bevoegd om van die gegevens en bescheiden kopieën te maken. Hiervoor kunnen zij in laden, kasten en bureaus kijken. Inzage mag gevorderd worden in correspondentie, agenda's, memo's, notulen van vergaderingen/besprekingen, fotomateriaal, digitale bestanden, onkostendeclaraties, reistickets, et cetera.

Ten aanzien van digitale bestanden dienen ambtenaren (op verzoek) de toegangscode hiervan te ontvangen. Ambtenaren zijn tevens bevoegd om een integrale kopie te maken van een opslagmedium. Zij zijn hiermee in staat om verwijderde documenten terug te halen.

Indien de ACM bekend is met het bestaan van specifieke documenten dan kan zij inzage afdwingen met behulp van de politie. Zo kan zij vergrendelde kasten, laden en dergelijken laten openbreken of inzage in computerbestanden forceren.

De ambtenaren mogen daarnaast documenten voor korte tijd meenemen als zij ter plaatse geen kopie kunnen maken. De ambtenaren stellen een inventarislijst van deze documenten op. Het is van belang dat u een schriftelijk bewijs krijgt van de meegenomen documenten en dat u een kopie maakt van de inventarislijst.

MEDEWERKINGSPLICHT EN ZWIJGRECHT

De medewerkingsplicht brengt mee dat medewerkers van het bedrijf dat wordt onderzocht, het onderzoek niet mogen tegenwerken. Echter, als achteraf blijkt dat de ACM geen bevoegdheid had om het bedrijfsonderzoek te doen, dan mogen de documenten die zij tijdens dit onderzoek heeft gevonden niet worden gebruikt, tenzij u uitdrukkelijk of impliciet toestemming heeft gegeven. Het is om deze reden van belang dat u voor aanvang van het onderzoek (formeel) bezwaar maakt tegen het bedrijfsbezoek, zonder daarbij een inbreuk te maken op uw medewerkingsplicht. Raadzaam is om dit bezwaar op te laten tekenen en het achteraf schriftelijk te bevestigen.

Ambtenaren zijn bevoegd om in het kader van het onderzoek inlichtingen in te winnen bij medewerkers. Indien een medewerker ervan wordt verdacht een inbreuk te hebben gemaakt op de mededingingsregels, mag de medewerker zich beroepen op het zwijgrecht. De medewerker is daardoor niet verplicht om antwoord te geven op vragen waarmee hij/zij zichzelf of de onderneming zou (kunnen) beschuldigen. De verhorende ambtenaar dient voor aanvang van de bevraging de medewerker te wijzen op zijn/haar zwijgrecht (de “cautie”). Noteer altijd of en zo ja wanneer de cautie door de ambtenaar is gegeven.

LEGAL PRIVILEGE EN PERSOONLIJKE DOCUMENTEN

Correspondentie tussen de onderneming en een externe advocaat valt onder het zogeheten legal privilege. Er mag geen inzage worden gevorderd in correspondentie, documenten en adviezen welke zijn uitgewisseld tussen de onderneming en externe advocaten. Van deze informatie mogen dus ook geen kopieën worden gemaakt door ambtenaren.

Om eventuele discussies over het geprivilegieerde karakter van documenten te voorkomen is het raadzaam om alle correspondentie met advocaten in een aparte ‘legal privilege’ map te bewaren. Verzoek de ambtenaren deze documenten te verzegelen zodat over het karakter van de documenten later kan worden geoordeeld door een daartoe aangewezen functionaris van de toezichthouder en eventueel door de rechter.

Naast *legal privilege* zijn ook persoonlijke documenten beschermd tegen inzage door ambtenaren. Documenten met een niet-zakelijke inhoud mogen niet worden bekeken of gekopieerd.

CLEMENTIE

Het zelf melden van kartelafspraken bij de ACM wordt ook wel clementie genoemd. Bij clementieverzoeken kijkt de ACM naar twee dingen (i) hoe snel u de verboden afspraken meldt, en (ii) hoe bruikbaar uw informatie en de medewerking is voor het onderzoek van de ACM.

Sinds augustus 2014 is het mogelijk om volledige boete-immuniteit te verkrijgen, ook als de ACM al een onderzoek is gestart. Deze immuniteit wordt verkregen als documenten worden overgelegd uit de periode van het kartel waarover de ACM nog niet beschikt en waarmee het kartel kan worden bewezen. Hierbij kan gedacht worden aan bewijzen van (directe) contacten met concurrenten over het kartel, zoals e-mails, sms-berichten, notulen, aantekeningen of agenda's van vergaderingen.

Clementieverzoekers die niet als eerste het kartel hebben gemeld kunnen alleen nog een boeteverlaging krijgen van maximaal 50%.

BOETES

Zowel tijdens als na het onderzoek loopt uw bedrijf en uzelf het risico op een boete.

Ambtenaren hebben de bevoegdheid een ruimte aan het einde van de dag te verzegelen om te voorkomen dat iemand de ruimte kan betreden zolang het onderzoek in deze ruimte nog niet is afgerond. Het verbreken – al dan niet met opzet – van een zegel leidt in de regel tot een boete. Ook het verwijderen of vernietigen van (digitale) bestanden, waaronder whatsappberichten, kan leiden tot forse boetes.

De boete wegens niet meewerken (waaronder de verbreking van een zegel) bedraagt maximaal € 900.000,- of, indien dit meer is, 1% van de (concern)jaaronzet van het bedrijf en maximaal € 900.000,- voor de betrokken personen.

De ACM is bevoegd tot het opleggen van boetes aan ondernemingen en natuurlijke personen (zogenoeten "feitelijk leidinggevend"). Behoudens boete-immuniteit, dan wel boeteverlaging, en/ of een eventuele schikking, bedraagt de boete voor een overtreding van de mededingingsregels maximaal € 900.000,- of, indien dit meer is, 40% van de (concern)jaaronzet van het bedrijf en maximaal € 900.000,- voor de betrokken personen. In het geval van recidive kan het boetebedrag bovendien worden verdubbeld.

CONTACT

bureau Brandeis
Sophialaan 8
1075 BR Amsterdam
+31 (0) 20 7606 505



Bas Braeken
+31 (0) 6 115 926 79
bas.braeken@bureaubrandeis.com



Jade Versteeg
+31 (0) 6 158 358 06
jade.versteeg@bureaubrandeis.com

bureau Brandeis

Sophialaan 8 – 10 1075 BR Amsterdam The Netherlands
+31 (0)20 7606505 info@bureaubrandeis.com
bureaubrandeis.com