



Besluit

Niet meewerken Onderneming

Ons kenmerk : ACM/UIT/524513
Zaaknummer : ACM/19/035612
Datum : 10 december 2019

1 Inleiding

1. De toezichthouders van de Autoriteit Consument en Markt ("ACM") verrichten onderzoek naar overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen [VERTROUWELIJK] (hierna: de Onderneming) en derden. De ACM vermoedt dat bij deze gedragingen sprake is van overtredingen van artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet ("Mw") en/of artikel 101, eerste lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie ("VwEU").¹
2. Het onderzoek richt zich op de bij de gedragingen betrokken ondernemingen met inbegrip van alle met deze ondernemingen in een groep verbonden rechtspersonen, alsmede de rechtsvoorgangers van genoemde en hiermee in een groep verbonden rechtspersonen; en op natuurlijke personen die als opdrachtgever dan wel feitelijk leidinggever binnen één of meer ondernemingen betrokken zijn geweest bij deze mogelijke overtredingen.²
3. In het kader van dit onderzoek heeft de ACM vanaf [VERTROUWELIJK] 2018 tot en met [VERTROUWELIJK] 2018 bij de Onderneming onderzoek verricht op haar bedrijfslocatie ("Bedrijfsbezoek").
4. Op grond van artikel 5:20, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht ("Awb") is een ieder verplicht om binnen een redelijk gestelde termijn alle medewerking te verlenen die een ambtenaar van de ACM - die op grond van artikel 1 van het Besluit aanwijzing toezichthouders van de ACM³ is aangewezen als ambtenaar belast met het toezicht op de naleving van het bij of krachtens de Mededingingswet bepaalde ("toezichthouder van de ACM") - redelijkerwijs bij de uitoefening van zijn bevoegdheden kan vorderen.
5. De toezichthouders van de ACM hebben geconstateerd dat de Onderneming tijdens het bedrijfsbezoek in strijd handelde met de verplichting tot medewerking zoals hierboven bedoeld. Naar aanleiding hiervan en met het oog op het eventueel opleggen van een boete⁴ is conform artikel 5:48 Awb een rapport opgemaakt.

¹ Verslag van Ambtshandelingen ("VvA") bedrijfsbezoek de Onderneming, documentnummer 502806, bijlage AH02.

² VvA bedrijfsbezoek de Onderneming, documentnummer 502806, bijlage AH02.

³ Besluit van 2 april 2013, Staatscourant 2013, 9716.

⁴ Zie artikel 12m, eerste lid, onder c, Iw ACM.

2 Partijen

De Onderneming

6. [VERTROUWELIJK], is een besloten vennootschap naar Nederlands recht, statutair gevestigd te [VERTROUWELIJK] en kantoorhoudende op het adres [VERTROUWELIJK] te [VERTROUWELIJK]. [VERTROUWELIJK] houdt zich blijkens het handelsregister onder meer bezig met [VERTROUWELIJK].⁵

3 Procedure

7. In [VERTROUWELIJK] 2019 heeft de Onderneming de ACM verzocht om de mogelijkheden te verkennen tot afdoening in de onderzoeksfase, waarbij de Onderneming bereid was verregaande medewerking te verlenen aan de ACM. Gedurende [VERTROUWELIJK] van 2019 heeft de ACM daartoe met de Onderneming gesprekken gevoerd. Daarbij is besproken dat verregaande medewerking aan afdoening in de onderzoeksfase een boetevermindering met zich brengt.
8. De verregaande medewerking door Onderneming bestaat onder andere uit erkenning van de feiten en de juridische beoordeling zoals weergegeven in het concept verkort rapport, het verstrekken van aanvullende (zelf incriminerende) bewijsmiddelen, acceptatie van een vereenvoudigd procesverloop zonder dossieroverdracht aan de Directie Juridische Zaken, alsmede acceptatie van de methode van boeting en van de hoogte van de op te leggen boete.
9. Na afloop van deze gesprekken heeft de Onderneming aangegeven dat zij met betrekking tot de overtreding en de hoogte van de boete een voldoende gedeeld beeld heeft om met de ACM het traject voort te zetten.
10. De Onderneming heeft een schriftelijke verklaring ingediend met het oog op afdoening in de onderzoeksfase, omvattende:
 - de naam van de onderneming ten behoeve van wie de verklaring wordt ingediend;
 - een erkenning van de feiten en omstandigheden en de juridische kwalificatie daarvan, zoals beschreven in onderhavig besluit;
 - een duidelijke en ondubbelzinnige aanvaarding dat zij overtreder is in de zin van artikel 5:1 Awb en dat de overtreding haar kan worden toegerekend;
 - een instemming met de in dit besluit gehanteerde toepasselijke boetesystematiek en de daarop gebaseerde bestuurlijke boete;
 - een instemming met afdoening in de onderzoeksfase zonder dat deze zaak overgedragen wordt aan de Directie Juridische Zaken;
 - een bevestiging dat zij voldoende de gelegenheid heeft gekregen om haar standpunt in deze zaak aan de ACM kenbaar te maken en voldoende de gelegenheid heeft gekregen om het dossier in te zien.

⁵ KvK-gegevens [VERTROUWELIJK], uittreksel en historie handelsregister van [VERTROUWELIJK] (Kamer van Koophandel nummer [VERTROUWELIJK]) d.d. 14 november 2019. De ACM heeft tijdens het bedrijfsbezoek een organogram gevorderd en verkregen. De ACM heeft dan ook vastgesteld dat de betrokken personen bij de handelingen vermeld in dit rapport ten tijde van het bedrijfsbezoek werkzaam waren voor de Onderneming. Zie organogram verstrekt door de Onderneming op [VERTROUWELIJK] 2018, documentnummer 517190. Zie VvA bedrijfsbezoek de Onderneming, documentnummer 502806, p. 3/43.

11. Het onderhavige besluit is mede opgesteld aan de hand van de verregaande medewerking van de Onderneming aan afdoening in de onderzoeksfase.
12. Hierna volgt een analyse van de ACM van de gedragingen van de Onderneming. Op basis hiervan stelt de ACM vast dat partijen een overtreding hebben begaan van artikel 5:20, eerste lid, Awb. De erkenning van partijen opgenomen in hun schriftelijke verklaring is in overeenstemming met de analyse van de ACM.

4 Feiten en omstandigheden

Verloop van het Bedrijfsbezoek⁶

13. Op [VERTROUWELIJK] 2018 9:30 uur bevonden zich drie toezichthouders van de ACM op de [VERTROUWELIJK] te [VERTROUWELIJK]. Hier is onder meer gevestigd het kantoor van de Onderneming.⁷
14. Een ambtenaar van de ACM legitimeerde zich als toezichthouder van de ACM aan een leidinggevende medewerker van de Onderneming.⁸
15. Om 9:35 uur informeerde de toezichthouder van de ACM de leidinggevende medewerker over het doel van het onderzoek van de ACM en gaf hier een omschrijving van.⁹ Ook gaf de toezichthouder van de ACM aan op grond van welke bevoegdheden het onderzoek zou plaatsvinden.
16. De toezichthouder van de ACM verwees hierbij naar de Algemene wet bestuursrecht en de Instellingswet Autoriteit Consument & Markt ("lw ACM"), met name naar de artikelen 5:15 tot en met 5:19 van de Awb en de artikelen 12b en 12c van de lw ACM. Ook heeft de ambtenaar van de ACM de Onderneming gewezen op de medewerkingsplicht van artikel 5:20 van de Awb die geldt bij de uitoefening van de bevoegdheden die de ACM inzet. Daarbij heeft de toezichthouder van de ACM aangegeven dat niet-meewerken kan resulteren in het opmaken van een rapport en het opleggen van een sanctie. De toezichthouder van de ACM wees hierbij op artikel 12m lw ACM.¹⁰ Vervolgens heeft de toezichthouder van de ACM de cautie gesteld.¹¹
17. In ditzelfde openingsgesprek met de Onderneming vorderde de toezichthouder van de ACM in het kader van het onderzoek de aanwezigheid van twee medewerkers van de

⁶ De advocaat van de Onderneming is in een e-mail aan ACM van [VERTROUWELIJK] 2018 terug gekomen op de gebeurtenissen gedurende de eerste uren van het Bedrijfsbezoek op [VERTROUWELIJK] 2018, voor zover het door ACM onderzochte app-groepen betreft. ACM heeft de voor dit rapport relevante passages uit dit bericht opgenomen. Zie mail advocaat de Onderneming, documentnummer 426990.

⁷ VvA bedrijfsbezoek de Onderneming, documentnummer 502806, p. 1/43.

⁸ VvA bedrijfsbezoek de Onderneming, documentnummer 502806, p. 1/43.

⁹ VvA bedrijfsbezoek de Onderneming, documentnummer 502806, p. 2/43 en p. 13/43 (bijlage AH02).

¹⁰ VvA bedrijfsbezoek de Onderneming, documentnummer 502806, p. 2/43.

¹¹ VvA bedrijfsbezoek de Onderneming, documentnummer 502806, p. 2/43.

Onderneming.¹² Zij verschenen dezelfde ochtend om 10:00 uur. Op verzoek van de toezichthouder van de ACM zetten deze medewerkers de mobiele telefoons die zij voor zakelijk gebruik bij zich hadden op “vliegtuigmodus” en stelden deze voor onderzoek ter beschikking aan de toezichthouders van de ACM.¹³

18. Volgens de advocaat van de Onderneming is één van voornoemde werknemers voorafgaand aan het ter beschikking stellen van zijn telefoon aan de ACM, uit een aantal interne app-groepen gestapt.¹⁴
19. Om circa 10u15 heeft de toezichthouder de Onderneming andermaal gewezen op haar medewerkingsplicht en specifiek aangegeven dat het onderzoek onder meer inzage in telefoons van diverse medewerkers van de Onderneming omvat. Hiermee specificeerde de toezichthouder van de ACM de bevoegdheid uit artikel 5:17 Awb en de medewerkingsplicht van artikel 5:20 Awb.
20. Volgens de advocaat van de Onderneming zijn vanaf een uur of 12:30 diverse medewerkers uit enkele interne app-groepen gestapt en wisten zij tevens de bij die app-groepen behorende chats.¹⁵
21. Volgens de advocaat hebben zij, toen hij en de leidinggevende medewerker rond 13:30 uur erachter kwamen dat één van de hierboven genoemde werknemers chats had gewist, de relevante werknemers van de Onderneming onmiddellijk de instructie gegeven van al hun app-berichten af te blijven en uit geen enkele app-groep te stappen dan wel berichten te wissen.¹⁶
22. Rond 14:15 uur vond vervolgens een korte briefing plaats met de overige personen die de toezichthouders van de ACM wilden horen. Daarbij heeft de toezichthouder van de ACM nogmaals benadrukt dat het van belang was dat deze personen niets zouden weten van hun telefoons.¹⁷
23. Hierna, om circa 14:40 uur, informeert de advocaat van de Onderneming de toezichthouder van de ACM dat verschillende medewerkers bestanden of gegevens hebben gewist en/of uit verschillende WhatsApp-groepen zijn gestapt.¹⁸ Hierop heeft de toezichthouder van de ACM aangegeven dat dit aanleiding kan vormen voor een rapport niet-meewerken en mogelijk een sanctie. De toezichthouder van de ACM vorderde een

¹² Volgens de advocaat van de Onderneming was dit om iets vóór 9:50 uur. Zie mail advocaat de Onderneming, documentnummer 426990, kopje “09.00-10.00”, 1^e punt.

¹³ VvA bedrijfsbezoek de Onderneming, documentnummer 502806, p. 7/43.

¹⁴ Mail advocaat de Onderneming, documentnummer 426990, kopje “09.00-10.00”, 1^e t/m 3^e punt.

¹⁵ Mail advocaat de Onderneming, documentnummer 426990, kopje “12.00-13.00”, 3^e punt. Volgens de advocaat van de Onderneming vond vanaf 11:00 uur een zogenoemde “[VERTROUWELIJK] meeting” plaats waaraan ook veel van de betrokken sales- c.q. accountmanagers deelnamen die de toezichthouders van ACM later op de dag zouden horen. Zie mail advocaat, de Onderneming, kopje “11.00-12.00”, 1^e punt.

¹⁶ Mail advocaat de Onderneming, documentnummer 426990, kopje “13.00-14.00”, 2^e punt.

¹⁷ Mail advocaat de Onderneming, documentnummer 426990, kopje “14.00-15.00”, 1^e punt.

¹⁸ VvA bedrijfsbezoek de Onderneming, documentnummer 502806, p. 7/43; Mail advocaat de Onderneming, documentnummer 426990, kopje “14.00-15.00”, 2^e punt.

lijst met de WhatsApp-groepen die na zijn niet-wisinstructie door de desbetreffende medewerkers zijn verlaten dan wel gewist.¹⁹

24. De Onderneming heeft de toezichthouders van de ACM na voornoemde vordering een lijst ter beschikking gesteld met gewiste dan wel verlaten WhatsApp-groepen en –chats. Een deel van de WhatsApp-groepen en –chats heeft de ACM vooralsnog niet in het wel beschikbare materiaal terug kunnen vinden.²⁰
25. Op [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] 2018 hebben de toezichthouders van de ACM de voor nader onderzoek geselecteerde medewerkers van de Onderneming op diverse tijdstippen gehoord en daarbij nogmaals inzage gevorderd in hun telefoons.²¹
26. Toezichthouders van de ACM hebben na afloop van het bedrijfsbezoek diverse handelingen met betrekking tot WhatsApp geconstateerd die zijn verricht door medewerkers van de Onderneming. Diverse medewerkers hebben WhatsApp chats gewist, verwijderd, dan wel WhatsApp-groepen en –chats verlaten, nadat de ACM de Onderneming had gevorderd mee te werken in het kader van haar onderzoeksbevoegdheden.²²

5 Beoordeling

27. Het tijdens een bedrijfsbezoek door de toezichthouders van de ACM op grond van artikel 5:17 Awb vorderen van inzage in analoge en digitale gegevens en bescheiden is voor de ACM een wezenlijke bevoegdheid om eventuele overtredingen van de Mededingingswet en/of het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie te kunnen vaststellen.
28. De bevoegdheid van artikel 5:17 Awb tot het vorderen van inzage omvat mede de bevoegdheid tot het vorderen van inzage in telefoons.²³ Om deze bevoegdheid uit te kunnen oefenen, maakten de toezichthouders van de ACM tijdens het Bedrijfsbezoek gebruik van de hen op grond van artikel 5:20, eerste lid, Awb verleende bevoegdheid om van de Onderneming en haar medewerkers op verschillende momenten medewerking te vorderen.²⁴ Deze vorderingen tot het verlenen van medewerking waren, mede gelet op

¹⁹ VvA bedrijfsbezoek de Onderneming, documentnummer 502806, p. 7/43.

²⁰ Het betreft de groepen/chats [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK] met [VERTROUWELIJK]: VvA bedrijfsbezoek de Onderneming, documentnummer 502806, p. 7-8/43.

²¹ Zie VvA Verklaring de Onderneming [VERTROUWELIJK], documentnummer 503906, p. 2/10, VvA Verklaring de Onderneming [VERTROUWELIJK], documentnummer 503833, p. 2/17, VvA Verklaring de Onderneming [VERTROUWELIJK], documentnummer 503907, p. 3/12, VvA Verklaring de Onderneming [VERTROUWELIJK], documentnummer 503911, p. 19/20, VvA Verklaring de Onderneming [VERTROUWELIJK], documentnummer 503912, p. 2/5, VvA Verklaring de Onderneming [VERTROUWELIJK], documentnummer 503913, p. 2/18, VvA Verklaring de Onderneming [VERTROUWELIJK], documentnummer 503915, p. 2/15, VvA Verklaring de Onderneming [VERTROUWELIJK], documentnummer 503919, p. 3 /14, en VvA Verklaring de Onderneming [VERTROUWELIJK], documentnummer 503909, p. 3/35.

²² Zie Bijlage 1.

²³ Rb. Den Haag (vzr.) 22 december 2017, ECLI:NL:RBDH:2017:14150.

²⁴ Zie ook Aanvulling van de Algemene Wet Bestuursrecht (Derde tranche algemene wet bestuursrecht), Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II*, 1993-1994, 23700, 3, p. 147.

het doel van het onderzoek, redelijkerwijs nodig om tijdens het Bedrijfsbezoek terstond de bevoegdheid tot inzage daadwerkelijk te kunnen effectueren.²⁵ De bevoegdheid om van een ieder alle medewerking te vorderen biedt de ACM een middel om haar bevoegdheid tot inzage in de (analoge en digitale) gegevens en bescheiden van een onderneming daadwerkelijk te effectueren. De vordering tot medewerking is daarmee voor de ACM een onmisbaar instrument bij haar taak de mededingingsregels effectief te handhaven.

29. Het is de verantwoordelijkheid van de Onderneming dat haar medewerkers de toezichthouder alle medewerking verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden.

Vorderingen tot inzage en medewerking

30. Zoals aangegeven in hoofdstuk 4 van dit besluit, hebben de toezichthouders van de ACM – gedurende het Bedrijfsbezoek – bevoegdheden ingezet, daarbij inzage gevorderd in mobiele telefoons, medewerking gevorderd en ook gewezen op de mogelijke gevolgen van het niet handelen conform de op de Onderneming rustende verplichting tot medewerking.
31. Daarbij hebben de toezichthouders van de ACM, op het moment dat er gedurende het bedrijfsbezoek meer informatie beschikbaar was of daartoe aanleiding was, steeds specifiekere vorderingen tot inzage en medewerking gedaan.
32. De toezichthouder van de ACM heeft er reeds bij binnenkomst en ook nadien op gewezen dat de toezichthouders in het kader van het onderzoeksdoel verschillende bevoegdheden zouden inzetten ook waar het toegang tot mobiele telefoons betreft. Hij vorderde daarbij inzage in de gelet op het onderzoeksdoel relevante gegevens en bescheiden op grond van artikel 5:17 Awb. Daarbij heeft hij erop gewezen dat de toezichthouders bij het uitoefenen van die bevoegdheden van de Onderneming alle medewerking vorderen die zij redelijkerwijs kunnen vorderen (artikel 5:20 Awb). Vanaf dat moment was de Onderneming op de hoogte van het feit dat de ACM haar onderzoeksbevoegdheden zoals genoemd in de Awb (onder andere het vorderen van inzage in gegevens en bescheiden) in het kader van het onderzoeksdoel inzette en zij bij het inzetten van die bevoegdheden gehouden was mee te werken als de toezichthouder medewerking vordert op grond van artikel 5:20 Awb. Tevens heeft de toezichthouder van de ACM erop gewezen dat het niet voldoen aan deze verplichtingen kan leiden tot een rapport niet-meewerken en de ACM vervolgens een sanctie kan opleggen.

Medewerkingsplicht geschonden

33. De Onderneming heeft de medewerkingsplicht geschonden. Hierboven zijn de verschillende handelingen – het wissen, verwijderen dan wel verlaten van WhatsApp-groepen en –chats – beschreven waarmee de Onderneming (de medewerkers van de

²⁵ CBB 16 april 2019, ECLI:NL:CBB:2019:156, r.o. 8.

Onderneming) niet hebben voldaan aan de vorderingen om mee te werken in het kader van de onderzoeksbevoegdheden (zoals gestipuleerd door ACM om 09u35 en 10u15). Niet alleen blijkt het door de medewerkers van de Onderneming verrichten van deze handelingen uit de door de toezichthouders van de ACM geëxporteerde chats, ook hebben de medewerkers van de Onderneming dit ten overstaan van de toezichthouders van de ACM verklaard dan wel hebben zij de advocaat van de Onderneming hierover geïnformeerd.²⁶

34. Door de handelswijze van medewerkers van de Onderneming heeft de ACM niet kunnen beoordelen of de desbetreffende gegevens relevant waren voor haar onderzoek en is er mogelijk bewijs vernietigd. Hiermee hebben de medewerkers van de Onderneming het onderzoek van de ACM naar een mogelijke overtreding van de mededingingsregels belemmerd, hetgeen op zichzelf reeds ernstig is.’
35. Dat de ACM, zoals door de Onderneming aangegeven, op andere wijze alsnog over de gegevens zou kunnen beschikken is hierbij niet van belang.

Conclusie

36. Gelet op het voorgaande heeft de Onderneming de medewerkingsplicht van artikel 5:20, eerste lid, Awb geschonden.

6 Overtreder

37. Ingevolge artikel 5:48, tweede lid, sub a Awb vermeldt het rapport de naam van de overtreder. Op grond van artikel 12m lw ACM kan de ACM in geval van overtreding van artikel 5:20 Awb de overtreder beboeten. Artikel 5:20 Awb richt zich tot een ieder.
38. De Onderneming²⁷ wordt als overtreder van de medewerkingsplicht van artikel 5:20, eerste lid, Awb aangemerkt. Dit omdat zij, gelet op de handelingen van haar medewerkers zoals beschreven in hoofdstuk 4 en 5,²⁸ tijdens het bedrijfsbezoek, niet heeft voldaan aan de medewerkingsplicht in het kader van de bevoegdheid tot inzage op grond van artikel 5:17 Awb.
39. De toezichthouders van de ACM vorderden medewerking in het kader van de inzage in de telefoons van medewerkers van de Onderneming. De gedragingen vonden plaats in de sfeer van de rechtspersoon. De handelingen zijn begaan door medewerkers van de Onderneming, pasten in de normale bedrijfsvoering van de rechtspersoon, de werknemers dachten de rechtspersoon dienstig te zijn en de rechtspersoon vermocht

²⁶ Zie de verwijzingen bij de handelingen beschreven in hoofdstuk 4.

²⁷ [VERTROUWELIJK], statutair gevestigd te [VERTROUWELIJK] en kantoorhoudende op het adres [VERTROUWELIJK] te [VERTROUWELIJK].

²⁸ Het betreft handelingen van personen die tijdens hun gedrag werkzaam waren ten behoeve van de rechtspersoon, te weten de heren [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK] (“[VERTROUWELIJK]”), [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK].

erover te beschikken of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden en blijkens de feitelijke gang van zaken aanvaardde de rechtspersoon dit gedrag.²⁹

7 Sanctie

Wettelijk kader

40. Op grond van artikel 5:46 Awb stelt de ACM een bestuurlijke boete vast op grond van de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Daarnaast dient de ACM zo nodig rekening te houden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd en het evenredigheidsbeginsel ex artikel 3:4, tweede lid, Awb.
41. In de lw is bepaald dat de ACM voor niet-meewerken ex artikel 5:20 Awb maximaal een boete van 1% van de omzet van de marktorganisatie kan opleggen.³⁰ In de Boetebeleidsregel is daarnaast verdere invulling gegeven aan de wijze waarop een boete voor overtreding van artikel 5:20 Awb kan worden vastgesteld. De basisboete voor overtredingen van artikel 5:20 Awb wordt daarbij vastgesteld binnen de bandbreedte van de betreffende boetecategorie.³¹ Bij het vaststellen van deze basisboete houdt de ACM tevens rekening met de ernst, de verwijtbaarheid, de omstandigheden en de duur van de overtreding.³²
42. Op grond van de Boetebeleidsregels stelt de ACM de boete vast op basis van de hierna volgende stappen.

Basisboete

43. Het startpunt is de vaststelling van de basisboete. De basisboete wordt op grond van de bandbreedte van de Boetebeleidsregels vastgesteld tussen 5‰ – 50 ‰ van de omzet van de marktorganisatie. In onderhavige zaak is de Onderneming tevens de marktorganisatie zoals bedoeld in artikel 12m, eerste lid en onder c, lw. Op grond van de beschikbare gegevens is de bandbreedte EUR [VERTROUWELIJK] en EUR [VERTROUWELIJK]. Bij het vaststellen van deze basisboete houdt de ACM tevens rekening met de ernst, de verwijtbaarheid, de omstandigheden en de duur van de overtreding.
44. De ACM neemt in deze zaak volgende de volgende omstandigheden in aanmerking bij het vaststellen van de ernst, de verwijtbaarheid, de omstandigheden en de duur van de overtreding.
45. De gedragingen van de Onderneming, zoals beschreven in de hoofdstukken 4 en 5, belemmeren het onderzoek van de ACM en ondermijnen van het gezag van de ACM als

²⁹ Zie Hoge Raad 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen (Drijfmest): "Van een gedraging in de sfeer van de rechtspersoon zal sprake kunnen zijn indien zich een of meer van de navolgende omstandigheden voordoen:

a. het gaat om een handelen of nalaten van iemand die hetzij uit hoofde van een dienstbetrekking hetzij uit anderen hoofde werkzaam is ten behoeve van de rechtspersoon,
b. de gedraging past in de normale bedrijfsvoering van de rechtspersoon,
c. de gedraging is de rechtspersoon dienstig geweest in het door hem uitgeoefende bedrijf,
d. de rechtspersoon vermocht erover te beschikken of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden en zodanig of vergelijkbaar gedrag werd blijkens de feitelijke gang van zaken door de rechtspersoon aanvaard of placht te worden aanvaard. Onder bedoeld aanvaarden is mede begrepen het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon kon worden gevergd met het oog op de voorkoming van de gedraging."

³⁰ Op grond van artikel 12m, eerste lid en onder c, lw.

³¹ Artikel 2.5 Boetebeleidsregel 2014.

³² Artikel 2.2 Boetebeleidsregel 2014.

toezichthouder. Iedere vorm van niet-meewerken, in het bijzonder het vernietigen of verdoezelen van (mogelijk) bewijs, zijnde digitale of analoge gegevens/bescheiden of anderszins, wordt door de ACM als zeer ernstig aangemerkt.

46. Gedurende het Bedrijfsbezoek en daarna hebben de leidinggevende medewerker en de Onderneming zich meewerkend opgesteld. Zij hebben de toezichthouders van de ACM op de hoogte gesteld dat bepaalde WhatsApp-groepen en –chats door medewerkers waren gewist dan wel verlaten. Tevens hebben zij een overzicht ter beschikking gesteld met daarin de namen van de gewiste dan wel verlaten WhatsApp-groepen en –chats, het onderwerp van deze chats (i.e. of de chats verband hielden met de onderzochte producten), de deelnemers aan deze chats en de mobiele telefoons waarop deze chats nog zouden kunnen worden teruggehaald (indien van toepassing).

Conclusie basisboete

47. De ACM stelt op basis van alle hiervoor genoemde stappen de basisboete vast op EUR 2,3 miljoen.

Toetsing aan het wettelijk boetemaximum

48. Ingevolge artikel 12m, eerste lid en onder c, lw bedraagt de boete voor overtreding van artikel 5:20 Awb maximaal 1% van de omzet van de marktorganisatie, in deze zaak zijnde de Onderneming. Voor de Onderneming betekent dit dat de maximale boete, gelet op de omzet in 2018, vastgesteld is op maximaal EUR [10 – 20] miljoen.
49. Gelet op de door de Onderneming verstrekte omzetgegevens, stelt de ACM vast dat dit maximum niet wordt overschreden.

Boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden

50. In onderhavige zaak heeft de Onderneming na de Bedrijfsbezoeken op verregaande wijze medewerking verleend aan de ACM, door erkenning van de feiten en de juridische beoordeling zoals weergegeven in dit besluit, het verstrekken van aanvullende (zelf incriminerende) bewijsmiddelen, acceptatie van een vereenvoudigd procesverloop zonder dossieroverdracht aan de Directie Juridische Zaken, alsmede acceptatie van de methode van beboeting en de hoogte van de op te leggen boete.
51. De ACM beschouwt dit als een bijzondere vorm van medewerking aan de procedure in de onderzoeksfase bij de ACM waarvoor een boetevermindering van de basisboete van 20% gepast is. Deze boetevermindering wordt toegepast na toetsing van de basisboete aan het wettelijk boetemaximum.

8 Conclusie

52. ACM stelt op basis van alle hiervoor genoemde stappen de volgende boete vast. De boete is, conform art. 1.4 van de Boetebeleidsregel naar beneden afgerond op een veelvoud van 500 euro.

9 Besluit

- I. De Autoriteit Consument en Markt:
 - legt aan [VERTROUWELIJK]³³ een boete op van 1,84 miljoen euro.

Datum:

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

M. Denkers BA, MSc, MBA
Directeur Directie Mededinging

³³ [VERTROUWELIJK], statutair gevestigd te [VERTROUWELIJK] en kantoorhoudende op het adres [VERTROUWELIJK] te [VERTROUWELIJK].

Als u belanghebbende bent, kunt u schriftelijk bezwaar maken tegen dit besluit. Stuur uw gemotiveerde bezwaarschrift naar de Autoriteit Consument en Markt, Juridische Zaken, postbus 16326, 2500 BH Den Haag. Dit moet u doen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit bekend is gemaakt. In uw bezwaarschrift kunt u de Autoriteit Consument en Markt verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter.