

Bemiddelende handhaving door toezichthouders: drie benaderingen uit de praktijk

NTB 2026/53

1. Inleiding

Toezichthouders zijn van oudsher terughoudend om een (actieve) rol te vervullen in schadevergoedingsacties tussen consument en marktpartijen. Sinds een aantal jaar beschikken enkele toezichthouders over een handhavingsinstrument dat kan worden gekenmerkt als faciliterend voor de verhouding tussen toezichthouder, marktpartij en consument: het toezeggingsbesluit.

Het toezeggingsbesluit vormt een bijzonder instrument binnen het bestuursrechtelijke toezicht, omdat het zich bevindt op het snijvlak van handhaving, herstel en samenwerking tussen toezichthouder en marktpartij. Maar wat is een toezeggingsbesluit precies? Het begrip 'toezegging' is breed van aard en vormt hiermee geen eenduidig instrument, noch een strikt juridisch begrip.² Er is sprake van een toezegging wanneer een onder toezicht staande partij, bij (dreigende) overtreding van de wet, aangeeft welke gedragingen zij zal doen of nalaten zodat conform de wet wordt gehandeld. Deze afspraken worden vervolgens door de toezichthouder bindend verklaard in het toezeggingsbesluit, dit is een besluit in de zin van de Awb. In 'ruil' voor deze gedragsaanpassing ziet de toezichthouder af van het voortzetten van een onderzoek naar (mogelijke) overtredingen, waardoor een sanctie uitblijft.³ Het nemen van een toezeggingsbesluit kan zo voorzien in een oplossing tussen toezichthouder en de ondertoezichtgestelde marktpartij: de (potentiële) overtreder doet vrijwillig een toezegging zijn gedrag aan te passen en voorkomt zo een verder onderzoeks- en handhavingstraject, terwijl de toezichthouder tijd kan besparen en onderliggende zorgen omtrent de naleving van de wet worden weggenomen. Dit kent zo zijn eigen voor- en nadelen.

In deze bijdrage sta ik stil bij de vraag hoe het toezeggingsbesluit momenteel wordt gebruikt door toezichthouders en of dit iets zegt over de wenselijkheid van de inzet van dit

instrument.⁴ Ik bespreek de implicaties die dit bestuursrechtelijke handhavingsinstrument kan hebben voor toezichthouders, consumenten en onder toezicht staande partijen. Ik ga hierbij in op drie toezichthouders die al over een dergelijk wettelijk instrument beschikken: de Autoriteit Consument & Markt (hierna: ACM), het College van Toezicht Auteursrechten (hierna: CvTA) en de Autoriteit Financiële Markten (hierna: AFM). De vorm en wijze waarop een toezeggingsbesluit wordt genomen, kan per toezichthouder namelijk sterk verschillen.

2. Wat zijn de voor- en nadelen van een bindende toezegging?

Toezichthouders beschikken al over een breed palet aan (*soft law*) instrumenten, zoals de openbare waarschuwing of waarschuwingsbrief, de aanwijzing, een normoverdragend gesprek of de 'klassieke' last onder dwangsom en bestuurlijke boete. Wat voor voordelen kent een toezeggingsbesluit ten opzichte van andere instrumenten?

Ten eerste treden toezichthouder en marktpartij samen naar buiten met een oplossing die tot stand is gekomen; dit kan voorzien in de wens van partijen om lange procedures en de daarmee gemoeide tijd en middelen te besparen.⁵ Ten tweede kan een toezeggingsbesluit reputatieschade voorkomen: de (potentiële) overtreder die vrijwillig een toezegging doet zijn niet-normconform gedrag te staken en maatregelen te treffen, getuigt van goede wil. Bij overtreding kan de toezichthouder alsnog handhaven en hiertegen staat bestuursrechtelijk bezwaar en beroep open, maar in eerste instantie besparen beide partijen tijd en middelen.⁶ Dit vormt ook het verschil met een 'informele' toezegging die geen wettelijke verankering kent: aan een dergelijke informele toezegging is het risico verbonden dat zij onvoldoende (kan) worden gedocumenteerd. Wanneer toch sanctionering volgt, ontbreekt mogelijk voldoende bewijs van aanzeggingen of waarschuwingen aan de overtreder.⁷ Tot slot laat het toezeggingsbesluit de verhouding tussen consument en marktpartij onverlet. Een consument die schadevergoeding wil vorderen bij de civiele rechter kan het toezeggingsbesluit gebruiken ter onderbouwing van

1 Mr. Z. (Zahra) Farshchi is advocaat bij Pels Rijcken. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven en vormt een bewerking van de bijdrage die is geleverd tijdens de Jonge VAR 2025.

2 Zie bijv. voor toezeggingen omtrent het informeren van consumenten: Zaak ACM/21/053806, 20 september 2022; Zaak ACM/21/053823, 19 augustus 2022; Zaak ACM/21/053806, 20 september 2022; Zaak ACM/17006653, 3 april 2017 (*Rendo NV*); Zaak ACM/17011253, 3 april 2017 (*Cogas Infra en Beheer*); Zaak ACM/18/031768, 24 juli 2018 (*Alliander*) en Zaak ACM/20/038712, 3 april 2020 (*Gasunie Transport Services BV*). Zie voor een voorbeeld m.b.t. het staken van een overtreding Zaak ACM/22/180065 6 juli 2023.

3 A. Outhuijse, 'Economisch bestuursrecht: handhaving door de ACM, AFM en DNB', in: C.C.J.H. Bijleveld (red.), *Nederlandse Encyclopedie Empirical Legal Studies*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 684.

4 Met bemiddeling bedoel ik dat het toezeggingsbesluit zich kenmerkt door een toezegging van een marktpartij die zich welwillend opstelt om tot een oplossing te komen om een overtreding te voorkomen, waarbij het besluit een bewuste uitstraling kan hebben op het beloop van civielrechtelijke acties die plaatsvinden tussen consumenten en marktpartijen. De toezichthouder grijpt niet direct in in de privaatrechtelijke verhouding tussen partijen.

5 Outhuijse 2020, p. 683.

6 Outhuijse 2020, p. 683.

7 C.A. Hage, *Handhaving van het privaatrecht door toezichthouders (R&P nr. CA17)* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 434.

zijn schadeclaim.⁸ Het resultaat dat voortvloeit uit een toezeggingsbesluit kan in dit kader als hulpmiddel dienen, of er juist voor zorgen dat de consument indirect te maken krijgt met een vorm van rechtsherstel waar hij anders zelf voor naar de rechter zou zijn gestapt.

Tegelijkertijd kent een toezeggingsbesluit ook nadelen. Zo is een toezichthouder ten eerste niet geheel onpartijdig: een toezichthouder heeft vaak expliciet de bescherming van consumenten of burgers tot taakstelling.⁹ Dit zou een spanning kunnen opleveren met de vrijwillige aard van de toezegging, die juist vaak vanuit onder toezicht staande instellingen zal komen. Tegelijkertijd kan het ook niet altijd even transparant zijn jegens consumenten, of andere onder toezicht staande partijen, wat de overwegingen zijn om een toezegging al dan niet-bindend te verklaren.¹⁰ Ten tweede kan worden gewezen op de vraag of een toezeggingsbesluit zich leent voor relatief 'grote' of 'ernstige' overtredingen waar in de praktijk soms hoge boetebedragen voor worden opgelegd. Ten derde kan worden gewezen op het zogenoemde *floodgate*-argument: is er voldoende afschrikkende wekking met toepassing van een enkele toezegging? Of gaan ondernemingen calculerend gedrag vertonen en bepaalde overtredingen voor lief nemen? Ik geloof dat men de afschrikingscomponent niet uit het oog moet verliezen, maar pleit in deze bijdrage evenmin voor veelvuldige inzet van een toezeggingsinstrument.

Tot slot is een toezeggingsbesluit geen bewezen formule. Hiervoor kan worden gewezen op de casus van de energieleverancier Allround HEM. Zo hanteerde een energieleverancier jarenlang te hoge prijzen voor energiecontracten en werden hoge opzegvergoedingen gevraagd bij het stopzetten van contracten. De energieleverancier had toegezegd om de tarieven te verlagen en met de afnemers van de energiecontracten afspraken te maken over compensatie. Hij hield zich echter niet aan de toezegging, waardoor de toezichthouder eind 2024 alsnog de vergunning van de energieleverancier heeft ingetrokken.¹¹ In 2025 is de energieleverancier failliet verklaard, waardoor een groot aantal consumenten alsnog geen schadevergoeding heeft gekregen en er een kleine kans is dat deze nog zal volgen.¹² De toezeggingsmaatregel leent zich weliswaar voor zaken waarin sprake is van (grote) consumentenschade, maar toezichthouder én consument staan uiteindelijk alsnog met lege handen als de onder toezicht staande partij de afspraak niet nakomt of failliet gaat.

3. Het toezeggingsbesluit nader beschouwd

3.1 De bevoegdheid van de ACM

De vorm van een toezeggingsbesluit kan per toezichthouder verschillen. Ten eerste kan worden gewezen op het gebruik van een brede bevoegdheid om toezeggingsbesluiten te nemen door de ACM. Sinds 2014 is in artikel 12h van de Instellingswet ACM aan de ACM de bevoegdheid toegekend om een toezeggingsbesluit te nemen over de brede linie van haar toezichtstaak. Artikel 12h Instellingswet ACM kan weliswaar worden ingezet in het geval van een overtreding, maar voor het gebruik ervan is niet noodzakelijk dat reeds een overtreding is vastgesteld. De toezegging is derhalve bruikbaar zowel vóór- als nadat de overtreding is vastgesteld en is in tegenstelling tot andere traditionele sancties niet voorbehouden aan de sanctiefase. Artikel 12h Instellingswet ACM weerspiegelt hiermee een heldere wens van de wetgever: het toereiken van een flexibel instrument aan de ACM om tot een doelmatige en, in het verlengde daarvan, een voor de gedupeerde consument gunstigere uitkomst te komen.¹³ Het nemen van een toezeggingsbesluit heeft als rechtsgevolg dat de bevoegdheid van de ACM vervalt om in de desbetreffende zaak nog een boete of last onder dwangsom op te leggen. Een lopend toezichtonderzoek of werkzaamheden ter voorbereiding van een sanctiebesluit worden eveneens gestaakt.¹⁴ Indien de toezegging niet wordt nagekomen, kan de ACM vervolgens alsnog bestuursrechtelijk optreden en een bestuurlijk boete opleggen. De geschonden toezegging telt dan als boeteverhogende omstandigheid.¹⁵

De ACM heeft tot op heden ongeveer 32 keer een toezeggingsmaatregel genomen,¹⁶ voornamelijk in zaken waarbij consumenten direct worden gecompenseerd in hun schade en beter worden geïnformeerd over hun rechten. Een voorbeeld uit begin 2025 betrof een bedrijf dat aan de hand van deur-aan-deurverkoop alarmsystemen aan senioren verkocht. Consumenten kregen te maken met een relatief

¹³ Kamerstukken II 2012/13, 33622, nr. 3, p. 10 (MvT).

¹⁴ A. Berends (red.), 'Commentaar op art. 12h Instellingswet ACM', in: *Explicatie Juridische Beroepen*, Deventer: Wolters Kluwer 2022. Zie ook: A.J.C. Moor-van Vugt, A.P. Klap & T. de Lange, 'Parallele handhaving: match of mismatch? Het combinatieprincipe opnieuw bezien', *NTB* 2017/20. Zie ter illustratie: Zaak ACM//24/189360, 29 april 2024, p. 7, onder 'wettelijk kader'. Onder 'wettelijk kader' staat: "Met het bindend verklaren van een toezegging vervalt, op basis van artikel 12h, eerste lid, van de Instellingswet, de bevoegdheid van de ACM tot het opleggen van een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom aan die marktorganisatie voor de betreffende gedragingen."

¹⁵ Zie: beslissing op bezwaar van 20 mei 2011, inzake Garant-o-Matic; ACM besluit met kenmerk CA/NB/544/47. Bij de voorbereiding van een toezeggingsbesluit is de uniforme voorbereidingsprocedure uit de Awb in beginsel n.v.t. Indien de ACM voornemens is een aanvraag voor een toezeggingsbesluit te honoreren, dan biedt art. 3:10 lid 1 Awb de mogelijkheid om de uniforme voorbereidingsprocedure te volgen.

¹⁶ Ik heb op de website van de ACM gezocht naar "toezeggingsbesluiten", dit leverde mij 72 resultaten in totaal op. Ik heb gefilterd op "publicaties", hiermee heb ik "nieuwsberichten" over de publicaties buiten beschouwing gelaten. Dit bracht mij op 44 resultaten, waarvan 31 toezeggingsbesluiten. Ik heb andersoortige besluiten (zoals bindend-verklaringen, afwijzingen van handhavingsverzoeken en Woo- en Wob-verzoeken) buiten beschouwing gelaten.

⁸ Zie o.a.: T. Hartlief, 'Ieder draagt zijn eigen schade', *RMThemis* 2024/1, p. 2.

⁹ Zo heeft de AFM beleggersbescherming als expliciete taakstelling, zie bijv. art. 1:25 Wft.

¹⁰ Al zijn er voorbeelden uit de jurisprudentie waaruit blijkt wat de overwegingen kunnen zijn om een toezegging al dan niet-bindend te verklaren. Zo overwoog de ACM dat zij het bindend verklaren van een toezegging nadat een onderzoeksrapport is opgesteld, in beginsel niet doelmatig acht omdat het onderzoek dan al is afgerond en de fase van besluitvorming over het opleggen van een boete al is begonnen. Zie: Rb. Rotterdam 19 april 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3062, r.o. 4.1.

¹¹ Zie bijv. het AD op 9 december 2024, 'Toezichthouder trekt vergunning HEM in, maar volgens energiebedrijf is ACM juist oorzaak van de problemen', via www.ad.nl.

¹² Zie: ACM Consuwijzer, 'HEM Energie is failliet (update 24 december 2024)', via www.consuwijzer.nl.

indringende vorm van colportage en belangrijke informatie over de kenmerken en prijs van de alarmeringsdiensten en -abonnementen werden tijdens de verkoop onvoldoende toegelicht.¹⁷ Het bedrijf had in januari 2025 toegezegd om de consumenten die de overeenkomsten zijn aangegaan te compenseren voor de afmeldkosten. Andere consumenten konden hun overeenkomsten alsnog kosteloos opzeggen.¹⁸ De toezeggingsbesluiten genomen door de ACM laten zien dat veel zaken gaan over (grote) energieleveranciers¹⁹ of online winkels²⁰ en er zijn soms boetebedragen van boven een miljoen euro mee gemoeid.²¹

3.2 De bevoegdheid van de AFM

Ten tweede wijs ik op de bevoegdheid van de AFM. De AFM heeft ingevolge artikel 3.4a van de Wet handhaving consumentenbescherming (hierna: Whc) een bevoegdheid om partijen die een inbreuk maken op de Whc een bestuurlijke boete, last onder dwangsom of een toezegging op te leggen.²² Artikel 3.4a Whc heeft zijn herkomst uit een Europeesrechtelijke verordening.²³ De Europese wetgever schrijft in dit kader immers niet voor welke handhavingsinstrument dient te worden ingezet, zolang elk van de bevoegdheden van de handhavingsautoriteit maar op doeltreffende wijze kan worden uitgeoefend.²⁴

Artikel 3.4a Whc kent, naast zijn Europeesrechtelijke grondslag, twee andere bijzonderheden ten opzichte van artikel 12h Instellingswet ACM. Ten eerste vormt artikel 3.4a Whc de 'voorganger' van de brede toezeggingsbevoegdheid van de ACM: artikel 12h Instellingswet ACM is namelijk gebaseerd op artikel 3.4a Whc. Voordat de bevoegdheid van de ACM in artikel 12h Instellingswet ACM werd gecreëerd, vormde artikel 3.4a Whc de enige bevoegdheidsgrondslag voor toezeggingsbesluiten voor beide toezichthouders. Ten tweede is, in tegenstelling tot de brede ACM-bevoegdheid, de AFM bij het gebruik van haar toezeggingsbevoegdheid op grond van artikel 3.4a Whc normatief beperkt. Wil de AFM een toezeggingsbesluit nemen, dan moet er sprake zijn van een overtreding die betrekking heeft op financiële diensten en activiteiten die terugkomen in onderdeel a of b van

de bijlage bij de Whc.²⁵ De AFM heeft tot heden nog geen toezeggingsbesluit genomen op grond van artikel 3.4a Whc.

3.3 De bevoegdheid van het CvTA

Tot slot kan er worden gewezen op de bevoegdheid van het CvTA om toezeggingsbesluiten te nemen. Het CvTA is als toezichthouder belast met het toezicht op collectieve beheersorganisaties en gedeeltelijk op onafhankelijke beheersorganisaties. Deze instanties zijn bijvoorbeeld belast met het beheren van auteurs- en naburige rechten. Het CvTA beschikt sinds 2021 over de bevoegdheid tot het nemen van een toezeggingsbesluit op grond van artikel 17a van de Wet toezicht en geschillenbeslechting collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten (hierna: Wtcb).

De uitbreiding van het handhavingsinstrumentarium van het CvTA is identiek aan de bevoegdheid van de ACM. Het CvTA heeft hiermee de mogelijkheid gekregen om via een betrekkelijk eenvoudige procedure op korte termijn een gedragsverandering bij een onder toezicht staande instelling te bewerkstelligen.²⁶ Er is wel één concreet verschil te detecteren, waarvan naar mijn idee onduidelijk is of dit een bewuste keuze was van de wetgever. Zo geeft de wetgever expliciet aan dat artikel 17a Wtcb in materiële zin beperkt is: de mogelijkheid tot het doen van een toezegging bestaat totdat het CvTA een boete of last onder dwangsom oplegt. Wanneer men de wetgeschiedenis bij de bevoegdheid van de ACM leest, ziet men deze concrete beperking niet terug – terwijl in de praktijk hetzelfde effect wordt bewerkstelligd. De ACM stelde bijvoorbeeld in een zaak uit 2018 dat zij het bindend verklaren van een toezegging nadat een onderzoeksrapport is opgemaakt, in beginsel niet doelmatig acht omdat het onderzoek dan al is afgerond en de fase van besluitvorming over het opleggen van een boete al is begonnen. De rechter ging hierin mee.²⁷ Hoewel de toezeggingspraktijk van de ACM er ook op duidt in tijd beperkt te zijn, laat de wetgever zich slechts bij de CvTA-bevoegdheid expliciet erover uit dat het de bedoeling is om vooraf aan een constatering van een overtreding een toezegging te doen, wil men een bindend toezeggingsbesluit krijgen.²⁸ Het besluit is immers juist bedoeld om een gedragsverandering te bewerkstelligen, zonder dat het CvTA over hoeft te gaan tot sanctionering.²⁹ Sinds de inwerkingtreding van

17 Zaak ACM/24/187972, 28 februari 2025, rnr. 3-4.

18 Zaak ACM/24/187972, 28 februari 2025, rnr. XV-XVII.

19 Zaak ACM/18/034016, 19 april 2019; Zaak ACM/24/189360, 29 april 2024; Rb. Rotterdam 30 september 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:8487 en Rb. Den Haag 18 oktober 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:17739.

20 Zaak ACM 15/089429, 22 januari 2016; Zaak ACM/24/187972, 28 februari 2025 en Rb. Rotterdam 19 april 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3062.

21 Zaak ACM/18/034016, 19 april 2019; Zaak ACM/24/189360, 29 april 2024 en Rb. Den Haag 18 oktober 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:17739.

22 Art. 3.4a Whc is in werking getreden per 1 januari 2008.

23 Verordening nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 27 oktober 2004 betreffende samenwerking m.b.t. consumentenbescherming, of, kortweg: Verordening (EG) nr. 2006/2004 (PbEG 2004, L364/1). Kamerstukken II 2006/07, 30928, nr. 3, p. 5 (MvT). Zie ook: J.M. van Poelgeest, *Kredietverstrekking aan consumenten (R&P, nr. FR8)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, par. 4.6.

24 Verordening (EU) 2017/2394 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2017 betreffende samenwerking tussen de nationale autoriteiten die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 2006/2004, p. 2, onder overweging 7.

25 Zie hiervoor art. 3.1 Whc (zoals geldig is per 1 augustus 2014 (Stb. 3 juli 2014, 247)). Onderdeel a van de bijlage bij de Whc is specifiek toegesloten op oneerlijke handelspraktijken die betrekking hebben op (de verkoop van) een financieel product of financiële dienst. Dit zijn regels m.b.t. colportage, verkoop op afstand en de Telecommunicatiewet. Zie in dit kader tevens art. 3.2 Whc. Onderdeel b van de bijlage bij de Whc ziet op voorschriften die betrekking hebben op (o.a.) het verbod om financiële diensten aan te bieden zonder hiervoor een vergunning van de AFM te hebben gekregen. Zie hiervoor art. 2:60 lid 1 Wft. Zie tevens: Cbb 3 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:104 en Cbb 19 april 2022, ECLI:NL:CBB:2022:177.

26 Kamerstukken II, 2019/20, 35317, nr. 3, p. 1 en 6.

27 Rb. Rotterdam 19 april 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3062, r.o. 11.3.

28 Kamerstukken II 2019/20, 35317, nr. 3, p. 6.

29 M.J. Frequin, 'Commentaar op art. 17a Wtcb', in: P.G.F.A. Geerts & D.J.G. Visser (red.), *Tekst & Commentaar Intellectuele eigendom*, Deventer: Kluwer 2025.

artikel 17a Wtcb heeft het CvTA eveneens geen (gepubliceerde) toezeggingsbesluiten genomen. In dit kader kan ook de vraag worden opgeworpen of het duidelijk is onder welke omstandigheden de norm uit artikel 17a Wtcb dient te worden toegepast.

4. De wenselijkheid van een toezeggingsbesluit

De praktijk van toezeggingsbesluiten geeft een uiteenlopend doch beperkt beeld over de wenselijkheid en effectiviteit van het instrument. Uit de regelmatige inzet van het toezeggingsbesluit door de ACM leid ik af dat het toezeggingsbesluit als effectief toezichtinstrument kan worden ingezet. De ACM zet het instrument in de voorfase van handhaving in en niet (pas) wanneer een onderzoek tot zijn einde nadert. Wanneer een overtreding al enigszins vaststaat, dan zal een toezegging door een marktpartij niet snel baten. Naar mijn idee illustreert de toepassing door de ACM de voordelen die een toezeggingsbesluit kent. Een bindende toezegging kan in dit kader voorzien in de wens van beide partijen om langdurige procedures en de daarmee gemoeide kosten, tijd en onzekerheid te vermijden. Het feit dat het al meer dan ruim 32 keer in de praktijk is toegepast, wekt het idee dat ook vanuit marktpartijen er sprake is van bereidheid om een toezegging te doen. Het samenwerkingskarakter onderscheidt zich van de 'klassieke' handhavinginstrumenten – zoals een last of bestuurlijke boete. De alles-of-nietsbenadering die de ACM hanteert, is dan ook geen slechte zaak: het kan er in beginsel toe leiden dat de al schaarse toezichtcapaciteit van de ACM beter kan worden besteed aan andere zaken, terwijl gelijktijdig een 'oplossing' wordt geboden voor marktpartijen. Het toezeggingsinstrument van de ACM vormt hiermee een prikkel tot afschrikking, maar ook tot herstel.

Een toezeggingsinstrument kan aldus voorzien in een evenwichtige oplossing tussen toezichthouder en onder toezicht staande marktpartijen. Toch is het geen *one size fits all*-benadering. Zo hebben de AFM en het CvTA tot heden nog geen toezeggingsbesluit genomen op grond van een wettelijke bevoegdheid daartoe. In het geval van de AFM kan worden gespeculeerd of de zwaarte van de overtredingen die onder de Whc worden geschaard zich wel leent voor een toezeggingsbesluit, dan wel het feit dat er een lidstaatoverschrijdend aspect vereist is om artikel 3.4a Whc in te kunnen zetten. Dit roept de vraag op of het toezeggingsbesluit zich wel leent voor relatief grote of ernstige overtredingen. Zo zullen de overtredingen van de Whc in aard en omvang misschien eerder een hoge boete rechtvaardigen, dan de enkele toezegging op te houden met de dreigende overtreding. In dergelijke gevallen kan het onwenselijk worden geacht om af te zien van sanctionering ten gunste van een onderhandelde oplossing. In het geval van het CvTA kan men zich afvragen of de norm onder partijen wel duidelijk is. Een toezeggingsbesluit gaat immers uit van het initiatief van de potentiële overtreder en leunt hiermee op de bereidwilligheid van marktpartijen. De marktpartijen

moeten in dat geval zich dan wel bewust zijn van de mogelijkheid om een toezegging te doen, dan wel de omstandigheden waaronder.

5. Conclusie

Het voorgaande doet mij concluderen dat het toezeggingsbesluit wel degelijk een toegevoegde waarde heeft voor het toezichts- en handhavingsinstrumentarium van toezichthouders, zij het dat het in de praktijk terughoudend wordt toegepast. Het reeds genoemde floodgate-argument lijkt daarom weinig overtuigend, nu het instrument mondjesmaat – en in het geval van de AFM en het CvTA zelfs geheel niet – wordt ingezet. Een toezichthouder zal per concrete (dreigende) overtreding een zorgvuldige afweging moeten maken tussen de meer pragmatische handhaving door middel van een toezeggingsbesluit enerzijds, en de noodzaak om bij (ernstige) normschendingen normbevestigend op te treden anderzijds. Een nadere uitwerking van wanneer een toezeggingsbesluit al dan niet geschikt is om te nemen, is naar mijn idee tegelijkertijd ongewenst. Het is immers niet de bedoeling om calculerend gedrag van welke overtredingen wel of juist geen toezeggingsbesluit opleveren in de hand te werken. Het toezeggingsinstrument lijkt momenteel dan ook vooral geschikt voor dreigende, incidentele normschendingen die zich lenen voor herstel.