

**KNP BT, ZAAK C-248/98P**

HvJ EG, 16 november 2000 n.n.g.

Hoogte geldboete, motivering, volledige rechtsmacht.

(m.nt. mr C.T. Dekker)

**Inleiding**

In de hierna volgende annotatie wordt ingegaan op de eisen die het Europese Hof van Justitie stelt aan de motivering door de Europese Commissie van de hoogte van een boete die zij oplegt wegens overtreding van artikel 81 of artikel 82 EG. Het te bespreken arrest betreft een van de tien uitspraken op de beroepen die door kartonproducenten zijn ingesteld tegen de uitspraken van het Gerecht van Eerste Aanleg van 14 mei 1998.<sup>1</sup> Deze arresten zijn door het Gerecht gewezen naar aanleiding van beroepen tegen de beschikking van de Commissie van 13 juli 1994 waarbij wegens deelname aan een overeenstemming en onderling afgestemde feitelijke gedraging aan een negentiental kartonleveranciers boetes zijn opgelegd. In sommige van deze arresten is het beroep geheel verworpen, in andere zijn zij gedeeltelijk gehonoreerd. Bij de bespreking is als uitgangspunt genomen het arrest dat het Hof heeft gewezen in zaak C-248/98P (Koninklijke KNP BT). De uitspraak van het Hof zal worden vergeleken met hetgeen op het punt van motiveringsvereisten is te verwachten van de d-g NMa.

**Beschikking Commissie<sup>2</sup>**

Zoals artikel 15 lid 2 van Verordening 17 verlangt ging de Commissie in op de zwaarte en duur van de inbreuk. Voor wat betreft de zwaarte merkte de Commissie op dat de betrokken ondernemingen artikel 85 EG (thans artikel 81) doelbewust hadden overtreden. Zij stelde vast dat de ondernemingen een geheim en geïnstitutionaliseerd systeem van regelmatige vergaderingen hadden georganiseerd en in stand hadden gehouden, met het doel prijzen vast te stellen en marktvoorwaarden te bereiken waaronder onderling afgestemde prijsverhogingen in de gehele gemeenschappelijke markt zouden kunnen worden bereikt. Zij hadden dit met volledige kennis van het onrechtmatig karakter van hun actie gedaan en waren zich bewust van het risico van aanzienlijke geldboeten. Een bijzonder ernstig aspect van de inbreuk achtte de Commissie dat de ondernemingen in een poging het bestaan van het kartel te verhullen zo ver gingen, dat de datum en de volgorde van de aankondiging van de prijsverhogingen door elke grote producent vooraf werd gearrangeerd.

Voor wat betreft de duur van de inbreuk merkte de Commissie op dat deze van lange duur was. De Commissie merkte daarnaast op dat zij voor wat betreft het algemene niveau van de boeten rekening heeft gehouden met het volgende:

- er was sprake van een heimelijke verstandhouding betreffende prijzen en marktverdeling die uit de aard der zaak een ernstige beperking van de concurrentie vormt;

- het kartel bestreek nagenoeg het gehele grondgebied van de Gemeenschap;
- de kartonmarkt van de Gemeenschap is een belangrijke industriële sector met een waarde van ongeveer 2.500 miljoen ecu per jaar;
- de aan de inbreuk deelnemende ondernemingen nemen deze markt vrijwel geheel voor hun rekening;
- het kartel functioneerde in de vorm van een systeem van regelmatige geïnstitutionaliseerde vergaderingen, met het oogmerk de markt voor karton in de Gemeenschap tot in de kleinste details te reguleren;
- er werden uitgebreide pogingen in het werk gesteld om de werkelijke aard en omvang van de heimelijke verstandhouding te verhelen (afwezigheid van officiële notulen of documentatie; ontmoediging van het maken van aantekeningen; het ensceneren van de tijdstippen en de volgorde waarin de prijsverhogingen werden aangekondigd, teneinde te kunnen beweren dat men 'volgde' enzovoort);
- het kartel had ruimschoots succes bij het bereiken van zijn doelstellingen.

Deze overwegingen betroffen alle de ernst van de inbreuk.

Daarnaast gaf de Commissie aan dat zij bij de beoordeling van de individuele boeten rekening had gehouden met:

- de door elke onderneming in de heimelijke samenwerkingsregelingen gespeelde rol;
- eventuele wezenlijke verschillen (voorzover bestaand) bij de duur van hun respectievelijke deelneming aan het kartel;
- hun respectievelijke betekenis in de bedrijfstak (omvang, productgamma, marktaandeel, groepsomzet en omzet in de kartonsector);
- eventuele verzachtende omstandigheden met inbegrip van de mate van samenwerking met de Commissie na het onderzoek en de mate waarin een dergelijke samenwerking materieel tot de vergemakkelijking of bespoediging van het afsluiten van de huidige procedure kon hebben bijgedragen.

In verband met de duur van de overtreding hield de Commissie bij de bepaling van de hoogte van de boete rekening met het feit dat een onderneming voor een wezenlijk geringere periode aan het kartel had deelgenomen. De Commissie hield ook rekening met wezenlijke veranderingen in de aard en de intensiteit van de rol die door bepaalde producenten werd gespeeld. Het was echter niet de bedoeling, aldus de Commissie, 'bij de berekening van de geldboeten een nauwkeurige mathematische formule te hanteren waarin het juiste aantal dagen, maanden of jaren waarin de betreffende producent bij het kartel was aangesloten, weerspiegeld wordt'.

<sup>1</sup> Zie de arresten die zijn gepubliceerd in Jur. 1998, p. II-813 t/m II-2174.

<sup>2</sup> Beschikking 94/601/EG van 13 juli 1994, Pb. EG 1994, L 243/1.

Vervolgens maakte de Commissie een verschil tussen de 'kopstukken' van het kartel, die de belangrijkste besluitvormers en stuwende krachten van het kartel waren enerzijds, en de gewone leden anderzijds. Ten slotte hield de Commissie rekening met de medewerking aan het onderzoek die enkele ondernemingen verleend hadden, waarbij zij uitwerkte wat de ondernemingen die een korting op de boete hadden gekregen op dit punt hadden gedaan.

Indien deze motivering wordt bezien, blijkt dat de Commissie niet alleen rekening heeft gehouden met de factoren ernst en duur van de overtreding, maar ook met andere factoren, zoals onder andere de medewerking van de betreffende onderneming aan het onderzoek.

### Beoordeling Gerecht

In zijn arrest van 14 mei 1998 nam het Gerecht als uitgangspunt dat de omvang van de motiveringsplicht ten aanzien van de hoogte van een geldboete in het bijzonder moet worden bepaald met inachtneming van het feit dat de zwaarte van de inbreuken moet worden vastgesteld op basis van een groot aantal factoren, zoals onder meer de bijzondere omstandigheden van de zaak, de context daarvan en de preventieve werking van de geldboeten, zonder dat een dwingende of uitputtende lijst van verplicht in aanmerking te nemen criteria is opgesteld.<sup>3</sup>

Voorts wees het Gerecht erop dat de Commissie bij de vaststelling van het bedrag van elke geldboete over een beoordelingsmarge beschikt en niet verplicht kan worden geacht om daartoe een precieze mathematische formule toe te passen.<sup>4</sup> Pas in de procedure voor het Gerecht verklaarde de Commissie dat het bedrag van de geldboeten was vastgesteld op basis van de omzet die elke onderneming in 1990 heeft behaald op de kartonmarkt van de Gemeenschap. Geldboeten van een basisniveau van 9 procent of 7,5 procent van deze individuele omzet waren opgelegd aan de ondernemingen die als de 'kopstukken' van het kartel werden beschouwd, respectievelijk aan de andere ondernemingen.

Voorts hield de Commissie rekening met de eventuele medewerking van bepaalde ondernemingen tijdens de administratieve procedure. De Commissie verstrekke in de procedure voor het Gerecht eveneens een tabel met gegevens betreffende de vaststelling van het bedrag van elk van de individuele geldboeten, waaruit bleek dat deze boeten weliswaar niet waren vastgesteld door middel van een strikt mathematische toepassing van alleen de hiervoor genoemde cijfers, doch dat deze cijfers voor de berekening van de geldboeten wel stelselmatig in aanmerking genomen waren.

Het Gerecht constateerde dat in de beschikking niet was gepreciseerd dat het bedrag van de geldboeten was vastgesteld op basis van de omzet van elke onderneming op de kartonmarkt van de Gemeenschap in 1990. Ook werden de percentages van 9 procent en 7,5 procent niet genoemd in de beschikking, terwijl tevens de verlagingpercentages die op grond van medewerking in de procedure gehanteerd

werden, niet in de beschikking vermeld waren. Het Gerecht achtte echter de uiteenzetting die de Commissie gaf in combinatie met de gedetailleerde uiteenzetting van de feitelijke bevindingen, een toereikende en terzake dienende vermelding van de beoordelingsfactoren die in aanmerking zijn genomen om de zwaarte en duur van de door elk van de betrokken ondernemingen gepleegde inbreuk te bepalen (r.o. 74), hoewel de bedoelde factoren niet in de beschikking werden genoemd.

Het Gerecht overwoog anderzijds echter dat, wanneer bij de bepaling van het bedrag van geldboetes stelselmatig rekening is gehouden met bepaalde specifieke gegevens, de vermelding van elk van deze factoren in de beschikking de ondernemingen in staat stelt beter te beoordelen of de Commissie bij de vaststelling van het bedrag van de individuele geldboete fouten heeft gemaakt, en anderzijds of, gelet op de toegepaste algemene criteria, het bedrag van elke individuele geldboete gerechtvaardigd is. Het Gerecht meende dan ook dat, wanneer de Commissie in een beschikking een geldboete oplegt, zij de factoren die zij bij de vaststelling van de geldboeten stelselmatig in aanmerking heeft genomen, in de beschikking zelf moet vermelden. Nu ten tijde van de vaststelling van de beschikking de gemeenschapsrechter nog geen kritiek had geuit op de praktijk die door de Commissie werd gevolgd op het gebied van de motivering van de opgelegde geldboeten, vernietigde het Gerecht de beschikking niet wegens dit motiveringsgebrek.

### Beoordeling door het Hof

Het Hof stelt kort gezegd vast dat het Gerecht zichzelf in de hiervoor weergegeven overwegingen tegenspreekt. Volgens het Hof zwakt het Gerecht het in r.o. 74 overwogene af – 'niet zonder enige onduidelijkheid' zoals het Hof opmerkt – in de r.o. 75 tot en met 79. Voordat het Hof het middel hiertegen – het Gerecht had de beschikking wegens een ontoereikende motivering nietig moeten verklaren – bespreekt, gaat het eerst na of het ter nakoming van de motiveringsplicht van artikel 190 EG-Verdrag (thans artikel 253 EG) vereist was dat de Commissie in de beschikking ook meer in detail uiteenzette hoe de geldboeten waren berekend, of dat zij kon volstaan met een vermelding van de factoren op grond waarvan zij de zwaarte en de duur van de inbreuk had bepaald.

Het Hof oordeelt dat het laatste het geval is en baseert zich daarbij op de tekst van artikel 15 lid 2 tweede alinea Vo. 17, dat bepaalt dat bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete niet alleen rekening wordt gehouden met de zwaarte, maar ook met de duur van de inbreuk. Volgens het Hof is daarom aan het vereiste van het wezenlijke vormvoorschrift van de motivering voldaan, wanneer

<sup>3</sup> Zie GvEA, T-309/94, 14 mei 1998, KNP BT vs. Commissie, Jur. 1998, p. II-1007, onder verwijzing naar HvJEG, 25 maart 1996, C-137/95 P, SPO vs. Commissie, Jur. 1996, p. I-1611.

<sup>4</sup> Zie r.o. 69.

de Commissie in haar beschikking de factoren aangeeft op basis waarvan zij de zwaarte en de duur van de inbreuk heeft beoordeeld. Dit sluit overigens niet uit dat de Commissie een motivering geeft die verder gaat, 'onder meer door cijfers te vermelden die in het bijzonder voor de nagestreefde preventieve werking de leidraad waren voor de uitoefening van haar beoordelingsbevoegdheid...', aldus het Hof. Volgens het Hof kan dit zelfs wenselijk zijn zodat de ondernemingen precies kunnen weten hoe de hun opgelegde geldboete is berekend en de uitoefening van de volledige rechtsmacht door het Gerecht wordt vergemakkelijkt, waardoor het Gerecht kan beoordelen of de opgelegde geldboete passend is.

Een dergelijke meer uitgebreide motivering verandert de uit de motiveringsplicht voortvloeiende vereisten echter niet. Voorts merkt het Hof nog op dat het overleggen van aanvullende gegevens tijdens de procedure voor het Gerecht, en dus *nadat* de beschikking is vastgesteld, in verband met de volledige rechtsmacht van het Gerecht gerechtvaardigd kan zijn.

Het Hof concludeert dan ook dat het Gerecht in strijd met artikel 190 (thans artikel 253 EG) had overwogen dat indien de Commissie bepaalde basisfactoren in aanmerking nam, zij deze factoren in de beschikking zelf moest noemen. Bovendien oordeelt het Hof dat het arrest van het Gerecht innerlijk tegenstrijdig was, aangezien het Gerecht enerzijds overwoog dat de beschikking een toereikende en terzake dienende vermelding van de beoordelingsfactoren bevatte en anderzijds stelde dat een specifieke motivering in de beschikking betreffende de wijze van berekening van de geldboeten ontbrak.

Het Hof vernietigt het arrest van het Gerecht op dit punt echter niet, aangezien het Gerecht ondanks zijn onjuiste rechtsopvatting het middel dat de Commissie met haar beschikking de motiveringsplicht had geschonden, had verworpen.

## Commentaar

Het Hof baseert zich voor wat betreft de eisen die aan de motivering van een boetebeschikking mogen worden gesteld (althans voor wat betreft de hoogte van de boete), geheel op de tekst van artikel 15 lid 2 Vo. 17, dat slechts bepaalt dat bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete niet alleen rekening wordt gehouden met de zwaarte van de inbreuk, maar ook met de duur van de inbreuk.

Zie ik het goed, dan bedoelt het Hof niet dat de Commissie niet met andere factoren rekening *mag* houden. Waar het Hof stelt dat de Commissie een verdergaande motivering kan geven, kan dat in de redenering van het Hof alleen maar doelen op factoren die niets met de ernst en de duur van de inbreuk te maken hebben. Ik kan het Hof echter niet volgen als het enerzijds mogelijk acht dat er met meer factoren dan de ernst en de duur van de inbreuk rekening wordt gehouden en anderzijds oordeelt dat de motivering alleen die twee laatste elementen behoeft te betreffen. Mijns inziens zou het in aanmerking nemen van andere

factoren eveneens in de motivering tot uitdrukking moeten komen, omdat alleen op die manier kan worden nagegaan hoe de Commissie tot de hoogte van de boete is gekomen. Dat een en ander niet een zuiver mathematische exercitie is, doet er natuurlijk niet aan af dat ook dan het oordeel door de motivering moet kunnen worden gedragen. Zelfs indien slechts de hoofdpunten van de redenering in de beschikking behoeven te worden weergegeven<sup>5</sup>, zouden deze bijkomende factoren – die immers toch een rol spelen bij de bepaling van de hoogte van het boetebedrag – genoemd moeten worden, zonder dat overigens nodig is dat blijkt in welke mate die factoren tot verhoging of verlaging hebben geleid. Ik meen dan ook dan het Hof een te soepele maatstaf aanlegt voor de motivering van het boetebedrag en kan mij meer vinden in de eisen die het Gerecht in dit en andere arresten stelt.<sup>6</sup>

De vraag is voorts hoe het Hof thans tegen een zaak als de onderhavige zou aankijken, gezien de na de beschikking van de Commissie vastgestelde Clementieregeling van 1996.<sup>7</sup> Daarin geeft de Commissie weer welke factoren zij in aanmerking neemt – en tot welke procentuele verlaging van de anders opgelegde boete deze leiden – indien ondernemingen actief meewerken aan een onderzoek van de Commissie naar inbreuken op de artikelen 81 en 82 EG. Eenzelfde vraag kan worden gesteld naar aanleiding van de boeterichtsnoeren uit 1998, waarin niet alleen factoren betreffende de ernst en de duur van de inbreuk, maar ook (andere) verzwarende en verzachtende omstandigheden worden genoemd.<sup>8</sup> Voor beide communautaire varianten van de Nederlandse 'beleidsregels' behoeft de Commissie mijns inziens, gezien het besproken arrest van het Hof, niet expliciet te motiveren hoe deze mededeling c.q. richtsnoeren zijn toegepast (dit wil zeggen met welke omstandigheden de Commissie rekening heeft gehouden). Een uitzondering geldt daarbij echter voor dat gedeelte van de boeterichtsnoeren dat betrekking heeft op de wijze waarop de ernst en de duur van de inbreuk in de beoordeling worden betrokken.<sup>9</sup>

Ook ten aanzien van dit punt heeft het arrest van het Hof vreemde consequenties, maar een strikte toepassing van de door het Hof aangelegde maatstaf leidt hier naar mijn opvatting toe. Wat hiervan zij, het arrest is een goede

5 Vergelijk bijvoorbeeld HvJEG, 15 juli 1970, 41/69, ACF Chemiefarma, Jur. 1970, p. 263.

6 Vergelijk bijvoorbeeld GvEA, T-230/94, 21 maart 1996, Farrugia, Jur. 1996, p. II-195.

7 Mededeling van de Commissie van 18 juli 1996, Pb. EG 1996, C 207/4, leniency programme.

8 Richtsnoeren van de Commissie van 14 januari 1998 voor de berekening van geldboeten, Pb. EG 1998 C 9/3.

9 Vergelijk GvEA, 12 december 1996, T-80/94, AKT vs. Cie, Jur. 1996, p. II-2169, waarin het Gerecht overweegt dat het een beschikking van de Commissie moet toetsen aan de richtsnoeren die zij zichzelf heeft opgelegd bij de beoordeling van steunmaatregelen in de textielsector. Een verschil tussen deze richtsnoeren en de Clementieregeling is dat de richtsnoeren zien op de toepassing van de criteria van artikel 87 lid 3, EG, terwijl de Clementieregeling geen toepassing is van de criteria ernst en duur van artikel 15 lid 2 Vo. 17.

aanleiding om eens te bezien of de regel die thans door het Hof wordt gesteld, door de Nederlandse rechter ook ten aanzien van de d-g NMa zou worden gesteld.

Voor wat betreft de factoren die de d-g NMa in acht moet nemen bij het bepalen van de hoogte van de boete, bepaalt artikel 57 lid 2 Mw dat hij *in elk geval* rekening houdt met de ernst en de duur van de overtreding. Volgens artikel 62 lid 2 Mw, dient een beschikking waarbij een boete wordt opgelegd, een toelichting te bevatten op de hoogte daarvan.

Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat inderdaad is bedoeld dat bij de bepaling van de hoogte van de boete met meer factoren dan alleen de ernst en de duur rekening wordt gehouden. Zo wordt opgemerkt dat, afhankelijk van het geval ook andere factoren een rol spelen, zoals mogelijke recidive, de bereidheid van de betrokken ondernemers om mee te werken aan het beëindigen van de overtreding, het behaalde voordeel<sup>10</sup> en de bereidheid van de betrokken onderneming de aangerichte schade te herstellen.<sup>11</sup> Ook het uit eigen beweging melden bij de d-g NMa van een overtreding, zal (een verlagende) invloed hebben op de hoogte van de boete.<sup>12</sup> Uit de wetsgeschiedenis blijkt voorts dat ook de omzet van de betrokken ondernemer een rol speelt bij de vaststelling van de hoogte van de boete omdat omzet een indicatie is van marktmacht. Marktmacht wordt in dit verband echter gezien als een element van de ernst van de overtreding.<sup>13</sup>

Het staat in elk geval wel vast, dat in het Nederlandse systeem meer factoren kunnen worden meegewogen dan alleen de ernst en de duur (waarin het overigens op zichzelf niet afwijkt van het communautaire, zoals blijkt uit de uitspraak van het Hof).

In de – op dit punt nog beperkte – praktijk van de d-g NMa worden dergelijke andere factoren ook daadwerkelijk meegewogen.

Zo wees de d-g NMa in zaak 952, Bredase notarissen, op de omstandigheid dat de overtreding na de constatering ervan in het rapport werd beëindigd<sup>14</sup> en dat alle geadresseerden *first offender* waren. Tevens hield de d-g NMa er rekening mee dat de marktverdeling betrekking had op slechts een deel van de activiteiten van de notarissen.

In zaak 650, Hydro Energy versus SEP, nam de d-g NMa naast de ernst en de duur van de overtreding, in aanmerking dat de elektriciteitsmarkt zich in een bijzondere overgangssituatie van publieke naar private sector bevindt<sup>15</sup> en dat ook SEP een *first offender* was. Voorts ging de d-g NMa in op de schade die de klager stelde geleden te hebben. Dit element achtte de d-g NMa, gezien de onderliggende feiten, geen reden om een hogere boete vast stellen wegens ingrijpende gevolgen van de overtreding op de mededinging.

De vraag die gesteld kan worden is of uit de bewoordingen van artikel 62 lid 2 Mw – de beschikking moet een *toelichting* op de hoogte van de boete bevatten – moet worden afgeleid dat de wetgever minder strenge eisen stelt aan de onderbouwing van de hoogte van een boete dan norma-

liter aan een *motivering* wordt gesteld. Wanneer artikel 62 lid 2 Mw deze woorden niet zou bevatten, zou immers uit artikel 3:46 Awb reeds een motiveringsplicht voortvloeien. Uit de wetsgeschiedenis bij de Mededingingswet blijkt echter niet dat hier op iets anders wordt gedoeld dan de reguliere motiveringsplicht.<sup>16</sup>

Het motiveringsbeginsel in het Nederlandse bestuursrecht houdt in dat een besluit gedragen moet kunnen worden door de daaraan ten grondslag liggende motivering en dat die motivering naar buiten moet blijken.<sup>17</sup> De motivering heeft dan ook zowel betrekking op de kenbaarheid van de motivering (het formele motiveringsbeginsel), als op de inhoudelijke argumentatie die in wezen eerder totstandkomt dan het besluit (het materiële motiveringsbeginsel).<sup>18</sup> In dat laatste opzicht heeft het motiveringsbeginsel alles te maken met de inhoudelijke onderbouwing van het besluit en zal de motivering moeten verzekeren dat het besluit in overeenstemming is met bijvoorbeeld het evenredigheidsbeginsel, het verbod op willekeur en het gelijkheidsbeginsel. Voor wat betreft boeten brengt dit met zich mee dat de d-g NMa *alle* relevante factoren (en niet alleen de ernst en de duur van de overtreding), voor de bepaling van de hoogte van de boete moet meewegen, wil hij niet in strijd met genoemde beginselen handelen. Dit wegingsproces moet dan ook kenbaar worden gemaakt, waarbij hij vanzelfsprekend niet steeds uitdrukkelijk die factoren behoeft te benoemen die in een zaak *geen* rol hebben gespeeld.

De (gepubliceerde) jurisprudentie van de bestuursrechter(s) op het punt van de toetsing van bestuurlijke boetes is bepaald niet ruim te noemen. Uit de enkele uitspraken die gepubliceerd zijn, blijkt echter dat de rechter niet terughoudend is in de toetsing van boetebesluiten. Zo oordeelde het College van beroep voor het bedrijfsleven dat een beschikking van het Tuchtgerecht voor de Groothandel in Eieren en Eiproducten en de Eiproductenindustrie niet in stand kon blijven, gelet op de gebrekkige motivering van de strafmaat.<sup>19</sup> Volgens het College suggereerde het boetebedrag in die zaak (f 6900,-) een zekere verfijning in de opbouw ervan, maar gaf het Tuchtgerecht bij de motivering ervan geen inzicht in die opbouw. Het College gaf daarbij aan dat niet duidelijk werd of en in welke mate de grootte van de partijen, de mate van antedatering en/of andere factoren bij die opbouw een rol speelden.

10 Kamerstukken II, 24 707, nr. 3, MvT, PG Mw, p. 684.

11 Zie Jaarverslag NMa 2001, p. 47.

12 Idem.

13 Kamerstukken II, 24 707, nr. 6, Nota naar aanleiding van het Verslag, PG Mw, p. 685.

14 Ook in zaak 757, Chilly en Basilicum vs. G-Star/Secon Group werd in aanmerking genomen dat de overtreding – deels – was beëindigd, voordat de sanctiebeschikking werd vastgesteld. Zie randnummer 147 van dat besluit.

15 Dit zou ook als onderdeel van de ‘ernst van de overtreding’ kunnen worden beschouwd.

16 Kamerstukken II, 24 707, nr. 3, MvT, PG Mw, p. 692.

17 PG Awb I, p. 268.

18 PG Awb I, p. 268.

19 CBB 8 april 1988, AB 1989, 504.

Het is niet te verwachten dat het College, indien de d-g NMa een boete van 20 miljoen gulden uitdeelt, het boetebedrag minder verfijnd zal achten en om die reden geen inzicht zou verlangen in de gronden waarop dat bedrag is gebaseerd.<sup>20</sup> De kern van de uitspraak van het CBB is dat het bestuursorgaan *inzicht* moet geven in de redenen die tot het boetebedrag hebben geleid. Wanneer de d-g NMa nu, zoals de Commissie in de karton-zaken, bij de berekening van een boete rekening zou houden met de medewerking van een onderneming aan het onderzoek, of de boete zou relateren aan de omzet, dan is dat evenzeer bepalend voor de opbouw van het boetebedrag en zal de d-g NMa derhalve eveneens inzicht in die opbouw moeten geven.

In een zaak waarbij voor de bepaling van de hoogte van een boete een 'puntensysteem' werd gehanteerd, ging de Afdeling Bestuursrechtspraak in die zin nog verder daar zij oordeelde dat het bestuursorgaan niet inzichtelijk maakte waarom voor een *bepaald element* het maximumaantal punten werd toegekend. Ook in die zaak werd de motivering ontoereikend geacht.<sup>21</sup>

Hoewel, zoals gezegd, jurisprudentie van de Nederlandse rechter op het gebied van de motivering van boetebesluiten nog niet ruim voorhanden is, lijkt geconcludeerd te kunnen worden dat hij op dit punt meer zal verlangen dan het Hof van Justitie. Nu met name door de handhaving van de Mededingingswet de bedragen van bestuurlijke boeten ongetwijfeld fors zullen toenemen, mag verwacht worden dat de bestuursrechter in elk geval niet minder streng zal toezien op de motivering (en de evenredigheid) dan in hiervoor genoemde zaken.

Factoren die in aanmerking zijn genomen, zullen dus in het boetebesluit tot uiting moeten komen. Het helpt de d-g NMa daarbij niet als hij verzwijgt dat hij met andere factoren rekening heeft gehouden dan degene die hij noemt in het besluit.<sup>22</sup> Indien een onderneming waaraan een boete wordt opgelegd, tijdens de procedure omstandigheden heeft aangewezen die tot verlaging van een boete aanleiding zouden kunnen geven, dan dient de d-g NMa daarop te reageren. Doet hij dat niet en meent de rechter met de onderneming dat de aangevoerde omstandigheden reden zouden kunnen zijn voor verlaging van de boete, dan zal vernietiging van het besluit (kunnen) volgen wegens schending van het motiveringsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel en zal de rechter zelf een passende boete kunnen vaststellen. Ongetwijfeld zal de rechter de boete verlagen, omdat uit het besluit van de d-g NMa dan niet blijkt dat hij rekening heeft gehouden met de verlichtende omstandigheden.

Een en ander betekent overigens niet dat besluiten van de d-g NMa een 'mathematische precisie' dienen te hebben. Er is geen wettelijke of ongeschreven regel die daartoe dwingt. De rechter zal dan ook niet in die zin kunnen toetsen.

De – korte – ervaring met de boetebesluiten van de d-g NMa laat mijns inziens zien dat de d-g NMa de hoogte van de boete uitgebreid motiveert. Het ziet ernaar uit dat de

rechter zal verlangen dat de d-g NMa die praktijk ook voortzet. De rechter zal niet het voorbeeld van het Europese Hof volgen door de d-g NMa niet gehouden te achten de hoogte van de boete te motiveren op meer gronden dan alleen die betreffende de ernst en de duur van de overtreding.

In beide genoemde zaken werd overigens de beschikking vernietigd, zonder dat de bestuursrechter zelf een boetebedrag vaststelde. De betreffende bestuursorganen dienden dan ook opnieuw te beschikken en een boetebedrag vast te stellen. De rechter liet de bepaling daarvan dan ook over aan het bestuursorgaan en lijkt daarmee af te wijken van de 'volledige rechtsmacht' van zijn communautaire collega's. Denkbaar is echter ook dat de rechter zelf in de zaak voorziet op de voet van artikel 8:72 lid 4 Awb, en het boetebedrag met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel vaststelt, indien ten minste voldoende elementen naar voren zijn gebracht om de evenredigheid van de sanctie te bepalen.<sup>23</sup> Het zelf in de zaak voorzien is ook mogelijk indien op zichzelf de motivering wel voldoende wordt geacht, maar de rechter de boete niet evenredig aan de overtreding acht.<sup>24</sup> De bevoegdheid van de bestuursrechter om een boetebesluit integraal te toetsen en zo nodig zijn eigen oordeel terzake in de plaats te stellen van dat van het bestuursorgaan, vloeit overigens eveneens voort uit artikel 6 EVRM.<sup>25</sup> De Nederlandse bestuursrechter heeft derhalve ter zake van de bepaling van de hoogte van een bestuurlijke boete, eveneens 'volledige rechtsmacht.' Indien in een boetebesluit en de daaropvolgende bezwaarfase voldoende feitelijke gegevens naar voren zijn gekomen om daarop een beslissing te baseren, lijkt het mij ook, vanwege proceseconomische redenen, wenselijk dat de rechter deze 'volledige rechtsmacht' uitoefent.

Ten slotte dient ook hier de vraag te worden gesteld wat de door de d-g NMa vast te stellen beleidsregels inzake de hoogte van de boete en de beleidsregels inzake boeteverlaging in verband met een *leniency programme* voor zijn motiveringsplicht betekenen. De motivering kan in een dergelijk geval in beginsel plaatsvinden door te verwijzen naar de beleidsregel.<sup>26</sup> De feitelijke achtergronden zullen echter ook dan nog steeds in het besluit moeten worden vermeld. Nu het bij beleidsregels zoals hier bedoeld, gaat om de invulling van de bevoegdheid punitieve sancties op te leggen, zou de vaststelling van deze beleidsregels er overigens niet toe moeten leiden dat de rechter marginaal toetst aan de beleidsregels. Hij dient ook dan integraal te (blijven) toetsen.

20 In dat opzicht suggereert de aangehaalde uitspraak te veel dat een motivering vereist is omdat het bedrag zo precies lijkt te zijn bepaald.

21 ABRvS 21 augustus 1997, AB 1998, 216, m.nt. GC.

22 Gesteld dat hij dat zou willen. De huidige praktijk wijst daar niet op.

23 Vergelijk B.J. Schueler, in: D. Allewijn e.a. (red.), Bestuursprocesrecht, p. 710.

24 Vergelijk Ten Berge e.a., Ervaringen met de Awb, Tjeenk Willink, Deventer, 1996, p. 232.

25 Vergelijk bijvoorbeeld EHRM 10 februari 1983, Publ. ECHR, Ser. A. Vol. 58 (Albert/Le Compte).

26 Zie artikel 4:82 Awb.