

# Het NMa boetebeleid

mr M.T.P.J. van Oers en prof. mr. B.M.J. van der Meulen

De Mededingingswet stelt een maximumboete van 10% van de jaaromzet op overtreding van het kartelverbod en van het verbod misbruik te maken van een economische machtspositie. Het is aan de d-g NMa om in geval van een concrete overtreding met inachtneming van dit maximum vast te stellen hoeveel euro's aan boete de onderneming dient te betalen. Daarbij komt hem een grote mate van beleidsvrijheid toe. Door de bekendmaking van beleidsregels geeft de d-g NMa aan op welke wijze hij gebruikmaakt van deze vrijheid.

## Inleiding

Op 21 december 2001 publiceerde de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit (d-g NMa) zijn Richtsnoeren Boetetoemeting.<sup>1</sup> De Richtsnoeren geven inzicht in de uitgangspunten die de d-g NMa hanteert bij het vaststellen van een boete wegens overtreding van het kartelverbod van artikel 6 van de Mededingingswet (Mw) en het verbod van misbruik van een economische machtspositie als bedoeld in artikel 24 Mw.<sup>2</sup> In dit artikel worden deze uitgangspunten nader belicht. Alvorens op de details van de Richtsnoeren Boetetoemeting in te gaan, zal kort worden stilgestaan bij de boete als instrument tot handhaving van de Mededingingswet, het wettelijk kader waarbinnen de d-g NMa dient te opereren bij oplegging van een boete en de invulling die daaraan tot op heden is gegeven. Tevens zal worden ingegaan op het belang van een kenbaar boetebeleid, waarbij ook aandacht zal worden geschonken aan de praktijk van andere mededingingsautoriteiten op dit punt.

## Boete als handhavinginstrument

In de media trekken hoge boetes die door mededingingsautoriteiten aan bedrijven worden opgelegd, veel aandacht. Nog onlangs kopten verschillende kranten met de € 855 miljoen boete die door de Europese Commissie aan de deelnemers van 'het vitaminekartel' werd opgelegd.<sup>3</sup> De mogelijkheid tot het opleggen van boetes is

---

Monique van Oers is plv. directeur van de Juridische Dienst van de NMa. Bernd van der Meulen, tot voor kort werkzaam als coördinator beroepen bij de NMa, is thans hoogleraar Recht en Bestuur aan Wageningen Universiteit en Researchcentrum. Beide auteurs zijn betrokken geweest bij de voorbereiding van het NMa boetebeleid. Onderstreping behoeft dat dit artikel uitsluitend op persoonlijke titel is geschreven. Gegeven interpretaties van het NMa boetebeleid kunnen de d-g NMa in geen enkel opzicht binden.

ongetwijfeld een belangrijk instrument om ondernemingen tot naleving van de mededingingsregels te bewegen. De boete is een punitieve sanctie. Punitieve sancties kenmerken zich erdoor dat zij aan de overtreder ter vergelding van een overtreding leed toevoegen om betrokkene van herhaalde overtreding te weren (speciale preventie) en tevens anderen van het begaan daarvan af te schrikken (generale preventie).<sup>4</sup> Toch is het goed te onderstrepen dat hoge boetes alleen niet voldoende zijn voor het realiseren van een effectieve mededinging, zoals de Mededingingswet beoogt. Van belang zijn tevens helderheid omtrent de vraag welk gedrag verenigbaar en welk gedrag onverenigbaar is met de mededingingsregels, een goed toegerust handhavingapparaat dat in staat is overtredingen van genoemde regels aan het licht te brengen en een efficiënt functionerende procesgang.

De aandacht en inzet van de NMa is op al deze fronten gericht.<sup>5</sup> Zo publiceerde de NMa in 2001 Richtsnoeren Samenwerking Bedrijven<sup>6</sup>, welke beogen ondernemingen meer inzicht te verschaffen in geoorloofde en ongeoorloofde vormen van samenwerking. Naar verwachting zal de d-g NMa in de toekomst ook met betrekking tot andere onderwerpen beleidsregels publiceren met als doel de helderheid ten aanzien van toepassing van de Mededingingswet te vergroten. Wat betreft het handhavingapparaat geldt dat de aandacht van de NMa permanent uitgaat naar een

- 
- 1 Richtsnoeren Boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 57 van de Mededingingswet (Boeterichtsnoeren), Stcrt. 248 van 21 decemer 2001. Ook beschikbaar via de NMa-website (<http://www.nma-org.nl>).
  - 2 De Boeterichtsnoeren zien niet op de vraag of al dan niet een boete dan wel een last onder dwangsom dient te worden opgelegd. Zie in dit verband, bijvoorbeeld, besluit van de d-g NMa van 31 december 2001 in zaak 2234 (ANKO). De Boeterichtsnoeren hebben ook geen betrekking op de boetes die de d-g NMa kan opleggen wegens overtreding van de bepalingen inzake het concentratietoezicht en de medewerkingsplicht. De hoofdlijnen van het beleid van de d-g NMa dienaangaande zijn uiteengezet in Jaarverslag NMa/DTe 2000, p. 52-53. De boetes die in dit verband kunnen worden opgelegd, respectievelijk € 22.500 en € 4.500, zijn laag in verhouding tot het belang dat daarmee gemoeid is. Om die reden heeft de d-g NMa hier als lijn dat de maximum boete wordt opgelegd tenzij sprake is van boeteverlagende omstandigheden.
  - 3 Financieel Dagblad, 22 november 2001, Vitaminekartel krijgt EU record-boete; Financial Times, 21 november 2001, *Roche and BASF face record fine over cartel*.
  - 4 Hierin onderscheidt de punitieve sanctie zich van de reparatoire sanctie (in het taalgebruik van het voorontwerp voor de vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht, de 'herstelsanctie' genoemd), die niet is gericht op het toevoegen van leed maar op herstel van de rechtmatige situatie.
  - 5 A.W. Kist, De NMa in haar vierde jaar, M&M 2001, p. 3 e.v.
  - 6 Richtsnoeren voor de beoordeling van samenwerking tussen bedrijven binnen en buiten brancheorganisaties, Stcrt. 108 van 8 juni 2001. Ook beschikbaar via de NMa-website (zie voetnoot 1).

efficiënte inzet van de beschikbare onderzoekscapaciteit en voorhanden middelen. Training, vergroting van sector kennis, ontwikkeling van onderzoeksstrategieën en de uitwisseling van kennis en ervaring met andere autoriteiten dragen bij aan een succesvol onderzoek en effectief optreden tegen verboden gedragingen.<sup>7</sup> Wat betreft de betrokken procedures is inmiddels duidelijk geworden dat toepassing van de Algemene wet bestuursrecht ('Awb') op procedures ingevolge de Mededingingswet niet steeds resulteert in de gewenste duidelijkheid. Voorzover procedures voor de d-g NMa plaatsvinden, tracht de NMa betrokken partijen tijdig te informeren over de wijze waarop invulling wordt gegeven aan de procesgang. Zo publiceerde de NMa – na consultatie van 'repeat players' – de zogenaamde Werkwijze NMa met handreikingen en interpretaties voor procedures bij de NMa.<sup>8</sup>

Wanneer is geconstateerd dat een bepaalde gedraging van een onderneming in strijd is met de mededingingsregels, is van belang dat hiertegen doelmatig wordt opgetreden. Het betrokken gedrag dient te worden gestaakt en herhaling dient te worden voorkomen. Naast de mogelijkheid tot civielrechtelijke handhaving voor gevallen waarin individuele belangen van justitiabelen in het geding zijn, vereist het algemeen belang de mogelijkheid van publiekrechtelijke handhaving.<sup>9</sup> Wat betreft publiekrechtelijke handhaving voorziet de Mededingingswet in de mogelijkheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete en last onder dwangsom aan ondernemingen.<sup>10</sup> De vraag of deze vorm van sanctionering afdoende is, of dat zij gecomplementeerd zou moeten worden met de mogelijkheid tot het opleggen van sancties (boetes of gevangenisstraf) aan bestuurders en andere beleidsmakers van de betrokken ondernemingen, valt buiten het bereik van dit artikel.<sup>11</sup>

Op de vraag wat een effectieve sanctie is voor ondernemingen in geval van overtreding van de mededingingsregels bestaat geen eenduidig antwoord. Alvorens hierop in te gaan, dient kort te worden stilgestaan bij de schade die door marktverstoring gedrag kan worden veroorzaakt. De economische literatuur die zich op deze materie concentreert, richt zich vooral op de zogenoemde 'hardcore kartels' (zoals prijsafspraken en marktverdelingsafspraken tussen concurrenten) en de schade die daardoor wordt aangericht.<sup>12</sup> Als geaccepteerd uitgangspunt geldt dat kartels resulteren in een vermindering van de output van de betrokken ondernemingen en/of een verhoging van de prijs. Wat is de schade die daardoor wordt aangericht? Onomstreden is dat als schade kan worden aangemerkt de omstandigheid dat afnemers (consumenten) als gevolg van de prijsstijging minder van het product gaan afnemen. Echter, ook afnemers (consumenten) die het product nog steeds kopen lijden schade aangezien zij een hogere prijs betalen dan voorheen. In economisch opzicht is het geen vraag of deze schadepost voor de consument negatief moet worden gewaardeerd. Per saldo hoeft er voor de economie daarentegen geen sprake te zijn van welvaartverlies wanneer welvaart wordt overgedragen van de afnemers (con-

sumenten) naar de producenten (karteldeelnemers), die meer zijn gaan verdienen. Gezien de algemene doelstellingen van efficiënt werkende markten en de bescherming van de consument tegen supra-competitieve prijzen, wordt ook deze overdracht ten voordele van de karteldeelnemers in het kader van mededingingswetgeving evenwel in het algemeen aangemerkt als schade veroorzaakt door het kartel. Ten slotte moet ook de afbreuk die een kartel bewerkstelligt ten aanzien van het prijsmechanisme mede in aanmerking worden genomen. Bij deze schade van kartelvorming gaat het om uiteenlopende factoren zoals een verlies van kosteneffectiviteit, ontmoediging van innovatie, geringere groei en andere effecten die dikwijls uitstralen buiten de desbetreffende sector en soms zelfs op macro-economische schaal merkbaar zijn.<sup>13</sup>

Hoewel bij het optreden tegen kartels het bestaan van de hiervoor beschreven schade vaak mede in aanmerking wordt genomen, zijn er geen voorbeelden bekend van mededingingsautoriteiten die ten behoeve van de boetetoemeting in een concreet geval overgaan tot kwantificering van genoemde schade-elementen (of een benadering daarvan). In plaats daarvan gaat de aandacht meer uit naar de voordelen die karteldeelnemers zelf als gevolg van de ongeoorloofde praktijk hebben kunnen genieten aangezien het deze voordelen zijn die de prikkel tot wetsovertreding vormen. De primaire doelstelling van boetes is effectieve handhaving van de mededingingsregels. Dit vergt dat bij ondernemingen het beeld wordt opgeroepen dat in een voorkomend geval door de betrokken autoriteit tegen een verboden gedraging zo effectief wordt opgetreden dat het voor de betrokken onderneming niet langer aantrekkelijk is om het risico van wetsovertreding te nemen.

Rationeel handelende ondernemingen (evenals individuen) zullen zich eerder overeenkomstig de wet gedragen naarmate de te verwachten kosten bij gedrag in strijd met

7 Zo opende de NMa onlangs de (gratis) 'Informatielijn NMa/DTe', niet alleen ter verstrekking van informatie aan burgers en bedrijven maar ook voor het ontvangen van informatie over mogelijke overtredingen van de Mededingingswet.

8 Werkwijze NMa, Stcrt. 11 van 17 januari 2000. Ook beschikbaar via de NMa-website (zie voetnoot 1).

9 Kamerstukken II, 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 42. Bij civiele actie kan zowel worden gedacht aan acties tot schadevergoeding als verbodsacties.

10 Zie voor de motivering van de keuze voor bestuursrechtelijke handhaving in plaats van strafrechtelijke handhaving met name Kamerstukken II, 1995-1996, nr. 3, p. 42-44 en Kamerstukken II 1996-1997, 24 707, nr. 6, p. 73-75.

11 Zie in dit verband de bijdrage van W.P.J. Wils ten behoeve van de Sixth EC Competition Law and Policy Workshop, EUI, Florence, 1 en 2 juni 2001, *Does the effective enforcement of Articles 81 en 82 require not only fines on undertakings but also individual penalties, in particular imprisonment?*, en de daarin aangehaalde literatuur.

12 Zie W.K. Viscusi, J.M. Vernon, J.E. Harrington, *Economics of Regulation and Antitrust*, MIT Press 1998, p. 73-93; zie ook H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The law of competition and its practice*, West Publishing Co, 1994, p. 584 ev.

13 Zie terzake, bijvoorbeeld, P.A.G. van Bergeijk en R.C.G. Haffner, *Privatization, Deregulation and the Macroeconomy*, Edward Elgar, 1994, p. 103-169.

de regels hoger zijn. De te verwachten kosten zijn niet gelijk aan de opgelegde boetes. Het gaat om een subjectieve waardering daarvan, waarbij ten minste rekening moet worden gehouden met de kans dat een overtreding wordt geconstateerd ('de pakkans') en de kans dat de daarop volgende procedure daadwerkelijk tot een boete leidt ('veroordeelingskans'). Daarnaast speelt de mogelijke schade aan de reputatie die een onderneming als gevolg van de betrokken procedure kan lijden, een rol. Zijn de te verwachten boetes, gezien de mogelijke voordelen en de inschatting die de onderneming maakt van de kans op een veroordeling, laag dan bestaat het risico dat de onderneming de boete slechts beschouwt als een *'regular cost of doing business'* en daarbij de mogelijke schade aan de reputatie op de koop toe neemt. De boete heeft dan een onvoldoende afschrikwakkend effect en van effectieve handhaving kan geen sprake zijn. Er zijn voorbeelden van mededingingswetgeving die bij deze gedachte aansluiten door op een overtreding voor ondernemingen een boete te stellen gelijk aan een veelvoud van het behaalde voordeel.<sup>14</sup>

### Wettelijk kader boetebeleid NMa en praktijk tot op heden

Ingevolge artikel 57 Mw kan de d-g NMa bij overtreding van het kartelverbod of het verbod van misbruik van een economische machtspositie een boete opleggen van ten hoogste € 450.000 (voorheen NLG 1 miljoen)<sup>15</sup> of, indien dat meer is, 10% van de totale jaaromzet van de onderneming.<sup>16</sup> Artikel 57 Mw bepaalt voorts dat de d-g NMa bij vaststelling van de hoogte van de boete in ieder geval rekening houdt met de ernst en duur van de overtreding. In de Memorie van Toelichting (MvT) bij de Mededingingswet staat verder te lezen dat bij de oplegging van de boete rekening dient te worden gehouden met de omvang en macht van de onderneming op de markt en dat bij iedere boetebeschikking moet worden afgewogen hoe hoog de boete in het concrete geval moet zijn. Afhankelijk van het geval kunnen, zo wordt in de MvT gesteld, naast ernst en duur, andere factoren een rol spelen zoals recidive, de bereidheid van de onderneming de overtreding te beëindigen en het met het verboden gedrag behaalde voordeel. De financiële positie van de onderneming dient volgens de MvT in beginsel geen rol te spelen bij de vaststelling van de hoogte van de boete. Achterliggende gedachte is dat slecht ondernemingsbeleid niet 'beloond' mag worden met een lagere boete. Tegelijkertijd mag het niet zo zijn dat een boete het faillissement van een onderneming waarschijnlijk zal maken. Dit zou volgens de MvT in strijd zijn met het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 Awb.<sup>17</sup>

De Mededingingswet laat de d-g NMa aldus een ruime discretionaire marge ten aanzien van de vaststelling van de hoogte van de boete in een concreet geval. De wet kent slechts een heldere maatstaf wat betreft het boetemaximum. Het wettelijk maximum van 10% van de omzet dient te worden verstaan als 10% van de omzet die door de onderneming is behaald in het boekjaar voorafgaand aan

de beschikking, ongeacht waar ter wereld deze omzet is gerealiseerd.<sup>18</sup> Aldus is sprake van een enorme – in het Nederlands rechtstelsel verder ongekende – brede range van mogelijke boetebedragen, welke van onderneming tot onderneming bovendien sterk kan verschillen. In de MvT wordt niet uitvoerig stilgestaan bij de keuze voor dit boetemaximum. Dit kan worden verklaard uit de omstandigheid dat is aangesloten bij de boete die ingevolge Verordening 17 maximaal door de Europese Commissie kan worden opgelegd in geval van overtreding van artikel 81 of 82 EG-Verdrag.<sup>19</sup> Het algemeen uitgangspunt van aansluiting bij de Europese norm wordt derhalve ook wat betreft de boetemaatstaf gevolgd.<sup>20</sup>

- 
- 14 Dit geldt bijvoorbeeld voor de mededingingswetgeving in Duitsland (boetemaximum € 500.000 dan wel een bedrag gelijk aan driemaal het genoten voordeel), Zwitserland (maximaal 10% van de jaaromzet in Zwitserland dan wel driemaal het behaalde voordeel), Verenigde Staten (boetemaximum USD 10 miljoen dan wel tweemaal het genoten voordeel of geleden verlies) en Nieuw-Zeeland (maximaal driemaal het behaalde voordeel dan wel 10% van de jaaromzet).
- 15 Wijziging met ingang van 1 januari 2002, Aanpassingswet euro, Staatsblad 2001, 481.
- 16 Ten aanzien van ondernemersverenigingen wordt bepaald dat de boete maximaal gelijk is aan de gezamenlijke omzet van de daarvan deel uitmakende ondernemingen (artikel 57, lid 1 Mw). In dit artikel wordt verder niet ingegaan op de bijzondere positie van ondernemersverenigingen. De Boeterichtsnoeren bevatten op enkele plaatsen een verwijzing naar de situatie van ondernemersverenigingen (Boeterichtsnoeren, par. 17 en 24).
- 17 Kamerstukken II, 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 88-89.
- 18 Het gaat, met andere woorden, om de wereldwijde omzet, en niet alleen om de omzet in Nederland. Kamerstukken II, 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 88-89.
- 19 Verordening 17 van de Raad van 6 februari 1962, Pb. EG 1962, 204, artikel 15 (de Commissie kan in geval van overtreding van artikel 81 of 82 EG-Verdrag een boete opleggen van 'ten hoogste tien percent van de omzet van elk der betrokken ondernemingen in het voorafgaande boekjaar, indien bedoeld bedrag hoger is dan één miljoen rekenenheden'). De huidige voorstellen tot wijziging van Verordening 17 (COM (2000) 582 final) omvatten geen materiële wijziging ten aanzien van bedoeld boetemaximum.
- 20 Kamerstukken II, 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 10, p. 86. Over de ratio van de 10%-norm in Verordening 17 bestaat weinig duidelijkheid. In zijn conclusie in zaak 19/77, *Miller*, Jur. 1978, p. 131, p. 162 overweegt A-G Warner 'De beoordelingsvrijheid der Commissie met betrekking tot de hoogte van de boete beweegt zich derhalve tussen 0% en 10% van de omzet van de betrokken onderneming. [...] Dienovereenkomstig lijkt een boete van 10% van de omzet gerechtvaardigd bij een langdurige opzettelijke inbreuk van de zwaarste soort. Aan het andere einde van de schaal is een boete van minder dan 1% passend bij een kortstondige culpose inbreuk van het lichtste soort, wanneer de omstandigheden niettemin het opleggen van een boete rechtvaardigen.' In zijn arrest in zaken 100-103/80, *Musique Diffusion Française*, Jurispr. 1983, p. 1825, p. 1908 overweegt het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ) 'De enige uitdrukkelijke verwijzing naar de omzet van de onderneming betreft dus de bovengrens van een boete die hoger is dan een miljoen RE. In dat geval dient dit maximum te voorkomen dat boetes onevenredig zijn aan de omvang van de onderneming, en aangezien enkel de totale omzet die omvang bij benadering kan aanduiden, moet vorenbedoeld percentage, zoals de Commissie heeft betoogd, worden opgevat als een percentage van de totale omzet.'

Tot op heden heeft de d-g NMa in een drietal zaken boetes opgelegd op basis van artikel 57 Mw. Eén van deze zaken betreft misbruik van een economische machtspositie in de elektriciteitssector<sup>21</sup>, een andere heeft betrekking op verticale prijsbinding gecombineerd met een doorleveringsverbod in de kledingsector<sup>22</sup> en in de derde zaak oordeelde de d-g NMa over een marktverdelingsregeling welke notarissen in een gemeente met elkaar waren aangegaan<sup>23</sup>. Uit de motivering van de desbetreffende besluiten blijkt dat de d-g NMa in de eerste plaats de aard en duur van de betrokken overtreding in acht neemt alsmede de mogelijke weerslag ervan op de markt. Vervolgens wordt beoordeeld of er sprake is van boeteverlagende dan wel boeteverhogende omstandigheden. Wat betreft boeteverlagende omstandigheden heeft de d-g NMa tot nu toe betekenis toegerekend aan de omstandigheid dat de onderneming de verboden gedraging inmiddels zelfstandig had gestaakt<sup>24</sup> en het gegeven dat de betrokken sector zich in een bijzondere overgangssituatie bevond van 'publieke naar private sector'.<sup>25</sup>

Bovenbedoelde beschikkingen vormen op dit moment alle nog voorwerp van een gerechtelijke procedure. Na een bezwaarprocedure voor de d-g NMa<sup>26</sup> staat van sanctiebeschikkingen beroep open bij de Rechtbank Rotterdam. Aangezien er op dit moment door de Rechtbank nog geen uitspraak is gedaan in een sanctieprocedure, zal hier verder niet worden ingegaan op de rechterlijke controle op NMa-sanctiebesluiten.<sup>27</sup> Wel zal meer uitvoerig worden ingegaan op de procedure met betrekking tot de marktverdelingsregeling van genoemde notarissen aangezien in deze zaak de oorspronkelijk opgelegde boetebedragen in de bezwaarprocedure werden gewijzigd.

Deze zaak betrof een regeling die door een 16-tal notarissen was overeengekomen reeds lang voor de inwerkingtreding van de Mededingingswet. Op basis van de gemaakte afspraken werden opdrachten waarbij de betrokken gemeente of het gemeentelijk grondbedrijf als partij optrad volgens een eenvoudig rotatie-systeem onder de notarissen verdeeld. De notarissen voerden wisselend voor een periode van zes maanden de betrokken opdrachten uit en verdeelden de opbrengsten gelijkelijk onder elkaar. In zijn sanctiebeschikking overweegt de d-g NMa dat sprake is van een zeer ernstige inbreuk welke 15 maanden heeft geduurd onder het regime van de Mededingingswet, en legt boetes op tussen NLG 15.000 en NLG 20.000 per notaris.<sup>28</sup> Dit komt gemiddeld per notaris neer op een boetebedrag van ongeveer 2% van de jaaronzet. Aangezien geen sprake was van boeteverlagende omstandigheden, afgezien van de omstandigheid dat de notarissen de regeling inmiddels hadden beëindigd, achtte de d-g NMa genoemde boetebedragen passend. In de bezwaarprocedure voerden de notarissen vervolgens aan dat de boetes disproportioneel zouden zijn, met name omdat de regeling slechts betrekking zou hebben op een zeer beperkt deel van hun totale activiteiten (en daarmee van hun totale omzet). Met deze omstandigheid zou de d-g NMa onvoldoende rekening

hebben gehouden. Bedoelde argumenten waren voor de d-g NMa aanleiding om nader onderzoek te verrichten naar de reikwijdte van de betrokken regeling.<sup>29</sup> Dit onderzoek wees uit dat de regeling inderdaad slechts zag op een zeer beperkt deel van de totale activiteiten van de notarissen met een totale waarde welke geringer was dan de som van de boetebedragen.<sup>30</sup> In het licht hiervan achtte de d-g NMa het gerechtvaardigd in bezwaar de oorspronkelijk opgelegde boetes te verminderen tot boetes tussen NLG 5.000 en NLG 8.000 per notaris. Aldus bijgesteld kwam het totaal van de opgelegde boetes op een bedrag dat lager lag dan de omzet gerealiseerd met de betrokken activiteiten terwijl in de ogen van de d-g NMa geen afbreuk werd gedaan aan de algemene functie van de boete vanuit het oogpunt van speciale en generale preventie.<sup>31</sup> De motivering van het besluit op bezwaar laat zien dat de d-g NMa zich beweegt van een meer abstracte naar een meer concrete benadering van de invulling van het boetebedrag, waarbij naast de totale omzet van de onderneming ook rekening wordt gehouden met de omzet die bij de overtreding is betrokken (ofwel 'de betrokken omzet'; zie hierna).

## Belang van een kenbaar boetebeleid

In het algemeen heeft het vaststellen van beleid primair een interne functie. Het is een instrument voor sturing

21 Besluit van de d-g NMa van 26 augustus in zaak 650 (Sep) en het daarop volgend besluit op bezwaar van 27 maart 2000 (opgelegde boete NLG 14 miljoen).

22 Besluit van de d-g NMa van 12 januari 2000 in zaak 757 (Secon/Chilly-Basilicum) en het daaropvolgend besluit op bezwaar van 21 december 2001 (opgelegde boete NLG 500.000).

23 Besluit van de d-g NMa van 14 september 1999 in zaak 952 (Bredase notarissen) en het daaropvolgend besluit op bezwaar van 12 februari 2001 (boetes variërend van NLG 5.000 tot NLG 8.000).

24 Besluit van de d-g NMa van 12 februari 2001 in zaak 953, randnummer 17; besluit van de d-g NMa van 12 januari 757, randnummer 147.

25 Besluit van de d-g NMa van 26 augustus 1999 in zaak 650, randnummer 137.

26 Overeenkomstig het bepaalde in artikel 92 Mw vraagt de d-g NMa in deze zaken een advies van een onafhankelijke Bezwaaar adviescommissie.

27 Aangezien deze beschikkingen genomen zijn voorafgaand aan de publicatie van de Boeterichtsnoeren, zullen deze naar verwachting geen grote rol spelen in de rechterlijke toetsing van bedoelde beschikkingen. In latere zaken zal de rechter, naar verwachting, de vraag naar de redelijkheid van de Boeterichtsnoeren onder ogen zien en bij bevestigende beantwoording van die vraag de Richtsnoeren mede tot maatstaf nemen bij de toetsing van de betrokken boetebesluiten. Dit is de zogenaamde tweefasentoetsing (eerst toetsing van het beleid en vervolgens toetsing aan het beleid; vgl. Vz. ABRvS, 10 februari 1997, JB 1997/99).

28 De notarissen waren allen op gelijke wijze betrokken bij de (uitvoering van) de regeling. Voorzover er sprake is van verschil in hoogte van de boetes is dit het gevolg van een verschil in aanvang en beëindiging van de praktijkvoering door de verschillende notarissen.

29 In haar advies had de Bezwaaar adviescommissie, gezien het cijfermateriaal dat tijdens de hoorzitting naar voren was gebracht, ook tot heroverweging ten aanzien van de hoogte van de boetes geadviseerd (zie voetnoot 26).

30 Het totaal van de oorspronkelijk opgelegde boetes was, met andere woorden, meer dan 100% van de betrokken omzet, zoals bedoeld in par. 15 van de Boeterichtsnoeren.

31 Besluit van de d-g NMa van 12 februari 2001 in zaak 952, randnummer 17.



van ambtelijke werkzaamheden en het kan dienen voor de motivering van, en toelichting op, besluiten. In geval van openbaarmaking van beleid is tevens sprake van externe functies. In februari 2001 kondigde de d-g NMa in Markt & Mededinging aan dat de NMa 'boeterichtlijnen' bekend zou gaan maken. 'Dit vergroot zowel de effectiviteit van de handhaving van de Mededingingswet als de transparantie'.<sup>32</sup> Openbaarmaking van het beleid heeft derhalve zowel het (handhavings)belang dat de mededingingsautoriteit behartigt, als de belangen van marktpartijen op het oog. Effectieve handhaving, in de zin van speciale en generale preventie, en transparantie zijn twee doelstellingen die worden gediend met een kenbaar boetebeleid. Aangenomen mag worden dat ondernemingen, wanneer zij als gevolg van een transparant beleid meer inzicht hebben in de boetes die zij bij overtreding van de Mededingingswet kunnen verwachten, zich bij hun gedragingen hierdoor mede zullen laten leiden. Indien bij de hoogte van de boete voorts afdoende rekening wordt gehouden met de mogelijke voordelen die een onderneming als gevolg van een overtreding kan genieten alsmede met de inschatting van de kans op een veroordeling, dan zal dit de overtreder van een volgende overtreding van de Mededingingswet kunnen weerhouden (speciale preventie) en tevens potentiële overtreders afschrikken (generale preventie). Daarnaast doen 'boeterichtlijnen' door het aandragen van objectieve beoordelingsmaatstaven recht aan het gelijkheidsbeginsel op grond waarvan gelijke gevallen op gelijke wijze dienen te worden behandeld. Voorts ondersteunen 'boeterichtlijnen' ondernemingen, jegens wie een rapport is opgemaakt, bij het voeren van verweer aangezien inzicht wordt geboden in de omstandigheden die een rol (kunnen) spelen bij het bepalen van de hoogte van de boete. Ten slotte is een belang van een kenbaar boetebeleid gelegen in de mogelijkheid die het biedt om ondernemingen te bewegen tot samenwerking met de mededingingsautoriteit. Indien sprake is van een kenbaar beleid resulterend in boetes met een afschrikwekkende werking, zullen ondernemingen eerder geneigd zijn om, in ruil voor boete-immuniteit of boetevermindering, aan de mededingingsautoriteit openheid te verschaffen ten aanzien van verboden kartelafspraken waarbij zij zijn betrokken. Verschillende mededingingsautoriteiten hebben moeten ervaren dat het opsporen van de meest schadelijke kartels vaak moeilijk is vanwege het geheime karakter ervan. Het komt de effectiviteit van overheidsop treden zeer ten goede wanneer één van de karteldeelne mers bereid is volledige openheid van zaken te geven en medewerking te verlenen in de vervolprocedure. Een dergelijk gedrag kan worden gestimuleerd door een afschrikwekkend sanctiesysteem met daaraan gekoppeld de mogelijkheid tot boetevermindering of zelfs boete-immuniteit. Het belang van een dergelijk beleid, ook wel *leniency* beleid genoemd, wordt alom onderschreven.<sup>33</sup>

De in december 2001 gepubliceerde Richtsnoeren Boetetoemeting (Boeterichtsnoeren) zijn door de d-g NMa opgesteld met het oogmerk de hiervoor genoemde doelen

te dienen. Een en ander komt uitdrukkelijk in de Boeterichtsnoeren tot uiting. De Boeterichtsnoeren omvatten zelf niet de details van een NMa *leniency* beleid. De d-g NMa heeft echter bij bekendmaking van de Boeterichtsnoeren aangegeven begin 2002 te komen met een consultatiedocument met de details van een voorgenomen NMa *leniency* beleid. De verschillende betrokken partijen zullen in de gelegenheid worden gesteld hierop te reageren alvorens de d-g NMa de regels voor *leniency* definitief zal vaststellen.<sup>34</sup>

### Boetebeleid van buitenlandse autoriteiten: een panklaar recept?

Alvorens in te gaan op de details van de Boeterichtsnoeren is de vraag gerechtvaardigd of de d-g NMa niet de boeteregels van een collega-mededingingsautoriteit, met meer ervaring op het terrein van handhavend optreden, had kunnen overnemen. Wat betreft de boeteregels van de Europese Commissie wordt in de Boeterichtsnoeren zelf aangegeven waarom de d-g NMa heeft gemeend de communautaire regels niet als uitgangspunt te kunnen nemen. De Europese Commissie hanteert volgens bedoelde regels een drietal inbreukcategorieën waarvoor vervolgens vaste boetebedragen gelden.<sup>35</sup> Een nadeel van dit systeem is volgens de d-g NMa dat kleine ondernemingen relatief harder worden getroffen dan grotere (vaak internationaal opererende) ondernemingen. Het boetebeleid van de d-g NMa moet, aldus de Boeterichtsnoeren, zowel toepasbaar zijn op grote ondernemingen als op het midden- en kleinbedrijf, zonder daarbij de beoogde preventieve werking te missen dan wel onevenredige resultaten te genereren.<sup>36</sup> De hiervoor gesignaleerde nadelen van de boeteregels van de Commissie zijn inmiddels duidelijk gebleken. Teneinde grotere ondernemingen effectief te beboeten is de Commissie er al snel toe moeten overgaan om de bedragen

32 A.W. Kist, De NMa in haar vierde jaar, M&M 2001, p. 4.

33 *Report on Leniency Programmes to Fight Hard Core Cartels*, OECD Competition Committee, 2001, beschikbaar via OECD-website (<http://www.oecd.org>). Zie ook de *Principles for Leniency Programmes*, Directors' General of European Competition Authorities meeting in Dublin on 3 and 4 September 2001 (beschikbaar via <http://www.tca.ie/eca.pdf>).

34 Wellicht ten overvloede zij opgemerkt dat de mogelijkheid van *leniency* niet afhankelijk is van de vaststelling van deze regels. De d-g NMa heeft herhaaldelijk publiekelijk te kennen gegeven dat een onderneming die de NMa op eigen initiatief op de hoogte stelt van een overtreding van het kartelverbod waarbij zij is betrokken en die het benodigde bewijs levert voordat de NMa aan een onderzoek is begonnen, kan rekenen op een flinke boetekorting in vergelijking tot de andere overtreders, mits zij de overtreding onmiddellijk staakt en vervolgens meewerkt aan het onderzoek door de NMa (zie ook Jaarverslag NMa/Dte 2000, p. 52). Zolang er geen regels zijn vastgesteld zullen de modaliteiten van geval tot geval moeten worden afgesproken tussen de (vertegenwoordigers van de) onderneming en de NMa. De auteurs hopen uitgebreider op het onderwerp *leniency* terug te komen zodra de betrokken regels door de d-g NMa zijn vastgesteld.

35 Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van art. 15, lid 2, van Verordening 17, respectievelijk art. 65, lid 5, EGKS-Verdrag worden opgelegd, Pb. EG 1998, C9/3, onder A.

36 Boeterichtsnoeren, par. 5.

genoemd in haar richtsnoeren te vermenigvuldigen met een zogenaemde *multiplier*.<sup>37</sup> Ook dan blijft de boete voor de grotere ondernemingen vaak nog erg ver verwijderd van het geldend boetemaximum van 10% van de jaaromzet terwijl aan minder grote ondernemingen die bij dezelfde overtreding zijn betrokken boetes worden opgelegd gelijk aan genoemd maximum.<sup>38</sup> Een andere onvolkomenheid is de manier waarop volgens de richtsnoeren van de Commissie de factor duur doorwerkt bij de bepaling van de hoogte van de boete. Voor elk jaar dat de inbreuk langer heeft geduurd dan één jaar, wordt het basisbedrag verhoogd met 10%.<sup>39</sup> Een dergelijke invulling van de factor duur leidt ertoe dat een onderneming die eenmaal een jaar bij een mededingingsbeperkende afspraak is betrokken, eerder wordt gestimuleerd om hiermee door te gaan dan om dit gedrag te staken. Immers, met het verloop van het tweede jaar zal het voordeel van de onderneming zich verdubbelen terwijl de boete volgens bedoelde regel slechts met 10% toeneemt.

Kijken we vervolgens naar het boetebeleid van andere Europese mededingingsautoriteiten, dan wordt al snel duidelijk dat ook hier het 'panklaar recept' voor een NMa boetebeleid niet voorhanden is. Dit is in de eerste plaats het gevolg van de omstandigheid dat verschillende autoriteiten functioneren binnen een systeem dat niet goed vergelijkbaar is met dat van de Mededingingswet. Voor een aantal autoriteiten geldt bijvoorbeeld dat zij opereren binnen een strafrechtelijk systeem en zelf geen sanctiebeschikkingen vaststellen maar een zaak dienen voor te brengen bij een onafhankelijke instantie. Dit geldt, bijvoorbeeld, voor de autoriteit in Ierland, Denemarken en Noorwegen.<sup>40</sup> Andere autoriteiten kunnen wel zelf sancties opleggen maar hebben te maken met niet-vergelijkbare wettelijke bepalingen. Zo geldt voor het BundesKartellamt dat het boetes kan opleggen van maximaal € 500.000, dan wel een bedrag gelijk aan driemaal het voordeel dat als gevolg van de gedraging is genoten. Beleidsregels voor nadere invulling van deze norm zijn door het Bundeskartellamt niet gepubliceerd. Van de autoriteiten die in een situatie verkeren die min of meer vergelijkbaar is met die van de d-g NMa heeft enkel het *Office of Fair Trading* (VK) boeterichtlijnen gepubliceerd. De ervaring met deze richtlijnen is evenwel nog zeer beperkt.<sup>41</sup> Andere autoriteiten, zoals bijvoorbeeld de mededingingsautoriteit in Zweden, Frankrijk en Italië, buigen zich thans over de vraag of zij boeterichtlijnen dienen te publiceren en hoe deze er in een voorkomend geval zouden dienen uit te zien.

Een autoriteit buiten Europa met ruime ervaring ten aanzien van het optreden tegen kartels is het *US Department of Justice* (DOJ). Sinds 1990 geldt bij overtreding van de *Sherman Act* voor ondernemingen een wettelijke (strafrechtelijke) boete van maximaal USD 10 miljoen dan wel 'twice the gain derived from the offence or twice the loss to a person not the defendant'. De hoge boetes die in de VS wegens overtreding van de *Sherman Act* zijn betaald, zijn een direct gevolg van de invulling die in de *US Sentencing*

*Guidelines* van 1991 wordt gegeven aan het 'twice the gain/loss-criterium'.<sup>42</sup> Volgens de *Sentencing Guidelines* vindt berekening van de boete plaats op basis van een 'base fine', welke gelijk is aan 20% van de 'volume of commerce affected by the violation' (ook wel 'affected commerce'). Deze 'base fine' wordt vervolgens vermenigvuldigd met een zogenaemde 'culpability score'. Deze factor kan worden verhoogd of verlaagd afhankelijk van omstandigheden zoals de omvang van de onderneming, recidive en betrokkenheid van het hoger management. Uiteindelijk is de score minimaal 0.75 en maximaal 4, hetgeen resulteert in een boete van minimaal 15% en maximaal 80% van de 'affected commerce'. De indrukwekkende resultaten die de DOJ sinds 1996<sup>43</sup> met dit systeem heeft weten te behalen zijn ongetwijfeld voor een belangrijk deel toe te schrijven aan de omstandigheid dat door het DOJ de *Sentencing Guidelines* slechts worden toegepast in zaken waarin sprake is van zogenaamde hardcore kartels, waarvoor tevens een effectief leniency programma geldt. De stimulans om van dit programma gebruik te maken wordt bovendien vergroot door de omstandigheid dat in geval van hardcore kartels de boete voor ondernemingen kan worden gecombineerd met strafsancities (inclusief gevangenisstraf) voor de betrokken bestuurders. Ten slotte geldt dat in de VS, anders dan in Nederland, ook in mededingingszaken de praktijk van 'plea bargaining' functioneert, waardoor de beëindiging van inbreuken en de te betalen boete voorwerp zijn van overleg tussen de overtreder (en diens advocaten) en de met het toezicht op naleving belaste instantie (het DOJ). Hierdoor vormen de uitgangspunten van het boetebeleid zelden voorwerp van gerechtelijke procedures.

In het licht van het voorgaande moet de conclusie luiden dat de d-g NMa voor zijn boetebeleid geen directe aansluiting kan zoeken bij reeds bestaande regelingen van buitenlandse mededingingsautoriteiten. Hooguit kunnen elementen van bestaande systemen, al dan niet in aange-

37 Zie bijvoorbeeld beschikking van de Europese Commissie van 16 september 1998, *Trans-Atlantic Conference Agreement*, Pb. EG 1999, L95/1, tabel 12 (omvang van de ondernemingen die in aanmerking moet worden genomen ter bepaling van de daadwerkelijke macht om schade te veroorzaken en van de daadwerkelijke en afschrikkende werking).

38 Zie in dit verband de beschikking van de Europese Commissie van 21 oktober 1998, *Voorgeïsoleerde buizen*, Pb. EG 1999, L 24/1.

39 Zie Richtsnoeren van de Europese Commissie (voetnoot 35), onder B.

40 In het Verenigd Koninkrijk is thans wetgeving aanhangig die voorziet in een omschakeling naar een strafrechtelijke handhaving van de mededingingsregels.

41 *Director General of Fair Trading's Guidance as to the appropriate Amount of a Penalty*, beschikbaar via OFT website <<http://www.oft.gov.uk>>. Deze richtlijnen zijn tot nog toe door het OFT in een tweetal gevallen toegepast (besluit van 30 maart 2001, *Napp Pharmaceutical Holdings Ltd*, en besluit van 15 juli 2001, *Aberdeen Journals Ltd*). Van beide besluiten is beroep aanhangig.

42 *Federal Sentencing Guidelines for Antitrust Offences*, beschikbaar via DOJ-website <<http://www.usdoj.gov>>.

43 Het huidige beleid van het DOJ kreeg vorm op 15 oktober 1996 toen Archer Daniels Midland een 'plea bargaining agreement' aanging voor USD 100.000.000.

paste vorm, bijdragen aan de vormgeving van een eigen NMa boetebeleid.<sup>44</sup>

### Boeterichtsnoeren nader bezien

De Boeterichtsnoeren van de d-g NMa bestaan uit een zevental hoofdstukken. Hierna zullen de details van hoofdstukken 3 (criteria), 4 (boetegrondslag), 5 (bepaling van de hoogte van de boete) en 6 (vaststelling van de boete) nader worden belicht. In de hoofdstukken 1 (inleiding) en 2 (uitgangspunten) worden het wettelijk kader en de doelstellingen van het boetebeleid, zoals hiervoor reeds beschreven, uiteengezet. Wat betreft de gewenste transparantie en preventieve werking benadrukt de d-g NMa dat hij dit met name van belang acht ten aanzien van zeer ernstige overtredingen van de Mededingingswet en dat de Boeterichtsnoeren op dit punt inzicht geven wat betreft de hoogte van de boete die ondernemingen kunnen verwachten.<sup>45</sup> De d-g NMa geeft tevens aan dat hij het boetebeleid op termijn verder zal verfijnen. Wat dat betreft wordt in hoofdstuk 7 (aanpassing en herziening) reeds bepaald dat de Boeterichtsnoeren na toepassing in een voldoende aantal gevallen zullen worden geëvalueerd en zonodig aangepast of herzien.<sup>46</sup> De d-g NMa onderstreept dat onder alle omstandigheden rekening moet worden gehouden met de specifieke omstandigheden van het geval. Dit betekent dat, ook na mogelijke toekomstige aanpassingen, nimmer sprake kan zijn van eenvoudige rekenformules ter bepaling van de hoogte van de boete. Van belang is ten slotte nog de vermelding van het evenredigheidsbeginsel in hoofdstuk 2 van de Boeterichtsnoeren. Opgelegde boetes moeten, volgens de Boeterichtsnoeren, in een redelijke verhouding staan tot hun beoogde werking in termen van preventie, tot de potentiële gevolgen van de overtreding in termen van voordeel voor de overtreder en schade aan de mededinging en tot boetes die aan andere ondernemingen worden opgelegd die bij dezelfde overtreding zijn betrokken.

### Criteria

Bij vaststelling van de hoogte van de boete houdt de d-g NMa rekening met de ernst en de duur van de overtreding.<sup>47</sup> Aan de factor duur wordt in de Boeterichtsnoeren geen afzonderlijke aandacht besteed omdat deze factor wordt 'meegenomen' in de boetegrondslag (zie onder 'Boetegrondslag' hierna). Wat betreft de ernst van de overtreding voorzien de Boeterichtsnoeren in een tweestapsbenadering. Eerst wordt in abstracto gekeken naar de aard van de overtreding en vervolgens wordt meer in concreto gekeken naar de betrokken economische context.<sup>48</sup> Wat betreft de aard van de overtreding onderscheiden de Boeterichtsnoeren een drietal typen: zeer zware, zware en minder zware overtredingen. Zeer zware overtredingen zijn, kort gezegd, hardcore kartelafspraken tussen concurrenten en vormen van misbruik van economische machtspositie door ondernemingen met (vrijwel) een monopoliepositie, die erop zijn gericht een andere onderneming van de markt te weren.<sup>49</sup> Zware overtredingen zijn (andere) regelingen tus-

sen concurrenten en vormen van misbruik die niet als een zeer zware overtreding kunnen worden aangemerkt alsmede verticale regelingen die rechtstreeks van invloed zijn op prijs- en afzetmogelijkheden. Minder zware overtredingen ten slotte zijn regelingen die in het algemeen de mededinging in beperkte mate verstoren. Dit is, zo volgt uit de Boeterichtsnoeren, in het algemeen het geval bij verboden verticale afspraken en brancheregelingen die niet rechtstreeks zien op prijs en afzetmogelijkheden.<sup>50</sup>

Wat betreft de omschrijving van de typen overtredingen zijn er parallellen te vinden tussen de Boeterichtsnoeren en de inbreukcategorieën die de Europese Commissie hanteert, maar er zijn ook verschillen. Belangrijkste verschilpunt betreft de omstandigheid dat de Commissie bij de indeling in een van de drie inbreukcategorieën tevens rekening houdt met de 'weerslag op de markt' van de betrokken overtreding. Dit is een element dat de d-g NMa pas in aanmerking neemt bij de tweede stap. In deze stap bepaalt de d-g NMa de ernst van de overtreding waarbij hij, naast de zwaarte van de overtreding (eerste stap), de economische context waarbinnen de overtreding heeft plaatsgevonden, in aanmerking neemt. Binnen deze context kan de d-g NMa rekening houden met de omstandigheden die in het algemeen van invloed zijn op de schade die mededingingsverstoring gedrag kan veroorzaken. Volgens de Boeterichtsnoeren komt in dit verband in elk geval betekenis toe aan de aard van het betrokken product, de omvang van de markt, de grootte van de betrokken onderneming(en) als-

44 Dit betekent overigens niet dat de NMa haar boetebeleid in isolement kan ontwikkelen. Ten behoeve van een effectieve marktwerking binnen de EU en met het oog op de voorgestane decentrale toepassing van de artikelen 81 en 82 EG-Verdrag zal het van toenemend belang zijn dat de betrokken mededingingsautoriteiten ervaringen ten aanzien van handhaving uitwisselen en streven naar systemen van handhaving (inclusief *leniency*) die op elkaar aansluiten. Ten aanzien van de ontwikkeling van *leniency* beleid kan in dit verband worden verwezen naar de *Principles for Leniency programmes* van de Europese mededingingsautoriteiten, Dublin 3 en 4 september 2001 (zie voetnoot 33).

45 Anders dan bij het (voorgenomen) *leniency* beleid is niet gekozen voor voorafgaande consultatie van betrokkenen. Punitieve sancties lijken ook een minder geschikt onderwerp voor overeenstemming met degenen op wie zij bedoeld zijn te worden toegepast. De Boeterichtsnoeren voorzien evenwel in hoofdstuk 7 in een evaluatie op termijn. Aangenomen mag worden dat reacties van belanghebbenden en belangstellenden hierbij mede in aanmerking zullen worden genomen.

46 Hierbij zullen ook ervaringen die andere (Europese) autoriteiten inmiddels hebben opgedaan binnen hun systeem een rol kunnen spelen (zie voetnoot 44).

47 Artikel 57, lid 2, Mw.

48 Boeterichtsnoeren, par. 9-14.

49 Als voorbeelden van zeer zware overtredingen worden genoemd horizontale prijsafspraken, collectieve verticale prijsbinding, collectieve boycotacties, horizontale marktverdelingsafspraken en quotaregelingen (inclusief afzetbeperkingen en verboden aanbestedingsafspraken '*bid rigging*').

50 Marktgedrag is moeilijk voorafgaand met precisie te omschrijven en om die reden is het niet altijd eenvoudig gedrag onder te brengen in een van de drie categorieën. In de praktijk zal, bijvoorbeeld, moeten worden beoordeeld of een bepaalde complexe gedraging als minder zwaar of zwaar moet worden betiteld. Op termijn zal, zo mag worden verwacht, de d-g NMa op basis van zijn beschikkingspraktijk de verschillende categorieën met concrete voorbeelden nader kunnen concretiseren.

mede het (gezamenlijk) marktaandeel, de structuur van de markt en aan de geldende regelgeving. Dit duidt erop dat in de ogen van de d-g NMa sprake is van een ernstigere overtreding naarmate, bijvoorbeeld, de gedraging zich wijder uitstrekt en betrokken partijen groter zijn, aangezien de potentie om schade aan te richten daarmee toeneemt.

### Boetegrondslag

De Boeterichtsnoeren gaan uit van een boete gebaseerd op een boetegrondslag gelijk aan 10% van de 'betrokken omzet' vermenigvuldigd met een bepaalde factor voor de ernst van de overtreding. De betrokken omzet is gelijk aan de waarde van alle transacties, die door de onderneming tijdens de totale duur van de overtreding is behaald met de verkoop van goederen en/of diensten waarop de overtreding betrekking heeft.<sup>51</sup> De keuze voor de betrokken omzet als basis voor de boetegrondslag kan worden verklaard vanuit de gedachte dat een boete met de gewenste afschrikwekkende werking minimaal een veelvoud dient te zijn van het mogelijke voordeel voor de onderneming. In de regel zal de betrokken omzet dit voordeel omvatten, waarmee de reden van een boetegrondslag gebaseerd op een percentage van de betrokken omzet is gegeven. We vinden het percentage van 10% van de betrokken omzet terug in de US Sentencing Guidelines, waarin wordt bepaald:

*'The fine for an organization is determined by applying Chapter Eight (Sentencing of Organizations). In selecting a fine for an organization within the guideline fine range, the court should consider both the gain to the organization from the offense and the loss caused by the organization. It is estimated that the average gain from price-fixing is 10% of the selling price. The loss from price-fixing exceeds the gain because, among other things, injury is inflicted upon consumers who are unable or for other reasons do not buy the product at the higher price. Because the loss from price-fixing exceeds the gain, subsection (d)(1) provides that 20 percent of the volume of affected commerce is to be used in lieu of the pecuniary loss [...]in calculating the base fine]. The purpose for specifying a percent of the volume of commerce is to avoid the time and expense that would be required for the court to determine the actual gain or loss. In cases in which the actual monopoly overcharge appears to be either substantially more or substantially less than 10%, this factor should be considered in setting the fine within the Guidelines fine range.'*<sup>52</sup>

Er zijn geen Europese studies bekend waarin vanuit het oogpunt van handhaving en sanctionering van mededingingswetgeving systematisch en vergelijkend onderzoek is gedaan naar voordelen die ondernemingen (gemiddeld) genieten als gevolg van marktverstoring gedrag en waarin bovenstaande uitgangspunten van het DOJ worden ondersteund. De eerste resultaten van een verkennend OECD-onderzoek bevestigen dat het moeilijk is inzicht te verkrij-

gen in schade veroorzaakt door kartels. Voorzover informatie over concrete zaken voorhanden is, blijkt hieruit dat het voordeel voor de karteldeelnemers van geval tot geval sterk kan verschillen doch dat het gemiddelde boven 10% van de betrokken omzet lijkt te liggen.<sup>53</sup>

De keuze voor de betrokken omzet als boetegrondslag geeft een oplossing voor de twee punten die, zoals hiervoor beschreven, het boetebeleid van de Commissie minder geschikt maken voor toepassing door de d-g NMa. Overtreders worden volgens de Boeterichtsnoeren bij de boetetoemeting gelijk behandeld, niet gemeten in het bedrag in euro's dat wordt opgelegd maar in een percentage van de omzet die zij onder de werking van de overtreding hebben gegenereerd tijdens de gehele duur van de overtreding (de betrokken omzet). Aldus wordt voorkomen dat kleinere ondernemingen onevenredig zwaar worden getroffen. Voorts loopt de boete op naar de mate waarin gevolg van de duur een grotere omzet bij de overtreding is betrokken.

Een vraag die kan opkomen is of het voor de d-g NMa altijd mogelijk zal zijn om de betrokken omzet te bepalen.<sup>54</sup> Wat dit betreft geldt dat waar sprake is van kartelafspraken de karteldeelnemers in staat moeten worden geacht inzicht te verschaffen in de omvang van de transacties die tijdens de duur van het kartel met betrekking tot de betrokken producten of diensten zijn uitgevoerd.<sup>55</sup> Daarbij geldt, zo volgt uit de Boeterichtsnoeren, dat een onderneming zich er in dit verband niet op kan beroepen dat er wellicht sprake was van een verboden (prijs)afpraak maar dat zij niet in staat is geweest deze (succesvol) door te voeren.<sup>56</sup> De karteldeelnemers zullen de d-g NMa desgevraagd alle noodzakelijke gegevens dienen te overleggen.<sup>57</sup> Hetzelfde geldt voor partijen betrokken bij andere verboden

51 Boeterichtsnoeren, par. 15. De betrokken omzet ziet op de waarde gerealiseerd tijdens de totale duur van de overtreding. Aldus wordt de 'factor' duur 'meegenomen'. De betrokken omzet is vergelijkbaar met de 'affected commerce' welke in de US Sentencing Guidelines als uitgangspunt voor de 'base fine' geldt. In de Guidelines wordt onder 2R1.1. de affected commerce omschreven als 'For the purpose of this guideline the volume of commerce attributable to an individual participant in a conspiracy is the volume done by him or his principal in goods or services that were affected by the violation'.

52 US Sentencing Guidelines onder 2R1.1., noot 3.

53 In het betreffende onderzoek was slechts informatie van een 14-tal zaken voorhanden. De geschatte schade, in de vorm van genoten voordeel, lag in deze gevallen tussen de 3 en 65(!)% van de betrokken omzet met een gemiddelde tussen 15 en 20%. Het betrokken OECD-rapport dient nog te worden gefinaliseerd; publicatie is in de loop van de eerste helft van dit jaar te verwachten.

54 De vraag naar de betrokken omzet dient niet te worden 'verward' met de vraag naar de omzet op de relevante markt, welke wel in het kader van andere mededingingsrechtelijke vraagstukken speelt. Of de verboden gedraging/praktijk zich uitstrekt over een bepaalde (relevante) markt is niet van belang bij bepaling van de betrokken omzet als bedoeld in par. 15 van de Boeterichtsnoeren; slechts de omvang van de regeling/praktijk is bepalend.

55 De ervaringen die in de VS bestaan met de Sentencing Guidelines bevestigen dit.

56 Boeterichtsnoeren, par. 15 en het daarin vervatte voorbeeld.

57 Dit op basis van artikel 69 Mw jo. artikel 5:20 Awb.



gedragingen.<sup>58</sup> Indien de voorhanden informatie onvoldoende is acht de d-g NMa, zo volgt uit de Boeterichtsnoren, zich vrij om de betrokken omzet van de onderneming te schatten.<sup>59</sup>

Minder eenvoudig ligt het voor gevallen waarin de verboden gedraging bestaat uit het niet-uitvoeren van bepaalde transacties, zoals in geval van een leveringsweigering door een dominante onderneming, of uit het (in het kader van een aanbestedingsprocedure (uitbrengen van een bod waarvan op basis van voorafgaande afstemming vaststaat dat de opdracht naar een derde gaat. Gesteld zou kunnen worden dat in deze gevallen de betrokken omzet van de onderneming gelijk is aan nul. De Boeterichtsnoren voorzien hierin door te bepalen dat wanneer sprake is van een gedraging gericht op de bescherming van een (dominante) positie, die bestaat uit het niet-uitvoeren van bepaalde transacties of een afwerings- of liquidatieactie, de omzet van de onderneming op de te beschermen markt gedurende de periode van de overtreding, doch voor de duur van ten minste een jaar, als betrokken omzet zal worden aangemerkt. In geval van een verboden aanbestedingsafpraak kan de d-g NMa voor elke deelnemer afzonderlijk de omzet die op basis van het winnende bod kan worden gerealiseerd, als betrokken omzet aanmerken.<sup>60</sup> De Boeterichtsnoren bevatten ten slotte nog een soort restbepaling op grond waarvan de d-g NMa, mocht hij van oordeel zijn dat de betrokken omzet in een concreet geval niet kan worden bepaald, kan terugvallen op de jaaromzet van de onderneming in Nederland, daarbij rekening houdend met de ernst en duur van de overtreding.<sup>61</sup>

### Bepaling van de hoogte van de boete

Hoofdstuk 5 van de Boeterichtsnoren bevat drie stappen ter bepaling van de hoogte van de boete. Eerst wordt, afhankelijk van de ernst van de overtreding, bepaald met welke factor de boetegrondslag van 10% van de betrokken omzet wordt vermenigvuldigd. Vervolgens wordt bepaald of het aldus verkregen resultaat bijstelling behoeft gezien het gewicht van de betrokken onderneming binnen de Nederlandse economie. Ten slotte dient te worden beoordeeld of sprake is van boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden.<sup>62</sup>

Wat betreft de genoemde factor stellen de Boeterichtsnoren voor elk type overtreding een bandbreedte vast. Voor minder zware overtredingen ligt de factor tussen 0 en 1, voor zware overtredingen tussen 0 en 2 en voor zeer zware overtredingen tussen 1,5 en 3. De d-g NMa stelt binnen de betrokken bandbreedte de factor vast afhankelijk van de ernst van de overtreding waarbij, zoals hiervoor aangegeven, de d-g NMa acht slaat op de economische context waarin de overtreding is begaan. Tevens zijn uiteraard de uitgangspunten van de Boeterichtsnoren van belang. De boete moet in redelijke verhouding staan tot de beoogde werking in termen van preventie, tot de potentiële gevolgen van de overtreding in termen van voordeel van de overtreder en schade aan de mededinging en tot de boe-

tes die aan andere ondernemingen die bij dezelfde overtreding zijn betrokken, worden opgelegd. Afschrikwekkende werking, compensatie van schade en ontneming van voordeel zijn uitgangspunt. Een en ander betekent uitdrukkelijk niet dat het de d-g NMa voorstaat ter bepaling van de hoogte van de boete het mogelijke voordeel of de geleden schade te berekenen (zo dit al mogelijk zou zijn). Indicaties dienaangaande zijn evenwel medebepalend voor de hoogte van de boete.<sup>63</sup> Het voorgaande betekent concreet dat, afgezien van mogelijke bijstelling van de boete gezien de jaaromzet of boeteverhogende of verlagende omstandigheden (zie hierna), deelnemers aan een kartel kunnen verwachten dat de boete die de d-g NMa zal opleggen minimaal 15% van de betrokken omzet zal betreffen.<sup>64</sup> Aldus wordt een heldere benedengrens gesteld. Naarmate, gezien de economische context (en in het bijzonder omstandigheden zoals aard van het product, omvang van de markt, marktaandeel en marktstructuur), sprake is van een ernstigere overtreding kan dit bedrag oplopen tot 30% van de betrokken omzet. Binnen de boeterange kan de d-g NMa derhalve differentiëren afhankelijk van de ernst van het betrokken geval. Hetzelfde geldt in geval van zware overtredingen. De hierop toepasselijke bandbreedte is ruimer en sluit niet uit dat een zeer lage factor, resulterend in een boete van minder dan 1% van de betrokken omzet, toepasselijk is. Dit laatste geldt ook voor de minder zware overtredingen. Tegelijkertijd wordt wat betreft zware overtredingen niet uitgesloten dat, indien er sprake is van een dermate ernstige verstoring van de markt, boetes vergelijkbaar met die voor zeer zware overtredingen kunnen worden opgelegd (tot 20% van de betrokken omzet).<sup>65</sup> Gezien het scala aan (en de variaties van) gedragingen die binnen beide laatstbedoelde categorieën kunnen vallen en hun mogelijke weerslag op de markt, wordt een verfijndere aanpak van bedoelde typen overtredingen thans niet mogelijk geacht. Zoals door de d-g NMa aangegeven, zal het boetebeleid in de toekomst zo mogelijk op dit punt verder worden verfijnd.<sup>66</sup>

Met het oog op de gewenste preventieve werking geldt dat de d-g NMa niet alleen acht slaat op de betrokken omzet en het mogelijk voordeel maar dat ook belang wordt

58 Ook wat betreft zware en minder zware overtredingen geldt dat de betrokken ondernemingen in staat moeten worden geacht inzicht te verschaffen in de omvang van de transacties die tijdens de duur van de verboden gedraging met betrekking tot de betrokken producten of diensten zijn uitgevoerd.

59 Boeterichtsnoren, par. 15.

60 Boeterichtsnoren, par. 16.

61 Boeterichtsnoren, par. 19. In een voorkomend geval vinden par. 20/21 van de Boeterichtsnoren geen toepassing.

62 Boeterichtsnoren, par. 20-28.

63 Boeterichtsnoren, par. 8, 14, 20-22.

64 Hetzelfde geldt voor ondernemingen die betrokken zijn bij zeer zware vormen van misbruik van een economische machtspositie (zie par. 11 Boeterichtsnoren).

65 Boeterichtsnoren, par. 22.

66 Boeterichtsnoren, par. 4.

gehecht aan het gewicht van de onderneming binnen de nationale economie, uitgedrukt in de totale omzet van de onderneming in Nederland. Gezien het geldend wettelijk boetemaximum en de doelstelling van bescherming van de mededinging op de Nederlandse markt, kan het niet bevreemden dat de d-g NMa in het kader van de boetetoemeting tevens de jaaromzet van de onderneming in acht neemt. Bedoeld omzetcijfer geeft, hoewel onvolkomen, inzicht in het gewicht van de onderneming binnen de Nederlandse economie en bijgevolg in de invloed die zij op de markt kan uitoefenen.<sup>67</sup> Gezien deze potentie en het doel van boetes met een afschrikwekkende werking, kan bijstelling van het eerdere resultaat bepaald op basis van de betrokken omzet, passend zijn. De Boeterichtsnoeren bepalen dat sprake kan zijn van een verveelvoudiging van eerdergenoemd resultaat. Hiermee kan worden voorkomen dat grote ondernemingen binnen kleine (deel)markten waarop zij actief zijn, 'nonchalant' kunnen omgaan met de mededingingsregels omdat een eventuele boete, uitsluitend gebaseerd op de betrokken omzet, bij de financiële stromen van de onderneming in het niet valt, en daarmee het gewenste afschrikwekkende effect mist. Bij wijze van voorbeeld kan bij de mogelijkheid tot aanpassing van het boetebedrag in verband met de totale jaaromzet van de onderneming in Nederland worden gedacht aan gevallen zoals de marktverdelingsregeling van de notarissen. Hier was sprake van een zeer zware overtreding van de Mededingingswet. De omvang van de betrokken omzet was, zo bleek in de bezwaarprocedure, evenwel beperkt. De boete wordt echter niet uitsluitend hiervan afgeleid. Bij vaststelling van de boete dient, gezien de betrokken potentie en de gewenste preventieve werking, tevens rekening te worden gehouden met de totale jaaromzet van de deelnemers, hetgeen bijstelling van de boete in opwaartse richting kan indiceren. De Boeterichtsnoeren laten hiertoe uitdrukkelijk de ruimte. De keuze voor de jaaromzet in Nederland in plaats van de wereldwijde jaaromzet laat zich verklaren uit het feit dat de Boeterichtsnoeren zien op toepassing van artikel 6 en 24 Mw, welke zien op bescherming van de mededinging op de Nederlandse markt.<sup>68</sup>

Alvorens over te gaan tot vaststelling van de op te leggen boete dient de d-g NMa ten slotte nog na te gaan of sprake is van boeteverhogende omstandigheden. Tevens dient te worden beoordeeld of de onderneming zich terecht op bepaalde boeteverlagende omstandigheden heeft beroepen.<sup>69</sup> De Boeterichtsnoeren bevatten niet-limitatieve lijsten met voorbeelden van zulke omstandigheden. In alle gevallen gaat het om omstandigheden die, hoewel mede bepalend voor de hoogte van de boete, geen betrekking hebben op de effecten van de overtreding als zodanig. Boeteverhogende omstandigheden zijn onder meer recidive, aansporing tot een overtreding, gebruikmaking van controle of dwangmiddelen tot uitvoering van de verboden praktijk en belemmering van het NMa-onderzoek. Bij boeteverlagende omstandigheden kan worden gedacht aan vergaande medewerking tijdens het onderzoek, vrijwillige

beëindiging van de verboden praktijk en schadeloosstelling van degenen die schade hebben geleden. De d-g NMa bepaalt in redelijkheid de mate waarin de betrokken omstandigheid leidt tot verhoging of verlaging van de boete.<sup>70</sup> Uitdrukkelijk is bepaald dat de grens welke eerder werd gesteld als gevolg van de betrokken omzet en de toepasselijke bandbreedte, niet langer geldt. Zo zou met name recidive tot een aanzienlijke verhoging van de boete kunnen leiden terwijl vergaande medewerking met de NMa kan resulteren in een belangrijke vermindering van de boete.<sup>71</sup>

#### Vaststelling van de hoogte van de boete

In hoofdstuk 6 wordt bepaald dat de d-g NMa de boete vaststelt volgens de Boeterichtsnoeren, met inachtneming van de beginselen van behoorlijk bestuur en het wettelijk maximum. De d-g NMa kan van de Boeterichtsnoeren afwijken indien toepassing ervan tot evidente onbillijkheid leidt. De d-g NMa kan er ten slotte in een concreet geval ook toe overgaan een symbolische boete van € 1.000 op te leggen.<sup>72</sup>

Niet uitgesloten is dat het systeem van de Boeterichtsnoeren in eerste instantie leidt tot een boete welke uitgaat boven het wettelijk maximum van 10% van de (wereldwijde) jaaromzet van de onderneming. Dit zal zich bijvoorbeeld voordoen wanneer de betrokken onderneming slechts binnen Nederland opereert en voor langere duur (meer dan een jaar) verboden prijsafspraken uitvoert ten aanzien van haar hele productenrange. Volgens de Boeterichtsnoeren vangt de d-g NMa de boetetoemeting aan met een bedrag van minimaal 15% van de betrokken omzet, hetgeen in bedoeld geval meer zal betreffen dan het wettelijk maximum. In een dergelijk geval zal de d-g NMa de boete tot genoemd wettelijk maximum moeten bijstellen. Wat betreft de mogelijkheid tot afwijking van de Boeterichtsnoeren in geval van evidente onbillijkheid moet worden gedacht aan bijzondere gevallen, zoals bijvoorbeeld het geval waarin

67 Zie HvJ in zijn arrest in zaken 100-103/80, *Musique Diffusion Française*, Jurispr. 1983, p. 1908-1909; zie tevens Kamerstukken II 1996-1997, 24 707, nr. 6, p. 100.

68 Een ander uitgangspunt kan mogelijk gehanteerd worden in geval toepassing wordt gegeven aan artikel 81 en 82 EG-Verdrag. De Boeterichtsnoeren zien niet op deze situatie. Zie evenwel hierboven voetnoot 44 en 46.

69 Het is aan de betrokken onderneming zich te beroepen op eventuele boeteverlagende omstandigheden. De aanwezigheid van boeteverlagende omstandigheden kan reeds blijken uit het ambtshalve onderzoek dat aan het rapport ten grondslag ligt. Voorzover dat niet het geval is, zal de d-g NMa niet ambtshalve onder ogen hoeven zien of sprake is van boeteverlagende omstandigheden.

70 Ingevolge de Boeterichtsnoeren kan het feit dat de betrokken onderneming uit eigen beweging slachtoffers schadeloos heeft gesteld, als boeteverlagende omstandigheid in aanmerking worden genomen. Hieruit kan worden afgeleid dat de d-g NMa dergelijk gedrag positief waardeert. Dit betekent evenwel niet dat de uitgekeerde schadeloosstelling integraal van het boetebedrag zal worden afgetrokken. De d-g NMa bepaalt in redelijkheid in hoeverre deze omstandigheid een verlaging van de boete rechtvaardigt.

71 Wat betreft dit laatste zullen naar verwachting de regels inzake *leniency* nadere regels bevatten.

72 Boeterichtsnoeren, par. 29, 30.

boetetoemeting conform de Boeterichtsnoeren zou leiden tot faillissement van de betrokken onderneming. De Boeterichtsnoeren geven niet aan in welke gevallen de d-g NMa de hoofdlijnen van de Boeterichtsnoeren niet volgt maar overgaat tot oplegging van een symbolische boete. Uit de desbetreffende beschikking zullen de bijzondere omstandigheden van het geval moeten blijken.

### Afsluitende opmerkingen

Met de bekendmaking van zijn boetebeleid heeft de d-g NMa een volgende stap gezet in de richting van een effectieve handhaving van de Mededingingswet. Deze stap kan niet de laatste stap zijn. Enerzijds niet omdat effectieve handhaving niet alleen effectieve sanctionering vergt maar ook effectieve opsporing. Anderzijds niet omdat de duidelijkheid die met de publicatie van het beleid wordt nagestreefd pas wordt bereikt wanneer in de daaropvolgende boetepraktijk zichtbaar wordt dat boetes ook werkelijk overeenkomstig het voorgenomen beleid worden opgelegd. Daarnaast geldt dat de d-g NMa zijn boetebeleid kritisch zal moeten blijven bekijken (en zonodig aanpassen), niet alleen in het licht van de gewenste effecten op de nationale markt maar ook met het oog op de toepasbaarheid ervan in het kader van een toenemende samenwerking met andere Europese mededingingsautoriteiten.

Wat bieden de Boeterichtsnoeren ondernemingen nu aan duidelijkheid? Op diverse punten is voorzien in discretionaire keuzemomenten. Het is voor ondernemingen niet mogelijk om voorafgaand aan een overtreding of ter zake van een reeds gepleegde overtreding de hoogte van de boete exact te berekenen. Het is wel mogelijk een beeld te krijgen van de orde van grootte van de boete. Voor iedere onderneming moet het redelijkerwijs mogelijk worden geacht voor zichzelf vast te stellen of zij een overtreding heeft begaan, hoelang deze overtreding (na de inwerkingtreding van de Mededingingswet) heeft geduurd en welke omzet hierbij in de zin van de Boeterichtsnoeren betrokken was. De boete zal dan een afgeleide zijn van 10% van deze betrokken omzet, en in geval van zware overtredingen een veelvoud daarvan. Vervolgens dient te worden bepaald of een dergelijke boete, gezien de jaaromzet van de onderneming in Nederland, een som vertegenwoordigt die het gewenste preventieve effect kan bewerkstellingen of dat deze daarbij in het niet valt (en dus verveelvoudigd zal worden om bedoeld effect te bereiken). Verhogende omstandigheden zijn niet limitatief opgenomen in de Boeterichtsnoeren. Enige onzekerheid daaromtrent is derhalve onvermijdelijk. Daartegenover staan boeteverlagende omstandigheden. Op dit laatste punt is verdere ontwikkeling reeds op korte termijn te verwachten met de publicatie van een NMa *leniency* beleid.