

De jonge boetepraktijk van de NMa

mr P.V.F. Bos en mr R.A. Struijlaart LLM

Onlangs nam de d-g NMa in *Tango III* zijn eerste boetebe-
sluit op grond van de op 19 december 2001 afgekondigde
Richtsnoeren Boetebeleid.¹ Het tweede besluit volgde niet
veel later in *Diergeneesmiddelen*.² De boetepraktijk op
basis van de Mededingingswet is hiermee in een nieuwe
fase terechtgekomen. In dit artikel wordt nagegaan hoe
de nog jonge Nederlandse boetepraktijk zich heeft ont-
wikkeld. Tevens zullen enkele kanttekeningen worden
geplaatst inzake het Europese beleid, voorzover deze ook
voor Nederland relevant zijn. In dit artikel zal worden
afgezien van een systematische behandeling van de
Richtsnoeren Boetebeleid en het clementiebeleid. Dit alles
is recentelijk uitgebreid besproken in twee artikelen van
Van Oers en Van der Meulen in ditzelfde tijdschrift. Wij
verwijzen de geïnteresseerde lezer naar hun bijdragen.³

BELEID: UITGANGSPUNTEN EN TOEPASSING

Kader

De administratieve boete is de meest toegepaste sanctie in
geval van inbreuken op het mededingingsrecht, maar
bepaald niet de enig mogelijke. Hoewel dit artikel alleen over
de administratieve boete gaat, volgt hier in vogelvucht een
overzicht van de andere sancties.

Allereerst is er uiteraard de onrechtmatige-daadsactie die
door gedupeerden kan worden ingesteld om schadevergoe-
ding van de inbreukmaker(s) te verkrijgen.⁴ Dergelijke scha-
declaims kunnen er onder omstandigheden ook toe leiden dat
inbreuken in de privé-sfeer van de verantwoordelijke
bestuurders binnendringen: zij kunnen onder omstandighe-
den naast de onderneming ook persoonlijk aansprakelijk
worden gesteld. Dit punt voert vervolgens naar de mogelijk-
heid van strafrechtelijke vervolging van de leidinggevenden
(in Nederland en op Europees niveau thans (nog) niet moge-
lijk). Een andere mogelijkheid is de ontvlechting van onder-
nemingen die misbruik van een machtspositie hebben
gemaakt. Ten slotte kan als gevolg van een mededingingsin-
breuk meer in het algemeen sociale afstraffing van onderne-
mingen en hun bestuurders plaatsvinden.

Boetes en boeteberekening in Nederland

Doelstelling

Alvorens in te gaan op de wettelijke en bestuurlijke regelge-
ving terzake dient allereerst aandacht te worden besteed aan

het doel op grond waarvan een boetebeleid wordt gevoerd.
Blijkens de Richtsnoeren Boetetoemeting (punt 6) beoogt de
NMa met haar boetebeleid zowel overtreders af te houden
van recidive (speciale preventie), als potentiële overtreders af
te schrikken (generale preventie). Blijkens de Richtsnoeren
Boetetoemeting is het doel van het NMa-beleid dus niet
genoegdoening van (de) gedupeerde(n). Desondanks zal in
het vervolg van dit artikel blijken dat het NMa-beleid deels
wel degelijk rekening houdt met de positie van benadeelde
partijen. In die zin kan men dus stellen dat de NMa gedeelte-
lijk (terecht dan wel ten onrechte) haar eigen dogmatische
doelstellingen voorbijstreeft waar zij in punt 14 van dezelfde
Richtsnoeren door de overtreding(en) veroorzaakte schade als
relevante omstandigheid voor de bepaling van de ernst van
de overtreding noemt. Blijkbaar beoogt ze impliciet ook
gedeeltelijke immateriële genoegdoening voor gedupeerden
te bereiken.

Gezien het feit dat het NMa-beleid (met name) beoogt af te
schrikken, is de volgende te beantwoorden vraag wanneer nu
naar economische maatstaven een boete afdoende afschrik-
wekkend is. De zogenoemde Becker-theorie luidt aldus, dat
bij een pakkans van 100% de ideale boete gelijk is aan het
bedrag van het als gevolg van de overtreding genoten voor-

- 1 Besluit van de d-g NMa van 25 juni 2002 in zaak 2498, Sparu B.V., Vermeulen Neerbosscheweg B.V., Vermeulen St. Anna B.V., B.V. Benzine Exploitatiemaatschappij en Texaco Nederland B.V. Voor de Richtsnoeren zie de *Stcrt.* nr. 248 van 21 december 2001, p. 90. Voor een uitgebreidere beschrijving van de Richtsnoeren boetebeleid zie M.T.P.J. van Oers en B.M.J. van der Meulen, 'Het NMa boetebeleid', in: *M&M* 2002, p.18. Ook werden onlangs de Richtsnoeren clementietoezegging afgekondigd, zie Richtsnoeren van 28 juni 2002, *Stcrt.* nr. 122 van 1 juli 2002, p. 16. Zie hierover bijvoorbeeld: M. Visser, 'De NMa publiceert boeterichtsnoeren', in: *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2002, nr. 1, p. 5 en 'Klikken Mag!', in: *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2002, nr. 3, 40 (het laatstgenoemde artikel handelt over de Richtsnoeren clementiebeleid).
- 2 Besluit van de d-g NMa van 29 augustus 2002 in zaak 2422, Klager versus AUV en Aesculaap.
- 3 Voor een analyse van de Richtsnoeren boetebeleid zie Van Oers en Van der Meulen, noot 1. Voor een uitgebreide analyse van het Nederlandse, Europese (en Amerikaanse) clementiebeleid zie: B.M.J. van der Meulen en M.T.P.J. van Oers, 'Leniency in Nederland', in: *M&M* 2002, p. 159. Voor een analyse van het onlangs herziene Europese clementiebeleid zie bijvoorbeeld: L. Brox, 'A Patchwork of Leniency Programmes', in: *ECLR* 2001, nr. 2, p. 35 en J. Carle, S.P. Lindeborg en E. Segenmark, 'The New Leniency Notice', in: *ECLR* 2002, nr. 6, p. 265, F. Arbault en F. Peiró, 'The Commission's New Notice on Immunity and Reduction of Fines in Cartel Cases', *Competition Policy Newsletter* 2002, nr. 2, p. 15.
- 4 Zie met name zaak C-453/99, *Courage* tg. Bernard Crehan, *Jur.* 2001, p. I-6297, met annotatie M.A. de Jong, *M&M* 2002, p. 29. Voor een uitgebreide analyse van de juridische implicaties van genoemd arrest zie bijvoorbeeld: A.P. Komninos, 'New Prospects for Private Enforcement of EC Competition Law: *Courage* v. *Crehan* and the Community Right to Damages', *CMLR* 2002, nr. 39, p. 447 en A. Jones en D. Beard, 'Co-contractors, Damages and Article 81: The ECJ Finally Speaks', *ECLR* 2002, nr. 5, p. 246.

De auteurs zijn advocaat bij Dorsey & Whitney LLP, Brussel en lid van de balies te Rotterdam en Brussel.

deel.⁵ Aangezien in de praktijk de pakkans altijd veel lager dan 100% zal zijn, dient de ondergrens van een boete volgens Becker het bedrag van de genoten overwinst gedeeld door de daadwerkelijke pakkans te bedragen.⁶ Werden en Simon concluderen dat ten aanzien van horizontale prijsbinding geldt dat de hierdoor in totaal veroorzaakte schade zo groot is en de pakkans zo klein, dat een daadwerkelijk effectief boetebedrag de draagkracht van de meeste ondernemingen te boven gaat. De enig werkelijk effectieve straf voor horizontale prijsbinding is op die grond in hun ogen gevangenisstraf.⁷

Wettelijke voorschriften

Het absolute boetemaximum in Nederland is 450.000 euro⁸ (1000 tot 1 miljoen euro in Europa⁹) of, evenals in Europa (op grond van artikel 15 lid 2 van Verordening 17/62), 10% van de totale omzet in het voorgaande jaar, indien dit laatste méér is.¹⁰ Dit op grond van artikel 57 lid 1 Mw.

Deze 10%-grens is enige jaren geleden bekritiseerd door Wils.¹¹ Hij haalde in dit verband een Amerikaans onderzoek aan, dat uitwees dat het niet ongewoon is dat een prijskartel gedurende 5 jaar actief is en tijdens deze periode een prijsstijging van 5% weet te realiseren. Alsdan zou een effectief afschrikwekkende boete al 25% van de betrokken omzet (product en duur) moeten bedragen. Gaat men verder uit van een gemiddelde pakkans tussen de 13 en 17% (berekening voor de VS), dan zou een daadwerkelijk afschrikwekkende boete al 125% van de betrokken omzet dienen te bedragen.¹² Dit zou onder omstandigheden zeer goed meer kunnen zijn dan 10% van de totale jaaromzet.

Eveneens rijst de vraag wat 'de' omzet van 'de' onderneming is. Blijkens de Memorie van Toelichting wordt met 'omzet' bedoeld 'de omzet van alle goederen en diensten die [de betrokken onderneming] levert, ongeacht waar die omzet wordt gerealiseerd'.¹³ De wetgever lijkt dus beoogd te hebben dat ook eventueel buiten de relevante geografische markt (of zelfs buiten Nederland) behaalde omzet meetelt voor de berekening van het maximum. Van de omzet van welke onderneming precies moet worden uitgegaan, is vooral relevant in concernverhoudingen, bij overtredingen door dochtermaatschappijen. In dit verband stelt de Memorie van Toelichting dat de gezamenlijke omzet van moeder en dochter als uitgangspunt wordt genomen, indien het beleid van de dochter wordt bepaald door de moeder.¹⁴ Niet vereist lijkt dus te zijn dat de moedermaatschappij ook bij de daadwerkelijke overtredingshandelingen betrokken moet zijn geweest, of hiervan zelfs maar wetenschap had of behoorde te hebben. Uit een oogpunt van rechtszekerheid is dit enigszins ongelukkig te noemen. De communautaire rechtspraak lijkt verder als maatstaf te hanteren dat de Commissie wél enige betrokkenheid of ten minste toerekenbare nalatigheid van de moedermaatschappij dient aan te tonen.¹⁵

Artikel 57 lid 1 Mw bepaalt expliciet dat indien de overtreding is begaan door een ondernemersvereniging, het omzetgerelateerde bedrag kan oplopen tot 10% van de omzet van de leden. Dit aangezien het Gerecht van Eerste Aanleg in *Helsinki* een dergelijke Commissiepraktijk heeft gebillijkt.¹⁶

Men kan zich echter afvragen of de wetgever er juist aan heeft gedaan de tekst van de Mededingingswet naar *Helsinki* te modelleren. De ratio achter de aanwezigheid in de communautaire regelgeving ter zake van zowel een vast boetebedrag van 1 miljoen euro (in 1962 bij de invoering van Verordening 17/62 uiteraard beduidend meer waard dan tegenwoordig) als een omzetafhankelijk bedrag zou zeer goed kunnen liggen in de grondgedachte dat het eerstgenoemde bedrag gebruikt zou dienen te worden voor het opleggen van boetes aan ondernemersverenigingen zonder eigen omzet. Een indicatie dat het in *Helsinki* een bijzonder geval betrof, kan worden gevonden in de onderliggende Commissiebeschikking.¹⁷ Met name functioneerde de Groupement des Cartes Bancaires in de praktijk als onderneming: het Carte Bleue-betaalkaartstelsel werd door de Groupement des Cartes Bancaires zelf geëxploiteerd.¹⁸ Verder blijkt uit de beschikking dat het de Commissie eigenlijk te doen was om alle eurocheques uitge-

-
- 5 *Contra*: G.J. Werden en M.J. Simon, 'Why Price Fixers Should Go to Prison', in: *Antitrust Bull.* 1987, p. 919. Deze auteurs gaan in hun interpretatie van de *Becker*-theorie uit van veroorzaakte schade in plaats van genoten overwinst. In dit artikel zal het meer courante overwinstcriterium worden aangehouden. Zie over economische theorieën inzake clementiebeleid: P.A.G. van Bergeijk en H.M. Godfried, 'De beëindiging van het kartelparadijs', in: *ESB* 2002, nr. 15-3, p. 204.
 - 6 Aldus levert een genoten voordeel ten belope van een bedrag x bij een pakkans van $y\%$ een minimale boete op van $x(100/y)$.
 - 7 Werden en Simon, noot 5, p. 924 e.v.
 - 8 Voorheen 1 miljoen gulden. Deze grens lijkt – tamelijk willekeurig – gekozen omdat de Commissie boetes kan opleggen tot EUR 1 miljoen, zie de MvT, TK 24 707, nr.3, pp. 88-89. In dezelfde zin: M.R. Mok, *Kartelrecht I – Nederland*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1998, p. 287.
 - 9 De officiële tekst van Verordening 17 spreekt overigens nog steeds van 'rekeneenheden' in plaats van euro's. Een minimumboetebedrag is in de Mededingingswet, in afwijking van Verordening 17, niet opgenomen aangezien dit niet overeen zou komen met de Nederlandse traditie, die geen minimumstraffen kent: zie Mok, noot 8, p. 287.
 - 10 Ten aanzien van ondernemingen met een omzet kleiner dan 1 miljoen euro kan ten aanzien van het Europese recht worden verdedigd dat zij slechts kunnen worden beboet tot een bedrag van 10% van hun omzet, zie opinie A-G Warner in zaak 19/77, Miller International Schallplatten tegen Commissie, *Jur.* 1978, 131, p. 161. Wellicht geldt hetzelfde naar Nederlands recht voor ondernemingen met een omzet kleiner dan EUR 450.000.
 - 11 Zie onder meer: W.P.J. Wils, 'The Commission Notice on the Non-Imposition or Reduction of Fines in Cartel Cases: A Legal and Economic Analysis', in: *ELR* 1997, nr. 22, p. 139-140.
 - 12 Waarbij de pakkans gemakshalve naar boven is afgerond op 20%.
 - 13 MvT, TK 24 707, nr.3, p. 88-89.
 - 14 MvT, TK 24 707, nr.3, p. 88-89.
 - 15 Vergelijk GvEA 20 maart 2002, zaak T-31/99, ABB tegen Commissie, n.n.g., r.o. 163-165 en 171. Zie <http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=nl>.
 - 16 Gevoegde zaken T-39 en 40/92, Groupement des Cartes Bancaires tegen Commissie, *Jur.* 1994, p. II-49, r.o. 136-138.
 - 17 Het feitencomplex dat aan de beschikking ten grondslag lag was dermate specifiek, dat het gevaarlijk lijkt de handelwijze van de Commissie voetstoots op alle gevallen waarin ondernemersverenigingen zouden moeten worden beboet te transponeren. De Groupement des Cartes Bancaires (de adressaat die tegen de beschikking in beroep was gegaan) was in wezen geen ondernemersvereniging, maar een onderneming: het was (en is nog steeds) immers een GIE (*groupement d'intérêt économique*). Deze Franse rechtsvorm onderscheidt zich van de vereniging. Zowel de rol van de aangesloten leden als de uitoefening van een bedrijfsmatige activiteit staat bij de GIE in vergelijking met de vereniging op de voorgrond.
 - 18 Eurocheque (*Helsinki*-protocol), *Pb.* 1992, L 95/50, punt A(2).

vende Franse banken te straffen, maar dat zij zich gemakshalve had beperkt tot de Groupement des Cartes Bancaires (naast Eurocheque International dat wél als echte ondernemersvereniging optrad).¹⁹ Kennelijk vond de Commissie het wel zo eenvoudig om punten van bezwaar slechts aan één partij te doen uitgaan, in plaats van aan een veelheid van individuele ondernemingen. De Commissie benadrukte ten slotte in haar motivering van de opgelegde boete dat het de aan de mededingingsbeperkende afspraak deelnemende banken was (en niet Eurocheque International of de Groupement des Cartes Bancaires), die de met behulp van de afspraken behaalde winsten opstreken.²⁰

Het Gerecht heeft zich vervolgens weinig aan de specifieke feiten gelegen gelaten in zijn vaststelling van een schijnbaar algemene regel dat ondernemersverenigingen mogen worden beboet op basis van de omzet van hun leden. Het is echter zeer de vraag of de beperkte analyse van het Gerecht een hoger beroep voor het Hof van Justitie zou hebben overleefd. Het ging in de kern om een kwalificatieprobleem: wie had de inbreuk begaan? Groupement Cartes Bancaires als ondernemersvereniging of als onderneming? In het eerste geval zou hij tot een maximum van 1 miljoen euro beboet kunnen worden; in het tweede op basis van de eigen omzet, dit wil zeggen de totale omzet van de aangesloten leden. Artikel 15 lid 2 van Verordening 17/62 spreekt ten aanzien van het 10%-maximum immers over de 'omzet van elk der betrokken ondernemingen'. Uit de aanhef van artikel 15 lid 2 van Verordening 17 blijkt dat met 'betrokken ondernemingen' die ondernemingen zijn bedoeld waaraan de Commissie een boete oplegt.²¹ Indien de Commissie een ondernemersvereniging beboet en niet haar leden, zijn die leden dus niet in de procedure 'betrokken': zij worden immers niet van de inbreuk beticht. Ten aanzien van het absolute maximum van 1 miljoen euro spreekt de Verordening bovendien van 'deze ondernemingen of ondernemersverenigingen'. Het Gerecht heeft aan deze bewoordingen geen aandacht besteed. Het gaat te ver dat de communautaire rechter met voorbijgaan aan de enige logische uitleg van artikel 15 lid 2 van Verordening 17 anders oordeelt. Het is dan ook te betreuren dat de Commissie er na *Helsinki* haar praktijk van heeft gemaakt ondernemersverenigingen te beboeten op basis van de omzet van hun leden.²² Dit ondanks het feit dat het natuurlijk niet de bedoeling kan zijn dat deelnemers aan een kartel de hun opgelegde boete tot maximaal 1 miljoen euro (c.q. 450.000) zouden kunnen beperken door zich zodanig te organiseren dat hun ondernemersvereniging en niet zijzelf de inbreuk maakt.²³ Het is in dat opzicht inderdaad begrijpelijk dat de Commissie het voorstel heeft gedaan om Verordening 17/62 ook op dit punt aan te passen.²⁴

De Nederlandse wetgever heeft zich in dezen laten leiden door een heel speciale uitspraak van de Gemeenschapsrechter, zonder oog te hebben voor het gegeven dat die rechter rechtsprak naar aanleiding van een beperkt, casuïstisch geval. Aangezien de wetgever klaarblijkelijk heeft beoogd, het bepaalde in het *Helsinki*-arrest onverkort in de Nederlandse rechtsorde te incorporeren, zou de Nederlandse rechter

zich geroepen mogen voelen ten aanzien van de hier besproken problematiek prejudiciële vragen aan het HvJ EG te stellen.²⁵ Of de door de wetgever aan *Helsinki* gegeven interpretatie zo'n procedure – ervan uitgaande dat het Hof zich terzake bevoegd zou verklaren – zou overleven mag – als gezegd – worden betwijfeld.

Het NMa-boetebeleid in de praktijk

Begonnen zal worden met een overzicht van de beschikkingspraktijk van de NMa inzake overtredingen van het kartelverbod (artikel 6 Mw) en het verbod van misbruik van machtspositie (artikel 24 Mw) in het perspectief van de Europese praktijk. Hierna zullen kort de overige boetebesluiten van de d-g NMa worden besproken.

Hydro/Sep

De eerste boete op grond van de Mededingingswet wegens een overtreding van een bepaling van materieel mededingingsrecht werd opgelegd in de zaak *Hydro/Sep I*.²⁶ Het

19 In de aangegeven richting wijzen met name de punten 32-33 van de beschikking inzake Helsinki. In dezelfde richting: V. Korah, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice; 7th edition*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2000, p. 178.

20 Helsinki (beschikking), punt 80.

21 Zie artikel 15 lid 2 van Verordening 17: 'Wanneer ondernemingen of ondernemersverenigingen [...] [het mededingingsrecht overtreden] kan de Commissie bij beschikking aan deze ondernemingen of ondernemersverenigingen geldboeten opleggen [...]':

22 Zoals Bouwnijverheid in Nederland, *Pb.* 1992, L 92/1. In beroep zaak T-29/92, SPO e.a. tegen Commissie, *Jur.* 1995, p. II-295, r.o. 385. Zonder dat op dit aspect nog verder werd ingegaan overleefde dit arrest wél hoger beroep: zaak C-137/95P, SPO e.a. tegen Commissie, *Jur.* 1996, p. I-1611. Vergelijk eveneens Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied en Technische Unie (FEG en TU), *Pb.* 2000, L 39/1; beroep aanhangig: gevoegde zaken T-5 en 6/00.

23 Cf. Korah, noot 19, p. 179.

24 Zie het Voorstel voor een Verordening van de Raad, COM (2000) 582 def. Artikel 22 lid 4 van deze ontwerpverordening ter vervanging van Verordening 17 bepaalt als volgt: 'Wanneer op grond van deze verordening aan een ondernemersvereniging een geldboete is opgelegd en deze insolvent is, kan de Commissie elke onderneming die op het ogenblik van de inbreuk lid van die vereniging is of was, tot betaling van die boete aanspreken. Het bedrag vereist van elk der leden mag niet meer bedragen dan 10% van haar totale omzet in het voorafgaande boekjaar.' Naar verluidt, bepaalt een recentere ontwerptekst (van juli 2002) dat de ondernemingen, waaraan individuele bestuursleden van een ondernemersvereniging zijn verbonden, hoofdelijk aansprakelijk voor de opgelegde boete zijn met inachtneming van een individuele bovengrens van 10% van de eigen (groeps)omzet. Ondernemingen die aldus door de Commissie aansprakelijk worden gesteld kunnen aan deze aansprakelijkheid ontsnappen indien zij weten aan te tonen dat zij niet bij de overtredingen betrokken waren en evenmin van het bestaan hiervan wisten. Voorts heeft het er de schijn van dat de Raad expliciet zal bepalen dat ondernemersverenigingen kunnen worden beboet tot een maximum van 10% van de totale omzet van hun op de markt waarop de inbreuken plaatsvonden actieve leden. Overigens is in lid 2 van artikel 22 van de ontwerpverordening het absolute maximumbedrag van EUR 1 miljoen verdwenen. Het ontwerp spreekt nog slechts over een relatief maximum van 10% van de totale omzet die door elk van de bij de inbreuk betrokken ondernemingen in het voorafgaande boekjaar is behaald.

25 Vergelijk zaak C-346/93, Kleinwort Benson, *Jur.* 1995, p. I-615, zaak C-28/95, Leur-Bloem, *Jur.* 1997, p. I-4161, zaak C-7/97, Oscar Bronner tegen Mediaprint, *Jur.* 1998, p. I-7791 en M.M. Slotboom, 'De Mededingingswet: niet met handen en voeten gebonden aan het EG-recht', *SEW* 1999, nr. 2, 42.

betrof hier een overtreding van artikel 24 Mw. Sep had geweigerd haar koppelnet – volgens de d-g een essentiële faciliteit – ter beschikking van Hydro te stellen voor transport van door Hydro opgewekte elektriciteit. Gesimplificeerd gesteld kwam de analyse van de d-g erop neer dat Sep onvoldoende aannemelijk had gemaakt dat gegronde vrees bestond dat Hydro (tevens) geïmporteerde elektriciteit zou transporteren. Bovendien zou Sep Hydro ten opzichte van andere zelfopwekkers van elektriciteit hebben gediscrimineerd.

De d-g NMa legde Sep een boete op van 14 miljoen gulden. De d-g merkte de overtreding aan als zeer zwaar, met verwijzing naar de Richtsnoeren boetetoemeting van de Europese Commissie (hierna: 'de Europese Boeterichtsnoeren').²⁷ De duur (een half jaar) was naar het oordeel van de d-g kort. Dit zou een indicatie zijn voor een lagere boete. Hier volgt de d-g de Commissie echter niet, aangezien de laatste volgens haar richtsnoeren uitsluitend in een langere duur een reden voor verhoging ziet.²⁸ Verder is bevreemdend dat zelfs deze verlaagde boete (in absolute zin) nog uitermate fors mag worden genoemd gezien de duur van slechts zes maanden.

De d-g noemde vervolgens de door Hydro beweerdelijk geleden schade van 4,5 miljoen gulden als relevante factor voor de hoogte van de boete. Hij voegde hieraan echter nogal cryptisch toe dat dit niet tot een hogere boete hoeft te leiden, aangezien Hydro deze schade via een civiele procedure op Sep zou kunnen trachten te verhalen.²⁹ Dit laatste lijkt echter geen grond om de schade maar niet te laten meewegen bij het vaststellen van de boete. Immers, het opleggen van een boete gebeurt in het belang van de waarborging van een onvervalste vrije mededinging krachtens de Mededingingswet, het toewijzen van een schadevergoeding daarentegen in het particuliere belang van Hydro krachtens het burgerlijk recht. Beide belangen en dientengevolge ook de daaraan verbonden juridische procedures dienen geheel los van elkaar te worden gezien. De veroorzaakte schade kan in beide procedures afzonderlijk aan de orde komen.³⁰ Vanuit een beleidsmatig oogpunt bezien zou het verdedigbaar zijn de omvang van geleden schade wél mee te wegen indien men met de boete mede gedeeltelijke (immateriële) genoegdoening voor Hydro zou willen bereiken, zelfs indien een schadevergoedingsactie al aanhangig zou zijn. Vanuit een economisch perspectief bekeken is, zoals reeds aangehaald, echter uitsluitend genoten voordeel relevant indien het gevoerde beleid daadwerkelijk alleen maar op afschrikking is gericht (niettegenstaande het feit dat schade en genoten voordeel in de praktijk vaak zullen samenvallen).³¹ De NMa lijkt in dit opzicht (is genoegdoening een doelstelling of niet?) ook in het *Hydro/Sep*-besluit, evenals in haar latere richtsnoeren, op twee gedachten te hinken. Opgemerkt dient in dit kader verder te worden dat het structureel meewegen van veroorzaakte schade in de boeteberekening ook geen standaard Commissiepraktijk is.³² In tegenstelling tot de Richtsnoeren Boetetoemeting (punt 14 van de Richtsnoeren) noemen de Europese Boeterichtsnoeren de veroorzaakte schade ook niet expliciet als relevante omstandigheid voor de bepaling van de ernst van de overtreding. Van recidive en een mogelijke boeteverhoging als

gevolg daarvan was in casu geen sprake.³³

Hoe de d-g in *Hydro/Sep I* vervolgens tot het bedrag van 14 miljoen gulden is gekomen blijft een mysterie. Een startbedrag wordt niet genoemd. Dit kan in ieder geval niet de betrokken omzet zijn geweest, aangezien in dat geval een aparte weging van de duur van de overtreding overbodig zou zijn geweest.

Zowel Sep als Hydro tekende tegen dit besluit bezwaar aan.³⁴ Het bezwaar van Hydro inzake de hoogte van de boete (deze zou te laag zijn) werd niet-ontvankelijk verklaard wegens gebrek aan belang bij een hogere boete.³⁵ Ook een deel van Seps bezwaren had betrekking op de hoogte van de boete. In haar beoordeling van dit bezwaar gaf de adviescommissie een tamelijk uitgebreide uiteenzetting van de Commissiepraktijk en noemde deze expliciet als mogelijk referentiekader.³⁶ Sep was van mening dat de inbreuk niet als zeer zwaar maar hoogstens als zwaar diende te worden bestempeld, hetgeen volgens haar voor de Commissie aanleiding zou zijn geweest een boete tussen 1000 en 1 miljoen euro op te leggen.³⁷ De adviescommissie zag echter geen redenen tot bijstelling van de boete en de d-g nam dit advies over. Ook de huidige Richtsnoeren Boetetoemeting noemen misbruik van machtspositie door een (bijna-) monopolist als een zeer zware overtreding. Opnieuw bleef onduidelijk op welke wijze de opgelegde boete precies was berekend. De motivering van de adviescommissie beperkte zich in hoofdzaak tot datgene wat in het eerste besluit al door de d-g was aangevoerd.

Tegen het besluit in *Hydro/Sep II* is door Sep beroep ingesteld.³⁸ Overigens is tot nu toe noch in deze zaak, noch ten aanzien van de andere boetebesluiten op bezwaar waarin een

26 Besluit van de d-g NMa van 26 augustus 1999 in zaak 650, *Hydro Energy B.V. versus Sep*, met annotatie M.M. Slotboom, *M&M* 1999, nr. 5, p. 151.

27 Zie de Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15 lid 2, van Verordening nr. 17, respectievelijk artikel 65 lid 5 van het EGKS-Verdrag worden opgelegd, *Pb.* 1998, C 9/3.

28 Cf. Slotboom, noot 26, p. 154.

29 Vergelijk *Hydro/Sep I*, punt 136.

30 Immers, zelfs de verlening van volledige boete-immuniteit op basis van een clementieregeling of het afzien van het opleggen van een boete door de d-g NMa garandeert geenszins vrijwaring van mogelijke schadeclaims door gedupeerden, vergelijk Wils, noot 11, p. 138-139.

31 Tenzij men de lijn van Werden en Simon volgt, zie noot 5.

32 Vergelijk echter MELDOC, *Pb.* 1986, L 348/50, punt 82. In deze beschikking noemde de Commissie de door consumenten reëel geleden schade (kort) als relevante omstandigheid. Vergelijk ook punt 80 van Helsinki, noot 18.

33 Punt 27 van de Richtsnoeren Boetetoemeting van de NMa noemt recidive als boeteverhogende omstandigheid.

34 Hetgeen uitmondde in het besluit op bezwaar van de d-g NMa van 6 maart 2000 in zaak 650, *Hydro Energy B.V. versus Sep*.

35 Dit zou te maken kunnen hebben met het feit dat recidive in casu was uitgesloten. Sep had het beheer over het koppelnet inmiddels overgedragen aan TenneT. Zij kon dus niet langer misbruik maken van een machtspositie die zij was kwijtgeraakt. Was Sep nog netbeheerder geweest, dan had een hogere boete Hydro wellicht de verzekering kunnen bieden dat Sep haar in het vervolg niet meer zou discrimineren.

36 *Hydro/Sep II*, punten 144-148.

37 Overigens is dit niet conform de Europese Richtsnoeren. Deze geven 1 tot 20 miljoen euro aan.

38 Jaarverslag NMa 2000, p. 115.

boete werd opgelegd wegens overtreding van een van de materiële bepalingen van de Mededingingswet, al uitspraak in beroep gedaan.³⁹

Notarissen Breda

Kort na zijn besluit in *Hydro/Sep I* nam de d-g NMa zijn tweede 'materiële' boetebesluit in *Notarissen Breda I*,⁴⁰ ditmaal wegens een overtreding van artikel 6 Mw. De d-g oordeelde dat de betrokken Bredase notarissen zich door middel van een aantal overeenkomsten schuldig hadden gemaakt aan het maken van een afspraak tot verdeling van de markt. De d-g legde hiervoor zestien boetes op, variërend van 15.000 tot 20.000 gulden.

Het is weinig verrassend dat de d-g de marktverdelingsafspraken als een zeer ernstige overtreding bestempelde. Opnieuw verwees hij hierbij naar de Europese Boeterichtsnoeren. Een additionele verzwarende omstandigheid was dat de afspraken iedere restconcurrentie op de markt uitschakelden. De concurrentie op de relevante markt was ook zonder de betrokken afspraken al zeer gering, aangezien de Wet op het Notarisambt concurrentie op prijs verbod. Van recidive was ook hier geen sprake. De duur van de overtreding (15 maanden) was volgens de d-g middellang. Dit is conform de Europese Boeterichtsnoeren. Dit zou aanleiding geven voor een 'gemiddelde boete',⁴¹ wat dit in de ogen van de d-g ook moge zijn. In de richting van een verlaging zou de omstandigheid wijzen dat de notarissen de inbreuken zelfstandig hadden gestaakt. Opvallend is dat de d-g in het feit dat de betrokken afspraken slechts op een deel van de dienstverlening van de notarissen betrekking hadden een verzachtende omstandigheid zag. Voor de afnemers van een bepaald product of een bepaalde dienst, is het immers irrelevant of ook ten aanzien van andere producten of diensten kartelafspraken bestaan. Aangezien bepaalde notarissen iets korter hadden deelgenomen dan de meesten, kregen de eerstgenoemden een wat lagere boete opgelegd dan het basisbedrag van 20.000 gulden. Evenals in *Hydro/Sep I* kan de lezer van het besluit echter alleen maar raden naar de wijze waarop dit bedrag is berekend.

Ook in *Notarissen Breda* kwam het tot een besluit op bezwaar. Ditmaal werd het bezwaar tegen de boete echter gedeeltelijk gegrond verklaard.⁴² Vermeldenswaard is wel dat het bezwaar dat de boetetoemeting onvoldoende zou zijn gemotiveerd werd afgewezen. De d-g had immers weliswaar uitgebreid uiteengezet welke factoren hij voor de bepaling van de boete had laten meewegen, maar niet hoe op grond van die factoren de uiteindelijke mathematische berekening had plaatsgevonden. Overigens lijden ook de meeste Commissiebeschikkingen aan ditzelfde euvel.⁴³ Dit zou echter geen reden voor de d-g NMa mogen zijn om de in dit opzicht nog steeds relatief weinig transparante Commissiepraktijk te kopiëren. De adviescommissie, en in navolging van haar de d-g, meende echter dat de abstracte motivering van het eerste besluit voldoende duidelijk was. Wel spoorde de adviescommissie de d-g aan een aantal in de Europese Richtsnoeren genoemde verzachtende factoren in de beoordeling mee te

nemen. De d-g had deze factoren in zijn eerste besluit buiten beschouwing gelaten. Uiteindelijk reduceerde de d-g de boetes aanzienlijk, tot bedragen tussen de 5000 en 8000 gulden. Niet duidelijk werd waarom de d-g op precies deze bedragen uitkwam.

Tegen het besluit in *Notarissen Breda II* is beroep ingesteld.⁴⁴

G-Star

In *G-Star I*⁴⁵ legde de d-g Secon een boete op van 500.000 gulden wegens een inbreuk op artikel 6 Mw. De d-g was van mening dat het door Secon aan distributeurs opgelegde doorleveringsverbod van G-Star spijkerbroeken de mededinging onaanvaardbaar beperkte. Ook zou Secon zich hebben schuldig gemaakt aan een (verkapte) vorm van verticale prijsbinding van G-Star broeken.

In het *G-Star I*-besluit begon de d-g NMa met de vaststelling dat hij 'een ruime beleidsvrijheid heeft bij de vaststelling van de hoogte van de boete'.⁴⁶ Die zou in ieder geval dusdanig moeten zijn dat een afschrikkende werking is gewaarborgd. Ten aanzien van de zwaarte van de overtreding concludeerde de d-g dat deze 'niet gering'⁴⁷ was, een categorie die noch in de Europese Boeterichtsnoeren, noch in de (latere) richtsnoeren van de NMa voorkomt. Net zoals in *Notarissen Breda I* zag de d-g ook in *G-Star I* een verzachtende omstandigheid in het feit dat de beperkingen zich uitsluitend tot bepaalde marktsegmenten beperkten. De duur van de overtredingen bedroeg iets meer dan een halfjaar, respectievelijk iets minder dan een jaar. Conform de Europese praktijk bestempelde de d-g deze duur als kort. Ook in deze zaak werd het feit dat de inbreuk inmiddels was beëindigd aangemerkt als een verzachtende omstandigheid. Dit werd echter weer tenietgedaan door het feit dat ook de nieuwe regelingen inbreuk maakten op artikel 6 Mw. Wederom wordt niet duidelijk hoe de d-g het uiteindelijke boetebedrag heeft berekend.

Tegen het besluit in *G-Star I* werd door Secon bezwaar aangekend. In *G-Star II* verklaarde de d-g dit bezwaar ongegrond.⁴⁸ De adviescommissie gaf de d-g in overweging de boete met 362.000 gulden te verlagen, omdat het doorlever-

39 Bron: persdienst NMa, 14 augustus 2002.

40 Besluit van de d-g NMa van 14 september 1999 in zaak 952, Afspraken tussen notarissen te Breda.

41 *Notarissen Breda I*, punt 47.

42 Besluit op bezwaar van de d-g NMa van 15 maart 2000 in zaak 952, Afspraken tussen notarissen te Breda.

43 Soms is echter wel exact te achterhalen op welke wijze het boetebedrag door de Commissie is berekend. In *Voorgeïsoleerde Buizen*, Pb. 1999, L 24/1, bijvoorbeeld berekende de Commissie de startbedragen voor de opgelegde boetes door het minimumbedrag van EUR 20 miljoen met expliciet vermelde factoren te vermenigvuldigen. Ook werd getalsmatig aangegeven op welke wijze verzwarende en verzachtende omstandigheden aanleiding gaven deze startbedragen aan te passen.

44 Jaarverslag NMa 2001, p. 99.

45 Besluit van de d-g NMa van 12 januari 2000 in zaak 757, Chilly en Basilicum versus G-Star/Secon Groep.

46 *G-Star I*, punt 139.

47 *G-Star I*, punt 140.

48 Besluit op bezwaar van de d-g NMa van 10 juli 2001 in zaak 757, Chilly en Basilicum versus G-Star/Secon Groep.

verbod geen *hardcore* overtreding zou inhouden. Aangezien de d-g van mening was dat het wel een *hardcore* overtreding betrof, handhaafde hij de opgelegde boete.

Tegen het besluit in *G-Star II* is door Secon beroep ingesteld.⁴⁹

Tango III

Na het besluit in *G-Star I* duurde het enige tijd voordat de d-g NMa opnieuw een boete zou opleggen voor een overtreding van een van de materiële bepalingen van de Mededingingswet. Hoewel hij enige malen tot de vaststelling was gekomen dat dergelijke overtredingen hadden plaatsgevonden, besloot hij om bijzondere redenen geen boete op te leggen.⁵⁰ Pas in *Tango III*⁵¹ zou hij daartoe opnieuw overgaan.

In deze zaak betrof het wederom een overtreding van artikel 6 Mw. Texaco zou hebben samengespannen met een aantal van haar pomphouders (drie onafhankelijke ondernemingen en haar 100%-dochter BEM), teneinde nieuwkomer Tango met '*predatory pricing*' van de markt te verdringen. De d-g concludeerde dat de betrokken afspraken een prijskartel opleverden. Hij legde aan Texaco hiervoor een boete op van 1 miljoen euro en aan de pomphouders boetes van respectievelijk 25.000 euro, 48.500 euro en 46.500 euro.

In *Tango III* volgde de d-g voor het eerst de Richtsnoeren Boetetoemeting. In zijn inleiding bij de boeteparagrafen van het besluit merkte de d-g op dat de duur van de overtreding tot uitdrukking komt in het 'betrokken omzet'-criterium. De duur werd in dit besluit dus niet expliciet als wegingsfactor meegenomen. Dit bevestigt de veronderstelling hierboven (onder *Hydro/Sep*) dat de d-g voorheen een ander criterium gebruikte om het basisbedrag vast te stellen. Toen werd de duur immers wél expliciet besproken.

De d-g kwalificeerde vervolgens de overtreding als zwaar in plaats van zeer zwaar. Dit aangezien het kartel niet had geleid tot prijsverhogingen, maar juist tot lagere prijzen. De consument had daarom geen directe schade geleden. In tegenstelling tot in *Hydro/Sep I* achtte de d-g in dit besluit geleden schade dus wel degelijk een relevante factor. Opvallend is wel dat de d-g bij het vaststellen van de hoogte van de boete geen aandacht besteedde aan de door Tango geleden schade. Verder zou de consument, indien de leden van het kartel in hun opzet zouden zijn geslaagd, wel degelijk schade hebben geleden. Men mag veronderstellen dat de Texaco-stations, na verlost te zijn van prijsbreker Tango, hun prijzen tot of zelfs boven het oude (pre-kartel)niveau zouden verhogen. Dit is immers de enige strategie waarbij *predatory pricing* zin heeft. De d-g besloot uiteindelijk een rekenfactor 1 toe te passen. Gezien de relatief kleine omvang van de geografische markt achtte de d-g een hogere rekenfactor ongepast. Dit is bevreemdend, aangezien de d-g de betrokken omzet blijkt punt 112 van het besluit al uitsluitend voor de betrokken kleine geografische markt had berekend. De boete wordt op die manier dus tweemaal aangepast als gevolg van dezelfde verzachtende omstandigheid. Overigens wordt een geringe omvang van de markt wel in de Richtsnoeren Boetebeleid vermeld als verzachtende omstandigheid (zie punt 14 van de

Richtsnoeren Boetebeleid). Men kan zich desondanks afvragen of een kleine geografische markt een overtreding wel in alle gevallen minder ernstig maakt. Een succesvolle inbreuk op een kleine actuele markt kan de deelnemers aan die inbreuk er onder omstandigheden toe aanzetten hun geografische werkterrein uit te breiden, althans hun slachtoffers ervan weerhouden te proberen elders actief te worden. De NMa zou hierom terughoudend dienen te zijn om een kleine geografische markt als boeteverlagende omstandigheid aan te merken, indien die markt potentieel aanmerkelijk groter zou kunnen zijn.

De d-g heeft voorts de aan Texaco opgelegde boete conform de Richtsnoeren Boetebeleid verveelvoudigd, maar de publieke versie van het besluit vermeldt niet met welke factor. Dit aangezien Texaco haar betrokken omzet als bedrijfsgeheim buiten de publieke versie had weten te houden. Had de NMa daarin wel de factor onthuld, dan had eenieder met behulp van een simpele rekensom alsnog de betrokken omzet kunnen achterhalen. Deze geheimhouding leidt er echter wel toe dat het grote Texaco in één opzicht positief is gediscrimineerd ten opzichte van haar kleine pomphouders. Voor hen zou het immers geen enkele zin hebben gehad om te trachten hun betrokken omzet voor het publiek geheim te houden: dit is immers het bedrag van de boete maal 10. Voorts berooft het geheimhouden van de afschrikkingsfactor het besluit van een deel van zijn afschrikkende werking voor andere ondernemingen. Het is de vraag of de d-g wel voldoende heeft stilgestaan bij het feit dat hij een afweging moest maken tussen enerzijds het belang dat Texaco heeft bij geheimhouding van haar betrokken omzet (bescherming van bedrijfsgeheimen) en anderzijds het belang dat 'de gemeenschap' heeft bij openbaarmaking van de afschrikkingsfactor en meer in het algemeen een transparante boetepraktijk. Tevens kan men zich meer in het algemeen afvragen of betrokken kartelomzet wel een bedrijfsgeheim kan zijn. Overigens zou een al te kwistig strooien met afschrikkingsfactoren het NMa-beleid minder transparant kunnen maken dan het op grond van de richtsnoeren op het eerste gezicht lijkt. Ook in Nederland zou op deze wijze eenzelfde 'boetewedloop' kunnen gaan plaatsvinden als door de Commissie is geïnitieerd.⁵² Overigens is beleidsmatig betwistbaar dat er een al te grote transparantie vooraf dient te bestaan. In dat geval kunnen calculerende ondernemingen immers op eenvoudige wijze tot de conclusie

49 Jaarverslag NMa 2001, p. 98.

50 Besluit van de d-g NMa van 6 juli 2000 in zaak 25, Holland Dier Identiteit versus Koninklijke Nederlandse Maatschappij voor Diergeneeskunde (contact met de NMa over de litigieuze regelingen sinds de inwerkingtreding van de Mededingingswet in samenwerking met de bereidheid tot onmiddellijke intrekking ervan; aanpassing van de regelingen), besluit van de d-g NMa van 23 mei 2001 in zaak 2228, Taxi Rotterdam (volledige medewerking aan het NMa-onderzoek, onmiddellijke stopzetting van de inbreuken en een abrupte wijziging van een wettelijke regeling die de bewuste gedragingen toestond) en het besluit van de d-g NMa van 21 december 2001 in zaken 2234 en 2236, ANKO (verlening van volledige medewerking, melding van andere mededingingsbeperkende praktijken en onmiddellijke stopzetting van de overtredingen).

51 Hierboven, noot 1.

komen dat de boete die hen boven het hoofd hangt hun minder zal kosten dan deelname aan een kartel hun oplevert.⁵³ Overigens dient te worden opgemerkt dat de wijze waarop de boetes in *Tango III* zijn berekend aanzienlijk transparanter is in vergelijking met die in de zaken uit het tijdperk voor de Richtsnoeren Boetetoemeting.

Tegen het besluit in *Tango III* is door Texaco bezwaar aangekend.⁵⁴

Diergeneesmiddelen

In het tot nu toe laatste 'materiële' NMa-boetebesluit legde de d-g boetes op aan AUV Coöperatieve Nederlandse Veterinair-Farmaceutische Groothandel U.A. (AUV) (9,7 miljoen euro) en aan Diergeneesmiddelen-groothandel Aesculaap (750.000 euro).⁵⁵ De NMa had geconcludeerd dat de genoemde ondernemingen⁵⁶ zich schuldig hadden gemaakt aan marktverdelings- en uitsluitingspraktijken.

In deze zaak paste de d-g voor de tweede maal de Richtsnoeren Boetebeleid toe. Teneinde de betrokken omzet te kunnen berekenen begon hij met het bepalen van de duur van de overtreding. In beginsel liep deze vanaf de inwerkingtreding van de Mededingingswet tot aan de schriftelijke beëindiging van de overtredingen op 14 maart 2001. De betrokken ondernemingen hadden voor de litigieuze afspraken echter op 31 maart 1998 een ontheffing aangevraagd. Daarom genoten zij vanaf dat moment boetevrijwaring. Deze aanvraag werd echter medio 2000 ingetrokken, nadat de NMa te kennen had gegeven dat de afspraken niet voor ontheffing in aanmerking zouden komen. De gedragingen duurden echter nog bijna een jaar voort. De d-g besloot de periode 31 maart 1998 tot medio 2000 niet in de berekening van de duur van de inbreuk mee te nemen. Zijn reden hiervoor was dat het volgens de Memorie van Toelichting in de regel niet redelijk zou zijn om bij weigering van een gevraagde ontheffing een boete op te leggen voor de periode van de ontheffingsaanvraag. Hiermee lijkt met name AUV heel goed te zijn weggekomen in het licht van de korte metten die de d-g maakte met AUV's aanspraak op voorlopige geldigheid krachtens artikel 100 Mw: ook krachtens de Wem was de gewraakte leveringsweigering verboden. Zodoende kwam hij tot een inbreukperiode van 2/3 jaar. Opgemerkt moet wel worden, dat indien de duur van de melding zou zijn meegenomen, de boetes bijzonder hoog zouden zijn geweest; mogelijk zelfs het maximum van 10% van de jaaromzet zouden hebben bedragen. De boete lijkt relatief zwaar. Zou immers de volledige inbreukperiode vanaf 1 januari 1998 in aanmerking zijn genomen, dan hadden AUV en Aesculaap boetes van resp. 32,1 en 2,5 miljoen euro gekregen. Die bedragen waren misschien zelfs boven de absolute bovengrens van 10% van de totale groepsomzet gekozen. Of dit zo is, valt niet vast te stellen vanwege de in de publieke versie van het besluit gehanteerde vertrouwelijkheid terzake.

De d-g zette vervolgens voor beide ondernemingen afzonderlijk uiteen hoe hij tot de opgelegde boetes was gekomen en wat hun betrokken omzet over de gegeven periodes was. Evenals in *Tango III* vermeldt de publieke versie opnieuw de

betrokken omzet niet, ditmaal voor beide ondernemingen. Afgezien van de hierboven reeds geventileerde kritiek op het geheimhouden hiervan, komt het geheimhoudingsbeleid van de NMa in dit besluit als amusant over. Het is op grond van de motivering van het besluit eenvoudig te berekenen dat de betrokken jaaromzet van AUV 72,8 miljoen euro moet zijn geweest en die van Aesculaap 7,5 miljoen euro.

Conform de Richtsnoeren Boetebeleid kwalificeerde de d-g de overtredingen als zeer zwaar. Uit de hem beschikbare bandbreedte van vermenigvuldigingsfactoren (1,5 tot 3) achtte hij een factor 2, op grond van de economische context, 'aangegeven'. Waarom precies 2, en niet 1,9 of 2,1, blijft onduidelijk. Het feit dat AUV de overtreding zelfstandig had gestaakt kon niet als boeteverlagende omstandigheid gelden, omdat de NMa inmiddels rapport tegen haar had opgemaakt. Aesculaap verkreeg wél een reductie (25%) vanwege haar voornamelijk passieve rol bij de overtredingen.

Overige boetebesluiten (niet-materiële overtredingen)

Het overgrote deel van de boetebesluiten van de d-g NMa heeft betrekking op niet-materiële overtredingen van het mededingings- en/of bestuursrecht. Boetes werden opgelegd wegens overtreding van de meldingsplicht concentratietoezicht⁵⁷ of schending van de medewerkingsplicht ex artikel 5:20 Awb.⁵⁸ Het voert in het kader van dit artikel te ver om op deze besluiten in detail in te gaan. Volstaan wordt met enige korte opmerkingen.

52 Het voorlopige hoogtepunt van de niet-aflatende dadendrang van de Commissie is de aan Hoffman-La Roche opgelegde recordboete van 462 miljoen euro wegens deelname aan een vitaminekartel, zie het persbericht van de Commissie van 21 november 2001, nr. IP/01/1625. Ter illustratie: voormalig recordhouder was Volkswagen met 'slechts' ECU 102 miljoen, zie Volkswagen, *Pb.* 1998, 124/60. Het totaal aan boetes in de zojuist aangehaalde vitaminezaak bedroeg 855,22 euro. In 1986 was in Polypropyleen, *Pb.* 1986, L 230/1 een totaal van ECU 57,85 miljoen nog voldoende afschrikwekkend, in 1994 was dit in Stalen Balken, *Pb.* 1994, L 116/1, al ECU 104,35 miljoen geworden en in Cement, *Pb.* 1994, L 343/1, ECU 248 miljoen en ten slotte in 1999 in TACA, *Pb.* 1999, L 95/1, ECU 273 miljoen. Voor een overzicht van de diverse door de Commissie beboete kartels en de opgelegde boetes, zie: R. Whish, *Competition Law (Fourth Edition)*, Butterworths, Londen, 2001, p. 419-424. Voor een goed (kritisch) overzicht van de boetepraktijk van de Commissie van enige jaren geleden (voordat zij haar Richtsnoeren opstelde) zie: I. van Bael, 'Fining à la Carte: The Lottery of EU Competition Law', in: *ECLR* 1995, nr. 4, p. 237.

53 Vergelijk W.P.J. Wils, 'E.C. Competition Fines: To Deter or not to Deter', in: *Y.E.L.* 1995, nr. 15, 17; p. 45.

54 Bron: NMa persdienst.

55 Zie noot 2.

56 In het besluit lijkt de d-g AUV tegelijkertijd als ondernemersvereniging en als onderneming te zien. Men kan zich afvragen of dit rechtens mogelijk is. Aangezien AUV echter uitsluitend als onderneming werd beboet kan deze kwestie hier onbesproken blijven.

57 Besluit van de d-g NMa van 28 juli 2000 in zaak 1774, Verkerk/Horn, besluit van de d-g NMa van 13 oktober 2000 in zaak 1316, Scheuten/Heywood, besluit van de d-g NMa van 7 mei 2001 in zaak 2346, Advent/Vinnolit/Vintron, besluit op bezwaar van de d-g NMa van 9 mei 2001 in zaak 1774, Verkerk/Horn, persbericht van 13 november 2001 in zaak 2034, Deutsche Post/Trans-o-flex, besluit van de d-g NMa van 13 december 2001 in zaak 2727, NN-ASR-ArboDuo.

58 Zie volgende pagina.

Schending medewerkingsplicht

In het algemeen pleegt de d-g in zaken betreffende procedurele overtredingen streng te zijn. Reeds meermalen heeft hij maximale boetes opgelegd. Ten aanzien van de artikel 5:20 Awb-zaken deed hij dit bijvoorbeeld in alle besluiten. Dit is eigenlijk ook niet al te verwonderlijk gezien het feit dat dit maximum slechts 4.500 euro (10.000 gulden) bedraagt. Men kan zich afvragen of dit bedrag zelfs voor kleine en middelgrote ondernemingen een werkelijk afschrikwekkende werking heeft. Wat de besluiten inzake *Tango I* en *II* betreft kan men echter twijfelen aan de proportionaliteit van het opleggen van een boete, ongeacht de hoogte daarvan. Texaco huldigde in de eerste twee *Tango*-besluiten de opvatting, dat personen die de vennootschap niet kunnen vertegenwoordigen ook niet tot antwoorden op vragen van de NMa verplicht zijn. De NMa was in haar weerlegging van deze stelling wel heel erg pertinent; pertinenter wellicht dan gezien de stand van het recht aanvaardbaar zou zijn: er was immers nog geen enkel mededingingsrechtelijk precedent op dit gebied. Schuldigverklaring zonder boeteoplegging zou wellicht een passender maatregel zijn geweest, zelfs indien men de rechtsopvatting van de NMa voor juist zou moeten houden. Het lijkt dan ook zeer de vraag of het besluit inzake *Tango II* de rechterlijke toetsing in beroep zal doorstaan.

Concentratietoezicht

In de concentratiezaken legde de d-g tweemaal de maximale boete (50.000 gulden ofwel 22.500 euro) op in *Verkerk/Horn* en eveneens tweemaal in *Deutsche Post/Trans-o-flex*. In de andere gevallen matigde hij dit bedrag tot 40.000 gulden, aangezien de betrokken ondernemingen in die zaken vanaf de start van het onderzoek volledig hadden meegewerkt. De d-g lijkt terughoudend om andere verzachtende omstandigheden te aanvaarden. Opnieuw lijkt de d-g wellicht strenger te zijn geweest dan hij in werkelijkheid was. 22.500 euro lijkt voor die ondernemingen die onder de – inmiddels verhoogde – concentratiedrempels vallen geen disproportioneel hoog bedrag. In ieder geval is het maximale boetebedrag in absolute zin mild te noemen.⁵⁹

Conclusie

Het is niet geraden om op grond van de weinige boetebesluiten die de d-g NMa tot nu toe heeft genomen al te stellige algemene conclusies te trekken. Niettemin zal worden getracht op basis van het voorgaande, voorzichtig enige algemene lijnen te signaleren.

Zoals hierboven reeds opgemerkt is de NMa binnen de grenzen van de lage maxima tot nu toe zeer streng geweest in het opleggen van boetes voor procedurele overtredingen. De toekomst zal moeten uitwijzen in hoeverre de genoemde lage maxima de NMa een voldoende effectief instrument verschaffen om procedurele overtredingen tegen te gaan.

Ten aanzien van de beboeting van de materiële overtredingen kan worden vastgesteld dat de NMa tweemaal ferm heeft uitgehaald: in *Hydro/Sep* en in *Diergeneesmiddelen*. Hierbij dient wel te worden aangetekend dat hardcorekartels tot nu

toe nog niet werden beboet (dus niet werden opgespoord), tenzij men de *Tango*- of de *Diergeneesmiddelen*-zaak tot die categorie zou willen rekenen. Een streng boetebeleid lijkt ook wel noodzakelijk. Wanneer men immers bepaalde economen volgt, zouden zelfs de maximale boetes van 10% van de totale omzet onvoldoende effectief zijn, zeker indien zoals in Nederland strafrechtelijke sancties voor hardcoreovertredingen ontbreken.⁶⁰ Dit laatste in tegenstelling tot de juridische situatie in enkele andere EU-lidstaten. In Duitsland bijvoorbeeld zijn strafrechtelijke sancties voor overtredingen van het mededingingsrecht in bepaalde, zeer specifieke, gevallen inmiddels mogelijk. In het Verenigd Koninkrijk zijn wetswijzigingen in voorbereiding om tot eenzelfde situatie te komen. Boetes in Nederland zouden volgens de economische theorie zeker hoog dienen te zijn, aangezien de uitkomsten van de huidige parlementaire enquête inzake de bouwfraude lijken aan te tonen dat de pakkans laag is. Immers, de diverse kartelafspraken hebben jarenlang probleemloos gefunctioneerd zonder dat autoriteiten er weet van hadden. Dit alles is temeer zorgwekkend aangezien niet de NMa de overheidsinstantie was die het uiteindelijke onderzoek is begonnen. De tijd zal leren of de NMa er, mede door middel van haar clementiebeleid, in de toekomst wel in zal slagen om dergelijke grootschalige kartels op te sporen.

Wanneer men enige afstand neemt van de in dit artikel aangehaalde economische theorieën, lijkt het huidige wettelijke raamwerk wel degelijk de mogelijkheid te bieden om ondernemingen schrik in te boezemen. Een boetemaximum van 10% van de totale omzet is in economisch opzicht wellicht niet in alle gevallen efficiënt, het biedt desondanks meer dan voldoende armslag om tot de tot de verbeelding sprekende bedragen te komen. Het Commissiebeleid van de laatste jaren heeft dit aangetoond. En dat terwijl de Commissie nog nooit tot de oplegging van een boete van 10% van de totale omzet is overgegaan, daar zelfs verre van is gebleven. Men mag aannemen dat van het Commissiebeleid uiteraard geen volledige, maar desondanks toch een behoorlijke preventieve werking uitgaat. Het lijkt op grond van de voorliggende precedents waarschijnlijk, dat ook de NMa in toekomstige zaken nog hogere boetes zal gaan opleggen. Met een interessant dossier als dat van de bouwfraude in de pijplijn lijkt het klimaat daarvoor in elk geval geschapen.

58 Besluit van de d-g NMa van 24 maart 1999 in zaak 802, Edipress versus Audax, besluit van de d-g NMa van 6 juli 2001 in zaak 2463, Texaco Nederland B.V. (*Tango I*), besluit op bezwaar van de d-g NMa van 14 december 2001 in zaak 2463, Texaco Nederland B.V. (*Tango II*), persbericht van de NMa van 3 september 2002 inzake Heijmans.

59 Opvallend is ook hier de willekeur waarmee het maximale boetebedrag lijkt te zijn gekozen. Kennelijk is 50.000 gulden gekozen omdat de maximale boete in Europa 50.000 euro is. De Memorie van Toelichting bevat daaromtrent geen enkele opmerking. Zie MvT, TK 24 707, p. 95-96

60 Vergelijk in dit opzicht ook P.V.F. Bos, 'Van waakhond naar speurhond', in: *M&M* 2001, p. 265.