

Richtsnoeren boetetoemeting

– met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 57 van de Mededingingswet –

1 Inleiding

1. Ingevolge de artikelen 56 juncto 57 van de Mededingingswet ("Mw") beschikt de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit ("d-g NMa") over de bevoegdheid een boete op te leggen bij overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw (verboden mededingingsbeperkende afspraken en gedragingen) en artikel 24, eerste lid, Mw (misbruik van een economische machtspositie).¹ De bevoegdheid van de d-g NMa boetes op te leggen is een middel om naleving van de Mededingingswet te bevorderen. Daartoe dient de d-g NMa individuele overtredingen te onderzoeken en te bestraffen (speciale preventie) en daarbij een beleid te voeren dat er op is gericht te bevorderen dat ondernemingen de Mededingingswet naleven (generale preventie).
2. Artikel 57, eerste lid, Mw stelt de boete op ten hoogste EUR 450.000 (voorheen NLG 1 miljoen) of, indien dat meer is, 10 % van de totale jaaromzet van de onderneming² dan wel, indien de overtreding door een ondernemersvereniging is begaan, van de gezamenlijke omzet van de daarvan deel uitmakende ondernemingen.³
3. Ingevolge artikel 57, tweede lid, Mw houdt de d-g NMa bij de vaststelling van de hoogte van de boete in ieder geval rekening met de ernst en de duur van de overtreding.
4. Het NMa-beleid inzake boetetoemeting is in ontwikkeling. Met het publiceren van de Richtsnoeren boetetoemeting (hierna: "de Richtsnoeren") beoogt de d-g NMa inzicht te verschaffen in de factoren die bij het bepalen van de hoogte van boetes in aanmerking worden genomen.⁴ Met het oog op de gewenste preventieve werking acht de d-g NMa het van belang dit inzicht met name te verschaffen ten aanzien van zeer ernstige overtredingen van de Mededingingswet. Op dit punt geven de Richtsnoeren vergaande richting wat betreft de hoogte van de boete die ondernemingen kunnen verwachten. De d-g NMa stelt zich ten doel het beleid inzake boetetoemeting gaandeweg verder te verfijnen (zie § 7 hierna). Om recht te kunnen doen aan de specifieke omstandigheden van het individuele geval, zal daarbij steeds sprake dienen te blijven van een voldoende ruime discretionaire marge voor de d-g NMa. Wat betreft de vaststelling van boetes kan er nimmer sprake zijn van zuiver rekenkundige modellen.
5. De d-g NMa heeft gemeend ten aanzien van boetes voor overtreding van de Mededingingswet niet zonder meer de richtsnoeren die de Europese Commissie heeft opgesteld, tot uitgangspunt te kunnen nemen.⁵ De Europese

¹ Deze Richtsnoeren hebben geen betrekking op de boetes die de d-g NMa kan opleggen wegens overtreding van de bepalingen inzake concentratietoezicht en medewerking. Voor het beleid dienaangaande wordt verwezen naar Jaarverslag NMa/Dte 2000, p. 52, 53.

² Het gaat hierbij om de omzet van alle goederen en diensten die de onderneming produceert of levert, ongeacht waar ter wereld die omzet wordt gerealiseerd.

³ In deze Richtsnoeren wordt hierna onder 'onderneming' mede begrepen 'ondernemersvereniging'.

⁴ De vraag of al dan niet een boete dient te worden opgelegd, valt buiten het bereik van deze Richtsnoeren evenals vragen betreffende het opleggen van een last onder dwangsom.

⁵ Richtsnoeren voor de berekening van geldboetes die uit hoofde van art. 15, lid 2, van Verordening nr. 17, respectievelijk art. 65, lid 5, EGKS-Verdrag worden opgelegd, PbEG 1998, C9/3.

Commissie hanteert volgens bedoelde richtsnoeren inbreukcategorieën waarvoor vervolgens vaste boetebedragen gelden. Een nadeel van een systeem met vaste boetebedragen is dat kleine ondernemingen relatief harder worden getroffen dan grotere (vaak internationaal opererende) ondernemingen. Het boetebeleid van de d-g NMa moet zowel toepasbaar zijn op (zeer) grote ondernemingen als op het midden- en kleinbedrijf, zonder daarbij te ener zijde de beoogde preventieve werking te missen en te anderzijde onevenredige resultaten te genereren.

2 Uitgangspunten

6. Het feit dat boetes zowel speciale als generale preventie ten doel hebben, leidt ertoe dat boetes zodanig hoog dienen te zijn dat zij overtreders van een volgende overtreding van een mededingingsregel weerhouden (speciale preventie) alsmede potentiële overtreders afschrikken (generale preventie)
7. Bij de boeteoplegging spelen de beginselen van behoorlijk bestuur een belangrijke rol. Zo moet recht worden gedaan aan het gelijkheidsbeginsel, op grond waarvan gelijke gevallen op een gelijke wijze dienen te worden behandeld. De Richtsnoeren dragen daartoe objectieve beoordelingsmaatstaven aan. Dit laat onverlet dat in elke individuele situatie rekening wordt gehouden met de specifieke relevante omstandigheden van het geval. Ingevolge artikel 3:4, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht ("Awb") neemt de d-g NMa bij het bepalen van de hoogte van de boete het evenredigheidsbeginsel in acht. Op grond van deze bepaling mogen de voor één of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.
8. Opgelegde boetes moeten 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. Om deze redenen wordt bij de bepaling van de hoogte van de boete in beginsel de betrokken omzet in aanmerking genomen (zie § 4 hierna). Tevens wordt rekening gehouden met het gewicht van de overtreder binnen de nationale economie. Daartoe wordt bij de bepaling van de hoogte van de boete ook de totale jaaromzet van de onderneming in Nederland⁶ in aanmerking genomen.

3 Criteria

9. Bij de vaststelling van de boete houdt de d-g NMa rekening met de ernst en duur van de overtreding. De duur van de overtreding komt tot uitdrukking in de gekozen boetegrondslag (zie § 4 hierna). De ernst van de overtreding wordt bepaald door de zwaarte van de overtreding te bezien in samenhang met de economische context waarin deze heeft plaatsgevonden.
10. De d-g NMa onderscheidt drie type overtredingen: zeer zware, zware en minder zware overtredingen.

⁶ Zie wat betreft de bepaling van de jaaromzet in Nederland hierna voetnoot 7.

11. Als zeer zware overtredingen worden aangemerkt verstreckende horizontale beperkingen. Ook vormen van misbruik van machtspositie door ondernemingen die (vrijwel) een monopoliepositie innemen, behoren tot deze categorie. Voorbeelden van zeer zware overtredingen zijn:
 - horizontale prijsafspraken;
 - collectieve verticale prijsbinding;
 - collectieve boycotacties;
 - horizontale marktverdelingsafspraken en quotaregelingen (inclusief afzetbeperkingen en verboden aanbestedingsafspraken – 'bidrigging');
 - vormen van misbruik van economische machtspositie die erop zijn gericht een onderneming van een markt te dringen of te weren.
12. Als zware overtredingen worden met name aangemerkt (geheel of gedeeltelijk) horizontale regelingen die niet kunnen worden aangemerkt als een zeer zware overtreding. Ook vormen van misbruik van een economische machtspositie, zoals bijvoorbeeld discriminatie en koppelverkoop, die niet als een zeer zware overtreding kunnen worden gekwalificeerd worden aangemerkt als zware overtreding. Tenslotte worden ook verticale afspraken die rechtstreeks van invloed zijn op de prijs of afzetmogelijkheden, zoals individuele verticale prijsbinding en doorleveringsverboden, tot deze categorie gerekend.
13. Als minder zware overtredingen worden aangemerkt regelingen die de mededinging in beperkte mate verstoren. In de regel zullen verticale regelingen die niet zien op prijs of afzetmogelijkheden, worden aangemerkt als minder zware overtredingen. Ook mededingingsbeperkende brancheregelingen, die niet rechtstreeks zien op prijs en afzetmogelijkheden, zullen in de regel als minder zware overtreding worden aangemerkt.
14. Bij het bepalen van de ernst van de overtreding houdt de d-g NMa, naast de zwaarte van de overtreding, rekening met de economische context waarin de overtreding heeft plaatsgevonden. In dit verband komt onder andere betekenis toe aan de aard van de betrokken producten of diensten, de omvang van de markt, de grootte van de betrokken onderneming(en) alsmede het (gezamenlijk) marktaandeel, de structuur van de markt en aan de geldende regelgeving. De d-g NMa kent tevens gewicht toe aan de (potentiële) schade die als gevolg van de overtreding wordt toegebracht aan concurrenten, afnemers en consumenten.

4 Boetegrondslag

15. De boete wordt gebaseerd op de betrokken omzet van de onderneming. Onder betrokken omzet wordt verstaan 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 levering van diensten waarop de overtreding betrekking heeft. De d-g NMa kan van de betrokken omzet een schatting maken, bijvoorbeeld, indien deze niet op basis van de verstrekte informatie kan worden bepaald.

Voorbeeld

Drie ondernemingen – A, B en C - hebben een prijsafpraak gemaakt met betrekking tot het product X. Onderneming A genereert op jaarbasis EUR 30 mln. met de verkoop van X. Onderneming B produceert voor EUR 20 mln. per jaar en onderneming C behaalt met de verkoop van X op jaarbasis EUR 10 mln. Indien de prijsafpraak tussen partijen gedurende vier jaar heeft gegolden, resulteert dat voor A in een betrokken omzet van EUR 120 mln., voor B in een betrokken omzet van EUR 80 mln. en voor C in een betrokken omzet van EUR 40 mln. Het feit dat de prijsafpraak niet

(succesvol) is uitgevoerd ten aanzien van (een deel van) de verkopen van X is bij bepaling van de omvang van de betrokken omzet niet relevant.

16. De betrokken omzet kan niet in alle gevallen op basis van het bepaalde in randnummer 15 worden vastgesteld. Dit kan zich onder meer voordoen wanneer sprake is van een gedraging, gericht op bescherming van een (dominante) marktpositie, die bestaat uit het niet-uitvoeren van bepaalde transacties of een afwerings- of liquidatie-actie. In bedoelde gevallen kan de omzet van de onderneming op de te beschermen markt gedurende de periode van de overtreding, doch voor ten minste de duur van een jaar, als betrokken omzet worden aangemerkt. In geval van een verboden aanbestedingsafpraak ('bidrigging') kan de d-g NMa voor elke deelnemer afzonderlijk als betrokken omzet aanmerken de omzet die op basis van het bod waartegen de opdracht is verleend, kan worden gerealiseerd.
17. Indien de overtreding door een ondernemersvereniging is begaan, wordt de betrokken omzet van de daarvan deeluitmakende ondernemingen in aanmerking genomen.
18. De d-g NMa hanteert een boetegrondslag van 10% van de betrokken omzet van de desbetreffende onderneming.
19. In afwijking van het hiervoor in randnummers 15 tot en met 18 bepaalde wordt de boete, rekening houdend met de ernst en duur van de overtreding, gebaseerd op de totale jaaromzet van de onderneming in Nederland in het jaar voorafgaand aan het opmaken van het rapport als bedoeld in artikel 59 Mw, indien naar het oordeel van de d-g NMa ten aanzien van de overtreding de betrokken omzet in de hiervoor bedoelde zin niet kan worden bepaald.

5 Bepaling van de hoogte van de boete

20. Afhankelijk van de ernst van de overtreding als bedoeld in randnummers 9 tot en met 14 wordt de boetegrondslag vermenigvuldigd met een factor.
 - Bij een minder zware overtreding wordt deze factor gesteld op een waarde van ten hoogste 1;
 - Bij een zware overtreding wordt deze factor gesteld op een waarde van ten hoogste 2;
 - Bij een zeer zware overtreding wordt deze factor gesteld op een waarde tussen 1,5 en 3.

Bij een zeer zware overtreding kan de boete derhalve – nog afgezien van boeteverhogende omstandigheden (zie hierna randnummer 27) en het bepaalde in randnummer 23 – oplopen tot 30% van de betrokken omzet.
21. De in randnummer 20 gehanteerde bandbreedten maken het mogelijk de boete te differentiëren naar gelang de ernst van de overtreding.
22. Gezien de economische context als bedoeld in randnummer 14, kan het in een bepaald geval geëigend zijn om een hogere rekenfactor toe te kennen aan een gedraging die getypeerd wordt als een zware overtreding, dan aan een gedraging welke getypeerd wordt als een zeer zware overtreding. De in randnummer 20 gehanteerde bandbreedten laten een dergelijke benadering toe.

23. Uit het oogpunt van de gewenste preventieve werking kan het verkregen resultaat worden aangepast in verband met het gewicht van de onderneming, uitgedrukt in de totale omzet van deze onderneming in Nederland in het jaar voorafgaand aan het opmaken van het rapport als bedoeld in artikel 59 Mw.⁷ Dit kan leiden tot een vereenvoudiging van het resultaat, dat op basis van de betrokken omzet en de factor vastgesteld op basis van het bepaalde in randnummers 21 en 22 wordt bereikt.
24. In geval een boete wordt opgelegd aan een ondernemersvereniging kan er uit een oogpunt van proportionaliteit aanleiding zijn voor een bijstelling van de factor. Hiertoe kan aanleiding bestaan indien de d-g NMa, naast de ondernemersvereniging, individuele leden beboet.
25. Indien een rapport meerdere overtredingen betreft, kan de d-g NMa – in plaats van elke overtreding afzonderlijk te beboeten – een boete opleggen voor het geheel van deze overtredingen.
26. Bij de vaststelling van de boete kan de d-g NMa boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden in aanmerking nemen. De d-g NMa bepaalt in redelijkheid de mate waarin de betrokken omstandigheid leidt tot een verhoging of verlaging van de boete. De marge welke ingevolge de in randnummer 20 gehanteerde bandbreedte geldt voor de op te leggen boete, speelt hierbij niet langer een rol.⁸
27. Boeteverhogende omstandigheden zijn onder meer:
- de omstandigheid dat een bevoegde autoriteit, waaronder de Europese Commissie of een rechterlijke instantie, reeds eerder onherroepelijk een vergelijkbare mededingingsrechtelijke overtreding door de onderneming heeft vastgesteld;
 - de omstandigheid dat de betrokken onderneming tot de overtreding heeft aangezet of een leidinggevende rol heeft gespeeld bij de uitvoering daarvan;
 - de omstandigheid dat de betrokken onderneming gebruik heeft gemaakt van, of heeft voorzien in, controle- of dwangmiddelen ter handhaving van de verboden gedraging;
 - de omstandigheid dat de betrokken onderneming het NMa-onderzoek heeft belemmerd⁹.
28. Onder meer de volgende omstandigheden kunnen resulteren in een boeteverlaging:
- de omstandigheid dat de betrokken onderneming verdergaande medewerking aan het onderzoek van de NMa heeft verleend dan waartoe zij wettelijk was gehouden;
 - de omstandigheid dat de onderneming de overtreding uit eigen beweging heeft beëindigd. Hierbij komt meer gewicht toe aan het uit eigen beweging beëindigen van de overtreding voordat het NMa-onderzoek is begonnen dan nadat het NMa-onderzoek is gestart.
 - de omstandigheid dat de betrokken onderneming uit eigen beweging degene(n) aan wie door de overtreding schade is berokkend, schadeloos heeft gesteld.

⁷ Bij de bepaling van de hoogte van de omzet in Nederland wordt in beginsel uitgegaan van de jaarstukken over het boekjaar onmiddellijk voorafgaand aan het jaar van beëindiging van de overtreding, of – bij overtredingen die ten tijde van de vaststelling van het rapport nog voortduren – van de meest recente jaarstukken die beschikbaar waren ten tijde van het rapport. Voor wat betreft de geografische toerekening van de omzet, volgt de d-g NMa de uitgangspunten zoals uiteengezet door de Europese Commissie in haar Mededeling betreffende de berekening van de omzet in de zin van Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, Pb. 1998, nr. C 66, p. 25

⁸ Zo kan, bijvoorbeeld, ingeval van een zeer zware overtreding, de boete mede als gevolg van boeteverzwarende omstandigheden uitkomen op een bedrag dat (aanzienlijk) hoger is dan een bedrag gelijk aan 30% van de betrokken omzet.

⁹ Het bepaalde laat de rechten van verdediging die een onderneming toekomen, uiteraard onverlet.

6 Vaststelling van de boete

29. De d-g NMa stelt de boete vast volgens deze Richtsnoeren en met inachtneming van de beginselen van behoorlijk bestuur en het wettelijk maximum. De d-g NMa kan van de Richtsnoeren afwijken indien onverkorte toepassing ervan tot evidente onbillijkheid leidt.¹⁰
30. In afwijking van het bovenstaande kan de d-g NMa, wanneer bijzondere omstandigheden van het geval hiertoe naar zijn oordeel aanleiding geven, een symbolische boete van EUR 1000 opleggen.

7 Aanpassing en herziening

31. Deze Richtsnoeren bevat het NMa-beleid inzake de vaststelling van boetes ingevolge artikel 57 van de Mededingingswet, zoals thans in ontwikkeling. De d-g NMa behoudt zich uitdrukkelijk de mogelijkheid voor daarin wijzigingen aan te brengen. Na toepassing van de Richtsnoeren in een voldoende aantal zaken zullen de ervaringen daarmee worden geëvalueerd. Zonodig zal aanpassing of herziening van de Richtsnoeren plaatsvinden.

Deze richtsnoeren treden in werking met ingang van de dag na publicatie ervan in de Nederlandse Staatscourant.

Den Haag,

A.W. Kist

De directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit
(getekend op 19 december 2001)

¹⁰ De financiële positie van de onderneming speelt in beginsel geen rol bij de vaststelling van de hoogte van de boete, met dien verstande dat het opleggen van een boete niet het faillissement van een levensvatbare onderneming waarschijnlijk mag maken (Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 88)