

AB 2019/416

COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFS-
LEVEN

30 juli 2019, nr. 18/1095

(Mrs. W.A.J. van Lierop, H.S.J. Albers, J.L. Verbeek)
m.nt. J.J.A. Waverijn en A. Outhuijse*Art. 6, 62 (oud) Mw; art. 1:3 lid 1, art. 5:40, 5:50,
8:1 Awb

NJB 2019/1781

ECLI:NL:CBB:2019:329

**Boete van nul euro is geen bestuurlijke boete,
maar wel een appellabel besluit en appellant
heeft in dit specifieke geval wel voldoende procesbelang.**

Het College ziet zich ten eerste gesteld voor de vraag of ACM over de bevoegdheid beschikt om een boete van € 0 op te leggen. Het College beantwoordt die vraag, evenals de rechtbank, ontkennend en overweegt daartoe, onder verwijzing naar zijn uitspraak van 26 juni 2017 (ECLI:NL:CBB:2017:215), het volgende. Het College stelt vast dat in de Awb, noch in de in dit geding van toepassing zijnde bijzondere wetten, te weten de Mw en de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt, noch in het Europees mededingingsrecht [...], een bepaling is aan te wijzen waarin is vermeld of waaruit volgt wat het minimumbedrag van een door ACM op te leggen bestuurlijke boete is. Gelet op de bewoordingen van artikel 5:40 van de Awb kan dat niet een bedrag van € 0 zijn, aangezien een dergelijke boete niet een onvoorwaardelijke verplichting tot betaling van een geldsom inhoudt. Daaruit volgt dat ACM niet op grond van een haar daartoe door de wetgever verleende bevoegdheid bevoegd is om aan appellant een boete van € 0 op te leggen. In voorkomende gevallen kan ACM afzien van het opleggen van een boete.

Over het procesbelang van appellant overweegt het College het volgende. Uit de hiervoor deels weergegeven memorie van toelichting bij artikel 62 (oud) van de Mw blijkt dat de wetgever heeft onderkend dat ondernemingen tot welke een besluit is gericht waarbij is vastgesteld dat zij een overtreding hebben begaan, er belang bij (kunnen) hebben daartegen beroep in te stellen, in ieder geval voor zover het gaat om de vaststelling dat een overtreding heeft plaatsgevonden en de vaststelling dat zij overtreder zijn. Naast de onderneming zelf geldt dit naar het oordeel van het College ook voor degene die als feitelijke leidinggever wordt aangemerkt. Het College volgt de rechtbank niet in haar oordeel

dat appellant geen procesbelang heeft. Hoewel appellant niet betwist dat een overtreding van het kartelverbod heeft plaatsgevonden, raakt zijn beroep op het gelijkheidsbeginsel mede aan de vaststelling dat hij aan die overtreding feitelijke leiding heeft gegeven en dat daarvoor op zichzelf een boete van € 170.000 passend is. Een geslaagd beroep van appellant op het gelijkheidsbeginsel zou daarmee kunnen leiden tot de vaststelling dat ACM appellant ten onrechte heeft aangemerkt als feitelijke leidinggever en in zoverre als overtreder en/of ten onrechte heeft aangenomen dat daarvoor op zichzelf een boete van € 170.000 behoort te worden opgelegd. Appellant heeft daarom belang bij een inhoudelijke beoordeling van zijn beroep.

Uitspraak van de meervoudige kamer van 30 juli 2019 op het hoger beroep van appellant, (gem.: mr. F.W. Barendrecht), tegen de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 3 mei 2018, kenmerk ROT 17/4452, in het geding tussen:

Appellant,

en

De Autoriteit Consument en Markt (ACM) (gem.: mr. M.C.C. van Overbeek en mr. F. van der Kraan).

Procesverloop in hoger beroep

Appellant heeft hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam (rechtbank) van 3 mei 2018 (ECLI:NL:RBROT:2018:3423, niet gepubliceerd).

ACM heeft een reactie op het hogerberoepschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft, met gesloten deuren, plaatsgevonden op 19 maart 2019. Appellant is verschenen, bijgestaan door zijn gemachtigde. ACM heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigden en mr. A.S.M.L. Prompers.

Grondslag van het geschil

1.1 Voor een uitgebreide weergave van het verloop van de procedure, het wettelijk kader en de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden, voor zover niet bestreden, wordt verwezen naar de aangevallen uitspraak. Het College volstaat met het volgende.

1.2 ACM is naar aanleiding van een clementieverzoek van naam 2 B.V. (naam 2) en alle daarmee verbonden (rechts)personen, waaronder appellant, een onderzoek gestart naar een mogelijke overtreding van artikel 101, eerste lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) en/of artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet (Mw) door ondernemingen

* J.J.A. Waverijn en A. Outhuijse zijn advocaat bij Stibbe.

die actief zijn als verkoper en/of producent van [...] in Nederland.

1.3 Naar aanleiding van het onderzoek is bij ACM een redelijk vermoeden gerezen dat een kartel op het gebied van [...] heeft bestaan in de periode van 28 december 2006 tot en met 16 april 2013. Het gedrag bestond uit één of meer overeenkomsten en/of één of meer onderling afgestemde feitelijke gedragingen die ertoe strekten de mededinging te verhinderen, te beperken en/of te vervalsen. De directeur van de Directie mededinging heeft een rapport opgemaakt als bedoeld in artikel 5:48 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) dat op 6 september 2016 aan de betrokken ondernemingen, rechtspersonen en natuurlijke personen is gezonden. Op dezelfde datum heeft ACM aan appellant een voorwaardelijke toezegging gezonden in de clementiecategorie A.

1.4 Bij besluit van 17 februari 2017 (het primaire besluit) heeft ACM vastgesteld dat naam 2, naam 3 B.V. en naam 4 B.V. prijsafspraken hebben gemaakt bij de verkoop van [...] in de periode van 28 december 2006 tot en met 16 april 2013. ACM heeft vastgesteld dat genoemde ondernemingen zich daardoor schuldig hebben gemaakt aan overtreding van artikel 101 van het VWEU en artikel 6, eerste lid, van de Mw. ACM heeft de drie ondernemingen wegens die overtreding boetes opgelegd. Bij hetzelfde besluit heeft ACM tevens twee feitelijke leidinggevers, waaronder appellant, beboet. ACM heeft voor appellant een boete van € 170.000 passend geacht. Aangezien appellant de verplichtingen uit de toezegging volledig heeft nageleefd, heeft ACM hem met in achtname van die toezegging een boetevermindering van 100% toegekend. ACM heeft appellant daarom een boete van € 0 opgelegd.

1.5 Bij besluit van 20 juni 2017 (het bestreden besluit), waartegen het beroep bij de rechtbank was gericht, heeft ACM het bezwaar van appellant tegen het primaire besluit ongegrond verklaard.

Uitspraak van de rechtbank

2. De rechtbank heeft het beroep van appellant niet-ontvankelijk verklaard. De rechtbank heeft daartoe, voor zover voor het hoger beroep van belang, het volgende overwogen:

“1. Alvorens aan de inhoud van het beroep kan worden toegekomen, moet de rechtbank ambtshalve de vraag beantwoorden of eiser belang heeft bij een oordeel van de rechtbank over de rechtmatigheid van het bestreden besluit. Volgens vaste rechtspraak (zie onder meer de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van

27 augustus 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BE9272 en de uitspraak van 5 oktober 2011 van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (Cbb, ECLI:NL:CBB:2011:BU1592) is slechts sprake van voldoende belang, indien de indiener van een beroep daarbij een actueel en reeel belang heeft. Indien dat belang is vervalten, is de bestuursrechter niet geroepen uitspraak te doen uitsluitend vanwege de (gestelde) principiële betekenis daarvan. Het resultaat dat de indiener van een beroepschrift met het instellen van beroep nastreeft, moet dus daadwerkelijk kunnen worden bereikt en voor deze indiener feitelijk betekenis kunnen hebben.

2. De rechtbank stelt vast bij het bestreden besluit aan eiser een boete wordt opgelegd van € 0. Zoals het Cbb in zijn uitspraak van 26 juni 2017 (ECLI:NL:CBB:2017:215) heeft overwogen, is in geval van zo'n besluit geen sprake van een bestuurlijke sanctie.

3. Eiser stelt zich in beroep op het standpunt dat hij mogelijk ongelijk wordt behandeld ten opzichte van directeur A, die in het geheel niet als feitelijk leidinggevende is aangemerkt, en ten opzichte van directeur B, voor wie mogelijk hetzelfde geldt. Omdat hij (nog) niet beschikt over de stukken in de procedure over directeur B, kan hij dat niet beoordelen. Omdat eiser moet medewerken in het licht van de clementiebeleidsregels, en hem bij niet-meewerken alsnog een boete boven het hoofd hangt, heeft hij er belang bij deze procedure voort te zetten, aldus eiser.

4. Ook als eiser zou moeten worden gevolgd in zijn stelling dat hij ongelijk wordt behandeld ten opzichte van directeur A en/of B, kan hij daarmee in deze procedure niet het resultaat bereiken dat door hem wordt nagestreefd. Aan eiser is immers geen boete opgelegd. Er is dus geen bestuurlijk sanctiebesluit genomen. Een gunstiger rechtsgevolg dan dat is in deze procedure niet denkbaar.

5. Eiser heeft gesteld dat het besluit overwegingen bevat over de vaststelling van de overtreding, waaraan rechtsgevolgen zijn verbonden, en dat hierin zijn belang is gelegen bij een beoordeling van het beroep. Deze stelling volgt de rechtbank niet. Ook als juist zou zijn dat aan de vaststelling van de overtreding op zichzelf rechtsgevolgen zijn verbonden, in verband met de mogelijkheid voor ACM om eiser in een later geval recidive tegen te werpen, geldt dat eisers beroepsgronden niet zijn gericht tegen de vaststelling van de overtreding.”

Beoordeling van het geschil in hoger beroep

3. Appellant meent dat hij wel belang heeft bij voortzetting van – en een inhoudelijk oordeel in – de beroepsprocedure, zodat de rechtbank zijn beroep ten onrechte niet-ontvankelijk heeft verklaard. Hoewel aan appellant geen boete is opgelegd, heeft ACM wel een overtreding van hem persoonlijk vastgesteld en een boete berekend die zonder clementietoezegging zou zijn opgelegd. In het licht hiervan meent appellant dat zijn belang is gelegen in het volgende: (i) bij een eventueel volgende, vergelijkbare overtreding van appellant verhoogt ACM de boete vanwege recidive; (ii) op appellant rust ingevolge de Beleidsregel van de Minister van Economische Zaken tot vermindering van geldboetes betreffende kartels (*Start*. 2009, 14078; hierna: de Clementieregeling) een medewerkingsplicht totdat het besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete onherroepelijk is geworden ten aanzien van iedere betrokkene bij het kartel, bij schending waarvan de clementietoezegging vervalt en hem alsnog een boete boven het hoofd hangt; (iii) appellant wordt in zijn concurrentiepositie benadeeld als uiteindelijk alleen van hem een (persoonlijke) overtreding zou worden vastgesteld. Ten aanzien van dat laatste punt merkt appellant op dat hij ten minste net zo lang zal moeten doorprocederen als de andere beboete feitelijke leidinggever. Als het besluit ten aanzien van appellant eenmaal onherroepelijk is, zal ACM niet meer terugkomen van haar vaststelling dat appellant een overtreding heeft begaan, ook niet als later zou worden vastgesteld – op gronden die ook gelden voor appellant – dat van de andere feitelijke leidinggever geen overtreding kan worden vastgesteld.

4. ACM voert gemotiveerd verweer. Zij onderschrijft het oordeel van de rechtbank dat het beroep van appellant vanwege het ontbreken van procesbelang niet-ontvankelijk is.

5. Het College ziet zich ten eerste gesteld voor de vraag of ACM over de bevoegdheid beschikt om een boete van €0 op te leggen. Het College beantwoordt die vraag, evenals de rechtbank, ontkennend en overweegt daartoe, onder verwijzing naar zijn uitspraak van 26 juni 2017 (ECLI:NL:CBB:2017:215), het volgende. Het College stelt vast dat in de Awb, noch in de in dit geding van toepassing zijnde bijzondere wetten, te weten de Mw en de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt, noch in het Europees mededingingsrecht, zoals onder meer neergelegd in artikel 101 van het VWEU en Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag,

een bepaling is aan te wijzen waarin is vermeld of waaruit volgt wat het minimumbedrag van een door ACM op te leggen bestuurlijke boete is. Gelet op de bewoordingen van artikel 5:40 van de Awb kan dat niet een bedrag van €0 zijn, aangezien een dergelijke boete niet een onvoorwaardelijke verplichting tot betaling van een geldsom inhoudt. Daaruit volgt dat ACM niet op grond van een haar daartoe door de wetgever verleende bevoegdheid bevoegd is om aan appellant een boete van €0 op te leggen. In voorkomende gevallen kan ACM afzien van het opleggen van een boete.

6.1 Vervolgens dient te worden beoordeeld of de door ACM op 17 februari 2017 ten aanzien van appellant genomen beslissing desondanks een besluit is waartegen beroep bij de bestuursrechter kan worden ingesteld. ACM heeft in dat verband toegelicht dat zij, net als de Europese Commissie, met het opleggen van een boete van €0 invulling heeft willen geven aan haar handhavingspraktijk om ook ten aanzien van een clementieverzoeker aan wie volledige boete-immuniteit is toegekend, een besluit te nemen ter vaststelling van de overtreding. ACM heeft ter zitting gesteld die bevoegdheid te ontleen aan artikel 62 (oud) van de Mw.

6.2 Tot aan de invoering van de vierde tranche van de Awb op 1 juli 2009 bepaalde artikel 62 van de Mw dat bij beschikking wordt besloten onder meer het opleggen van een boete. In de memorie van toelichting (*Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3) is over artikel 62 (oud) van de Mw onder meer het volgende opgemerkt:

“Nadat de in paragraaf 2 van hoofdstuk 7 beschreven procedure is doorlopen, dient de directeur te beslissen omtrent het opleggen van een boete of een last onder dwangsom of een combinatie van beide. Het eerste lid bepaalt dat dit bij beschikking geschiedt. Hierdoor wordt onzekerheid of iedere beslissing van de directeur als beschikking moet worden aangemerkt, voorkomen. Ik denk bij voorbeeld aan het geval dat de directeur – anders dan op aanvraag van een derde-belanghebbende – besluit dat er wel sprake is van een overtreding maar dat daarvoor geen boete of last wordt opgelegd. De ondernemingen tot welke dat besluit is gericht kunnen er belang bij hebben daartegen beroep in te stellen in verband met tot hen gerichte civielrechtelijke verdedigingen.”

Hieruit blijkt dat de wetgever een beslissing waarbij wordt bepaald dat sprake is van een overtreding maar dat daarvoor geen boete wordt opgelegd, heeft willen aanmerken als een besluit. Bij de Aanpassingswet vierde tranche Awb is (de inhoud van) het oorspronkelijke artikel 62 van de Mw vervallen. Deze aanpassing wordt in de wets-

geschiedenis niet toegelicht. Uit de wetsgeschiedenis kan daarom niet worden afgeleid dat sprake is geweest van een gewijzigd inzicht omtrent het karakter van een dergelijke beslissing.

6.3 Een en ander vindt steun in de wetsgeschiedenis van artikel 5:50, tweede lid, aanhef en onder a, van de Awb. Vanaf 1 juli 2009 bepaalt artikel 5:50, tweede lid, aanhef en onder a, van de Awb dat indien het bestuursorgaan, nadat de overtredener zijn zienswijze naar voren heeft gebracht, beslist dat voor de overtreding geen bestuurlijke boete zal worden opgelegd, dit schriftelijk aan de overtredener wordt medegegeeld. De memorie van toelichting (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3) vermeldt daaromtrent onder meer het volgende:

“Het tweede lid houdt verband met het gegeven, dat na het opmaken van een rapport niet in alle gevallen een boetebeschikking volgt. Het is immers mogelijk dat het bestuursorgaan besluit geen boete op te leggen. Dat kan ook nog na het horen van de overtredener gebeuren, juist naar aanleiding van door de overtredener verstrekte informatie. In dat geval dient de overtredener echter wel zo spoedig mogelijk te weten, dat de beschuldiging die hem boven het hoofd hangt, is ingetrokken. Daarom dient hij hiervan schriftelijk in kennis te worden gesteld. Het is ook mogelijk dat tijdens het horen informatie op tafel komt, die het bestuursorgaan tot de conclusie leidt dat bij nader inzien strafrechtelijke afdoening wenselijk is. Ook daarvan dient de overtredener dan op de hoogte te worden gesteld.

De kennisgeving dat geen bestuurlijke boete zal worden opgelegd, is een besluit in de zin van artikel 1:3; zij is naar haar objectieve strekking immers gericht op het rechtsgevolg, dat de bevoegdheid om voor deze overtreding aan deze overtredener een bestuurlijke boete op te leggen, komt te vervallen. Dit is overigens slechts van praktisch belang, indien een derdebelanghebbende aanwezig is, die dit besluit eventueel zou willen aanvechten. Zoals in paragraaf 5.7 van het algemeen deel van dit hoofdstuk van de memorie van toelichting uiteengezet, is dit bij bestuurlijke boeten als regel niet het geval.”

6.4 Het College ziet in het onder 6.2 en 6.3 overwogene grond om de door ACM op 17 februari 2017 ten aanzien van appelland genomen beslissing, waarbij is bepaald dat hij als feitelijke leidinggever een overtreding van de Mw heeft begaan, dat daarvoor op zichzelf een boete van € 170.000 passend is, maar dat niettemin geen boete wordt opgelegd, aan te merken als een besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Awb. Appelland is als geadresseerde van dit be-

sluit daarbij belanghebbende in de zin van artikel 1:2, eerste lid, van de Awb en kan op grond van artikel 8:1 van de Awb daartegen beroep bij de bestuursrechter instellen.

7. Over het procesbelang van appelland overweegt het College het volgende. Uit de hiervoor deels weergegeven memorie van toelichting bij artikel 62 (oud) van de Mw blijkt dat de wetgever heeft onderkend dat ondernemingen tot welke een besluit is gericht waarbij is vastgesteld dat zij een overtreding hebben begaan, er belang bij (kunnen) hebben daartegen beroep in te stellen, in ieder geval voor zover het gaat om de vaststelling dat een overtreding heeft plaatsgevonden en de vaststelling dat zij overtredener zijn. Naast de onderneming zelf geldt dit naar het oordeel van het College ook voor degene die als feitelijke leidinggever wordt aangemerkt. Het College volgt de rechtbank niet in haar oordeel dat appelland geen procesbelang heeft. Hoewel appelland niet betwist dat een overtreding van het kartelverbod heeft plaatsgevonden, raakt zijn beroep op het gelijkheidsbeginsel mede aan de vaststelling dat hij aan die overtreding feitelijke leiding heeft gegeven en dat daarvoor op zichzelf een boete van € 170.000 passend is. Een geslaagd beroep van appelland op het gelijkheidsbeginsel zou daarmee kunnen leiden tot de vaststelling dat ACM appelland ten onrechte heeft aangemerkt als feitelijke leidinggever en in zoverre als overtredener en/of ten onrechte heeft aangenomen dat daarvoor op zichzelf een boete van € 170.000 behoort te worden opgelegd. Appelland heeft daarom belang bij een inhoudelijke beoordeling van zijn beroep.

8. Het hoger beroep slaagt. Het College zal de aangevallen uitspraak vernietigen en, met toepassing van artikel 8:115, eerste lid, aanhef en onder a, van de Awb, de zaak ter nadere behandeling terugwijzen naar de rechtbank.

9. Het College merkt nog op dat het door de rechtbank nader te beoordelen beroep, gelet op hetgeen het College onder 5 heeft overwogen, gegrond is. Voor zover het betreft de (bevoegdheid van ACM tot) oplegging van een boete van € 0 zal de rechtbank daarom, ook wanneer zij tot de conclusie mocht komen dat ACM terecht heeft vastgesteld dat appelland feitelijke leiding heeft gegeven aan een overtreding van de Mw en dat op zichzelf een boete van € 170.000 daarvoor passend is, het bestreden besluit dienen te vernietigen en, zelf in de zaak voorzien, het primaire besluit in zoverre dienen te herroepen en dienen te bepalen dat voor de overtreding van appelland geen bestuurlijke boete wordt opgelegd.

10. Het College veroordeelt ACM in de door appelland gemaakte proceskosten in hoger beroep. Deze kosten stelt het College op grond van

het Besluit proceskosten bestuursrecht voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast op € 1.024 (1 punt voor het indienen van het hogerberoepsschrift en 1 punt voor het verschijnen ter zitting bij het College, met een waarde per punt van € 512 en een wegingsfactor 1).

11. ACM dient tevens het door appelland in hoger beroep betaalde griffierecht te vergoeden.

Beslissing

Het College:

- vernietigt de aangevallen uitspraak;
- wijst de zaak ter nadere behandeling terug naar de rechtbank;
- veroordeelt ACM in de proceskosten van appelland in hoger beroep tot een bedrag van € 1.024;
- draagt ACM op het in hoger beroep betaalde griffierecht van € 501 aan appelland te vergoeden.

Noot

1. De bovenstaande zaak betreft een kartelboete, althans, zoals hieronder zal blijken is het College van Beroep voor het bedrijfsleven (het College) het niet eens met de definiëring als boete. Hoewel we normaliter onze mededingingsrechtelijke annotaties beginnen met een korte beschrijving van de onderneming, de markt waarop de overtreding heeft plaatsgevonden en de exacte gedragingen, is dit bij deze uitspraak niet mogelijk. De uitspraak is in tegenstelling tot andere uitspraken – waarbij slechts de namen zijn weggelaten – echt volledig geanonimiseerd. Wij zullen eerst ingaan op wat er in deze zaak aan de hand was – op basis van de informatie uit de uitspraak – en vervolgens uiteenzetten welke aspecten worden besproken in deze annotatie.

2. In het primaire besluit van 17 februari 2017 heeft de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) vastgesteld dat drie bedrijven prijsafspraken hebben gemaakt in de periode van 28 december 2006 tot en met 16 april 2013 en daarvoor een boete opgelegd. Bij hetzelfde besluit heeft de ACM tevens twee feitelijk leidinggevers, waaronder appelland, beboet. De ACM heeft voor appelland een boete van € 170.000 passend geacht. De ACM heeft echter een boetekorting van 100% toegepast en de boete verlaagd tot € 0, omdat de onderneming de eerste was om het kartel vrijwillig bij de ACM te melden (zogenoemd clementieverzoek) en de verplichtingen uit de clementietoezegging volledig heeft nageleefd.

Anders dan in de meeste zaken waarbij deze berekeningswijze wordt toegepast, kan appelland

zich in deze zaak niet verenigen met het besluit en stelt bezwaar, beroep en hoger beroep in. Appelland stelt dat hij mogelijk ongelijk wordt behandeld ten opzichte van de andere directeuren van de betrokken ondernemingen. De centrale vraag in beroep en hoger beroep is of appelland procesbelang heeft bij het procederen tegen een boete van € 0. Het College concludeert in het kort dat, (1) in navolging van zijn eerdere uitspraak uit 2017, een boete van € 0 geen bestuurlijke boete is in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb), daarnaast (2) dat de beslissing om een boete van € 0 op te leggen echter wel een besluit en ook een appellabel besluit is en (3) dat appelland – in tegenstelling tot hetgeen de Rechtbank Rotterdam concludeerde – in het onderhavige geval wel voldoende procesbelang heeft. We zullen in het onderstaande deze drie onderwerpen bespreken.

3. Voor de bespreking van het onderwerp of de boete van € 0 een bestuurlijke boete is in het licht van de Awb-definitie, is het zeer interessant dat het College zich afvraagt of de ACM wel de bevoegdheid heeft voor het opleggen van een boete van € 0. Verontrustend voor de praktijk is dat het College – net als de rechtbank, wiens uitspraak recent is gepubliceerd – tot de conclusie komt dat de ACM deze bevoegdheid niet heeft. Dit is zorgwekkend, omdat nu na twintig jaar van praktijk in het mededingingsrecht wordt besloten dat dit niet kan, terwijl het opleggen van een 'boete' van € 0 gebruikelijk is in clementiezaken. Clementie als opsporingsmethode is afkomstig van de Europese praktijk en is in de afgelopen twintig jaar regelmatig toegepast in de Nederlandse praktijk. De eerste karteldeelneer die vrijwillig naar de autoriteit stapte en de kartel-overtreding opbiecht kan de boete ontlopen of een korting op de boetehoogte krijgen. In veel zaken is de praktijk dezelfde als in de onderhavige zaak: de overtreding wordt vastgesteld, het boetebedrag zoals dat zou worden opgelegd zonder de clementietoezegging wordt vermeld, maar vervolgens wordt een boetevermindering van 100% toegepast. In veel zaken volgt de aanvrager van clementie niet de weg naar de rechter, zeker niet in geval van 100% boetekorting, maar bij deze procedure dus wel.

4. Wat betekent deze uitspraak voor de toekomst van het clementiebeleid? De boete-immuniteit in ruil voor informatie is een belangrijk element van de clementieprocedure en zeker op Europees niveau wordt de clementieprocedure beschouwd als een belangrijk instrument om overtredingen aan het licht te brengen. De recente ECN+-richtlijn (2019/1), die begin dit jaar is gepubliceerd, stelt ook expliciet dat de nationale mededingingsautoriteiten de mogelijkheid moe-

ten hebben om immuniteit aan te bieden aan de ondernemingen. Het College oordeelt echter dat de ACM geen bevoegdheid heeft tot het opleggen van een nihil boete. Dit roept de vraag op welke mogelijkheden de ACM nog ter hand staan om ondernemingen immuniteit aan te bieden en hoe de ACM dit dilemma gaat oplossen. Is het bijvoorbeeld een oplossing dat het bestuursorgaan schriftelijk meedeelt dat geen bestuurlijke boete zal worden opgelegd, conform art. 5:50 lid 2 aanhef en onder a Awb?

5. Het College oordeelt dat een boete van € 0 geen boete is omdat art. 5:40 Awb daartoe geen ruimte zou laten: een boete is een onvoorwaardelijke verplichting tot de betaling van een geldsom. Het College oordeelt stellig dat dit niet het geval is wanneer een 'boete' van € 0 wordt opgelegd. Het voert hierbij geen uitgebreide onderbouwing aan, maar verwijst naar een eerdere uitspraak (ECLI:NL:CBB:2017:215).

In AB 2017/308 stelt Herman Bröring dat hij de door het College aangedragen argumentatie in die zaak allerm minst overtuigend vindt, onder meer omdat het College aansloot bij de *onvoorwaardelijkheid* van de boete, terwijl beter aansluiting had kunnen worden gezocht bij de *verplichting*. Wat wij mooi vinden en waar wij ons bij aansluiten, is dat Bröring opmerkt dat de redenering van het College weliswaar 'precies' is, maar niet overtuigend. In de uitspraak uit 2017 merkte het College daarnaast op dat het bestuursorgaan (in dit geval de minister) in plaats van het opleggen van een nihilboete had kunnen afzien van het opleggen van een boete. Ook in de onderhavige zaak stelt het College dat de ACM in voorkomende gevallen kan afzien van het opleggen van een boete. Het College impliceert hiermee dat het niet opleggen van een boete hetzelfde rechtsgevolg zou hebben als het opleggen van een nihilboete. Uiteraard heeft de ACM die bevoegdheid, maar het niet opleggen van een boete heeft in het geheel niet dezelfde rechtsgevolgen als het opleggen van een boete van € 0. Hier gaan we onder 9 op in.

6. Over de beslissing om een 'boete' van € 0 aan te merken als besluit en wel als appellabel, hebben wij weinig te vermelden. Dit lijkt ons een zeer logische keus, zowel vanuit het perspectief van de ontvanger van de beslissing als vanuit het perspectief van derdenbelanghebbenden. Bijvoorbeeld, als derden kunnen opkomen tegen de beslissing om geen boete op te leggen, zoals in het verleden wel is gedaan, waarom zouden zij dan niet kunnen opkomen tegen boete van € 0?

7. Maar dan het belangrijkste punt, heeft appellant procesbelang? De rechtbank vond van niet. 'Een gunstiger rechtsgevolg dan dat is in deze procedure niet denkbaar', aldus de recht-

bank. Het College sluit zich echter niet bij deze visie aan. Het College vindt het in dit specifieke geval van belang dat appellant stelt ongelijk behandeld te zijn ten opzichte van de andere directeuren binnen dit kartel. Volgens het College zou de inhoudelijke behandeling van dit beroep kunnen leiden tot de vaststelling dat de ACM appellant ten onrechte heeft aangemerkt als feitelijke leidinggever. Het College verwijst ter onderbouwing van de conclusie ook nog naar de Memorie van Toelichting bij de Mededingingswet (*Kamerstukken II 1995/96, 24707, nr. 3*) waarin 'de wetgever heeft onderkend dat ondernemingen tot welke een besluit is gericht waarbij is vastgesteld dat zij een overtreding hebben begaan, er belang bij (kunnen) hebben daartegen beroep in te stellen, in ieder geval voor zover het gaat om de vaststelling dat een overtreding heeft plaatsgevonden en de vaststelling dat zij overtreder zijn. Naast de onderneming zelf geldt dit naar het oordeel van het College ook voor degene die als feitelijke leidinggever wordt aangemerkt'.

8. Zoals het College zelf ook stelt, is dit laatste argument niet heel sterk in de onderhavige zaak, omdat appellant de feiten niet betwist. Het eerste argument wel. Zoals gezegd, we kennen de exacte feiten van deze zaak niet, maar directeur A is niet als feitelijk leidinggever aangemerkt en directeur B wellicht ook niet. Als appellant ongelijk wordt behandeld ten opzichte van directeuren A en B, dan vraagt dat om een inhoudelijke beoordeling om te bezien of dat inderdaad het geval is en dit een gelijke situatie betreft die kan leiden tot schending van het gelijkheidsbeginsel. Het lijkt ons dan ook correct dat appellant belang heeft bij deze procedure en een uitspraak van de rechter.

9. Naar onze visie zijn er echter ook nog enige andere argumenten waarom kan worden betoogd dat appellant – en ondernemingen in het algemeen – wel belang kunnen hebben bij het procederen tegen een boete van € 0. Zoals ook aangedragen door appellant, maar waar het College niets over zegt, is dat de ACM bij een eventueel volgende, vergelijkbare overtreding van appellant de boete kan verhogen – in veel gevallen zelfs verdubbelen – vanwege recidive. Zie voor een voorbeeld onze annotatie bij *Limburgse bouwzaken* (AB 2018/340).

Verder is een argument dat appellant stelt dat hij in zijn concurrentiepositie wordt benadeeld als uiteindelijk alleen van hem een (persoonlijke) overtreding zou worden vastgesteld. We vinden dit een begrijpelijk argument voorzover de situatie wordt bedoeld dat de directeur reputatieschade oploopt, terwijl dit niet voor de andere directeur(en) geldt.

Niet genoemde argumenten die volgens ons ook relevant zijn in deze discussie betreffen – niet-limitatief – dat de financiële consequenties van de boeteoplegging niet altijd zijn beperkt tot de betaling van het boetebedrag. De vaststelling van een kartelovertreiding kan leiden tot uitsluiting bij aanbestedingen en tot privaatrechtelijke schadeclaimprocedures. Dat is niet zozeer in deze zaak het geval, nu uitzonderingen van toepassing zijn op de toegewezen clementieverzoeken, maar is wel het geval voor kartelboetes in het algemeen. Zo is recent een privaatrechtelijke schadeclaimprocedure ingesteld tegen Philips door de Consumentenbond wegens het Europese beeldbuisenkartel. Gezien deze gevolgen kan men al snel beargumenteren dat een onderneming belang heeft bij een oordeel van de rechtbank over de rechtmatigheid van het bestreden besluit waarin een boete van € 0 is vastgesteld en dus procesbelang heeft. Tevens tonen deze punten aan dat het opleggen van een boete van € 0 aan een onderneming zeker niet gelijk staat aan het niet opleggen van een boete, zoals het College in deze zaak en AB 2017/308 ons inziens onterecht als alternatief aandraagt.

10. Tot slot is het goed om na te denken hoe we in het algemeen de discussie gaan oplossen dat geen nihilboetes mogen worden opgelegd. Een eerste vraag is of we een andere definitie nodig hebben voor de bestuurlijke boete. Naast aanpassing van de definitie zijn er ook andere oplossingen denkbaar. De wetgever zou duidelijkheid kunnen scheppen door in de wet een minimale boetehoogte op te nemen, zoals onze zuiderburen hebben gedaan voor kartelboetes. De Belgische mededingingsautoriteit kan een administratieve boete opleggen voor inbreuken van het Belgische of Europese kartelverbod, vanaf € 10.000. Zoals het College expliciet opmerkt, gelden voor de ACM enkel maximumboetes, maar geen minimumboetes. De wetgever zou dit natuurlijk kunnen aanpassen. Er moet echter niet worden vergeten dat de ACM ook reeds een symbolische boete van € 1.000 kan opleggen, hetgeen ook in meerdere zaken is gebeurd. Zoals echter reeds genoemd, blijft het de vraag welke gevolgen deze uitspraak heeft voor het clementiebeleid van de ACM, zeker in het licht van de Europese richtlijn die expliciet stelt dat elke lidstaat de mogelijkheid van immunititeit moet hebben in dit type zaken. Het College brengt kortom met deze zomerse uitspraak veel teweeg. Het is dan ook zeker geen komkommertijd en vele actoren zullen iets met deze uitspraak moeten doen.

Kortom, het College geeft ook ons met deze uitspraak voldoende stof tot nadenken.

J.J.A. Waverijn en A. Outhuijse