

RECHTSPRAKTIJK

20 jaar jurisprudentie kartelboetes: uitkomsten, ontwikkelingen en gevolgen

Mr. dr. A Outhuijse

In dit artikel worden diverse in het oog springende aspecten en ontwikkelingen van de bestuursrechtelijke rechtspraak op het gebied van kartelboetes besproken. Hierbij wordt met name ingegaan op de grote lijnen die interessant zijn voor een algemeen bestuursrechtelijk publiek.

1. Inleiding

Ooit was Nederland een zogenoemd kartelparadijs. Het afstemmen van gedragingen en het verdelen van opdrachten tussen concurrenten was onderdeel van de reguliere bedrijfsvoering. Dit is niet langer geaccepteerd en in Nederland hebben we sinds 1998, onder meer als gevolg van Europese verplichtingen, de Nederlandse Mededingingsautoriteit. Eén van de belangrijkste handhavingsinstrumenten voor deze autoriteit is het opleggen van een boete. Kort na de eeuwwisseling werden de eerste boetes opgelegd door de Nederlandse Mededingingsautoriteit, tegenwoordig de Autoriteit Consument en Markt (ACM). Als gevolg van de hoge percentages van beroep en hoger beroep beschikken we nu over 20 jaar aan rijke jurisprudentie op het gebied van kartelboetes.

In dit artikel worden diverse in het oog springende aspecten en ontwikkelingen van de bestuursrechtelijke rechtspraak op het gebied van kartelboetes besproken. Hierbij wordt met name ingegaan op de grote lijnen die interessant zijn voor een algemeen bestuursrechtelijk publiek. Enerzijds betreft het hier punten die interessant zijn voor dit publiek omdat zij afwijkend zijn ten opzichte van wat we kennen ten aanzien van het algemene bestuursrecht, bijvoorbeeld wegens de hoge percentages van procederen en succesvol procederen die spelen bij dit rechtsgebied en de twee exclusief bevoeg-

de rechterlijke instanties (Rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (het CBB)) die regelmatig kunnen verschillen van mening over de uitkomst van de zaak. Anderzijds zijn er juist ook ontwikkelingen die breder spelen binnen het bestuursrecht, zoals de focus op effectieve en efficiënte – en ook strenge – handhaving door de toezichthouder die ook belangrijke gevolgen heeft voor de jurisprudentie. Dit artikel behandelt beide soorten aspecten in afzonderlijke paragrafen. Alvorens in te gaan op de focus op effectieve en efficiënte handhaving in paragraaf 2.3, worden in paragraaf 2.1 en 2.2. opvallende uitkomsten van twintig jaar jurisprudentie uiteengezet. In het begin van paragraaf 2 wordt nader ingegaan op de twee belangrijke actoren voor de mededingingsrechtelijke jurisprudentie, namelijk de Rechtbank Rotterdam en het CBB en de ontwikkelingen die zich daarbij hebben voorgedaan, zoals het wetsvoorstel voor samenvoeging van het CBB met de Raad van State. Paragraaf 3 brengt de voorgaande aspecten samen en sluit af met een blik op de toekomst.

De ontwikkelingen zijn grotendeels voor de auteur inzichtelijk geworden op basis van eerder verricht promotieonderzoek. Hier zal dan ook veelvuldig naar verwezen worden. Het promotieonderzoek had tot doel het verklaren van de hoge percentages van procederen en succesvol

procederen.¹ Voor het beantwoorden van de onderzoeksvraag zijn binnen het onderzoek in totaal een viertal methodes gebruikt: een analyse van de Nederlandse handhavingspraktijk, een vergelijking met diverse andere nationale mededingingsautoriteiten, een vergelijking met vier andere Nederlandse markttoezichthouders en interviews met advocaten, rechters en functionarissen van de mededingingsautoriteit. De resultaten zijn verdeeld over een vijftal reeds gepubliceerde artikelen waarin (1) de beoordeling van het CBB van de ACM-kartelboetes is geanalyseerd en de relatie daarvan met de uitspraken van de Rechtbank Rotterdam,² (2) een analyse is gemaakt van de frequentie van beroepsprocedures en het succes daarvan in 10 lidstaten in het geval van kartelboetes,³ (3) een analyse is gemaakt van de factoren die van invloed zijn op de keuze om te procederen,⁴ (4) het functioneren van de bezwaarfase is geana-

lyseerd⁵ en (5) factoren zijn geïdentificeerd die van invloed zijn op het hoge percentage van succesvol procederen.⁶ De belangrijkste bron voor het dit artikel is de jurisprudentie die geanalyseerd is vanaf het begin van het ontstaan van de mededingingsautoriteit tot de dag van vandaag. In tegenstelling tot sommige van de andere artikelen volgt in dit korte artikel geen uitgebreide uiteenzetting van de jurisprudentie, maar enkel een signalering van enkele interessante aspecten uit en ontwikkelingen in de rechtspraak.

2. 20 jaar jurisprudentie over kartelboetes: uitkomsten, ontwikkelingen en gevolgen

De Rechtbank Rotterdam en het CBB zijn de exclusief bevoegde rechters in bestuursrechtelijke mededingingszaken.⁷ Hoewel een exclusief bevoegde rechtbank niet uniek is voor het mededingingsrecht, werd dit soort procedure – rechterlijke bescherming in twee instanties met een concentratie van zaken in één rechtbank – voor het eerst geïntroduceerd in de Mededingingswet 1998.⁸ Argumenten voor de concentratie van de rechtsmacht waren het complexe en specialistische karakter van het

- 1 A. Outhuijse, *Effective public enforcement of cartels: explaining the high percentages of litigation and successful litigation in the Netherlands* (diss. Rijksuniversiteit Groningen), beschikbaar via: <https://www.publicatie-online.nl/publicaties/a-outhuijse>. De voornaamste conclusies van dit promotieonderzoek zijn recent gepubliceerd als: A. Outhuijse, *Effectieve publiekrechtelijke handhaving van kartels: verklaren van de hoge percentages van procederen en succesvol procederen in Nederland*, *RMThemis* 2019-5, p. 203-214.
- 2 A. Outhuijse, 'Effective Public Enforcement of the Cartel Prohibition in the Netherlands: A Comparison of ACM Fining Decisions, District Court Judgments, and TIAT Judgments', in: A. Looijestijn-Clearie, C.S. Rusu, & M. Veenbrink (red.), *Boosting the Enforcement of EU Competition Law at the Domestic Level* Cambridge: Cambridge Scholars 2017, p. 26-52.
- 3 A. Outhuijse, 'Effective public enforcement of cartels: Rates of challenged and annulled cartel fines in ten European Member States', *World Competition* 2019, p. 171-204.
- 4 A. Outhuijse, 'The effective public enforcement of the prohibition of anti-competitive agreements: Why do undertakings in the Netherlands appeal?', *Competition Law Review* 2018, p. 163-186.

- 5 A. Outhuijse, 'The effective public enforcement of cartels: perceptions on the functioning of the objection procedure and the reality', *Recht der Werkelijkheid* 2018-3, p. 38-58.
- 6 A. Outhuijse, 'The effective public enforcement of the prohibition of anti-competitive agreements: which factors influence the high percentage of annulments of Dutch cartel fines?', *Journal of Antitrust Enforcement* 2019, momenteel enkel online beschikbaar via: <https://academic.oup.com/antitrust/advance-article/doi/10.1093/jaenfo/jnz020/5533078?guestAccessKey=a80bec2-2b4a-42ee-b240-01fc7f85b55d>.
- 7 Het kartelverbod wordt anderzijds ook via de privaatrechtelijke weg gehandhaafd, maar dat vormt geen onderwerp van dit artikel.
- 8 A. Böcker, e.a., *Specialisatie loont?! Ervaringen van grote ondernemingen met specialistische rechtspraakvoorzieningen*, Den Haag: Raad voor de Rechtspraak 2010. Zie hier ook over Outhuijse 2019b.

rechtsgebied en het kleine aantal verwachte zaken.⁹ Volgens de wetgever speelden economische concepten zoals ‘relevante markt’ en ‘concurrentiebeperking’ een belangrijke rol in het mededingingsrecht en vereiste de toepassing ervan specifieke expertise, die kan worden opgebouwd door de rechtsbescherming te concentreren in één rechtbank. De combinatie van de Rechtbank Rotterdam en het CbB als exclusief bevoegde rechters werd vervolgens ook gekozen voor andere gebieden van het economisch bestuursrecht, zoals consumentenbescherming, telecommunicatie en energie, om de samenhang tussen de verschillende regelingsgebieden te stimuleren en gebruik te maken van de reeds opgebouwde expertise.

Enige jaren geleden leek het argument van opgebouwde expertise minder belangrijk geworden en het argument van rechtseenheid te prevaleren. Interessante ontwikkeling op dit gebied was het wetsvoorstel voor de samenvoeging van het CbB met de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State en de Centrale Raad van Beroep. Dit zou belangrijke gevolgen kunnen hebben gehad voor de rechterlijke toetsing in dit type zaken. Eén van de voornaamste kritieken op dit wetsvoorstel was dat de opgebouwde expertise verloren zou gaan en als gevolg daarvan ook de kwaliteit van de rechterlijke toetsing zou afnemen. In het eerdergenoemde promotieonderzoek is een rechtsvergelijking gemaakt met negen andere lidstaten. Dit onderzoek illustreerde duidelijk het belang van expertise voor de rechterlijke toetsing.¹⁰ Tussen de lidstaten waren duidelijke verschillen te zien met betrekking tot de elementen van een boetesluit die werden getoetst, met welke intensiteit deze elementen werden getoetst en of de toetsing een inhoudelijke was of één gericht op de controle of de juiste besluitvormingsprocedures waren gevolgd. Bij de niet-gespecialiseerde rechters

was de toetsing veelal beperkter in reikwijdte, minder intensief en minder inhoudelijk.¹¹ Zo richten minder gespecialiseerde rechters zich veelal op procedurele gronden in plaats van een inhoudelijke toetsing van het besluit.¹² Dit is bij de Rechtbank Rotterdam en het CbB niet het geval. Zoals hieronder nog nader aan de orde zal komen, de rechters toetsen de elementen van de veelvoorkomende vernietigingsgronden intensief, hebben hun eigen onafhankelijke opvattingen over de interpretatie en toepassing van het mededingingsrecht met betrekking tot deze punten en zijn voldoende competent en zelfverzekerd om in hun uitspraak hun visie in de plaats te stellen van die van de mededingingsautoriteit, indien zij dit gerechtvaardigd achten.¹³ Door het intrekken van het wetsvoorstel is er echter geen aanleiding om hierover zorgen te maken en zal de rechtspraak van het CbB de komende jaren een belangrijk onderdeel blijven van de mededingingsrechtelijke jurisprudentie.¹⁴

In de afgelopen 20 jaar lag een groot aantal ACM-kartelboetesluitingen voor bij de Rechtbank Rotterdam en het CbB. Sinds het begin van het bestaan van de mededingingsautoriteit (1998) heeft de autoriteit kartelboetes opgelegd in meer dan 50 zaken, waarbij het aantal boete ondernemingen kan uiteenlopen van twee tot zeventig in één zaak.¹⁵ Als gevolg van de hoge percentages van beroep en hoger beroep zijn veel van de boetes binnen deze zaken voor-

11 Outhuijse 2019b.

12 Zie hier ook expliciet over: OECD, *Judicial perspective on competition law* (2017) DAF/COMP/GF/WD(2017)16.

13 Outhuijse 2019b.

14 Zie hierover: <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Raad-voor-de-rechtspraak/Nieuws/Paginas/Wetsvoorstel-bestuursrecht-in-hoger-beroep-waarschijnlijk-ingetrokken.aspx>.

15 Bij bouwfraudezaken waren 1300 ondernemingen betrokken, maar dat is vrij uniek.

9 Ibid.

10 Outhuijse 2019a en Outhuijse 2019b.

gelegd aan de bevoegde rechters. Deze percentages zijn aanzienlijk hoger dan de percentages die bekend zijn voor algemene bestuursrechtelijke geschillen. In het algemeen wordt slechts tien procent van de geschillen na de bezwaarprocedure voorgelegd aan de bestuursrechter.¹⁶ Bij het kartelverbod liggen deze percentages voor diverse tijdsperiodes tussen de zeventig en negentig procent.¹⁷ Bovendien, ook op het gebied van andere economische boetebesluiten zoals het banktoezicht en het toezicht op financiële markten door De Nederlandsche Bank en de Autoriteit Financiële Markten, stellen de ondernemingen slechts in een beperkt aantal zaken beroep in.¹⁸ In de opvolgende paragrafen zal worden ingegaan op de uitkomsten van de kartelzaken, de duidelijkheid van het recht die een belangrijke invloed heeft op de uitkomsten van de zaken en de algemene ontwikkeling van het toenemende focus op effectieve en efficiënte handhaving.

2.1 Uitkomst van de zaken

Naast de hoge percentages van procederen, is een algemene lijn in de jurisprudentie dat de succespercentages van de ondernemingen bij het procederen tegen de boetes ook zeer hoog zijn.¹⁹ In veel van de zaken hebben de uitspraken van de Rechtbank Rotterdam en het CBB geleid tot boeteverlaging of zelfs tot de conclusie dat in deze zaak geen boete mocht worden opgelegd.²⁰ De meest voorkomende vernietigingsgronden in recente jaren zijn: onvoldoende bewijs, onvoldoende economische analyse en onjuiste ernstfactor, die een belangrijk onderdeel vormt van de boeteberekening.²¹ Omdat dit al snel kan leiden tot de negatieve conclusie dat de mededingingsautoriteit haar werk waarschijnlijk niet goed zal doen – en voor sommige zaken klopt het dat er fouten zijn gemaakt, althans dat de autoriteit een risico nam door de zaak op deze wijze af te doen – moet hierbij de andere observatie in de jurisprudentie worden vermeld: opvallend is dat de Rechtbank Rotterdam en het CBB in veel zaken tot verschillende conclusies komen.²²

Ondanks de algemene trend voor de rechters om lagere boetes vast te stellen, voeren beide rechterlijke instanties ook geregeld discussies over de hoeveelheid feitelijke en economische analyse die nodig is om een boete te kunnen

16 B.J. van Ettekovén & A.T. Marseille, 'Afscheid van de klassieke procedure?', in: *Preadvies Nederlandse Juristen-Vereniging*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 139-264; A.T. Marseille, 'Burgers in bezwaar en beroep; over de toegankelijkheid van het bestuursrecht', *Justitiële Verkenningen* 2014, p. 20-36; J.G. van Erp & C.M. Klein Haarhus, *De filterwerking van buitengerechtelijke procedures*, WODC 2006; I.M. Boekema, *De stap naar hoger beroep*, Den Haag: BJu 2015.

17 Eerder onderzoek heeft laten zien dat meer dan zeventig procent van de Nederlandse kartelboetes werd aangevochten bij de Rechtbank Rotterdam in de periode voor 2013. Dit percentage is de afgelopen jaren zelfs gestegen tot negentig procent. Zie J.H. Jans & A. Outhuijse, 'De afschaffing van de bezwaarfase bij boetebesluiten van de ACM', *SEW* 2013, p. 2-11; Outhuijse 2018a. Voor hoger beroep ligt het percentage rond de zeventig à tachtig procent. Zie onder meer Outhuijse 2017.

18 Zie A. Mein, *De boete uit balans. Het gebruik van de bestuurlijke boete in het kader van het financieel toezicht*, Den Haag: BJu 2015, p. 308-309.

19 Outhuijse 2019b. Zie ook A. Outhuijse & J.H. Jans, 'Eerstelijns rechterlijk toezicht op boetebesluiten van de ACM', in: H.B. Winter, A. Tollenaar & A.T. Marseille (eds), *Ridderorde; Liber Amicorum Ko de Ridder*, Nijmegen: Wolf legal Publishers 2014, p. 233-245.

20 Outhuijse 2019b; Outhuijse 2017; Jans & Outhuijse 2014.

21 Een aantal recente uitspraken waarbij ook diverse zaken tot een boeteverlaging of volledige vernietiging hebben geleid: CBB 20 augustus 2019, ECLI:NL:CBB:2019:357; CBB 30 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:329; CBB 19 maart 2019, ECLI:NL:CBB:2019:121; CBB 19 maart 2019, ECLI:NL:CBB:2019:120; CBB 23 april 2019, ECLI:NL:CBB:2019:150 en 151.

22 Outhuijse 2017; Outhuijse 2018a.

opleggen en wat de juiste hoogte van de boete is in een individuele zaak. In de Nederlandse jurisprudentie zijn er verschillende voorbeelden waarin het CBB de boete volledig vernietigde op basis van onvoldoende bewijs, terwijl de Rechtbank Rotterdam de boete alleen maar had verlaagd; het omgekeerde gebeurde echter ook.²³ Zo pakte voor één van de ondernemingen in *Meel* het hoger beroep bij het CBB zeer nadelig uit, doordat het CBB in tegenstelling tot de Rechtbank Rotterdam de overtreding door deze onderneming alsnog bewezen achtte.²⁴ Bij *Executieveilingen* was echter de omgekeerde situatie van toepassing: het CBB vernietigde de boetes voor de zeventig huizenhandelaars vanwege onvoldoende bewijs, terwijl de Rechtbank Rotterdam slechts een beperkte boeteverlaging had toegepast.²⁵ In de jurisprudentie van de laatste jaren is dit bijzonder sterk te zien.²⁶ De afgelopen jaren kwamen het CBB en de Rechtbank Rotterdam in slechts 25% van de zaken tot een gelijklopende conclusie. Het is echter ook niet mogelijk om te stellen dat één van de twee rechterlijke instanties altijd strenger is. Dit is verschillend per zaak en per thema binnen een zaak. Het CBB is bijvoorbeeld in veel zaken strenger ten aanzien van de hoogte van de boete, terwijl de rechtbank de laatste jaren strenger is geweest op het gebied van economisch bewijs. Dit is echter ook niet in elke zaak het geval. Het is hierbij goed om te vermelden dat in kartelzaken in het algemeen een grote hoeveelheid verschillende beroepsgronden wordt aangevoerd – zaken waarbij meer dan tien beroepsgronden worden besproken zijn geen uitzondering – en de rechterlijke instan-

ties over diverse beroepsgronden wel eensgezind zijn. Daarnaast worden in beroep en hoger beroep niet altijd dezelfde beroepsgronden of de beroepsgronden op dezelfde wijze aangevoerd.

Nederland is overigens niet het enige land dat dit fenomeen ervaart. Ook rechters in diverse andere jurisdicties waar beide rechterlijke instanties juridische en feitelijke aspecten van de zaak beoordelen verschillen relatief vaak van mening over de vraag of er voldoende bewijs is overgelegd of wat de hoogte van de boete moet zijn.²⁷ Dit is bijvoorbeeld zichtbaar in Zweden, Finland en Italië. Zoals nader wordt besproken in de volgende paragraaf, is de discussie die plaatsvindt tussen de rechters in binnen- en buitenland een belangrijke indicatie dat het mededingingsrecht veel onduidelijkheid bevat.

Er zijn aanvullende aanwijzingen die deze conclusie ondersteunen, namelijk het feit dat de Rechtbank Rotterdam en het CBB verschillende conclusies trekken met betrekking tot dezelfde elementen in kartelzaken, terwijl dit niet regelmatig voorkomt in Nederlandse zaken op andere gebieden van het economisch bestuursrecht.²⁸ Onderzoek naar de rechterlijke toetsing van boetes opgelegd op het gebied van consumentenbescherming, telecommunicatierecht en financiële markten door de ACM, AFM en DNB heeft laten zien dat vernietigingen in die gevallen meestal beperkt blijven tot boeteverminderingen. Met andere woorden, de rechterlijke instanties en de autoriteiten hebben in die zaken minder discussie over de feiten, het bewijs voor de vaststelling van die feiten en de kwalificatie van de feiten. Bovendien is het percentage van hoger beroep in dit type zaken tevens hoog, maar bevestigt het CBB met grotere regelmaat het oordeel van de Rechtbank Rotterdam bij deze boetes. Dit is een belangrijk onderscheid met Nederlandse kar-

23 Ibid.

24 CBB 14 juli 2016, ECLI:NL:CBB:2016:187 (*Meel*). Zie voor andere zaak: CBB 23 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:526 (*Wasserijen*), m.nt. A. Outhuijse & J.J.A. Waverijn, AB 2019/7.

25 CBB 3 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:204 (*Executieveilingen*), m.nt. A. Outhuijse & J.J.A. Waverijn, AB 2017/296.

26 Voor eerdere jaren, zie Outhuijse 2017.

27 Outhuijse 2019a.

28 Outhuijse 2019b.

telboetes. Er lijkt veel minder discussie te bestaan tussen de twee rechterlijke instanties bij deze rechtsgebieden. Deze conclusies ondersteunen het idee dat de aard van kartelboetes en de onderliggende wetgeving meer ruimte voor discussie bieden dan bij de andere rechtsgebieden het geval is. Hieronder wordt nader ingegaan op dit aspect dat duidelijk naar voren is gekomen in de jurisprudentie van de afgelopen twintig jaar.

2.2 Duidelijkheid van het recht

Er zijn veel normen waaraan de mededingingsautoriteit moet voldoen om een kartelboete te kunnen opleggen.²⁹ Deze omvatten onder meer het vaststellen van de feiten, het bewijs voor deze feiten en het kwalificeren daarvan als een overtreding van het kartelverbod, de economische analyse van de markt en de vaststelling dat deze gedragingen de mededinging op deze markt kunnen beperken, de berekening van de boete en de uiteenzetting waarom deze gerechtvaardigd is. De algemene complexiteit van het vaststellen van kartelboetes kan gemakkelijk leiden tot een bediscussieerbare beslissing en dus tot een vernietiging bij de rechter. Bovendien geldt voor veel van deze besproken elementen dat er onduidelijkheid in het recht zit, waarover men van mening kan verschillen voor de toepassing in een concrete zaak.

De open normen van de juridische concepten, die kunnen worden ingevuld door toepassing van verschillende theoretische leerstukken, kunnen leiden tot uiteenlopende interpretaties en toepassingen door de mededingingsautoriteit en verschillende rechterlijke instanties. Met andere woorden, de wet biedt niet systematisch één correct antwoord op bepaalde vragen en laat ruimte voor discussie. Verder zijn de juridische regels die in de rechtspraak zijn ontwikkeld vaak nauw verwant met de individuele feiten van een zaak, waardoor het moeilijk is om ze rechtstreeks toe te passen op andere fei-

telijke situaties en zij daarom ruimte laten voor verdere discussies in nieuwe zaken. Bovendien zijn er altijd nieuwe vragen die zich eerder nog niet hadden aangediend of wederom tot discussie kunnen leiden omdat de feitelijke en juridische aspecten van de nieuwe zaak anders zijn dan in oudere zaken. De moeilijkheid blijft met andere woorden, dat elke zaak bestaat uit een unieke reeks van juridische en feitelijke omstandigheden, waardoor voor bepaalde onderwerpen geen algemene lijnen van rechtspraak kunnen worden vastgesteld. Eén van de aspecten waarbij dit zichtbaar is, is de toepassing van de ernstfactor bij de berekening van de boete.³⁰

De boeteberekening wordt gestart met de boetegrondslag. De boetegrondslag is gebaseerd op tien procent van de betrokken omzet en deze wordt in de volgende stap van de berekening vermenigvuldigd met de ernstfactor, die sinds 2009 varieert tussen 0-5 en voordien varieerde tussen 0-3. Voor de kwalificering van de ernstfactor wordt gebruik gemaakt van drie categorieën overtredingen: zeer zware, zware en minder zware overtredingen. Een verdere invulling ontbreekt. Er is bijvoorbeeld niet een vastomlijnd aantal aspecten dat wordt meegenomen bij de bepaling van de ernstfactor. Uit de jurisprudentie volgt dat onder meer van belang zijn: de aard van de gedragingen, de duur van de gedragingen, het aantal betrokken ondernemingen en als gevolg daarvan de resterende concurrentie op de markt. Andere factoren kunnen echter ook een rol spelen. Zoals reeds is beschreven in de literatuur, is de door de ACM gebruikte ernstfactor vaak een discussiepunt in kartelboetezaken.³¹ Het CBB en de

30 Een ander punt is op het gebied van de economische analyse. Zie voor die hele discussie: A. Outhuijse, 'Kroniek – Bestuurs- en civielrechtelijke rechtspraak mededingingsrecht 2016', *SEW* 2017, p. 199-210; A. Outhuijse, 'Wat doet de Nederlandse rechter met het merkbaarheidsvereiste na Expedia?', *SEW* 2014, p. 391-397.

31 Outhuijse 2017; Outhuijse 2018a.

29 Ibid.

Rechtbank Rotterdam zijn in veel zaken tot de conclusie gekomen dat de boete moest worden verlaagd via een verlaging van de ernstfactor.³² Er zijn echter ook voldoende zaken waarbij de Rechtbank Rotterdam de door de ACM gekozen ernstfactor passend achtte en het CBB de ernstfactor in hoger beroep toch verlaagde.³³ De jurisprudentie op het gebied van de ernstfactor illustreert dat de feiten en de aspecten die moeten worden meegenomen voor de bepaling van de factor verschillend kunnen worden gewaardeerd, en bovendien dat de moeilijkheid is dat elke zaak bestaat uit een unieke reeks van juridische en feitelijke omstandigheden waardoor algemene lijnen van rechtspraak maar in beperkte mate kunnen worden vastgesteld.

Deze uiteenzetting kan het gevoel geven dat in feite niets wordt opgelost met de jaren van jurisprudentie. Dat is echter niet een juiste weergave van de werkelijkheid. Hoewel de bestuursrechter in elke zaak de algemene onderdelen van het boetebesluit dient te beoordelen, zoals het geleverde bewijs, de geschetste economische en juridische context en de berekening en evenredigheid van de boete, dienen zich ieder jaar ook uniekere concepten aan die een beoordeling van de bestuursrechter behoeven en waarbij duidelijkheid wordt gegenereerd voor toekomstige zaken. Eén van de onderwerpen die centraal stonden in de kartelzaken van afgelopen jaren was de bevoegdheid van de ACM om meerdere individuele handelingen aan te merken als één enkele voortdurende inbreuk en als één overtreding te beboeten. Op basis van

dit concept kunnen eenvoudiger overtredingen worden bewezen, hogere boetes worden opgelegd en kan verjaring van een gedeelte van de overtreding worden voorkomen. Voorbeelden van zaken uit recente jaren waarbij dit leerstuk speelde, zijn de *Zilveruien*, *Meel*, *Executieveilingen*, *Eerstejaars plantuien* en *Wasserijen*.³⁴ Op dit punt is veel duidelijkheid gecreëerd: de ACM mag, net als de Europese Commissie, dit concept toepassen zolang aan de minimumeisen – zoals gesteld in de rechtspraak – is voldaan.³⁵ Andere voorbeelden van concrete vragen die in recente jaren zijn beantwoord waren de vraag of de betrokken omzet beperkt is tot de Nederlandse omzet of dat de totale Europese omzet kan worden gebruikt bij de boeteberekening (*Zilveruien* en *Eerstejaars plantuien*)³⁶ en of de autoriteit dient te beoordelen of de gedragingen die tot doel hebben de mededinging te beperken ook in staat zijn de mededinging te beperken en welke gevolgen dit heeft

32 Bijvoorbeeld Rechtbank Rotterdam 23 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4738 en Cbb 8 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:141 (*Limburgse bouwzaken*), m.nt. A. Outhuijse & J.J.A. Waverijn, AB 2018/340 (*Limburgse bouwzaken*); Cbb 6 oktober 2016, ECLI:NL:CBB:2016:272 (*Eerstejaars plantuien*); Cbb 24 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:56 (*Zilveruien*).

33 Cbb 11 januari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:1 (*Wmo Friesland*); Cbb 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:325 (*Slopersbedrijven*).

34 Cbb 24 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:56 (*Zilveruien*); Rb. Rotterdam 7 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2211; ECLI:NL:RBROT:2016:2201; ECLI:NL:RBROT:2016:2189; ECLI:NL:RBROT:2016:2172; ECLI:NL:RBROT:2016:2186; ECLI:NL:RBROT:2016:2196; ECLI:NL:RBROT:2016:2173; ECLI:NL:RBROT:2016:2181; ECLI:NL:RBROT:2016:2192; ECLI:NL:RBROT:2016:2190; ECLI:NL:RBROT:2016:2185; ECLI:NL:RBROT:2016:2179; ECLI:NL:RBROT:2016:2171; ECLI:NL:RBROT:2016:2165 (*Executieveilingen*); Rb. Rotterdam 12 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3477 (*Wasserijen*); Cbb 14 juli 2016, ECLI:NL:CBB:2016:184, ECLI:NL:CBB:2016:185, ECLI:NL:CBB:2016:186, ECLI:NL:CBB:2016:187, ECLI:NL:CBB:2016:188, ECLI:NL:CBB:2016:189, ECLI:NL:CBB:2016:190 (*Meel*); Cbb 6 oktober 2016, ECLI:NL:CBB:2016:272 (*Eerstejaars plantuien*).

35 Cbb 3 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:204 (*Executieveilingen*); Cbb 24 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:56 (*Zilveruien*).

36 Cbb 24 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:56 (*Zilveruien*); Cbb 6 oktober 2016, ECLI:NL:CBB:2016:272 (*Eerstejaars plantuien*).

voor het vereiste economische bewijs.³⁷ Deze thema's zijn voorbeelden waarbij in de afgelopen 20 jaar belangrijke stappen zijn gezet richting een vaste lijn.³⁸

2.3 Focus op: effectieve en efficiënte handhaving
Net als bij andere gebieden binnen het bestuursrecht, is één van de centrale discussiepunten bij het kartelverbod hoe dit verbod zo effectief en efficiënt mogelijk kan worden gehandhaafd.³⁹ Effectiviteit kan hierbij worden gedefinieerd als 'de mate waarin de beoogde doelstelling wordt bereikt'. Het voornaamste doel van het mededingingsrecht is het oplossen en voorkomen van marktfalen. Boeteoplegging vormt een instrument om dit doel te bereiken. Het uitgangspunt hierbij is dat hogere boetes effectiever zijn vanwege de afschrikkende werking die hiervan uitgaat. Hoewel de rechters de kartelboetes veelal naar beneden aanpassen, zijn er twee externe actoren – zoals beschreven in de literatuur – die de ACM juist stimuleren om hogere boetes op te leggen vanuit het perspectief van afschrikkende werking.⁴⁰

37 Zie hierover A. Outhuijse, 'Kroniek – Bestuurs- en civielrechtelijke rechtspraak mededingingsrecht 2018', *SEW* 2019, p. 168-180; A. Outhuijse, 'Kroniek – Bestuurs- en civielrechtelijke rechtspraak mededingingsrecht 2017', *SEW* 2018, p. 149-157; Outhuijse 2017b; Outhuijse 2014.

38 Ander voorbeeld: Rb. Rotterdam 11 juli 2013, ECLI:N:L:RBOT:2013:5042 en CbB 9 juli 2015, ECLI:N:L:CBB:2015:192 (*Telefoontaps*). Zie hierover meer uitgebreid: A. Outhuijse, 'Kroniek – Bestuurs- en civielrechtelijke rechtspraak mededingingsrecht 2015', *SEW* 2016, p. 262-271.

39 Zie voor mooie uiteenzetting van de standaarden waar de handhaving van toezichthouders aan zouden moeten voldoen: M. Aelen, *Beginselen van goed markttoezicht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

40 Outhuijse 2019b; Zie ook de publicatie die recent is verschenen in *RMthemis*: A. Outhuijse, Effectieve publiekrechtelijke handhaving van kartels: verklaren van de hoge percentages van procederen en succesvol procederen in Nederland.

Zo heeft de wetgever vanaf 1 juli 2016 de maximumboetes voor kartelovertradingen verhoogd van 450.000 naar 900.000 euro of 10% van de jaaromzet van de onderneming als deze hoger is. Als een inbreuk langer dan twee, drie of vier jaar heeft geduurd, is de maximumboete verhoogd naar respectievelijk 1,8, 2,7 of 3,6 miljoen euro, of naar 20, 30 of 40% van de jaaromzet.⁴¹ Dit bedrag kan zelfs worden verdubbeld voor recidivisten tot een maximum van 7,2 miljoen euro of 80% van de jaaromzet, afhankelijk van welke het hoogst is.⁴² Het doel van deze wetgeving is zoals vermeld om de afschrikkende werking van kartelboetes te vergroten. Ook de Europese Commissie verwacht van de nationale mededingingsautoriteiten dat hoge en afschrikwekkende boetes worden opgelegd. Met de invoering van de ECN+ Richtlijn, tracht de Commissie de effectieve handhaving door de nationale mededingingsautoriteiten te versterken door een minimum aan onderzoeks- en sanctiebevoegdheden te bieden aan deze autoriteiten.⁴³ Eén van de aspecten van de richtlijn en onderliggende documenten is dat er actie moet worden ondernomen om te waarborgen dat de autoriteiten afschrikkende boetes kun-

41 Op 22 december 2015 heeft de Eerste Kamer het wetsvoorstel Verhoging boetemaxima van de ACM als hamerstuk afgedaan. *Kamerstukken I* 2015/16, 34 190, A.

42 In diverse zaken liep de ACM bij de boeteberekening tegen het boetemaximum aan. Op basis daarvan is het boetebedrag lager uitgevallen dan zonder het maximum het geval zou zijn geweest. In bijvoorbeeld *Zilveruilen*, *Meel*, *Executieveilingen*, *Wasserijen*, *Scheepsafval*, *Eerstejaars plantuien* en *Taxivervoerders* zijn boetebedragen van enkele ondernemingen lager uitgevallen omdat anders het wettelijk boetemaximum zou worden overschreden. Dit scheidt de verwachting dat de verhoging van boetemaxima ook tot daadwerkelijk hogere boetes zal leiden.

43 Richtlijn (EU) 2019/1 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 tot toekenning van bevoegdheden aan de mededingingsautoriteiten van de lidstaten voor een doeltreffendere handhaving en ter waarborging van de goede werking van de interne markt.

nen opleggen aan bedrijven.⁴⁴ Deze ontwikkelingen in de wetgeving hebben gevolgen voor de besluitvorming van de ACM en zullen daarmee tevens gevolgen hebben voor de toekomstige mededingingsrechtspraak.

Voorts is er een toenemende focus op efficiënte handhaving: het handhaven met hetzelfde doel, maar met minder middelen. In veel landen ligt vanuit dit perspectief en het perspectief van effectieve handhaving een focus op het gebruik van schikkingen.⁴⁵ Bij een schikking erkent de onderneming de overtreding en staat een aantal verdedigingsrechten af in ruil voor boetekorting. Het gebruik van schikkingen wordt als positief gezien vanuit het perspectief van efficiënt en effectief toezicht. Mededingingsrechtelijke procedures zijn in het algemeen duur, complex en tijdrovend. Uit eerdere ervaringen blijkt dat de toezichthouder meer zaken kan afdoen met dezelfde middelen doordat met de schikkingsprocedure tijd en kosten worden bespaard.⁴⁶ Deze besparing ligt ten eerste in het afstand doen van de verdedigings-

rechten waarvan de uitvoering daarvan tijdrovend en kostbaar is, zoals het recht om gehoord te worden en het recht om het dossier in te zien. Daarnaast worden tijd en kosten bespaard door de summiere uitwerking van het besluit. Bij de Europese Commissie wordt het boetebesluit bijvoorbeeld gereduceerd van enkele honderden pagina's bij een regulier boetebesluit naar gemiddeld twintig tot veertig pagina's bij een schikkingsbesluit. Tot slot worden er tijd en kosten bespaard doordat de procedure sneller tot een einde komt: ondernemingen stellen na een schikking veelal geen beroep in, hetgeen bij een reguliere procedure over het algemeen wel het geval is.⁴⁷

De ACM heeft in een aantal recente zaken een schikking gesloten.⁴⁸ Het kan zijn dat de ACM, net als in veel andere lidstaten, in de toekomst meer zaken op deze wijze zal afdoen. Het feit dat men bij een schikking in bezwaar en beroep niet de feiten en de juridische kwalificatie kan betwisten leidt mogelijk tot een afname van het aantal rechterlijke uitspraken. Tot nu toe is deze ontwikkeling in vergelijking met andere landen slechts beperkt en het is de vraag of een schikking wel een aantrekkelijke optie is voor ondernemingen. Het feit dat de bedrijven vaker wel dan niet een serieuze verlaging of volledige vernietiging van de boete bij de rechters kunnen krijgen, maakt rechtszaken, met name in het geval van hoge boetes, waarschijnlijk toch de aantrekkelijkste optie.⁴⁹ Een andere vorm van consensuele afdoening die regelmatig gebruikt

44 Europese Commissie, *Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003: Achievements and Future Perspectives* (COM(2014)453).

45 Zie hierover uitgebreider A. Outhuijse, 'Schikken met ACM: gewenste koers of rechtsomkeert maken?', *SEW* 2016, p. 510-522.

46 Zie onder meer M. Hellwig, K. Hüschelrath & U. Laitenberger, 'Settlements and Appeals in the European Commission's Cartel Cases: An Empirical Assessment', 2016 beschikbaar via: <http://ssrn.com.proxy-ub.rug.nl/abstract=2731073>. Zie voor overzicht van het gebruik van schikkingen in Frankrijk, Engeland en Duitsland onder meer: International Competition Network (ICN), 'Cartel Settlements: Report to the ICN Annual Conference', 2008; Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), 'Experience with direct settlements in cartel cases', 2008; M. Marquis, 'Settling Cartel Investigations in the EU and its Member States', 2012, beschikbaar via: <http://ssrn.com.proxy-ub.rug.nl/abstract=2070190>; Outhuijse 2019a; Outhuijse 2016.

47 Ibid.

48 Besluit ACM 11 augustus 2015, zaaknummer: 14.0705.27 (*Natuurazijn*); 138. Besluit ACM 22 december 2015, zaaknr. 13.0698.31; 15.0710.31; 15.0327.31; 15.0328.31 (*Koel- en vrieshuizen*); <https://www.acm.nl/publicaties/publicatie/16060/ACM-verlaagt-boetes-voor-paprikakartel/>

49 Zie hierover A. Outhuijse & J.J.A. Waverijn, 'Annotatie bij ECLI:NL:RBROT:2018:2777, 2781, 2787 en 2818', *AB* 2018/349 en 350 (*Koel- en Vrieshuizen*). Zie hierover Outhuijse 2019c.

wordt bij de minder zware overtredingen is het gebruik van een toezeggingsbesluit. Zie hier ook over: E.S. Lachnit, *Alternative Enforcement of Competition Law* (diss. Utrecht), Den Haag: Eleven International Publishing 2016. Bij een toezeggingsbesluit zegt de onderneming toe toekomstig gedrag aan te passen en zal geen overtreding worden vastgesteld door de mededingingsautoriteit en wordt dus ook geen boete of andere sanctie opgelegd. Deze instrumenten hebben als overeenkomst dat de rol van de rechter veel beperkter wordt dan in reguliere procedures bij kartelboetes het geval is.

In een recente uitspraak werd ook één van de andere instrumenten ter bevordering van effectieve en efficiënte handhaving ter discussie gesteld, namelijk de clementieprocedure.⁵⁰ Bij deze procedure kan de eerste karteldeelnemer die vrijwillig naar de autoriteit stapt en de kartelovertreiding opbiecht de boete ontlopen of een korting op de boete-hoogte krijgen. Het is gebruikelijk om bij de eerste verzoeker een boetekorting van 100% toe te passen en de boete te verlagen tot € 0, als het kartel kan worden opgespoord en door de ACM kan worden gehandhaafd met de informatie van de karteldeelnemer. Deze praktijk is positief vanuit het perspectief van effectieve en efficiënte handhaving, omdat op deze wijze veel overtredingen aan het licht komen en de overtredingen kunnen worden gehandhaafd met een beperkte hoeveelheid handhavingsmiddelen.

In de uitspraak werd deze praktijk ter discussie gesteld.⁵¹ Bij deze zaak beantwoordde het CBB de vraag of de ACM wel de bevoegdheid heeft voor het opleggen van een boete van € 0.⁵² Verontrustend voor de praktijk is dat het CBB – net als de rechtbank – tot de conclusie kwam dat de

ACM deze bevoegdheid niet heeft. Dit is zorgwekkend, omdat nu – na jaren van praktijk – het afwachten is wat deze uitspraak betekent 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 clementie-procedure 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 moeten hebben om immuniteit aan te bieden aan de ondernemingen. Het CBB oordeelde echter dat de ACM geen bevoegdheid heeft tot het opleggen van een nihil boete. Dit roept de vraag op welke mogelijkheden hier nog voor bestaan, hetgeen de toekomst zal uitwijzen.

Tot slot

Na 20 jaar van jurisprudentie op het gebied van het kartelverbod is het mogelijk om enkele spraakmakende observaties en ontwikkelingen te signaleren. In deze slotparagraaf worden de belangrijkste conclusies uit de bijdrage weergegeven, maar wordt tevens een blik op de toekomst geworpen.

Allereerst kan worden geconcludeerd dat de afgelopen twintig jaren rijkgevoeld waren met de publiekrechtelijke rechtspraak over kartelboetes. Veel van de zaken waren daarbij succesvol voor de ondernemingen: in veel gevallen verlaagden de rechters de boete of concludeerden zij dat onder deze omstandigheden geen boete mocht worden opgelegd. Er is echter ook uiteengezet dat beide rechterlijke instanties vaak van mening verschillen over hoe in een concrete zaak moet worden besloten en dat er hierbij nog veel onduidelijkheid in het recht bestaat, onder meer als gevolg van de open normen en het feit dat iedere zaak uit een unieke reeks van feitelijke en juridische omstandigheden bestaat. Tot slot is een belangrijke oorzaak voor de vernietigingen en de hoge mate van

50 CBB 30 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:329 (*anoniem*).

51 Ibid.

52 De beschrijving van de zaak en de gevolgen is gebaseerd op en heeft overlap met A. Outhuijse & J.J.A. Waverijn, annotatie bij ECLI:NL:CBB:2019:329, AB 2019/416.

discussie de zeer intensieve toetsing die wordt uitgevoerd door beide rechterlijke instanties en de durf om hun eigen visie in de plaats te stellen voor die van de autoriteit en de andere rechterlijke instantie.

Zoals vermeld, dit artikel biedt naast de mogelijkheid om terug te blikken ook de mogelijkheid om vooruit te kijken naar de aankomende jaren. Wat kunnen we verwachten van de komende jaren aan jurisprudentie?

Interessant om allereerst te noemen is dat nieuwe zaken op komst zijn die anders zijn dan de zaken uit het verleden. In recente jaren waren veel horizontale kartelzaken – afstemming tussen concurrenten – onderwerp van de jurisprudentie. Dit zal voor de komende jaren niet anders zijn. Voor de komende jaren kunnen we echter binnen de bestuursrechtelijke jurisprudentie meer variatie verwachten. Zo heeft de ACM eind 2018 publiekelijk gesteld dat in de toekomst meer focus zal liggen op verticale prijsbinding – afstemming tussen leveranciers en afnemers – en zijn reeds invallen gedaan wegens dit type gedragingen. Na de daadwerkelijke handhaving en bestraffing kunnen rechterlijke procedures volgen, waarbij andere feiten en juridische kwalificaties centraal staan dan bij horizontale zaken het geval is. Dit kan naar verwachting wederom tot nieuwe discussies leiden, zowel tussen de rechterlijke instanties en de autoriteit als ook tussen de rechterlijke instanties onderling.

Daarnaast zijn er andere ontwikkelingen in de wetgeving en de besluitvorming van de ACM die gevolgen hebben voor de toekomstige mededingingsrechtspraak. Enerzijds zullen de nieuwe ontwikkelingen tot nieuwe interessante uitspraken in de toekomst leiden. Zo zal de verhoging van het boetemaximum naar verwachting zorgen voor nieuwe uitspraken over de proportionaliteit van de boete. Anderzijds zijn er ontwikkelingen die misschien zullen leiden tot minder rechterlijke uitspraken, zoals het

gebruik van de schikkingen en het gebruik van andere instrumenten die op consensualiteit gericht zijn. Mijn verwachting is dat dit wel kan meevallen en dat veel ondernemingen het besluit zullen blijven voorleggen aan de exclusief bevoegde rechters.

Tot slot is het goed om te benadrukken dat de toetsing van de specialistische rechters een groot goed is dat behouden dient te blijven. Het stemt mij gelukkig dat we in Nederland beschikken over rechters van hoogwaardige kwaliteit die boetes intensief durven te toetsen en, indien nodig, tegenwicht durven te bieden aan de toezichthouder. Deze toetsing is nodig tot behoud van de goede rechtsbescherming en is met name van belang met het oog op twee ontwikkelingen, namelijk de verhoging van de boetes en de focus op effectieve en efficiënte handhaving. De laatste focus en de daarbij toegepaste instrumenten kunnen met minder waarborgen omgeven zijn. Bij de roep om zwaardere bestraffing tegen zo weinig mogelijk middelen moet de andere kant van de medaille niet worden vergeten. Het bereiken van de beoogde doelen – voorkomen en tegengaan van marktfalen met optimaal gebruik van de staatsmiddelen – is van wezenlijk belang, maar mag niet zodanig de overhand krijgen dat procedurele waarborgen uit het oog worden verloren. Zoals wel eens eerder gesteld, anders dan in liefde en oorlog, is bij de handhaving van het mededingingsrecht niet alles geoorloofd.⁵³

Over de auteur

Mr. dr. A. Outhuijse

Annalies Outhuijse is advocaat bij Stibbe bij de praktijkgroep bestuursrecht en verrichtte daarvoor promotieonderzoek naar de publiekrechtelijke handhaving van het kartelverbod aan de Rijksuniversiteit Groningen.

⁵³ Outhuijse 2016; Vrij naar: J.F. Appeldoorn & H.H.B. Vedder, *Beginselen van het Europees en Nederlands mededingingsrecht*, Groningen: Europa Law Publishing 2013, p. v.