



NEA/NMa, verschuldigheid van rente

Rechtbank 's-Gravenhage 21 september 2005 Nederlands Elektriciteit Administratiekantoor (NEA)/ Staat der Nederlanden (Ministerie van Economische Zaken, directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit), zaaknr. 240360, rolnr. 05/1172. Verschuldigheid van wettelijke rente (m.nt. mr. C.T. Dekker)¹

Achtergronden

In 1999 heeft de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (d-g NMa) vastgesteld dat de rechtsvoorganger van het Nederlands Elektriciteitsadministratiekantoor (NEA), SEP artikel 24, lid 1, van de Mededingingswet heeft overtreden door, kort gezegd, transportdiensten te weigeren ten behoeve van de door Hydro Agri B.V. te importeren elektriciteit.² De d-g NMa heeft voor die overtreding een boete opgelegd van NLG 14 miljoen. Daarbij is bepaald dat de boete binnen 13 weken moet worden betaald en dat deze na het verstrijken van genoemde termijn zal worden vermeerderd met de wettelijke rente. SEP heeft tegen de beschikking bezwaar gemaakt, welk bezwaar ongegrond is verklaard.³ Vervolgens heeft SEP beroep ingesteld bij de rechtbank Rotterdam, die het beroep ongegrond heeft verklaard.⁴ In hoger beroep heeft het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBb) de uitspraak van de rechtbank vernietigd, het besluit van de d-g NMa van 27 maart 2000 vernietigd voorzover hierbij een boete is opgelegd ten bedrage van NLG 14 miljoen en voorts de hoogte van de opgelegde boete op € 3,5 miljoen bepaald.⁵

De NMa heeft vervolgens NEA op 24 juni 2004 verzocht het boetebedrag uiterlijk 8 juli 2004 te voldoen, waarbij de NMa het door NEA verschuldigde bedrag heeft berekend op € 4.676.175,86, dat wil zeggen het boetebedrag inclusief de verschuldigde wettelijke rente. Bij de berekening van de rente is de NMa ervan uitgegaan dat NEA de wettelijke rente dient te betalen vanaf 26 november 1999, dat wil zeggen vanaf 13 weken na de datum waarop de oorspronkelijke beslissing bekend is gemaakt. NEA heeft het bedrag betaald en de NMa vervolgens laten weten dat de betaling van de wettelijke

rente over de boete geacht moet worden onder protest te hebben plaatsgevonden en voorts verzocht om terugbetaling van het volgens NEA onverschuldigd betaalde rentebedrag van € 1.176.175,86, vermeerderd met de daarover verschuldigde wettelijke rente vanaf 1 juli 2004. Nadat de NMa terugbetaling weigerde heeft NEA de staat gedagvaard en gevorderd de staat te veroordelen tot terugbetaling van het door NEA onverschuldigd betaalde bedrag aan wettelijke rente van € 1.172.703,72, althans € 918.860,74. Dit tweede bedrag hangt samen met de mogelijke uitleg van artikel 63, lid 1, Mededingingswet, in die zin dat onder 'beroep' als genoemd in dat artikel mogelijk niet tevens moet worden verstaan hoger beroep. In dat geval zou gelden dat de boete eerst vanaf 13 weken na de uitspraak van de rechtbank Rotterdam in rekening kon worden gebracht.

Juridisch kader

Artikel 62 Mw bepaalt dat de d-g NMa bij beschikking beslist omtrent het opleggen van een boete of een last onder dwangsom. Artikel 63, lid 1, Mw bepaalt, voor zover van belang, dat de werking van een beschikking als bedoeld in artikel 62, eerste lid, Mw wordt opgeschort totdat de beroepstermijn is verstreken of, indien beroep is ingesteld, op het beroep is beslist.

Artikel 67 van de Mededingingswet bepaalt:

1. Een boete wordt betaald binnen 13 weken nadat de beschikking waarbij de boete is opgelegd, in werking is getreden.
2. De boete wordt vermeerderd met de wettelijke rente, te rekenen vanaf de dag waarop de in het eerste lid genoemde termijn is verstreken.

¹ Cees Dekker is advocaat bij Nysingh advocaten-notarissen te Zwolle.

² Besluit d-g NMa 26 augustus 1999, zaak 650.Hydro Energy v. SEP.

³ Besluit d-g NMa 27 maart 2000, zaak 650.

⁴ Rb. Rotterdam 26 november 2002, MEDED 00/1002 SIM, LJN-nr. AR 4219.

⁵ Rb. Rotterdam 28 mei 2004, AWB 03/76, LJN-nr. AP 1336.

Oordeel van de rechtbank

De rechtbank overweegt als volgt:

'3.2. Uit de tekst van artikel 67 Mw volgt dat zowel de datum waarop de boete moet zijn betaald, als de datum waarop de wettelijke rente begint te lopen, zijn gekoppeld aan de inwerkingtreding van de beschikking. Deze vangt ingevolge artikel 3:40 AWB aan met de bekendmaking daarvan, in het onderhavige geval: de toezending van de beschikking op 26 augustus 1999. Ingevolge artikel 67, eerste lid, Mw moet de boete binnen 13 weken na de inwerkingtreding van de beschikking worden betaald, terwijl uit het tweede volgt dat de wettelijke rente gaat lopen vanaf de dag waarop die 13-wekentermijn is verstreken.

3.3. Daaraan wordt geen afbreuk gedaan doordat in artikel 63 Mw is bepaald dat de werking van een beschikking als bedoeld in artikel 62, eerste lid, Mw wordt opgeschort totdat ofwel de beroepstermijn is verstreken, ofwel – indien beroep is ingesteld – op het beroep is beslist. Kennelijk heeft de wetgever met het gebruik van het woord 'werking' niet een (opgeschorte) inwerkingtreding op het oog gehad. Als dat wel zo zou zijn geweest, zou de bepaling in feite immers zinledig zijn geweest, omdat niet goed denkbaar is dat beroep kan worden ingesteld tegen een beschikking die nog niet in werking is getreden. Het woord 'werking' moet dan ook betrekking hebben op de effectieve gevolgen van de beschikking c.q. haar tenuitvoerlegging. Bij een boetebeschikking ingevolge de Mw gaat het daarbij om verplichting van de geadresseerde tot betaling van (het bedrag van) de boete en van de wettelijke rente daarover, een en ander overeenkomstig artikel 67.'

Op grond van deze overweging oordeelt de rechtbank dat, afgezien van het geval dat de bestuursrechter beslist dat er hoe dan ook geen boete opgelegd had mogen worden, de opschorting meebrengt dat aan die verplichtingen in het geval van beroep tegen de boetebeschikking nog niet hoeft te worden voldaan, zolang op dat beroep nog niet is beslist, maar die verplichtingen als zodanig reeds wel bestaan, omdat zij anders niet zouden kunnen worden opgeschort. Zij oordeelt voorts dat de opschorting vervalt nadat (definitief) op het beroep is beslist, met dien verstande dat het bedrag van de boete door de bestuursrechter verminderd kan worden, in welk geval de boete slechts in zoverre kan worden verhaald en de wettelijke rente aan de hand van dat verlaagde bedrag dient te worden berekend. De rechtbank verwerpt het beroep van NEA dat uit de tekst van genoemde wetsartikelen volgt dat wettelijke rente pas wordt verbeurd na het verstrijken van 13 weken nadat op het beroep is beslist. De rechtbank voegt hier nog aan toe dat zij van oordeel is dat het punitieve karakter van boetes als de onderhavige met zich meebrengt dat – op een verge-

lijkbare voet als in strafzaken – de opschorting voortduurt totdat ook op een eventueel hoger beroep is beslist, waarmee de financiële afdoening bovendien alleszins is gebaat. De rechtbank wijst er ten slotte op dat de uitleg die zij geeft aan artikel 63 Mw in overeenstemming is met de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever.

Commentaar⁶

Het CbB en de rechtbank Den Haag lijken van mening te verschillen over de uitleg van artikel 63 Mw.

In zijn uitspraak van 7 december jl. in het hoger beroep van Secon Group en G-Star International B.V.⁷ sprak het College uit dat de NMa opnieuw een beslissing moet nemen op het bezwaar tegen haar primaire besluit van 12 januari 2000,⁸ voorzover dat bezwaar is ingediend door Secon, en merkte het CbB op dat de NMa, in het kader van de vaststelling van de hoogte van de boete, ook nog kan ingaan op het bezwaar van Secon tegen de overweging in het primaire besluit met betrekking tot de verschuldigdheid van rente. Het College overweegt dan:

'In dit verband merkt het College op dat, ook al lijkt de totstandkomingsgeschiedenis van de Mededingingswet (Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, blz. 92) in een andere richting te wijzen, in de artikelen 63, eerste lid, en 67, eerste en tweede lid, Mw in onderlinge samenhang niets anders kan worden gelezen dan dat de rente pas is verschuldigd vanaf het tijdstip van inwerkingtreding van de boetebeschikking.'

In deze boetebeschikking had de d-g NMa, net zoals in de SEP-beschikking, met zoveel woorden bepaald, dat de vastgestelde geldboete overeenkomstig het bepaalde in artikel 67, eerste lid Mw, binnen dertien weken na verzending van het besluit in Nederlandse guldens diende te worden betaald. De d-g NMa voegde daar een zin aan toe, luidend:

'Na het verstrijken van bovengenoemde termijn wordt overeenkomstig artikel 67, tweede lid Mw, deze geldboete vermeerderd met de wettelijke rente.'

Wanneer naar deze letterlijke tekst van de uitspraak van het CbB wordt gekeken, zou men nog kunnen stellen dat de door het CbB bedoelde inwerkingtreding aanvangt door de bekendmaking van het besluit, zoals ook de rechtbank in overweging 3.2 heeft overwogen. De overweging van het CbB moet echter worden afgezet tegen hetgeen in het besluit van de d-g NMa van 12 januari 2000 is neer-

⁶ Zie overigens ook: C.T. Dekker, 'Boete en wettelijke rente: vanaf wanneer verschuldigd?', *Markt & Mededinging* 2003, nr. 6, p. 203.

⁷ Zaaknummer Awb 04/237 en 04/249.

⁸ Besluit d-g NMa 12 januari 2000, zaak 757, *Chilly Basilicum v. G-Star/Secon Group*.

gelegd en waartegen Secon kennelijk (dit blijkt niet uit de beslissing op bezwaar, maar wel uit de uitspraak van het CBb) een bezwaar heeft gericht, namelijk dat de inwerkingtreding aanvangt door de bekendmaking van het besluit. De opmerking van het CBb is derhalve juist tegen die opvatting gericht en kan mijns inziens niet anders worden uitgelegd dan bedoelend dat de *inwerkingtreding* van het besluit pas plaatsvindt op het moment dat de beroepstermijn is verstreken of, indien beroep is ingesteld, op het beroep is beslist.

Het CBb kijkt dus kennelijk anders aan tegen deze problematiek dan de rechtbank Den Haag. Daarbij moet echter wel worden opgemerkt dat het CBb weliswaar de aangehaalde overweging als *obiter dictum* kan opnemen, maar niet de rechter is die uiteindelijk een oordeel velt over het al dan niet verschuldigd zijn van wettelijke rente. Immers, een dergelijk geschil komt aan de orde zoals in de hier besproken zaak, wanneer een partij een boete, vermeerderd met wettelijke rente, betaalt en vervolgens de betaalde rente als onverschuldigd terugvordert, dan wel wanneer de betrokken partij weigert te betalen en er een dwangbevel wordt uitgevaardigd, waartegen verzet wordt aangetekend. In beide gevallen is het de civiele rechter die een oordeel moet geven over de verschuldigdheid van de wettelijke rente. Niettemin acht ik de overweging van het CBb – als *bestuursrechter* – van belang, omdat er een signaal van uitgaat naar de civiele rechter met betrekking tot de uitleg van het begrip *inwerkingtreding*.

Wat betreft de uitleg van de rechtbank Den Haag kan het volgende worden opgemerkt.

De rechtbank baseert haar oordeel dat de wetgever met het gebruik van het woord ‘werking’ niet een opgeschorte inwerkingtreding op het oog heeft gehad, op de overweging dat de bepaling van artikel 63 Mw anders zinledig zou zijn geweest, omdat niet goed denkbaar is dat beroep kan worden ingesteld tegen een beschikking die nog *niet* in werking is getreden.

Dit lijkt mij een onjuist oordeel. Artikel 3:40 Awb zegt alleen dat een besluit niet in werking kan treden voordat het is bekendgemaakt. Deze bepaling sluit in het geheel niet uit dat een besluit pas op een (veel) later tijdstip in werking treedt.⁹ Tegen een dergelijk besluit met uitgestelde inwerkingtreding is wel degelijk bezwaar en beroep mogelijk. Sterker nog: men zal niet altijd kunnen wachten tot de inwerkingtreding van het besluit met het instellen van bezwaar of beroep, aangezien artikel 6:8, lid 1, Awb bepaalt dat de termijn voor het instellen van bezwaar of beroep aanvangt met ingang van de dag na die waarop het besluit op de voorgeschreven wijze is bekendgemaakt.

Mijns inziens heeft de benadering van de rechtbank voorts een ander conceptueel probleem tot gevolg. Wanneer een besluit wel in werking treedt, maar vervolgens de ‘werking’ wordt opgeschort, doet zich de vraag voor wat die inwerkingtreding dan betekent en wanneer de opschorting plaatsvindt. De benadering van de rechtbank zou inhouden dat het besluit wel in werking treedt, maar vervolgens in een *split second* de werking weer wordt opgeschort, dan wel dat

de opschorting plaatsvindt op het moment dat bezwaar of beroep wordt ingesteld.¹⁰ Noch voor de ene benadering, noch voor de andere benadering zie ik echter enig aanknopingspunt in de Awb. Ik acht de benadering van de rechtbank Den Haag dan ook niet logisch. Ik zou overigens menen dat de term ‘opschorten’ zich juist leent voor een interpretatie dat het besluit in het geheel nog niet in werking is getreden. Wil men de werking – in de zin van *effect* – van een wel in werking getreden besluit uitstellen, dan zou men de term *schorsen* moeten gebruiken.

Ik wijs er voorts op dat de opvatting van de rechtbank ook nog tot discussie kan leiden over de vraag of artikel 63, lid 1, Mw zich wel uitstrekt over de bezwaarfase. Immers, in de opvatting van de rechtbank zou het besluit aanvankelijk wel *werking* hebben, maar vervolgens wordt die werking opgeschort. Als dat zo zou zijn is er ook niets tegen om die opschorting, conform de tekst van artikel 63, lid 1, Mw, pas te laten ingaan op het moment waarop de beroepstermijn gaat lopen. Artikel 63, lid 1, Mw spreekt immers niet over de bezwaarfase. Bij de opvatting dat de werking van het besluit *ab initio* is opgeschort, levert de tekst van artikel 63, lid 1, geen problemen op, omdat de opschorting dan vanaf dat moment ingaat en eindigt met het verstrijken van de beroepstermijn, of, als beroep is ingesteld, wanneer op het beroep is beslist.

In het kader van het wetsvoorstel tot wijziging van de Mededingingswet naar aanleiding van de evaluatie van die wet¹¹ is thans voorgesteld in artikel 67, lid 1, Mw de woorden ‘in werking is getreden’ te vervangen door ‘bekend is gemaakt.’¹² Blijkens de Memorie van Toelichting is de wijziging ingegeven door het feit dat uit de op dit moment geldende tekst en met name de passage ‘in werking getreden’ gelezen zou kunnen worden dat de boete pas betaald zou moeten worden indien de beschikking tot oplegging van de boete in rechte onaantastbaar is geworden.¹³ Volgens de Memorie van Toelichting is een boetebeschikking direct van kracht, maar wordt de werking van de beschikking volgens art. 63, lid 1, Mw opgeschort *indien* er tegen een dergelijke beschikking bezwaar of beroep is aangetekend.¹⁴ Voor die opvatting, zoals eerder gezegd, geeft art. 63, lid 1, Mw echter geen aanknopingspunten.¹⁵

De rechtbank verschilt kennelijk nog op een ander punt van mening met de bestuursrechter. Zoals hierboven weer-

9 Zie bijvoorbeeld handboek Awb (losbl.), commentaar op artikel 3:40 (H.J. Simon), die opmerkt: ten aanzien van de werking van een besluit moet worden opgemerkt dat deze niet onverbreekelijk is gekoppeld aan de bekendmaking ervan.

10 Van dit laatste lijkt de Memorie van Toelichting op het wetsvoorstel tot wijziging van artikel 67 uit te gaan: *Kamerstukken II 2004/05*, 30 071, nr. 3, p. 26.

11 *Kamerstukken II 2004/05*, 30 071, nr. 2.

12 Artikel I, sub T, van het wetsvoorstel.

13 *Kamerstukken II 2004/05*, 30 071, nr. 3, p. 26.

14 *Idem*.

15 Ik acht het overigens wel te prijzen dat de wetgever wetsbepalingen die aanleiding kunnen geven tot onjuiste interpretaties, wijzigt en verduidelijkt. De vraag is echter wel of de wetgever daarmee niet erg veel hooi op de vork neemt.

gegeven, overwoog de rechtbank ook nog dat het punitieve karakter van boetes als de onderhavige met zich meebrengt dat – op een vergelijkbare voet als in strafzaken – de opschorting voortduurt totdat ook op een eventueel hoger beroep is beslist. Deze benadering wijkt af van die van de voorzieningenrechter CBB van 9 april 2003, waarin de voorzieningenrechter oordeelde dat blijkt uit de tekst van artikel 63 Mw dat dit artikel zich niet uitstrekt tot de periode dat hoger beroep kan worden ingesteld of, indien hoger beroep is ingesteld, totdat op dat hoger beroep is beslist. Daarbij overweegt de voorzieningenrechter dat het zo moge zijn dat de argumenten die de wetgever heeft gehanteerd om het systeem van dit artikel zich te doen uitstrekken tot de beroepsfase, wellicht ook opgeld doet in de hoger-beroepsfase, maar die geschiedenis bevat, volgens de voorzieningenrechter, onvoldoende, niet voor tweërlei uitleg vatbare, aanwijzingen dat de wetgever het verkieselijk zou achten het systeem van artikel 63 Mw zich ook te doen uitstrekken over de fase van het hoger beroep.¹⁶

Wellicht dat de voorlopige conclusie over deze actie-reactie rechtspraak van rechtbank en CBB moet zijn dat het CBB meer waarde hecht aan de tekst van de wet dan de rechtbank.

Interpayzaak – NMa-besluit op bezwaar

Interpay, zaaknummer 2910-864, Besluit op bezwaar Raad van Bestuur NMa, 21 december 2005, gericht tegen besluit d-g NMa van 28 april 2004 in zaaknummer 2910-700. Art. 6 Mw. Gemeenschappelijke Onderneming (joint venture) met karakter samenwerkingsverband. Vaststelling schending gehandhaafd; boete gematigd. Art. 24 Mw. Excessieve tarieven voor netwerkdiensten pintransacties. Nieuwe omstandigheden; vaststelling schending ongedaan gemaakt; boete vervallen. (m.nt. mr J.C.A. Houdijk)*

Inleiding

Op 21 december 2005 verscheen het besluit op bezwaar in de Interpayzaak. De Raad van Bestuur van de NMa had hierin een paar lastige kwesties op te lossen, besloten in het oorspronkelijke besluit van 28 april 2004. Zo bestonden er vragen over de diskwalificatie van Interpay als *concentratieve* joint venture bij de toepassing van art. 6 Mw.¹ Er leek sprake van innerlijke tegenstrijdigheid binnen het besluit, aangezien de NMa bij de toepassing van art. 6 Mw Interpay niet bestempelde als zelfstandige economische eenheid, en bij de toepassing van art. 24 Mw wél uitging van een zelfstandige onderneming.² Van de zijde van de Bezwaaradviescommissie was kritiek gekomen op

de meetperiode die de NMa gebruikte om vast te stellen of de tarieven van Interpay daadwerkelijk excessief waren. Verder was de feitelijke situatie zoals deze ten grondslag lag aan de oorspronkelijke boetebeschikking van 28 april 2004 in de loop van 2005 aan substantiële wijzigingen onderhevig geweest; de banken kwamen een compensatieregeling overeen met de detaillisten voor geleden schade, en zij richtten een nieuw orgaan op (Currence) dat bepaalde taken van Interpay heeft overgenomen. Beide regelingen zijn als zodanig door de NMa goedgekeurd in de loop van 2005, maar daarmee was nog niet duidelijk of en hoe deze regelingen de heroverweging van het Interpaybesluit door de NMa zouden beïnvloeden.

Alle reden dus om uit te kijken naar het besluit op bezwaar, afhankelijk van de invalshoek om te zien hoe de NMa om zou gaan met alle vragen en nieuwe feiten, dan wel om af te wachten hoe de NMa zich uit sommige precaire onderdelen van het oorspronkelijke besluit zou weten te red- den.

Het oorspronkelijke Interpaybesluit

In zijn beschikking van 28 april 2004³ gaf de d-g NMa acht Nederlandse banken⁴ een boete voor de overtreding van art. 6 Mw. De d-g stelde vast dat de banken de mededinging op de markt van netwerkdiensten voor pintransacties hadden uitgeschakeld door hun samenwerking binnen Interpay uit te strekken tot de verkoop van deze netwerkdiensten.⁵ Niet het opzetten en instandhouden van het gezamenlijke netwerk achtte de d-g mededingingsbeperkend, maar wel de keuze voor het beperken van het aanbieden van de netwerkdiensten tot één verkooppunt. De NMa oordeelde dat bovenstaande schending zich had afgespeeld in de periode van 1 januari 1998 tot 1 maart 2004. Tot laatstgenoemde datum was Interpay de enige aanbieder van netwerkdiensten aan detaillisten en andere afnemers. Vanaf 1 maart hebben de banken het sluiten van contracten over te leveren pindiensten zelf ter hand genomen.⁶ Interpay blijft bestaan als intermediair en beheerder van het netwerk, maar het zijn de banken zelf die als wederpar-

* Joost Houdijk is junior wetenschappelijk medewerker, Sectie Internationaal en Europees Recht, Radboud Universiteit Nijmegen.

1 Zie bijvoorbeeld R. Wesseling, E.J. Offers, 'De toepassing van de artikelen 6 en 24 Mededingingswet door de NMa in 2004', *Markt & Mededinging* 2005, nr.3, p. 77 en 78; P. Glazener, S.J.H. Evans, D.N. Heeger, M.M.J. Verstraelen, 'Kroniek mededingingsrecht. Beschikkingspraktijk van de NMa in het eerste halfjaar 2004', *SEW* 2005-2, nr. 10, p. 75 en 76.

2 A.-M. Van den Bossche, noot bij Interpaybesluit NMa, zaaknr. 2910-700, *Markt & Mededinging* 2004, nr. 7, p. 262 en 267.

3 *Interpay*, zaaknr. 2910-700, Besluit d-g NMa, 28 april 2004, m. nt. A.-M. Van den Bossche, *Markt & Mededinging* 2004, nr.7, p. 259-267.

4 Te weten ABN Amro, Rabobank, ING, Fortis, SNS, BNG, Friesland Bank en Van Lanschot Bankiers.

5 Netwerkdiensten voor pintransacties omvatten het transport van gegevens tussen detaillisten en banken waardoor betaaltransacties van consumenten geautoriseerd kunnen worden en een bijboeking op de bankrekening van de detaillist en een afboeking van de bankrekening van de consument kan plaatsvinden. Zie randnr. 22 van NMa's Interpay-besluit van 28 april 2004.

16 CBB 9 april 2003, zaaknr. AWB 03/240, LJN-nr. AF7441.