

# Annotatie

## Wegener herzien

Rb. Rotterdam 27 september 2012

Mr. L.E.J. Korsten\*

### Feiten

218

Op hoofdlijnen zullen de feiten bekend zijn: in 2000 heeft Wegener, op dat moment al eigenaar van de Provinciale Zeeuwse Courant, VNU Dagbladen overgenomen, waarmee zij ook eigenaar werd van BN/De Stem. In verband met de overlap die ontstond op de lezersmarkt in Zeeuws-Vlaanderen heeft de NMa bij besluit d.d. 13 maart 2000<sup>1</sup> de overname met toepassing van artikel 41 lid 4 van de Mededingingswet onder voorschriften en beperkingen goedgekeurd. Na de aanpassing door het College van Beroep voor het bedrijfsleven<sup>2</sup> in 2001 luidde het voorschrift dat in de onderhavige procedure centraal staat: ‘dat Wegener het voortbestaan van de onderlinge onafhankelijkheid van de Provinciale Zeeuwse Courant (PZC) en Brabants Nieuwsblad (BN)/De Stem en verspreiding van beide titels in Zeeuws-Vlaanderen waarborgt’. De uitwerking van dit voorschrift in *concrete* verplichtingen voor Wegener vormde het materiële geschilpunt in primo, in bezwaar en in beroep. Volgens de NMa was het vergunningsvoorschrift door zowel Wegener als bestuur, directie en commissarissen als feitelijk leidinggevers overtreden, wat voor de NMa in primo en in bezwaar aanleiding was tot het opleggen van forse boetes ex artikel 75 van de Mededingingswet.

### Oordeel rechtbank

Op 27 september 2012 heeft Rechtbank Rotterdam<sup>3</sup> het besluit op bezwaar d.d. 24 augustus 2011 van de raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit<sup>4</sup> deels vernietigd en de primaire besluiten deels herroepen. De rechtbank heeft zelf in de zaak voorzien door de hoogte van de eerder door de raad van bestuur ex artikel 75 van de Mededingingswet aan Wegener en aan drie feitelijk leidinggevers opgelegde boetes opnieuw vast te stellen en door het boetebesluit ten aanzien van de twee andere natuurlijke personen te herroepen. De rechtbank heeft de door de raad van bestuur aan Wegener opgelegde boete fors verlaagd, namelijk van € 19.073.000 naar € 2.000.000. De reden daarvoor is tweeledig. Allereerst is de overtreding naar het oordeel van de rechtbank beperkter dan door de raad van bestuur werd aangenomen. Daarnaast bieden de door de raad van bestuur toegepaste Boetebeleidsregels 2009 volgens de rechtbank te weinig nuance en is een aanzienlijk lagere boete passend en geboden. De rechtbank heeft ook de door de raad van bestuur aan twee ex-bestuurders en een ex-directeur opgelegde boetes van € 350.000 respectievelijk € 300.000 en € 150.000 aanzienlijk verlaagd, namelijk tot € 100.000 respectievelijk € 50.000 en € 50.000, omdat omvang en duur van de overtredingen volgens de rechtbank beperkter waren dan de NMa had geoordeeld. Zowel het verjaringsverweer als het beroep op toepasselijkheid van het recht zoals dat gold tot 1 oktober 2007 is door de rechtbank verworpen. Volgens de rechtbank is sprake van voortdu-

\* Mr. L.E.J. Korsten is advocaat bij DLA Piper Nederland N.V.

1. Zaak 1528 (*Wegener Arcade/VNU*); P.P.J. van Ginneken, *M&M* 2000/4, p. 147-150.

2. CBB 5 december 2001, LJN AD6693.

3. AWB 11/4193 en AWB 11/4266, LJN BX8528.

4. In dit blad geannoteerd door P.P.J. van Ginneken, *M&M* 2012/1, p. 25-28.

rende overtredingen, deels ook ná 1 oktober 2007, zodat de onmiddellijk werkende bepalingen van de Wet van 28 juni 2007 houdende wijziging van de Mededingingswet als gevolg van evaluatie van die Wet (AMEW) bij gebreke van andersluidende overgangsrechtelijke bepalingen per de datum van inwerkingtreding van deze wet (1 oktober 2007) van toepassing zijn. De eerder door de raad van bestuur aan twee commissarissen opgelegde bestuurlijke boetes zijn door de rechtbank ongedaan gemaakt omdat de commissarissen volgens de rechtbank ‘noch in hun rol als “gewone” commissaris noch in hun specifieke rol’ waren aan te merken als feitelijk leidinggevers.

## Uitleg voorschrift; rechtszekerheid en bepaaldheidsgebod

Omdat de onderhavige procedure de oplegging van een punitieve sanctie betreft, is het legaliteitsbeginsel van toepassing.<sup>5</sup> Wegener en de vermeende feitelijk leidinggevers hebben er van meet af aan een punt van gemaakt dat het door de NMa in 2000, bij de goedkeuring van de concentratie, opgelegde voorschrift op onderdelen onvoldoende duidelijk en onvoldoende concreet was, althans dat de uitleg die daaraan door de raad van bestuur werd gegeven onjuist c.q. onhoudbaar was. Het is de taak van de rechter om een dergelijk verweer ten gronde te beoordelen. De rechtbank heeft dat dan ook gedaan, waarbij zij tot de conclusie komt dat de door de raad van bestuur gegeven uitleg op een van de drie onderdelen (coördinatie commerciële beleid) onjuist is. De relevante overwegingen van de rechtbank luiden – enigszins ingekort – als volgt.

Ter zake van de samenwerking en samenvoeging van de regio-redacties van PZC-editie Zeeuws-Vlaanderen en BN/De Stem overweegt de rechtbank (r.o. 5 e.v.):<sup>6</sup>

‘Verweerder stelt dat Wegener het voorschrift dat het voortbestaan van de onderlinge onafhankelijkheid van de dagbladen PZC en BN/De Stem waarborgt, heeft geschonden. (...) De regio-redacties van PZC editie Zeeuws-Vlaanderen en BN/De Stem zijn vanaf eind 2001 gaan samenwerken en zijn vanaf 1 januari 2002 samengevoegd. (...) Vanaf 1 januari 2009 zijn de redactionele werkzaamheden formeel uitgevoerd door één redactie die onder Uitgeverij PZC is geplaatst (...). De situatie dat elk dagblad een eigen hoofdredacteur heeft, die formeel de eindverantwoordelijkheid voor de eigen krant draagt, is blijven bestaan. (...) naar het oordeel van de rechtbank [is] sprake van overtreding van het voorschrift vanaf 1 januari 2009,

omdat op dat moment feitelijk nog maar één hoofdredacteur voor beide edities werkzaam was. (...) de uitvoering van de eindverantwoordelijkheid [is] door de hoofdredacteur van BN/De Stem gedelegeerd aan de hoofdredacteur van PZC (...). (...) Onder deze omstandigheden kan naar het oordeel van de rechtbank niet langer worden gesproken van twee dagbladen met een eigen hoofdredactie. (...)

De rechtbank overweegt dat de rechtszekerheid gebiedt dat het handelen of nalaten dat als overtreding wordt aangemerkt, voldoende concreet door een vergunningsvoorschrift wordt verboden. Mede gelet op hetgeen in de dagbladwereld onder onafhankelijke, zelfstandige dagbladen wordt verstaan, was de voorwaarde voldoende duidelijk en concreet en had Wegener kunnen en moeten begrijpen dat vanaf 1 januari 2009 het voorschrift niet meer werd nageleefd. Wegener heeft dan ook vanaf 1 januari 2009 artikel 75 van de Mw overtreden.’

Ter zake van het behouden van de onderlinge onafhankelijkheid tussen de Zeeuws-Vlaamse edities van PZC en BN/De Stem, in relatie tot de coördinatie van het commerciële beleid, overweegt de rechtbank (r.o. 12-14):

‘Zoals hiervoor onder punt 9 is overwogen, dient het handelen of nalaten dat als overtreding wordt aangemerkt, voldoende concreet door een vergunningsvoorschrift te worden verboden. Volgens het betreffende voorschrift tekenen de bestuurders van PZC B.V. en UZN B.V., de te benoemen commissarissen en het bestuur van Wegener Arcade N.V. een overeenkomst, waarbij zij zich onherroepelijk verplichten “een beleid te voeren c.q. te doen voeren dat gericht is op het voortduren van de onafhankelijkheid ten opzichte van elkaar en van het voortbestaan naast elkaar van de desbetreffende dagbladen in Zeeuws-Vlaanderen”. Uit de stukken blijkt dat in het voorstel voor een remedie van Wegener bij brief van 3 maart 2000 eerst de zinsnede was opgenomen “beleid te voeren c.q. te doen voeren dat gericht is op het voortduren van de (financiële) onafhankelijkheid”, maar dat verweerder bij brief van 6 maart 2000 heeft aangegeven dat de term (financiële) kan worden weggelaten, hetgeen is gevolgd.

Naar het oordeel van de rechtbank komt in het vergunningsvoorschrift onvoldoende tot uitdrukking dat de onderlinge onafhankelijkheid ook betrekking heeft op het commerciële beleid. Als verweerder dit tot uitdrukking had willen brengen in het voorschrift, dan had verweerder dat naar het oordeel van de rechtbank duidelijk(er) in de tekst van de remedie moeten (laten) opnemen. Dat zou ook in de lijn liggen met het in verweerdens Richtsnoeren Remedies 2007 (Stert. 2007, nr. 187) gestelde dat de voorgestelde remedie gedetailleerd moet zijn, alsmede in duidelijke en begrijpelijke bewoordingen moet zijn opgesteld en niet voor meerdere uitleg vatbaar moet zijn. Dat is

5. Vgl. het in art. 1 Wetboek van Strafrecht geformuleerde *nullum crimen, nulla poena sine lege*-beginsel.

6. In zijn bespreking van het besluit op bezwaar verdedigde Van Ginneken het standpunt dat de uitleg van de Raad op dit punt onhoudbaar was en mogelijk zelfs in strijd met art. 7 Grondwet; *M&M* 2012/1, p. 27-28.

niet alleen belangrijk voor de effectiviteit van de remedie, maar ook voor de afdwingbaarheid en handhaafbaarheid ervan (randnummer 12 van de Richtsnoeren). Door het weglaten van de term “financiële” is – daargelaten of commercieel ook onder het begrip financieel valt – het voorschrift in elk geval niet duidelijker en concreter geworden. Nu het voorschrift zelf onvoldoende duidelijk en concreet is ten aanzien van het punt van (coördinatie van) het commerciële beleid, maakt de latere correspondentie tussen Wegener en verweerder niet dat gesteld kan worden dat Wegener het (intussen duidelijker geworden) voorschrift heeft overtreden. De constatering van verweerder dat het handelen of nalaten niet in overeenstemming is met de bedoeling van het vergunningsbesluit – te weten het waarborgen van de concurrentie tussen PZC en BN/De Stem – betekent niet dat Wegener daarmee ook het voorschrift heeft overtreden, nu bij de beantwoording van die vraag enkel waarde toekomt aan de inhoud van het voorschrift zelf en niet aan niet duidelijk kenbare bedoelingen van verweerder ten tijde van de totstandkoming van het voorschrift.

Hieruit volgt dat de rechtbank van oordeel is dat verweerder zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat Wegener met haar gedragingen inzake (coördinatie van) het commerciële beleid het voorschrift heeft overtreden.<sup>7</sup>

220

Ter zake van het verbod van personele unies tussen de directies en RvC's overweegt de rechtbank (r.o. 19):

‘Naar het oordeel van de rechtbank is de betreffende voorwaarde voldoende duidelijk en concreet. Wegener had kunnen en moeten begrijpen dat door de onder punt 18 genoemde gedragingen per 1 januari 2003 het voorschrift, voor zover dat ziet op het verbod van personele unies tussen de directies, en per 1 mei 2008 het voorschrift, voor zover dat ziet op het verbod van personele unies tussen de RvC's, niet meer werd nageleefd. Verweerder heeft dan ook terecht gesteld dat hiermee artikel 75 van de Mw is overtreden.’

Voor zover uit de inhoud van de – gepubliceerde – besluiten van de raad van bestuur en de uitspraak van de rechtbank valt op te maken, meen ik dat de door de rechtbank gegeven uitleg – m.i. terecht – restrictief (i.b. taalkundig) en niet extensief (teleologisch) is, waarbij de rechtbank – m.i. evenzeer terecht – het beginsel ‘*substance over form*’ toepast.

## Geen verjaring

Het beroep van eisers op verjaring werd door de rechtbank afgewezen. Volgens de rechtbank was sprake van een duurovertreding. Bovendien was de termijn van vijf jaar genoemd in artikel 82 lid 2 van de Mededingings-

wet naar het oordeel van de rechtbank nog niet verstrekken (r.o. 26):

‘De rechtbank is van oordeel dat de hier aan de orde zijnde remedie een voorschrift en geen beperking is en volgt hiermee het betoog van verweerder. Dit betoog houdt in dat, om vast te stellen of de remedie, in de zin van artikel 41, vierde lid, van de Mw, de vorm heeft van een beperking of een voorschrift bepalend is of het de omvang van de nieuwe geconcentreerde onderneming beperkt, door bijvoorbeeld specifieke bedrijfsonderdelen of activa van de concentrerende ondernemingen van de vergunning/concentratie uit te sluiten (beperkingen) of dat het iets voorschrijft aan de nieuwe geconcentreerde onderneming. Verweerder heeft daarbij verwezen naar randnummer 287 van het vergunningsbesluit. Daarin zijn enerzijds beperkingen opgenomen waar het gaat om “de verkoop van” een aantal met name genoemde dagbladen en huis-aan-huisbladen. Die mogen geen onderdeel zijn van de geconcentreerde onderneming. Randnummer 287 van het vergunningsbesluit bevat anderzijds voorschriften waarbij het gaat om “de waarborging van” en “de garantie dat” alsmede “de inspanningsverplichting van Wegener om”. Dat “waarborgen”, “garanderen” of “inspanningsverplichting” schrijft iets aan de geconcentreerde onderneming voor. De onderhavige remedie beperkt niet zozeer de reikwijdte van de concentratievergunning, maar de mate waarin de onderneming Wegener na de concentratie vrij is in haar doen en laten. Wegener mocht de concentratie doorgang laten vinden waarbij de PZC en BN/De Stem in één hand kwamen. Het gegeven dat de PZC en BN/De Stem in één hand zouden komen, was de directe aanleiding om een remedie te bedingen. Het is dan ook juist dat, zoals Wegener stelt, door de remedie Wegener als nieuw geconcentreerde onderneming niet volledig vrij is om beslissingen te nemen die leiden tot een feitelijke integratie van beide dagbladen. Dit neemt echter niet weg dat de PCZ en BN/De Stem na de concentratie wel degelijk structureel tot één en dezelfde onderneming zijn gaan behoren. Gelet op dit betoog is er naar het oordeel van de rechtbank dan ook geen sprake van een beperking, zodat het betoog van eisers – dat de bevoegdheid om een boete op te leggen daarom verjaard is – niet slaagt.’

Dit oordeel van de rechtbank lijkt mij juist en is ook in lijn met de strafrechtelijke jurisprudentie inzake zogeheten voortdurende ommissiedelicten respectievelijk commissiedelicten.<sup>7</sup>

Het beroep van Wegener c.s. op de zaak *Nooteboom/Pacton* (zaak 6286), waarin was bevestigd dat wanneer een concentratie tot stand wordt gebracht zonder voorafgaande melding er sprake is van één enkele inbreuk, werd door de rechtbank niet gehonoreerd. Volgens

7. Valkenburg (*T&C Sr*), art. 71 *Sr*, aant. 2.

eisers kwalificeerde de beweerdelijk geschonden remedie als een ‘beperking’ die volgens hen op één lijn viel te stellen met het tot stand brengen van een concentratie zonder melding. Dit betoog stuitte af op de hierboven geciteerde overweging van de rechtbank dat de geschonden remedie kwalificeert als ‘voorschrift’. Dit verschil, qua verjaring, in uitkomst lijkt mij op het eerste gezicht niet zonder meer logisch of bevredigend. Dat ligt naar mijn mening echter eerder aan de uitkomst in de zaak *Nooteboom/Pacton* dan aan de uitkomst in de onderhavige zaak. Een belangrijk verschil tussen de zaak *Nooteboom/Pacton* en de onderhavige zaak is weliswaar dat bij het tot stand brengen van een concentratie zonder melding in beginsel sprake is van nietigheid van de concentratie (lees: van de betreffende rechtshandelingen) ex artikel 3:40 lid 2 BW, terwijl overtreding van een voorschrift niet leidt tot nietigheid van de concentratie. Maar dit verschil verklaart naar mijn mening niet de verschillende uitkomsten qua verjaring. De bezwaaradviescommissie in de zaak *Nooteboom/Pacton* vergeleek het tot stand brengen van een concentratie zonder voorafgaande melding met ‘door rood licht rijden’, welke overtreding niet voortduurt als men het stoplicht is gepasseerd. Die vergelijking gaat mijns inziens echter mank. Bij het tot stand brengen van een concentratie zonder voorafgaande melding wordt de NMa immers (blijvend, voortdurend) de mogelijkheid ontnomen de concentratie te toetsen. Verdere jurisprudentie op dit punt valt mijns inziens dan ook te verwachten.

## Commissaris (interne toezichthouder) feitelijk leidinggever?

Zoals in de inleidende samenvatting al is aangegeven, heeft de rechtbank de boete-oplegging aan twee van de vijf natuurlijke personen geheel ongedaan gemaakt. Het betreft de boete-oplegging aan de commissarissen. De motivering van de rechtbank luidt als volgt (r.o. 47):

‘De rechtbank is van oordeel dat de rol van commissaris slechts bij uitzondering is te verenigen met het begrip feitelijk leidinggevende omdat de mogelijkheden en de invloed van een commissaris doorgaans beperkt zijn tot het houden van toezicht. Een commissaris moet dan ook een bijzondere, voor een commissaris atypische rol binnen de onderneming hebben, wil hij als feitelijk leidinggevende kunnen worden gekwalificeerd. Naar het oordeel van de rechtbank zijn deze eisers noch in hun rol als ‘gewone’ commissaris noch in hun specifieke rol aan te merken als feitelijk leidinggevers. Weliswaar hebben zij specifieke goedkeuringsbevoegdheden (opgenomen in het Reglement van de onderscheiden Raden van Commissarissen van beide uitgeverijen), die dienen om de onderlinge onafhankelijkheid van de edities te waarborgen, maar deze strekken niet zo ver dat

zij op grond hiervan beschouwd kunnen worden als feitelijk leidinggevers. Ook is niet gebleken van een zodanige feitelijke taakvervulling van deze eisers dat zij daardoor als feitelijk leidinggevers zouden kunnen kwalificeren.’

De door de rechtbank gehanteerde maatstaf (een commissaris zal niet snel de rol van feitelijk leidinggever vervullen omdat dit niet past bij de rol van toezichthouder) sluit aan op de bekende *Slavenburg*-jurisprudentie van de Hoge Raad.<sup>8</sup> Het onderscheid dat de rechtbank maakt tussen enerzijds de klassieke, wettelijke, rol van de commissaris als (interne) toezichthouder en anderzijds een eventuele atypische rol van een commissaris, bijvoorbeeld als ‘gedelegeerd’ commissaris tijdelijk belast met bepaalde bestuursfuncties, lijkt mij terecht. Boete-aansprakelijkheid van de commissaris wegens wetsovertreding van de betrokken onderneming verdraagt zich moeilijk met de rol van interne toezichthouder.

De *Slavenburg*-jurisprudentie van de Hoge Raad houdt kort gezegd in dat pas sprake is (van mogelijke aansprakelijkheid) van een feitelijk leidinggever indien sprake is van wetenschap, macht en aanvaarding (‘wma’, doorgaans aangeduid als het beschikkings- en aanvaardingscriterium). Als de commissaris al weet heeft van een misstand, dan nog heeft hij het als toezichthouder niet in zijn macht om aan die misstand een einde te maken. Dat is immers de taak van het bestuur van een onderneming. Het enige dat de commissaris kan (en behoort te) doen is het bestuur oproepen om de misstand te beëindigen. Voor de commissaris die, om welke reden dan ook, naast zijn rol van interne toezichthouder nog een andere rol op zich neemt, geldt, afhankelijk van de feitelijke rol, taakaanstelling en attributie van bevoegdheden, dat hij/zij het wellicht wél in zijn/haar macht heeft om een einde aan een gebleken misstand te maken. Als dat daadwerkelijk het geval is, dan komt de kwalificatie van feitelijk leidinggever met het daaraan verbonden boeterisico in beeld. Dit geldt met name wanneer de commissaris vanuit een atypische rol betrokken zou zijn bij overtreding van de Mededingingswet.

Hoezeer mij de door de rechtbank gehanteerde maatstaf ook juist voorkomt, de uitkomst van de toetsing aan die maatstaf overtuigt mij niet. Zoals hierboven reeds aangehaald, heeft de rechtbank onder meer het volgende overwogen (r.o. 47):

‘Weliswaar hebben zij specifieke goedkeuringsbevoegdheden (opgenomen in het Reglement van de onderscheiden Raden van Commissarissen van beide uitgeverijen), die dienen om de onderlinge onafhankelijkheid van de edities te waarborgen, maar deze strekken niet zo ver dat zij op grond hiervan beschouwd kunnen worden als feitelijk leidinggevers.’

8. HR 19 november 1985, NJ 1986, 125 (*Slavenburg I*) en HR 16 december 1986, NJ 1987, 321 (*Slavenburg II*).

Wanneer de commissaris(sen) het in zijn (hun) macht heeft (hebben) om overtreding van een hem (hun) bekend voorschrift van een overheidsvergunning te voorkomen door het onthouden van goedkeuring aan een besluit van een ander orgaan van de vennootschap, zoals in casu klaarblijkelijk het geval was, dan staat dat naar mijn mening gelijk aan ‘wetenschap’, ‘macht’ en ‘aanvaarding’ welke volgens de *Slavenburg*-jurisprudentie kwalificatie als feitelijk leidinggever rechtvaardigen. Waarom de rechtbank dat anders ziet, is door haar niet overtuigend gemotiveerd. Mogelijk heeft voor de rechtbank een rol gespeeld dat commissarissen vanuit hun toezichthoudende rol geregeld statutair vereiste goedkeuringsbesluiten nemen en dat het onwenselijk is als daaraan het risico van boete-aansprakelijkheid is verbonden. In de onderhavige zaak is de rol van de raad van commissarissen c.q. de commissarissen echter nadrukkelijk verankerd in de vergunningsvoorschriften (‘de bestuurders van (...), de te benoemen commissarissen en het bestuur van (...) zullen een overeenkomst tekenen, waarbij zij zich onherroepelijk verplichten: de (...) [voorschriften] te handhaven’; r.o. 2). Daarmee is aan de klassieke rol van toezichthouder welbewust een atypische component toegevoegd. Zo bezien lijkt vooral in de inhoud van de voorschriften een weeffout te zitten.

## Hoogte boete Wegener

222

De NMa heeft de hoogte van de opgelegde boetes berekend op basis van de Boetebeleidsregels 2009. De rechtbank verwerpt het verweer van eisers dat deze beleidsregels niet van toepassing zijn. Dit is in lijn met het reeds genoemde oordeel van de rechtbank dat de vastgestelde overtredingen zich (ook) hebben voorgedaan ná de inwerkingtreding van de beleidsregels (1 oktober 2009). Verrassender was het oordeel van de rechtbank dat de boetebeleidsregels ‘te weinig nuance bieden om tot een evenredige boete te komen’ (r.o. 36). Gevoelsmatig waren de door de NMa opgelegde boetes aan de hoge kant, maar de NMa had niet meer gedaan dan het plichtsgetrouw toepassen van de beleidsregels. De rechtbank haalt hier een streep door. Dat de rechtbank daartoe bevoegd is, staat buiten kijf. De boetebeleidsregels binden de rechter immers niet en op grond van artikel 6 EVRM moet de rechter de opgelegde boete ‘vol’ toetsen. Dat komt uiteindelijk neer op het geven van een intuïtief billijkheidsoordeel en niet op het maken van een rekensom. De onderhavige beslissing van de rechtbank maakt dat goed duidelijk. De boete van Wegener wordt door de rechtbank verlaagd van € 19.073.000 naar het ronde bedrag van € 2.000.000. Uit de motivering die de rechtbank voor de boeteverlaging geeft, blijkt dat een deel van de verlaging samenhangt met het feit dat naar het oordeel van de rechtbank niet alle verweten gedragingen van Wegener een overtreding opleveren (zoals wij zagen oordeelde de rechtbank dat slechts twee van de drie verweten gedragingen

in strijd met het vergunningsvoorschrift waren). Dat lijkt niet meer dan logisch.<sup>9</sup>

Minder logisch, en voor mij minder overtuigend, is het argument van de rechtbank dat

‘een overtreding van Wegener van het kartelverbod – de ernstigste overtreding op het gebied van de mededinging – in Zeeuws-Vlaanderen tot een veel lagere boete zou hebben geleid, omdat daarbij dan de boetegrondslag zou zijn gebaseerd op de betrokken omzet in die regio’ (r.o. 36).

Nog afgezien van het feit dat uit de uitspraak niet blijkt waarop de rechtbank haar oordeel baseert dat de boetegrondslag bij een eventuele kartelboete feitelijk lager zou zijn, is zonder enige feitenvaststelling en analyse, welke ontbreken, niet evident dat de boetegrondslag in geval van een kartel ter zake van de twee betrokken regionale dagbladen ‘zou zijn gebaseerd op de betrokken omzet in die regio’<sup>10</sup> en naar mijn mening is evenmin evident dat overtreding van het kartelverbod ‘de ernstigste overtreding op het gebied van de mededinging’ is.

Bij mijn weten is dit de eerste zaak waarin de rechter zo rigoureuze afstand neemt van de boetebeleidsregels (c.q. de boetebeleidsregels als voorloper daarvan).<sup>11</sup> In de onderhavige zaak zijn de beleidsregels door de rechtbank geheel terzijde gelegd omdat van de systematiek van de beleidsregels niets zou deugen. Voordien hebben die regels de toetsing door de rechter (rechtbank en CBB) altijd min of meer soepel doorstaan (zie bijvoorbeeld vele rechterlijke beslissingen in ‘bouwzaken’, ‘mobiele operators’ en ‘fietsfabrikanten’). Eén zwaluw maakt nog geen zomer, maar iedereen kan wel zaken noemen waarin de boete met toepassing van de boetebeleidsregels gevoelsmatig hoog is uitgevallen en bij vergelijking met een andere (mededingings)overtreding lager zou moeten zijn. Tot nu toe zijn dergelijke verweeren bij mijn weten (bijna) altijd verworpen met een beroep op het gelijkheidsbeginsel (zaken zijn eigenlijk nooit helemaal gelijk) dan wel met het argument dat een vergelijking met een niet-bestaande casus hypothetisch en derhalve irrelevant is. Zal de rechter vanaf nu door de NMa opgelegde boetes regelmatig rigoureuze gaan verlagen, of verhogen? Ik verwacht het niet, al was het maar omdat het motiveren van de hoogte van de boete

9. Voor de betrokken ex-bestuurders/ex-directeur is de beperktere reikwijdte van de overtreding de enige door de rechtbank genoemde reden voor de – naar verhouding forse – verlaging van de boetes.

10. In het genoemde concentratiebesluit in zaak 1528 d.d. 13 maart 2000 concludeerde de NMa weliswaar dat de relevante geografische markten regionaal waren, maar dat oordeel betrof geen kartelzaak en was bovendien gebaseerd op een uitgebreid (twee fasen-)onderzoek en een uitvoerige analyse van de toenmalige feiten en omstandigheden.

11. De onderhavige zaak doet denken aan de *Sep*-zaak waarin het CBB (LJN AP1336) de door de NMa opgelegde boete wegens misbruik van een economische machtspositie verlaagde van f 14.000.000 tot f 3.500.000. Die zaak ging echter niet over toetsing van de boetebeleidsregels omdat zij speelde vóórdat de NMa haar eerste boeterichtsnoeren had vastgesteld. Bovendien was in die zaak een belangrijk argument voor verlaging gelegen in het feit dat recidive vanwege wijziging van de wet uitgesloten was zodat het door de NMa gebruikte argument van generale c.q. speciale preventie volgens het CBB niet opging.

zo moeilijk is. Mocht het toch gebeuren dan hoop ik dat de rechter daarvoor argumenten gebruikt die feitelijk juist en toetsbaar zijn en minder willekeurig overkomen.

## Slot: commentaar NMa

De voorzitter van de raad van bestuur van de NMa ziet er geen probleem in zich openlijk uit te laten over de uitspraak van de rechtbank. Tijdens een bijeenkomst van mededingingsrechtexperts op 4 oktober 2012, kort nadat de rechtbank uitspraak had gedaan, zei de voorzitter het volgende over de uitspraak:

‘De Wegener-uitspraak van vorige week heeft dit boete-instrument bij iedereen goed op het netvlies gezet. Zoals u weet was dit de eerste zaak waarin de NMa persoonlijke boetes heeft opgelegd. De uitspraak van de rechtbank zal door sommigen onder u zijn samengevat onder de noemer “NMa wordt teruggefloten.” Hen wil ik er graag aan herinneren dat de toepassing van de persoonlijke boetes in deze zaak van meet af aan onder vuur lag, omdat de Wegener-casus daarvoor niet ernstig genoeg zou zijn. Het betrof immers geen kartelzaak maar een boete wegens niet-naleving van een voorschrift uit het eerdere fusiebesluit. De rechtbank heeft in haar uitspraak van vorige week de lijn van de NMa gekozen, en duidelijk gemaakt dat de toepassing van persoonlijke boetes niet beperkt is tot kartelzaken. Dat is winst voor het mededingingstoezicht, en schept duidelijkheid. De opgelegde boetes zijn in deze uitspraak wel fors verlaagd, omdat de rechtbank sommige delen van het niet nageleefde voorschrift onduidelijk vond. Ook heeft de rechtbank geoordeeld dat de persoonlijke boetes aan de betrokken commissarissen niet overeind konden blijven, omdat commissarissen – gelet op hun toezichthoudende rol – alleen in uitzonderlijke gevallen als feitelijk leidinggever aan een overtreding kunnen worden aangemerkt. De NMa deelt de lijn dat sprake moet zijn van een uitzonderlijke geval, maar zag dit juist als zo’n uitzonderlijke situatie. De rechtbank heeft de feiten hier dus anders gewaardeerd. Kortom: een belangwekkende uitspraak, waar nog het nodige over geschreven zal worden.’

Er is hoger beroep tegen de uitspraak van de rechtbank ingesteld.