

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 6432 / 47

Betreft zaak: Zegelverbreking Sara Lee

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 79, eerste lid, van de Mededingingswet tot vaststelling van een overtreding als bedoeld in artikel 70b van de Mededingingswet en tot oplegging van een boete op grond van artikel 70b, eerste lid, van de Mededingingswet.

1 Verloop van de procedure

1. Op 17 juli 2008 heeft de NMa een rapport ingevolge artikel 77, tweede lid, Mededingingswet (hierna: Mw) opgemaakt, inzake een overtreding als bedoeld in artikel 70b Mw. Het rapport is op 18 juli 2008 toegezonden aan de partijen aan wie de overtreding in het rapport is toegerekend, te weten Sara Lee Household and Bodycare Nederland B.V. (hierna ook: Sara Lee) en Koninklijke Douwe Egberts B.V. (hierna tezamen ook: partijen).¹
2. Bij brief van 30 juli 2008 zijn partijen overeenkomstig het bepaalde in artikel 78, eerste lid, Mw uitgenodigd om desgewenst schriftelijk dan wel mondeling hun zienswijze naar voren te brengen omtrent het rapport. Tevens zijn op deze datum de op de zaak betrekking hebbende stukken inclusief de inventarislijst daarvan aan partijen toegezonden.² De uiterste datum voor het indienen van de zienswijze was 26 augustus 2008. De datum voor de hoorzitting was 9 september 2008.
3. Op 19 september 2008 heeft de NMa partijen om een reactie verzocht naar aanleiding van een aanvullend verslag van ambtshandelingen inzake verbroken verzegeling. De uiterste termijn voor het indienen van deze zienswijze was 26 september 2008. De NMa heeft partijen de mogelijkheid geboden om de zienswijze mondeling toe te lichten op 29 september 2008.
4. Bij fax van 5 augustus 2008 hebben partijen laten weten gebruik te maken van de mogelijkheid te worden gehoord.³ Bij brief van 13 augustus (en herhaald in de op 26 augustus 2008 ingediende zienswijze) verzocht Sara Lee om een week uitstel van

¹ Dossierstukken 6432/ 1, 6432/ 5, 6432/ 7 en 6432/ 8.

² Dossierstuk 6432/ 9.

³ Dossierstuk 6432/ 10.

de hoorzittingsdatum.⁴ De NMa heeft partijen de mogelijkheid geboden te worden gehoord op 16 september 2008.⁵ Partijen hebben van deze mogelijkheid geen gebruik gemaakt.⁶ Op 26 september 2008 heeft Sara Lee de NMa haar aanvullende zienswijze doen toekomen. Sara Lee heeft geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid hierop een mondelinge toelichting te geven.

2 Het rapport

5. In het rapport, dat integraal onderdeel uitmaakt van onderhavig besluit,⁷ wordt kort en zakelijk weergegeven het volgende gesteld.
6. In de periode tussen 17 juni 2008 omstreeks 18:30 uur en 18 juni 2008 omstreeks 9:30 uur is de bij Sara Lee op grond van artikel 54 Mw door de NMa aangebrachte verzegeling verbroken, althans opgeheven, althans beschadigd (hierna ook: verbreking van de verzegeling). De verbreking van de verzegeling vormt een overtreding als omschreven in artikel 70b, eerste lid, Mw.
7. In het rapport wordt de overtreding toegerekend aan Sara Lee en aan Koninklijke Douwe Egberts B.V., zijnde de rechtspersoon die ten tijde van de overtreding enig aandeelhouder was van Sara Lee.

3 Feiten en omstandigheden

8. In verband met het bestaan van een redelijk vermoeden van overtreding van de Mededingingswet door Sara Lee, voerde de NMa, op grond van artikel 5:15, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) en in overeenstemming met artikel 5:13 Awb, een bedrijfsbezoek uit bij Sara Lee.
9. Het bedrijfsbezoek ving aan op 17 juni 2008 omstreeks 10:05 uur op de vestiging van [VERTROUWELIJK] te Utrecht en werd na 10:50 uur voortgezet bij Sara Lee, gevestigd aan de Vleutensevaart 35 te Utrecht. Het bedrijfsbezoek werd uitgevoerd door vijf ambtenaren van de NMa en een op grond van artikel 5:15, derde lid, Awb aangewezen persoon.⁸ Een van de NMa-ambtenaren heeft zich ten overstaan van de heer [VERTROUWELIJK] gelegitimeerd als ambtenaar van de NMa en hem zowel mondeling als schriftelijk in kennis gesteld van de omschrijving van het onderzoek.⁹ De heer [VERTROUWELIJK] zegde volledige medewerking toe.

⁴ Dossierstuk 6432/ 14, 15 en 19.

⁵ Dossierstuk 6432/ 31.

⁶ Dossierstuk 6432/ 32.

⁷ Zie bijlage bij dit besluit.

⁸ Dossierstuk 6432/ 6, bijlage 2, en de hierbij behorende bijlage AH01.

⁹ Dossierstuk 6432/ 6, bijlage 2, en de hierbij behorende bijlage AH02.

10. Het onderzoek richtte zich op een deel van de analoge en digitale administratie van de verkoopafdeling van Sara Lee. Gelet op de totale hoeveelheid te onderzoeken analoge en digitale documenten kon de NMa haar onderzoek niet afronden op 17 juni 2008, althans niet vóór het einde van de werkdag. Om die reden heeft de NMa gebruik gemaakt van haar bevoegdheid om over te gaan tot verzegeling van de vergaderruimte “Heavenly Hazel” (hierna ook: Verzegelde ruimte) waarin de nog te onderzoeken documenten zoals omschreven in randnummers 24 tot en met 26 van het rapport, waren geplaatst. De NMa heeft de ruimte verzegeld door middel van twee officiële door de NMa voor verzegeling gebruikte zegels, op de wijze zoals omschreven in randnummers 13 tot en met 16 van het rapport. In de directe omgeving van voornoemde zegels bracht de NMa een tweetal gele waarschuwingsaffiches aan, zoals omschreven in randnummer 15 van het rapport. In aanvulling op deze zegels en affiches bracht Sara Lee na vertrek van de NMa twee stroken zilverkleurig tape aan over de toegangsdeur van de Verzegelde ruimte, zoals omschreven in randnummer 17 van het rapport.¹⁰
11. Op 18 juni 2008 omstreeks 9:30 uur constateerde de NMa in het bijzijn van de advocaat van Sara Lee en enkele medewerkers van Sara Lee dat de aangebrachte verzegeling verbroken was, zoals omschreven in randnummer 18 van het rapport. Zoals eveneens in het rapport is beschreven (randnummer 20), heeft de NMa een verklaring omtrent de zegelverbreking afgenomen van de vertegenwoordigers van Sara Lee.¹¹ Ook hebben de betrokken NMa-ambtenaren een verslag van ambtshandeling inzake verbroken verzegeling opgemaakt, waarnaar in het rapport wordt verwezen.¹² Op 17 september 2008 is een aanvullend verslag opgesteld.¹³

4 Zienswijze van Sara Lee en beoordeling Raad van Bestuur van de NMa

12. Hierna bespreekt en beoordeelt de Raad van Bestuur van de NMa (hierna: de Raad) in paragraaf 4.1 en 4.2 de zienswijze van Sara Lee op haar rechten van verdediging en de zegelverbreking. In paragraaf 4.3 geeft de Raad zijn conclusie daaromtrent en gaat tevens in op de toerekening van de overtreding. In paragraaf 4.4 wordt de zienswijze van partijen weergegeven omtrent de hoogte van de (eventueel) op te leggen boete, gevolgd door de beoordeling van de Raad op dit punt.

¹⁰ Zie ook dossierstuk 6432/6, bijlage 3, p. 2 en dossierstuk 6432/6, bijlage behorend bij bijlage 4, p. 2.

¹¹ Dossierstuk 6432/6, bijlage 4.

¹² Dossierstuk 6432/6, bijlage 3.

¹³ Dossierstuk 6432/27.

4.1 Zienswijze van Sara Lee en beoordeling Raad ten aanzien van schending rechten van verdediging

Zienswijze Sara Lee

13. Sara Lee voert aan dat zij is geschaad in de rechten van verdediging door de onvoldoende gemotiveerde weigering van de NMa om uitstel te verlenen voor haar schriftelijke en mondelinge verweer op het rapport. Daarnaast zou zij zijn geschaad in haar rechten van verdediging nu de NMa een onzorgvuldige handelwijze gehanteerd zou hebben bij de verzegeling en zegelverbreking en de NMa onjuiste verslagen van ambtshandelingen zou hebben opgesteld. Sara Lee zou hierdoor benadeeld zijn in haar onderzoek om te achterhalen wie de zegels heeft verbroken.

Beoordeling zienswijze door de Raad

14. De Raad stelt vast dat de NMa partijen tot en met 26 augustus 2008, derhalve een termijn van vier weken, heeft geboden voor het indienen van een schriftelijke zienswijze. De termijn waarbinnen partijen hun mondelinge toelichting gereed dienden te hebben was (gelet op de geplande hoorzittingsdatum van 9 september 2008) bijna zes weken. Daarbij merkt de Raad op dat Sara Lee voor het vormen van haar (schriftelijke) oordeel op het rapport meer (c.q. voldoende) tijd heeft gehad dan de door de NMa gestelde termijn van vier weken nu zij het rapport reeds tien dagen in haar bezit had op het moment dat zij de uitnodiging van de NMa ontving voor het indienen van de reactie op het rapport. Mede gelet op die termijn heeft de Raad het verzoek tot uitstel afgewezen. Hierbij heeft de NMa voorts gewezen op de wettelijke termijn waarbinnen een eventuele beschikking door de Raad gegeven dient te worden (13 weken) en de voortvarendheid waarmee de NMa binnen die termijn te werk dient te gaan. De Raad is van oordeel dat zij hiermee de afwijzing voldoende heeft gemotiveerd. Vervolgens constateert de Raad dat de NMa Sara Lee wel degelijk uitstel heeft verleend voor het geven van een mondelinge toelichting. Sara Lee heeft van die mogelijkheid geen gebruik gemaakt.¹⁴ Er is dan ook geen sprake van schending van de rechten van verdediging.
15. Ten aanzien van de handelwijze betreffende de verzegeling en de vastlegging daarvan, overweegt de Raad het volgende.
16. In het onderzoeksrapport dat als bijlage bij de schriftelijke zienswijze van Sara Lee is opgenomen, wordt opgemerkt dat de NMa de verbroken zegels zou hebben meegenomen. Sara Lee zou om die reden geen onderzoek hebben kunnen doen naar de vraag of de zegelverbreking haar oorzaak vindt in een andere oorzaak dan menselijke interventie.¹⁵ Gelet op de feitenvaststelling heeft de NMa Sara Lee verzocht

¹⁴ Dossierstuk 6432/32.

¹⁵ Onderzoeksrapport Control Risks, bijlage 2 bij dossierstuk 6432/19, p. 41.

genoemde weergave van de feiten te onderbouwen. Voorts is door de betrokken NMa-ambtenaar een aanvullend verslag van ambtshandelingen inzake verbroken verzegeling opgemaakt. De NMa heeft Sara Lee de mogelijkheid geboden hierop schriftelijk en mondeling te reageren.

17. De NMa heeft, gelet op de zorgvuldigheid die zij in het kader van de algemene beginselen van behoorlijk bestuurd dient te betrachten, partijen zowel ten aanzien van het verslag van ambtshandelingen inzake verbroken verzegeling alsmede de aanvulling daarop in de gelegenheid gesteld hierop schriftelijk en mondeling te reageren. De opmerkingen zijn in het dossier opgenomen.¹⁶ Partijen hebben geen gebruik gemaakt van de geboden mogelijkheid tot het geven van een mondelinge toelichting. De Raad ziet niet in op welke wijze sprake zou zijn van schending van de rechten van verdediging.
18. Nog afgezien van de vraag welk resultaat van onderzoek de onderneming in deze zou baten, heeft Sara Lee overigens gedurende de aanwezigheid van ambtenaren van de NMa op woensdag 18 juni 2008 op geen enkele wijze kenbaar gemaakt onderzoek te willen gaan verrichten op de zegels en/ of de deur waarop deze waren bevestigd.

4.2 Zienswijze van Sara Lee en beoordeling Raad ten aanzien van de zegelverbreking

4.2.1 Schending onderzoeksbelang, opening toegangsdeur

Zienswijze Sara Lee

19. Primair stelt Sara Lee zich op het standpunt dat haar geen boete dient te worden opgelegd aangezien het onderzoeksbelang van de NMa niet is geschaad. De toegangsdeur van de Verzegelde ruimte zou tijdens de periode van verzegeling niet open zijn geweest, hetgeen Sara Lee onderbouwt met een extern onderzoeksrapport.¹⁷

Beoordeling zienswijze door de Raad

20. De Raad stelt vast dat Sara Lee erkent dat de zegel is verbroken. Daarmee staat vast dat Sara Lee een overtreding ex artikel 70b, eerste lid, Mw heeft begaan.¹⁸ Voor de vaststelling van de overtreding is het niet relevant of de toegangsdeur van de Verzegelde ruimte al dan niet open is geweest.¹⁹

¹⁶ Bijlage bij bijlage 4 van dossierstuk 6432/ 6, p. 2; 6432/ 34.

¹⁷ Onderzoeksrapport Control Risks, bijlage 2 bij dossierstuk 6432/ 19.

¹⁸ TK 2004–2005, 30 071, nr. 3 (Memorie van Toelichting (MvT)), p. 27-28: “Als blijkt dat de verzegeling is doorbroken kan de onderneming aangesproken worden, omdat het de verantwoordelijkheid van de onderneming is om te waarborgen dat de verzegeling intact blijft. De onderneming is ook in staat daartoe geëigende waarborgen te treffen zoals het afsluiten van bepaalde ruimtes. Als bekend is welke persoon de verzegeling heeft verbroken kan ook deze persoon worden aangesproken. In die gevallen kan de NMa derhalve kiezen of ze de ondernemer of de rechtspersoon aanspreekt”.

¹⁹ TK 2004-2005, 30 071, nr. 3 (MvT), p. 27: “Als blijkt dat de verzegeling is doorbroken kan de onderneming aangesproken worden,...”.

21. Het middel van verzegeling biedt de NMa de garantie dat in de Verzegelde ruimte aanwezig (bewijs)materiaal niet is gemanipuleerd en/of verwijderd door of ten behoeve van Sara Lee dan wel medewerkers van Sara Lee.²⁰ Achtergrond hiervan is dat uitsluitend indien de door de NMa aangebrachte verzegeling tijdens haar afwezigheid intact blijft, de NMa met zekerheid kan stellen dat de verzegelde toegangsdeur ongeopend is gebleven en het op het tijdstip van verzegeling in de Verzegelde ruimte aanwezige (bewijs) materiaal niet gemanipuleerd en/of verwijderd is. Door het verbreken van de zegel is de NMa die zekerheid ontnomen. Hetgeen Sara Lee derhalve heeft aangevoerd omtrent het al dan niet geschonden zijn van het onderzoeksbelang, doet niet af aan het bestaan van de overtreding als bedoeld in artikel 70b, eerste lid, Mw.

4.2.2 Verwijtbaarheid

Zienswijze Sara Lee

22. Een tweede reden waarom de Raad volgens Sara Lee af zou moeten zien van het opleggen van een boete is het feit dat Sara Lee ten aanzien van de overtreding geen verwijt kan worden gemaakt in de zin van artikel 70b, tweede lid, Mw, althans deze verwijtbaarheid zou gering zijn. Volgens Sara Lee dient de NMa in het kader van verwijtbaarheid te bewijzen dat (i) Sara Lee de zegels opzettelijk heeft verbroken of (ii) niet de zorg heeft betracht die redelijkerwijs van haar kon worden verwacht om de zegelverbreking te voorkomen c.q. dat Sara Lee onachtzaam heeft gehandeld. Van beide is volgens Sara Lee geen sprake. Ten aanzien van de verwijtbaarheid wijst zij onder meer op het feit dat zij voorafgaand aan en direct na de verzegeling verdergaande maatregelen heeft genomen ter voorkoming van de zegelverbreking. Voorts wijst Sara Lee op het feit dat zij de zegelverbreking zeer serieus heeft genomen en een grote inspanning heeft geleverd om de feiten en gevolgen voor het onderzoek van de NMa in kaart te brengen ten behoeve van de NMa en Sara Lee. Ten slotte zou ook het beveiligingsbeleid van Sara Lee aantonen dat zij de zorg heeft betracht die van haar in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs kan worden verwacht.

Beoordeling zienswijze door de Raad

23. De Raad volgt Sara Lee niet in de door haar gegeven interpretatie en toepassing van het begrip verwijtbaarheid in de zin van artikel 70b, tweede lid, Mw. Indien blijkt dat de verzegeling is verbroken, kan de betreffende onderneming zoals in casu Sara Lee een boete opleggen, omdat het de verantwoordelijkheid van de onderneming is om te waarborgen dat de verzegeling intact blijft, tenzij Sara Lee aannemelijk maakt dat haar ten aanzien van de overtreding geen verwijt kan worden gemaakt.²¹
24. De Raad is voor het vaststellen van de overtreding alsmede het opleggen van een boete ingevolge artikel 70b Mw niet gehouden tot het aantonen van opzet. Ook is de

²⁰ Zie ook Commissiebeschikking in zaak COMP/B-1/39.326 – E.ON Energie AG d.d. 30 januari 2008, rnr. 99.

²¹ TK 2004–2005, 30 071, nr. 3 (MvT), p. 27-28.

Raad daarbij niet gehouden tot het in aanmerking nemen van de zorg die de onderneming heeft betracht om een zegelverbreking te voorkomen.

25. De Raad is van oordeel dat slechts in uitzonderlijke situaties waarvan de oorzaak buiten de verantwoordelijkheid van de onderneming ligt sprake zou kunnen zijn van afwezigheid van verwijtbaarheid van een overtreding als bedoeld in artikel 70b, tweede lid, Mw. De genoemde argumenten van Sara Lee betreffen situaties die vallen binnen de verantwoordelijkheid van Sara Lee om de zegelverbreking te voorkomen. Gesteld noch gebleken is dat sprake was van een uitzonderlijke situatie waardoor de verzegeling verbroken moest worden en de toegangsdeur geopend diende te worden, zoals bijvoorbeeld een noodtoestand.

4.3 Conclusie ten aanzien van de zegelverbreking en toerekening

26. De Raad constateert dat, zoals in het rapport is vastgesteld, Sara Lee een overtreding heeft begaan zoals omschreven in artikel 70b, eerste lid, Mw. De Raad constateert voorts dat Sara Lee er niet in is geslaagd succesvol een beroep op artikel 70b, tweede lid, Mw te doen. Ingevolge artikel 70b, eerste lid, Mw kan de Raad derhalve een boete opleggen aan degene die de overtreding heeft begaan.
27. Met betrekking tot degene die genoemde overtreding van artikel 70b Mw heeft begaan, wijst de Raad op het volgende. Artikel 70b Mw richt zich op de onderneming die de overtreding als bedoeld in artikel 70b Mw, daadwerkelijk begaat.²²
28. Wat betreft de rechtspersoon die de overtreding van artikel 70b Mw kan worden toegerekend, merkt de Raad het volgende op. De overtreding als bedoeld in artikel 70b Mw is begaan door Sara Lee en kan derhalve aan haar worden toegerekend. De Raad ziet geen aanleiding om de overtreding tevens toe te rekenen aan Koninklijke Douwe Egberts B.V.

4.4 Zienswijze van Sara Lee en beoordeling Raad ten aanzien van de sanctie

Zienswijze Sara Lee

29. Indien de Raad toch besluit om een boete op te leggen, is Sara Lee van oordeel dat de Raad hierbij rekening dient te houden met de volgende omstandigheden: 1) de Raad dient bij de boetegrondslag uit te gaan van de omzet die met [VERTROUWELIJK] activiteiten is behaald, 2) de ernstfactor dient lager dan 1 vastgesteld te worden, 3) de

²² TK 2004–2005, 30 071, nr. 3 (MvT), p. 27-28: “Als blijkt dat de verzegeling is doorbroken kan de onderneming aangesproken worden, omdat het de verantwoordelijkheid van de onderneming is om te waarborgen dat de verzegeling intact blijft. De onderneming is ook in staat daartoe geëigende waarborgen te treffen zoals het afsluiten van bepaalde ruimtes. Als bekend is welke persoon de verzegeling heeft verbroken kan ook deze persoon worden aangesproken. In die gevallen kan de NMa derhalve kiezen of ze de ondernemer of de rechtspersoon aanspreekt”.

Raad dient rekening te houden met het boeteniveau van andere toezichthouders voor zegelverbreking, 4) het is de eerste NMa-zaak betreffende zegelverbreking, hetgeen een boeteverlagende omstandigheid vormt en 5) de Raad dient rekening te houden met de verdergaande medewerking van Sara Lee. In het navolgende gaat de Raad in op de boetevaststelling waarbij hij tevens ingaat op de vijf door Sara Lee ingebrachte punten.

Boetevaststelling

4.4.1 Algemeen

30. Ingevolge artikel 70b, eerste lid, Mw kan de Raad in geval van overtreding als bedoeld in dit artikellid een boete opleggen van ten hoogste EUR450.000,00 of, indien dat meer is, van ten hoogste 1% van de omzet van de onderneming in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking. Voorts schrijft artikel 70b Mw juncto artikel 57 tweede lid, Mw voor dat de Raad bij het vaststellen van de hoogte van de boete in ieder geval rekening houdt met de ernst en duur van de overtreding. De nadere invulling van de factoren waarmee bij de vaststelling van de hoogte van de boete rekening wordt gehouden, is aan de Raad overgelaten. Binnen dit kader geniet de Raad derhalve discretionaire bevoegdheid, waarbij hij rekening dient te houden met algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het in artikel 3:4 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) neergelegde evenredigheidsbeginsel. Met betrekking tot de hoogte van een boete heeft de Raad uit oogpunt van preventie, transparantie en rechtszekerheid op grond van artikel 4:81 Awb beleidsregels vastgesteld: de Boetecode van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa Boetecode 2007).²³
31. Bij het opstellen van de NMa Boetecode 2007 heeft de Raad in de eerste plaats de wettelijke bepalingen over de hoogte van de boete in acht genomen. Afgezien van het bovengenoemde wettelijk maximum is met name van belang het voorschrift dat rekening wordt gehouden met de ernst en duur van de overtreding. De ernst van de overtreding wordt bepaald door de mate waarin de gedraging waarmee de wettelijke bepaling is overtreden, de met die bepaling te beschermen belangen schaadt. De Raad onderscheidt drie typen overtredingen, te weten zeer ernstig, ernstig en minder ernstig, welke wordt uitgedrukt in een ernstfactor van respectievelijk ten hoogste 3, ten hoogste 2 of ten hoogste 1. Bij de vaststelling van de boete kan de Raad voorts boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden in aanmerking nemen.
32. Een overtreding als bedoeld in artikel 70b Mw wordt in de NMa Boetecode 2007 beschreven onder het hoofdstuk "Overige overtredingen". Gelet op het belang dat wordt beschermd door de overtreden wettelijke bepaling in relatie tot de wet waarvan

²³ Stcrt. 28 juni 2007, nr. 123; Stcrt. 10 oktober 2007, nr. 196.
(http://www.nmanet.nl/Images/NMa%20Boetecode%202007%20-%20integrale%20versie%20na%20AMEW%20-%20definitief_tcm16-107175.pdf).

deze deel uitmaakt, worden deze overtredingen ingedeeld in zes categorieën. Voor elke categorie is de boetegrondslag vermeld, weergegeven in promillages van de in Nederland behaalde jaaromzet (voorafgaand aan het boekjaar) van de overtreder,²⁴ en de promillages lopen op in hoogte. Een overtreding als bedoeld in artikel 70b Mw valt onder de in randnummer 43 van de NMa Boetecode 2007 aangeduide Categorie IV. De boetegrondslag voor deze overtreding is 2,5‰ van de totale in Nederland behaalde jaaromzet en de vastgestelde minimumboete is EUR 15.000,00. Indien evenwel een boete gebaseerd op Categorie IV niet tot een passende beboeting leidt, kan de Raad de naast lagere of hogere boetecategorie hanteren.

4.4.2 Boetegrondslag

33. Nu de voorwaarden van de verbreking van verzegeling als bedoeld in artikel 70b Mw zijn vervuld, kan de Raad ingevolge artikel 70b, eerste lid, Mw, gelet op de totale omzet van Sara Lee die over het boekjaar 2008²⁵ EUR [VERTROUWELIJK] bedraagt een boete opleggen van ten hoogste 1% van deze omzet. De Raad stelt de boetegrondslag vast op basis van de in Nederland behaalde jaaromzet, welke EUR [VERTROUWELIJK] bedraagt. De boetegrondslag bedraagt 2,5‰ van EUR [VERTROUWELIJK] te weten EUR 269.295,00.

Zienswijze Sara Lee: boetegrondslag enkel baseren op [VERTROUWELIJK] activiteiten van Sara Lee

34. Sara Lee stelt dat het onderzoek van de NMa zich richt op de [VERTROUWELIJK] activiteiten. De boetegrondslag dient volgens Sara Lee derhalve enkel te worden gebaseerd op de omzet die met [VERTROUWELIJK] activiteiten en niet met de [VERTROUWELIJK] activiteiten is behaald.

Beoordeling zienswijze door de Raad

35. De Raad kan zich niet vinden in deze stelling van Sara Lee. Artikel 70b, eerste lid, Mw, bepaalt dat de Raad een boete op kan leggen die is gebaseerd op de omzet van de onderneming in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking. Zoals hierboven is vermeld, vloeit uit dit artikel de discretionaire bevoegdheid voort voor de Raad om binnen de wettelijke grenzen beleidsregels vast te stellen inzake de beboeting, zoals de NMa Boetecode 2007. Ingevolge randnummer 13 van de NMa Boetecode 2007 wordt voor de categorie “overige overtredingen” (waaronder een overtreding als bedoeld in artikel 70b, eerste lid, Mw) de boetegrondslag afgeleid uit de in Nederland behaalde jaaromzet van de overtreder. Deze omzet vormt een indicatie voor de economische macht van de overtreder en daarmee tevens van de potentiële weerslag op de economie van de overtreding. Daarnaast wordt bereikt dat de boete in een gepaste verhouding staat tot de totale omvang van de overtreder en daardoor

²⁴ Tenzij de situatie geldt zoals omschreven in randnummer 42 van de NMa Boetecode 2007.

²⁵ Het boekjaar van Sara Lee omvat ieder jaar de periode juli t/m juni. In dit besluit wordt de omzet van het boekjaar 2008 als uitgangspunt genomen.

afschrikwekkend is. De Raad ziet in onderhavig geval geen reden om van genoemde systematiek af te wijken.

4.4.3 Ernstfactor

Zienswijze Sara Lee: de ernstfactor lager dan 1

36. Bij de bepaling van de ernstfactor zoals gehanteerd in de NMa Boetecode 2007 dient de NMa volgens Sara Lee rekening te houden met het feit dat het onderzoek niet is geschaad alsmede met de minimale verwijtbaarheid van Sara Lee. Bij een zegelverbreking waarbij geen zekerheid bestaat of de ruimte is betreden en geen sprake is van verzwarende factoren, zou een ernstfactor van 1 volgens Sara Lee passend zijn. Nu aangenomen kan worden dat de Verzegelde ruimte niet is betreden, dient de factor volgens Sara Lee op een waarde van aanzienlijk lager dan 1 vastgesteld te worden. De geringe verwijtbaarheid draagt hier volgens haar aan bij. Indien de NMa hier niet voor kiest, zou een boete op grond van Categorie III met een ernstfactor van 1 ook passend zijn. Voorts ziet Sara Lee, gelet op de geringe verwijtbaarheid en de afwezigheid van schending van het onderzoeksbelang, mogelijkheden voor de NMa om een symbolische boete op te leggen.

Beoordeling zienswijze door de Raad

37. Het verbreken van een door de NMa aangebrachte verzegeling als bedoeld in artikel 70b Mw, eerste lid, Mw, vormt een ernstige ondermijning van de effectiviteit van het mededingingstoezicht. De Raad acht het daarom van belang dat in geval van een dergelijke overtreding een boete met voldoende afschrikwekkende werking wordt opgelegd aan degene aan wie de overtreding kan worden toegerekend. Het doel van de boete is dat de overtreder weerhouden wordt van een volgende overtreding (speciale preventie) alsmede potentiële andere overtreeders worden afgeschrikt (generale preventie).
38. De Raad is van oordeel dat het verbreken van de verzegeling door Sara Lee is aan te merken als een ernstige overtreding. Verzegeling vormt een onmisbaar instrument bij de taak van de NMa om de Mededingingswet effectief en doeltreffend te handhaven. De Raad neemt hierbij in overweging dat de NMa pas mag overgaan tot het houden van een bedrijfsbezoek indien het een redelijk vermoeden heeft van een overtreding van de Mededingingswet en andere middelen tot informatievergaring minder effectief worden geacht. Toepassing van een verzegeling conform artikel 54 Mw vormt de garantie dat in een verzegelde ruimte aanwezig bewijsmateriaal niet wordt gemanipuleerd en/of verwijderd. Nu gebleken is dat de verzegeling is verbroken, kan Sara Lee hiervoor worden aangesproken, omdat het haar verantwoordelijkheid is om te waarborgen dat de verzegeling intact blijft.
39. Sara Lee voert door middel van een onderzoeksrapport aan dat het onderzoeksbelang niet geschaad zou zijn nu met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid de

toegangsdeur niet geopend zou zijn geweest en zij er alles aan heeft gedaan om een verbreking van de verzegeling te voorkomen. Dienaangaande merkt de Raad het volgende op.

40. Zoals in randnummer 30 van het rapport wordt opgemerkt, had de NMa uitsluitend in het geval de verzegeling tijdens de afwezigheid van de NMa onaangetast was gebleven zekerheid gehad dat de toegang tot de vergaderruimte gesloten was gebleven en geen materiaal was gemanipuleerd en/of verwijderd. Juist die zekerheid is de NMa met het verbreken van de verzegeling ontnomen. Sara Lee bevestigt met haar stelling dat de NMa niet met zekerheid heeft kunnen vaststellen of de toegangsdeur al dan niet open is geweest. Derhalve kan ook niet met zekerheid worden vastgesteld of materiaal uit de Verzegelde ruimte is gemanipuleerd en/of verwijderd en het onderzoek hierdoor tot andere resultaten heeft geleid. Voorts kan de Raad Sara Lee niet volgen in haar stelling dat zij niet verwijtbaar gehandeld zou hebben, nu zij niet aannemelijk heeft gemaakt dat de oorzaak van de verbroken verzegeling gevonden kan worden in een situatie die buiten haar verantwoordelijkheid valt (zie paragraaf 4.2.2).
41. Ingevolge de NMa boetecode 2007 is een overtreding als bedoeld in artikel 70b, eerste lid, Mw ingedeeld in Categorie IV. Naar het oordeel van de Raad komt de ernst van de overtreding in dit geval in de daar vastgestelde boetegrondslag voldoende tot uitdrukking. De Raad ziet in de door Sara Lee aangevoerde argumenten geen reden om een andere categorie dan Categorie IV toe te passen. Ook ziet de Raad geen aanleiding de boete verder bij te stellen door vermenigvuldiging met een ernstfactor hoger of lager dan 1. De Raad acht een ernstfactor van 1 passend hetgeen leidt tot het opleggen van een boete van EUR 269.295,00.

4.4.4 Omstandigheden die kunnen leiden tot een boeteverhoging of boeteverlaging

42. Ingevolge randnummer 47 van de NMa Boetecode 2007 kan de Raad boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden in aanmerking nemen.

Zienswijze Sara Lee: eerste keer beboeting zegelverbreking NMa

43. Het rapport wegens zegelverbreking is het eerste sinds de invoering van artikel 70b Mw. Eventuele bijzondere aandacht voor het eerste besluit dan wel precedentwerking van een boete betreffende een overtreding als bedoeld in artikel 70b Mw zou volgens Sara Lee niet mogen leiden tot een hogere boete. Het zou volgens haar juist moeten leiden tot een boeteverlagende omstandigheid. Zij betoogt dat het voor ondernemingen nu nog niet geheel duidelijk is op welke wijze de NMa artikel 70b Mw toepast. Ondernemingen zouden zich volgens Sara Lee meer bewust zijn van de nieuwe sanctiemogelijkheid indien reeds een of meerdere keren een sanctie zou zijn opgelegd. De NMa en Europese Commissie hebben volgens Sara Lee in

beschikkingen gewijzigde boetesystematiek dan wel gewijzigde regelgeving als boeteverlagende omstandigheden in aanmerking genomen.

Beoordeling zienswijze door de Raad

44. Artikel 70b Mw is op 1 oktober 2007 in werking getreden.²⁶ Het feit dat het de eerste keer zou zijn dat de Raad een boete oplegt betreffende een overtreding als bedoeld in artikel 70b Mw rechtvaardigt op zichzelf geen boeteverhoging dan wel boeteverlaging. De Raad overweegt daartoe dat een boeteverhoging wegens de precedentwerking van een zaak in strijd zou zijn met het beginsel van redelijkheid. Een boeteverlaging acht de Raad in onderhavig geval niet aan de orde. Dat de toepassing van artikel 70b Mw in een concrete zaak zou leiden tot een hoger bewustwordingsproces van de sanctiemogelijkheid bij ondernemingen, maakt dit naar het oordeel van de Raad niet anders.

Zienswijze Sara Lee: verdergaande medewerking

45. Sara Lee betoogt dat sprake is van verdergaande medewerking dan waartoe Sara Lee wettelijk was gehouden. Dit zou overeenkomstig de NMa Boetecode 2007 leiden tot het bestaan van een boeteverlagende omstandigheid. Sara Lee heeft grote inspanningen verricht om de feiten te onderzoeken en de NMa hierover te informeren en heeft zich hierbij coöperatief opgesteld.

Beoordeling zienswijze door de Raad

46. De Raad stelt vast dat Sara Lee intern uitgebreid onderzoek heeft verricht naar de mogelijke toedracht van de zegelverbreking. Voorts constateert de Raad dat Sara Lee haar bevindingen aan de NMa ter beschikking heeft gesteld. De Raad is echter van oordeel dat deze inspanningen niet aan te merken zijn als situaties van verdergaande medewerking. Deze inspanningen hebben niet bijgedragen aan het onderzoek van de NMa naar de overtreding zelf, te weten de vaststelling dat de zegels verbroken waren.

Zienswijze Sara Lee: boeteniveau andere Nederlandse toezichthouders

47. Een boete die de NMa kan opleggen zou volgens Sara Lee in geval van een zegelverbreking disproportioneel hoger uit kunnen vallen in verhouding met de boetes die toezichthouders als de OPTA, NZa, DNB of AFM kunnen opleggen. Sara Lee geeft aan dat deze toezichthouders hun bevoegdheid tot verzegeling ontlenen aan artikel 5:28 Awb, welke wordt gesanctioneerd door artikel 199 van het Wetboek van Strafrecht (Sr) waar een boetemaximum van EUR 67.000,00 voor geldt. Sara Lee voert aan dat artikel 199 Sr tot de invoering van artikel 70b Mw op 1 oktober 2007 ook gold voor de NMa en de wetgever met de invoering van artikel 70b Mw niet heeft beoogd het boeteniveau van de overtreding te verhogen. Voorts stelt Sara Lee dat het

²⁶ Zie bijvoorbeeld NMa Agenda 2007, "Feiten en cijfers, belangrijkste aanpassingen Mededingingwet", p. 37 (http://www.nmanet.nl/Images/haarverslag%20NMa%202007%20integraal_tcm16-113025.pdf).

onderzoeksbelang van de NMa niet zwaarder zou wegen dan dat van de vergelijkbare toezichthouders.

Beoordeling zienswijze door de Raad

48. De Raad stelt voorop dat de bevoegdheid tot het beboeten van een onderneming wegens zegelverbreking in het kader van een onderzoek naar overtreding van de Mededingingswet sinds 1 oktober 2007 aan de NMa is voorbehouden. De wetgever heeft de bevoegdheid tot beboeting aan de NMa overgedragen ten behoeve van een effectieve handhaving van het verbod tot zegelverbreking nu de NMa voor vervolging voorheen afhankelijk was van de bereidheid en capaciteit van het Openbaar Ministerie.²⁷ Hierbij heeft de wetgever gelet op de effectiviteit van het NMa-onderzoek en afschrikwekkende werking van de boete, bewust aangesloten bij de verhoogde strafmaxima die sinds de invoering van de Wet modernisering EG-recht ook voor overtreding van andere artikelen uit de Mededingingswet gelden.²⁸ De stelling van Sara Lee dat bij de invoering van artikel 70b Mw niet is beoogd het boeteniveau te verhogen, is dan ook niet juist. Door voor artikel 70b Mw de bestaande boetemaxima van toepassing te verklaren heeft de wetgever duidelijk gemaakt dat het een ernstige overtreding betreft waarvoor een boete kan worden opgelegd die voldoende preventieve werking heeft. Deze boete kan derhalve hoger zijn dan een boete die op basis van artikel 199 Sr kan worden opgelegd. Het feit dat voor andere toezichthouders artikel 199 Sr (vooralsnog) onverkort geldt, maakt dit naar het oordeel van de Raad niet anders.
49. De Raad stelt vast dat de door Sara Lee aangevoerde omstandigheden niet leiden tot een boeteverlaging.

4.5 Conclusie

50. Het voorgaande resulteert in een boete van EUR 269.295,00. Op grond van randnummer 56 van de NMa Boetecode 2007 worden de boetes naar beneden afgerond naar duizendtallen. Hierdoor bedraagt de boete EUR 269.000,00. De boete wordt opgelegd aan Sara Lee Household and Bodycare Nederland B.V.

²⁷ TK 2004-2005, nr. 30 071, nr. 3 (MvT), p. 13.

²⁸ TK 2004-2005, nr. 30 071, nr. 3 (MvT), p. 13 en TK 2003-2004, nr. 29 276, nr. 8, p. 9 en nr. 12.

Openbaar

Besluit

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit legt een boete op van EUR 269.000,00 aan Sara Lee Household and Bodycare Nederland B.V., gevestigd te Veenendaal.

Dit besluit richt zich tot bovengenoemde rechtspersoon.

Datum: 10 oktober 2008

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit,
namens deze,
overeenkomstig het door de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit
genomen besluit,

W.g.

P. Kalbfleisch
Voorzitter Raad van Bestuur

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na de dag van bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Juridische Dienst, Postbus 16326, 2500 BH, Den Haag. In dit bezwaarschrift kan een belanghebbende op basis van artikel 7:1a, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht, de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de administratieve rechter.