OPENBAAR

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 6622/24
Betreft zaak: [X]

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 van artikel 5:20, eerste lid, Algemene wet bestuursrecht en tot oplegging van een boete op grond van artikel 69, eerste lid, van de Mededingingswet.

I Verloop van de procedure

1. De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) doet onderzoek in zaak 5965 naar overtredingen door enkele ondernemingen van artikel 6, eerste lid, Mededingingswet (hierna: Mw) en/of artikel 81, eerste lid, Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (hierna: EG), in de periode vanaf 1998 tot heden, in welk onderzoek [Y] een van de betrokken ondernemingen is.

2. De heer [X] was vanaf 1969 tot en met juli 2006 werkzaam voor de zogenoemde [Y]-groep dan wel haar rechtsvoorgangers. Van 1994 tot 2003 was de heer [X] algemeen directeur van [Y]. Van 2003 tot 2006 was de heer [X] binnen de [Y]-groep directeur van project-[W]. Sinds juli 2006 verricht de heer [X] geen werkzaamheden meer voor de [Y]-groep.

3. Door ambtenaren van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) is vastgesteld dat de heer [X] heeft geweigerd medewerking te verlenen aan het onderzoek in zaak 5965, door zich herhaaldelijk op het zwijgrecht te beroepen. De weigering medewerking te verlenen is door genoemde ambtenaren aangemerkt als overtreding van artikel 5:20, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). Overeenkomstig artikel 77, eerste lid, juncto artikel 69, eerste lid, Mw hebben ambtenaren van de NMa van die overtreding op 16 april 2009 een rapport opgemaakt (hierna: Rapport), waarvan diezelfde dag een afschrift is gezonden aan de advocaat van de heer [X].

4. Bij brief van 23 april 2009 is de heer [X], overeenkomstig het bepaalde in artikel 78, eerste lid, Mw, de gelegenheid geboden zijn zienswijze omtrent het Rapport naar keuze schriftelijk of mondeling naar voren te brengen.

5. Bij brief van 14 mei 2009 is de heer [X] verzocht gegevens te overleggen waaruit zijn inkomens- en vermogenspositie over 2008 blijkt en is aangegeven dat ingeval die gegevens niet overgelegd worden, de NMa – indien tot boetoplegging wordt overgegaan – de inkomens- en vermogenspositie van de heer [X] door middel van een schatting zal bepalen.

6. Op 27 mei 2009 heeft de heer [X] een schriftelijke zienswijze over het Rapport naar voren gebracht. Van de geboden mogelijkheid de zienswijze tevens mondeling op een hoorzitting naar voren te brengen, is door de heer [X] geen gebruik gemaakt.

7. Bij brief van 29 mei 2009 heeft de heer [X], onder verwijzing naar de overgelegde zienswijze, meegedeeld niet mee te werken aan inzage in gegevens die mogelijk gebruikt zullen worden bij het formuleren van een sanctie voor niet-meewerken.

8. In reactie daarop is van de zijde van de NMa bij brief van 10 juni 2009 meegedeeld, onder verwijzing naar de brief van 14 mei 2009, dat in het geval de Raad overgaat tot het opleggen van een boete aan de heer [X], de hoogte van het inkomen/vermogen van de heer [X] zal worden geschat, waarbij mede informatie uit openbare bronnen – indien beschikbaar – kan worden betrokken.

II Feitelijke achtergrond

9. De feiten waarop dit besluit wordt gebaseerd, zijn weergegeven in het Rapport en het daaraan ten grondslag liggende dossier. De relevante feiten kunnen als volgt worden weergegeven:

10. Op 3 oktober 2007 hebben ambtenaren van de NMa de heer [X], in het kader van het onderzoek in zaak 5965, in zijn woning te [A] gehoord.

11. Bij brief van 23 december 2008 is de heer [X], in het kader van het onderzoek in zaak 5965, uitgenodigd voor een gesprek ten kantore van de NMa op 29 januari 2009.

12. Bij brief van 29 januari 2009 heeft de heer [X] aangekondigd dat hij zich met betrekking tot zijn handelen in het kader van zijn voormalige dienstverband bij [Y] zal beroepen op het zwijgrecht zoals neergelegd in de Mededingingswet (en wordt erkend in artikel 6 EVRM). Voorts heeft de heer [X] aangegeven dat alle kennis die hij in het kader van zijn voormalig

dienstverband bij [Y] heeft opgedaan, valt onder de geheimhoudingsplicht die zijn voormalig werkgever hem heeft opgelegd en waaraan hij onverkort gebonden is. Door schending van die geheimhoudingsplicht zou de heer [X] zich blootstellen aan risico's waaronder strafvervolging.

13. Tijdens het gesprek op 29 januari 2009 heeft de heer [X] zich, zoals tevoren aangekondigd, beroepen op het zwijgrecht. In reactie daarop hebben ambtenaren van de NMa de heer [X] er op gewezen dat hem geen zwijgrecht toekomt, waarna de heer [X] – desgevraagd – heeft verklaard dat hem dat duidelijk is. Niettemin bleef de heer [X] zich op zijn zwijgrecht beroepen en weigerde hij aldus herhaaldelijk gevorderde inlichtingen te verstrekken. De heer [X] verklaarde vervolgens – desgevraagd – dat hij wél in staat is feitelijke vragen te beantwoorden, maar zich bij inhoudelijke vragen op het zwijgrecht te beroepen, waarna door bedoelde ambtenaren is meegedeeld dat de NMa in dat geval ten aanzien van het niet-meewerken door de heer [X] rapport op kan maken. In reactie daarop heeft de heer [X] verklaard – zakelijk weergegeven – dat hij zijn geheimhoudingsplicht jegens [Y] respecteert en dat er na zijn uitdiensttreding bij [Y] (na 38 jaar) geen breuk tussen hem en [Y] is ontstaan.

14. Bij brief van 6 februari 2009 is de heer [X], in het kader van het onderzoek in zaak 5965, uitgenodigd te verschijnen ten kantore van de NMa op 11 maart 2009, teneinde te worden gehoord door ambtenaren van de NMa.

15. Bij fax van 23 februari 2009 heeft de heer [X] aangegeven, onder verwijzing naar de brief van 29 januari 2009, dat hij zich beroept op het zwijgrecht als gevolg waarvan hij tijdens het gesprek op 11 maart 2009, betrekking hebbende op het onderzoek in zaak 5965, geen inhoudelijke antwoorden zal kunnen geven.

16. Tijdens het gesprek op 11 maart 2009 heeft de heer [X] zich, zoals aangekondigd, herhaaldelijk op het zwijgrecht beroepen.

17. De weigering van de heer [X] om inlichtingen te verstrekken in zaak 5965, vormde voor ambtenaren van de NMa aanleiding – gelet op het bepaalde in artikel 69, eerste lid, Mw – een onderzoek te starten naar het overtreden door de heer [X] van de medewerkingsplicht, als bedoeld in artikel 5:20, eerste lid, Awb.

18. In het kader van dat onderzoek, zaak 6622, hebben bedoelde ambtenaren de heer [X] op 11 maart 2009 gehoord. Nadat hem de cautie was gegeven, heeft de heer [X] zich beroepen op het zwijgrecht en aldus ter zake geen verklaring afgelegd.

19. Ambtenaren van de NMa hebben vastgesteld dat sprake is van overtreding van artikel 5:20, eerste lid, Awb door de heer [X], waarna zij hebben aangegeven daarvan rapport op te zullen maken als bedoeld in artikel 77 Mw.

III Rapport inzake overtreding van de medewerkingsplicht

20. In het Rapport wordt geconcludeerd dat de weigering van de heer [X] om gehoor te geven aan de vordering inlichtingen te verstrekken, een overtreding is van de medewerkingsplicht, zoals neergelegd in artikel 5:20, eerste lid, Awb. Deze overtreding kan worden toegerekend aan de heer [X]. Op grond van artikel 69, eerste lid, Mw kan hiervoor een boete aan de heer [X] worden opgelegd.

IV Schriftelijke zienswijze van de heer [X]

21. De heer [X] heeft aangevoerd dat hoewel de NMa steeds de stelling heeft betrokken dat de heer [X] als ex-werknemer van [Y] geen beroep op het zwijgrecht toekomt, de NMa die stelling nimmer heeft onderbouwd.

22. De heer [X] heeft in zijn zienswijze voorts naar voren gebracht dat geen sprake is van een (verwijtbare) overtreding van de medewerkingsplicht ex artikel 5:20 Awb juncto art. 69 Mw. Deze visie is gebaseerd op twee argumenten.

i) Zwijgrecht ex-werknemers

23. De heer [X] stelt zich op het standpunt dat zijn positie als ex-werknemer van wie inlichtingen worden gevorderd aangaande het gedrag van zijn voormalig werkgever (en die betrekking hebben op een periode waarin hij nog werknemer was), niet anders is dan de positie van een huidige werknemer die gehoord wordt aangaande het gedrag van zijn werkgever. Daarbij is van belang dat een NMa-onderzoek regelmatig is gericht op een periode in het verleden ten aanzien waarvan huidige werknemers van de verdachte onderneming geen kennis dragen, maar ten aanzien waarvan relevante informatie zich wel bij voormalig werknemers van die onderneming zal bevinden. Indien ex-werknemers geen beroep op het zwijgrecht zouden kunnen doen, wordt het zwijgrecht van ondernemingen uitgehold, aldus de heer [X]. Onder verwijzing naar de uitspraak van de rechtbank Rotterdam in de zogeheten Texaco-zaak[1], gaat het in de visie van de heer [X] immers om een situatie waarin de onderneming wordt gehoord via de ex-werknemers, waarbij informatie wordt gevraagd aangaande het gedrag van de onderneming, die de ex-werknemer heeft vergaard in een periode waarin hij wel werknemer was.

[1] Rb Rotterdam, 7 augustus 2003, *LJN* AI1062, *Texaco*, nadien herhaald in Rb Rotterdam, 11 augustus 2006, *LJN* AY6361, *Heijmans Beton- en Waterbouw B.V.*

ii) Geheimhoudingsplicht

24. Schending van zijn geheimhoudingsverplichting leidt volgens de heer [X] tot verzaking van de postcontractuele verplichting die hij op grond van artikel 7:611 van het Burgerlijke Wetboek als goed (ex-)werknemer heeft. Voorts zou schending van de geheimhoudings-verplichting contractbreuk opleveren, nu een contractuele geheimhoudingsverplichting deel uit maakt van de arbeidsovereenkomst tussen [Y] en de heer [X]. Schending van de geheimhoudingsverplichting kan voorts, naast civielrechtelijke consequenties, ook strafrechtelijke consequenties hebben voor de heer [X], nu opzettelijke schending van bedrijfsgeheimen in artikel 273, eerste lid, sub 1, van het Wetboek van Strafrecht als misdrijf is gekwalificeerd.

25. Tot slot is de heer [X] van mening dat, in het geval de NMa over gaat tot het opleggen van een boete, slechts een symbolische boete passend zou zijn, gelet op het principiële karakter van onderhavige zaak.

V Wettelijk kader

26. Ingevolge artikel 50, eerste lid, Mw zijn met het toezicht op de naleving van de Mededingingswet belast de door de Raad bij besluit aangewezen ambtenaren van de NMa. Bij besluit van 1 juli 2005 heeft de Raad uitvoering gegeven aan artikel 50, eerste lid, Mw.[2]

27. Artikel 52, eerste lid, Mw bepaalt dat met het onderzoek belast zijn de krachtens artikel 50, eerste lid, Mw aangewezen ambtenaren. Artikel 52, tweede lid, Mw bepaalt dat zij ten dienste van het onderzoek beschikken over de bevoegdheden die hun in Hoofdstuk 6, paragraaf 2 van de Mededingingswet worden toegekend, alsmede, met inachtneming van de daaraan in paragraaf 2 gestelde beperkingen, over de bevoegdheden die hun zijn toegekend ter uitoefening van het toezicht, bedoeld in artikel 50, eerste lid, Mw.

28. Onder toezichthouder wordt op grond van artikel 5:11 Awb verstaan: een persoon, bij of krachtens wettelijk voorschrift belast met het houden van toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift.

29. De ingevolge artikel 50, eerste lid, Mw aangewezen ambtenaren zijn toezichthouder als bedoeld in artikel 5:11 Awb. In afdeling 5.2 Awb wordt aan een toezichthouder een aantal

[2] Besluit organisatie, mandaat, volmacht en machtiging NMa 2005, laatstelijk gewijzigd in Strct. 23 mei 2008, nr. 97, p. 20.

bevoegdheden verleend ter uitoefening van het toezicht op de naleving van specifieke wetten.

30. Artikel 5:13 Awb bepaalt dat een toezichthouder van zijn bevoegdheden slechts gebruikt maakt voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is.

31. Voor het toezicht op de naleving van de Mededingingswet zijn onder meer de artikelen 5:16 en 5:20 Awb van belang.

32. Artikel 5:16 Awb bepaalt dat een toezichthouder bevoegd is inlichtingen te vorderen.

33. Ingevolge artikel 5:20, eerste lid, Awb is een ieder verplicht aan een toezichthouder binnen de door hem gestelde redelijke termijn alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden.

34. Artikel 53, eerste lid, Mw bepaalt – voor zover van belang – dat indien de in artikel 52, eerste lid, Mw bedoelde ambtenaren een redelijk vermoeden hebben dat een bepaalde onderneming of ondernemersvereniging een overtreding heeft begaan, er geen verplichting aan de zijde van die onderneming of ondernemersvereniging is ter zake een verklaring af te leggen. De betrokkenen worden hiervan in kennis gesteld voordat hun mondeling ter zake om informatie wordt gevraagd.

35. Op grond van artikel 69, eerste lid, Mw – voor zover van belang – kan de Raad degene die jegens de in artikel 50, eerste lid, artikel 52, eerste lid, of artikel 89g, eerste lid, Mw bedoelde ambtenaren in strijd handelt met artikel 5:20, eerste lid, van de Awb, een boete opleggen van ten hoogste EUR 450.000,-.

36. Ingevolge artikel 69, tweede lid, Mw legt de Raad geen boete op, indien de belanghebbende aannemelijk maakt dat hem van de overtreding geen verwijt kan worden gemaakt.

VI Juridische beoordeling

A) BEVOEGDHEID – PROPORTIONALITEIT

37. Aan de in artikel 5:16 Awb aan de toezichthouder toegekende bevoegdheid inlichtingen te vorderen wordt, door middel van artikel 5:20 Awb invulling gegeven doordat "een ieder" verplicht is medewerking te verlenen. Naar het oordeel van de Raad strekt deze plicht zich derhalve ook uit tot ex-werknemers van een onderneming.

38. Het evenredigheidsbeginsel van artikel 5:13 Awb stelt, blijkens de parlementaire geschiedenis, grenzen aan de toezichtsbevoegdheid.[3] Deze bevoegdheid mag slechts worden uitgeoefend jegens personen die betrokken zijn bij activiteiten waarop moet worden toegezien, ingevolge de wettelijke regeling op grond waarvan de toezichthouder met toezicht is belast.

39. De heer [X] heeft verklaard tot aan juli 2006 werkzaam te zijn geweest voor (ondernemingen behorende tot) de [Y]-groep. De NMa vermoedt dat [Y] betrokken is geweest bij overtredingen van artikel 6, eerste lid, Mw en/of artikel 81, eerste lid, EG. De NMa heeft naar aanleiding van aanwijzingen een onderzoek tegen [Y] ingesteld. In het kader van dat onderzoek zijn inlichtingen van de heer [X] van belang.

40. Naar het oordeel van de Raad is niet onevenredig gehandeld door inlichtingen van de heer [X] te vorderen. Gezien de voormalige functie van directeur die de heer [X] bij [Y] bekleedde, was het niet onredelijk te verwachten dat de heer [X] over voor het onderzoek relevante informatie zou beschikken. De verklaring die door de heer [X] op 3 oktober 2007 is afgelegd, heeft dit beeld bevestigd en vormde aanleiding om aanvullende inlichtingen te vorderen.

41. Gelet op het voorgaande, konden toezichthoudende ambtenaren van de NMa dan ook, om de betrokkenheid van [Y] bij de mogelijke overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw en/of 81, eerste lid, EG te onderzoeken en teneinde tot een zorgvuldige weergave van de relevante feiten te komen, in redelijkheid nadere inlichtingen van de heer [X] vorderen.

B) VERWIJTBARE OVERTREDING MEDEWERKINGSPLICHT – ZWIJGRECHT

42. De aangewezen ambtenaren van de NMa hebben conform artikel 5:16 Awb inlichtingen gevorderd van de heer [X], aan welke vordering de heer [X], door zich op het zwijgrecht te beroepen, geen gehoor heeft gegeven. Deze weigering van de heer [X] is in strijd met de medewerkingsplicht van artikel 5:20, eerste lid, Awb juncto artikel 69, eerste lid, Mw.

43. De Raad benadrukt dat in het onderzoek in zaak 5965 het vermoeden bestaat dat [Y] artikel 6, eerste lid, Mw en/of artikel 81, eerste lid, EG heeft overtreden, zodat op grond van dat vermoeden – gelet op artikel 53, eerste lid, Mw – aan de zijde van [Y] geen verplichting bestaat ter zake een verklaring af te leggen.

[3] Kamerstukken II, TK 23700, nr 3, p. 141.

44. De rechtbank Rotterdam heeft in voornoemde Texaco-zaak de vraag beantwoord wat moet worden verstaan onder ‘aan de zijde van de onderneming’, zoals die zinsnede in artikel 53, eerste lid, Mw wordt gebruikt:

> *‘Art. 53 van de Mw bepaalt - kort gezegd - dat er geen verplichting bestaat aan de zijde van de onderneming een verklaring af te leggen ter zake van een vermeende overtreding van de Mw. De rechtbank kan uit de tekst van artikel 53 van de Mw noch uit de totstandkomingsgeschiedenis opmaken dat de kring van personen binnen een onderneming die zich op het zwijgrecht zouden kunnen beroepen op voorhand beperkt is. Integendeel, uit de woorden "aan de zijde van de onderneming" leidt de rechtbank af dat, indien de onderneming wordt gehoord, in beginsel aan een ieder die tot die onderneming behoort en via wie de onderneming wordt gehoord - dus niet alleen de civielrechtelijke vertegenwoordiger(s)s - het zwijgrecht toekomt. Hierin bestaat dus een verschil met de situatie waarin de werknemer rechtstreeks als individu, dus niet namens de onderneming, om inlichtingen wordt gevraagd. Indien de bewuste werknemers in het onderhavige geval waren gehoord, hadden zij zich derhalve op het zwijgrecht kunnen beroepen, zodat de stelling met betrekking tot een mogelijk loyaliteitsconflict geen doel treft.’*

45. Nu uit voorgaande overweging volgt dat de kring van personen die zich op het zwijgrecht kan beroepen beperkt is tot ‘een ieder die tot een onderneming behoort’, kan, nu vaststaat dat de heer [X] ten tijde van de gesprekken gevoerd ten kantore van de NMa op 29 januari 2009 en 11 maart 2009 niet meer aan [Y] verbonden was – en dus als ex-werknemer geldt –, naar het oordeel van de Raad niet met vrucht worden betoogd dat ook een ex-werknemer het zwijgrecht toekomt. Een uitbreiding van het zwijgrecht, zoals door de heer [X] betoogd, naar een ex-werknemer van een onderneming ten aanzien waarvan het vermoeden bestaat dat de Mededingingswet is overtreden, doet naar het oordeel van de Raad bovendien ernstig afbreuk aan de effectiviteit van de toezichthoudende en handhavende taak van de NMa.

46. Van een situatie dat [Y] via de heer [X] wordt gehoord, zoals door hem is gesteld, is naar het oordeel van de Raad geen sprake. De heer [X] is rechtstreeks als individu, dus niet namens [Y], om inlichtingen gevraagd.

47. Het betoog van de heer [X] dat – kort gezegd – schending van zijn geheimhoudingsplicht jegens [Y] civiel- en strafrechtelijke consequenties voor hem kan hebben, volgt de Raad niet.

48. De Raad stelt voorop dat – daargelaten de precieze inhoud van de tot de arbeidsovereenkomst van de heer [X] behorende geheimhoudingsplicht – die geheimhoudingsplicht nimmer zo ver kan gaan dat zij noopt tot het handelen in strijd met

een dwingende wetsbepaling zoals vervat in artikel 5:20, eerste lid, Awb. De Raad acht het bovendien niet aannemelijk dat het verstrekken van inlichtingen in het onderhavige geval – gelet op de aard van het onderzoek in zaak 5965 – bedoelde geheimhoudingsplicht, zo die al geldig zou zijn, zou kunnen schenden.

49. Nog daargelaten de vraag of de informatie die de NMa verlangt, ziet op informatie die artikel 273, eerste lid, van het Wetboek van Strafrecht beoogt te beschermen, acht de Raad strafrechtelijke consequenties voor de heer [X] niet aan de orde: bij afwezigheid van een aan de heer [X] toekomend beroep op het zwijgrecht dient hij te voldoen aan een wettelijk voorschrift, te weten artikel 5:20, eerste lid, Awb.

50. Voor zover het betoog van de heer [X] ziet op het schenden van zijn geheimhoudingsverplichting jegens [Y] wegens het verstrekken van andere informatie betreffende voornoemde onderneming dan die waar het onderzoek in zaak 5965 betrekking op heeft, volgt de Raad dat betoog niet. Naar het oordeel van de Raad miskent de heer [X] in dat betoog de op NMa ambtenaren rustende, uit de Ambtenarenwet en uit de Awb voortvloeiende, geheimhoudingsplicht die ertoe strekt geheimhouding te betrachten ten aanzien van vertrouwelijke gegevens die hen bij de uitoefening van hun ambt en taak bekend worden.

C) CONCLUSIE TEN AANZIEN VAN DE OVERTREDING

51. De Raad concludeert dat, zoals in het Rapport is vastgesteld, de heer [X] een overtreding heeft begaan zoals omschreven in artikel 69, eerste lid, Mw. De Raad concludeert voorts dat de heer [X] er niet in is geslaagd succesvol een beroep te doen op artikel 69, tweede lid, Mw. Ingevolge artikel 69, eerste lid, Mw kan de Raad derhalve een boete opleggen aan de heer [X].

VII Toerekening

52. De overtreding kan naar het oordeel van de Raad worden toegerekend aan de heer [X].

VIII Sanctionering

53. Ingevolge artikel 69, eerste lid, Mw kan de Raad degene die jegens de in artikel 50, eerste lid, of artikel 52, eerste lid, Mw bedoelde ambtenaren in strijd handelt met artikel 5:20, eerste lid, Awb, een boete opleggen van ten hoogste EUR 450.000,-. De nadere invulling van de factoren waarmee bij de vaststelling van de hoogte van de boete rekening wordt gehouden, is aan de Raad overgelaten, waarbij hij rekening dient te houden met algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

54. Op grond van artikel 5:46, tweede lid, Awb, stemt het bestuursorgaan de bestuurlijke boete af op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten, tenzij de hoogte van de bestuurlijke boete bij wettelijk voorschrift is vastgesteld. Het bestuursorgaan houdt daarbij zo nodig rekening met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.

55. Met betrekking tot de hoogte van de 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).[4] 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 dat rekening wordt gehouden met – voor zover hier van belang – de ernst 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. Voorts kan de Raad, indien daartoe aanleiding bestaat, de mate van verwijtbaarheid via boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden in de hoogte van de boete tot uitdrukking brengen.

56. Voor de Raad geldt als uitgangspunt dat de naleving van de medewerkingsplicht van wezenlijk belang is voor de doeltreffendheid van de toepassing van de Mededingingswet en de controle op de naleving daarvan. De Raad acht daarom van belang dat ingeval van overtreding van artikel 5:20, eerste lid, Awb een boete met voldoende afschrikwekkende werking wordt opgelegd aan degene aan wie de overtreding kan worden toegerekend. Reeds daarom bestaat naar het oordeel van de Raad geen aanleiding om, zoals door de heer [X] betoogd, slechts een symbolische boete op te leggen.

57. De Raad is – gelet op het voorgaande – voorts van oordeel dat het niet-meewerken van de heer [X] is aan te merken als een ernstige overtreding. De Raad neemt hierbij in overweging dat het onderzoek van de NMa waaraan de heer [X] weigerde mee te werken, betrekking heeft op een vermoeden van een overtreding van het kartelverbod zoals neergelegd in de Mededingingswet en in het EG-Verdrag. Voorts neemt de Raad in overweging dat de heer [X], gezien zijn voormalige functie van directeur van [Y], toen de vorderingen om inlichtingen werden gedaan naar verwachting relevante informatie voor het onderzoek kon verstrekken aan de NMa.

---

[4] Stcrt. 29 juni 2007, nr. 123, p. 41, gewijzigd in Stcrt. 10 oktober 2007, nr. 196, p. 25.

58. Bij het bepalen van de hoogte van de boete wordt – gelet op randnummer 14 van de NMa Boetecode 2007 – rekening gehouden met de financiële positie van de heer [X]. Ingevolge randnummer 50 onder 1) van de NMa Boetecode 2007 kan vervolgens een boetegrondslag worden vastgesteld die ligt tussen EUR 10.000,- en EUR 200.000,-.

59. Nu de heer [X] heeft geweigerd gegevens te overleggen aan de hand waarvan zijn financiële positie kan worden vastgesteld, heeft de Raad die positie door middel van een schatting vastgesteld waarbij mede in aanmerking is genomen de functie van de heer [X] ten tijde van zijn dienstverband bij [Y]. Gelet hierop en met inachtneming voorts van de ernst van de overtreding stelt de Raad achtereenvolgens de boetegrondslag en de basisboete vast op EUR 150.000,-.

60. Van boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden is de Raad niet gebleken.

61. Alles overwegende is de Raad van oordeel dat in dit geval een boete van EUR 150.000,- passend is.

IX Besluit

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:

legt aan de heer [X], wonende te [A], op het adres [B], een boete op van EUR 150.000,-.

Datum: 9 juli 2009

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit,
namens deze,

overeenkomstig het door de Raad van Bestuur genomen besluit,

w.g. P. Kalbfleisch
Voorzitter Raad van Bestuur

Tegen dit besluit kan degene wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen 6 weken na 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 grond van artikel 7:1a, eerste lid, Awb, de Raad van Bestuur verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de administratieve rechter.