



# De toepassing van het kartelverbod door de NMa in 2003

mr I.W. VerLoren van Themaat<sup>1</sup>

## Inleiding

Gezien het toenemend aantal besluiten van de NMa inzake kartels en misbruiken van machtspositie is besloten deze kroniek te splitsen in twee delen. Dit eerste deel bespreekt de toepassing van het kartelverbod door de NMa in 2003. In het tweede, later te publiceren deel, wordt ingegaan op de uitspraken van de NMa inzake misbruik van machtspositie. Vanwege de ruimte wordt in deze kroniek ook geen aandacht gegeven aan de in 2003 tot stand gekomen protocollen,<sup>2</sup> adviezen,<sup>3</sup> consultatiedocumenten,<sup>4</sup> onderzoeksrapporten<sup>5</sup> en werkwijzen.<sup>6</sup> In die zin breekt deze kroniek dus met de traditie.

Het nationaal mededingingsbeleid zou zich volgens de NMa-agenda in 2003 vooral moeten richten op de bouw, de zorg, de financiële sector en de energie. Voor wat betreft het kartelrecht, heeft met name de bouw de aangekondigde aandacht wel gekregen. In april kwam het eerste besluit over vooroverleg (*Scheemda*), op 18 december volgden er nog vijf. Dat de andere genoemde sectoren minder aandacht hebben gekregen, laat zich deels verklaren doordat de toepassing van artikel 6 Mw zich maar beperkt laat leiden door prioritering en deels doordat de in 2003 uitgezette onderzoeken niet direct tot besluiten zullen leiden. Materieelrechtelijk is in 2003 vooral veel aandacht gegeven aan verschillende samenwerkingsvormen (taxicentrales, asfaltcentrales, gezamenlijke pijpleidingen) en aan besluiten en adviezen van brancheorganisaties (*Garnalen*, *OSB*, *BOVAG* en *NCBRM*). Ten slotte is dit jaar nadere invulling gegeven aan het sanctiebeleid. Met

name dit laatste onderwerp krijgt in deze kroniek de nodige aandacht.

De indeling van deze kartelkroniek volgt in grote lijnen de volgorde van de wet. De hoofdstukken betreffen achtereenvolgens de begrippen van artikel 1 Mw,<sup>7</sup> de discretionaire bevoegdheid van de d-g NMa, (prioritering), artikel 6 Mw, onthefingen en de sanctionering. Hoofdstuk 7 bevat een aantal conclusies in het bijzonder betreffende het sanctiebeleid.

- 
- 1 Met dank aan M.C.W. Janssen van de Erasmus Universiteit Rotterdam en G. van der Wal van Houthoff Buruma voor hun commentaar op eerdere versies van dit artikel
  - 2 Convenant College van procureurs-generaal en de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 17 februari 2003.
  - 3 Brief van 4 april 2003 aan de Staatssecretaris van Economische Zaken inzake het NMa-onderzoek in de bouwsector.
  - 4 Vgl. De Monitor Financiële Sector 2003 van de NMa aangeboden aan de Minister van Financiën op 26 november 2003, NMa-agenda 2004, Consultatiedocument Concurrentie in de Ziekenhuissector van 24 juni 2003, Informatie- en Consultatiedocument AWBZ-zorgmarkten van 19 juni 2003.
  - 5 Vgl. het rapport Sectorscan CD-branche, bijlage bij de brief van 1 april 2003 van de d-g NMa aan de Minister van EZ; Wholesale gas competition in the Netherlands and implications for phase III customers, rapport van Brattle group over Low Cal gas van 3 juli 2003.
  - 6 Werkwijze Nederlandse Mededingingsautoriteit met betrekking tot het inzien en kopiëren van digitale gegevens en bescheiden van 6 juni 2003, Stcrt. 2003, nr. 109, p. 30.
  - 7 Voor auteurs van een artikelsgewijs overzicht zou het prettiger zijn als alle hoofdbegrippen in artikel 1 Mw waren gedefinieerd. Waarom zijn de begrippen 'overeenkomst' en 'onderling afgestemde feitelijke gedragingen (o.a.f.g.)' bijvoorbeeld wel in artikel 1 Mw gedefinieerd, maar het begrip 'besluit van een ondernemersvereniging' niet?

---

Weijer VerLoren van Themaat is advocaat bij Houthoff Buruma in Amsterdam en Brussel.

## De begrippen

Overeenkomst en onderling afgestemde feitelijke gedragingen

Tot de meest elementaire begrippen in het kartelrecht behoren die van de overeenkomst en de vaak in dezelfde adem genoemde onderling afgestemde feitelijke gedragingen ('o.a.f.g.'). Met name het begrip overeenkomst staat daarbij recentelijk in de belangstelling. Dat is vooral te danken aan de Europese uitspraken in *Volkswagen*<sup>8</sup> en *Adalat*<sup>9</sup>. In beide zaken is de extensieve interpretatie van dit begrip door de Commissie iets ingedamd. Het GvEA en het HvJ EG gaven aan dat ook in bestendige distributieverhoudingen niet voetschots kan worden aangenomen dat iedere missive van de fabrikant per definitie de (stilzwijgende) instemming heeft van de distributeur. Daardoor is niet vanzelfsprekend sprake van wilsovereenstemming.

Het wilsovereenstemmingsvereiste staat ook centraal in de uitspraak op bezwaar in *Texaco*.<sup>10</sup> De d-g NMa is – anders dan de Bezwaar Adviescommissie – van oordeel dat voor het bestaan van wilsovereenstemming in een horizontale relatie het niet noodzakelijk is dat Texaco en de betrokken pompstationhouders zich onderling hebben verbonden tot een gemeenschappelijk plan om kortingen voor motorbrandstoffen vast te stellen. Ook kan volgens de d-g NMa een overeenkomst bestaan zonder dat de betrokken partijen (de pomphouders) weten wie de andere deelnemers zijn. De advertentie en het gezamenlijk prijsgedrag wijzen volgens de d-g NMa op voldoende wijze op het bestaan van wilsovereenstemming tussen de betrokken pomphouders, die al dan niet via Texaco tot stand is gekomen.

Een leverancier kan inderdaad parallel marktgedrag van wederverkopers in de hand werken, maar of dat voldoende bewijs vormt voor horizontale wilsovereenstemming tussen die wederverkopers zoals de d-g NMa stelt, valt in het licht van het *Volkswagen*-arrest en *Adalat*-arrest nog te bezien.

Het is vaste jurisprudentie dat een intentieverklaring kan worden aangemerkt als een overeenkomst in de zin van artikel 1 Mw, sub e.<sup>11</sup> In *Penta* is vastgesteld dat ook een conceptovereenkomst binnen het toepassingsbereik van de Mw kan vallen.<sup>12</sup> Het ligt voor de hand dat partijen wilsovereenstemming over een concept hebben bereikt op het moment dat zij deze aan de d-g NMa voorleggen. Men kan zich echter voorstellen dat de feiten ook anders kunnen liggen.

Het *Garnalen*-besluit illustreert nog eens de mogelijke symbiose tussen een overeenkomst en de (daaropvolgende) onderling afgestemde feitelijke gedragingen bij inbreuken die zich over langere tijd uitstrekken.<sup>13</sup> Een van de partijen (de vereniging van groothandelaren) had de desbetreffende overeenkomst expliciet schriftelijk opgezegd tegen een bepaalde datum. Nadien gaf deze partij echter nog wel aan de producenten door welke hoeveelheden garnalen zij dacht nodig te hebben. De producenten informeerden op hun beurt de groothandelsvereniging welke prijzen zij 'noodzakelijk' achtten. Een overtreding kan aanvagen als een overeenkomst en bij het verstrijken van de tijd in toenemende mate de karakteristieken van onderling afgestemd gedrag verkrijgen. Bena- drukt dient te worden dat deze 'en/of' benadering door het GvEA en het HvJ EG vooral is gesanctioneerd in gevallen van complexe inbreuken van langere duur.<sup>14</sup>

Op het punt van de bewijslast gaf de d-g NMa in *Texaco* aan, dat deze ten aanzien van onderling afgestemde gedragingen niet zó ver reikt dat de d-g NMa in alle situaties dient na te gaan of er geen enkele andere verklaring voor het parallelle gedrag bestaat.<sup>15</sup> In hoeverre daar in casu sprake van was, liet de d-g NMa in het midden. Duidelijk moge zijn dat het HvJ EG in ieder geval ook situaties heeft geïdentificeerd waar de Commissie wel alternatieve verklaringen had moeten onderzoeken.<sup>16</sup>

Onderneming & Ondernemersvereniging

De Rotterdamse Taxi Centrale RTC N.V. ('RTC') en de daarbij aangesloten taxiondernemingen werden door de d-g NMa niet als één onderneming gezien.<sup>17</sup> RTC is een in de vorm van een N.V. gegoten taxicentrale met bijna 200 taxiondernemingen als aandeelhouders. RTC wordt bestuurd door een Raad van Bestuur en heeft een Raad van Commissarissen die door de aandeelhouders wordt benoemd. De RTC draagt zorg voor de werving van vervoeropdrachten en ontplooit initiatieven om nieuwe vormen en soorten van vervoer te stimuleren. Daarnaast houdt zij een vervoercentrale in bedrijf. De vervoercentrale ontvangt telefonische bestellingen die vervolgens via de mobilfoon worden verdeeld onder de aandeelhouders volgens een overeengekomen systematiek. Voorts verdeelt RTC het contractenwerk en verricht zij bepaalde administratieve werkzaamheden. RTC voorziet ook in een klachten- en/of geschillenregeling. Ten slotte stelt zij de tarie-

8 GvEA 3 december 2003 (Volkswagen, T-208/01), n.n.g.

9 HvJ EG 6 januari 2004 (Bundesverband der Arzneimittel-Importeure e.a., gevoegde zaken C-2/01 P en C-3/01P), n.n.g.

10 Besluit d-g NMa 16 juli 2003 (Texaco e.a., zaaknr. 2498, op bezwaar), rnr. 18 en 30.

11 Vgl. bijv. Besluit d-g NMa 21 mei 2001 (KNV, zaaknr. 602).

12 Besluit d-g NMa 25 juli 2003 (Penta Projectontwikkeling B.V., zaaknr. 3089), rnr. 44-45.

13 Besluit d-g NMa 14 januari 2003 (Garnalen, zaaknr. 2269), rnr. 210. Zie ook HR 19 september 2003 (Zuivelcoöperatie Campina U.A.), r.o. 3.3.1.-3.3.2.

14 Vgl. GvEA 20 april 1999 (Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. vs Commissie), zaak T-305/94 e.a., Jur. 1999 p. II-931, r.o. 695 e.v. HvJ EG 8 juli 1999 (Commissie vs Anic Participazioni, zaak C-49/92 P), Jur. 1999 p. I-4125, r.o. 132-133.

15 Besluit d-g NMa 16 juli 2003 (Texaco e.a., zaaknr. 2498, op bezwaar), rnr. 40.

16 Vgl. HvJ EG 28 maart 1984 (Compagnie Royale Asturienne des Mines e.a. vs Commissie, gev. zaken 29/83 en 30/83), Jur. 1984, p. 1679, r.o. 16 e.v. en met name ook HvJ EG 31 maart 1993 (Woodpulp, gev. zaken C-89/85, C-104/85, C-114/85, C116/85, C117/85 en C-125/85 - C-129/85), Jur. 1993, p. I-1307 waarom het Hof in r.o. 71 aangaf dat parallel gedrag enkel als bewijs voor afstemming kan worden aangemerkt indien de afstemming de enige aannemelijke verklaring ervoor is. Zie voor een bespreking G. van Gerven en E. Navarro Varona, *The woodpulp case and the future of concerted practices*, C.M.L.Rev. 1994, 575-608.

17 Besluit d-g NMa 8 januari 2003 (Rotterdamse Taxi Centrale, zaaknr. 2819).

ven vast voor straattaxidiensten, welke de aandeelhouders verplicht zijn te hanteren. De aangesloten taxionderneming/aandeelhouders voeren alle, al dan niet door tussenkomst van RTC, verstrekte vervoersopdrachten echter uit voor eigen rekening en risico. Voor de faciliteiten van RTC betalen zij een maandelijks bijdrage.

De d-g NMa oordeelt dat RTC en de aangesloten taxiondernemingen niet als één economische eenheid zijn te beschouwen. RTC kan volgens de d-g NMa namelijk zelfstandig haar marktgedrag bepalen. Daarnaast rijden de taxiondernemingen voor eigen rekening en risico. Zowel RTC, als de taxibedrijven moeten om die reden als zelfstandige ondernemingen worden beschouwd. Tegelijkertijd wordt RTC aangemerkt als een ondernemersvereniging van de aangesloten taxibedrijven.

Bij (semi-)overheidsorganen dient volgens vaste jurisprudentie per activiteit te worden beoordeeld of sprake is van de uitoefening van een overheidsprerogatief of van een economische activiteit. De werkelijke aard van het handelen, waarbij mede betekenis toekomt aan het oogmerk waarmee de activiteiten worden verricht en aan de toepasselijke regelgeving, is daarbij van doorslaggevend belang. Regulering en stimulering van de kwaliteit van het onderwijs door ECABO, een landelijk kenniscentrum voor middelbaar beroepsonderwijs, zijn te beschouwen als overheidstaken.<sup>18</sup>

Net als destijds de gemeente Egmond,<sup>19</sup> handelt ook de gemeente Bergen niet als een onderneming als zij een bouwvergunning verleent. Het verlenen van bouwvergunningen wordt door de d-g NMa gezien als een typisch overheidsprerogatief en niet als een economische activiteit. Dit wordt niet anders indien de gemeente bij de vergunningverlening het gebruik van een bepaald type brandmelder voorschrijft.<sup>20</sup>

### Prioritering

Ingevolge artikel 3 Mw is de NMa belast met de uitvoering van de Mededingingswet. Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat de d-g NMa daarbij de nodige discretionaire ruimte heeft en prioriteiten mag stellen. De d-g NMa hoeft niet alle klachten in behandeling te nemen. In *ABC vs Publieke Omroep* memoreert de d-g NMa dat het niet zijn taak is geschillen tussen particulieren of ondernemingen te beslechten. Een klager kan zich immers ook wenden tot de burgerlijke rechter.<sup>21</sup> In de zaak *SIMN vs TCK* voegt de d-g NMa hieraan toe dat met name als onmiddellijke consumentenbelangen ontbreken, men bij de NMa niet aan het juiste adres is.<sup>22</sup> Op zichzelf geen bijzondere uitspraken en ook niet onjuist, maar wel een illustratie van het toenemend 'hete aardappel' karakter van het mededingingsrecht. De Europese Commissie rechtvaardigt de moderniseringsoperatie van Verordening 1/2003 onder meer met het argument dat zij het te druk heeft om alle aanmeldingen en klachten over pietluttigheden zelf te behandelen. Daarvoor worden nu de nationale mededingingsautoriteiten en de nationale rechters ingezet. De d-g NMa schuift op zijn beurt die zaken door naar de nationale rechter die niet passen in zijn prioriteringsbeleid. Het probleem ontstaat waar nationale rechters vervolgens aangeven dat zij niet geëquipeerd zijn de

complexe economische analyses die bij een mededingingsrechtelijk geschil aan de orde komen, zelf te behandelen en daarvoor dus graag te rade zullen gaan bij de nationale mededingingsautoriteiten en de Commissie.<sup>23</sup> Het voortdurend doorschuiven van deze hete aardappel die mededingingsrecht heet, komt de rechtsbedeling in deze materie niet ten goede. Ook met het oog op de samenwerking zoals die is voorzien in Verordening 1/2003 zou het wenselijk zijn als de NMa en bijvoorbeeld de Raad voor de Rechtspraak gezamenlijk richtlijnen zouden formuleren over een goede werkverdeling die enerzijds recht doet aan de prioriteiten van de NMa en anderzijds de kwaliteit van de rechtsbedeling. Daarbij ben ik er overigens geen voorstander van dat de rechter al te snel de hulp van de NMa (of de Europese Commissie) inroept.

In *Broadcast Newco Two* kwam de werkverdeling tussen de d-g NMa en OPTA aan de orde.<sup>24</sup> In gevallen van samenloop van bevoegdheden hanteert de d-g NMa het uitgangspunt dat belanghebbenden zich in beginsel moeten wenden tot de OPTA indien de Telecommunicatiewet van toepassing is. Als de OPTA misbruik van een machtspositie kan opheffen, is de OPTA als sectorspecifieke toezichthouder volgens de d-g NMa de eerst aangewezen om op te treden.

### Artikel 6 Mw

#### Merkbaarheid, strekking en gevolg

Alvorens in te gaan op de materiële beoordeling van verschillende overeenkomsten, eerst een opmerking over het onderscheid tussen merkbaarheid en gevolg. Zoals bekend, kan een contractuele beperking buiten het verbod van artikel 6 Mw vallen indien de beperking zo insignificant is, dat deze de mededinging niet merkbaar kan beïnvloeden ('de merkbaarheid'), of omdat de beperking, als deze tenminste niet tot doel heeft de mededinging te beperken, gelet op de feitelijke en juridische context, ook niet tot gevolg heeft dat de mededinging wordt beperkt ('het gevolg'). Daarnaast is er nog het wat obscure bagatel van artikel 7 Mw. In de toekomst komt daar ten slotte ook nog de rechtstreeks werkende uitzondering van het huidige artikel 17 Mw bij.<sup>25</sup> De twee eerstge-

18 Besluit d-g NMa 17 januari 2003 (Best Alert – ECABO, zaaknr. 2938), rnr. 12 en 17.

19 Besluit d-g NMa 25 februari 1998 (Hotel Zuiderduin vs brandweer, zaaknr. 52), rnr. 15.

20 Besluit d-g NMa 23 april 2003 (Horeca Nederland – gemeente Bergen, zaaknr. 3253, op bezwaar).

21 Besluit d-g NMa 16 juni 2003 (ABC vs Publieke Omroep, zaaknr. 3049, op bezwaar), rnr. 22.

22 Besluit d-g NMa 11 juni 2003 (SIMN vs TCK, zaaknr. 2885, op bezwaar).

23 Vgl. M.C.M. van Dijk, 'Modernisering van het mededingingsrecht; de civiele rechter is er klaar voor, de partijen ook?', M&M 2004, nr. 1, 4 – 11, op p. 10.

24 Besluit d-g NMa 20 juni 2003 (Broadcast Newco Two vs NOZEMA, zaaknr. 1858, op bezwaar), rnr. 23.

25 De tot op heden voor artikel 17 (en artikel 81, lid 3 EG) gehanteerde terminologie van 'onthefing', of 'onthefingsmogelijkheid', zal nadat deze artikelen rechtstreekse werking hebben gekregen niet meer correct zijn. In Vo. nr. 1/2003 wordt inmiddels verwezen naar de 'wettelijke uitzondering' van artikel 81, lid 3 EG.

noemde grenzen van het kartelverbod zijn wezenlijk verschillend. De eerste exemptie is gebaseerd op het bekende *Völk/Vervaecke*-arrest<sup>26</sup> en geldt zowel voor de 'effectbeperkingen' als de zogenaamde 'doelbeperkingen'. Dogmatisch ligt het derhalve voor de hand deze toets eerst uit te voeren. De tweede categorie komt pas in zicht nadat is vastgesteld dat de overeenkomst niet tot doel heeft de mededinging te beperken. Wil de overeenkomst buiten artikel 6 Mw blijven, dan moet immers ook worden vastgesteld dat de overeenkomst niet (onbedoeld) tot gevolg heeft dat de mededinging wordt beperkt.

Beide grenzen worden in de praktijk echter vaak door elkaar gehaald. Een voorbeeld hiervan vormt de beoordeling van het tienjarig non-concurrentiebeding in de franchiseovereenkomst van Pirtek. De d-g NMa gaat hier eerst na of de franchiseovereenkomst onder Verordening 2790/1999 valt. Omdat het non-concurrentiebeding de duur van vijf jaar overschrijdt, oordeelt de d-g NMa dat de Verordening hier niet geldt. Dat is op zichzelf al een niet geheel juiste conclusie. Een non-concurrentiebeperking van te lange duur is immers een 'artikel 5-inbreuk' die niet de toepasselijkheid van de Verordening op de gehele overeenkomst ongedaan maakt. Het non-concurrentiebeding wordt alleen zelf niet vrijgesteld.<sup>27</sup> De d-g NMa gaat vervolgens na of – in zijn woorden – sprake is van een 'merkbare mededingingsbeperking'. Nu de bedoelde franchiseovereenkomsten er niet toe strekken de mededinging te beperken, moet volgens de d-g NMa worden bezien of de desbetreffende overeenkomsten 'merkbare effecten' hebben op de Nederlandse markt. Hiertoe wordt dan de relevante markt afgebakend. Omdat het marktaandeel van Pirtek tussen de 10% en 15% blijkt te liggen, oordeelt de d-g NMa onder verwijzing naar de *de minimis*-bekendmaking dat het aannemelijk is dat geen sprake is van een merkbare mededingingsbeperking.<sup>28</sup> Volstrekt onduidelijk is of de d-g NMa nu bedoelt dat de overeenkomst geen negatief effect heeft op de mededinging (de verwijzing naar de afwezigheid van een mededingingsbeperkende strekking lijkt hierop te duiden), of dat de overeenkomst niet voldoet aan het merkbaarheidsvereiste (de verwijzing naar de *de minimis*-bekendmaking lijkt hier weer op te duiden). Voorzover de overeenkomst niet voldoet aan het merkbaarheidsvereiste, is toetsing aan Verordening 2790/1999 niet aangewezen. De vrijstelling is immers alleen van toepassing op overeenkomsten die mededingingsbeperkingen bevatten die wel binnen het toepassingsgebied van artikel 81, lid 1, EG vallen.<sup>29</sup> Zou de restrictie niet merkbaar zijn, dan valt deze niet onder het bereik van artikel 81, lid 1, EG en dus ook niet onder Verordening 2790/1999<sup>30</sup>. Ten slotte is de expliciete verwijzing naar en toepassing van de *de minimis*-criteria door de d-g NMa opvallend. De minister heeft in de Memorie van Toelichting namelijk aangegeven dat bij de interpretatie van artikel 6 Mw de *de minimis*-bekendmaking buiten beschouwing dient te blijven omdat deze slechts beleidsregels bevat van de Commissie die noch de Europese, noch de nationale rechter binden.<sup>31</sup> Wel ligt het volgens de minister in de rede dat de jurisprudentie van het HvJ EG inzake het 'merkbaarheidsvereiste'

wordt gevolgd. Daar kan ik het mee eens zijn, met name nu de *de minimis*-bekendmaking van 2001 vanwege de uitzonderingen voor *hard core* restricties een meer hybride karakter heeft dan haar voorgangers en daarmee in toenemende mate verwijderd raakt van de *Völk/Vervaecke*-doctrine van het Hof die nu juist wel (mede) van toepassing is op *hard core* restricties.

In bijna alle gevallen hanteert de d-g NMa de merkbaarheidstoets na het onderzoek van doel en gevolg van de overeenkomst. Zie bijvoorbeeld het besluit op bezwaar in *Eredivisie*. Eerst stelt de d-g NMa vast dat in het geval van afspraken met een mededingingsbeperkend doel, zoals een horizontaal collectief, dan wel gecoördineerd aanbod van uitzendrechten voor livevoetbalwedstrijden niet het bewijs wordt verlangd dat zij de mededinging daadwerkelijk merkbaar beïnvloedt. Voorts dient volgens de d-g NMa nog te worden beoordeeld of de mededingingsbeperking niet slechts een onbetekenend effect op de markt kan hebben, gezien de (uiterst) zwakke positie van de betrokken ondernemingen op de betrokken markt. Het effect was in casu wel van betekenis omdat de Eredivisie de belangrijkste Nederlandse competitie is en de uitzendrechten van de Eredivisiewedstrijden veruit de grootste waarde vertegenwoordigen in vergelijking met uitzendrechten voor andere voetbalwedstrijden.<sup>32</sup> Omdat de niet-merkbaarheid relatief weinig voorkomt is deze volgorde om pragmatische redenen te begrijpen, maar het zou dogmatisch wellicht zuiverder zijn met de merkbaarheidstoets te beginnen. Als vastgesteld wordt dat een overeenkomst slechts een onbetekenend effect op de markt kan hebben, hoeft immers niet meer te worden ingegaan op doel en gevolg.

Het is inmiddels ook vaste praktijk van de d-g NMa dat hij het in geval van doelbeperkingen op de weg van partijen acht om te onderbouwen dat geen sprake is van merkbaarheid. In *Penta* hadden partijen te dien aanzien wel gesteld dat hun marktaandeel minder dan 1% was, maar zij hadden dat naar het oordeel van de d-g NMa onvoldoende onderbouwd

26 HvJ EG 9 juli 1969 (*Völk vs Vervaecke*, zaak 5/69), Jur. XV (1969), p. 295. Hoewel *Vervaecke* een absolute territoriale bescherming genoot in België en Luxemburg voor de distributie van ijskasten van *Völk* (sinds *Grundig/Consten* aangemerkt als een doelbeperking, c.q. *hard core* restrictie), ontkwam de overeenkomst aan het verbod van artikel 81 EG nu het marktaandeel van *Völk* in Duitsland tussen de 0,2% en 0,5% schommelde. Zie ook HvJ EG 28 mei 1998 (*John Deere*, Zaak C-7/95), Jur. 1998, p. I-3111, r.o. 75.

27 Vgl. artikel 5 Vo. 2790/1999.

28 Besluit d-g NMa 13 maart 2003 (*Pirtek Arnhem vs Pirtek B.V.*, zaaknr. 3068), rnr. 19 en 33 e.v.

29 Vgl. artikel 2, lid 1, tweede alinea Vo. 2790/1999.

30 Deze toetsing van een overeenkomst aan een groepsvrijstelling terwijl het kartelverbod niet van toepassing is, zien we in 2003 vaker. Vgl. het Besluit 1 september 2003 (*Waterbedrijf Europoort*, zaaknr. 1941) waar de d-g NMa eerst uitgebreide aandacht geeft aan Vo. 2790/1999 om vervolgens te concluderen dat noch de Verordening, noch artikel 6 van toepassing is.

31 TK 1995/1996, 24 707, nr. 3, p. 14 en 15.

32 Besluit d-g NMa 30 juli 2003 (*Eredivisie N.V.*, zaaknr. 18 en 1162, op bezwaar), rnr. 85.

of gemotiveerd. Met name nu in eerdere concentratiebesluiten de NMa de mogelijkheid had opengelaten dat de markt enger zou moeten worden gedefinieerd, werd deze nadere onderbouwing noodzakelijk geacht.<sup>33</sup>

Ten aanzien van de strekking van een overeenkomst, herhaalt de d-g NMa in *Wit- en Bruingoed* nog eens het beginsel dat het oogmerk of de subjectieve intentie van partijen niet bepalend is voor de strekking. Het volstaat dat de overeenkomst objectief gezien van dien aard is dat deze de mededinging beperkt, verhindert of vervalst.<sup>34</sup>

#### Horizontale overeenkomsten

##### *Afspraken omtrent prijzen en quota's*

In 2003 heeft de NMa verschillende overeenkomsten en besluiten omtrent prijzen en quota's beoordeeld. Hieronder wordt ingegaan op het Garnalen-besluit en kort op beide besluiten inzake de aanbevelingen van OSB en BOVAG/NCBRM. In hoofdstuk 5, betreffende ontheffingen, worden voorts *RTC*, *Telegiro*, en de twee besluiten inzake recycling-systemen besproken.

*Garnalen* is een van de eerste, zo niet het eerste klassieke kartel over quota's en prijzen dat de NMa heeft aangepakt.<sup>35</sup> Producentenorganisaties ('PO's') uit Duitsland, Denemarken en Nederland en de Vereniging van Groothandelaren in Garnalen ('Vebega'), hadden afspraken gemaakt over de maximale hoeveelheid per week per kotter aan te landen Noordzeegarnalen, waartegenover dan een door Vebega gegarandeerde minimumprijs stond. Daarnaast waren afspraken gemaakt om de toetreding van een nieuwe handelaar te belemmeren. Zoals de producentenorganisaties het in een fax hadden aangegeven:

*'Deze onderhandelingen [tussen de PO's en Vebega] hebben als resultaat gehad dat voor meer dan 90% van alle garnalenvissers 1999 nu al een goed jaar is geworden. Beperken van de aanvoer en prijsafspraken hebben hiervoor gezorgd. Het is de producentenorganisaties er alles aan gelegen om deze met veel moeite gemaakte prijsafspraken niet door een nieuwkomer op het spel te zetten.'*

Vissers die de vastgestelde quota overtraden kregen van hun PO's boetes opgelegd.

Er zijn twee bijzondere aspecten aan deze zaak. Ten eerste betrof dit een grensoverschrijdend kartel waarbij de d-g NMa voor het eerst op grond van artikel 88 Mw – naast de Mededingingswet – ook artikel 81, lid 1, EG toepaste.<sup>36</sup> Ten tweede was deze zaak bijzonder delicaat nu zij plaatsvond in de visserijsector, welke sector met min of meer dezelfde doelstellingen – stabilisering van de markten, waarborging van een redelijk inkomen voor de vissers, vangstbeperkingen – is gereguleerd door de Europese Gemeenschap. Voor Noordzeegarnalen golden echter geen Europese vangstbeperkingen. Wel golden communautaire oriëntatie- en ophoudprijzen, maar de afgesproken minimumprijzen konden niet als zodanig worden aangemerkt. Het kartel viel

daardoor niet binnen de werkingssfeer van de desbetreffende gemeenschapsverordeningen en kon daardoor ook niet profiteren van Verordening 26. Zoals Commissaris Monti het uitdrukte in antwoord op vragen van het Europees Parlement: overwegingen inzake duurzaamheid mogen niet als argument worden gebruikt ter verdediging van heimelijke afspraken tussen producentenorganisaties en groothandelaren over vangsthoeveelheden en minimumprijzen.<sup>37</sup>

Zowel de brancheorganisatie voor schoonmaak- en bedrijfsdiensten, OSB, als de organisaties voor rijwielhandelaren, de BOVAG en de NCBRM, zijn door de NMa beboet wegens het geven van prijsadviezen aan hun leden. De Ondernemersorganisatie Schoonmaak- en Bedrijfsdiensten (OSB) stelde volgens de d-g NMa jaarlijks het percentage vast waarmee de leden hun prijzen dienden te verhogen.<sup>38</sup> Uit het besluit blijkt dat OSB jaarlijks de kostenontwikkeling voor schoonmaakwerkzaamheden berekende op basis van onder andere wijzigingen in de CAO's en sociale wetgeving. Zij liet deze berekeningen vervolgens controleren door een accountant. De uitkomst van deze berekeningen, uitgedrukt in een stijgingspercentage, maakte zij daarna bekend aan haar leden. Hieruit blijkt naar het oordeel van de d-g NMa de ondubbelzinnige uitdrukking van de wil van OSB om het gedrag van haar leden te coördineren. Daarnaast kregen ook drie individuele leden van OSB een boete omdat zij gezamenlijk het initiatief hadden genomen de prijzen ook eenmaal tussentijds te doen verhogen. De BOVAG-afdeling Tweewielerbedrijven (BOVAG TWB) en de Nederlands Christelijke Bond van Rijwiel- en Motorhandelaren (NCBRM) werden vanwege het verstrekken van vergelijkbare prijsadviezen beboet.<sup>39</sup> Ook het advies van BOVAG TWB betrof de gemiddelde stijging van het werkplaatsuurtarief die nodig was om de kostenstijgingen van verwachte inflatie en loonstijgingen o.g.v. de CAO in het jaar 2000 te compenseren. Ook adviseerde zij over de vaste tarieven voor service- en onderhoudsbeurten. NCBRM adviseerde haar leden over de in de werkplaatstarieven op te nemen percentages voor rentekosten en winstopslag.

##### *Productie- en specialisatieovereenkomsten*

De d-g NMa heeft in 2003 veel aandacht gegeven aan samenwerkingen op het gebied van productie en specialisatie. Belangrijkste besluit op dit punt is vermoedelijk die

33 Besluit d-g NMa 25 juli 2003 (Penta Projectontwikkeling B.V., zaaknr. 3089), rnr. 56-61.

34 Besluit d-g NMa 19 juni 2003 (Wit- en Bruingoed, gev. zaken 2495, 2503, 2527, op bezwaar), rnr. 75.

35 Besluit d-g NMa 14 januari 2003 (Garnalen, zaaknr. 2269).

36 Artikel 88 Mw. zal op grond van wetsvoorstel kamerstuknummer 29 276 ter implementatie van Vo. 1/2003 overigens iets worden 'gemoderniseerd'. Ingevolge Vo. 1/2003 zal de NMa in geval van interstatelijkheid overigens altijd artikel 81 moeten toepassen.

37 Schriftelijke vraag P-0772/03 van Albert Maat aan de Commissie, Pb. EG 2004, C33E/80.

38 Besluit d-g NMa 19 maart 2003 (OSB, zaaknr. 2021).

39 Besluit d-g NMa 13 november 2003 (BOVAG en NCBRM, zaaknr. 2973).

betreffende de samenwerking van diverse wegenbouwers ten aanzien van de productie van asfalt. Daarnaast zijn aan de orde geweest de samenwerkingsverbanden van respectievelijk aanbieders van kerosine op Schiphol voor de aanleg van de Amsterdam Schiphol Pijpleiding, een aantal kleinere, lokale bouwers in Penta en een aantal apothekers voor een dienstapothek, de Regenboogapothek genaamd.

Op 26 februari herstructureerde de d-g NMa door middel van 19 ontheffingsbesluiten *de facto* de gehele asfaltproductiesector in Nederland. Daarbij zijn in totaal 28 samenwerkingsverbanden van wegenbouwbedrijven in Nederland beoordeeld. Dit was volgens een persbericht van de NMa de eerste keer dat de d-g NMa alle samenwerkingsverbanden in een sector integraal onder de loep nam.<sup>40</sup>

Het onderzoek nam een aanvang naar aanleiding van een aantal ontheffingsverzoeken uit begin 1998. Op 14 februari 2002 zond de d-g NMa de meeste partijen een negatief conceptbesluit toe waarbij hij liet weten dat hun samenwerkingsverbanden in strijd waren met het kartelverbod. Deze kwamen ook niet in aanmerking voor een ontheffing. In overleg met de NMa hebben de betrokken partijen van dertien samenwerkingsverbanden daarop 'hun structuur aangepast'. Het persbericht hanteerde op dit punt overigens iets minder eufemistische taal en stelde onomwonden dat de NMa de afstoting heeft geëist van bepaalde participaties van bouwbedrijven. Door deze aanpassingen werd het gezamenlijk marktaandeel van de respectievelijke ondernemingen die in ieder van de vier samenwerkingsverbanden participeerden teruggebracht tot minder dan 20%, waardoor de desbetreffende samenwerkingsovereenkomsten, 'voor zover dat noodzakelijk is', onder de groepsvrijstelling voor specialisatieovereenkomsten vielen.<sup>41</sup> Een aantal andere samenwerkingsverbanden vielen vanwege hun marktaandeel van minder dan 20% al direct onder de EG-groepsvrijstelling voor specialisatieovereenkomsten.<sup>42</sup>

De volledige analyse van de asfaltproductiesector en de motivering van de afwijzing is te vinden in het besluit naar aanleiding van het ontheffingsverzoek van ACS.<sup>43</sup>

De analyse maakt gebruik van het analytisch raamwerk voor productieovereenkomsten dat wordt geboden in de horizontale richtsnoeren van de Commissie.<sup>44</sup> De markt voor asfaltproductie heeft een starre structuur met weinig toe- en uittrekders. De centrales zijn vrijwel uitsluitend eigendom van wegenbouwers die het overgrote deel (80% à 100%) van de productie zelf afnemen ten behoeve van de *downstream*-markt van het asfalteren van wegen (de zogenoemde 'spill-over markt'). De kosten van de *downstream*-markt van het asfalteren van wegen worden voor circa 75% bepaald door de productiekosten van asfalt. Hierdoor wordt de kostenstructuur van de *downstream*-markt zeer uniform. De zes grootste bouwconcerns asfalteren gezamenlijk circa de helft van de Nederlandse wegen. 70% à 80% van het door hen gebruikte asfalt produceren zij gezamenlijk. Bovendien ontstaan er netwerkeffecten doordat de zes grootste wegenbouwers elkaar tegenkomen in 25 samenwerkingsverbanden, waar-

mee in totaal 30 van de 51 Nederlandse asfaltcentrales worden geëxploiteerd.

Na deze algemene analyse van de betrokken markten, volgt de specifieke beoordeling van het samenwerkingsverband ACS. Dit samenwerkingsverband kent twee onoverkomelijke problemen. Ten eerste hebben partijen zich verplicht gedurende de looptijd van het samenwerkingsverband geen nieuwe capaciteit in de relevante markt te zullen scheppen, hetgeen wordt aangemerkt als een doelbeperking.<sup>45</sup> Ten tweede valt de samenwerking volgens de d-g NMa vanwege het marktaandeel niet onder de groepsvrijstelling voor specialisatieovereenkomsten, terwijl de structuur van de samenwerking volgens de d-g NMa tot een sterk verminderde concurrentie leidt op de *spill-over* markt van het asfalteren van wegen.<sup>46</sup> Partijen produceren namelijk vrijwel hun totale behoefte aan asfalt gezamenlijk, terwijl de productiekosten van asfalt 75% van de kosten van de asfaltering van wegen uitmaken. Zodoende leidt de samenwerking tot een hoge mate van uniformering van de kosten op de *spill-over* markt, hetgeen volgens de d-g NMa onvermijdelijk tot gevolg heeft dat voor een groot gedeelte van de verkoopprijs de concurrentie is uitgeschakeld.

Derhalve beoordeelt de NMa de effecten van de samenwerking niet slechts op grond van het marktaandeel van ACS op de markt voor asfaltproductie (de *rechtstreeks betrokken* markt), maar in het bijzonder ook aan de hand van het *gezamenlijke* marktaandeel van de participanten in ACS op de markt voor het asfalteren van wegen (de *spill-over* markt). Ten slotte dragen ook de toetredingsbelemmeringen en de netwerkeffecten bij aan een beperkte concurrentie.

Nadat de d-g NMa ACS in februari 2002 een concept afwijzingsbesluit had doen toekomen, hebben partijen een aanpassingsvoorstel ingediend. Dit voorstel hield in dat een van de vier partijen zou uittraden en dat ACS zou worden omgevormd van een v.o.f. tot een B.V., waarover Dura Ver-

40 Vgl. persbericht NMa 03-06 van 26 februari 2003.

41 Vo. nr. 2658/2000 van de Commissie van 29 november 2000, Pb. EG 2000, L 304/3. De vier samenwerkingsverbanden betroffen die van de Rotterdamse Haagse Asfalt Combinatie (ROHAC, zaaknr. 326), Asfaltcentrale Doetinchem (zaaknr. 329), Asfaltproductie de Eem (zaaknr. 493), Zuid Nederlandse Asfaltcentrale (zaaknr. 3405).

42 Besluit d-g NMa 26 februari 2003 n.a.v. de ontheffingsverzoeken van Asfaltcentrale Utrecht (zaaknr. 312), Oost Groninger Asfaltcentrale Productie (zaaknr. 460), Asfaltcentrale Twente (zaaknr. 536), en Asfaltcentrale Gouda (zaaknr. 544).

43 Besluit d-g NMa 26 februari 2003 (ACS, zaaknr. 318). Na de negatieve beoordeling van het ontheffingsverzoek van ACS, hebben 13 andere samenwerkingsverbanden hun ontheffingsverzoek aangepast, waarna de d-g NMa deze op 26 februari 2003 niet langer in strijd heeft geoordeeld met artikel 6 Mw. Dit betreft de ontheffingsverzoeken van Rotterdamse Haagse Asfalt Combinatie (ROHAC, zaaknr. 326), Asfaltcentrale Eindhoven (zaaknr. 328), Asfaltcentrale Doetinchem (zaaknr. 329), Asfalt Productie Maatschappij (APM, zaaknr. 454), Asfaltproductie de Eem (zaaknr. 493), Asfaltcentrale Limburg (zaaknr. 630), APW (zaaknr. 1574), Asfalt Productie Kootstertille (zaaknr. 1927).

44 Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Pb. EG 2001, C 3.

45 ACS, rnr. 124 – 129.

46 ACS, rnr. 137, jo. 52 en 62.

meer de uitsluitende zeggenschap zou krijgen. De overige twee aandeelhouders zouden slechts minderheidsdeelnemingen verkrijgen zonder enige vorm van zeggenschap. Volgens de d-g NMa nemen deze voorstellen de voornaamste bezwaren tegen de samenwerking, te weten het hoge marktaandeel (35%) op de *spill-over* markt van wegafaltering en de uniformering van kosten, echter niet weg. Daarbij merkt de d-g NMa op dat het al dan niet hebben van zeggenschap niet bepalend is voor de beoordeling van samenwerkingsverbanden tussen concurrenten en dat de toezeggingen voornamelijk in de sfeer lagen van gedragsverbintenissen.

Er zijn ten minste drie opmerkelijke punten in deze beoordeling. Ten eerste valt op dat de op zichzelf gedegen marktanalyse waarbij – vermoedelijk terecht – netwerkeffecten zijn gesignaleerd, geen rekening houdt met de tegelijkertijd door de NMa in de andere zaken afgedwongen herstructurering waardoor de netwerkeffecten zijn afgenomen. Van de achttien andere samenwerkingsverbanden waarin de NMa op dezelfde dag een besluit nam, zijn er immers vijf op last van de NMa ontbonden<sup>47</sup> en werd in vier andere gevallen het marktaandeel op de downstream-markt teruggebracht tot onder de 20%.<sup>48</sup> Ten tweede is opmerkelijk dat de groepsvrijstelling niet-toepasselijk geacht wordt omdat het marktaandeel van partijen op de *spill-over* markt (het asfalteren van wegen) te hoog is, en niet omdat het marktaandeel op de *rechtstreeks betrokken* markt te hoog is (asfaltproductie). Deze keuze wordt in het besluit verdedigd met een verwijzing naar punt 82 van de richtsnoeren horizontalen. Deze richtsnoeren betreffen echter de toepasselijkheid van artikel 81 EG, maar niet de toepasselijkheid van de groepsvrijstelling Verordening nr. 2658/2000. Deze groepsvrijstelling geeft in haar definitieparagraaf specifiek aan dat onder de relevante markt (uitsluitend) moet worden verstaan

*‘de [...] markten waartoe de producten waarop de specialisatieovereenkomst betrekking heeft, behoren’.*

Dat zijn mijns inziens dus niet eventuele *spill-over* markten.<sup>49</sup> Indien de d-g NMa niet gelukkig is met de toepasselijkheid van de groepsvrijstelling, is de koninklijke weg dat hij de Commissie verzoekt deze in te trekken. Ten derde is opvallend dat de NMa ten aanzien van vier gezamenlijke centrales oordeelde dat, hoewel het marktaandeel iets boven de grens van 20% lag, de samenwerking geoorloofd was, niet omdat deze onder de groepsvrijstelling vielen, maar omdat de marktmacht van de overblijvende ondernemingen zo beperkt was dat de samenwerking niet onder artikel 6 Mw viel.<sup>50</sup> De uitgebreide aandacht voor de groepsvrijstelling blijkt in die zin dus overbodig te zijn geweest. Naar verluidt, is tegen dit besluit bezwaar ingesteld.

*Amsterdam Schiphol Pijpleiding* ('ASP') betrof ook een samenwerkingsverband van concurrenten op een downstream-markt, namelijk van de belangrijkste aanbieders van kerosine op Schiphol.<sup>51</sup> Tot 1997 vond de aanvoer van kerosine naar Schiphol plaats via (i) binnenvaartschepen en (ii) de pijpleiding van de Defensie Pijpleiding Organisatie ('DPO').

Van overheidswege is de aanvoer per schip om diverse redenen geblokkeerd, zodat alleen de DPO-leiding overbleef. De capaciteit van de DPO-leiding was echter onvoldoende om de capaciteit van de schepen volledig op te vangen. Om toch te kunnen voorzien in de totale behoefte aan kerosine op Schiphol hebben enkele grotere oliemaatschappijen en KLM besloten gezamenlijk een nieuwe pijpleiding aan te leggen vanuit het Amsterdamse havengebied. Deze pijpleiding diende ter aanvulling op de DPO-leiding waar alle op Schiphol actieve oliemaatschappijen zich door middel van een gezamenlijke overeenkomst met het Ministerie van Defensie toe hadden verplicht gebruik van te maken. Partijen in ASP hebben een non-concurrentiebeding getekend dat hen verbiedt zowel gedurende hun aandeelhouderschap, als vijf jaar daarna, concurrerende activiteiten aan te gaan, of overeenkomsten te sluiten met concurrerende ondernemingen, met uitzondering van DPO. Verder hebben partijen een doorzetverplichting getekend. ASP kan niet-vennoten ook een doorzetfaciliteit aanbieden.

Aangezien partijen concurrenten zijn op de *downstream*-markt van het aanbieden van kerosine op Schiphol, beschouwt de d-g NMa de horizontale richtsnoeren van de Commissie weer als leidraad. De samenwerking tussen partijen was volgens de d-g NMa geen probleem omdat deze, na het wegvallen van het vervoer per binnenschip, noodzakelijk was en de concurrentieverhoudingen op de markt van kerosinetransport naar Schiphol weer herstelde. Daarnaast was het gezien de organisatiestructuur van ASP en het zeer geringe deel dat de doorzetkosten uitmaakten van de totale kosten van kerosine, onwaarschijnlijk dat de oprichting van ASP tot *spill-over* effecten zou leiden op de *downstream*-markt. Ook het non-concurrentiebeding en de doorzetverplichting hadden volgens de d-g NMa geen negatieve mededingingsrechtelijke gevolgen. Het non-concurrentiebeding gold namelijk niet voor het gebruik van de DPO-pijpleiding en partijen hadden aangegeven dat hun dochterondernemingen er niet aan waren gebonden. Ook de doorzetverplichting liet het gebruik van de DPO-leiding onverlet.

Het contrast met de beoordeling van de samenwerking in ACS is opvallend. De combinatie van noodzakelijkheid en de openheid ten opzichte van derden werden ten aanzien van de samenwerking in ASP voldoende geacht om aan het verbod van artikel 6 te ontsnappen. Marktaandelen van partijen in ASP op de direct betrokken markt en de downstream-markt zijn niet onderzocht. Ook het verschil in de beoordeling van het non-concurrentiebeding is leerzaam. In ACS werd het non-concurrentiebeding beschouwd als ertoe strekkend de

47 De asfaltcentrales van Eindhoven, Limburg, Hoogblokland, Venlo en Zwijndrecht.

48 De asfaltcentrales van Rotterdam/Den Haag, Doetinchem, de Eem, en Zuid Nederland.

49 Zie voor een vergelijkbare kritiek G.A. Vriezen, 'Samenwerking in de asfaltproductiesector: Mededingingsrecht als middel tot herstructurering van markten', M&M 2004, nr. 1, 18-22.

50 APM (zaaknr. 454), APW (zaaknr. 1574), Kootsertille (zaaknr. 1927), Brabantse Asfaltcentrale (zaaknr. 3406).

mededinging te beperken, terwijl er in ASP vanwege de aanwezigheid van de DPO-leiding noch een beperkend doel, noch een beperkend gevolg werd gezien. Men kan zich afvragen of de aanwezigheid van de DPO-pijpleiding in dit geval nu echt zoveel verschil maakt op de mededinging. De vrijheid die de DPO-leiding partijen biedt, is immers zeer beperkt. Enerzijds hebben alle partijen in ASP zich jegens het Ministerie van Defensie verplicht tot een bepaalde minimum doorzet, anderzijds is ook de maximum doorzet van de DPO-leiding technisch beperkt en in ieder geval onvoldoende voor iedereen.

*Penta*, een samenwerkingsverband van vijf kleinere, lokale bouwbedrijven in de Zaanstreek om – naar eigen zeggen – mee te kunnen dingen naar grotere projecten, werd geacht een mededingingsbeperkende strekking te hebben.<sup>52</sup> *Penta* zou zich moeten richten op de grotere projecten in de burgerlijke en utiliteitsbouw ('B&U') en de grotere projectontwikkeling. Partijen betoogden dat zij – zoals in *K.O.Bus*<sup>53</sup> – geen concurrenten van elkaar waren op de relevante markt van grotere projecten, omdat ze individueel niet in staat waren deze grotere projecten aan te gaan. Voorzover uit deze samenwerking toch enige mededingingsbeperking tussen partijen zou voortvloeien, zou de samenwerking een extra aanbieder in de relevante markt zetten en daardoor de concurrentie bevorderen. De samenwerkingsovereenkomst voorzag echter niet in harde criteria om de grotere projecten – waar de samenwerking op zag – van de kleinere projecten te onderscheiden. Voorzover er grenzen waren aangegeven, bleek voorts dat de projecten die partijen in het verleden op individuele basis hadden uitgevoerd, veelal boven deze grenzen lagen. Om die reden oordeelde de d-g NMa dat partijen wel degelijk concurrenten van elkaar waren. Het samenwerkingsverband voorzag er voorts in dat partijen elkaar structureel in kennis stelden van projecten die zouden kunnen worden ingebracht in *Penta*. Nu deze informatieplicht niet was gekoppeld aan een specifiek project of aanbesteding, maar, integendeel, algemeen en van onbeperkte duur was, strekte het volgens de d-g NMa ertoe de mededinging te beperken. De informatie-uitwisseling was immers wezenlijk in strijd met de gedachte dat concurrenten ieder individueel en autonoom hun eigen commerciële beleid bepalen. Partijen konden de d-g NMa ook niet overtuigen dat voldaan was aan de voorwaarden van artikel 17 Mw.<sup>54</sup> De uitkomst van dit ontheffingsverzoek mag gezien eerdere besluiten van de d-g NMa niet verbazen.<sup>55</sup>

*Regenboogapotheek* betrof een klacht tegen een waarneemregeling van apothekers. De d-g NMa oordeelde dat een dergelijke waarneemregeling geen non-concurrentiebeding mag bevatten dat deelnemende apothekers verbiedt open te zijn gedurende de openingsuren van de (gezamenlijke) dienstapotheek.<sup>56</sup> De voorwaarden voor deelname aan een waarneemregeling moeten bovendien objectief, transparant en non-discriminatoire zijn. De d-g NMa hanteert deze eisen in dit besluit met enige souplesse. Naar zijn oordeel wordt de mededinging althans niet merkbaar beperkt als de deelnemersvergoeding geen rekening houdt met een beperkter gebruik door de Regenboogapotheek van de dienstapotheek.

De Regenboogapotheek was, anders dan de andere apotheken in Breda, immers ook op zaterdag open. Op die dag maakte zij derhalve geen gebruik van de waarneemapotheek. Het vaste deelnametarief kwam daardoor voor de Regenboogapotheek op uurbasis hoger uit hetgeen als discriminatie zou kunnen worden aangemerkt. Dit nadeel werd volgens de d-g NMa echter gecompenseerd doordat de Regenboogapotheek op die zaterdag extra inkomsten kan genereren. Dat neemt de discriminatie mijns inziens niet weg, maar wellicht moet de opmerking van de NMa meer in het kader van de merkbaarheid worden gezien.

#### *Aanbestedingsafspraken in de bouwsector*

De zogenoemde bouwbesluiten behoren ongetwijfeld tot de meest spraakmakende zaken van 2003. In 2003 nam de d-g NMa terzake zes besluiten.<sup>57</sup> De gedragingen die de basis vormden voor de overtredingen kwamen sterk overeen. Alle zaken betroffen vormen van afstemming met concurrenten bij de aanbesteding van werken. Alleen de onderliggende gedraging in *Heijmans en Solétanche* verschilt licht van de overige zaken.

In *Scheemda* hebben vier wegebouwers volgens de d-g NMa artikel 6 Mw overtreden door vooraf hun inschrijvingen voor een overeenkomst met de gemeente Scheemda onderling te coördineren. De overeenkomst betreft een driejarig contract voor het onderhoud van wegen. De ondernemingen bepaalden volgens de d-g NMa onderling wie het project zou uitvoeren en voor welke prijs ('bid-rigging'). Bovendien werd overeengekomen dat de niet-uitvoerende ondernemingen een tegemoetkoming zouden krijgen van de uitvoerende onderneming voor het prijsgeven van de opdracht. De d-g NMa achtte de wegebouwers schuldig aan uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie en marktverdeling.<sup>58</sup>

51 Besluit d-g NMa van 12 maart 2003 (ASP, zaaknr. 187).

52 Besluit d-g NMa 25 juli 2003 (*Penta* projectontwikkeling B.V., zaaknr. 3089).

53 Vgl. Besluit d-g NMa 1 juli 1999 (*K.O. Bus*bedrijven, zaaknr. 427).

54 Uit een achtregelig nieuwsbericht op de website van de NMa van 29 december 2003 blijkt dat partijen na afwijzing van het ontheffingsverzoek de overeenkomst hebben aangepast. De exacte inhoud van de aanpassingen blijkt helaas niet uit het nieuwsbericht. Wel kan er uit worden afgeleid dat de aanpassing betrekking heeft op de meldingsplicht en het selectie criterium voor de gezamenlijke uitvoering van projecten. Na deze aanpassingen ziet de NMa geen aanleiding voor partijen om opnieuw een ontheffingsverzoek in te dienen.

55 Vgl. Besluit d-g NMa 20 december 2002 (*Medicom Zes*, zaaknr. 231).

56 Besluit d-g NMa 5 september 2003 (*Regenboogapotheek vs Apothekersvereniging Breda/Dienstapotheek Breda B.V.*, zaaknr. 3169).

57 Besluit d-g NMa 25 april 2003 (*Scheemda*, zaaknr. 3055), Besluit d-g NMa 18 december 2003 (*Noord-Holland Acht*, zaaknr. 2873), Besluit d-g NMa 18 december 2003 (*Atletiekbanen*, zaaknr. 3054), Besluit d-g NMa 18 december 2003 (*Asfaltzware wegenprojecten Noord Nederland*, zaaknr. 3064), Besluit d-g NMa 18 december 2003 (*Aanbesteding herprofilering Aambeeldsstraat en Mokerstraat te Amsterdam-Noord*, zaaknr. 3272) en Besluit d-g NMa 18 december 2003 (*Heijmans en Solétanche Bachy*, zaaknr. 2906).

58 Besluit d-g NMa 25 april 2003 (*Scheemda*, zaaknr. 3055), rnr. 157, 160, 162 en 168.



In lijn met Scheemda volgden op 18 december 2003 nog vijf andere besluiten, waarin de NMa een oordeel velt over vermeende aanbestedingsafspraken in de bouwsector. Het betrof de besluiten in *Noord-Holland Acht*, *Atletiekbanen*, *Asfaltzware wegenprojecten*, *Mokerstraat* en in *Heijmans en Solétanche*. De eerste vier zaken leken wat de feiten betreft sterk op *Scheemda*. Zij betroffen eveneens de onderlinge verdeling van werk voorafgaande aan de inschrijving voor werken. De NMa acht het aannemelijk dat bij de onderlinge verdeling werd gelet op de stand van zaken tussen de betrokken ondernemingen. Die stand van zaken werd enerzijds bepaald door de daadwerkelijk behaalde omzet per onderneming tot dan toe en de 'rechten' die de ondernemingen op basis van eerdere verdelingen konden doen gelden.<sup>59</sup>

Uit de besluiten blijkt overigens niet dat sprake was van onderlinge uitkeringen van op geld waardeerbare vergoedingen, althans niet per project. Over het algemeen nam de rechthebbende of combinatie van rechthebbenden die een werk toegewezen kreeg, ook enkel een 'schuld' op zich ten opzichte van de niet-uitvoerende ondernemingen. De niet-uitvoerende ondernemingen kregen een 'recht'. Door de opbouw van rechten konden vervolgens deze niet-uitvoerende ondernemingen later aanspraak maken op de laagste inschrijving voor een ander werk. Werd het betreffende werk aan die onderneming toegewezen, dan werd in de administratie het eerder verkregen 'recht' vereffend. Omdat de verschillende ondernemingen de 'rechten' en 'schulden' niet te hoog op wilden laten lopen, werden de werken in de loop der tijd op een relatief natuurlijke wijze onderling verdeeld. Dit systeem laat onverlet de mogelijkheid dat forse concurrentie plaatsvond tussen de diverse gegadigden ten tijde van het vooroverleg.

In *Noord-Holland Acht* spraken de betrokken ondernemingen ook onderling af hoe om te gaan met derdebieders op een werk<sup>60</sup>. Deze moesten met een tegenprestatie uit de markt gehouden worden, zodat 'de omzet binnen de groep bleef'. Bij lezing van het besluit springt in het oog dat de NMa voor deze praktijken geen andere aanwijzingen lijkt te hebben gehad dan administratieve notities waaruit de noodzaak voor het verstrekken van de tegenprestaties bleek. Het uitvoerige onderzoek van de NMa moet op dat punt meer concrete informatie hebben opgeleverd.

Verder valt op dat de NMa in de vier besluiten, anders dan in *Scheemda*, niet grijpt naar de uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie als basis voor de overtreding van de Mw. De gedragingen worden door de NMa gekwalificeerd als onderlinge afgestemde feitelijke gedragingen, die duidelijk tot doel hadden de mededinging te beperken dan wel te vervalsen.

*Heijmans en Solétanche* betrof ook de onderlinge verdeling van werk en afspraken omtrent prijzen, maar er bleef nog zekere concurrentie tussen partijen mogelijk. De zaak kwam aan het rollen toen een directeur van Heijmans per ongeluk een e-mail aan Solétanche waarin deze werd verzocht de exclusiviteitsafspraken te blijven respecteren, per ongeluk in kopie aan de gemeente Amsterdam stuurde. De

overtreding betreft een raamovereenkomst waarbij partijen overeen kwamen elkaar op de hoogte te houden van potentiële projecten. Daarnaast spraken zij af niet afzonderlijk in te schrijven op projecten zonder eerst de mogelijkheid van een gezamenlijke inschrijving te bespreken.<sup>61</sup> Allereerst was hier volgens de NMa sprake van uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie. Daarnaast was, volgens de NMa, ook sprake van uitsluiting van concurrentie. Hoewel beide ondernemingen ieder hun eigen specialisaties hadden, waren zij kruislings wel in staat op het gebied van elkaars specialisatie werkzaam te zijn. De samenwerking was daardoor aantrekkelijk, maar technisch gezien mededingingsbeperkend. Daardoor konden ze elkaar bij verwezenlijking van werken aanvullen en was samenwerking voordelig. Echter ze waren ook concurrenten van elkaar vanwege het feit dat ze beiden ook werkzaam waren op het gebied van elkaars specialisatie.<sup>62</sup> Mede gezien de omvang van beide bedrijven en de betrokken werken, oordeelde de NMa dat beperking merkbaar was.

Men kan zich afvragen of de NMa op het punt van informatie-uitwisseling niet overdrijft. In de woorden van de NMa is gebleken dat partijen bij de uitvoering van de Raamovereenkomst

*'elkaar strategische informatie toespeelden betreffende marktontwikkelingen en het marktgedrag van andere ondernemingen met betrekking tot projecten, waarbij bijzondere funderingstechnieken zijn betrokken'.*

Aldus wordt informatie omtrent gedragingen van andere ondernemingen, die volgens het besluit niet vertrouwelijk was, aangemerkt als concurrentiegevoelige informatie tussen Heijmans en Solétanche. Toegegeven kan worden dat veel informatie, inclusief openbare informatie uit de pers en informatie afkomstig van algemene onderzoeksbureaus, invloed kan hebben op de concurrentie. Het gaat echter ver de uitwisseling hiervan te verbieden wegens strijd met artikel 6 Mw. Moet een officieel orgaan van een ondernemersvereniging waarin concurrenten elkaar op de hoogte houden van actuele ontwikkelingen hun beroepsgroep betreffende, zoals bijvoorbeeld het Advocatenblad, ook in strijd worden geacht met artikel 6?

Verticale overeenkomsten

Uit *Waterbedrijf Europoort* ('WBE') blijkt dat een exclusief afnamecontract van (zeer) lange duur met het enige lokale waterleidingbedrijf niet onder artikel 6 valt zolang er

59 Besluit d-g NMa 18 december 2003 (Noord-Holland Acht, zaaknr. 2873), rnr. 214.

60 Besluit d-g NMa 18 december 2003 (Noord-Holland Acht, zaaknr. 2873), rnr. 215.

61 Besluit d-g NMa 18 december 2003 (Heijmans en Solétanche Bachy, zaaknr. 2906), rnr. 30 t/m 36.

62 Besluit d-g NMa 18 december 2003 (Heijmans en Solétanche Bachy, zaaknr. 2906), rnr. 89.

voldoende (potentiële) concurrentie bestaat.<sup>63</sup> WBE had als waterleidingbedrijf een *take-or-pay* contract gesloten met Esso voor de levering van bewerkt industriewater. Hoewel er geen juridische verplichting bestond voor Esso om van WBE water af te nemen, was de prijsopbouw van het contract zodanig dat het voor Esso niet rendabel was om gedurende de contractperiode gebruik te maken van alternatieve bronnen. De overeenkomst wordt daarom aangemerkt als een exclusieve afnameovereenkomst. Voor de beoordeling van deze overeenkomst is primair de marktpositie van WBE als leverancier van belang. Afnemers van industrieel water blijken daarbij in beginsel niet gebonden te zijn dit af te nemen van een algemeen waterleidingbedrijf. Zij kunnen ook (al dan niet in samenwerking met anderen) kiezen voor de decentrale productie van industrieel water op basis van water dat in de directe omgeving van de afnemer wordt gewonnen. De leveranciers van de daarvoor benodigde waterzuiveringssystemen zijn (zeer) grote ondernemingen die in heel West-Europa actief zijn. De relevante markt wordt daarom gevormd door (water)voorzieningen met betrekking tot bewerkt industriewater voor grootverbruikers in West-Europa. Aangezien WBE op deze markt slechts een zeer klein aandeel heeft, leidt de exclusiviteit er volgens de d-g NMa niet toe dat de mededinging merkbaar wordt beperkt.

## Ontheffingen

### Bewijslast

Volgens vaste rechtspraak dient degene die zich op artikel 17 Mw beroept de hiervoor noodzakelijke onderbouwing te leveren.<sup>64</sup> Dit werd in 2003 onder meer geïllustreerd in ACS.<sup>65</sup> Partijen hadden volgens de d-g NMa niet inzichtelijk gemaakt welke investeringen welke voordelen zouden opleveren in termen van rentabiliteit, kostenbesparingen, milieu, veiligheid en efficiëntie. Ook was niet voldaan aan de voorwaarden voor het verlenen van een ontheffing aan een crisiskartel. Belangrijkste overweging hierbij was dat er geen sectordekkend en dwingend saneringsprogramma was vastgelegd.

### Prijsafspraken

Prijsafspraken komen slechts zelden in aanmerking voor een ontheffing. Dat blijkt onder andere uit de twee hierna te bespreken besluiten inzake de ontheffingsverzoeken van RTC en *Telegiro*. Uitzondering op deze regel vormen de twee – in de volgende paragraaf te bespreken – besluiten over recyclingsystemen. RTC betrof de uniforme tarieven van de circa 200 Rotterdamse taxiondernemingen die aandeelhouder waren van RTC.<sup>66</sup> De door RTC vastgestelde uniforme tarieven werden aangemerkt als een horizontale prijsafpraak die ertoe strekte de mededinging tussen de taxibedrijven / aandeelhouders te beperken. Horizontale prijsafspraken komen volgens de d-g NMa in zijn algemeenheid niet voor ontheffing in aanmerking. Daarbij speelt in het onderhavige geval mee dat RTC een relatief groot marktaandeel heeft van 45%. Volgens de d-g NMa leidt de prijsafpraak niet tot een

verbetering van de productie of de distributie of bevordering van de technische en economische vooruitgang. Het uniforme tarief zou volgens de d-g NMa integendeel leiden tot inefficiënties en staat de door de wetgever beoogde marktwerking en prijsdifferentiatie in de weg. Ten aanzien van het door RTC naar voren gebrachte argument dat uniforme tarieven duidelijkheid en transparantie brengen voor de consument, merkt de d-g NMa op dat die duidelijkheid niet altijd gunstig is voor de consument. RTC zou volgens de d-g NMa voorts niet hebben aangetoond dat het uniforme tarief onmisbaar zou zijn voor de – op zichzelf positief beoordeelde – instandhouding van de taxicentrale. Dat de klant anders is 'overgeleverd aan de nukken en grillen van de individuele ondernemers' wordt door de d-g NMa niet voldoende geacht omdat er wettelijke maximumtarieven gelden. Verder dienen taxiondernemingen ingevolge de nieuwe wet hun tarieven duidelijk kenbaar te maken. RTC zou volgens de d-g NMa de bellende klant op deze verschillende tarieven kunnen wijzen. Nu aan twee van de vier voorwaarden niet werd voldaan, wordt het ontheffingsverzoek afgewezen.

Opvallend is dat de d-g NMa bij de bespreking van de onmisbaarheid nog wel aangeeft dat hij zich minder mededingingsbeperkende (en kennelijk wel voor ontheffing in aanmerking komende) modaliteiten kan voorstellen. Zo zou RTC wel aan bellende klanten een bepaalde marge mogen noemen, waarbinnen de bij RTC aangesloten taxiondernemingen hun tarieven hanteren. Of voor de bellende klanten een indeling in drie prijsklassen A, B en C mogen hanteren, waarbij comfort/luxe en service meegenomen kunnen worden. Voor opstapwerk zou dit niet mogen worden gehanteerd.

De uitspraak is gezien het taboe op prijsafspraken niet verrassend, maar vanuit het oogpunt van marktwerking toch ook niet bevredigend. RTC lijkt dicht tegen een onderneming aan te zitten die zich op de markt zou moeten kunnen profileren ten opzichte van haar concurrenten met één herkenbare prijs en kwaliteit. Die mogelijkheid wordt haar nu ontnomen. Het standaard argument dat het hanteren van een uniforme prijs (binnen RTC) tot inefficiënties zou leiden, wordt door de d-g NMa hier niet nader onderbouwd dan met een verwijzing in een voetnoot naar de FENEX-beschikking van de Commissie over prijsaanbevelingen van een beroepsorganisatie. Het is echter op zijn minst voorstelbaar dat RTC in haar concurrentiestrijd met andere centrales er wel degelijk voor zal zorgen dat inefficiënties worden uitgebannen en dat de voordelen daarvan aan de consument worden doorgegeven. De Rotterdamse consument lijkt mij meer gediend met drie of vier

63 Besluit d-g NMa 1 september 2003 (Waterbedrijf Europort, zaaknr. 1941).

64 Rb. Rotterdam 16 mei 2001, VKNMvD vs. d-g NMa, MEDED 99/2584-SIMO. Zie ook de in artikel 2 van Vo. 1/2003 aangegeven bewijslastverdeling en de recente richtsnoeren van de Commissie voor de toepassing van artikel 81, lid 3 EG.

65 Besluit d-g NMa 26 februari 2003 (Asfalt Centrale Stedendriehoek, zaaknr. 318).

66 Besluit d-g NMa 8 januari 2003 (Rotterdamse Taxi Centrale N.V., zaaknr. 2819).

herkenbare merken met ieder een eigen prijsbeleid dan met een onoverzichtelijke wirwar van 1300 à 1400 taxi's met ieder eigen tarieven en voorwaarden die opgaan in anonimiteit. Een relevante toets in het kader van artikel 17 zou daarbij wel zijn of voldoende restconcurrentie overblijft, maar daar is de d-g NMa in dit geval niet aan toegekomen. Tenslotte mogen naar mijn mening de bedoelingen van de wetgever bij andere wetten, in dit geval de wet personenvervoer, geen rol spelen bij een beoordeling door de d-g NMa op grond van de Mw. Zouden de taxiondernemingen hun eigen argumenten serieus nemen, dan zouden zij (met RTC) moeten fuseren. Het toont de paradox van de Mw dat dat vermoedelijk geen probleem zal opleveren, ervan uitgaande dat er geen ondernemingen bij zijn met een omzet van meer dan € 30 miljoen.

*Telegiro* betreft de beoordeling van een overeenkomst tussen vrijwel alle Nederlandse banken inzake de te betalen vergoeding voor de zogenoemde dooradvisering van per *Telegiro* verrichte betalingen.<sup>67</sup> De techniek van *Telegiro* maakt het opdrachtgevers mogelijk binnen een dag geld over te maken aan begunstigen. Vanaf de oprichting van *Telegiro*, in 1985, informeerde de bank van de begunstigde haar klant telefonisch dat het bedrag binnen was, de zogenoemde 'dooradvisering'. Aan deze dooradvisering zijn vanzelfsprekend kosten verbonden. Aangezien het aantal *Telegiro*-betalingen in de loop der tijd is toegenomen tot 6,4 miljoen per jaar (2001), zijn deze kosten ook aanzienlijk. Deze kosten aan de zijde van de bank van de begunstigde werden niet doorberekend aan de bank van de opdrachtgever. Aan de andere kant bleek dat slechts de helft van de opdrachtgevers prijs stelt op deze dooradvisering aan de begunstigde. Deze feiten indachtig hebben de Nederlandse banken een – open – overeenkomst gesloten waarbij enerzijds de kosten van dooradvisering aan de opdrachtgevende bank worden doorberekend en anderzijds de opdrachtgevende klant de optie krijgt de betaling zonder dooradvisering te laten geschieden. Ten aanzien van de in rekening te brengen kosten is een multilaterale interbancaire vergoeding ('MIV') afgesproken, waarvan de hoogte (nader) wordt bepaald op basis van de meest efficiënte dooradvisering. Het staat de banken daarbij overigens vrij op bilaterale basis een lagere vergoeding overeen te komen.

De d-g NMa aanvaardt in zijn beoordeling als uitgangspunt dat een interbancair betalingssysteem alleen kan bestaan op multilaterale grondslag. Ook neemt hij aan dat het noodzakelijk is dat er tussen de betrokken banken overeenstemming bestaat over de verrekening van kosten. Een multilaterale tariefafspraken echter, beperkt volgens hem de mededinging. Zulks belet de begunstigde banken een eigen prijsstelling te ontwikkelen jegens de opdrachtgevende banken.<sup>68</sup> Hoewel de begunstigde banken op bilaterale basis een lager bedrag zouden kunnen overeenkomen, missen zij volgens de d-g NMa de prikkel om dit ook daadwerkelijk te doen. Voorts heeft de MIV tot gevolg dat het gedrag van de opdrachtgevende banken ten aanzien van hun klanten wordt verstoord omdat de MIV – op grond van de door de banken aangereikte gegevens – toch nog circa 38% van de gemiddelde zakelijke

tarieven uitmaakt (naar mag worden aangenomen voor *Telegiro*-opdrachten). Aangezien de opdrachtgevende banken dit – uniforme en substantiële – kostenelement naar alle waarschijnlijkheid in rekening zullen brengen bij hun klanten, wordt de mededinging om de gunsten van de opdrachtgevende *Telegiro*-klanten volgens de d-g NMa beperkt. Ten aanzien van artikel 17 Mw erkent de d-g NMa dat de overeenkomst zal leiden tot een verbeterde dienstverlening en tot kostenbesparingen, zodat aan de eerste voorwaarde is voldaan. Ten aanzien van de tweede voorwaarde, komt het de d-g NMa echter niet aannemelijk voor dat de kostenbesparingen ingeval van niet-dooradvisering ook daadwerkelijk voor een billijk deel aan de opdrachtgever worden doorgegeven. Gezien het relatief beperkte aandeel van de *Telegiro* in het totale dienstenpakket van de banken acht de d-g het onaanneemelijk dat een gebruiker geneigd zal zijn alleen voor dit punt van bank te wisselen. Ook is volgens de d-g NMa niet duidelijk welke kostenvoordelen de banken zullen behalen als gevolg van de invoering van de MIV in vergelijking met de huidige situatie waarin geen vergoeding van kracht is. Wat de derde voorwaarde betreft, is de MIV volgens de d-g NMa niet noodzakelijk omdat – kort gezegd – in het verleden nooit eerder door de begunstigde bank een vergoeding is gevraagd voor dooradvisering aan de opdrachtgevende bank. Niet valt in te zien waarom dat nu anders zou zijn omdat er verschil wordt gemaakt tussen een product met en zonder dooradvisering. Aangezien aan twee van de drie voorwaarden niet wordt voldaan, wordt de ontheffing geweigerd.

De situatie doet enigszins denken aan de problematiek rondom de *terminating tariffs* van de mobiele telecomoperators. Voor het afwikkelen van belverkeer brengt de ontvangende mobiele operator aan de operator vanaf wiens netwerk wordt gebeld een bedrag in rekening. Door dit *calling party pays*-principe wordt de eigen klant van de ontvangende operator doorgaans niet met de afwikkelkosten geconfronteerd waardoor er voor de mobiele operator nauwelijks een prikkel uitgaat om een concurrerend tarief te berekenen. Op die grond oordeelde de d-g NMa dat de vijf mobiele operators in Nederland ieder een machtspositie hebben op hun eigen netwerk voor wat betreft het afwikkelen van belverkeer.<sup>69</sup> Dit argument wordt door de d-g NMa echter niet gebruikt in *Telegiro*. Er blijven bij lezing van het *Telegiro*-besluit nog een aantal belangrijke vragen hangen, onder andere ten aanzien van het gebrek aan noodzakelijkheid van de MIV. Met name dat vóór de invoering van de overeenkomst ook nooit een vergoeding voor dooradvisering in rekening is gebracht, lijkt geen erg sterk argument. Aan de 6,4 miljoen telefonische dooradviseringen die op jaarbasis plaatsvinden zijn kosten verbonden die nu door de begunstigde bank worden gedra-

67 Besluit d-g NMa 13 augustus 2003 (*Telegiro*, zaaknr. 3035).

68 De d-g NMa verwijst hierbij ook naar de bekendmaking van de Commissie omtrent de toepassing van de mededingingsregels op grensoverschrijdende creditoverschrijvingen, nr. 40, Pb. EG 1995, C251/3.

69 Vgl. de persberichten van de NMa van 5 december 2003 en 1 augustus 2002 en de marktanalyse van de NMa van 1 augustus 2002.

gen. Als wordt gekozen voor productdifferentiatie lijkt het logisch dat de 3,2 miljoen kennelijk onnodige dooradviseringen alleen kunnen worden vermeden als de opdrachtgever hier een kostenvoordeel mee kan behalen. Daarvoor lijkt doorfacturering van de dooradviseringskosten dan noodzakelijk. Als de NMa serieuze zorgen had over het doorgeven van de kostenvoordelen van niet-dooradvisering zou de NMa ervoor kunnen kiezen partijen hiertoe door middel van een voorschrift in de zin van artikel 21 Mw te verplichten.

#### Recyclingsystemen

In 2003 herzag de NMa haar oordeel over collectieve verwijderingssystemen onder artikel 17 Mw. In eerdere zaken was ten aanzien van batterijen, autowrakken en kunststof gevelelementen reeds vastgesteld dat een afspraak tussen fabrikanten/importeurs over een door hen te betalen uniforme (product- en omzetafhankelijke) verwijderingsbijdrage weliswaar tot doel had de prijsconcurrentie te beperken, maar kon genieten van een ontheffing.<sup>70</sup> Dit lag anders voor de verplichte doorberekening van deze verwijderingsbijdrage, evenals voor de aparte vermelding hiervan op de factuur. Deze lijn volgde de d-g NMa ook in 2001 ten aanzien van de Stichting Wit- en Bruingoed. De d-g NMa verleende hier ontheffing voor de uniforme verwijderingsbijdragen voor de inzameling en verwijdering, c.q. recycling van afgedankt wit- en bruingoed, maar niet voor de door de producenten en importeurs aangegane verplichting deze verwijderingsbijdragen met afzonderlijke vermelding op de factuur door te berekenen aan de volgende schakels in de distributieketen en uiteindelijk aan de consument.<sup>71</sup>

Op 19 juni 2003 geeft de d-g NMa gedeeltelijk toe aan de hiertegen ingebrachte bezwaren.<sup>72</sup> In geval van bijzondere omstandigheden kan volgens de d-g NMa de verplicht zichtbare doorberekening ('VZD') van de verwijderingsbijdragen onmisbaar worden geacht om de in artikel 17 Mw bedoelde voordelen te behalen.<sup>73</sup> Ten aanzien van de VZD voor wit- en bruingoed constateert de d-g NMa dat hetgeen door partijen naar voren is gebracht omtrent de problematiek van de zogenaamde historische voorraad van afgedankte apparaten inmiddels door de gemeenschapswetgever is onderkend.<sup>74</sup> De onmisbaarheid geldt echter alleen voorzover de geëxternaliseerde verwijderingsbijdrage niet hoger is dan de reële kosten van verwijdering van de historische voorraad. De ontheffing wordt gegeven voor de duur van een overgangperiode. Voor normale producten duurt deze tot 2011, maar voor apparaten met een langere levensduur tot 2013.

Deze nieuwe lijn wordt doorgezet in *Stichting Papier Recycling Nederland* (hierna: 'PRN').<sup>75</sup> PRN beheert de inzameling en verwerking van oudpapier en -karton in Nederland. Dit beheer is erop gericht de inzameling en recycling veilig te stellen in perioden van lage prijzen. Zodra de marktprijzen te laag zijn om de kosten van de inzameling en recycling te dekken (een zogenoemde 'ketendeficit'), treedt het systeem in werking. Alsdan zijn de zogenoemde eerste ontvangers van nog te verwerken nieuw papier in Nederland (bijvoorbeeld groothandelaren of de verpakkingsmiddelen-

industrie) verplicht een afvalbeheersbijdrage te storten in een fonds en deze bijdrage verplicht zichtbaar door te berekenen ('VZD') aan de eerstvolgende afnemer in de keten. Evenals in *Wit en Bruingoed*, heeft de Minister van VROM de regeling algemeen verbindend verklaard onder voorbehoud van toestemming van de d-g NMa. De d-g NMa achtte ook hier bijzondere omstandigheden aanwezig die de VZD onmisbaar maakten. Deze kwamen erop neer dat de eerste ontvangers, anders dan de producenten, niet wettelijk aansprakelijk waren voor de terugname van oudpapier en -karton en derhalve zonder de VZD naar alle waarschijnlijkheid niet zouden deelnemen aan het systeem. De bepalingen ten aanzien van de verplichte afdracht van een afvalbeheersbijdrage door de eerste ontvangers en de VZD aan hun afnemers werd daarom (een tijdelijke) ontheffing verleend. Beide recyclingzaken vormen een uitzondering op de regel dat horizontale prijsafspraken niet voor een ontheffing in aanmerking komen.

#### Intrekking van een ontheffing

Een individuele ontheffing kan op grond van artikel 23, lid 2 Mw geheel of gedeeltelijk worden ingetrokken. Enigszins vergelijkbaar, kan in geval een Europese groepsvrijstellingsverordening van toepassing is, de d-g NMa artikel 6 Mw op grond van artikel 13, lid 2 Mw alsnog van toepassing verklaren

*'indien zich omstandigheden voordoen als die welke krachtens de betreffende verordening kunnen leiden tot buitentoevoeging van de verordening'*

De enige, en destijds in ronkende bewoordingen aangekondigde procedure op dit vlak – het zgn. benzine-onderzoek – is begin 2003 bij wege van een persbericht(je) geëindigd.<sup>76</sup> De NMa was oorspronkelijk voornemens de steunsystemen van de oliemaatschappijen te verbieden. In

70 Vgl. t.a.v. de collectieve verwijderingssystemen voor batterijen, autowrakken en kunststof gevelelementen resp.: Besluit d-g NMa 18 december 1998 (Stibat, zaaknr. 51). Bij besluit van 31 mei 1999 is het daartegen gerichte bezwaar ongegrond verklaard. Bij Besluit 26 november 2002 is de aan Stibat verleende ontheffing verlengd tot 1 januari 2008; Besluit d-g NMa 23 oktober 2001 (Auto Recycling Nederland II, zaaknr. 2026); Besluit d-g NMa 23 oktober 2001 (Stichting Recycling VKG, zaaknr. 1982).

71 Besluit d-g NMa 18 april 2001 (Wit- en Bruingoed – NVMP – Zaanse Schroothandel, zaaknr. 1153), M&M 2001, nr. 7, p. 254, m.nt. H.H.B. Vedder.

72 Besluit d-g NMa 19 juni 2003 (Wit- en Bruingoed – NVMP – Zaanse Schroothandel, zaaknr. 2495).

73 Idem, rnr. 110.

74 Hiermee wordt gerefereerd aan Richtlijn 2002/96/EG van 27 januari 2003 betreffende afgedankte elektrische en elektronische apparatuur, Pb. EG 2003, L 37/24. Deze richtlijn staat de zichtbare doorberekening van de vaste verwijderingsbijdrage aan de consument toe voorzover het de historische voorraad betreft.

75 Besluit d-g NMa 10 december 2003 (Stichting Papier Recycling Nederland, zaaknr. 3007).

76 Persberichten NMa 18 december 2001 en 6 maart 2003: 'NMa: geen verbod steunsystemen benzine, wel jaarlijks rapportage marktontwikkelingen'.

het persbericht en bijgevoegde brief geeft de NMa aan deze procedure te ingrijpend te vinden. Ook was niet gebleken in hoeverre de steunsystemen inderdaad invloed hadden op de prijsvorming.

In *Takel en Berging* maakt de d-g NMa voor het eerst gebruik van zijn bevoegdheid een ontheffing op grond van artikel 23, lid 2 Mw gedeeltelijk in te trekken.<sup>77</sup> In maart 1999 had de d-g NMa ontheffing verleend voor het samenwerkingsverband van acht alarmeringsdiensten terzake van de Bergingsregeling Incident Management ('de bergingsregeling') voor het hoofdwegennet en het onderliggende wegennet.<sup>78</sup> Het samenwerkingsverband was in de vorm gegoten van de stichting Stichting Incident Management Nederland ('SIMN'). De Bergingsregeling ziet op de eerste berging van personenauto's. Deze eerste berging dient ertoe snel de rijbaan weer vrij te maken teneinde files te voorkomen. De SIMN selecteert hiertoe per rayon door middel van driejaarlijkse aanbestedingen een berger die meteen na de melding zal uitrijden. Cruciaal voor deze eerste berging is dat er door de bergingsbedrijven onmiddellijk na de melding wordt uitgereden zonder dat er vooraf door de politie poolshoogte wordt genomen of dat er een kentekencheck plaatsvindt. Het daaraan verbonden financiële risico voor vergeefse en onverzekerde ritten wordt voor het hoofdwegennet door Rijkswaterstaat gedragen. De ontheffing was ook op dit specifieke element gebaseerd.

Toen bleek dat op het onderliggende wegennet niet in alle gevallen onmiddellijk na een melding werd uitgereden, heeft de d-g NMa bij besluit van 7 december 1999 (het wijzigingsbesluit) het primaire besluit gewijzigd door hieraan het voorschrift te verbinden dat de Bergingsregeling ook op het onderliggende wegennet diende te worden ingevoerd en dat partijen hem vóór 1 augustus dienden te rapporteren over de stand van zaken dienaangaande. Uit deze rapportage bleek dat de Bergingsregeling slechts definitief was ingevoerd op vijf verbindingswegen. Voor het overige deel van het onderliggende wegennet was de Bergingsregeling niet ingevoerd en zag het er voor een belangrijk deel ook niet naar uit dat de Bergingsregeling op korte of lange termijn zou worden ingevoerd. Aldus was niet, of slechts zeer beperkt voldaan aan de ontheffingsvoorwaarde. Na partijen daarover te hebben gehoord, heeft de d-g NMa derhalve de verleende ontheffing voor de bergingsregeling ingetrokken voor het onderliggende wegennet, behoudens voor die (verbinding)wegen waar de Bergingsregeling wel was ingevoerd, en die wegen waar aantoonbaar aan de voorwaarden was voldaan. Dat wil zeggen dat direct na de melding van een ongeval werd uitgereden. Partijen is enige tijd gegeven om hun contracten aan te passen aan de intrekking van de ontheffing.

## Sancties

### Overtredingen van het kartelverbod (artikel 56 Mw)

In 2003 is in negen zaken in totaal ruim € 132 miljoen boete opgelegd wegens overtredingen van het kartelverbod van artikel 6 Mw. Drie van deze zaken betroffen (onder meer)

besluiten van ondernemersverenigingen: *Garnalen* (€ 13,8 miljoen), *OSB* (€ 17 miljoen), en *BOVAG/NCBRM* (€ 155.000). De overige zaken betroffen in hoofdzaak aanbestedingsregelingen: *Scheemda* (€ 1,2 miljoen) en de vijf bouwzaken van 18 december: *Asfaltzware wegenprojecten* (€ 3,1 miljoen), *Noord-Holland Acht* (€ 94,6 miljoen), *Atletiekbanen* (€ 2,7 miljoen), *Heijmans en Solétanche* (€ 100.000), en *Mokerstraat* (€ 25.900). Daarnaast zijn in 2003 nog twee sanctiebesluiten genomen in de bezwaarfase: *Texaco* en *AUV/Aesculaap*. Hierna zal kort worden ingegaan op enkele toerekenbaarheidsvragen en relatief uitgebreid op de vaststelling van het boetebedrag.

### Toerekenbaarheid

De eerste vraag die bij sanctionering aan de orde komt is de toerekenbaarheid. Ingevolge artikel 56, leden 1 en 2 Mw kan de d-g NMa alleen degene aan wie een overtreding van artikel 6 of 24 kan worden toegerekend een boete en/of een last onder dwangsom opleggen. Met name bij ondernemersverenigingen en holdingmaatschappijen doen zich discussies voor over de vraag wie als toerekenbare persoon is aan te merken.

In *Garnalen* stelde één van de leden van de groothandelsvereniging Vebega dat overtredingen van deze laatste niet aan de leden konden worden toegerekend. De d-g NMa oordeelt echter dat de Mw toestaat om, in het geval van betrokkenheid van een ondernemersvereniging van geval tot geval te bezien welke rechtspersoonlijkheid bezittende eenheid of eenheden de meest gereede is of zijn om de overtreding aan toe te rekenen. Daarbij dient enerzijds recht te worden gedaan aan de feitelijke verhoudingen tussen de vereniging en haar leden en aan de rol van een ieder in het geheel van de afspraken. Anderzijds dient daarbij de effectiviteit van de handhaving in het oog te worden gehouden. Conform de boeterichtsnoeren van de Europese Commissie dienen in zaken waarbij ondernemersverenigingen betrokken zijn, de beschikkingen zoveel mogelijk te worden gericht tot de individuele leden. Alleen als het gaat om (zeer) grote aantallen leden kan hiervan worden afgeweken. Daarnaast zou de beschikkingenpraktijk van de Commissie er volgens de d-g NMa op wijzen dat een overtreding tegelijkertijd kan worden toegerekend aan zowel de vereniging, als aan de leden van die vereniging. In *Garnalen* onderscheidt het gedrag van Vebega zich echter niet van het gedrag van de leden van Vebega, zodat de d-g NMa geen aanleiding ziet de geconstateerde overtredingen zowel aan de vereniging als aan de leden toe te rekenen.<sup>79</sup> In *OSB* constateerde de d-g NMa dat verschillende leden/schoonmaakbedrijven wel een individualiseerbare eigen rol hadden gespeeld bij de voorbereiding en

77 Besluit d-g NMa 18 maart 2003 (Rapportage Takel en Berging, zaaknr. 3124).

78 Besluit d-g NMa 30 maart 1999 (Takel en Berging, zaaknr. 38, 39, 40, 41, 42, 269a en 269b).

79 Besluit d-g NMa 14 januari 2003 (Garnalen, zaaknr. 2269), rnr. 281 – 286.

uitwerking van het litigieuze verenigingsbesluit. Hij legde hen derhalve naast OSB aparte sancties op.<sup>80</sup> In *Heijmans en Solétanche* en *Noord-Holland Acht* bevestigt de d-g NMa nog eens de aansprakelijkheid van moederondernemingen. Wanneer een moederonderneming 100% van de aandelen in een dochtermaatschappij bezit, mag ervan uit worden gegaan dat deze metterdaad een beslissende invloed heeft op het gedrag van haar dochter en daar in beginsel aansprakelijk voor is.<sup>81</sup> Wanneer een onderneming na de overtreding wordt overgenomen door een andere onderneming, worden beide rechtspersonen gezamenlijk en hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor het geheel.<sup>82</sup>

#### *Samenloop artikel 6 Mw en 81 EG*

In *Garnalen* legt de d-g NMa één enkele boete op voor overtreding van zowel het nationale als het communautaire kartelverbod.<sup>83</sup> De d-g NMa motiveert deze keuze op grond van het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 Awb en de beginselen van het arrest *Walt Wilhelm*. Het gaat hier immers om hetzelfde feitencomplex, dezelfde partijen en dezelfde norm. De d-g NMa past bij de decentrale toepassing van het communautaire recht verder de eigen (nationale) procedures en regels toe met betrekking tot sancties, inclusief de eigen Boeterichtsnoeren.<sup>84</sup> Bij de sanctionering wordt vanzelfsprekend alleen rekening gehouden met de mededingingseffecten op de Nederlandse markt.

#### *Vaststelling boetes*

Artikel 57 Mw geeft de welbekende piketpalen aan waarbinnen de d-g NMa boetes kan opleggen.<sup>85</sup> Volgens de d-g NMa verschaft dit artikel hem een ruime beleidsvrijheid bij de vaststelling van de hoogte van de boete.<sup>86</sup> Met het oog op een transparante toepassing van deze beleidsvrijheid, heeft de d-g NMa eind 2001 richtsnoeren vastgesteld, de zogenoemde Boeterichtsnoeren.<sup>87</sup> Met name wil de d-g NMa hiermee inzicht verschaffen in de boetetoemeting van zeer ernstige overtredingen. Ook geeft hij aan het beleid gaandeweg verder te willen verfijnen en dat – derhalve – afwijkingen mogelijk moeten zijn.<sup>88</sup> De Boeterichtsnoeren geven een formule voor de berekening van boetes. Conform artikel 57, lid 2 Mw houdt deze formule rekening met de ernst en de duur van de overtreding.<sup>89</sup> De duur komt tot uitdrukking in de zogenoemde boetegrondslag; de ernst wordt bepaald door de zwaarte van de overtreding, bezien in samenhang met de economische context waarin deze heeft plaatsgevonden. Vervolgens zijn er nog boeteverhogende en -verlagende factoren en allerhande correctiemechanismen. De Boeterichtsnoeren kunnen worden samengevat in de volgende formule:

*Boete = (boetegrondslag (10% van de betrokken omzet) x ernstfactor (zwaarte van de overtreding, economische context en schade)) + boeteverhogende omstandigheden – boeteverlagende omstandigheden. Indien uitkomst evident onbillijk is, kan correctie plaatsvinden.*

De d-g NMa verwijst bij de oplegging van sancties vrijwel zonder uitzondering naar de Boeterichtsnoeren als het relevante beoordelingskader. De Boeterichtsnoeren mogen van de Rechtbank Rotterdam ook worden toegepast op overtredingen die voordien plaatsvonden.<sup>90</sup> De hierna te bespreken sanctiebesluiten zullen dan ook in dit licht worden geplaatst. Daarbij zal eerst worden ingegaan op de boetegrondslag, vervolgens op de vermenigvuldigingsfactor in verband met de ernst, dan op de boeteverhogende en -verlagende factoren en tot slot op de algemene correctiemogelijkheid wegens evidente onbillijkheid van het resultaat.

#### *Boetegrondslag*

Het basisbedrag, ook wel de boetegrondslag genoemd, wordt volgens randnummer 15 van de Boeterichtsnoeren berekend op basis van de 'betrokken omzet' van de desbetreffende onderneming. Dat wil zeggen, de waarde van alle transacties, die door de onderneming tijdens de totale duur van de overtreding is behaald met de verkoop van goederen en/of levering van diensten waarop de overtreding betrekking heeft. De boetegrondslag is gelijk aan 10% van de (gehele) betrokken omzet. Zowel voor besluiten van ondernemersverenigingen als voor '*bid-rigging*' gelden bijzondere regels voor de berekening van de betrokken omzet.

#### *Berekening betrokken omzet algemeen*

In *Texaco* oordeelde de Adviescommissie dat de d-g NMa er verstandig aan had gedaan in dit concrete geval niet de betrokken omzet zoals gedefinieerd in de Richtsnoeren boetetoemeting als uitgangspunt te nemen, maar gebruik te maken van de aan hem toekomende inherente afwijkingsbevoegdheid. Een boete die is gebaseerd op de behaalde omzet van een benzinepompstation staat naar het oordeel van de Adviescommissie niet in verhouding tot de door de onderne-

80 Besluit d-g NMa 19 maart 2003 (OSB, zaaknr. 2021), rnr. 164.

81 Besluit d-g NMa 18 december 2003 (Heijmans en Solétanche, zaaknr. 2906), rnr. 147; Noord-Holland Acht, (zaaknr. 2873), rnr. 307 e.v.

82 Besluit d-g NMa 18 december 2003 (Atletiekbanen, zaaknr. 3054), rnr. 143.

83 Zie het dictum onder e), juncto onder a). Het besluit is op dit punt echter niet helemaal duidelijk. Zo geeft de d-g NMa in rnr. 303 aan dat het niet meer nodig is een afzonderlijke sanctie op te leggen voor de schending van artikel 6 Mw indien al een boete is opgelegd voor de schending van de communautaire rechtsorde. Dat duidt erop dat alleen de schending van artikel 81 wordt gesanctioneerd.

84 *Garnalen* (zaaknr. 2269), rnr. 298.

85 € 450.000 of, indien dat meer is, 10% van de omzet van de onderneming in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking.

86 Besluit 18 december 2003, (Heijmans en Solétanche, zaaknr. 2906), rnr. 153.

87 Richtsnoeren Boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 57 van de mededingingswet, ('Boeterichtsnoeren'), Stcrt. 2001, p. 90.

88 Boeterichtsnoeren, rnr. 4.

89 Boeterichtsnoeren, rnr. 9 e.v.

90 Vgl. Rb. Rotterdam 26 november 2002, *NEA vs d-g NMa, MEDE 00/1002-SIMO*, p. 15-16. Zie voor een terugwerkende toepassing in 2003, bijv. Besluit d-g NMa 14 januari 2003 (*Garnalen*, zaaknr. 2269), rnr. 297.

mingen begane overtreding. Het voldoet daarmee niet aan het evenredigheidsbeginsel zoals neergelegd in artikel 3:4 tweede lid Awb.<sup>91</sup> De omzet van een pompstation bestaat immers voor een zeer groot deel uit inkoopkosten voor brandstof. De d-g NMa legt het oordeel van de Adviescommissie echter naast zich neer. Hij meent dat er in de Texaco-zaak geen aanleiding bestond om gebruik te maken van de aan hem toekomende inherente afwijkingsbevoegdheid, voor zover de Adviescommissie hiermee bedoelt dat de d-g NMa in deze zaak een boetegrondslag had moeten kiezen in afwijking van de daarvoor gegeven definitie en uitgangspunten in de Richtsnoeren Boetetoemeting.<sup>92</sup>

De d-g NMa heeft op zichzelf gelijk dat de afwijkingsbevoegdheid van randnummer 29 van zijn eigen Boeterichtsnoeren niet ziet op de mogelijkheid van het kiezen van een andere boetegrondslag, maar op een correctiemogelijkheid achteraf. Dat neemt het fundamentele karakter van de kritiek van de Adviescommissie echter niet weg: de ene ondernemer heeft een veel hogere (betrokken) omzet nodig om eenzelfde marge voor levensonderhoud en dergelijke te halen dan een andere ondernemer. Dat principe is door de wetgever ook erkend in de bagatelvrijstelling van artikel 7 Mw. Voor ondernemingen waarvan activiteiten zich uitsluitend richten op het leveren van goederen is de drempel van artikel 7 Mw vijf keer zo hoog als voor andere ondernemingen. Maar ook binnen de distributiesector bestaan per branche natuurlijk grote verschillen in de marges, waarbij de motorbrandstoffenhandel een voorbeeld is van een branche waar de omzetten zeer hoog en de marges zeer laag zijn.<sup>93</sup> Evenzo worden in de bouwsector over het algemeen de hoofdaannemers beboet op grondslag van de totale projectomzet (zie hierna), die veelal voor een significant deel bestaat uit omzet van onderaannemers die niet in het besluit worden betrokken.

#### *Berekening betrokken omzet van ondernemersverenigingen*

Voor ondernemersverenigingen geldt ingevolge randnummer 17 van de Boeterichtsnoeren de bijzondere regel dat niet wordt gekeken naar de betrokken omzet van de vereniging, maar naar de betrokken omzet van alle daarvan deel uitmakende ondernemingen.<sup>94</sup> De eerste toepassing van deze regel in 2003 zien we in *Garnalen*. De d-g NMa geeft aan dat de eigen inkomsten van de Producentenorganisaties in geen verhouding staan tot het economisch belang dat met de verboden gedragingen is gemoeid. Daarom wordt – conform de Boeterichtsnoeren – de betrokken omzet van de daarvan deel uitmakende ondernemingen, de leden-garnalenvissers, in aanmerking genomen.<sup>95</sup> Daarbij speelden verder twee bijzondere omstandigheden een rol. Ten eerste was er het grensoverschrijdend karakter van de afspraken. Ook als slechts een boete wordt opgelegd voor de effecten op de Nederlandse markt, kan de buiten Nederland behaalde omzet volgens de d-g NMa niet buiten beschouwing blijven. Ook een partij die geen omzet realiseert op de Nederlandse markt, kan immers bijdragen aan de effecten in Nederland. Daarom is de betrokken, totale omzet van ieder van de partijen in Duitsland,

Denemarken en Nederland (de relevante geografische markt) vermenigvuldigd met het gemiddelde percentage dat alle partijen in Nederland hebben omgezet (40%). De tweede bijzondere omstandigheid is dat zowel aanbieders als afnemers van Noordzeegarnalen partij zijn geweest bij de afspraken in het kader van het Trilateraal Overleg. Een mechanische toepassing van de Boeterichtsnoeren zou tot gevolg hebben dat zowel voor de betrokken producentenorganisaties als voor de betrokken groothandelaren 10% van de verkoop-, respectievelijk inkoopwaarde van de tussen hen verhandelde Noordzeegarnalen dient te worden aangemerkt als de boetegrondslag. Daar het hier tweemaal dezelfde transacties betreft, is de d-g NMa uitgegaan van een boetegrondslag van 5% in plaats van 10% van de (aan de Nederlandse markt toe te rekenen) betrokken omzet.

Bij de tweede branchevereniging die in 2003 onder het mes ging, die van de schoonmaakbedrijven, OSB, bleek dat de omzet van de leden gedurende de periode van de inbreuk ruim vier miljard euro bedroeg. De onverkorte toepassing van deze betrokken omzet als boetegrondslag werd door de d-g NMa als evident onbillijk aangemerkt. De boete voor OSB werd daarom ‘onder meer’ op grond van een aan de hand van de contributiebetalingen van OSB uitgevoerde (doch voor de lezer van het besluit niet verifieerbare) schatting van de jaarlijkse contributie-inkomsten vastgesteld op € 2 miljoen. Welke andere gronden mede ten grondslag hebben gelegen aan de hoogte van deze boete blijft in het besluit duister.<sup>96</sup> Opvallend is wel dat dit bedrag minder dan een vierhonderdste deel is van het maximum bedrag dat op grond van de

91 Besluit d-g NMa 16 juli 2003 (Texaco e.a., zaaknr. 2498, op bezwaar), rnr. 63.

92 Besluit d-g NMa 16 juli 2003 (Texaco e.a., zaaknr. 2498, op bezwaar), rnr. 65.

93 Vgl. voor andere kritiek op omzet als criterium: W.P.J. Wils, ‘The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law, Essays in Law & Economics’, prft, 2001, op p. 34: ‘*Again turnover, which does capture the changes in price and quantity, misses much of the essence. As to measuring other components of harm, such as productive inefficiencies or wasteful efforts to obtain and maintain the cartel, turnover does not seem particularly suited either.*’ Die kritiek geldt in het bijzonder voor *Texaco*, waar de overtreding juist een *verlaging* van prijzen betrof waar consumenten op korte termijn van profiteren. Het oogmerk van partijen was mogelijk deze prijsverlaging op de korte termijn te kunnen compenseren met een verhoging op de langere termijn, maar in hoeverre dat oogmerk ooit gerealiseerd kon worden is de vraag. Anderzijds pleit J.-F. Bellis in ‘*La détermination des amendes pour infraction au droit Communautaire de la Concurrence – Bilan de cinq années d’application des lignes directrices de 1998*’, *Revue Trimestrielle*, 2003, 373 – 397, op p. 395, juist voor een criterium dat dicht tegen ‘betrokken omzet’ aan ligt. Deze suggestie moet echter worden gezien tegen het licht van de huidige Europese praktijk waar de Commissie in ieder geval formeel uitgaat van vaste bedragen per overtreding.

94 Dit uitgangspunt wordt ook gehanteerd in artikel 57, lid 1 Mw ten aanzien van de vaststelling van de maximumboete voor ondernemersverenigingen: Indien de overtreding door een ondernemersvereniging is begaan, bedraagt de boete ten hoogste 10% van de gezamenlijke omzet van de daarvan deel uitmakende ondernemingen in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking.

95 *Garnalen* (zaaknr. 2269), rnr. 307.

96 OSB (zaaknr. 2021), rnr. 180-182.

Boeterichtsnoeren tot stand zou kunnen zijn gekomen.<sup>97</sup> Naast de branchevereniging OSB, zijn drie leden van het bestuur van OSB afzonderlijk beboet.

In het derde besluit inzake brancheverenigingen van 2003, dat de prijsadviezen van de BOVAG en NCBRM betreft, wordt helemaal niet meer gerefereerd aan randnummer 17 van de Boeterichtsnoeren. Ook wordt geen melding meer gemaakt van de omzet van de leden van de desbetreffende verenigingen, van (een schatting van) de contributie-inkomsten, of van enig andere vorm van 'betrokken omzet'. In plaats daarvan wordt plompverloren gesteld dat gelet op de duur (vier jaar) en de ernst (een zware overtreding) een in omvang beperkte boete in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel, waarna het bedrag wordt afgemaakt op € 125.000, respectievelijk € 30.000. De indruk wordt hiermee gewekt dat de norm van randnummer 17 van de Boeterichtsnoeren voor brancheverenigingen niet (altijd) werkt en inmiddels is losgelaten zonder dat er een alternatief voor is bedacht.

#### *Berekening betrokken omzet ten aanzien van 'bid-rigging'*

Ook in het geval van verboden aanbestedingsaanspraken voorziet de Boeterichtsnoeren (in randnummer 16) in een bijzondere regeling. In dat geval kan de d-g NMa voor elke deelnemer de omzet die op basis van het bod waartegen de opdracht is verleend, is gerealiseerd (de zogenoemde 'project-omzet'), als betrokken omzet aanmerken. In *Scheemda* volgt de d-g NMa deze bijzondere regel voor 'bid-rigging' voor de eerste maal. De totale, door KWS naar aanleiding van het bod (over drie jaar) gerealiseerde omzet ad € 1,4 miljoen werd derhalve voor ieder van de vier partijen als de betrokken omzet aangemerkt.<sup>98</sup> In, onder andere, *Asfaltzware wegenprojecten*, werd door partijen opgeworpen dat de toepassing van deze regel uit de Richtsnoeren leidt tot onevenredig hoge boetes. Daarvoor hoeft volgens de d-g NMa echter niet te worden gevreesd

'omdat de evenredigheid van meet af aan in de boete-systematiek van de Richtsnoeren is ingebouwd. Zo is de eerste stap van die systematiek, het vaststellen van de betrokken omzet, uitdrukkelijk gericht op een redelijke verhouding van de boete tot het voordeel van de overtreder, tot de schade aan de mededinging en tot de boetes die wegens dezelfde overtreding aan andere ondernemingen zijn opgelegd'.<sup>99</sup>

Dat lijkt nogal een drogredenering. Feit is dat de betrokken regel ertoe leidt dat partijen in geval van *bid-rigging* doorgaans een (veel) hogere boete opgelegd zullen krijgen dan in geval van marktverdeling. Een eenvoudig rekenvoorbeeld kan dat illustreren. Als acht partijen acht projecten van elk € 1 miljoen evenredig door middel van *bid-rigging* onderling verdelen, bedraagt de betrokken omzet per partij (8 x 8 x 1) € 8 miljoen. Indien dezelfde partijen dezelfde markt van € 8 miljoen door middel van een marktverdeling verdelen, met hetzelfde resultaat dat ieder € 1 miljoen omzet zou maken, zou de betrokken omzet per partij volgens randnummer 15 van de Richtsnoeren € 1 miljoen per partij bedragen.<sup>100</sup>

Ondanks dat de d-g NMa volhoudt dat de betrokken omzet overeenkomstig randnummer 15 van de Boeterichtsnoeren kan worden vastgesteld, kiest hij 'teneinde een redelijke verhouding tussen het totaal van de boetes en de gerealiseerde omzet te verzekeren' toch voor een middenweg. Alleen voor de uitvoerende aannemer wordt de boete vastgesteld op grond van de methodiek van randnummer 15 van de Boeterichtsnoeren. Voor alle overige, niet-uitvoerende aannemers wordt de projectomzet gedeeld door het aantal niet-uitvoerende aannemers.<sup>101</sup> In het hiervoor genoemde voorbeeld zou dat er dus toe leiden dat voor één enkel project voor de uitvoerende aannemer als betrokken omzet € 1 miljoen geldt, en voor ieder van de overige, niet-uitvoerende aannemers (1:7=) € 142.857. De d-g NMa merkt op dat de opzet van zijn nieuwe regel, evenals andere onderdelen van de systematiek van de Boeterichtsnoeren, is gebaseerd op algemene aannames. Geenszins betekent deze opzet dus dat het voor de boetetoemeting noodzakelijk is per concreet geval onderzoek te doen naar het potentieel of daadwerkelijk kartelvoordeel of naar de aard en omvang van de mogelijke schade. In het geval de opdracht niet aan een van de 'bid-riggers', maar aan een derde wordt gegund, wordt de door de derde-aannemer gerealiseerde omzet (de projectomzet) verder als betrokken omzet verdeeld over alle 'bid-riggers', inclusief de door middel van het verboden overleg beoogde uitvoerende aannemer. Alle bij de verboden mededingingsafpraak betrokken aannemers worden in dat geval dus gelijkkelijk beboet.<sup>102</sup>

Ook voor aanbestedingsafspraken lijkt hiermee dus afstand te worden genomen van de Richtsnoeren. De nieuwe regel brengt de boetegrondslag voor *bid-rigging*-overtredingen meer in lijn met andere overtredingen dan de oorspronkelijke regel van randnummer 15. Maar het aldus verkregen resultaat blijft nog altijd het dubbele van het bedrag dat bij een marktverdeling zou worden opgelegd. Bovendien leidt de nieuwe regel voor de niet-uitvoerende aannemers tot het curieuze resultaat dat de boete lager wordt naarmate met meer partijen wordt samengespannen. Ten slotte is bedenkelijk dat de d-g NMa aangeeft geen onderzoek te willen doen naar de aard en omvang van de mogelijke schade.

97 De betrokken omzet van de leden van OSB was vastgesteld op € 4,4 miljard. De boetegrondslag was derhalve € 440 miljoen. De overtreding was aangemerkt als 'zwaar', waarvoor een vermenigvuldigingsfactor geldt van minimaal 1 en maximaal 2. Aldus zou een boete van max. € 880 miljoen mogelijk zijn geweest.

98 Besluit d-g NMa 25 april 2003 (Onderhandse aanbesteding door de gemeente Scheemda, zaaknr. 3055), rnr. 191.

99 Besluit d-g NMa 18 december 2003 (Asfaltzware wegenprojecten Noord Nederland, zaaknr. 3064), rnr. 228. Zie ook Atletiekbanen, zaaknr. 3054, rnr. 152.

100 De betrokken omzet per partij is ingevolge rnr. 15 immers gelijk aan diens omzet waarop de overtreding betrekking heeft.

101 Asfaltzware wegenprojecten Noord Nederland (zaaknr. 3064), rnr. 234-237.

102 Asfaltzware wegenprojecten Noord Nederland (zaaknr. 3064), rnr. 240.



### *Andere gevallen waar betrokken omzet geen geschikte grondslag biedt*

Ook in *Heijmans en Solétanche* leverde het begrip 'betrokken omzet' geen passende boetegrondslag.<sup>103</sup> De litigieuze overeenkomst zag namelijk deels op een samenwerking in projecten die tijdens de duur van de overeenkomst niet tot stand zijn gekomen en deels op een verplichting om bepaalde activiteiten niet uit te voeren en om informatie uit te wisselen in gevallen dat niet werd samengewerkt. Volgens de hoofdregel van de Richtsnoeren zouden partijen in dat geval geen betrokken omzet hebben. Met het oog op (onder meer) deze situaties voorziet randnummer 16 erin dat dan de omzet van de onderneming op de te beschermen markt gedurende de periode van de overtreding als betrokken omzet kan worden aangemerkt. Toepassing van dit criterium zou volgens de d-g NMa vanwege omvang van de activiteiten van betrokken partijen evenwel leiden tot een onevenredig hoge boetegrondslag. In plaats daarvan stelt de d-g NMa de basisboete dan vast 'met inachtneming van de ernst van de overtreding en de doelstellingen van de Richtsnoeren, waaronder de gewenste speciale en generale preventie'. Aldus komt hij op een basisbedrag van € 50.000 p.p.

De d-g NMa lijkt hierbij uitdrukkelijk afstand te nemen van enige vorm van omzet als relevant criterium ter bepaling van de hoogte van de boete en in plaats daarvan bepaalde absolute boetebedragen te hanteren voor deze 'zware' overtreding. Dat is in zoverre opvallend nu randnummer 19 van de Boeterichtsnoeren aangeeft dat in geval de d-g NMa er niet uitkomt met de hoofd- en bijregels ten aanzien van de betrokken omzet, de boete, rekening houdend met de ernst en duur van de overtreding, wordt gebaseerd op de totale jaaromzet van de onderneming.

### *Ernst van de overtreding*

Ter bepaling van de hoogte van de boete wordt de hiervoor beschreven boetegrondslag vermenigvuldigd met een factor tussen de 0 en 3 die afhangt van de ernst van de overtreding. De ernst is afhankelijk van a) de zwaarte van de overtreding en b) de economische context waarin deze plaats vond.<sup>104</sup> De Boeterichtsnoeren benoemen zeer zware, zware en minder zware overtredingen.<sup>105</sup> Vervolgens kan het verkregen resultaat op grond van randnummer 23 van de Boeterichtsnoeren nog worden vermenigvuldigd met een niet nader aangeduide factor indien dat vanuit het oogpunt van preventieve werking wenselijk wordt geacht en zijn er blijkens randnummer 26 nog boeteverhogende en verlagende factoren. Ten slotte is in randnummer 29 nog voorzien in een correctie wegens evidente onbillijkheid. De d-g NMa kan met andere woorden alle kanten op.

Onder de 'zeer zware' overtredingen van de Mw vallen onder meer prijsafspraken, afspraken over quota en marktverdelingsafspraken, inclusief 'bid rigging'. Aldus zijn in *Garnalen* de horizontale afspraken over vangstbeperkingen (quota) en minimumprijzen aangemerkt als 'zeer zwaar'.<sup>106</sup> Voor wat betreft de economische context wordt opgemerkt dat partijen een zeer sterke positie innemen op de relevante

markt. Ook wordt relatief veel aandacht gegeven aan de juridische regelgeving. Deze opmerkingen komen er met name op neer dat de visserijregelgeving geen excuus kon vormen voor de desbetreffende overtredingen.<sup>107</sup> In het kader van de economische context kan volgens de Boeterichtsnoeren weliswaar aandacht worden gegeven aan regelgeving, maar deze opmerkingen lijken meer met verwijtbaarheid dan met economie te maken te hebben. Mede gezien de economische context, concludeert de d-g NMa dat sprake is van een 'zeer ernstige' overtreding waarvoor een vermenigvuldigingsfactor van 2 wordt gehanteerd. Conform de Boeterichtsnoeren, werd ook de 'bid-rigging' in *Scheemda* en in de aanbestedingsbesluiten van 18 december telkens aangemerkt als een 'zeer zware' overtreding. Vanwege de 'aanmerkelijke economische weerslag' op de markt was volgens de d-g NMa telkens sprake van 'zeer ernstige' overtredingen, waarvoor een vermenigvuldigingsfactor van tussen de 2 en de 2.25 passend werd geacht. Opvallend is dat de d-g NMa de aanmerkelijkheid van de economische weerslag, ofwel de schade, niet nader kwantificeert. In *Noord-Holland Acht* zet de d-g NMa weliswaar uiteen waarom naar zijn oordeel door de bid-rigging inbreuk is gemaakt op artikel 6 Mw maar hij rept met geen woord over de daadwerkelijke economische gevolgen die het 'bid-riggen' zou moeten hebben gehad. Een aanwijzing dat de aanbestedende partijen bij de desbetreffende projecten een hogere prijs hebben betaald dan zij zouden hebben gedaan onder normale omstandigheden, is niet gegeven. Ook blijkt uit de door de d-g NMa gegeven omschrijving van de systematiek van de werkverdeling niet dat de overeengekomen laagste biedingen per definitie hoger waren dan de reële calculaties van de betrokken ondernemingen rechtvaardigden. In dit licht is te kort door de bocht de aanname (in overweging 343) dat de overtreding een grote economische weerslag op de markt heeft en dat de (potentiële schade) als gevolg van de overtreding voor aanbestedende partijen en de mededinging navenant is.

In *Asfaltzware wegenprojecten* laat de d-g NMa ook meewegen dat de aanbestedingen overwegend publieke werken betroffen. Naar het oordeel van de d-g NMa geldt bij uitzondering voor de aanbesteding van publieke werken dat de vrije mededinging tot zijn recht moet komen.<sup>108</sup> Vanuit de economische theorie lijkt dit verschil tussen private en publieke

103 Besluit d-g NMa 18 december 2003 (Heijmans en Solétanche, zaaknr. 2906), rnr. 157 e.v.

104 Zie Boeterichtsnoeren, rnr. 14: In dit verband komt onder andere betekenis toe aan de aard van de betrokken producten of diensten, de omvang van de markt, de grootte van de betrokken onderneming(en) alsmede het (gezaamenlijk) marktaandeel, de structuur van de markt en aan de geldende regelgeving. De d-g NMa kent tevens gewicht toe aan de (potentiële) schade die als gevolg van de overtreding wordt toegebracht aan concurrenten, afnemers en consumenten.

105 Boeterichtsnoeren, rnr. 20 e.v., jo. 9 – 14.

106 Garnalen (zaaknr. 2269), rnr. 335; Boeterichtsnoeren rnr. 11.

107 Garnalen (zaaknr. 2269), rnr. 340.

108 Besluit d-g NMa 18 december 2003 (Asfaltzware wegenprojecten, zaaknr. 3064), rnr. 248.

aanbesteding niet goed verklaarbaar, terwijl ik er ook niet direct een juridisch aanknopingspunt voor zie.

De concurrentiebeperkingen en de meld- en overlegplicht in *Heijmans en Solétanche* werden ondanks het mededingingsbeperkend doel en het horizontale karakter 'slechts' aangemerkt als zware overtredingen.<sup>109</sup>

Ook de besluiten van de brancheorganisaties in *OSB* en *BOVAG/NCBRM* inzake prijsverhogingen zijn telkens aangemerkt als 'zware' overtredingen. De d-g NMa liet daarbij expliciet weten dat dergelijke besluiten onder (in casu niet aanwezige) omstandigheden ook als 'zeer zware' overtredingen kunnen worden aangemerkt. De ernst en gehanteerde vermenigvuldigingsfactor werd voor OSB in het midden gelaten met het – impliciete – argument dat de boete niet is vastgesteld op grond van de betrokken omzet van de leden van OSB, maar 'onder meer' op grond van geschatte jaarlijkse contributie-inkomsten. Dat lijkt mij op zichzelf geen reden de ernst (waaronder de economische schade) niet nader te kwantificeren. In *BOVAG/NCBRM* werd zonder nadere uitleg ook geen gebruik gemaakt van de techniek van vermenigvuldigingsfactoren. Daarom blijft onnavolgbaar waarom de boete voor OSB een factor 13 hoger is dan die voor BOVAG en NCBRM gezamenlijk, voor een min of meer vergelijkbare overtreding.

Vermeldenswaardig is ten slotte het besluit op bezwaar in *AUV en Aesculaap*.<sup>110</sup> De zaak betrof de weigering van de AUV Coöperatieve Nederlandse Veterinair-farmaceutische Groothandel ('AUV') en de kleinere groothandel Aesculaap aan een of meer dierenartsen te leveren. De d-g NMa had de weigeringen van beide groothandelaren in het oorspronkelijke besluit aangemerkt als 'hard core' restricties in een horizontale verhouding, resulterend in een 'zeer zware' overtredingen met een boetefactor 2. Aesculaap was voor een aantal producten echter afhankelijk van AUV. Zij was uit dien hoofde ook min of meer gedwongen het doorleveringsverbod van AUV aan de betrokken dierenartsen te respecteren. De Adviescommissie oordeelde dat daarom voor Aesculaap geen sprake was van een horizontale maar van een verticale beperking. In dat geval is volgens randnummer 12 van de Boeterichtsnoeren sprake van een 'zware', in plaats van een 'zeer zware' overtreding. Vanwege ook de geringe economische weerslag en de geringe mate van verwijtbaarheid adviseerde de Adviescommissie de boete aan Aesculaap te verlagen van € 750.000 tot € 250.000.

De d-g NMa was het eens met de opvatting van de Adviescommissie dat sprake was een overtreding in een verticale relatie, waardoor inderdaad sprake was van een 'zware' overtreding. De vermenigvuldigingsfactor voor de thans louter anders benoemde overtreding werd daardoor verlaagd van 2 naar 1. Vervolgens past hij, evenals in het oorspronkelijke besluit, op grond van randnummer 23 van de Boeterichtsnoeren nog een correctie toe vanwege de preventieve werking.<sup>111</sup> In verband met het relatieve geringe gewicht van Aesculaap deelt hij het verkregen resultaat daarom door twee. Het is opvallend dat de correctiefactor van randnummer 23 ook een getal van kleiner dan 1 kan zijn.

### *Boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden*

Randnummer 27 van de Boeterichtsnoeren noemt als boeteverhogende omstandigheid onder meer dat reeds eerder een vergelijkbare overtreding bij de desbetreffende onderneming is geconstateerd. In de verschillende aanbestedingszaken rekt de d-g NMa deze *recidive*-regel op door de boete telkens met ten minste 10% te verhogen omdat partijen 'niet onkundig konden zijn van het verboden karakter van' de desbetreffende overtredingen. In *Mokerstraat* vond de inbreukmakende aanbesteding toevallig plaats op precies dezelfde dag dat de enquêtecommissie 'Bouwfraude' haar eindrapport presenteerde. Omdat de betrokken ondernemers zich hierdoor 'meer dan ooit tevoren hadden kunnen realiseren dat hun gedragingen verboden waren', kostte partijen dit 20%, i.p.v. de gebruikelijke 10% extra. Uit *Mokerstraat* blijkt ook dat het initiatief tot het aangaan van een verboden afspraak leidt tot een verhoging van 10%.<sup>112</sup> Een boeteverhoging voor gevallen dat 'partijen niet onkundig konden zijn van het verboden karakter van een overtreding', is in zoverre merkwaardig dat het impliceert dat de standaardboete ook van toepassing is als ondernemingen wel onkundig konden zijn van het verboden karakter van hun gedragingen.

De belangrijkste boeteverlagende omstandigheden worden geschapen door de Clementieregeling.<sup>113</sup> In *Mokerstraat*, hebben beide partijen, na de aanvang van het onderzoek en na elkaar, een beroep gedaan op deze clementieregeling. De toegezegde mate van clementie is daarbij door het clementiebureau van de NMa afhankelijk gesteld van de medewerking gedurende het onderzoek. Nadat beide partijen zich aan de medewerking hebben gehouden, is bij het besluit aan de eerste melder een reductie van 70% toegekend en aan de tweede melder een reductie van 25%.<sup>114</sup> Andere boeteverlagende argumenten worden niet snel aangenomen. In *Asfaltware wegenprojecten* werd het argument verworpen dat de inbreuken waren beëindigd drie jaar voordat de d-g NMa het onderzoek startte. Er was namelijk geen aanwijzing gevonden dat de beëindiging verband hield met het verboden karakter. Deze additionele eis van de d-g NMa is in zoverre opvallend dat deze niet wordt genoemd in de Boeterichtsnoeren.<sup>115</sup> Ook medewerking wordt niet beloond, voorzover deze

109 Heijmans en Solétanche (zaaknr. 2906), rnr. 155.

110 Besluit d-g NMa 18 november 2003 (Klager vs AUV en Aesculaap, zaaknr. 2422 op bezwaar).

111 Rnr. 23 luidt: 'Uit het oogpunt van de gewenste preventieve werking kan het verkregen resultaat worden aangepast in verband met het gewicht van de onderneming, uitgedrukt in de totale omzet van deze onderneming in Nederland in het jaar voorafgaand aan het opmaken van het rapport.'

112 Vgl. Besluit 18 december 2003 (Mokerstraat, zaaknr. 3272), rnr. 70

113 Richtsnoeren Clementietoezegging met betrekking tot het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken ingevolge de artikelen 6 juncto 56, 57, en 62 Mededingingswet van 28 juni 2002, Strct. 2002, 122.

114 Besluit 18 december 2003 (Mokerstraat, zaaknr. 3272), rnr. 86.

115 In rnr. 28 van de Boeterichtsnoeren wordt de omstandigheid dat een onderneming de overtreding uit eigen beweging beëindigt expliciet aangemerkt als boeteverlagende omstandigheid, zonder nadere clausulering.

niet verder gaat dan wettelijk verplicht.<sup>116</sup> In *Atletiekbanen* is het bestaan van een integriteitsbeleid (ook wel *compliance programme*) verworpen als grond voor verlaging.<sup>117</sup> Daartoe overweegt de d-g NMa dat partijen onvoldoende hebben aangetoond dat het een daadwerkelijk geïmplementeerd, werkend en voldoende effectief bedrijfscontrolesysteem betreft met scherpe interne procedures om naleving van de Mededingingswet te bevorderen.<sup>118</sup> In *AUV/Aesculaap* besliste de d-g NMa dat de door de Adviescommissie naar voren gebrachte omstandigheden betreffende de geringe economische weerslag en de geringe mate van verwijtbaarheid niet als boeteverlagende omstandigheden kunnen worden aangemerkt.<sup>119</sup> De geringe economische weerslag komt namelijk reeds in de ernst tot uitdrukking. Daarnaast meent de d-g NMa dat de economische afhankelijkheid van Aesculaap ten opzichte van AUV niet in de weg stond aan een publiekelijke distantiering en afwijzing van de bewuste gedraging. Daarom blijft de gedraging wel verwijtbaar. De terughoudende wijze waarop Aesculaap het doorleveringsverbod in de praktijk uitvoerde beschouwde de d-g NMa wel als een boeteverlagende omstandigheid. In het bestreden besluit was Aesculaap hier al voor beloond met een reductie van € 250.000.

#### *Correctie wegens evidente onbillijkheid*

Als laatste correctiemechanisme bestaat op grond van randnummer 29 van de Boeterichtsnoeren ten slotte nog de afwijkingmogelijkheid wegens evidente onbillijkheid. Hiervoor is reeds verwezen naar de toepassing van dit mechanisme in *OSB* en in *Heijmans en Solétanche*. In *Garnalen* oordeelde de d-g NMa dat de voorgenomen boetes de betrokken PO's van garnalenvissers met faillissement bedreigden. Om die reden werden de aan de PO's op te leggen boetes tot tweederde van het oorspronkelijk voorgenomen bedrag verlaagd.

In de verschillende aanbestedingszaken hebben partijen met het oog op deze correctiemogelijkheid ten slotte gewezen op de problematiek van de cumulatie van sancties indien tegen hen meerdere rapporten zijn uitgebracht.<sup>120</sup> De d-g NMa wijst een matiging op grond van cumulatie echter af vanwege het belang dat de boete een afgeleide blijft van de betrokken omzet. Daarmee wordt volgens hem namelijk beoogd dat de boete een meet af aan in een redelijke verhouding staat tot het mogelijke voordeel voor de overtreder, tot de mogelijke schade aan de mededinging en tot de boetes die wegens dezelfde overtreding aan andere ondernemingen zijn opgelegd.

Dit argument overtuigt niet. Ten eerste is, zoals hiervoor al betoogd, de betrokken omzet een volstrekt willekeurig criterium dat voor verschillende ondernemingen volledig verschillende betekenissen heeft. De beweerde redelijke verhouding tot het mogelijke voordeel voor de overtreder is bovendien niet erg overtuigend waar de d-g NMa enkele alinea's eerder in de desbetreffende besluiten aangeeft het daadwerkelijke voordeel niet te willen onderzoeken. Belangrijker is echter dat het mij voorkomt dat de verschillende aanbestedingsafspraken in de bouw, althans binnen sectoren als

GWW, B&U, installaties en dakbedekkingen, gedurende de afgelopen jaren in feite één integraal en onlosmakelijk geheel vormden dat slechts kon bestaan vanwege het feit dat alle bouwondernemingen in de desbetreffende cirkels daar consequent aan deelnamen. In die omstandigheid kunnen met het oog op de berekening van de betrokken omzet, en zeker met het oog op het wettelijke boetemaximum van 10%, bezwaarlijk individuele projecten apart worden genomen.

#### Overtredingen medewerkingsplicht (artikel 69 Mw)

Eind 2003 heeft de d-g NMa vier boetebesluiten genomen wegens niet-meewerken. Op grond van artikel 69 Mw heeft de d-g NMa de bevoegdheid om degene die in strijd met het bepaalde in artikel 5:20 Awb geen medewerking verleent aan een onderzoek een boete op te leggen van maximaal € 4.500. Uit het besluit met de tamelijk anonieme titel 'natuurlijke persoon' blijkt dat de d-g NMa van mening is dat zijn bevoegdheid ex artikel 5:16 Awb inlichtingen te vorderen zich ook uitstrekt tot ex-werknemers, in casu een ex-directeur van een installatiebedrijf.<sup>121</sup> Het evenredigheidsbeginsel verzet zich hier volgens de d-g NMa niet tegen zolang de desbetreffende persoon kan worden geacht betrokken te zijn (geweest) bij activiteiten waarop het onderzoek van de NMa zich richt. Bij de sanctie sluit de d-g NMa aan bij het stelsel van artikel 184 Sr. Voor natuurlijke personen is dat € 2.250. *GTI Utiliteit Noord, Homij* en *van Hattum en Blankevoort* betreffen telkens de bevoegdheden van de NMa bij bedrijfsbezoeken. In *GTI Utiliteit Noord* staat met name de bevoegdheid van de NMa een *forensic image* mee te nemen centraal. De d-g NMa legt de onderneming een boete op van € 4.500 wegens de weigering deze mee te geven.<sup>122</sup> *Van Hattum en Blankevoort*<sup>123</sup> en *Homij*<sup>124</sup> betreffen in het bijzonder de reikwijdte van de artikelen 6 en 8 (Colas Est) EVRM en – in iets mindere mate – de grenzen tussen (geoorloofd) onderzoeken en (ongoorloofd) doorzoeken. De d-g NMa geeft onder meer aan dat noch in de Awb, noch in de Mededingingswet een grondslag kan worden gevonden voor de ver-

116 Besluit d-g NMa 18 december 2003 (Heijmans en Solétanche, zaaknr. 2906), rnr. 161.

117 Besluit d-g NMa 18 december 2003 (Atletiekbanen, zaaknr. 3054), rnr. 173.

118 Vgl. de minimumeisen aan een *compliance programme* die de voormalig d-g NMa A.W. Kist heeft geformuleerd in diens lezing voor de Conferentie van de Stichting Beroepsmoraal en misdaadpreventie, Stichting NCW en Netwerk Bedrijfsethiek Nederland op 14 november 2002, te vinden op de website van de NMa.

119 Besluit d-g NMa 18 november 2003, Klager vs Aesculaap (zaaknr. 2422 op bezwaar), rnr. 22 e.v.

120 Vgl. Besluit d-g NMa 18 december 200 (Asfaltzware wegenprojecten, zaaknr. 3064), rnr. 259.

121 Besluit 12 december 2003 (natuurlijk persoon, zaaknr. 3698).

122 Besluit 12 december 2003 (GTI Utiliteit Noord B.V., zaaknr. 3376), voorzien van een uitgebreide noot door H. Speyart, 'Het GTI-boetebesluit wegens niet-meewerken: de NMa zet haar harde lijn door', AM 2004, 24-28.

123 Besluit d-g NMa 12 december 2003 (van Hattum en Blankevoort, zaaknr. 3495).

124 Besluit d-g NMa 12 december 2003 (Homij, zaaknr. 3594).

plichting om bij een bedrijfsbezoek omtrent het doel van het onderzoek een verdergaandere mededeling te doen dan dat het ging om handhaving van de Mededingingswet. In casu waren de toezichthoudende ambtenaren overigens wel specifiek. Zij hadden aangegeven dat het ging om een onderzoek naar overtreding van artikel 6 Mw, met opgave van de periode, sector en type overtredingen (prijzafspraken, marktverdeling en informatie-uitwisseling). Het ontbreken van meer specifieke mededelingen omtrent het doel van het onderzoek, kon de weigering van de betrokken ondernemingen om mee te werken aan dit onderzoek niet legitimeren.

Voorlopige last onder dwangsom (artikel 83 Mw)

Op grond van artikel 83 Mw kan de d-g NMa een voorlopige last onder dwangsom opleggen, indien sprake is van een *prima facie* overtreding en onverwijlde spoed. De d-g NMa maakt bij herhaling duidelijk dat het hierbij gaat om een uitzondering op de hoofdregel dat geen sanctie wordt opgelegd dan nadat een onderzoek heeft plaatsgevonden.<sup>125</sup> De in 2003 genomen besluiten inzake voorlopige lasten hielden zonder uitzondering verband met vermeend misbruik van machtspositie. In het besluit op bezwaar in Engelgeer<sup>126</sup> herhaalt de d-g NMa de inmiddels vaste rechtspraak dat (slechts) sprake is van onverwijlde spoed, indien het tijdsverloop dat met de normale procedure is gemoeid naar verwachting tot gevolg zal hebben dat de alsdan te treffen maatregel niet meer het daarmee beoogde effect zal hebben en de belangen van de door de overtreding getroffen ondernemingen of het belang van de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging, hierdoor in ernstige mate zullen worden getroffen. Daarbij hoeft niet alleen gedacht te worden aan de situatie waarin een onderneming definitief van de markt wordt verdrongen of de continuïteit van de onderneming definitief in het geding is, maar ook aan andere specifieke omstandigheden die met zich brengen dat de uitkomst van de normale procedure, als bedoeld in artikel 59 Mw, niet kan worden afgewacht.<sup>127</sup> Indien een verzoek om een voorlopige last onder dwangsom pas komt vier maanden na een kort geding vonnis waarin een soortgelijke vordering is afgewezen, neemt de d-g NMa niet snel meer aan dat sprake is van onverwijlde spoed.<sup>128</sup> In de klacht van NHA tegen LOI wegens misbruik van machtspositie was volgens de d-g NMa wel sprake van onverwijlde spoed. De selectieve prijsontersbieding door een groepsonderneming van LOI, leidde volgens de d-g NMa tot een daadwerkelijke bedreiging van de continuïteit van NHA binnen een termijn van enkele maanden.<sup>129</sup>

## Conclusie

Bij wijze van conclusie, kan ten aanzien van het beleid inzake sanctiebesluiten het volgende worden vastgesteld. Ten eerste blijkt de 'betrokken omzet' in het algemeen een te grof uitgangspunt om een boete op te baseren die recht doet aan de schade aan de mededinging of het voordeel voor de overtreder. Ongecorrigeerde toepassing van dit criterium kan derhalve leiden tot willekeur (vergelijk Texaco). Twee, in het bijzonder ten aanzien van brancheorganisaties leidt de aan-

gepaste 'betrokken omzet-regel' vrijwel zonder uitzondering tot een te hoge boetegrondslag (vergelijk OSB, BOVAG/NCBRM). De op deze basis berekende boete voor OSB moest bijvoorbeeld met een factor van tussen de 220 en 440 worden gecorrigeerd. Drie, de bijzondere 'betrokken omzet-regel' voor bid-rigging leidt tot onevenredig zware sancties voor de niet-uitvoerende aannemers. Zij is om die reden halverwege 2003 door de d-g NMa aangepast. Ook de aangepaste regel leidt echter nog tot hogere boetes dan bijvoorbeeld ten aanzien van klassieke marktverdeling zouden worden opgelegd. Dit is niet verdedigbaar en in strijd met het gelijkheidsbeginsel (vergelijk Scheemda en de 18 december-besluiten). Vier, de hoge tot extreem hoge boetes die het resultaat zijn van het betrokken omzet-criterium, dwingen in een groot aantal gevallen tot aanpassingen die niet altijd even inzichtelijk (OSB, BOVAG/NCBRM, Heijmans en Solétanche), of voorspelbaar zijn (de bouwbesluiten van 18 december). Vijf, de consequenties van aanpassingen, c.q. verfijningen van het beleid, zoals bijvoorbeeld ten aanzien van bid-rigging, voor eerder genomen besluiten zijn niet geheel duidelijk. Men mag aannemen dat de d-g NMa in het besluit op bezwaar van de partijen in Scheemda op grond van de zogenoemde *lex mitior* regel van het IVBPR<sup>130</sup> dezelfde norm zal aanleggen als in de zaken van 18 december. Maar, wat zou er gebeurd zijn als partijen in *Scheemda* niet in bezwaar waren gegaan? Zes, ten aanzien van de vermenigvuldigingsfactoren vanwege de ernst is het curieus dat de enkele juridische *relabelling* van hetzelfde feitencomplex in *AUV/Aesculaap* leidt tot een boeteverlaging voor Aesculaap van 66%. Zeven, in de praktijk wordt zelden gewicht toegekend aan de (potentiële) schade die als gevolg van de overtreding wordt toegebracht (vergelijk randnummer 14 Boeterichtsnoeren; Asfaltzware wegenprojecten). Acht, de Boeterichtsnoeren worden niet altijd toegepast, hetgeen op gespannen voet staat met artikel 4:84 Awb (vgl. BOVAG/NCBRM; Heijmans en Solétanche). Negen, het is curieus dat ook buiten gevallen van *recidive* de boete wordt verhoogd op de grond dat partijen niet onkundig konden zijn van het verboden karakter van hun gedraging. Tien, uit het voorgaande volgt dat de d-g NMa (inderdaad) een grote beleidsvrijheid heeft ten aanzien van de vaststelling van boetes. Niet alleen stelt hij zijn eigen Boeterichtsnoeren op, maar hij wijkt daar bij tijd en wijle ook in ruime mate van

125 Vgl. besluit d-g NMa 20 februari 2003 (Pretium Telecom B.V. vs KPN Telecom B.V., zaaknr. 3292), rnr. 11.

126 Besluit d-g NMa 5 november 2003 (Engelgeer, zaaknr. 3447, op bezwaar), rnr. 11.

127 Vgl. Besluit d-g NMa van 8 juni 2001 (Regionale Instelling voor Jeugdtandverzorging Rotterdam, zaaknr. 1455).

128 Besluit d-g NMa 20 februari 2003 (Pretium Telecom B.V. vs KPN Telecom B.V., zaaknr. 3292).

129 Besluit d-g NMa 11 augustus 2003 (NHA vs LOI, zaaknr. 3125), rnr. 121 en 122.

130 Zie voor een kritische beschouwing over de toepassing van deze regel door de rechtbank Rotterdam E.L.M. Vos en H.M.F.F. Verbeet, 'De NMa en de Commissie-boeterichtsnoeren nader vergeleken; het arrest ADM', M&M 2003, nr. 7/8, p. 232 – 238.

af (vergelijk nogmaals de afwijking met een factor van tussen de 220 en 440 in OSB).

Op grond van het voorgaande lijkt de tijd voor een eerste herziening van de Boeterichtsnoeren gekomen. Daarbij zou wat mij betreft meer rekening mogen worden gehouden met het objectieve, technisch-economisch doel van het mededingingsrecht: het maximaliseren van welvaartsefficiëntie en het minimaliseren van *deadweight loss*.<sup>131</sup> De betrokken omzet lijkt een imperfecte *proxy* voor de schade aan welvaartsefficiëntie en de vermenigvuldigingsfactoren voor de ernst ontoereikend om dit te helen. Het mededingingsrecht streeft geen subjectieve normen en waarden na. Het is daarom wenselijk dat de bestraffing van een bepaalde gedraging een sterkere correlatie krijgt met de schade die deze gedraging toebrengt aan de *social welfare*. Hier wordt wel tegen ingebracht dat deze schade moeilijk is te berekenen en dat schattingen daaromtrent kunnen preluderen op civiele schadevergoedingsacties.<sup>132</sup> Als schade inderdaad zo moeilijk is te berekenen, kan men zich afvragen of het opleggen van boetes van vele miljoenen euro's wel verantwoord is. Dergelijke boetebedragen rechtvaardigen een zekere investering door de NMa in de vorm van nader economisch onderzoek naar de schade. Daarvoor pleit ook dat de Europese Commissie, omgekeerd, van ondernemingen die een beroep

doen op artikel 81, lid 3 EG een diepgaande economische analyse verwacht waarbij zij zo nauwkeurig mogelijk de waarde van efficiëntieverbeteringen moeten berekenen en in detail beschrijven hoe dat bedrag werd berekend.<sup>133</sup> Waar autoriteiten dit van ondernemingen eisen, mogen ondernemingen dat ook van de autoriteiten eisen. Dat een dergelijke inschatting in bepaalde zaken kan preluderen op een civiele schadeprocedure lijkt mij geen bezwaar. De NMa wordt door sommigen immers beter in staat geacht dergelijke inschattingen te maken dan de civiele rechter.<sup>134</sup> Aangezien gelijke gedragingen soms verschillende economische consequenties hebben, dienen (schijnbare) overtredingen ook niet te snel in verband te worden gebracht met immoreel gedrag of de huidige normen en waarden-discussie. Eenzelfde gedraging als informatie-uitwisseling of het geven van adviesprijzen kan in een competitieve markt de *social welfare* bijvoorbeeld doen toenemen en in een oligopolistische markt de *social welfare* doen afnemen.

Gezien het sterke beleidsmatige karakter van Boeterichtsnoeren, wijs ik ten slotte nog eens op de destijds in de MvT genoemde mogelijkheid dat de Minister van EZ de beleidsregels voor het opleggen van boetes zou vaststellen.<sup>135</sup> Dat zou in ieder geval passen in de visie van de huidige Minister op toezicht en toezichthouders.<sup>136</sup>

131 Zie over de doelstellingen van het mededingingsrecht o.m. S. Bishop and M. Walker, 'The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement', 2nd ed., London, 2002, p. 11 e.v. De auteurs geven aan dat het Europees mededingingsrecht meer gericht is op *consumer welfare* dan op *social welfare* (de som van het consumenten – én producentensurplus), waar economen doorgaans naar kijken. Dit verschil maakt volgens hen in de praktijk echter niet veel uit omdat het maximaliseren van *consumer welfare* in veel gevallen dezelfde gedraging vereist als het maximaliseren van *social welfare*. Daarnaast streeft het Europese mededingingsrecht ook marktintegratie na. Deze tweede doelstelling, die eigen is aan het Europese mededingingsrecht, kan op gespannen voet staan met het oogmerk van welvaartsefficiëntie, vgl. R.J. Van den Bergh en P.D. Camesasca, 'European Competition Law and Economics', Intersentia, Antwerpen, 2001, 262-272. Dit doel van marktintegratie wordt in de MvT van de Mw in ieder geval niet genoemd. Zie voor een economische analyse van de sanctiesystematiek van de NMa voorts J.A.H. Maks, M.P. Schinkel en I. Bos, 'Boetetoemeting op basis van de Mededingingswet, een evaluatie', M&M 2003, nr. 3, p. 125-130.

132 Vgl. het verslag van de hoorzitting van de vaste commissie van economische zaken over de evaluatie en wijziging van de Mededingingswet van 22 januari 2004, TK, vergaderjaar 2003-2004, kamerstukken 29 272, 29 276, nr. 2. Anders dan in de VS, waar dergelijke schadeberekeningen tamelijk gebruikelijk zijn, ontbreken in Nederland veelal de relevante data (prijzen, hoeveelheden en kwaliteiten) om consumenten- en producentensurplus vast te stellen. Bij gebrek aan dergelijke data kunnen economen de schade ofwel inschatten op basis van meer veronderstellingen, ofwel op basis van vergelijkbare situaties in andere landen of in een andere tijdsperiode (benchmarking).

133 Vgl. de Richtsnoeren van de Commissie betreffende de toepassing van art. 81, lid 3 EG van het Verdrag, Pb EG 2004, C 101/97, rnr. 55 en 56.

134 Vgl. wederom M.C.M. van Dijk, nt. 22, *ante*. M. Visser bepleit in 'NMa als deskundige bij schade', FD, 29 maart 2004, dat de NMa meer aandacht besteedt aan de kwantificering van de schade die wordt veroorzaakt door kartels om de private handhaving een steun in de rug te geven.

135 TK, vergaderjaar 1995-1996, kamerstuk 24 707, nr. 3, p. 89.

136 Vgl. de brief van de Minister van Economische Zaken aan de Vz. van de Eerste Kamer van 7 november 2003: '*De wetgever stelt de grenzen vast waarbinnen het toezicht kan worden uitgeoefend. [...] De toezichthouder houdt vervolgens toezicht op individuele gevallen binnen de grenzen van de wet én de grenzen van het beleid zoals dat door de Minister is bepaald.*'