



De toepassing van de artikelen 6 en 24 Mededingingswet door de NMa in 2004

mr R. Wesseling en mr E.J. Offers

Inleiding

Op 16 april 2004 nam de NMa het laatste besluit op een verzoek om ontheffing ex artikel 17 Mededingingswet ('Mw').¹ Met ingang van 1 augustus 2004 is de bevoegdheid van de NMa om ontheffingen te verlenen uit het wettelijk systeem verdwenen. Vanaf 2005 zullen individuele besluiten van de NMa dus in beginsel beperkt zijn tot het vaststellen van inbreuken en het afwijzen van klachten. De NMa erkent echter dat dit uitsluitend negatief geladen instrumentarium te beperkt is om haar missie te volbrengen. Om markten (en ondernemingen) zonder onnodige angst voor hoge NMa-boetes te laten werken, ontwikkelde de NMa na het vervallen van de ontheffingsmogelijkheid vormen van 'dialogue' met ondernemingen buiten het boetraject. Zoals uit onderstaand overzicht van de praktijk van de NMa in 2004 blijkt, is deze benadering van de NMa terug te vinden in: het afdoen van onderzoeken op een andere wijze dan met het uitbrengen van een rapport; de bereidheid van de NMa om vaker dan eerder aangekondigd informele zienswijzen te verstrekken en de diverse vormen van sectorcommunicatie (zoals 'visiedocumenten' en 'monitors').² Dit laat onverlet dat de sanctiebesluiten in de fietsenzaak, Interpay en uiteraard de bouw in 2004 de aandacht trokken. Hieronder bespreken wij de (gepubliceerde) besluiten van de NMa uit 2004 aan de hand van de volgende indeling; (1) Procedure; (2) Algemene begrippen Mw; (3) Artikel 6; (4) Artikel 24; en (5) Sancties.

Rein Wesseling en Edzard Offers zijn advocaat bij Stibbe in Amsterdam.

Procedure

Wetswijzigingen

Op 1 augustus 2004 trad de Wet modernisering EG-mededingingsrecht³ in werking ter implementatie van Verordening 1/2003.⁴ De voornaamste wijziging is het verval-

- 1 Besluit NMa van 16 april 2004 in zaak 3823 (SIMN verzoek tot verlenging ontheffing). In dit besluit heeft de NMa op grond van artikel 22 Mw de ontheffing voor SIMN (Stichting Incident Management Nederland) met drie jaar verlengd. Binnen het SIMN werken een aantal alarmeringscentrales samen in het kader van de Bergingsregeling Incident Management (BIM). Het BIM is een gezamenlijke bergingsregeling die tot doel heeft het vrijmaken van de rijbaan en het naar een veilige plaats afvoeren van personenauto's die als gevolg van een ongeval zijn gestrand (zogenaamde eerste berging). Bergingsbedrijven aan wie geen vergunning is verleend ten aanzien van een bepaald rayon mogen dus geen eerste bergingshulp verlenen. De BIM bevatte enkele wijzigingen die door de NMa op één na allemaal worden goedgekeurd. De SIMN wilde de contractduur tussen het SIMN en de bergingsbedrijven uitbreiden van drie naar vijf jaar. Gelet op de toepassingsvoorwaarden van artikel 22 Mw wijst de NMa de contractduurverlenging af omdat een eenvoudig en onvoldoende onderbouwd verzoek tot hantering van een meer restrictieve regeling niet onder artikel 22 Mw kan worden beoordeeld. Op 30 maart 2004 wees de NMa overigens in bezwaar de klacht af van een alarmcentrale (ACN) die van mening was dat SIMN een inbreuk op artikel 24 Mw maakte. Volgens de NMa is niet gebleken van een inbreuk waarbij meespeelde dat ACN niet is overgegaan tot het inbrengen van eerder aangekondigde getuigenverklaringen (besluit op bezwaar NMa van 30 maart 2004 in zaak 3084 (ACN)).
- 2 Visiedocumenten: AWBZ-zorgmarkten (januari 2004), Concurrentie in de ziekenhuissector (januari 2004), NMa-agenda 2005 (september 2004), Inkoopmacht (december 2004). Consultatiedocumenten: Inkoopmacht (juni 2004), Het Intermediaire Distributiekanaal (november 2004), Monitor Financiële Sector 2004 (december 2004).
- 3 Wet van 30 juni 2004 tot wijziging van de Mededingingswet en van enige andere wetten in verband met de implementatie van EG-Verordeningen 1/2003 en 139/2004, *Stb.* 2004, 345.
- 4 Verordening 1/2003 van de Raad betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag van 16 december 2002, *Pb. EG* 2003, L 1/1.

len van de mogelijkheid tot het vragen van ontheffing van het kartelverbod. Ondernemingen dienen nu zelf te beoordelen of overeenkomsten voldoen aan de wettelijke uitzonderingsgronden van (het nieuwe) artikel 6 lid 3 Mw. Artikel 6 lid 3 Mw komt in de plaats van het voormalige artikel 17 Mw, overigens zonder inhoudelijke wijziging. Bij de toepassing van de bepaling wordt zoals bekend aangesloten bij de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie.⁵ Al verleende ontheffingen blijven van kracht voor de tijd waarvoor zij zijn verleend met een maximum van vijf jaar.⁶ De Wet modernisering EG-mededingingsrecht voorziet verder in bevoegdheden voor de NMa tot bijstand bij inspecties van de Europese Commissie en adviesmogelijkheid bij de nationale rechter in EG-zaken (*amicus curiae*).⁷

In 2004 trad ook de Wet rechtstreeks beroep in werking.⁸ Die wet voorziet voor juristen die met toepassing van de Mw te maken hebben in een geregeld uitgesproken behoefte. Naar het idee van velen voegt de bezwaarfase in mededingingsrechtelijke sanctieprocedures – waarin door rapport en reacties daarop al een uitvoerige uitwisseling van standpunten heeft plaatsgevonden – weinig toe. De NMa-praktijk in 2004 biedt steun voor deze stelling. Van de 66 besluiten op bezwaar – voorafgaand aan vijf van die besluiten verkreeg de NMa advies van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (BAC) – leidde de bezwaarprocedure slechts in drie gevallen tot een aanpassing van het primaire besluit. In een geval (Mobiele operators)⁹ omdat de omzetten van de betrokken ondernemingen lager bleken dan eerst aangenomen. In een andere zaak (Noordzeegarnalen)¹⁰ leidde de bezwaarprocedure weliswaar tot aanpassingen maar bleven de hoofdlijnen overeind.

Het derde besluit dat in bezwaar inhoudelijk anders uitpakte was dat in de zaak BOVAG-NCBRM.¹¹ In haar advies adviseerde de BAC de bezwaren van de bezwaarmakers voor wat betreft een van de drie door de NMa vastgestelde overtredingen gegrond te verklaren. In het besluit op bezwaar stelt de NMa dat zij beslist conform het advies en zij verwijst 'in zoverre ter motivering' van het besluit op bezwaar naar het advies. Vervolgens overweegt de NMa echter dat de betreffende in het bestreden besluit vastgestelde overtreding 'de minst zware overtreding vormt'. Met andere woorden de NMa volgt de BAC niet in het oordeel dat geen sprake was van een inbreuk. Voor de afwijking van het advies wordt geen motivering gegeven. Door de adviezen van de BAC niet (volledig) op te volgen indien het advies zou moeten leiden tot wezenlijke aanpassing van het primaire besluit, lijkt de NMa het gelijk te bevestigen van degenen die stellen dat de bezwaarprocedure in sanctieprocedures op grond van de Mw een 'rituele dans' zou zijn – waarmee dan kennelijk wordt bedoeld: zinloos. In dit verband kan ook niet onvermeld blijven dat de drie in 2004 genomen besluiten op bezwaar waarvan de uitkomst wezenlijk anders was dan oorspronkelijk, waren gebaseerd op uitspraken van de gerechten die de besluiten van de NMa toetsen. HMG, VNI en Libertel konden hun gelijk van de rechter pas krijgen nadat zij de (kostbare en tijdrovende) tussenschakel van bezwaar hadden doorlopen.¹²

De NMa heeft beleidsregels gepubliceerd over de wijze waarop zij zal omgaan met verzoeken tot rechtstreeks beroep.¹³ Bij sanctiebesluiten in mededingingszaken zullen verzoeken om rechtstreeks beroep in beginsel worden gehonoreerd en voor alle andere zaken geldt dat van zaak tot zaak wordt onderzocht of deze geschikt is voor rechtstreeks beroep. De NMa zal een verzoek normaliter afwijzen in de volgende gevallen: de feiten of wederzijdse standpunten zijn nog niet duidelijk, de NMa ziet nog mogelijkheden het 'geschil' op te lossen of er is sprake van gebreken die nog gemakkelijk in de bezwaarfase kunnen worden gerepareerd.

Informele zienswijzen

Zoals in de inleiding aangegeven, heeft de d-g NMa in de loop van 2004 een versoepeling aangekondigd van het beleid ten aanzien van het verstrekken van informele zienswijzen. De omdraaiing van het oorspronkelijke criterium 'nee, tenzij' naar 'ja, mits' mag op zichzelf weinig zeggend lijken, uit de praktijk blijkt dat de NMa al snel bereid is een informele zienswijze te geven (80 keer in 2004 – hoeveel daarvan op de toepassing van artikel 6 en 24 Mw betrekking hebben is niet bekend).¹⁴ Zo kon over de collectieve verkoop van uitzendrechten van voetbalclubs moeilijk gezegd worden dat de beschikkingspraktijk van de Commissie en NMa geen basis biedt voor een eigen beoordeling in overeenstemming met het net geïntroduceerde systeem. Toch was de NMa bereid de Eredivisie CV een informele

5 Begin 2005 publiceerde de NMa de Richtsnoeren toepassing artikel 6, lid 3, Mededingingswet, *Stcrt.* 2005, 47, p. 22.

6 Zie artikel IIIa Wet modernisering EG-mededingingsrecht. Deze bepaling werd opgenomen bij amendement van 9 juni 2004 van Kamerleden Aptroot en Ten Hoopen, Kamerstukken II 2003/04, 29 276, nr. 19.

7 De NMa heeft in september 2004 aangegeven hoe zij gebruik zal maken van haar nieuwe bevoegdheid te interveniëren in rechterlijke procedures in de Richtsnoeren *Amicus Curiae*, *Stcrt.* 2004, 159, p. 19.

8 Wet van 13 mei 2004 tot wijziging van de Algemene wet bestuursrecht en enige andere wetten in verband met de mogelijkheid om de bezwaarschriftenprocedure met wederzijds goedvinden buiten toepassing te laten (rechtstreeks beroep), *Stb.* 2004, 220. De wet trad in werking op 1 september 2004.

9 Besluit op bezwaar NMa van 27 september 2004 in zaak 2658 (Mobiele operators).

10 Besluit op bezwaar NMa van 28 december 2004 in zaak 2269 (Noordzeegarnalen).

11 Besluit op bezwaar NMa van 28 september 2004 in zaak 2973 (BOVAG-NCBRM).

12 Tweede beslissing op bezwaar NMa van 1 april 2004 in zaak 1 (De Telegraaf vs HMG, tweede beslissing op bezwaar HMG), tweede besluit op bezwaar NMa van 22 juli 2004 in zaak 2157 (VNI), besluit op bezwaar NMa van 6 september 2000 in zaak 275 (Ontheffingsverzoek Libertel).

13 NMa, Beleid bij beoordeling van verzoeken om rechtstreeks beroep, 1 september 2004 (zie www.nmanet.nl).

14 NMa, NMa-Agenda – Jaarbericht 2004 en agenda 2005. 1.4 Het jaar in cijfers, januari 2005, p. 9 (zie www.nmanet.nl).

zienswijze te geven.¹⁵ Het is kenmerkend voor een informele zienswijze dat de NMa partijen nog steeds weinig zekerheid biedt over de toelaatbaarheid van de afspraken waarop de zienswijze betrekking heeft. De informele zienswijze, die in beginsel niet is gebaseerd op eigen onderzoek van de NMa maar uitsluitend op informatie verstrekt door partijen, toont ook aan dat de beperkte 'verantwoordelijkheid' die de NMa voor de inhoud van de zienswijze heeft, bezwaren met zich brengt. In de informele zienswijze lijkt de NMa nogal lichtvaardig overwegingen over te nemen uit eerdere beschikkingen van de Commissie ten aanzien van collectieve verkoop van uitzendrechten terwijl de betreffende overwegingen, zoals altijd, zeer nadrukkelijk verweven waren met de specifieke feiten in die zaken. De NMa speculeert er in de informele zienswijze ook driftig – en naar men mag aannemen ongevraagd – op los wat bedreft de vraag op welke wijze de aangemelde afspraken (nog) minder mededingingsbeperkend zouden kunnen worden ingericht. Zo stelt de NMa, onder verwijzing naar de heel anders opgezette verkoop van de Duitse voetbaluitzendrechten, dat de Eredivisie-clubs 'om eventuele negatieve effecten voor de aangrenzende markt voor omroeporganisaties te voorkomen' de voorwaarde zouden kunnen stellen dat verschillende pakketten van uitzendrechten niet door een en dezelfde zendgemachtigde kunnen worden aangekocht. Het is de vraag of de aanmeldende partijen – en de werkzame mededinging – met een dergelijke luchtige suggestie van de NMa worden geholpen. Hoewel de uitzendrechten van voetbalwedstrijden gelet op de gang van zaken bij de veiling van de Eredivisier rechten 2005-2008 voor televisiezenders kennelijk van groot belang zijn, kan toch moeilijk worden gesteld dat het verwerven van meer dan een pakket uitzendrechten van Eredivisievoetbalwedstrijden – bijvoorbeeld de pakketten voor de 'tweede uitzendrechten' (op maandag) en het pakket livewedstrijd op vrijdag – door een onderneming voor de periode van drie jaar, op basis van een objectieve, transparante en non-discriminatoire opgezette veiling, de mededinging merkbaar zou kunnen beperken. Wellicht biedt de onzekerheid van ondernemingen over de toepassing van de artikel 6 lid 3-voorwaarden de NMa onverwachte mogelijkheden om aan industriepolitiek te doen.

Prioritering

Het prioriteringsbeleid van de NMa is gebaseerd op het economisch belang, het consumentenbelang, de ernst van de overtreding en de doelmatigheid en doeltreffendheid van optreden van de NMa in de kwestie.¹⁶ De besluiten van de NMa in 2004 geven aan dat de ernst van de overtreding in feite de belangrijkste factor is. Dit ligt ook wel voor de hand omdat het tegengaan van ernstige overtredingen per definitie een groot economisch en consumentenbelang dient en de NMa in die gevallen, mede op basis van de onderzoeksbevoegdheden, efficiënt en effectief kan optreden.

Het criterium economisch belang heeft betrekking op de omvang van de relevante markt en de impact van de mogelijke overtreding op die markt. De NMa tracht door deze eerste inschatting van het economisch belang te inventariseren wat de directe economische schade is die de mogelijke overtreding veroorzaakt of heeft veroorzaakt.¹⁷ Een klacht van Kabelnet Veendam tegen Eurosport werd wegens gebrek aan economisch belang afgewezen. De NMa overwoog dat er geen reden was voor nader onderzoek vanwege het 'geringe economische en maatschappelijke belang' van een eventuele overtreding. Kabelnet Veendam stelde dat zij een hoger tarief zou moeten betalen voor de doorgifte van Eurosport dan een andere onderneming. Een onderzoek van Intomart toonde aan dat de eventuele overtreding effect had op 11.000 abonnees die gemiddeld 2,8 minuten naar Eurosport keken waarbij ook nog gold dat het verschil slechts 0,16 euro per abonnee per jaar bedroeg.¹⁸ Ook een andere klacht betreffende Eurosport, maar in dat geval juist gericht tegen de kabelmaatschappij (UPC), werd door de NMa (in bezwaar) afgewezen. Het nader onderzoek wees uit dat UPC geen misbruik maakte omdat Eurosport zelf de eigen beelden niet langer wilde laten doorgeven binnen het zogenaamde standaardpakket.¹⁹

De dominantie van het criterium ernst van de overtreding binnen het prioriteringsbeleid komt tot uitdrukking in het feit dat de NMa voldoende consumentenbelang aanwezig acht als optreden van de NMa zich direct 'uitbetaalt' in lagere prijzen, betere kwaliteit of verruiming van de keuzemogelijkheden voor de consument als eindgebruiker. A contrario redenerend valt uit het besluit in de zaak 3712 (VVE T.E.W. vs. SVn) af te leiden dat het consumentenbelang groot is indien het vermoeden bestaat dat een onderneming met een economische machtspositie excessieve prijzen hanteert.²⁰ Uit het besluit op bezwaar van de NMa in de zaak Consumentenbond v. Shampoofabrikanten blijkt echter – anders dan men

15 Informele zienswijze NMa van 18 november 2004 onder nummer 4237 (Eredivisie CV-Exploitatie uitzendrechten). Het beeld dat de NMa verzoeken om een informele zienswijze redelijk gemakkelijk accepteert, werd begin 2005 bevestigd met het verstrekken van een informele zienswijze aan Royal Friesland Foods (14 januari 2005 onder nummer 4258). Ook de vragen die in deze zienswijze worden beantwoord zijn bepaald niet nieuw en de antwoorden zijn ook niet verrassend. De informele zienswijze in dit geval was overigens wel nuttig omdat de NMa hierin een eigen eerdere fout – waar civiele rechters nogal van in verwarring raakten – corrigeerde (zie hierover F. Leeftang in *M&M* 2000, p. 150).

16 NMa, NMa-agenda 2004, 23 januari 2004, p. 7-8. De Rechtbank Rotterdam bevestigde in 2004 de rechtmatigheid van het prioriteringsbeleid van de NMa (Rb. R'dam op 3 december 2004 onder rolnr. MEDED 03/2084-KNP, Beroep J. Kingma/NMa (zie www.rechtspraak.nl, LJN AS3852).

17 Besluit op bezwaar NMa van 6 februari 2004 in zaak 3286 (Stichting Kabelnet Veendam), rnr. 3, 16.

18 Zie ook besluit op bezwaar NMa van 10 februari 2004 in zaak 3279 (Jachthavens Zuidelijke Randmeren/Gemeente Hoorn).

19 Besluit op bezwaar NMa van 7 september 2004 in zaak 3585 (Programmaaraad Friesland v. UPC).

20 Besluit op bezwaar NMa van 15 juli 2004 in zaak 3712 (Vereniging van eigenaren T.E.W. vs. Stichting Stimuleringsfonds Volkshuisvesting Nederlandse Gemeenten), rnr. 11.

zou kunnen aannemen – dat het gegeven dat de Consumentenbond vindt dat consumenten een groot belang hebben bij optreden niet doorslaggevend is voor de NMa.²¹

De ernst van de overtreding ziet op de aard van de overtreding, waarbij bijvoorbeeld geldt dat 'hardcore' kartels ernstiger zijn dan uitwisseling van commercieel gevoelige informatie tussen concurrenten. De hiervoor genoemde zaak van de Consumentenbond over het beleid van shampoofabrikanten ten aanzien van dierproeven geeft inzicht in de ruime beoordelingsvrijheid die de NMa (ook) heeft bij de beoordeling van de vraag of feiten wijzen op een (ernstige) overtreding van de Mw. De Consumentenbond had gesteld, en naar het oordeel van de NMa ook wel aannemelijk gemaakt, dat shampoofabrikanten in brancheverenigingsverband hadden overlegd over de wijze waarop informatie zou worden verschaft over het gebruik van dierproeven. Volgens de Consumentenbond is het al dan niet gebruiken van dierproeven een significante factor in de concurrentie tussen shampoofabrikanten om de gunst van de consument. De NMa constateerde op basis van door de Consumentenbond verstrekte informatie dat het niet onwaarschijnlijk was dat de branchevereniging de antwoorden van de leden (deels) had geformuleerd, 'maar hiermee is nog geen sprake van een afstemming tussen de shampoofabrikanten onderling als door de Consumentenbond kennelijk bedoeld' oordeelde de NMa.²² De NMa wees de klacht van de Consumentenbond vervolgens (opnieuw) af omdat de wijze waarop de informatie door de shampoofabrikanten werd verschaft op zichzelf geen overtreding van artikel 6 Mw inhield en ook niet zou wijzen op een overtreding van die bepaling. Dat laatste is opmerkelijk gelet op de inhoud van de documenten waaruit in het besluit wordt geciteerd. Daaruit komt ten minste het beeld naar voren dat de shampoofabrikanten hebben overlegd over de wijze waarop zij al dan niet gebruikmaken van dierproeven en ook over de medewerking aan publiciteit over dit onderwerp. Gelet op de traditioneel zeer kritische houding van de NMa ten aanzien van adviezen van brancheverenigingen en overleg tussen concurrenten in brancheverenigingsverband is haar laconieke houding in dit geval opmerkelijk, hoewel overigens niet onbegrijpelijk, nu overleg over dit soort milieuaspecten tussen een beperkt aantal producenten niet snel zal leiden tot een serieuze beperking van de mededinging.²³

Bij de factor 'doelmatigheid en doeltreffendheid' gaat het erom of de inzet van middelen van de NMa in verhouding staat tot de waarschijnlijke opbrengst. Kan de zaak een signaalfunctie voor andere marktpartijen of markten hebben, beschikt de NMa over concrete aanwijzingen en is zij wel de aangewezen instantie de vermeende overtreding te onderzoeken of is een andere overheidsinstantie beter toegerust? In het besluit Tariefstructuur arbodiensten gaf de NMa aan dat de zaak geen prioriteit had omdat onvoldoende aannemelijk was dat sprake was van een inbreuk. De NMa overweegt met betrekking tot artikel 6 Mw 'dat het enkele feit dat de Arbodiensten hoge of stijgende prijzen hanteren, onvoldoende aanleiding geeft te vermoeden dat er sprake is van kartelvorming' en 'dat – gezien de markt waarop Arbodiensten

concurreren met een groot aantal kleinere arbodiensten en vrijgevestigde artsen – een overtreding van artikel 24 Mw op voorhand onwaarschijnlijk lijkt'.²⁴ Het feit dat de NMa eerder al ten aanzien van een vergelijkbare gedraging heeft geoordeeld dat geen sprake is van een inbreuk, kan leiden tot het oordeel dat het behandelen van een klacht niet doelmatig is.²⁵ De NMa wijst klachten ook af indien een ander bestuursorgaan (zoals OPTA) meer geschikt is om een gedraging te corrigeren – of een sanctie op te leggen – ook al staat vast dat het betreffende bestuursorgaan niet op korte termijn handhavend zal optreden.²⁶ De afwijzing van de klacht van Tele2 tegen KPN zal echter mede zijn gebaseerd op de mogelijkheid van civielrechtelijke handhaving. Zoals bekend, is het beslechten van geschillen tussen particulieren niet een taak van de NMa en verwijst de NMa partijen als onderdeel van haar prioriteringsbeleid geregeld naar de civiele rechter.²⁷

Bij afwijzing van een klacht door de NMa op grond van het prioriteringsbeleid kan het overigens wel degelijk zinvol zijn bezwaar tegen dat besluit te maken. Het gebeurt geregeld dat de NMa in het besluit op bezwaar een uitvoeriger oordeel of ten minste een indicatie over de materiële beoordeling van de kwestie geeft. Zo werd de klacht van de Nederlandse Associatie voor Psychotherapie (NAP) ten aanzien van aspecten van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG) in eerste instantie afgewezen met een beroep op andere prioriteiten. In het besluit op bezwaar komt de NMa niet meer terug op zijn prioriteringsbeleid maar geeft zij aan dat de Mw niet van toepassing is op de door de Minister van VWS vastgestelde (opleidings)eisen voor het in aanmerking komen van BIG-registratie. De minister handelt in dat geval niet als onderneming in de zin van het mededingingsrecht.²⁸

Belanghebbende-begrip

De beperkte reikwijdte van het begrip belanghebbende blijft voor veel klagers een probleem. Ieder jaar wijst de NMa talloze klachten af en verklaart zij bezwaar tegen die afwijzingen niet-ontvankelijk op basis van het feit dat de klagers niet kwalificeren als belanghebbende. Zo werd

21 Besluit op bezwaar NMa van 17 augustus 2004 in zaak 3607 (Consumentenbond v. Shampoofabrikanten).

22 Besluit op bezwaar NMa van 17 augustus 2004 in zaak 3607 (Consumentenbond v. Shampoofabrikanten), rnr. 26.

23 Besluit NMa van 27 augustus 1998 in zaak 379 (onthefingsaanvraag ingediend door de KNMvD).

24 Besluit op bezwaar NMa (ongedateerd) in zaak 3758 (Tariefstructuur arbodiensten), rnr. 11-12.

25 Besluit op bezwaar van 21 juni 2004 in zaak 3475 (Vereniging van reizigers vs. KLM en SLM), rnr. 13.

26 Besluit op bezwaar NMa van 17 juni 2004 in zaak 3439 (Tele2 v. KPN), rnr. 22-27.

27 Besluit op bezwaar NMa van 6 februari 2004 in zaak 3286 (Stichting Kabelnet Veendam), rnr. 11, besluit op bezwaar NMa van 16 februari 2004 in zaak 3714 (Kaag vs. Coöperatie Bungalowpark 't Giethmenseveld).

Zie met betrekking tot prioritering ook, Besluit op bezwaar NMa van 13 april 2004 in zaak 2061 (Nederlandse Associatie voor Psychotherapie (NAP)).

28 Besluit op bezwaar van 13 april 2004 in zaak 2061 (Nederlandse Associatie voor Psychotherapie (NAP)).

in 2004 het bezwaar tegen de afwijzing van een klacht van een particulier over de sterk gestegen tarieven van de vier grootste arbodiensten door de NMa (in bezwaar) kennelijk niet-ontvankelijk verklaard vanwege het ontbreken van een specifiek en individueel belang.²⁹ Uit het besluit op bezwaar in de zaak Huisartsenpraktijk Singel 108 bleek nog maar weer eens hoe eng het begrip belanghebbende wordt geïnterpreteerd. Onder verwijzing naar de benadering van het CBB beoordeelde de NMa of de positie van bezwaarmakers zich onderscheidde van die van willekeurig iedere andere persoon. En hoewel de positie van bezwaarmakers nadrukkelijk anders was dan die van een zeer groot deel van de andere door de beklagde gedraging getroffen personen, stelde de NMa vast dat er desalniettemin nog andere personen waren die op min of meer dezelfde manier door de gedraging werden geraakt.³⁰ De klagers kwalificeerden daarom niet als belanghebbende. Het blijft een merkwaardige doctrine en een in 2004 toegepast trucje om toch als belanghebbende te kwalificeren hielp niet. In het besluit op bezwaar in de zaak Werkgroep behoud van een volwaardig ziekenhuis Velp bepaalde de NMa dat het zijn van geadresseerde van een besluit van de NMa waarmee een klacht wordt afgewezen, die geadresseerde nog niet (in bezwaar) tot belanghebbende maakt.³¹ Het formele begripkader van het bestuursprocesrecht beperkt de mogelijkheden van klagers dus aanzienlijk, maar achter dit harde formele masker schuilt soms materieel een zacht gezicht. Een niet-belanghebbende die wel een afgeleid belang had, werd door de NMa in de gelegenheid gesteld die informatie aan de NMa te verstrekken waarvan de 'niet-belanghebbende' zou menen dat deze voor het door de NMa te nemen besluit van belang zou zijn.³² Het herhaald indienen van een klacht die eerder is afgewezen zonder ter onderbouwing van de nieuwe klacht over dezelfde gedraging nieuwe feiten of omstandigheden aan te dragen, heeft overigens geen zin.³³

Onderzoeksbevoegdheden NMa

Zolang het CBB en de Rechtbank Rotterdam nog geen definitieve uitspraken hebben gedaan over de rechtmatigheid van de wijze waarop de NMa in de meeste zaken gebruikmaakt van haar toezicht- en onderzoeksbevoegdheden blijven procedurele aspecten belangrijke elementen in procedures bij de NMa (zowel in de rapport- als in de bezwaarfase). In 2004 lichtte de NMa haar beleid in een aantal besluiten toe. Hieronder komen enkele van de hete hangijzers aan de orde.

Uitvoering onderzoek ('fishing expedition' en 'doorzoeken')

In het verleden is veel geklaagd over het opereren van de NMa in de onderzoekfase, met name vanwege de zeer algemene omschrijving van het onderzoeksdoel door de NMa. In 2004 besliste de NMa op het bezwaar dat BOVAG en NCBRM maakten tegen de gevolgen van de algemene omschrijving van het onderzoeksdoel. De NMa had bedrijfsbezoeken afgelegd naar aanleiding van aanwijzingen dat

sprake was van horizontale afstemming c.q. overleg over de prijsstelling van fietsen en de marge voor de rijwielhandel. Volgens partijen hadden die aanwijzingen en dus ook het onderzoek van de NMa betrekking op overleg tussen de fietsfabrikanten. De NMa vond inderdaad bewijs voor overleg tussen fietsfabrikanten in strijd met artikel 6 Mw. Deze overtreding staat centraal in zaak 1615. Tijdens de bedrijfsbezoeken stuitte de NMa echter ook op diverse adviezen van BOVAG en NCBRM aan leden die actief zijn op detailhandelniveau. De adviezen hadden onder meer betrekking op tarieven voor service en onderhoud en de berekening van werkplaatstarieven. Van oordeel dat op basis van het gevonden materiaal twee verschillende inbreuken konden worden bewezen, opende de NMa een apart dossier voor de geconstateerde overtredingen van BOVAG en NCBRM (zaak 2973). De zaken 1615 gericht tegen de fietsfabrikanten en 2973 gericht tegen BOVAG en NCBRM liepen vervolgens via een gescheiden traject. Hoewel het onderzoek dat leidde tot de zaak tegen BOVAG en NCBRM ten tijde van de bedrijfsbezoeken nog in dezelfde zaak plaatsvond als het andere onderzoek, kregen BOVAG en NCBRM geen toegang tot het dossier in die zaak (zaak 1615). BOVAG en NCBRM maakten in de eerste plaats bezwaar tegen het feit dat de tegen hen gerichte zaak in feite 'bijvangst' was van het onderzoek gericht tot de fietsfabrikanten. Dit zou best wel eens het geval kunnen zijn maar door de zeer algemeen geformuleerde onderzoeksopzet had de BAC (en daarmee de NMa in bezwaar) er geen moeite mee om te concluderen dat de bevindingen van de NMa-ambtenaren tijdens de bedrijfsbezoeken binnen het doel vielen waarmee de onderzoeken gerechtvaardigd werden.

'Dat eerst naar aanleiding van die onderzoeken aanwijzingen voor aanvullende overtredingen [lees: de door BOVAG en NCBRM begane overtredingen, RW en EO] van de Mededingingswet werden vastgesteld, staat er niet aan in de weg dat die gedragingen zijn betrokken in het onderzoek naar prijsafspraken op de rijwielmarkt'.³⁴

Had de NMa in eerste instantie geconcretiseerd dat haar onderzoek was gericht op onderlinge afspraken tussen fietsfabrikanten dan zouden de bedrijfsbezoeken niet binnen het doel zijn gevallen waarmee de onderzoeken gerechtvaardigd werden. De gang van zaken in deze zaak (of zaken) toont in ieder geval aan dat het voor justitia-

29 Besluit op bezwaar NMa [datum niet bekend] in zaak 3758 (Tariefstructuur arbodiensten), rnr. 16-22.

30 Besluit op bezwaar NMa van 19 augustus 2004 in zaak 3296 (Huisartsenpraktijk Singel 108), rnr. 18-22.

31 Besluit op bezwaar NMa van 26 mei 2004 in zaak 1675 (Werkgroep Behoud van een Volwaardig Ziekenhuis Velp), rnr. 22.

32 Besluit NMa van 15 november 2004 in zaak 3022 (Stichting Automatisering Gezondheidszorg Breda), rnr. 10.

33 Besluit op bezwaar NMa van 20 juli 2004 in zaak 3958 (LTO Nederland v. handelaren en makelaars in melkquatum).

34 Besluit op bezwaar van 28 september 2004 in zaak 2973 (BOVAG en NCBRM), advies BAC van 12 juli 2004, rnr. 24.

belen wel degelijk groot verschil maakt of de NMa bij bijvoorbeeld bedrijfsbezoeken wel of niet concreet aangeeft wat het onderzoeksdoel en daarmee de grens van haar bevoegdheden is. Ook een splitsing van een dossier kan aanzienlijke consequenties voor de rechtspositie van partijen hebben, zoals een beperking van de toegang tot stukken die mogelijk relevant zijn voor de verdediging. Voor de BAC (en de NMa) is voldoende dat het uiteindelijke dossier in een zaak zelfstandig het besluit kan dragen.³⁵ Een beroep op de Wet openbaarheid bestuur biedt de betrokken partijen geen soelaas.³⁶

In alle dakbedekkingsbesluiten komt de wijze van bewijsvergaring door de NMa uitgebreid aan bod. De NMa doet de bezwaren van partijen met betrekking tot de wijze van onderzoek, die volgens partijen het karakter van een niet-toegestane doorzoeking zou hebben gehad en de gestelde willekeur van de bedrijfsbezoeken, af door te verwijzen naar haar uitvoerige voorbereiding van de specifieke zaken waarbij de NMa de evenredigheid en doelmatigheid van de onderzoeken heeft beoordeeld.³⁷ Daarbij heeft de NMa ook haar doel, betrokken personen en te onderzoeken objecten vooraf gepreciseerd. Deze aspecten waren voorafgaand aan de bedrijfsbezoeken omschreven in interne documenten van de NMa. Met betrekking tot het maken en gebruiken van 'forensic images' verwijst de NMa volgens vaste praktijk naar de uitspraak van de voorzieningenrechter in Den Haag uit 2003.³⁸

Geen rechterlijke voorafgaande goedkeuring inval

Vrijwel standaard komt in besluiten waar de NMa bedrijfsbezoeken heeft afgelegd het bezwaar op dat de bedrijfsbezoeken niet mochten worden afgelegd zonder voorafgaande rechterlijke machtiging. In het kader van dit bezwaar beroepen betrokken ondernemingen zich steeds op het bekend veronderstelde arrest Colas Est³⁹ en de schending van privacy op grond van artikel 8 EVRM. De NMa overweegt steeds dat gelet op de Franse nationale wetgeving en de strekking van het onderzoek in Colas Est geen sprake is van een vergelijkbare situatie waarbij het EHRM ook nog sterk de nadruk heeft gelegd op de specifieke omstandigheden van dat geval. Daarnaast is de NMa van mening dat een mogelijke inbreuk zijn rechtvaardiging zou vinden in artikel 8 lid 2 EVRM omdat artikel 5:15 Awb en 5:17 Awb een toezichthouder het recht geven inzage te vorderen van bepaalde zakelijke gegevens en bescheiden. Voorzover er een beperking is geweest van het recht op privacy, overweegt de NMa dat deze noodzakelijk en evenredig was aan het te beschermen legitieme belang, namelijk het toezicht op naleving van de Mw.⁴⁰ Hoe dan ook kunnen ondernemingen die NMa-ambtenaren vrijwillig toestemming verlenen voor het verrichten van het bedrijfsbezoek geen beroep doen op de Colas Est-rechtspraak.⁴¹

Anonieme tipgever

In de dakbedekkingsbesluiten stellen de betrokken ondernemingen dat de NMa geen gebruik mag maken van

documenten (met inbegrip van de bijgevoegde aantekeningen) die zij heeft verkregen van een anonieme tipgever. Door dit wel te doen zou de NMa in strijd met artikel 6 EVRM handelen. De NMa erkent niet te weten op welke wijze de tipgever de beschikking heeft gekregen over de documenten maar is van oordeel dat dit niet in de weg staat aan het gebruik van de documenten door de NMa. Zelfs indien de documenten door de tipgever op jegens de betrokken onderneming onrechtmatige wijze zijn verkregen, kan de NMa hiervan gebruikmaken. De NMa acht onder verwijzing naar een uitspraak van de Hoge Raad uit 1992⁴² slechts niet toelaatbaar het gebruik van bewijs, indien het door de overheid is verkregen op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht dat het terzijde moet worden gelaten. Hiervan is volgens de NMa geen sprake waarbij zij tevens aangeeft dan geen reden te hebben om te twijfelen aan de juistheid van het bewijs of van de toelichting daarop van de tipgever.⁴³

Cautieplicht

Op grond van artikel 53 Mw geldt een zwijgrecht voor betrokken partijen vanaf het moment dat onderzoekende ambtenaren een redelijk vermoeden hebben dat een bepaalde onderneming of ondernemingsvereniging een overtreding van de Mw heeft begaan. In navolging van een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam in een niet mededingingsrechtelijke zaak⁴⁴, oordeelde de NMa dat de apo-

35 Advies BAC van 12 juli 2004 in zaak 2973 (BOVAG en NCBRM), rnr. 25. Zie ook de 'dakbedekkingsbesluiten' van de NMa van 14 juni 2004 in zaak 3687 (Aanbesteding complex 1731), rnr. 65-80, zaak 3689 (Aanbesteding dakrenovatie AMC), rnr. 52-65 en zaak 3691 (Aanbesteding dakrenovaties Emmtec), rnr. 84-97.

36 Besluit op bezwaar van de NMa van 27 oktober 2004 in zaak 3795 (Gazelle).

37 Besluiten NMa van 14 juni 2004 in zaak 3687 (Aanbesteding complex 1731), rnr. 87-91, zaak 3689 (Aanbesteding dakrenovatie AMC), rnr. 77-78, zaak 3690 (Aanbesteding dakrenovatie Sporthal 'De Springers'), rnr. 72-76, zaak 3691 (Aanbesteding dakrenovaties Emmtec), rnr. 107-108, zaak 3692 (Dakwerkzaamheden Philips Drachten), rnr. 76-80.

38 Uitspraak voorzieningenrechter Den Haag van 9 april 2003 in zaak KG 03/341, Van Hattum & Blankevoort/Staat der Nederlanden (zie www.rechtspraak.nl, LJV AF7069).

39 EHRM van 16 april 2002 in zaak 37971/97, Société Colas Est and Others v. France (zie www.echr.coe.int).

40 Besluiten NMa van 14 juni 2004 in zaak 3687 (Aanbesteding complex 1731), rnr. 92-97, zaak 3689 (Aanbesteding dakrenovatie AMC), rnr. 66-71, zaak 3690 (Aanbesteding dakrenovatie Sporthal 'De Springers'), rnr. 64-69, zaak 3691 (Aanbesteding dakrenovaties Emmtec), rnr. 98-104, zaak 3692 (Dakwerkzaamheden Philips Drachten), rnr. 70-75.

41 In die zin ook het BAC-advies van 7 oktober 2003 in zaak 2658 (Mobiële operators), rnr. 31.

42 Uitspraak Hoge Raad 1 juli 1992, NJ 1994, 621, BNB 1992, 306.

43 Besluiten NMa van 14 juni 2004 in zaak 3689 (Aanbesteding dakrenovatie AMC) rnr. 83-89, zaak 3690 (Aanbesteding dakrenovatie Sporthal 'De Springers'), rnr. 81-86, zaak 3691 (Aanbesteding dakrenovaties Emmtec), rnr. 112-118 en zaak 3692 (Dakwerkzaamheden Philips Drachten), rnr. 85-89.

44 (27 juni 2003, Fortis Bank t. Stichting Autoriteit Financiële Markten, zaaknr. 02/695 BC).

theken in Assen tijdens een gesprek ten kantore van de NMa door een mogelijk cautieverzuim niet in hun belangen zijn geschaad. De apotheken werden tijdens het gesprek bijgestaan door hun gemachtigde.⁴⁵

Termijnen

Overschrijding van de wettelijke bezwaartermijn is zoals bekend niet snel verschoonbaar. Het indienen van een stuk waaruit niet duidelijk blijkt dat bezwaar wordt gemaakt tegen een bepaald besluit heeft geen enkel effect op de wettelijke termijn voor het indienen van bezwaar.⁴⁶ Ook bleek noch ziekte van de gemachtigde, noch een misverstand over de bekendmaking van de niet-vertrouwelijke versie van een besluit – bij een advocaat die als gemachtigde optreedt – te rechtvaardigen dat een bezwaarschrift buiten de termijn wordt ingediend.⁴⁷

Vooringenomenheid/Persbeleid

In verschillende zaken is in 2004 het verbod op vooringenomenheid aan de orde gekomen. Hierbij heeft de NMa steeds haar vaste institutionele praktijk gevolgd. Deze komt er kortweg op neer dat nadat een rapport als bedoeld in artikel 59 Mw aan de betrokken ondernemingen is verstuurd, het dossier inclusief het rapport worden overgedragen aan de Juridische Dienst van de NMa. Het vervolgetraject van (schriftelijke en mondelinge) zienswijzen en uiteindelijk de sanctiebeschikking wordt uitgevoerd door ambtenaren van de Juridische Dienst. Omdat dit andere ambtenaren zijn dan degenen die betrokken waren bij de opstelling van het desbetreffende rapport en het daaraan voorafgaande onderzoek acht de NMa dat een voldoende waarborg bestaat tegen vooringenomenheid. Het feit dat in de media communicatie plaatsvindt over de bevindingen van de NMa naar aanleiding van een rapport doet daaraan niet af.⁴⁸

Naar aanleiding van het persbericht van de NMa na het uitbrengen van het rapport in zaak 1615 ('Fietsfabrikanten') had Accell een zaak aangespannen tegen de Staat. Accell vond dat de stelligheid waarmee de NMa in haar persbericht uiting gaf aan het vermoeden dat een inbreuk op artikel 6 Mw was gemaakt in strijd was met de in artikel 6 lid 2 EVRM gewaarborgde onschuldpresumptie en de in acht te nemen zorgvuldigheid. Hierbij speelde mee dat de NMa het persbericht pas twee uur voor publicatie aan Accell had laten bezorgen. De Rechtbank Den Haag overwoog dat de NMa niet onrechtmatig handelde omdat in het persbericht voldoende duidelijk was aangegeven dat de NMa rapport had opge maakt vanwege een redelijk vermoeden dat een inbreuk was gepleegd en was aangegeven dat de betrokken ondernemingen zich daartegen nog konden verweren.⁴⁹ Recent heeft het Hof Den Haag in hoger beroep bepaald dat in de specifieke omstandigheden van dit geval de publicatie van het persbericht wél onrechtmatig jegens Accell was. Hierbij overweegt het Hof dat een persbericht bestemd is voor het grote publiek en bij verdere verspreiding nuances grotendeels verloren ple gen te gaan.⁵⁰

Mede doordat het persbeleid van de NMa inmiddels gewijzigd is, is de precedentwaarde van deze zaak in de praktijk waarschijnlijk beperkt. De NMa heeft in mei 2004 haar Werkwijze Communicatie gepubliceerd.⁵¹ In beginsel publiceert de NMa geen persberichten meer over bedrijfsbezoeken, lopende onderzoeken of bij het uitbrengen van een rapport. Hiervan zal de NMa afwijken indien er een bijzonder belang is bij actief communiceren waarbij gedacht kan worden aan het bekend raken van dat de NMa onderzoek doet en het achterwege laten van een persbericht zou leiden tot onwenselijke speculaties.⁵² De uitspraak van het Hof in Accell lijkt ook niet te impliceren dat de wijze waarop de NMa in 2004 de traditionele bezwaren tegen haar (voormalige) communicatiebeleid afwees in andere besluiten onjuist was.

Verordening 1/2003: Parallele toepassing artikel 81 EG-Verdrag

In het besluit op bezwaar in de Noordzeegarnalen stelt de NMa terecht vast dat zij ingevolge de ten tijde van de bezwaarfase in die zaak inmiddels in werking getreden Verordening 1/2003 verplicht was artikel 81 EG-Verdrag toe te passen in zaken waarin sprake is van effect op het interstatelijk handelsverkeer. De NMa constateert dat sprake is van een dergelijk effect en past dus in afwijking van het eerdere besluit artikel 81 EG-Verdrag toe op alle geconstateerde overtredingen van het kartelverbod. Dit leidde mede vanwege het *reformatio in peius*-beginsel niet tot een hogere boete.⁵³ Ook in de Mobiele operators-zaak diende de NMa in de bezwaarprocedure vanwege de inwerkingtreding van Verordening 1/2003 na te gaan of artikel 81 EG-Verdrag was overtreden. De NMa concludeerde dat dit het geval was. Zij diende dus óf boetes voor beide overtredingen op te leggen en bij de berekening van de hoogte van de ene boete rekening te houden met de hoogte van de andere

45 Besluit NMa van 21 juni 2004 in zaak 2501 (Dienstapothek regio Assen), rnr. 58-59.

46 Besluit op bezwaar NMa van 26 mei 2004 in zaak 1675 (Werkgroep Behoud van een Volwaardig Ziekenhuis Velp), rnr. 30-32.

47 Besluit op bezwaar NMa van 10 mei 2004 in zaak 3935 (bezwaar Ooms Avenhorn in zaak 2873) en besluit NMa van 16 april 2004 in zaak 3823 (SIMN verzoek tot verlenging ontheffing). Het besluit Ooms/Avenhorn valt bovendien op omdat de BAC daarin advies heeft uitgebracht terwijl de NMa de zaak had kunnen afdoen door op grond van artikel 7:3 Awb te besluiten tot kennelijke niet-ontvankelijkheid van het beroep.

48 Zie onder meer besluit NMa van 21 juni 2004 in zaak 2688 (Stadsapotheken Tilburg), rnr. 71, besluit NMa van 15 november 2004 in zaak 3022 (Stichting Automatisering Gezondheidszorg Breda), rnr. 77-79 en besluit NMa van 9 december 2004 in zaak 3031 (Inleenverbod uitzendbranche), rnr. 44-46.

49 Uitspraak Rechtbank Den Haag van 3 maart 2004 onder rolnr. 03/1384, Accell e.a. tegen Staat der Nederlanden/d-g NMa (zie www.rechtspraak.nl, LJV A04880).

50 Uitspraak Gerechtshof Den Haag van 24 februari 2005 onder rolnr. 04/516, Accell e.a. tegen Staat der Nederlanden/d-g NMa (zie www.rechtspraak.nl, LJV AS9694).

51 NMa, Werkwijze Communicatie, 12 mei 2004 (zie www.nmanet.nl).

52 NMa, Werkwijze Communicatie, 12 mei 2004, rnr. 10-15. Zie ook Jaarverslag 2003 NMa en DTe, p. 10 en Lunchlezing P. Kalbfleisch Vereniging voor mededingingsrecht op 17 december 2003 (zie www.nmanet.nl).

op te leggen boete (hetgeen leidt tot matiging) óf zich te beperken tot het opleggen van één boete. De NMa koos voor de laatste variant. De NMa motiveert die keuze door erop te wijzen dat aan de geconstateerde overtredingen van artikel 6 Mw respectievelijk artikel 81 EG-Verdrag hetzelfde feitencomplex ten grondslag lag zodat de boetes aan dezelfde partijen dienen te worden opgelegd. Daarnaast, en dat geldt algemeen, constateert de NMa dat de Nederlandse wetgever er bewust voor heeft gekozen de normstelling van artikel 6 Mw inhoudelijk te laten overeenstemmen met die van artikel 81 EG-Verdrag, met uitzondering van het element van de interstatelijke handel. Als de benadering in dit besluit beleid wordt, dan zal de NMa in de meeste zaken – ook die waarin sprake is van een effect op het interstatelijk handelsverkeer – alleen boetes voor overtreding van artikel 6 Mw opleggen. De NMa doet dit op basis van de bestaande Richtsnoeren boetetoemeting.⁵⁴ Het is overigens de vraag wat, mede gelet op de materiële gelijkheid in de kartelverbodsnorm, in de praktijk het effect zou zijn van het ten onrechte niet toepassen van artikel 81 EG-Verdrag door de NMa in een zaak waarin sprake is van (potentiële) effecten op het interstatelijk handelsverkeer.

Hoewel de NMa op basis van het in Verordening 1/2003 en de Wet modernisering EG-mededingingsrecht geïntroduceerde systeem van de wettelijke exceptie nu ook verplicht is na te gaan of aan de voorwaarden van artikel 81 lid 3 EG-Verdrag en artikel 6 lid 3 Mw is voldaan, geldt dit niet voor afspraken die golden ten tijde van het oude regime. Destijds was voorafgaande aanmelding immers een voorwaarde voor ontheffing. Die voorwaarde is naar het oordeel van de NMa (en de BAC) niet met terugwerkende kracht vervallen. Ten overvloede licht de NMa nog wel toe waarom de geconstateerde gedragingen niet voldoen aan de 'ontheffingscriteria'.

Algemene begrippen Mw

Ten aanzien van de uitleg van de kernbegrippen van de Mw bestaan inmiddels talloze precedents. In 2004 verduidelijkte de NMa de betekenis van deze begrippen in enkele besluiten verder. Zo bepaalde de NMa dat ook een stichting een ondernemingsvereniging is van de ondernemingen die in de stichting 'deelnemen'.⁵⁵

Onderneming en ondernemingsvereniging

De toelatingscriteria voor deelname aan samenwerking in een ondernemingsvereniging kunnen de mededinging beperken in de zin van artikel 6 Mw. Er moet dan wel sprake zijn van concrete mededingingsbeperkende effecten, doordat deelname belangrijke economische voordelen met zich brengt die niet op een andere manier zelfstandig behaald kunnen worden. Is daar sprake van dan dient deelname aan de samenwerking mogelijk te zijn op basis van transparante, objectieve en non-discriminatoire criteria.⁵⁶ In 2004 oordeelde de Rechtbank Rotterdam in het beroep inzake 'VNI' dat het bestaan van een theoretisch uitsluitingseffect niet voldoende is om te concluderen dat er daadwerkelijk sprake is van een mededingingsbeperking in

de zin van artikel 6 Mw. In het daarop genomen nieuwe besluit op bezwaar concludeerde de NMa dat het dossier geen concrete aanwijzingen bevatte van uitsluitingseffecten. Omdat de NMa ook geen klachten hadden bereikt, besloot de NMa naar de eventuele uitsluitingseffecten geen nader onderzoek te doen. Omdat mede door het achterwege laten van nader onderzoek niet was komen vast te staan welke waarde afnemers hechten aan het lidmaatschap van VNI was de NMa van oordeel dat geen sprake was van strijd met artikel 6 Mw. De NMa gaf daarom een 'negatieve verklaring' op het ontheffingsverzoek van VNI. Deze benadering is weliswaar opmerkelijk – in feite is sprake van een negatieve verklaring gebaseerd op prioritering nu de NMa het niet nodig vond de zaak uitputtend te onderzoeken – maar kan worden verklaard doordat de NMa op 22 juli 2004 (een week voor het vervallen van de ontheffingsmogelijkheid) mogelijk geen behoefte had aan het verrichten van een tijdrovend onderzoek. Anders dan vele andere ontheffingsverzoeken in de (eerste) bezwaarfase in de periode voor 1 augustus 2004 behandelde de NMa het VNI verzoek dus nog wel. De negatieve verklaring die VNI nu heeft, is vrijwel uniek.

De vraag wanneer een branchevereniging echt 'belangrijke' economische voordelen met zich brengt, kwam ook aan de orde in een van de apothekersbesluiten. In de zaak Stichting Automatisering Gezondheidszorg Breda oordeelde de NMa over de toegang tot een Local Health Server. Die toegang werd door de beherende ondernemingsvereniging niet geboden maar wel werd toegang geboden tot een 'uitgeklede variant' van de Local Health Server; de Lifeline brievenbus. De NMa concludeerde dat aan het gebruik van het alternatief 'bepaalde nadelen' waren verbonden. De communicatie via de Lifeline verliep – mede door de wijze waarop afnemers gebruikmaakten van het alternatief – trager dan via de Local Health Server. Het alternatief was daarom niet 'gelijkwaardig' aan aansluiting op de Local Health Server. Op die basis besloot de NMa dat de Stichting toegang diende te bieden tot de Local Health Server om uitsluitingseffecten te voorkomen.⁵⁷ Het lijkt erop alsof de NMa in dit geval de omvang van de economische voordelen van toegang tot de Local Health Server niet vergeleek met de economische voordelen van de Lifeline (waartoe wel toegang werd geboden) maar dat de voordelen van de Local Health Server werden vergeleken *ten opzichte* van de situatie waarin de betrokkene in het geheel geen toegang tot een communicatiesysteem had. Gelet op de terechte kritische houding van de Rechtbank Rotterdam

53 Besluit op bezwaar NMa van 28 december 2004 in zaak 2269 (Noordzeegarnalen), rnr. 191 e.v.

54 Besluit op bezwaar van 27 september 2004 in zaak 2658 (Mobiële operators), rnr. 30-39.

55 Besluit NMa van 15 november 2004 in zaak 3022 (Stichting Automatisering Gezondheidszorg Breda), rnr. 81-84.

56 Besluit NMa van 15 november 2004 in zaak 3022 (Stichting Automatisering Gezondheidszorg Breda), rnr. 22.

57 Besluit NMa van 15 november 2004 in zaak 3022 (Stichting Automatisering Gezondheidszorg Breda), rnr. 69-74.

in de VNI-zaak lijkt ons dit een onjuiste benadering. Alleen indien het verschil tussen toegang tot de Local Health Server enerzijds en toegang tot de Lifeline brievenbus anderzijds zo groot is dat het onthouden van toegang tot die Local Health Server tot concrete uitsluitingseffecten leidt, dient toegang te worden verleend.

Overeenkomst / onderling afgestemde feitelijke gedraging

In het besluit op bezwaar in de Noordzeegarnalen-zaak kwam de NMa terug op het eerdere oordeel dat een aantal kleinere handelaren aan een van de door de NMa geconstateerde overtredingen had deelgenomen. Van belang daarbij was dat de betreffende ondernemingen niet aanwezig waren geweest bij het overleg dat de NMa als overtreding van artikel 6 Mw aanmerkte. De NMa stelde wel vast dat deze leden op de hoogte werden gehouden van de uitkomst van het overleg. Maar de enkele kennisname van de uitkomst van overleg, zonder nadere afstemming, vormt geen zelfstandige inbreuk op het kartelverbod. De NMa verwijst naar het criterium dat het Gerecht van eerste aanleg hanteerde in de Cement-zaken:⁵⁸ Om deelname aan een overtreding van het kartelverbod vast te stellen, dient te worden aangetoond dat een onderneming 'met haar eigen gedrag heeft willen bijdragen aan het bereiken van de gemeenschappelijke doelstellingen van alle deelnemers en dat zij de materiële gedragingen die de andere ondernemingen met het oog op die doelstellingen planden of in de praktijk brachten, kende of redelijkerwijs kon voorzien en bereid was het risico ervan te aanvaarden'.⁵⁹ Bij nader inzien oordeelde de NMa dat niet was aangetoond dat de betreffende leden – die niet bij het overleg aanwezig waren – in dit geval met hun eigen gedrag hadden willen bijdragen aan het bereiken van de gemeenschappelijke doelstellingen, hoewel daar naar het oordeel van de NMa wel aanwijzingen voor bestonden. Ook voor wat betreft een van de andere geconstateerde inbreuken stelt de NMa in bezwaar vast dat onvoldoende zeker is dat een aantal ondernemingen daaraan daadwerkelijk een zelfstandige bijdrage leverden.⁶⁰

De zaak Euromedica bevat een aardig voorbeeld van het probleem waarmee een klager geconfronteerd kan worden indien deze een klacht indient over schending van artikel 6 Mw door een overtreding waarbij hij zelf partij zou zijn. Euromedica had als afnemer van MSD bezwaar tegen het voorraadbeheersysteem dat deze farmaceutische producent had ingevoerd. Dit bezwaar werd gestoeld op artikel 6 Mw omdat, aldus Euromedica, het voorraadbeheersysteem weliswaar ogenschijnlijk een eenzijdige handeling was maar in feite een verboden overeenkomst zou zijn tussen MSD als leverancier en de farmaceutische groothandels, waaronder Euromedica. Maar alleen al gelet op het feit dat Euromedica zowel bij de NMa als bij de Europese Commissie klachten had ingediend en ook nog een kort geding tegen MSD had gevoerd, kon de NMa onder verwijzing naar de criteria uit het Bayer/Adalat-arrest⁶¹ van het Hof van Justitie niet anders dan concluderen dat geen wilsovereenstemming tussen MSD

en Euromedica bestond ten aanzien van de toepassing van het voorraadbeheersysteem. Euromedica had wellicht meer kans van slagen gehad indien zij een klacht had ingediend tegen de mogelijke mededingingsbeperkende gevolgen van een eventuele overeenkomst tussen MSD en andere afnemers dan zichzelf. Het indienen van een klacht tegen een bestaande overeenkomst met een leverancier en de noodzakelijke onderbouwing van die klacht (er bestaat overeenstemming) gaat niet goed samen. De pas ten tijde van de hoorzitting in de bezwaarfase aangedragen alternatieve grond voor de klacht – er zou sprake zijn van misbruik van economisch machtspositie – werd door de NMa als tardief niet meer in behandeling genomen.⁶²

Gemeenschappelijke onderneming

In 2004 heeft de NMa onder meer in zaak 2688 (Stadsapotheken Tilburg) zijn vaste praktijk aangaande gemeenschappelijke ondernemingen en de beoordeling onder artikel 6 Mw of artikel 27 Mw bevestigd.⁶³ Wanneer een gemeenschappelijke onderneming duurzaam alle functies van een zelfstandig opererende onderneming vervult die er niet toe leidt dat de oprichtende ondernemingen hun marktgedrag coördineren, wordt de gemeenschappelijke onderneming beschouwd als een concentratie en dient beoordeling plaats te vinden in het kader van het concentratietoezicht. In alle andere gevallen kan gedrag van de deelnemers/aandeelhouders in de gemeenschappelijke onderneming worden beoordeeld onder artikel 6 Mw. In dit kader is de zienswijze van de NMa in zaak 2910 (Interpay) interessant. De NMa typeert Interpay namelijk als een coöperatieve gemeenschappelijke onderneming die dus niet onder het concentratietoezicht valt.⁶⁴ Naar het oordeel van de NMa hebben de aandeelhoudende banken in Interpay vergaande invloed op de besluitvorming van Interpay en gaat die invloed verder dan die welke aandeelhouders van een onderneming normaal gesproken uitoefenen. De Raad van Commissarissen ('RvC') en de Raad van Advies ('RvA') van Interpay (waarin de banken zijn vertegenwoordigd) hebben volgens de NMa een zodanige invloed dat niet meer kan worden gezegd dat Interpay haar eigen belangen kan nastreven door het voeren van een eigen commerciële beleid. In haar oordeel over de mate van invloed hecht de NMa mede belang aan het feit dat de RvC nagenoeg geheel

58 Uitspraak HvJ EG van 7 januari 2004 in gevoegde zaken C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P (Aalborg Portland/Commissie), n.n.g.

59 Besluit op bezwaar NMa van 28 december 2004 in zaak 2269 (Noordzeegarnalen), rnr. 43.

60 Besluit op bezwaar NMa van 28 december 2004 in zaak 2269 (Noordzeegarnalen), rnr. 56.

61 Uitspraak HvJ EG van 6 januari 2004 in gevoegde zaken C-2/01 P en C-3/01 P (Bayer/Adalat), n.n.g.

62 Besluit op bezwaar van de NMa van 11 augustus 2004 in zaak 836 (Euromedica).

63 Besluit NMa van 21 juni 2004 in zaak 2688 (Stadsapotheken Tilburg), rnr. 72-73.

64 Besluit NMa van 28 april 2004 in zaak 2910 (Interpay), rnr. 102-109.

uit vertegenwoordigers van de aandeelhoudende banken bestaat.⁶⁵ Deze laatste opmerking is opmerkelijk omdat in meerdere concentratieve joint ventures de gehele RvC bestaat uit vertegenwoordigers van de moederondernemingen en ook de invloed van moederondernemingen op basis van vetorechten er niet aan in de weg staat dat een dergelijke joint venture, ook in het van het EG-recht afwijkende Nederlandse regime, als concentratief wordt gekwalificeerd.⁶⁶

De aard van een samenwerkingsverband kwam ook aan de orde in het besluit op bezwaar in een van de asfaltcentrale-zaken (uit 2003).⁶⁷ In de asfaltcentrales werkten een groot aantal bouwondernemingen samen. Na interventie van de NMa – op basis van ontheffingsverzoeken – werd de samenwerkingsstructuur van een aantal van deze asfaltcentrales in 2003 aangepast.⁶⁸ Ten aanzien van ACS kon de NMa destijds nog niet concluderen dat de samenwerking in overeenstemming met artikel 6 (of 17) Mw was. Het ontheffingsverzoek werd dus afgewezen. Gedurende de bezwaarfase kwamen de in ACS-betrokken partijen tot een aanpassing. ACS werd onderdeel van het Dura Vermeer concern doordat (een dochtervennootschap van) Dura Vermeer 50% van de aandelen plus een aandeel verkreeg van de besloten vennootschap van waaruit de ACS-activiteiten zouden worden uitgeoefend. Concurrenten KWS en HBG Civiel bleven als aandeelhouder betrokken bij ACS (ieder iets minder dan 25% van de aandelen) en Heijmans zou niet langer bij ACS betrokken zijn. In deze omstandigheden diende de NMa, los van de vraag of de oprichting van deze joint venture een concentratie in de zin van artikel 27 Mw was, te beoordelen of de nieuwe structuur en dan met name de minderheidsdeelnemingen van KWS en HBG Civiel tot een merkbare beperking van de mededinging in de zin van artikel 6 Mw zou leiden. De NMa stelde vast dat deze partijen net als Dura Vermeer actief zijn op het gebied van asfaltproductie en op het gebied van verwerking van asfalt. De (minderheids)aandeelhouders zouden belangrijke afnemers van ACS worden, hoewel er geen contractuele verplichting tot afname bestond. De minderheidsaandeelhouders hadden contractueel toegezegd geen toegang te hebben tot bedrijfsvertrouwelijke informatie van ACS (met name prijzen, kortingen etc. die ACS jegens andere afnemers zou hanteren). De NMa stelde ook vast dat ACS een zeer beperkt deel van de totale asfaltproductie(capaciteit) voor haar rekening nam en dat KWS en HBG ‘in beginsel’ hun eigen commerciële belangen nastreefden op de (afgeleide) markt voor asfaltverwerking. De NMa beoordeelde vervolgens of de samenwerking in ACS tot gevolg zou hebben dat de betrokken ondernemingen noodzakelijkerwijs met elkaars belangen rekening zouden houden bij de bepaling van het commerciële beleid van ACS dan wel dat van de samenwerking een zodanige prikkel uit zou gaan op hun eigen commercieel gedrag dat dit tot een merkbaar mededingingsbeperkend effect zou leiden. In de genoemde omstandigheden oordeelde de NMa dat de minderheidsdeelnemingen niet een middel waren om het commerciële gedrag van de betrokken ondernemingen zodanig te beïnvloeden dat de mededinging op een van de markten

waarop zij actief waren zou worden beperkt of vervalst en dat partijen ook niet waren gedwongen rekening te houden met elkaars belangen bij de bepaling van het commercieel beleid.⁶⁹ De herziene samenwerkingsvorm, met belangrijke minderheidsparticipaties van concurrenten, werd in de gegeven omstandigheden niet in strijd met artikel 6 Mw geacht.

Afbakening relevante markt

De NMa heeft uitgebreid onderzoek gedaan naar de afbakening van de relevante markt in zaak 2910 (Interpay) waarbij de vraag of pinnen een aparte relevante markt vormt ten opzichte van andere toonbankbetaalmiddelen centraal stond. Omdat bij betaling voor een product altijd een tweezijdige handeling is, heeft de NMa zowel het gedrag en de substitutiemogelijkheden voor consumenten als die voor detaillisten onderzocht. De NMa heeft onder meer een informatie- en consultatieronde gehouden onder detaillisten en een SSNIP-test uitgevoerd.⁷⁰ Bij de uitkomst van de SSNIP-test houdt de NMa expliciet rekening met de zogenaamde ‘cellophane fallacy’ waardoor de test niet onverkort kan worden toegepast. Van een ‘cellophane fallacy’ is sprake in geval van bovencompetitieve prijzen waardoor een SSNIP-test geen betrouwbaar beeld oplevert van de relevante substitutiemogelijkheden. Afnemers zijn bij bovencompetitieve prijzen namelijk eerder geneigd een product als substituuat aan te merken dan wanneer de prijs in concurrentie tot stand is gekomen.⁷¹ Door dit verschijnsel leidt een onverkorte toepassing van de SSNIP-test dus mogelijk tot afbakening van een te ruime relevante productmarkt. Omdat Europese betaalsystemen op dit moment niet op elkaar zijn aangesloten, is de markt voor netwerkdiensten voor pintransacties geografisch beperkt tot Nederland.⁷²

Merkbaarheid, strekking en gevolg

In 2004 heeft de NMa haar vaste praktijk met betrekking tot de merkbaarheid van mededingingsbeperkingen gevolgd. De NMa overweegt dat wanneer een overeenkomst ertoe strekt de mededinging te beperken, de concrete gevolgen van die overeenkomst niet nader hoeven te worden onderzocht. Een dergelijke overeenkomst ontkomt slechts aan het kartelverbod wanneer zij, vanwege de zwakke positie van partijen op de betrokken markt, de markt slechts in zeer geringe mate kan beïnvloeden. Een besluit van twee

65 Besluit NMa van 28 april 2004 in zaak 2910 (Interpay), rnr. 128.

66 Zie besluit NMa van 14 maart 2003 in zaak 3298 (Schiphol International – Joh. Enschede), rnr. 7-16 en besluit NMa van 30 juni 1999 (JLG Industries/Lima/RiRent), rnr. 9. Zie voor een uitgebreider commentaar de noot van Prof. dr. A.M. van den Bossche, *M&M* 2004-7, p. 259-267.

67 Besluit op bezwaar NMa van 29 juli 2004 in zaak 318 (ACS).

68 Zie het persbericht van de NMa van 26 februari 2003 (‘NMa dwingt herstructureren asfaltproductiesector af’) en de daarin genoemde zaken. Zie (www.nmanet.nl).

69 Besluit op bezwaar van 29 juli 2004 in zaak 318 (ACS), rnr. 45.

70 Besluit NMa van 28 april 2004 in zaak 2910 (Interpay), rnr. 36, 41-60.

71 Besluit NMa van 28 april 2004 in zaak 2910 (Interpay), rnr. 59.

72 Besluit NMa van 28 april 2004 in zaak 2910 (Interpay), rnr. 61.

ondernemingsverenigingen (BOVAG en NCBRM) waarbij gezamenlijk 81% van de in de sector actieve ondernemingen is aangesloten, beïnvloedt de markt meer dan in geringe mate, ook als het besluit slechts betrekking heeft op een segment (of markt) dat 8% van de totale markt uitmaakt. Met betrekking tot de zwakte overwoog de NMa in 2004 verder dat bij aanbestedingen de positie van inschrijvers ten opzichte van de aanbestedende entiteit niet een van zwakte is. Na de uitnodiging tot inschrijving bestaat de markt aan de aanbodzijde voor de aanbestedende entiteit slechts nog uit de aangeschreven ondernemingen. Ook de geringe omvang van een project kan het verboden karakter niet wegnemen, maar is wel bepalend voor de hoogte van de op te leggen boete.⁷³

Vastgestelde inbreuken

Hieronder bespreken wij eerst de door de NMa in 2004 vastgestelde inbreuken op artikel 6 Mw en artikel 24 Mw. In paragraaf 4 worden de naar aanleiding van die vastgestelde inbreuken opgelegde boetes gezamenlijk besproken.

Artikel 6 Mw

Interpay

Op 28 april 2004 nam de NMa het besluit in zaak 2910 waarin Interpay Nederland B.V. ('Interpay') wordt beboet voor het hanteren van excessieve tarieven op de markt voor de levering van netwerkdiensten voor pintransacties in Nederland (zie hierna onder artikel 24 Mw).⁷⁴ Daarnaast heeft de NMa de acht banken die Interpay hebben opgericht, beboet voor overtreding van artikel 6 Mw.⁷⁵ De NMa oordeelt dat deze banken Interpay zodanig hebben ingericht dat zij (via dochteronderneming Beanet B.V.) de enige mogelijke aanbieder is van netwerkdiensten voor pinbetalingen. Hiermee hebben de banken de onderlinge concurrentie voor de verkoop van netwerkdiensten voor pintransacties uitgeschakeld.

Interpay is een belangrijk dienstencentrum voor het betalingsverkeer waaraan in Nederland opererende banken deelnemen. Interpay levert onder meer diensten voor elektronische betalingen, waaronder netwerkdiensten voor pintransacties. Pintransacties zijn betaaltransacties met een bank- of giro pas bij een detaillist. De netwerkdiensten omvatten het transport van gegevens tussen detaillisten en banken zodat deze betaaltransacties kunnen worden geautoriseerd en een bijboeking op de rekening van de detaillist plaatsvindt en een afboeking van de rekening van de consument.⁷⁶

Het onderzoek naar de mogelijke inbreuk op artikel 6 Mw richt zich op de uitschakeling van concurrentie met betrekking tot de verkoop van de netwerkdiensten voor pintransacties door de banken. Bij de beoordeling onderscheidt de NMa drie aspecten van het samenwerkingsverband:

- (i) de oprichting en instandhouding,
- (ii) het realiseren van het netwerk voor pintransacties en
- (iii) de verkoop van de netwerkdiensten.

Alleen het laatste aspect levert volgens de NMa een

inbreuk van het kartelverbod op. De NMa is van oordeel dat de verkoop van netwerkdiensten door Interpay verder gaat dan strikt noodzakelijk is voor de oprichting van het samenwerkingsverband en het netwerk. De gezamenlijke verkoop is mededingingsbeperkend omdat de dienst door detaillisten slechts bij één aanbieder (Interpay) kan worden afgenomen. Hierdoor is potentiële concurrentie tussen de banken uitgeschakeld. Daarnaast is de gezamenlijke verkoop niet onmisbaar voor het instandhouden en exploiteren van het netwerk zodat zij niet voor ontheffing in aanmerking zou zijn gekomen – als de samenwerking al voor ontheffing was aangemeld ingevolge artikel 17 Mw hetgeen niet het geval was.⁷⁷ Hiermee hebben de banken inbreuk gemaakt op artikel 6 Mw.

Fietsfabrikanten

In zaak 1615 (Fietsfabrikanten) heeft de NMa twee mogelijke inbreuken op artikel 6 Mw onderzocht.⁷⁸ De NMa onderzoekt of een aantal fietsfabrikanten⁷⁹ hebben deelgenomen aan een systeem van uitwisseling van informatie en onderling hun prijsbeleid hebben afgestemd door middel van het vaststellen van de gemiddelde verhoging van de consumentenadviesprijzen, het wijzigen van betalingskortingen voor rijwielhandelaren en het hanteren van een maximummarge ten aanzien van aanbieders van bedrijfsfietsplannen.⁸⁰

Met betrekking tot de inbreuk op grond van verboden uitwisseling van informatie komt de NMa in haar besluit terug op haar oordeel in de rapportfase. De fietsfabrikanten hadden een samenwerkingsverband SOM-F (Stichting Selling-Out Monitor Fietsenbranche) opgericht dat marktinformatie inkocht voor haar leden. SOM-F gaf hiervoor onderzoeksbureau GfK de opdracht marktonderzoek uit te voeren.⁸¹ De door GfK verzamelde marktinformatie werd met een vertraging van zes tot acht weken niet geanonimiseerd geleverd aan de deelnemers aan SOM-F.⁸² De NMa onderzoekt

-
- 73 Besluiten NMa van 14 juni 2004 in zaak 3687 (Aanbesteding Complex 1731), rnr. 113-118, zaak 3689 (Aanbesteding dakrenovatie AMC), rnr. 106-110, zaak 3690 (Aanbesteding dakrenovaties Sporthal 'De Spingers'), rnr. 92-98, zaak 3691 (Aanbesteding dakrenovaties Emmtec), rnr. 136-141 en zaak 3692 (Dakwerkzaamheden Philips Drachten), rnr. 99-104.
 - 74 Besluit NMa van 28 april 2004 in zaak 2910 (Interpay).
 - 75 De acht banken zijn: ABN AMRO Bank N.V., Coöperatieve Centrale Raiffeisen-Boerenleenbank B.A., ING Bank N.V., Fortis Bank (Nederland) N.V., SNS Bank N.V., Friesland Bank N.V., F. van Lanschot Bankiers N.V., N.V. Bank Nederlandse Gemeenten.
 - 76 Besluit NMa van 28 april 2004 in zaak 2910 (Interpay), rnr. 16-22.
 - 77 Besluit NMa van 28 april 2004 in zaak 2910 (Interpay), rnr. 114-118.
 - 78 Besluit NMa van 21 april 2004 in zaak 1615 (Fietsfabrikanten).
 - 79 Het gaat steeds om wisselende groepen fietsfabrikanten bestaande uit Batavus, Sparta, Gazelle, Giant, Koga en Union. Batavus en Sparta zijn dochterondernemingen van Accell.
 - 80 Sinds de inwerkingtreding van een fiscale regeling in 1995 bieden meerdere ondernemingen waaronder Nationale Fietsprojecten B.V. en Bedrijfsfietsen Nederland B.V. bedrijfsfietsplannen aan.
 - 81 Besluit NMa van 21 april 2004 in zaak 1615 (Fietsfabrikanten), rnr. 57-59.
 - 82 Besluit NMa van 21 april 2004 in zaak 1615 (Fietsfabrikanten), rnr. 69-71.

de uitwisseling van informatie als een op zichzelf staande mededingingsbeperking en dus los van eventuele prijs-, productie- of marktverdelingsafspraken. De inkoop van de desbetreffende verkoopgegevens door individuele fietsfabrikanten vormt volgens de NMa op zichzelf geen inbreuk van artikel 6 Mw. Dit had onder meer te maken met het feit dat het onderzoek niet heeft aangetoond dat rijwielhandelaren (die via een panel informatie aan GfK verschaften) gebonden werden informatie te verschaffen of dat de fietspanels en het GfK als 'doorgeefluik' van de fietsfabrikanten werden gebruikt. Vervolgens heeft de NMa onderzocht of de gezamenlijke inkoop van de gegevens door SOM-F wel in strijd was met artikel 6 Mw waarbij met name is gekeken of de exclusiviteit van de levering van de cijfers aan SOM-F deelnemers tot ongewenste uitsluitingseffecten heeft geleid op de markt. De NMa overweegt dat de SOM-F deelnemers 75% van de markt vertegenwoordigen en dat hoewel de toelatingscriteria van SOM-F gerechtvaardigd lijken, er gedurende het bestaan van SOM-F geen enkele deelnemer is toegetreden. Echter, gelet op de feitelijke situatie op de markt waarbij niet-deelnemers zich goed op de markt lijken te kunnen handhaven, hetgeen het economische voordeel relatieveert en aangezien de gegevens waarover SOM-F beschikt ook op andere wijze kunnen worden verkregen, geeft de NMa 'het voordeel van de twijfel' aan de deelnemers en stelt zij geen overtreding van artikel 6 Mw vast. Hierbij heeft de NMa tevens rekening gehouden met het feit dat de samenwerking binnen SOM-F inmiddels is afgelopen.⁸³

De NMa stelt wel vast dat Accell, Gazelle en Giant in het kader van twee besprekingen in Zwolle en Nunspeet artikel 6 Mw hebben overtreden. Tijdens de eerste bespreking in Zwolle zouden partijen hebben gesproken over een verhoging van de consumentenadviesprijzen voor het fietsseizoen 2001 en over de wijziging van de betalingskortingen voor rijwielhandelaren eind 2000. De betrokken fietsfabrikanten hebben aangegeven dat zij hun prijsgedrag onafhankelijk van het besprokene tijdens de bijeenkomst in Zwolle hebben bepaald en dat voorzover er enige gelijkmatigheid in het gedrag kon worden geconstateerd, dit toe was te schrijven aan het normale gedrag van de fietsfabrikanten. De NMa accepteert deze argumentatie niet en overweegt dat het bestaan van een overeenkomst dan wel afstemming uitdrukkelijk of impliciet kan blijken uit het marktgedrag van de ondernemingen. Daarbij is de NMa van oordeel dat gelet op de documenten en de verklaringen van de fietsfabrikanten over de bijeenkomst in Zwolle, de fietsfabrikanten niet kunnen volstaan met het geven van een alternatieve verklaring voor het gelijklopende marktgedrag. De fietsfabrikanten hadden in dat geval de aangetoonde afstemming gemotiveerd dienen te weerleggen.⁸⁴ Voorzover geen sprake zou zijn van een overeenkomst merkt de NMa de gedragingen in ieder geval aan als onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Hiertoe overweegt de NMa als volgt: 'Met mededelingen die door hooggeplaatste functionarissen worden gedaan in een besloten bijeenkomst hebben de betrokken ondernemingen elkaar een niet mis te verstaan

signaal over hun voorgenomen beleid gegeven, waarmee zij wederzijds hun voordeel konden doen.'⁸⁵

Tijdens de tweede bespreking in Nunspeet zouden de betrokken partijen met een aanbieder van bedrijfsfietsplannen (NFP) spreken over klachten die de fietsfabrikanten van dealers hadden ontvangen over hun vergoeding. Vóór de tweede bespreking in Nunspeet had Gazelle een fax verzonden aan Batavus en Giant over de te verlenen maximumkorting van 34% aan NFP en de margevergoeding die een dealer van NFP zou moeten ontvangen. Aan het begin van de bespreking pakte een adviseur van de NFP echter een mapje waarin een brief op NMa-papier zou zitten en de bespreking werd vervolgens binnen enkele minuten beëindigd. De NMa oordeelt dat de (verboden) overeenkomst tot stand is gekomen door stilzwijgende aanvaarding. De NMa meent dat er geen sprake is van een eenzijdige actie van Gazelle omdat de informatie in de fax duidelijk was gericht op afstemming van het gedrag tussen Gazelle, Batavus en Giant. Nu Batavus en Giant ook werkelijk bij het overleg en de bespreking met NFP aanwezig waren, betekent dit volgens de NMa dat zij de door Gazelle meegedeelde informatie konden benutten en conform deze informatie wilden handelen.⁸⁶

De NMa stelt met betrekking tot beide gedragingen vast dat sprake is van een inbreuk op artikel 6 Mw vanwege contact tussen concurrenten met als doel wederzijdse onthulling en beïnvloeding van elkaars marktgedrag. Aangezien de drie grootste fietsfabrikanten van Nederland participeerden in het overleg en zij gezamenlijk 75% van de markt vertegenwoordigen staat volgens de NMa buiten kijf dat de beperking merkbaar is. De NMa stelt de duur van de overtreding vast op één jaar, omdat de afspraken betrekking hebben op één fietsseizoen (van 1 september 2000 tot en met 31 augustus 2001). Ook argumenten van Accell dat de overtredingen van Batavus en Koga niet aan haar moeten worden toegerekend, accepteert de NMa volgens vaste praktijk niet met de overweging dat Accell 100% van de aandelen houdt en zodoende geacht moet worden beslissende zeggenschap uit te oefenen.⁸⁷

Apotheken

Op 21 juni 2004 heeft de NMa twee besluiten genomen waarin zij oordeelt dat samenwerkende apothekers artikel 6 Mw hebben overtreden.⁸⁸ In beide besluiten bakent de NMa de relevante markt af als de markt voor farmaceutische hulpverlening door apotheken waarbij de geografie-

83 Besluit NMa van 21 april 2004 in zaak 1615 (Fietsfabrikanten), rnr. 131, 136-146.

84 Zie ook besluit op bezwaar NMa van 27 september 2004 in zaak 2658 (Mobiele operators), rnr. 16-17 en het BAC-advies van 7 oktober 2003 in dezelfde zaak, rnr. 83 e.v.

85 Besluit NMa van 21 april 2004 in zaak 1615 (Fietsfabrikanten), rnr. 152-160.

86 Besluit NMa van 21 april 2004 in zaak 1615 (Fietsfabrikanten), rnr. 161-170.

87 Besluit NMa van 21 april 2004 in zaak 1615 (Fietsfabrikanten), rnr. 143, 165-194.

88 Besluit NMa van 21 juni 2004 in zaak 2501 (Dienstapothek regio Assen) en zaak 2688 (Stadsapotheken Tilburg).

sche markt steeds een lokaal bereik heeft.⁸⁹

In Assen neemt een aantal apotheken deel in een dienstapothek.⁹⁰ Om te voldoen aan haar zorgplicht moet de dienstapothek onder meer medicatiebewaking verrichten. Hiertoe maakt de dienstapothek gebruik van een elektronische netwerkstructuur ('OZIS') waarbij zij zich toegang tot een deel van de patiëntgegevens van de deelnemende apotheken kan verschaffen. De apothekers hebben afgesproken geen gebruik te maken van het OZIS-netwerk gedurende reguliere openingstijden ('afpraak omtrent tijd') en hebben de hoeveelheid gegevens die konden worden geraadpleegd beperkt tot de NAW-gegevens en de actuele medicatie van een patiënt ('afpraak omtrent gegevens').⁹¹ Voorafgaand aan de beoordeling, benadrukt de NMa dat de ruimte voor apotheken om te concurreren recent door de wet- en regelgever aanzienlijk is verruimd.⁹²

Naar het oordeel van de NMa is de afspraak omtrent tijd een merkbare beperking van de mededinging en vormt zij een inbreuk op artikel 6 Mw. Deze afspraak is namelijk niet noodzakelijk voor het functioneren van het OZIS-netwerk tijdens de waarneming of voor het functioneren van de dienstapothek en kwalificeert om die reden niet als nevenrestrictie of inherente beperking. De beperking werpt eveneens een hoge drempel op voor mogelijke toetreders omdat zij in eerste instantie een klantenkring zullen moeten opbouwen. Zonder toegang tot de gegevens van patiënten tijdens reguliere openingstijden is dat effectief onmogelijk. De afspraak omtrent tijd leidt er volgens de NMa toe dat de marktverhoudingen tussen apotheken onderling worden bestendig of bevroren.⁹³

De apotheken droegen mede aan dat de NMa zou moeten beoordelen of het niet kunnen verkrijgen van toegang tot het OZIS-netwerk een goede toetreding tot de markt in de weg staat. Hierbij overweegt de NMa dat het voor toepassing van het verbod van artikel 6 Mw niet noodzakelijk is dat het voor een apotheek zonder aansluiting op het OZIS-netwerk 'onmogelijk' is zich op de markt te begeven of te handhaven. Voldoende is dat de concurrentie tussen de aangesloten enerzijds en de niet-aangesloten anderenzijds wordt beperkt. Dit is volgens de NMa het geval wanneer de economische voordelen die een netwerk biedt niet zelfstandig op een andere wijze kunnen worden gerealiseerd.⁹⁴ Met betrekking tot de afspraak omtrent gegevens overweegt de NMa dat zij niet zonder meer bewezen acht dat patiënten gemakkelijker of eerder zullen wisselen van apotheek indien apotheken méér dan de actuele medicatiehistorie kunnen raadplegen. Deze afspraak wordt dan ook niet in strijd met artikel 6 Mw geacht.⁹⁵

In zaak 2688 stelt de NMa vast dat het besluit van een aantal samenwerkende apotheken (ongeveer 75%) in Tilburg tot oprichting en exploitatie van een ziekenhuisapothek middels een coöperatie een inbreuk vormt op artikel 6 Mw. Hierbij heeft de NMa uitdrukkelijk oog voor de economische context waarbinnen de samenwerking is vormgegeven waarbij nauwelijks sprake is van toetreders terwijl de deelnemende apotheken over marktmacht beschikken. In een weinig dynamische markt zoals de markt voor farma-

ceutische hulpverlening door apothekers acht de NMa een dergelijk samenwerkingsverband dan ook schadelijk voor de mededinging. De deelnemende apothekers hebben volgens de NMa bewust afgezien van de mogelijkheid om zelfstandig (of met enkele apotheken) en in concurrentie met andere apotheken in de gemeente Tilburg de ziekenhuisapothek te exploiteren. Hierdoor voelen de apothekers geen prikkel om met de ziekenhuisapothek te concurreren en hoeven zij ook geen concurrentiedruk op hun bestaande marktaandelen te voelen. Het oordeel dat de beperking de strekking heeft de mededinging te beperken, baseert de NMa op de statuten van de coöperatie waarin is vermeld dat zij de behartiging van de stoffelijke belangen van de leden tracht te bereiken door 'de (deelneming in de) exploitatie van apothekerspraktijken en zij ook pogingen heeft gedaan de ontwikkeling van een ziekenhuisapothek in het tweede ziekenhuis van Tilburg tegen te gaan'.⁹⁶

In beide besluiten legt de NMa geen boetes op, maar wel lasten onder dwangsom zodat de apotheken in beide gevallen binnen een bepaalde termijn een einde maken aan de overtreding en zeker te stellen dat de apotheken zich in de toekomst onthouden van gedragingen die hetzelfde doel of dezelfde werking hebben als de omschreven overtredingen.⁹⁷

Tandtechnische werken en psychologen en psychotherapeuten

In twee besluiten van 26 april 2004 heeft de NMa boetes en lasten onder dwangsom opgelegd aan brancheverenigingen voor leveranciers van tandtechnische werken en voor psychologen en psychotherapeuten.⁹⁸ Het NIP, de LVE, de NVP en de NVVP zijn alle vier ondernemingsverenigingen voor psychologen en psychotherapeuten. De NMa verwijt hen binnen een platformkader overleg te hebben

89 Besluit NMa van 21 juni in zaak 2501 (Dienstapothek regio Assen), rnr. 68-74 en zaak 2688 (Stadsapotheken Tilburg), rnr. 81-94.

90 De dienstapothek verzorgt geneesmiddelenvoorziening buiten de 'reguliere openingstijden' van de apotheken.

91 Besluit NMa van 21 juni in zaak 2501 (Dienstapothek regio Assen), rnr. 50-53.

92 Volgens de NMa is de concurrentiële ruimte aanzienlijk verruimd omdat sinds 1 april apotheken in ziekenhuizen op grond van artikel 13 WOG ook geneesmiddelen mogen verstrekken aan patiënten die niet in ziekenhuizen zijn opgenomen (extramuraal zorgverlening). Hierdoor is het domeinmonopolie aldus de NMa op het afleveren van geneesmiddelen aan extramuraal patiënten opgebroken, wat een prikkel zou moeten vormen voor meer efficiency, kwaliteit en prijsconcurrentie.

93 Besluit NMa van 21 juni in zaak 2501 (Dienstapothek regio Assen), rnr. 86-87.

94 Besluit NMa van 21 juni in zaak 2501 (Dienstapothek regio Assen), rnr. 94-95.

95 Besluit NMa van 21 juni in zaak 2501 (Dienstapothek regio Assen), rnr. 98-100.

96 Besluit NMa van 21 juni in zaak 2688 (Stadsapotheken Tilburg), rnr. 99-102.

97 Besluit NMa van 21 juni in zaak 2501 (Dienstapothek regio Assen), rnr. 103-110 en besluit NMa van 21 juni in zaak 2688 (Stadsapotheken Tilburg), rnr. 120-130.

98 Besluit NMa van 26 april 2004 in zaak 3309 (NIP, LVE, NVP en NVVP) en zaak 3310 (Nederlands Tandtechnisch Genootschap).

gevoerd over de te hanteren adviestarieven voor psychotherapie ten behoeve van hun leden en tevens het vaststellen van de hoogte van deze tarieven in de periode 1998-2003. De adviestarieven werden vervolgens op diverse manieren aan de leden gecommuniceerd. Zelfs indien geen sprake is van een afdwingbare plicht tot het hanteren van een adviestarief, dan nog zijn bedoelde gedragingen volgens de NMa in strijd met artikel 6 Mw. De prijsconcurrentie wordt namelijk verminderd omdat leden van de ondernemingsverenigingen met een redelijke mate van zekerheid kunnen voorzien welk prijsbeleid hun concurrenten zullen volgen en zij kunnen daar hun marktgedrag op afstemmen. De LVE hanteerde bijvoorbeeld rekenvoorbeelden waarin bedragen of percentages bij posten al waren opgenomen. Deze rekenvoorbeelden zijn volgens de NMa aan te merken als *de facto* adviestarieven en hebben tot doel en gevolg dat het prijsgedrag van de ondernemingen die dergelijke rekenvoorbeelden hanteren, worden geüniformeerd.⁹⁹ Een ondernemingsvereniging mag weliswaar haar leden bijstaan, maar zij mag niet de vorm aannemen van adviezen over prijzen die op alle ondernemingen, ongeacht hun eigen kostprijsstructuur, van toepassing zijn. Hierbij overweegt de NMa uitdrukkelijk dat partijen zich niet hebben beperkt tot het verspreiden van informatie om op basis van eigen kosten de tarieven te berekenen maar dat zij adviezen hebben gegeven over de te hanteren tarieven. Het rekenvoorbeeld van de LVE bevatte concrete normbedragen voor het inkomen, de praktijkkosten en het jaarlijks aantal zittingen voor een 'ideale' praktijk.¹⁰⁰ Het argument van NVVP dat prijsconcurrentie tussen aanbieders van psychotherapie de kwaliteit van de dienstverlening in gevaar kan brengen, volgt de NMa niet. Daarbij overweegt de NMa dat mocht dit al het geval zijn, het niet op de weg van ondernemingsverenigingen ligt daar iets aan te doen, maar dat dit een overheidstaak zou zijn.¹⁰¹

In zaak 3310 hanteerde het Nederlands Tandtechnisch Genootschap ('NTG') een referentielijst met vermelding van tarieven met betrekking tot 500 kostenposten. De referentielijst werd gepubliceerd op het besloten gedeelte van de NTG waarbij hij tevens een voorbeeldbrief opnam waarin afnemers op de hoogte werden gesteld van tariefverhogingen.¹⁰² Daarnaast spoorde het NTG zijn leden aan tot handhaving van de referentietarieven.¹⁰³ Vanwege het feit dat de referentielijst betrekking heeft op leveringen in heel Nederland en een tandtechnisch werkstuk van zodanige aard is dat grensoverschrijdende levering mogelijk is en ook in praktijk daadwerkelijk voorkomt, acht de NMa naast een inbreuk op artikel 6 Mw ook een inbreuk op artikel 81 EG-Verdrag aangetoond, nu de tussenstaatse handel merkbaar kan worden beïnvloed.¹⁰⁴

Certificeringssystemen

In zaak 3031 (Inleenverbod uitzendbranche) heeft de NMa een overtreding van artikel 6 Mw vastgesteld door de Stichting Financiële Toetsing ('SFT'). SFT hanteert een 'keurmerk' voor uitzendbureaus waarmee zij tracht opdrachtgevers van uitzendbureaus zoveel mogelijk te

beschermen tegen de risico's van naheffingen voor sociale premies en belastingen. Op basis van de zogenaamde ketenaansprakelijkheid kan een opdrachtgever worden aangesproken voor belastingen en sociale premies in verband met een door hem ingehuurde uitzendkracht indien een partij (uitzendbureau) eerder in de keten de belastingen en/of sociale premies niet heeft voldaan.¹⁰⁵ Eén van de voorwaarden om het keurmerk in stand te houden was dat bij SFT ingeschreven uitzendbureaus geen personeel mogen inlenen van ondernemingen die niet stonden ingeschreven waarbij het vanwege onbeheersbare risico's sowieso verboden was van buitenlandse uitzendbureaus in te lenen. De NMa vindt dat SFT hiermee in strijd heeft gehandeld met artikel 6 Mw omdat het verbod verder gaat dan noodzakelijk is om het doel van de regeling te bereiken. Door de inschrijving van buitenlandse uitzendbureaus te blokkeren, voldeed SFT niet aan de eis van openheid. Tevens voldeed SFT niet aan de eis van aanvaarding van door andere systemen geboden gelijkwaardige waarborgen, omdat SFT het inleenverbod ook toepaste op buitenlandse ondernemingen die waren ingeschreven bij Stichting VRO, dat een register biedt met gelijkwaardige waarborgen als die van SFT.¹⁰⁶

In de rapportfase rekende de NMa het vermoeden van de overtreding nog toe aan de Algemene Bond Uitzendondernemingen (ABU), een werkgeversorganisatie in de uitzendbranche en tevens oprichter van SFT. In het besluit houdt dit geen stand, daar niet aannemelijk is geworden dat SFT niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt maar in hoofdzaak instructies van ABU zou volgen. Hierbij acht de NMa het van belang dat onder meer de bestuursleden van SFT onafhankelijk opereren en dat ABU geen benoemings- of ontslagrecht heeft.¹⁰⁷ Tevens vermoedde de NMa in de rapportfase nog dat Stichting VRO en haar rechtsvoorganger VRO (hierna gezamenlijk: 'VRO') artikel 6 Mw en artikel 81 EG-Verdrag hadden overtreden door voorwaarden te hanteren die niet voldeden aan de eis van openheid en de eis van aanvaarding van systemen die gelijkwaardige waarborgen bieden. De NMa stelt in het besluit echter vast dat geen inbreuk is gepleegd. Hiertoe overweegt de NMa onder meer dat VRO al in 1999 een ont-

99 Besluit NMa van 26 april 2004 in zaak 3309 (NIP, LVE, NVP en NVVP), rnr. 122-124.

100 Besluit NMa van 26 april 2004 in zaken 3309 (NIP, LVE, NVP en NVVP), rnr. 128-129.

101 Besluit NMa van 26 april 2004 in zaken 3309 (NIP, LVE, NVP en NVVP), rnr. 119, 130.

102 Besluit NMa van 26 april 2004 in zaak 3310 (Nederlands Tandtechnisch Genootschap), rnr. 20-24.

103 Besluit NMa van 26 april 2004 in zaak 3310 (Nederlands Tandtechnisch Genootschap), rnr. 27, 30, 73.

104 Besluit NMa van 26 april 2004 in zaak 3310 (Nederlands Tandtechnisch Genootschap), rnr. 106-113.

105 Besluit NMa van 9 december 2004 in zaak 3031 (Inleenverbod uitzendbranche), rnr. 32.

106 Besluit NMa van 9 december 2004 in zaak 3031 (Inleenverbod uitzendbranche), rnr. 49.

107 Besluit NMa van 9 december 2004 in zaak 3031 (Inleenverbod uitzendbranche), rnr. 67.

heffingsaanvraag had ingediend voor haar eisen waarna zij in overleg met de NMa haar statuten en structuur had gewijzigd. Nadat de NMa verdere actie niet opportuun had geacht, trok VRO de ontheffingsaanvraag destijds weer in. Gedurende een bepaalde periode na het overleg met de NMa was het voor buitenlandse uitzendbureaus moeilijker om aan de normen van VRO te voldoen dan voor Nederlandse ondernemingen. Toch stelt de NMa geen overtreding vast omdat is gebleken dat VRO gedurende deze periode een ad-hoctoetsing hanteerde waardoor het toch mogelijk was voor buitenlandse ondernemingen om zich in te schrijven in het register.¹⁰⁸

In bezwaar heeft de NMa een klacht van de heer Van Broekhuijze, voorzitter van het Nationaal Register van Onafhankelijke Assurantietussenpersonen ('NROA'), tegen de Stichting Implementatie GIDI¹⁰⁹ en het Verbond van Verzekeraars ongegrond verklaard.¹¹⁰ Verzekeraars zouden onderling hebben afgesproken van assurantiebemiddelaars te eisen dat zij voldoen aan de GIDI-normen. De NMa heeft de klacht in het bestreden besluit afgewezen omdat de eisen van GIDI voldoen aan de eisen die in de Richtsnoeren samenwerking bedrijven¹¹¹ worden gesteld aan een gedragscode en niet was gebleken dat er een afspraak tussen verzekeraars bestond over de toepassing van de GIDI-normen.¹¹² In bezwaar spitst de klacht zich toe op de verplichte aansluiting bij het Klachteninstituut Verzekeringen. Door de verplichte aansluiting zou vrije mededinging tussen klachteninstellingen onmogelijk zijn. De NMa overweegt terecht dat aangezien assurantiebemiddelaars die bij het Klachteninstituut Verzekeringen zijn aangesloten zich evenwel ook bij andere klachteninstellingen kunnen aansluiten (zoals die van het NROA) en daarom niet valt in te zien dat de omstandigheid dat een aantal verzekeraars aansluiting bij het Klachteninstituut Verzekeringen, het opereren van het klachteninstituut van het NROA onmogelijk maakt.¹¹³

Artikel 24 Mw

In de zaak Beldico/Nutricia & Friesche Vlag keurt de NMa het bezwaar van Beldico dat Nutricia en Friesche Vlag misbruik maken van een economische machtspositie door het hanteren van rooftprijzen af.¹¹⁴ Beldico stelt dat Nutricia en Friesche Vlag misbruik maken door glazen zuigelingenflessen tegen of zelfs onder de kostprijs te leveren aan ziekenhuizen in Nederland. Bij besluit van 11 oktober 2002 oordeelde de NMa dat aannemelijk is dat sprake is van een markt voor *disposable* flessen en dat zowel Nutricia als Friesche Vlag op deze markt geen machtspositie heeft.¹¹⁵ De NMa bespreekt in bezwaar dat Nutricia en Friesche Vlag beide producenten van zuigelingenvoeding zijn en zij hun verpakkingen kopen bij derden. De NMa onderscheidt deze zaak van Tetra Pak waarin de betrokken onderneming op basis van een economische machtspositie op de ene markt, haar positie op een andere nauw verwante markt trachtte te versterken.¹¹⁶ Hiervan is in de onderhavige zaak geen sprake daar Nutricia en Friesche Vlag het aanbieden van glazen flessen niet als doel op zich zien of erop uit zijn de fabrikanten daarvan op hun gebied concurrentie aan te doen

of deze producenten zelfs van de markt te verdringen. Met betrekking tot mogelijk misbruik op de markt voor zuigelingenvoeding overweegt de NMa dat het maar de vraag is hoe deze markt moet worden afgebakend. Daarbij overweegt de NMa ook dat zelfs als een aparte markt voor zuigelingenvoeding in Nederland bestaat, het niet aannemelijk is dat sprake is van het hanteren van rooftprijzen waarmee de betrokken ondernemingen hun positie op de markt voor zuigelingenvoeding zodanig kunnen versterken dat zij in een later stadium hun prijzen boven het bij mededinging passende niveau kunnen verhogen.

Excessieve tarieven Interpay

In het Interpay-besluit oordeelt de NMa dat Interpay excessieve tarieven hanteert op de markt voor de verkoop van netwerkdiensten voor pintransacties. Volgens de NMa bezit Interpay een economische machtspositie nu zij de enige aanbieder van netwerkdiensten voor pintransacties is.¹¹⁷ Bij beantwoording van de vraag of Interpay misbruik van deze positie maakt door het hanteren van excessieve tarieven heeft de NMa uitgebreid onderzoek gedaan. Het onderzoek komt erop neer dat de NMa een vergelijking maakt tussen het werkelijk gerealiseerde rendement en een door haar vastgesteld normrendement op het eigen en vreemd vermogen. Indien het gerealiseerde normrendement duurzaam aanzienlijk hoger ligt dan het normrendement is volgens de NMa sprake van misbruik in de vorm van excessieve tarieven.¹¹⁸ Bij haar onderzoek naar de kosten en het rendement van Interpay heeft de NMa zich laten bijstaan door accountantskantoor Mazars Paardekooper Hofman

108 Besluit NMa van 9 december 2004 in zaak 3031 (Inleenverbod uitzendbranche), rnr. 21-26.

109 GIDI staat voor Gedragscode Informatieverstreking Dienstverlening Intermediair. GIDI is een initiatief van verzekeraars en assurantiebemiddelaars waarmee zij beogen waarborgen te bieden voor optimale dienstverlening door assurantiebemiddelaars. GIDI stelt voor deelname drie eisen: een assurantiebemiddelaar (i) moet beschikken over een beroepsaansprakelijkheidsverzekering, (ii) moet zich hebben aangesloten bij het Klachteninstituut Verzekeringen en (iii) dient een zogenaamde Advieswijzer te hanteren in het contact met cliënten.

110 Besluit op bezwaar NMa van 19 mei 2004 in zaak 2902 (Van Broekhuijze). De heer Van Broekhuijze heeft zijn oorspronkelijk klacht nog uitgebreid tegen verzekeraar Nationale-Nederlanden voor overtreding van artikel 24 Mw door het verplicht stellen van aansluiting bij het Klachteninstituut Verzekeringen. De NMa oordeelde dat (net als bij artikel 6 Mw) geen sprake was van misbruik zodat in het midden kon worden gelaten of sprake was van een economische machtspositie.

111 Richtsnoeren samenwerking bedrijven van 29 mei 2001, Stcrt. 2001, 108, p. 28. De NMa heeft overigens aangekondigd in de loop van 2005 een geactualiseerde versie van de richtsnoeren te publiceren.

112 Besluit op bezwaar NMa van 19 mei 2004 in zaak 2902 (Van Broekhuijze), rnr. 12-16.

113 Besluit op bezwaar NMa van 19 mei 2004 in zaak 2902 (Van Broekhuijze), rnr. 19, 24-25.

114 Besluit op bezwaar NMa van 26 januari 2004 in zaak 2872 (Beldico/Nutricia & Friesche Vlag).

115 Besluit NMa van 11 februari 2002, n.g.

116 Uitspraak HvJ EG van 14 november 1996, zaak C-333/94 P (Tetra Pak II), Jur. 1996, p. I-5951.

117 Besluit NMa van 28 april 2004 in zaak 2910 (Interpay), rnr. 133-134.

118 Besluit NMa van 28 april 2004 in zaak 2910 (Interpay), nr. 146.

('Mazars'). Mazars concludeert dat met uitzondering van de automatiseringskosten de toerekening van kosten door Interpay op een zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden.¹¹⁹ Partijen zijn overigens van mening dat autorisatiekosten die de bank van de pashouder maakt, meegerekend moeten worden. De NMa is het hier niet mee eens daar de kosten die door de banken worden gemaakt niet als werkelijk gemaakte kosten door Interpay vallen aan te merken. Daarnaast acht de NMa niet aannemelijk dat de autorisatiekosten via een dividenduitkering aan de banken vergoed worden.¹²⁰ Vervolgens heeft Mazars een rendementsonderzoek uitgevoerd voor de berekening van het normrendement. Op basis van de WACC (Weighted Average Cost of Capital) wordt het gewogen gemiddelde van de rendements- en rente-eisen die de kapitaalmarkt stelt met betrekking tot geïnvesteerd eigen en vreemd vermogen bepaald. Hierna berekent Mazars het werkelijk gerealiseerde rendement op grond van de ROIC (Return On Invested Capital).¹²¹

De NMa concludeert op basis van het Mazars-rapport dat de door Interpay gerealiseerde rendementen op netwerkdiensten voor pintransacties duurzaam (gedurende vier jaar) en voor ieder jaar afzonderlijk vijf- tot zevenmaal boven het normrendement voor deze diensten liggen. De gehanteerde tarieven hebben volgens de NMa een dermate buitensporig karakter dat sprake is van het hanteren van excessieve tarieven en daarmee heeft dat Interpay misbruik van haar economische machtspositie gemaakt. Daarbij heeft de NMa naar eigen zeggen rekening gehouden met aanloopverliezen in de periode voorafgaande aan de onderzoeksperiode en is de excessiviteit zoals vastgesteld in het Mazars-rapport op een terughoudende wijze beoordeeld. De NMa overweegt zelfs dat sprake is van een dermate grote disproportionaliteit dat de NMa het nauwelijks voor mogelijk houdt dat het besef daarvan niet bij Interpay aanwezig is geweest.¹²²

NOS en HMG

Na bijna 6,5 jaar lijkt een einde te zijn gekomen aan de eerste zaak van de NMa. In 2004 heeft de NMa de tweede beslissing op bezwaar genomen zoals was voorgescreven door de Rechtbank Rotterdam en heeft het CBB in hoger beroep de door de NMa aangevallen uitspraak van de Rechtbank Rotterdam bevestigd. In zaak 1 draait het om De Telegraaf die een overzicht van de wekelijkse programmegegevens van alle televisiezenders in haar zaterdagbijlage wil opnemen. In 1998 stelde de NMa vast dat NOS en HMG een economische machtspositie bezitten op de markt voor hun programmegegevens. Door te weigeren hun programmegegevens te leveren aan derden (zoals De Telegraaf) werd de markt voor programmegegevens voorbehouden aan de eigen kring.¹²³ In aanvulling op haar besluit legde de NMa op 16 februari 2000 een last onder dwangsom op aan NOS en HMG om de programmegegevens onder redelijke voorwaarden aan De Telegraaf te leveren.¹²⁴ Tegen dit besluit hebben NOS en HMG bezwaar aangetekend. De NMa heeft op 3 oktober 2001 deze bezwaren ongegrond verklaard en de last onder dwangsom gehandhaafd.¹²⁵ Tegen dit besluit

is door NOS en HMG vervolgens beroep ingesteld bij de Rechtbank Rotterdam. De Rechtbank Rotterdam heeft op 11 december 2002 het beroep van HMG gegrond verklaard en vastgesteld dat de NMa een nieuwe beslissing diende te nemen op het bezwaar van HMG tegen het oorspronkelijke besluit.¹²⁶ De rechtbank gaf de NMa een bewijsopdracht met betrekking tot de onderbouwing dat HMG misbruik maakt van haar machtspositie door het vragen van onredelijk hoge prijzen voor haar programmegegevens. De NMa ging tegen de uitspraak van de rechtbank in beroep bij het CBB maar voldoet voordat het CBB uitspraak doet wel in haar tweede beslissing op bezwaar van 1 april 2004 aan de bewijsopdracht. De NMa brengt in herinnering dat zij in het eerste besluit in 1998 heeft geoordeeld dat sprake was van een leveringsweigering (essential facility-doctrine) en dat zij na het eerste concrete tariefvoorstel van HMG oordeelde dat dit tarief dermate hoog was dat feitelijk nog steeds sprake was van een leveringsweigering in strijd met artikel 24 Mw.¹²⁷ Hierbij was de NMa van mening dat op HMG de bewijslast rust aannemelijk te maken dat het door haar aangeboden tarief geen feitelijke leveringsweigering inhoudt, maar dat het tarief redelijk en niet-discriminatoire is waardoor niet langer sprake is van misbruik in de zin van artikel 24 Mw.

De NMa is van mening dat de rechtsvraag sinds het besluit van 10 september 1998 in wezen is veranderd van een rechtsvraag over leveringsweigering naar een rechtsvraag over het bestaan van een excessieve prijs. De NMa concludeert vervolgens dat zij niet aan de bewijslast zoals opgelegd door de rechtbank kan voldoen en verklaart het bezwaar van HMG alsnog gegrond. Hierbij merkt de NMa nog op dat voorzover de uitspraak van de rechtbank impliceert dat zij nader onderzoek diende te doen naar de excessiviteit van het voorliggende tarief, de NMa gelet op het bij het CBB aanhangige hoger beroep geen aanleiding ziet over te gaan tot een dergelijk omvangrijk en kostbaar onderzoek. Tevens is volgens de NMa geen sprake van mogelijke additionele omstandigheden die een onderzoek kunnen rechtvaardigen.¹²⁸

119 Besluit NMa van 28 april 2004 in zaak 2910 (Interpay), rnr. 161-162.

120 Besluit NMa van 28 april 2004 in zaak 2910 (Interpay), rnr. 163-172.

121 Besluit NMa van 28 april 2004 in zaak 2910 (Interpay), rnr. 173-212.

122 Besluit NMa van 28 april 2004 in zaak 2910 (Interpay), rnr. 218-221.

123 Besluit NMa van 10 september 1998 in zaak 1 (De Telegraaf versus NOS en HMG).

124 Besluit NMa van 16 februari 2000 in zaak 1 (Holdingmaatschappij De Telegraaf versus de NOS en HMG).

125 Besluit op bezwaar NMa van 3 oktober 2001 in zaak 1 (Telegraaf vs NOS/HMG).

126 Uitspraak Rechtbank Rotterdam van 11 december 2002 onder rolnr. MEDED 01/2430-RIP en MEDED 01/2474-RIP, NOS en HMG/NMa (zie www.rechtspraak.nl, LJN AF1811).

127 Tweede beslissing op bezwaar NMa van 1 april 2004 in zaak 1 (De Telegraaf vs HMG, tweede beslissing op bezwaar HMG), rnr. 36 en besluit NMa van 10 september 1998 in zaak 1 (Holdingmaatschappij De Telegraaf versus de NOS en HMG).

128 Tweede beslissing op bezwaar NMa van 1 april 2004 in zaak 1 (De Telegraaf vs HMG, tweede beslissing op bezwaar HMG), rnr. 38-39.

Een maand later deed het CBB uitspraak in het hoger beroep dat de NMa had aangetekend tegen de uitspraak van de rechtbank.¹²⁹ De stelling van de NMa dat na haar besluit in 1998 het aan HMG lag aan te tonen dat geen sprake was van een verboden leveringsweigering volgt het CBB niet. De NMa stelde dat anders wanneer zij constateert dat een onderneming misbruik maakt door te weigeren te leveren, deze onderneming hier op eenvoudige wijze een einde aan kan maken door enig (ongeacht welk) aanbod te doen. Het CBB volgt de redenering van de NMa niet waarbij zij overweegt dat de NMa voordat zij een last onder dwangsom oplegde, had moeten onderzoeken of na het aanbod van HMG aan De Telegraaf (in de periode tussen het eerste besluit en het besluit tot oplegging van een dwangsom) nog steeds als overtreding van artikel 24 Mw kon worden aangemerkt. De stelling van de NMa dat het onmogelijk is ieder aanbod dat ertoe strekt een situatie van leveringsweigering te beëindigen aan een onderzoek te onderwerpen, verwerpt het CBB. Deze stelling gaat er volgens het CBB aan voorbij dat de bevoegdheid tot het opleggen van een last onder dwangsom beperkt is tot de situatie waarin het bestuursorgaan vaststelt dat sprake is van een overtreding van een wettelijk voorschrift. Zodanige vaststelling kan niet worden gebaseerd op de enkele overweging dat in een eerder stadium een overtreding is geconstateerd.

Het bezwaar van de NOS verklaarde de Rechtbank Rotterdam ongegrond. Het CBB verklaart het door de NOS daarop ingestelde beroep echter gegrond.¹³⁰ Het CBB baseerde zijn oordeel vooral op het arrest van het EG Hof van Justitie in de zaak IMS Health.¹³¹ De centrale vraag was volgens het CBB of de NMa terecht heeft geoordeeld dat De Telegraaf door de weigering van de licentie door de NOS belemmerd werd in zijn voornemen om een nieuw product op de markt voor wekelijkse programmabladen te introduceren. Het CBB acht niet aangetoond dat De Telegraaf een 'nieuw product' in de markt wil zetten. Het College overweegt dat het feit dat de programmagids niet aan een omroep is gelieerd onvoldoende is om als nieuw product te worden aangemerkt omdat niet duidelijk is gemaakt waarom dit in de aard het product in aanmerkelijke mate zou veranderen. Het CBB doet de zaak zelf af door de voorgaande besluiten en uitspraken te herroepen respectievelijk in te trekken en te bepalen dat de eigen uitspraak in de plaats treedt van het besluit van de NMa.

Nadat de Rechtbank Rotterdam had geoordeeld dat de NMa onvoldoende had gemotiveerd dat KLM geen misbruik maakt van een mogelijke economische machtspositie, heeft de NMa in haar tweede besluit op bezwaar nogmaals geoordeeld dat KLM sowieso geen misbruik maakt.¹³² In haar nadere motivering zet de NMa uiteen dat het door KLM gehanteerde reserveringssysteem en het gebruik van wachtlijsten haar in staat stelt bepaalde opbrengsten te realiseren. KLM hanteert deze voorwaarden volgens de NMa ter verdediging van haar gerechtvaardigde commerciële belangen. Gelet op het eerdere onderzoek naar de tarieven die door KLM worden gehanteerd op de route Amsterdam-Curaçao en de conclusie van de rechtbank dat geen sprake was van excessieve tarieven

concludeert de NMa net als in haar eerdere besluit dat geen sprake is van misbruik.¹³³

De besluiten op de klachten tegen CR Delta ten slotte bevatten nog een eigenaardige 'merkbaarheidstoets' bij de toepassing van artikel 24 Mw. De NMa overweegt het een enkele maal op oneigenlijke wijze toegang verkrijgen tot informatie op basis van een mogelijke machtspositie nog niet in strijd met artikel 24 Mw is.

'Voor strijd met artikel 24 Mw dient ten minste vast (komen) te staan dat CR Delta merkbaar en niet al te kortstondig de FHRS-gegevens [...] raadpleegt ten behoeve van haar eigen activiteiten'.¹³⁴

De enkele verwijzing van de NMa naar het arrest van het Hof van Justitie in de zaak General Motors Continental t. Commissie uit 1975 verbaast omdat de gelijkenis tussen dat precedent en de feiten in de onderhavige zaken niet evident is.¹³⁵ In die zaak had de Commissie misbruik van machtspositie vastgesteld maar verklaarde het Hof die beschikking nietig. In die procedure had het Hof echter vastgesteld dat het ging om incidenteel gedrag dat ondergeschikt was aan de overige (niet-misbruikelijke) gedragingen en dat General Motors haar gedrag meteen had aangepast en zelf te veel betaalde vergoedingen had gerestitueerd aan betrokkenen. Dat ten minste moet komen vast te staan dat een overtreding merkbaar en niet al te kortstondig moet zijn geweest om als misbruik in de zin van artikel 24 Mw te kwalificeren, volgt niet rechtstreeks uit het door de NMa genoemde arrest.

Sancties

Het totaalbedrag aan door de NMa in 2004 opgelegde boetes (ongeveer 78 miljoen euro) was lager dan in 2003 (ongeveer 135 miljoen euro). Wel legde de NMa in 2004 voor het eerst – in twee gevallen – boetes op ter hoogte van het wettelijk maximum van 10% van de omzet van de onderneming.

Vaststelling boetes/toepassing richtsnoeren

In zowel de Stadsapotheken Tilburg-zaak als in de Dienstapothek regio Assen-zaak legt de NMa geen boete op. Hiertoe overweegt de NMa dat de markt voor farmaceu-

129 Uitspraak CBB van 7 mei 2004 in zaak AWB 03/131, d-g NMa tegen HMG (zie www.rechtspraak.nl, LJN A09594).

130 Uitspraak CBB van 15 juli 2004 in zaak AWB 03/132, NOS tegen d-g NMa (zie www.rechtspraak.nl, LJN AQ1727).

131 Uitspraak HvJ EG van 29 april 2004 in zaak C-418/01 (IMS Health), n.n.g.

132 Besluit op bezwaar NMa van 18 maart 2004 in zaak 2260 (Vereniging Vrije Vogel vs. KLM).

133 Besluit NMa van 8 november 2000 in zaak 273 (Vereniging Vrije Vogel/KLM) en zaak 906 (Swart/KLM).

134 Besluit op bezwaar van 11 oktober 2004 in zaak 1205 (FHRS vs CR Delta), rnr 30. In dezelfde zin; besluit op bezwaar van 11 oktober 2004 in zaak 3103 K.I. Samen vs CR Delta).

135 EG Hof van Justitie, arrest van 13 november 1975, Jur. 1975, 1367.

tische hulpverlening in belangrijke mate nog in transitie verkeert, tot voor kort slechts in beperkte mate sprake was van daadwerkelijke mededinging en de NMa op deze markt ook niet eerder sanctionerend is opgetreden.¹³⁶ Deze motivering voor het niet-opleggen valt op omdat de NMa in een goed vergelijkbaar geval waarin ook sprake was van een transitie, beperkte mate van daadwerkelijke mededinging en het ontbreken van eerder sanctionerend optreden van de NMa – het ging om de eerste boete die werd opgelegd aan SEP – geen reden zag om af te zien van het opleggen van een boete. De door de NMa opgelegde boete van NLG 14 miljoen werd in 2004 overigens door het CBB teruggebracht tot euro 3,5 miljoen. De NMa legde de genoemde apothekerssamenwerkingsverbanden wel een last onder dwangsom op waarbij de leden van en de coöperatie zelf er zorg voor moeten dragen dat de ziekenhuisapotheek wordt overgedragen aan een of meer derde(n) en deze derde(n) niet over meer dan drie apotheken zeggenschap mag/mogen uitoefenen.¹³⁷

In de dakbedekkingsbesluiten heeft de NMa, net als in de andere sanctiebesluiten in de ‘bouwfraude-zaken’, een afwijkende invulling gegeven aan randnummer 16 van de Richtsnoeren boetetoemeting.¹³⁸ Hierin is met betrekking tot aanbestedingsafspraken vastgesteld dat de NMa ‘voor elke deelnemer afzonderlijk als betrokken omzet [kan] aanmerken de omzet die op basis van het bod waartegen de opdracht is verleend, kan worden gerealiseerd’. In zaken 3687 (Aanbesteding Complex 1731) en 3692 (Dakwerkzaamheden Philips Drachten) heeft de NMa vastgesteld dat partijen een rekenvergoeding hebben afgesproken. Niet is gebleken dat ook was afgesproken welke onderneming de aanbesteding zou ‘winnen’ en vervolgens zou uitvoeren. De NMa gaat daarom bij de bepaling van de betrokken omzet niet uit van de projectomzet per deelnemer maar deelt de projectomzet door het aantal deelnemers voor een bepaling van de per individuele deelnemer behaalde (betrokken) omzet.¹³⁹ In zaken 3689 (Aanbesteding dakrenovatie AMC) acht de NMa bewezen dat de deelnemers aan het overleg niet alleen een rekenvergoeding hebben afgesproken maar tevens hebben bepaald wie het project mocht uitvoeren. Ook hier past de NMa de Richtsnoeren boetetoemeting niet volledig toe. Om een redelijke verhouding tussen het totaal van de boetes en de gerealiseerde omzet te verzekeren neemt de NMa bij de onderneming die het project uitvoert als betrokken omzet de projectomzet en voor de niet-uitvoerende ondernemingen gezamenlijk als betrokken omzet nogmaals één keer de projectomzet, die vervolgens wordt gedeeld door het aantal niet-uitvoerende ondernemingen om per niet-uitvoerende onderneming een betrokken omzet te verkrijgen.

De NMa ziet ook af van het toepassen van de Richtsnoeren boetetoemeting indien een onverkorte toepassing hiervan tot een evidente onbillijkheid zou leiden.¹⁴⁰ In 2004 heeft de NMa een aantal keren geoordeeld dat hiervan sprake was. Vervolgens is de bepaling van de daadwerkelijk op te leggen boete echter nauwelijks transparant te noemen. De SFT kreeg zonder specifieke uitleg over de omstandigheden waaronder

een onverkorte toepassing tot een onbillijke uitkomst zou leiden een boete opgelegd van 10.000 euro.¹⁴¹ De NMa geeft aan dat zij acht slaat op het vereiste van proportionaliteit en het uitgangspunt van preventieve werking van de boete.¹⁴²

Met betrekking tot de eventueel op te leggen boete in de zaak van de psychologen en psychotherapeuten overweegt de NMa dat de overtredingen als zware overtredingen moeten worden aangemerkt. Vervolgens maakt de NMa een inschatting van de betrokken omzet van de vier verenigingen die ligt tussen de 108 miljoen euro en 264 miljoen euro. De NMa is echter van mening dat een onverkorte toepassing van de Richtsnoeren boetetoemeting zou leiden tot een evident onbillijke uitkomst. Tot dit besluit komt de NMa omdat de overtreding wordt getypeerd als zwaar in plaats van zeer zwaar en omdat het ondernemingsverenigingen betreft waarbij de omzet behaald door de individuele leden weliswaar hoog is. Aan de leden kon echter geen individuele rol van betekenis bij de besluitvorming worden toegekend. Daarbij overweegt de NMa ook nog dat acht moet worden geslagen op het uitgangspunt van preventieve werking en het vereiste van proportionaliteit. Vervolgens legt de NMa, zonder verder inzicht in de totstandkoming van het bedrag te geven, boetes op tussen 55.000 euro en 240.000 euro.¹⁴³ Om ervoor te zorgen dat de vier verenigingen ook in de toekomst niet langer tariefadviezen afwegen, legt de NMa eveneens aan de vier verenigingen een last onder dwangsom op.

Ook in zaak 3310 was de NMa van mening dat een onverkorte toepassing van de Richtsnoeren boetetoemeting tot een evident onbillijke uitkomst zou leiden waarbij de betrokken omzet door de NMa op 660 miljoen euro is vastgesteld. Vervolgens hanteert de NMa dezelfde argumentatie als bij de psychologen en stelt de boete uiteindelijk vast op 400.000 euro.¹⁴⁴ Omdat op de website van het NTG nog referentielijsten van april 2001 en 2002 staan, legt de NMa daar-

136 Besluit NMa van 21 juni 2004 in zaak 2501 (Dienstapothek regio Assen), rnr. 102 en besluit NMa van 21 juni in zaak 2688 (Stadsapotheken Tilburg), rnr. 119.

137 Besluit NMa van 21 juni in zaak 2501 (Dienstapothek regio Assen), rnr. 120-122.

138 Richtsnoeren boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 57 van de Mededingingswet, *Stcr.* 2001, 248, p. 90.

139 Besluit NMa van 14 juni 2004 in zaak 3687 (Aanbesteding Complex 1731), rnr. 132-139, besluit NMa 14 juni 2004 in zaak 3692 (Dakwerkzaamheden Philips Drachten), rnr. 114-120.

140 Richtsnoeren boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 57 van de Mededingingswet, *Stcr.* 2001, 248, p. 90, rnr. 29.

141 Besluit NMa van 9 december 2004 in zaak 3031 (Inleenverbod uitzendbranche), rnr. 92.

142 Besluit NMa van 26 april 2004 in zaak 3309 (NIP, LVE, NVP en NVVP), rnr. 171 en besluit NMa van 9 december 2004 in zaak 3031 (Inleenverbod uitzendbranche), rnr. 92.

143 Besluit NMa van 26 april 2004 in zaak 3309 (NIP, LVE, NVP en NVVP), rnr. 170-172.

144 Besluit NMa van 26 april 2004 in zaak 3310 (Nederlands Tandtechnisch Genootschap), rnr. 128-131.

naast een last onder dwangsom op om het NTG te dwingen de referentielijsten te verwijderen en verwijderd te houden.¹⁴⁵

Waar de NMa in bepaalde zaken 'clement' is en op grond van een anders evident onbillijke uitkomst symbolische boetes oplegt, valt in 2004 op dat de NMa twee keer de hoogst mogelijke boete oplegt. De boeteberekening op grond van de Richtsnoeren boetetoemeting overschrijdt bij de overtreding van artikel 24 Mw door Interpay het boetemaximum van artikel 57 Mw. Aan Interpay wordt vervolgens een boete opgelegd van 30,183 miljoen euro, ruim 12 miljoen euro minder dan de NMa op grond van de Richtsnoeren boetetoemeting zou hebben willen opleggen.¹⁴⁶ Ook Gazelle kreeg in de fietsfabrikanten-zaak de wettelijk maximale boete opgelegd.¹⁴⁷ De boete van Gazelle bedraagt 12,898 miljoen euro.

Verzachtende en verzwarende omstandigheden

Met betrekking tot de vaststelling van de boetes in zaak 1615 (Fietsfabrikanten) overweegt de NMa dat de implementatie van een complianceprogramma onder bijzondere omstandigheden als boeteverlagend element kan worden aangemerkt. Het moet dan gaan om een daadwerkelijk geïmplementeerd, werkend en voldoende efficiënt bedrijfscontrolesysteem met scherpe interne procedures om naleving met de mededingingsregels te bevorderen. Daarnaast mogen bij de desbetreffende overtredingen geen hooggeplaatste vertegenwoordigers van de onderneming betrokken zijn.¹⁴⁸ Hier van was geen sprake bij Gazelle omdat de commercieel directeur van de onderneming had deelgenomen aan de verboden besprekingen.

In de dakbedekkingsbesluiten overweegt de NMa dat de betrokken partijen niet onkundig konden zijn van het verboden karakter van de afspraken en doelbewust in strijd met de geldende regels hebben gehandeld. De Europese Commissie heeft namelijk reeds in 1992 een boete opgelegd aan 17 bouwverenigingen en een stichting voor overtreden van artikel 81 EG-Verdrag in verband met mededingingsbeperkende praktijken inzake aanbestedingen,¹⁴⁹ bij de inwerkingtreding van de Mw is uitgebreid stilgestaan bij het mededingingsrecht in relatie tot de bouw en de NMa heeft vanaf het begin regelmatig in haar persuitlatingen bekendgemaakt dat afspraken met betrekking tot aanbestedingen in strijd zijn met het kartelverbod. De basisboete van alle ondernemingen wordt dan ook verhoogd met 10%.¹⁵⁰ De boete in zaak 3687 (Aanbesteding Complex 1731) wordt echter verhoogd met 25%. De NMa ziet aanleiding de boete met 10% extra te verhogen omdat Consolidated, CazDak en Texa na de onthullingen van Ad Bos in het televisieprogramma Zembla en het starten van de parlementaire enquête naar de bouwfraude 'zich meer dan ooit tevoren [hadden] kunnen realiseren dat hun gedraging verboden was. Niettemin hebben partijen ruim drie maanden daarna een afspraak omtrent 'rekenvergoedingen' gemaakt'. Maar dit is nog niet alles. De partijen hadden ook nog een verklaring getekend waarin zij uitdrukkelijk verklaarden geen rekenvergoedingen in rekening te brengen. Hiervoor krijgen de drie partijen een extra verhoging van 5%. Voor Consolidated is daarmee de kous nog niet af. Zij krijgt nog eens

10% (dus in totaal 35%) extra boete vanwege het initiatief bij het tot stand komen van de rekenvergoedingen. De NMa acht het echter niet meer opportuun om de boete van Consolidated nog verder te verhogen naar aanleiding van een integriteitsverklaring die zij heeft ondertekend. Hierbij overweegt de NMa onder meer dat de integriteitsverklaring dateert van na de totstandkoming van de verboden overeenkomst tussen de partijen.¹⁵¹ Noemenswaardig met betrekking tot de dakbedekkingsbesluiten is overigens dat de NMa in totaal boetes heeft opgelegd van ruim 1 miljoen euro. Dit lijkt op het eerste gezicht niet ontzettend hoog maar hierbij moet wel in ogenschouw worden genomen dat de totale aanbestedingsom in deze zaken ongeveer 3,2 miljoen euro bedroeg.

Last onder dwangsom

In de Noordzeegarnalen-zaak en in de apothekerszaken ging de NMa in op de factoren die bepalen of bij vaststelling van een overtreding een last onder dwangsom of een boete wordt opgelegd. De NMa benadrukt dat de last onder dwangsom gericht is op het herstellen van een onrechtmatige situatie terwijl een boete is gericht op bestraffing. Waar het gaat om evidente inbreuken ('hard core' mededingingsbeperkingen) en er geen aanleiding is om te verwachten dat die inbreuken zich – zonder last onder dwangsom – zouden herhalen, kiest de NMa in beginsel voor het opleggen van (alleen) een boete. Dat sprake is van een ingewikkeld juridisch kader impliceert omgekeerd natuurlijk niet dat de NMa om die reden zou kiezen voor het opleggen van een last onder dwangsom. Het ingewikkeld juridisch kader kan, zoals gezien, wel een rol spelen bij het vaststellen van de hoogte van een gepaste boete.¹⁵²

145 Besluit NMa van 26 april 2004 in zaak 3310 (Nederlands Tandtechnisch Genootschap), rnr. 138-145.

146 Besluit NMa van 28 april 2004 in zaak 2910 (Interpay), rnr. 316-317.

147 Besluit NMa van 21 april 2004 in zaak 1615 (Fietsfabrikanten), rnr. 239.

148 Besluit NMa van 21 april 2004 in zaak 1615 (Fietsfabrikanten), rnr. 235.

149 Uitspraak HvJ EG van 25 maart 1996 in zaak C-137/95 P (SPO/Commissie), Jur. 1996, p. I-1611.

150 Besluiten NMa van 14 juni 2004 in zaak 3689 (Aanbesteding dakrenovatie AMC), rnr. 143-150, zaak 3690 (Aanbesteding dakrenovatie Sporthal 'De Springers'), rnr. 123-130, zaak 3691 (Aanbesteding dakrenovaties Emmtec), rnr. 175-182 en zaak 3692 (Dakwerkzaamheden Philips Drachten), rnr. 128-135.

151 Besluit NMa van 14 juni 2004 in zaak 3687 (Aanbesteding complex 1731), rnr. 146-160.

152 Besluit op bezwaar NMa van 28 december 2004 in zaak 2269 (Noordzeegarnalen), rnr. 138.