



Deelname aan verboden onderling afgestemd feitelijk gedrag? Ernst van de overtreding

Rb. Rotterdam 13 juli 2006, MEDED 04/3242, 04/3244, 04/3276, 06/1036, 06/1039, WILD, 04/3243, 04/3255, 046/1038, 06/1041 STRN, KPN Mobile N.V., Orange Nederland B.V., Telfort B.V., T-Mobile Netherlands B.V. en Vodafone Libertel N.V. tegen de raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (LJN AY4035)
(m.nt. mr L.E.J. Korsten)¹

Samenvatting uitspraak rechtbank Rotterdam²

Verweerder heeft aan eiseressen boetes opgelegd voor het overtreden van art. 6 van de Mededingingswet (Mw) vanwege het bestaan van een overeenkomst en/of een onderling afgestemde feitelijke gedraging ten aanzien van de verlaging van de dealervergoedingen en de uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie over *prepaid*-pakketten. De rechtbank is van oordeel dat verweerder niet (voldoende) heeft aangetoond dat Telfort en Orange deel hebben genomen aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging en derhalve art. 6 van de Mw en art. 81 van het EG-Verdrag hebben overtreden, zodat het besluit tot constatering van overtreding van deze bepalingen door Telfort en Orange en tot het opleggen van boetes aan Telfort en Orange op een ontoereikende motivering berust. Met betrekking tot de overige partijen is de rechtbank van oordeel dat de uitwisseling van bedrijfsvertrouwelijke informatie met betrekking tot de *postpaid*-abonnementen ertoe heeft gestrekt de mededinging te beperken. Nu verweerder de door partijen naar voren gebrachte bewijsvoering zonder daarop in te gaan heeft gepasseerd, berust het bestreden besluit in zoverre op een ontoereikende motivering. Met betrekking tot de *prepaid*-pakketten is naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende vast komen te staan dat er sprake is van een overtreding van artikel 6 van de Mw en artikel 81 van het EG-Verdrag, zodat niet vastgesteld kan worden dat verweerder bevoegd is ter zake een boete op te leggen.

Noot; inleiding

Behalve de bouwfraudezaak van de 'Noord-Holland Acht'³, is er tot nu toe geen zaak geweest waarin de NMa een hogere boete heeft opgelegd dan de onderhavige. Een kortstondig onderling contact op 13 juni 2001 van vier of vijf concurrenten resulteerde op 30 december 2002 in bestuurlijke boetes voor een totaalbedrag van € 88 miljoen. Dit boetebedrag werd door de NMa bij het besluit op bezwaar d.d. 27 september 2004 met ongeveer € 36 miljoen verlaagd tot circa € 52 miljoen. De NMa gaf daarbij toe dat zij bij de berekening van de boete aanvankelijk van een te hoog omzetbedrag was uitgegaan. In haar uitspraak van 13 juli 2006 heeft de rechtbank Rotterdam weinig heel gelaten van het besluit op bezwaar van de NMa. De uitspraak van de rechtbank is in de eerste plaats van belang voor de eisen die moeten worden gesteld aan het bewijs van deelname aan een verboden kartelafspraken. De rechtbank is van oordeel dat de NMa de deelname van twee van de vijf beweerd kartellenden (O2/Telfort, boete in bezwaar € 4.492.000 en Dutchtone/Orange, boete in bezwaar € 9.898.000) niet heeft aangetoond. De uitspraak van de rechtbank is in de tweede plaats van belang voor de uitleg en toepassing van het voor de praktijk belangrijke begrip 'onderling afgestemde feitelijke gedraging'. Ten slotte is de uitspraak van belang voor het berekenen van de boete. Volgens de boeterichtsnoeren van de NMa moet daarbij rekening worden gehouden met 'de economische context waarin de overtreding heeft plaatsgevonden'. Naar het oordeel van de rechtbank betekent dit dat ook aandacht moet worden besteed aan 'het redelijkerwijs te verwachten marktgedrag'. Als de kartelafspraken niet meer inhoudt 'dan een nadere regie van op zichzelf te verwachten marktgedrag', dan kan naar het oordeel van de rechtbank niet worden volgehouden dat er sprake is geweest van een 'zware', laat staan een 'zeer

¹ Mr. L.E.J. Korsten is advocaat bij DLA Piper Nederland N.V. en docent mededingingsrecht aan de Radboud Universiteit te Nijmegen. Met dank aan Mariken Klaasen, wetenschappelijk student-assistent Radboud Universiteit Nijmegen, die behulpzaam is geweest bij de voorbereiding.

² Ontleend aan www.rechtspraak.nl.

³ Primair besluit d.d. 19 december 2003; wijzigingsbesluiten 15 september 2006 (zaak 2873).

zware' overtreding. De uitspraak van de rechtbank geeft daarnaast aanleiding tot enkele beschouwingen van procesrechtelijke aard, te weten: de toepassing van art. 81 EG-Verdrag in de bezwaarfase, art. 8 EVRM en de bewijsoverlevering en -verdeling. Hieronder zal eerst op de procesrechtelijke punten worden ingegaan. Daarna komen de drie genoemde, meer inhoudelijke punten aan de orde.

Toepassing art. 81, eerste lid, EG-Verdrag in de bezwaarfase

De onderhavige zaak is – bij mijn weten – de eerste zaak waarin de rechter oordeelt over de toepassing van art. 81, eerste lid, EG-Verdrag door de NMa *voor het eerst in de bezwaarfase*. De boeteoplegging in het primaire besluit was uitsluitend gebaseerd op overtreding van het kartelverbod van art. 6, eerste lid, Mw. In het besluit op bezwaar heeft de NMa daar een tweede juridische grondslag aan toegevoegd: overtreding van het kartelverbod van art. 81, eerste lid, EG-Verdrag.⁴

De stelling van de NMa in het besluit op bezwaar⁵ dat '*thans, na het van toepassing worden van Verordening 1/2003 tevens de schending van artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag aan de orde is*', is evident onjuist. Krachtens art. 88 Mw (oud) kon de NMa art. 81, eerste lid, EG-Verdrag immers reeds toepassen vóór het van toepassing worden van Verordening 1/2003. Het primaire besluit van de NMa van 13 januari 2003 in zaak 2269 (*Noordzeegarnalen*) is een goed voorbeeld van een zaak waarin de NMa art. 81, eerste lid, EG-Verdrag al voor het van toepassing worden van Verordening 1/2003 heeft toegepast. Waarom de NMa dat in de onderhavige zaak niet óók heeft gedaan, is onduidelijk. Het gevolg hiervan is in elk geval wel dat zij de betrokken ondernemingen er in het besluit op bezwaar mee overvalt. Voorzover uit het besluit op bezwaar zelf (en uit het BAC-advies) kan worden opgemaakt, heeft de NMa art. 81, eerste lid, EG-Verdrag geheel buiten de partijen om toegepast. Volgens de NMa is dit geen probleem 'nu zij geen zwaardere sanctie oplegt dan reeds op grond van het nationale recht in het bestreden besluit het geval was'. De heroverweging in bezwaar voldoet, aldus de NMa, 'aan het vereiste dat de afweging niet zo mag uitvallen dat degene die het bezwaarschrift heeft ingediend, er slechter van wordt'.⁶ In elk geval Telfort heeft hier bezwaar tegen gemaakt. Zij heeft aangevoerd dat de NMa 'buiten de reikwijdte van het bezwaar en derhalve *ultra petita* is gegaan'. Bovendien is er ter zake van de overtreding van art. 81 EG-Verdrag geen rapport uitgebracht, kon er geen schriftelijke reactie worden gegeven en is Telfort ook niet gehoord.

De rechtbank is van oordeel dat deze bezwaren van Telfort niet steekhoudend zijn. Volgens haar verzet het nationale recht zich niet tegen deze gang van zaken 'nu de onderhavige bestuurlijke heroverweging ziet op hetzelfde feitencomplex, het feitencomplex zowel onder het nationale als het Europese recht op dezelfde wijze juridisch getoetst dient te worden en geen der partijen in een nadeliger positie is komen te verkeren'.⁷ Nog los van de vraag of dit oordeel juist is (wat mij niet het geval lijkt, zie hierna), lijkt het mij in elk geval op twee

punten te kort door de bocht. Allereerst miskent de rechtbank met haar oordeel het fundamentele recht op verdediging. Omdat de onderhavige boeteprocedure kan uitmonden in een punitieve sanctie, is evident dat het recht op verdediging door art. 6 EVRM wordt gegarandeerd. In een rechtsstaat als de onze behoort het domweg niet voor te komen dat men bij wijze van verrassing tot iets veroordeeld blijkt te zijn. Noch in haar gedaante van bestuursorgaan, noch in haar gedaante van rechter kan de overheid geheel eenzijdig en volledig buiten de beweerdde dader om (er was geen aanklacht, de vermeende dader is niet gehoord en evenmin in de gelegenheid gesteld verweer te voeren⁸) uitmaken dat sprake is van een overtreding en een torenhoge boete opleggen. Wie meende dat een dergelijke, inquisitoire, handelwijze anno 2006 onbestaanbaar zou zijn, is met het besluit op bezwaar van de NMa en de onderhavige uitspraak van de rechtbank bedrogen uitgekomen.

Voorts heeft de rechtbank zich (evenals de NMa) zelfstandig, dat wil zeggen geheel los van de betrokken ondernemingen, een oordeel gevormd over de vraag 'of een der partijen in een nadeliger positie is komen verkeren', zónder dat zij de partijen in de gelegenheid heeft gesteld zich daar eerst zelf over uit te laten. Dat is weliswaar behulpzaam, maar past de bestuursrechter niet aangezien sprake is van verboden aanvulling van de feiten.⁹

Ook inhoudelijk kunnen er bij het oordeel van de rechtbank de nodige kritische kanttekeningen worden geplaatst. Dat het oordeel van de rechtbank 'dat geen der partijen in een nadeliger positie is komen te verkeren' feitelijk onjuist is, valt vrij eenvoudig in te zien. *In casu* ligt de (mogelijke) benadeling immers reeds besloten in de omstandigheid dat een partij ten aanzien waarvan is vastgesteld dat zij in strijd met art. 81 EG-Verdrag heeft gehandeld, in geval van recidive op een zwaardere boete zal kunnen rekenen.¹⁰

De overwegingen van de rechtbank 'dat de onderhavige bestuurlijke heroverweging ziet op hetzelfde feitencomplex' en dat 'het feitencomplex zowel onder het nationale als het Europese recht op dezelfde wijze juridisch getoetst dient te

4 Besluit op bezwaar, randnrs. 20-29.

5 Besluit op bezwaar, randnr. 35. De cursiveringen in de aangehaalde citaten zijn door mij aangebracht.

6 Besluit op bezwaar, randnr. 39.

7 Zie art. 8:69, eerste lid, Awb, verbod op *reformatio in peius* in strikte zin; zie Borman 2003 (*T&C Awb*), art. 8:69, aant. 5.

8 Hoe zou dat ook moeten, zonder aanklacht?

9 Borman 2003 (*T&C Awb*), art. 8:69, aant. 4: 'Anders dan in het burgerlijk procesrecht hoeft de bestuursrechter zich in beginsel niet neer te leggen bij de feiten zoals deze door partijen zijn gepresenteerd. De rechter kan doorvragen en daarmee dus de feitelijke gronden aanvullen. Deze bevoegdheid gaat niet zo ver, dat de rechter feiten aan zijn uitspraak ten grondslag kan leggen waarover partijen zich in de procedure niet hebben kunnen uitlaten. De bevoegdheid moet dus blijven binnen (...) de buitengrens van het geschil.'

10 Zie randnr. 28 van de (nieuwe) Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, onder a), van Verordening (EG) nr. 1/2003 worden opgelegd, *Pb EG C 210/2* van 1 september 2006, alwaar herhaalde overtreding van het kartelverbod van art. 81, eerste lid, EG-Verdrag als een verzwarende omstandigheid wordt genoemd.

worden' zijn ook evident onjuist. Voor de toepassing van het kartelverbod van art. 81, eerste lid, EG-Verdrag moet immers – anders dan voor de toepassing van het kartelverbod van art. 6, eerste lid, Mw – sprake zijn van (merkbare) beïnvloeding van de interstatelijke handel.¹¹ Omdat de NMa in het primaire besluit uitsluitend aan het kartelverbod van art. 6 Mw heeft getoetst, is in dat besluit over (merkbare) beïnvloeding van de interstatelijke handel niets vastgesteld. In het besluit op bezwaar toetst de NMa ter zake – op zichzelf terecht – aan de richtsnoeren van de Europese Commissie betreffende het begrip 'beïnvloeding van de handel'.¹² Bij gebreke van enig concreet houvast komt de NMa daarbij echter niet verder dan te overwegen 'dat het niet uitgesloten is dat de onderhavige gedragingen indirect gevolgen hebben voor de afzet van mobiele telefoonabonnementen en voor de investerings- en vestigingsbeslissingen van dealers' en: 'de collectieve wijzigingen in de toe te kennen standaardvergoedingen zullen immers kunnen doorwerken in de marges van de dealers'.¹³ Ten aanzien van de merkbaarheid van het (potentiële) effect op de interstatelijke handel heeft de NMa in het besluit op bezwaar overwogen 'dat de drempelwaarden van de richtsnoeren ruimschoots worden overschreden'.¹⁴ Een van de twee cumulatieve voorwaarden hiervoor is dat 'het totale marktaandeel van de partijen op de relevante markten binnen de Gemeenschap waarop de overeenkomst van invloed is, niet meer dan 50% bedraagt'.¹⁵ Bij gebreke van een (adequate) afbakening van de relevante markt in het primaire besluit dan wel het besluit op bezwaar, is het evident dat het laatstbedoelde oordeel van de NMa een deugdelijke feitelijke grondslag ontbeert en om die reden voor vernietiging door de bestuursrechter in aanmerking komt.

Artikel 8 EVRM

De rechtbank verwerpt het standpunt van KPN Mobile – onder verwijzing naar het arrest van het EHRM inzake Colas Est/Frankrijk¹⁶ – dat sprake is geweest van schending van art. 8, eerste lid, EVRM. Naar het oordeel van de rechtbank kan daarvan geen sprake zijn wanneer – expliciet of impliciet – toestemming is verleend voor het bedrijfsbezoek. Reeds bij gebreke van verzet of bezwaar zal, zo oordeelt de rechtbank, sprake zijn van *impliciete* toestemming. Zij legt verder uit dat desgewenst bij aanvang van het bedrijfsbezoek daartegen bezwaar kan worden gemaakt door *expliciet* te laten aantekenen dat men het niet eens is met het uitvoeren van het bedrijfsbezoek en dat uit het feit dat aan de wettelijke medewerkingsplicht¹⁷ wordt voldaan, niet mag worden geconcludeerd dat toestemming wordt verleend voor de toegang tot het bedrijf. Alsdan behoeft de sterke arm niet te worden ingeschakeld en is geen sprake van niet-medewerking. Duidelijk is dus dat degene die bij een bedrijfsbezoek de deur wagenwijd openzet, bij een latere rechterlijke proportionaliteitstoets maar moeilijk een voet aan de grond zal kunnen krijgen.

Het oordeel van de rechtbank lijkt mij, mede in het licht van de uitspraken van het EHRM inzake Colas Est/Frankrijk en het HvJEG inzake Roquette Frères¹⁸, niet onjuist. Domme-

ring heeft er in zijn noot in de NJ bij het arrest inzake Colas Est – welke noot werd gepubliceerd nadat de uitspraak inzake Roquette Frères was verschenen – op gewezen dat het belang van dit arrest niet ligt in de erkenning van de bescherming die art. 8 EVRM aan ondernemingen biedt (dat was eerder al uitgemaakt), maar in de eis dat de rechter een (uitgebreide) proportionaliteitstoetsing moet (kunnen) uitvoeren. Naar zijn mening geldt voor de handhavingsbevoegdheden van art. 5:15-5:20 Awb dat zij niet voorzien in adequate rechtswaarborgen aangezien de Awb niet voorziet in een systeem van rechtsbescherming om de uitoefening van deze bevoegdheden voor of tijdens het onderzoek door de rechter te laten toetsen. Voor het systeem van de Mededingingswet ligt dit zijns inziens niet anders.¹⁹ Zie in geval van verzet tegen een inspectie door de Europese Commissie die een doorzoeking omvat thans evenwel art. 89c Mw, ingevoerd bij wet van 30 juni 2004 (*Stb.* 2004, 345), welk artikel voorziet in een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris, belast met de behandeling van strafzaken bij de rechtbank Rotterdam.

Géén overeenkomst; wél onderling afgestemd feitelijk gedrag?

De NMa heeft de bezwaren van de operators ter zake van de vermeende *wilsovereenstemming* gegrond verklaard. Daarmee verviel de grondslag voor het bestaan van een mededingingsbeperkende *overeenkomst* en diende de NMa aan te tonen dat sprake was van 'onderling afgestemd feitelijk gedrag' (o.a.f.g.) van de operators. Ter zake van *prepaid*-pakketten oordeelt de rechtbank dat niet voldoende is komen vast te staan dat er sprake is geweest van afstemming en dat, mocht dit wel het geval zijn, er zeker geen sprake is geweest van afstemming die ertoe strekt de mededinging te beperken. De mogelijkheid om aan te tonen dat er wel sprake is van afstemming die tot gevolg heeft gehad dat de mededinging is beperkt, is door de NMa onbenut gelaten, nu zij het daarvoor vereiste onderzoek naar de concrete gevolgen op de markt achterwege heeft gelaten. De rechtbank oordeelt daarom dat de NMa ter zake van de *prepaid*-pakketten niet bevoegd is tot het opleggen van een boete. Blijft dus over eventuele afstemming ter zake van de *postpaid*-pakketten.

11 Idem besluit op bezwaar, randnr. 23.

12 Mededeling van de Commissie van 27 april 2004, Richtsnoeren betreffende het begrip 'beïnvloeding van de handel' in de artt. 81 en 82 van het Verdrag, *Pb EG* 2004, C 101/81.

13 Besluit op bezwaar, randnr. 25.

14 Besluit op bezwaar, randnr. 26.

15 Mededeling van de Commissie van 27 april 2004, Richtsnoeren betreffende het begrip 'beïnvloeding van de handel' in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *Pb EG* 2004, C 101/81, randnr. 52.

16 EHRM 16 april 2002, nr. 37971/97, *NJ* 2003, 452, m.nt. EJD.

17 Art. 5:20 Awb.

18 HvJEG 22 oktober 2002, zaak C-94/00, *Jur.* 2002, blz. I-09011.

19 Op grond van art. 6:3 Awb neemt de bestuursrechter aan dat sprake is van voorbereidingshandelingen. Hierdoor herleeft de restcompetentie van de burgerlijke rechter in kort geding waardoor de systeemfout van de Awb wordt gecorrigeerd, aldus Dommering.

Voor het bewijs van 'onderling afgestemd feitelijk gedrag' moet worden aangetoond dat sprake is van: (i) afstemming, (ii) marktgedrag, (iii) causaal verband tussen de afstemming en het marktgedrag en (iv) wederkerigheid. Voor de toetsing aan deze eisen baseren zowel de NMa en de bezwaaradviescommissie als de rechtbank zich op het Anic-arrest.²⁰ In dat arrest draaide het om twee bewijsvermoedens:

- *bewijsvermoeden I*: deelname aan een bijeenkomst waarin werd afgestemd, levert het *vermoeden* van deelname aan een o.a.f.g. op, behoudens in zoverre een deelnemer bewijst dat hij zich nadrukkelijk van de afstemming heeft gedistantieerd²¹
- *bewijsvermoeden II*: in de woorden van het Hof '(...) *worden de ondernemingen die aan de afstemming deelnemen en op de markt actief blijven, vermoed – behoudens door de betrokken ondernemingen te leveren tegenbewijs – , bij de bepaling van gedrag op de markt rekening te houden met de met hun concurrenten uitgewisselde informatie. Dit geldt te meer, wanneer de afstemming gedurende een lange periode en met een zekere regelmaat heeft plaatsgevonden (...).*²²

In de zaak van de mobiele operators speelde *bewijsvermoeden I* geen rol. Ten aanzien van Telfort en en Orange ontbreekt, aldus de rechtbank, (voldoende) bewijs van deelname (zie hierna). Voor de drie andere operators geldt, dat zij hun deelname aan de bijeenkomst hebben erkend, althans niet betwist. Zij hebben zich echter – met succes – verzet tegen de wijze waarop de NMa het *bewijsvermoeden II* heeft gehanteerd (zie eveneens hierna).

Onderling afgestemd feitelijk gedrag I: bewijs deelname; artikel 6 EVRM / zwijgrecht

Telfort (voorheen O2) had ontkend aanwezig te zijn geweest bij de bijeenkomst op 13 juni 2001 te Nieuwegein. Voorts heeft zij gebruikgemaakt van haar zwijgrecht. Orange (voorheen Dutchtone) had gesteld dat het bewijs ontbrak voor haar aanwezigheid die dag op het moment dat er (vermeend) werd afgestemd.

De rechtbank oordeelt (gelet op de eisen die mede op grond van art. 6 EVRM aan het bewijs van deelname aan een – ernstige – inbreuk moeten worden gesteld: geheel terecht), dat 'de gebruikelijke aanwezigheid van alle operators bij vergaderingen over fraude' onvoldoende bewijs oplevert voor de deelname van Telfort aan de bijeenkomst van 13 juni 2001. De stelling van Telfort, geschraagd met een beroep op de uitspraak van het EHRM inzake Telfner²³, dat het strijdig met art. 6 EVRM is wanneer haar beroep op het zwijgrecht in haar nadeel wordt uitgelegd, wordt door de rechtbank gehonoreerd, 'te meer daar er in het onderhavige geval (...) zelfs geen duidelijke aanwijzingen zijn dat de heer O. aanwezig was op de litigieuze bijeenkomst'. De rechtbank concludeert dat de NMa op basis van de voorhanden zijnde gegevens niet heeft kunnen aantonen dat O2 heeft deelgenomen aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging.

Het is de moeite waard de kernoverwegingen van het EHRM in de Telfner-zaak aan te halen:

'Article 6 para. 2 requires, inter alia, that when carrying out their duties, the members of a court should not start with the preconceived idea that the accused has committed the offence charged; the burden of proof is on the prosecution, and any doubt should benefit the accused (...). Thus, the presumption of innocence will be infringed where the burden of proof is shifted from the prosecution to the defence (...).' (randnr. 15)

En – onder verwijzing naar de uitspraak van het EHRM uit 1996 in de John Murray-zaak²⁴ – meer specifiek over het effectueren van het zwijgrecht en het al of niet aanwezig zijn van aanwijzingen of onrechtstreeks bewijs (in tegenstelling tot rechtstreeks bewijs van deelname):

'Considering that the evidence adduced at the trial constituted a formidable case against the applicant, the Court found that the drawing of such inferences, which was moreover subject to important procedural safeguards, did not violate Article 6 in the circumstances of the case. The Court considers that the drawing of inferences from an accused's silence may also be permissible in a system like the Austrian one where the courts freely evaluate the evidence before them, provided that the evidence adduced is such that the only common sense inference to be drawn from the accused's silence is that he had no answer to the case against him.' (randnr. 17)

Ten aanzien van Dutchtone had de NMa de gewaagde stelling ingenomen 'dat de verklaringen van de heer D. niet bewijzen dat hij niet aanwezig is geweest'. De rechtbank oordeelt hierover dat het aan de NMa is om aan te tonen dat de heer D. wél aanwezig is geweest.²⁵ Omdat het *in casu* om één bijeenkomst gaat waarbij afgestemd zou zijn en de NMa geen omstandigheden heeft aangevoerd op grond waarvan Dutchtone, anders dan door directe aanwezigheid bij de bijeenkomst van 13 juni 2001, als deelnemer aan de vermeende afstemming zou moeten worden aangemerkt, concludeert de rechtbank dan ook dat de NMa de deelna-

20 HvJEG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, Commissie van de Europese Gemeenschappen vs. Anic Partecipazioni (Polypropyleen), *Jur.* 1999, p. I-4125.

21 Anic, r.o. 95.

22 Anic, r.o. 121.

23 EHRM 20 maart 2001, application no. 33501/96 (Telfner/Oostenrijk).

24 EHRM 8 februari 1996, John Murray v. Verenigd Koninkrijk, 1996-I, blz. 52.

25 Voor ambtshalve te nemen besluiten volgt uit art. 3:2 Awb dat de bewijslast in beginsel op het bestuursorgaan rust. Zie hierover bijvoorbeeld Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht. Zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen*, diss., Kluwer 2005, blz. 87 e.v. en blz. 304 e.v.

me van Dutchtone aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging onvoldoende heeft aangetoond.

Onderling afgestemd feitelijk gedrag II: causaal verband afstemming en marktgedrag; art. 6 EVRM

De NMa en de rechtbank gaan ervan uit dat de uitwisseling van informatie met betrekking tot de *postpaid*-abonnementen ertoe heeft gestrekt de mededinging te beperken. Daar duidelijk is dat geen sprake is van een zwakke positie van KPN Mobile, Vodafone en T-Mobile op de markt, kon de NMa er volgens de rechtbank zonder nader onderzoek van uitgaan dat aan het merkbaarheidsvereiste was voldaan. Ten aanzien van het causaal verband tussen de afstemming en het marktgedrag had de NMa overwogen: 'Indien de betrokken ondernemingen na de afstemming actief blijven op de markt is het marktgedrag gegeven en worden zij vermoed bij de bepaling van dit gedrag rekening te houden met de met hun concurrenten uitgewisselde informatie.' De NMa past hier op zichzelf terecht het zojuist genoemde *bewijsvermoeden II* toe. Dan volgt echter: 'Dit vermoeden kan uitsluitend worden weerlegd met bewijs dat niet is deelgenomen aan de afstemming dan wel dat publiekelijk afstand is genomen van de inhoud van de afstemming.' Hier verlaat de NMa het juiste spoor, aangezien zij voor de weerlegging van het vermoeden van het causaal verband ten onrechte tegenbewijs ter zake van de afstemming verlangt. De NMa laat zelf zien hoe zij op dit dwaalspoor is terechtgekomen: 'Met onderbouwde alternatieve verklaringen voor het marktgedrag van partijen of onderbouwingen dat niet is gehandeld conform de afstemming, kan niet worden aangetoond dat het marktgedrag in het geheel niet is beïnvloed door de in het kader van de afstemming uitgewisselde informatie. De door de deelname aan de afstemming onvermijdelijk ontstane transparantie omtrent het aangenomen of voorgenomen gedrag van de andere ondernemingen kan hiermee immers niet worden weggenomen. (...) Het eventueel door de ondernemingen te leveren tegenbewijs dient volgens de d-g NMa dan ook te zien op deelname aan de afstemming tussen de operators en deze afstemming is naar het oordeel van de d-g NMa niet door de operators weerlegd.'²⁶ Wat de NMa hier doet, is dat zij enerzijds *bewijsvermoeden I* en *bewijsvermoeden II* toepast, maar anderzijds de betrokken ondernemingen de door het HvJEG in zijn Anic-arrest geboden mogelijkheid om *bewijsvermoeden II* te weerleggen, ontnemt. Op de ter zake door de operators aangedragen stellingen is de NMa inhoudelijk niet ingegaan, omdat zij naar haar mening *beside the point* waren. Aldus heeft de NMa de in de jurisprudentie van het HvJEG sinds mensenheugenis gestelde eis van het causaal verband per saldo geëcarteerd. Behalve dat dit in strijd is met EG-jurisprudentie, resulteert het naar mijn mening in een inbreuk op de door art. 3:2 Awb aan het (leveren van het) bewijs gestelde eisen én het door art. 6 EVRM gewaarborgde onschuldbeginsel en verdedigingsbeginsel.

KPN Mobile, Vodafone en T-Mobile hebben zich primair verzet tegen de toepassing van *bewijsvermoeden II*. Subsidiair hebben zij, ter weerlegging van het (veronderstelde) causaal verband, alternatieve verklaringen voor hun marktgedrag aangedragen. Aan de behandeling van deze weren van de operators maakt de rechtbank niet veel woorden vuil. Ten aanzien van het betoog van de operators dat *bewijsvermoeden II* alleen toepasbaar is in gevallen waarin sprake is van een langdurige, regelmatige afstemming, oordeelt zij dat dit geen steun in het Anic-arrest vindt en evenmin in andere jurisprudentie. Ten aanzien van het (veronderstelde) causaal verband en de alternatieve verklaringen voor het marktgedrag, oordeelt de rechtbank dat 'verweerder in het geheel niet motiveert waarom hetgeen eiseressen ter zake hebben aangevoerd niet als een weerlegging van het vermoeden kan gelden.' De NMa zal dit van de rechtbank daarom alsnog moeten doen.

Beide oordelen van de rechtbank zijn zwak gemotiveerd. Anders dan de rechtbank meent, levert de jurisprudentie naar mijn mening wél duidelijke aanwijzingen op dat *bewijsvermoeden II* alleen toepasbaar is in gevallen waarin sprake is van aanzienlijk méér dan een enkele, vluchtige afstemming. Het *bewijsvermoeden II* werd – voorzover mij bekend – tot op heden immers alleen toegepast in gevallen waarin sprake was van een langdurige, regelmatige afstemming.²⁷ De rechtbank lijkt voor dit gegeven geen oog te hebben. Althans, zij abstraheert daarvan aangezien zij de desbetreffende (rechts)norm losweekt van de feiten en omstandigheden naar aanleiding waarvan zij werd geformuleerd.

De stelling van de rechtbank ter zake van de alternatieve verklaring voor het marktgedrag 'dat de NMa niet motiveert waarom hetgeen eiseressen ter zake hebben aangevoerd niet als een weerlegging van het vermoeden kan gelden' lijkt mij feitelijk onjuist. Uit de hiervoor aangehaalde passages uit het besluit op bezwaar blijkt immers duidelijk dat hetgeen eiseressen hebben aangevoerd volgens de NMa niet het vereiste tegenbewijs kán opleveren en derhalve *niet relevant* is, weshalve het voor de NMa niet in de rede lag inhoudelijk op die stellingen in te gaan. Uit de uitspraak van de rechtbank blijkt evenwel dat de NMa in de procedure wat is gaan schuiven. Haar zwart/wit standpunt (*niet relevant*) heeft zij in het verweerschrift blijkbaar nader onderbouwd met het argument (de rechtbank zegt dat verweerder 'kennelijk van oordeel is') 'dat het *vrijwel uitgesloten* is dat eiseressen er in slagen aan te tonen dat met de uitgewisselde informatie op generlei wijze rekening is gehouden bij het bepalen van het marktgedrag.' Het lijkt erop dat de rechtbank is gevallen over deze laatste uitlating van de NMa, welke uitlating strikt genomen inderdaad niet met de eerdere stellingen van de NMa is te vereni-

26 Besluit op bezwaar, randnrs. 17 en 18.

27 Naar mijn mening beoogt het Hof dit verband te benadrukken waar het Hof ten aanzien van het hanteren van *bewijsvermoeden II* nadrukkelijk overweegt: 'Dit geldt te meer, wanneer de afstemming gedurende een lange periode en met een zekere regelmaat heeft plaatsgevonden (...).' (Anic, r.o. 121).

gen. Voorzover ik dat op basis van de gepubliceerde stukken kan beoordelen, wordt de NMa daarmee echter geen recht gedaan (ook al heeft de NMa dit lot over zichzelf afgeroepen). De rechtbank laat de NMa immers struikelen over een onlogische argumentatie, zonder dat zij zich uitsprekt ('wat daar verder ook van zij') over het achterliggende standpunt van de NMa omtrent de weerlegging van *bewijsvermoeden II*, wat natuurlijk het werkelijke geschilpunt is. Dat dit gebeurt, is niet alleen jammer voor de NMa, maar vooral ook voor de rechtspraak die hierdoor langer zal moeten wachten op een oordeel van de (beroeps)rechter over dit geschilpunt.

Boete(berekening)

Zoals gezegd, heeft de rechtbank geconcludeerd dat met betrekking tot de *prepaid*-pakketten onvoldoende is komen vast te staan dat het kartelverbod is overtreden, zodat de NMa niet bevoegd is ter zake een boete op te leggen. De NMa zal daarom een nieuwe beslissing op de bezwaren van eiseressen moeten geven en ook ten aanzien van de boetes opnieuw moeten beslissen.²⁸ In haar uitspraak gaat de rechtbank daarom tevens in op de stellingen van eiseressen ter zake van de boeteberekening.

Volgens de boeterichtsnoeren van de NMa moet bij het bepalen van de ernst van de overtreding, naast de zwaarte van de overtreding, rekening worden gehouden 'met de economische context waarin de overtreding heeft plaatsgevonden'.²⁹ In het primaire besluit d.d. 30 december 2002 heeft de NMa de verweten gedragingen gekwalificeerd als een horizontale prijsafspraken en een 'zeer zware' overtreding.³⁰ Met betrekking tot de 'economische context' volstond de NMa met de overweging dat de overtreding een aanzienlijke economische weerslag op de markt heeft en dat de (potentiële) schade navenant is.³¹ Uit het BAC-advies³² en uit het besluit op bezwaar³³ blijkt dat de NMa bij het berekenen van de boete is uitgegaan van ernstfactor '2'.

De eiseressen in de onderhavige zaak hadden aangevoerd (i) dat voor het rekening houden met de economische context de relevante markt diende te worden vastgesteld, hetgeen niet dan wel onvoldoende is gebeurd, (ii) dat de betrokken gedragingen geen aantoonbare effecten hebben gehad en (iii) dat er geen schade is toegebracht. Eiseressen verzetten zich daarom tegen de kwalificatie 'zeer zware' overtreding en het hanteren van een ernstfactor '2'.

De rechtbank overweegt ter zake van 'de economische context' en de 'ernstfactor' dat ook aandacht moet worden besteed aan 'het redelijkerwijs te verwachten marktgedrag'. Wanneer komt vast te staan dat de kartelafspraken niet meer inhoudt 'dan een nadere regie van op zich zelf te verwachten marktgedrag, met zeer beperkte gevolgen voor de betrokken markt' – de rechtbank ziet hiervoor sterke aanwijzingen in door de eiseressen overgelegde rapporten van economen en in parallel marktgedrag van andere, niet-betrokken, marktpartijen – dan kan naar het oordeel van de rechtbank niet volgehouden worden dat er sprake is geweest van een 'zware', laat staan een 'zeer zware' overtreding.

Deze aanpak van de rechtbank valt – om meer redenen – toe te juichen. Allereerst heeft de Europese Commissie de afgelopen jaren ernst gemaakt met de 'economisering' van het mededingingsrecht.³⁴ De Nederlandse bestuursrechter heeft recent laten zien dat deze 'economisering' van groot belang is voor de concrete invulling van de delictsbestanddelen van het kartelverbod (m.n. de begrippen 'mededingingsbeperking'³⁵ en 'merkbaarheid'³⁶). Met de onderhavige uitspraak laat de rechtbank in feite zien dat de 'economisering' van het mededingingsrecht daar niet ophoudt, maar ook van belang is voor het vaststellen van de hoogte van de boete.³⁷ Voorts toont de rechtbank met haar uitspraak aan óók oog te hebben voor het punitieve (= bestraffende) karakter van bestuurlijke boetes. Bij de mededingingsautoriteiten en bij de Nederlandse wetgever³⁸ ligt dat anders. Bij hen lijkt de nadruk steeds eenzijdiger te komen liggen op het preventieve karakter van de boete.³⁹

Los van het vorenstaande had T-Mobile overigens nog aangevoerd dat het voor het berekenen van de boete in

28 De rechtbank merkt op dat de NMa hierbij mede rekening zal moeten houden met (de overschrijding van) de redelijke termijn van art. 6 EVRM. De onderhavige zaak nam een aanvang op 23 augustus 2001 met een ambtshalve onderzoek van de NMa (primair besluit, randnr. 1). Het art. 59-rapport dateert van 16 juli 2002. De onderhavige uitspraak van de rechtbank volgde – op drie dagen na – vier jaar later. Zie over (de overschrijding van) de redelijke termijn van art. 6 EVRM: Rb. Rotterdam 22 mei 2006, 03/3812 BRO1 (AUV/NMa), LJN AX8425 en 03/3824 BRO1 (Aesculaap/NMa), LJN AX8428 en: G.W. van Bolhuis, Redelijke termijn in mededingingszaken, *Nieuwsbrief Bb*, 18 juli 2006, nr. 15.

29 Randnrs. 9 en 14 van de Richtsnoeren boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 57 van de Mededingingswet d.d. 19 december 2001, *Stcr.* 2001, 248, p. 90.

30 Primair besluit, randnr. 148.

31 Primair besluit, randnr. 150. Waar de NMa haar stellige uitspraken over de weerslag op de markt en de schade concreet op heeft gebaseerd, blijkt noch uit het primaire besluit, noch uit het besluit op bezwaar.

32 BAC-advies, randnr. 128.

33 Besluit op bezwaar, randnr. 64 e.v.

34 Zie laatstelijk de plannen van de Europese Commissie tot aanpassing van haar beleid ten aanzien van art. 82 EG-Verdrag (misbruik economische machtspositie): Competition discussion paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, december 2005; EAGCP Report, *An economic approach to article 82*, juli 2005; Neelie Kroes, speech at the Fordham Corporate Law Institute, New York, 23 september 2005. Zie: <http://ec.europa.eu/comm/competition/anti-trust/others/article_82_review.html.

35 CBb 28 oktober 2005 (Modint en MCF/NMa), LJN AU5316.

36 CBb 7 december 2005 (Secon/NMa), LJN AU8309.

37 Bij mijn weten lijkt de rechtbank hiermee een nieuwe weg in te slaan. Er zijn wel Europese precedentes waaruit blijkt dat bij het vaststellen van de hoogte van de boete (ook) rekening moet worden gehouden met bepaalde, concrete omstandigheden of effecten van de verboden gedragingen, maar de duidelijkheid die de rechtbank in de onderhavige zaak geeft, treft men daar niet aan (vgl. Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, fifth ed., London Sweet & Maxwell 2001, para. 12-95, p. 941-942 en de aldaar genoemde beschikkingen en jurisprudentie. Ook in de (oude en nieuwe) Richtsnoeren boetetoemeting van de Europese Commissie en de NMa is het onderhavige punt niet zo duidelijk uitgewerkt.

38 Zie de behandeling in de Tweede Kamer van het wetsvoorstel 'Wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet', *Kamerstukken II 2005/06*, 30 071, met name nrs. 16 (herdruk), 18 en 27.

39 De boete moet zó hoog zijn dat zij voldoende afschrikwekkend is.

aanmerking nemen van 10 procent van de betrokken omzet 'volstrekt willekeurig' is. De NMa meende daarentegen dat dit een redelijk uitgangspunt is. De rechtbank toetst de kritiek van T-Mobile tegen de achtergrond van haar uitspraak in de Sep/NEA-zaak⁴⁰ en komt tot de conclusie dat noch de uitgangspunten van de Richtsnoeren boetetoemeting van de NMa noch het in aanmerking nemen van 10 procent van de betrokken omzet in strijd is met de wet of enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.⁴¹ De (systematiek van de) boeterichtsnoeren van de NMa blijft daarmee overeind. De vraag is echter wel voor hoe lang. Wie een overzicht maakt van de boetebesluiten van de NMa, zal immers vaststellen dat de NMa (de uitgangspunten van) haar eigen boeterichtsnoeren vaker *niet* dan *wel* toepast. De keuze voor 10 procent van de betrokken omzet als boetegrondslag is dan wellicht niet willekeurig, de toepassing die de NMa daaraan in de praktijk geeft (niet alleen in de bouwfraudezaken, maar ook in de overige boetezaken), lijkt dat stellig wél te zijn. Mogelijk zal een beroep op schending van het gelijkheidsbeginsel bij de bestuursrechter daarom meer kans van slagen hebben.

Slot

De regering en de NMa hebben herhaaldelijk hun geloof uitgesproken in het bestaande, wettelijke systeem van 'integrale wetshandhaving'⁴² waarbij de NMa verantwoordelijk is voor handhaving, opsporing, berechting en beboeting, wat een interessante mix van bestuurlijke taken, politietaken, justitietaken en typische rechterlijke taken oplevert. Het staat buiten kijf dat de NMa onmisbaar is en veel en goed werk doet. Zelf afficheert zij zich graag als de Nederlandse Mededingingsautoriteit. Niettemin is er inmiddels een reeks van rechterlijke uitspraken waarin de NMa van de bestuursrechter een gevoelige tik op de vingers heeft gekregen, variërend van schending van de 'redelijke termijn' van art. 6 EVRM⁴³ tot fundamentele kritiek op de uitleg die de NMa geeft aan de kernbegrippen van het kartelverbod van art. 6, eerste lid, Mw 'mededingingsbeperking'⁴⁴ en 'merkbaarheid'.⁴⁵ De onderhavige uitspraak, waarin de rechter oordeelt dat de NMa essentiële regels van het bewijsrecht heeft veronachtzaamd, een verkeerde invulling heeft gegeven aan het begrip 'o.a.f.g.' en bij het vaststellen van de hoogte van de boete ten onrechte geen aandacht heeft gehad voor het daadwerkelijke effect van de verweten gedragingen, past in die reeks. Ook de (onafhankelijke) bezwaaradviescommissie blijkt de NMa tot op heden niet of nauwelijks voor uitglijders te hebben kunnen behoeden. Het lijkt daarom dat de vraag kan worden gesteld of de kwaliteit van de boetebesluiten van de NMa – waarvan het opstellen toch voor een wezenlijk deel typisch rechterswerk is – wel voldoet aan de eisen die daaraan (moeten) worden gesteld. Anders gezegd: zou door het inruilen van het systeem van 'integrale wetshandhaving' voor een 'dual model' waarin het opleggen van hoge boetes en persoonlijke straffen aan de strafrechter is voorbehouden, niet een – noodzakelijke en wenselijke – kwaliteitsslag kunnen worden gemaakt? Uit het aangenomen amendement van de

leden Ten Hoopen en Aptroot van 29 augustus 2006⁴⁶ lijkt te kunnen worden opgemaakt, dat de Tweede Kamer deze vraag in meerderheid bevestigend beantwoordt.

Zowel de eiseressen (met uitzondering van Telfort) als de NMa, hebben hoger beroep tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam ingesteld. Wordt dus vervolgd.

40 Rb. Rotterdam 26 november 2002, LJN AR4219, bevestigd door CBb 28 mei 2004, LJN AP1336.

41 In dit verband is interessant dat de Europese Commissie in haar nieuwe – hiervoor al genoemde – richtsnoeren voor de berekening van geldboeten, stelt dat zij 'over het algemeen gebruik zal maken van de verkopen van een onderneming in het laatste volledige jaar waarin zij aan de inbreuk heeft deelgenomen' (randnr. 13), waarbij 'het deel van de waarde van de verkopen dat in aanmerking wordt genomen doorgaans maximaal 30% zal bedragen' (randnr. 21). Dit lijkt aardig in lijn met de boeterichtsnoeren van de NMa (10% van de betrokken omzet vermenigvuldigd met een ernstfactor van maximaal '3').

42 Ook wel het 'alles in één hand-stelsel' genoemd.

43 Rb. Rotterdam 22 mei 2006, 03/3812 BRO1 (AUV/NMa), LJN AX8425 en 03/3824 BRO1 (Aesculaap/NMa), LJN AX8428. Gelet op de doorgaans zeer lange doorlooptijd van boetezaken, kan het belang van deze uitspraak nauwelijks worden overschat.

44 CBb, 28 oktober 2005 (Modint), LJN AU5316.

45 CBb, 7 december 2005 (Secon), LJN AU8309.

46 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 071, nr. 29.