

# Kroniek NMa-besluiten 2007

## Mededingingsafspraken, machtsposities en procedures

Mr. C.T. Dekker en mr. A.M. Hoekstra-Borzymowska

In zijn agenda voor 2007 kondigde de Raad van Bestuur van de NMa (hierna kortheidshalve: NMa) aan zich in het verslagjaar vooral bezig te zullen houden met de energie- en vervoerssector alsmede met de zorgsector, media- en communicatiemarkten en de financiële sector (althans wat betreft het algemene mededingingstoezicht). Wat er zij van deze uitgesproken aandachtspunten, de activiteiten van de NMa lijken in 2007 nog steeds in het teken van de bouwsector te hebben gestaan. Het bouw dossier, dat vanaf 2002 zijn stempel op de handhavingsactiviteiten heeft gezet, lijkt nu echter grotendeels te zijn afgerond, voor zover het de besluitvormingsfase betreft. De komende jaren zal het bouw dossier vooral de aandacht van de rechtbank Rotterdam vergen. Van de in de agenda genoemde sectoren valt vooral de continue focus op de zorg op. Deze is terug te vinden in de herziening van de Richtsnoeren Zorg<sup>1</sup>, in meerdere bedrijfsbezoeken aan thuiszorginstellingen en in verschillende besluiten met betrekking tot de zorg.

Wat betreft de financiële sector bewaakt de NMa voor de Nederlandse markt dat de overgang naar een Single European Payment Area (SEPA) voldoet aan de wettelijke spelregels voor concurrentie. Afspraken tussen marktpartijen die met de invoering van de betaalmarkt verbonden zijn, worden door de NMa onderzocht. Om de mededingingsrisico's op nationaal niveau in kaart te brengen heeft de NMa een consultatiedocument opgesteld.<sup>2</sup> De NMa heeft in de financiële sector naar aanleiding van klachten en eigen marktonderzoek een aantal onaangekondigde bedrijfsbezoeken afgelegd. Eén van deze onderzoeken betrof kredietverlening aan het midden- en kleinbedrijf, onder andere bij de grote banken ABN AMRO, ING Bank en Rabobank.<sup>3</sup> Dit onderzoek is nog in volle gang. Ten slotte publiceerde de NMa in juli 2007 de 'Uitkomsten evaluatie invoering complianceregelgeving verzekeraars', waarin zij concludeert dat de meeste verzekeraars medio 2006 de complianceregelgeving mededinging (volgens het model van het Verbond van Verzekeraars) hadden ingevoerd. Opvallend is dat de NMa enige praktische tips geeft over de concrete invulling van een compliance programma.<sup>4</sup>

In 2007 zijn er in het kader van de toepassing van art. 6 en 24 Mw en procedurele overtredingen, zeven sanctiezaken afge-

rond, waarvan zes met een boete.<sup>5</sup> Voorts zijn er 107 besluiten in bezwaar genomen (waarvan 65 in bouwzaken). Volgens de voorlopige kerncijfers van de NMa over 2007 is in 2007 nagenoeg hetzelfde aantal mededingingsrechtelijke onderzoeken gedaan als in voorgaande jaren. Wel valt op dat het aantal zaken dat is afgedaan door middel van de inzet van een ander instrument dan een rapport is toegenomen van twee in 2005, tot tien in het verslagjaar. 'Alternatieve' handhaving wint dan ook terrein. Nadeel daarvan is dat niet altijd te achterhalen valt in welke zaken dit gebeurt en op welke manier. De invoering van de mogelijkheid van het toezeggingsbesluit van art. 49a Mw – dat volgens de uniforme openbare voorbereidingsprocedure (afdeling 3.4 Awb) moet worden voorbereid – kan meer transparantie op dit vlak teweeg brengen, temeer omdat men zich kan afvragen of alternatieve handhaving langs andere weg nog mogelijk is. Het valt echter buiten het bestek van deze kroniek om daar verder op in te gaan.

### Veranderingen in de regelgeving

#### Wijziging Mededingingswet

Per 1 oktober 2007 zijn belangrijke wijzigingen in de Mededingingswet in werking getreden, waarmee de handhavings- en onderzoeksbevoegdheden van de NMa sterk zijn uitgebreid.<sup>6</sup> Op het terrein van de onderzoeksbevoegdheden springt de nieuwe bevoegdheid in het oog om ook privéwoningen binnen te treden zonder toestemming van de bewoner en deze woning te doorzoeken. Zoals Van der Meulen in dit tijdschrift reeds opmerkte<sup>7</sup> roept deze bevoegdheid nog wel wat vragen op. Het doorzoeken is immers toegestaan *voor zover dat voor de uitoefening van de in art. 5:17 Awb bedoelde bevoegdheden redelijkerwijs noodzakelijk is*. Met andere woorden: voor zover noodzakelijk voor het vorderen van inzage, hetgeen juist een activiteit van het subject van onderzoek verlangt, in tegenstelling tot de doorzoekingsbevoegdheid. Voorts valt op

1 De nieuwe Richtsnoeren werden op 12 december 2007 gepubliceerd.

2 Consultatiedocument 'De weg naar Europees betalingsverkeer', november 2007.

3 Jaarbericht 2007, p. 6.

4 Overigens berichtte de NMa ook dat De Telegraaf Media Groep, PCM Uitgevers en Nationale Regiopers Dagbladen (NRp) elk afzonderlijk complianceprogramma's hebben opgezet. Zie persbericht van 26 oktober 2007.

5 Jaarbericht 2007, p. 10 (Voorlopige kerncijfers van de NMa in 2007), gepubliceerd op de website van de NMa.

6 Zie hierover uitgebreider: E.R. van Staden en C.M. Meijer, 'Meer tanden voor de NMa', *M&M* 2007, p.175-179.

7 B.J. van der Meulen, 'De evaluatiewet geamendeerd in de Tweede Kamer', Redactioneel, *M&M* 2006, p. 233.

Cees Dekker en Anna Hoekstra-Borzymowska zijn werkzaam bij Nysingh advocaten-notarissen te Zwolle.

dat de bevoegdheid ten aanzien van privéwoningen ruimer is dan die ten aanzien van bedrijfsruimten<sup>8</sup>, in verband waarmee immers geen doorzoekingsbevoegdheid geldt. De NMa heeft aangekondigd uitvoeringsregels voor deze bevoegdheid op te stellen, die echter bij het afsluiten van deze kroniek nog niet gepubliceerd waren.

Verder beschikt de NMa op dit vlak nu over de bevoegdheid om een sanctie op te leggen bij het verbreken van een door haar op grond van art. 54 Mw aangebrachte verzegeling van bedrijfsruimten en voorwerpen. Dit maakt een einde aan de afhankelijkheid van de NMa van het Openbaar Ministerie, dat de persoon of de onderneming die de verzegeling had verbroken, kon vervolgen.

Op het gebied van de sanctiebevoegdheden is een belangrijke uitbreiding de introductie van de bevoegdheid om naast ondernemingen, ook opdrachtgevers en feitelijk leidinggevend van ondernemingen terzake van een overtreding van de Mededingingswet een boete op te leggen (art. 56 Mw). De maximumboete bedraagt thans € 450.000. Het begrip opdrachtgever of feitelijk leidinggevende is niet beperkt tot bestuurders, maar kan ook andere personen binnen een onderneming betreffen. Op grond van art. 75a Mw kan de boete niet alleen worden opgelegd terzake van overtreding van het kartelverbod of het verbod op misbruik van economische machtspositie, maar ook voor overtreding van de medewerkingsplicht (art. 69 Mw), van verplichtingen inzake financiële transparantie (art. 25b en 25e Mw) en voor het verbreken van een door de NMa aangebrachte verzegeling (art. 70b Mw). De effectiviteit van de handhaving van de Mededingingswet wordt ook vergroot door een aanpassing van de regeling van de last onder dwangsom. Door een wijziging van art. 63 en 80 Mw vervalt bij een opgelegde last onder dwangsom de opschortende werking van het instellen van bezwaar en beroep. Vanzelfsprekend kan nu wel op grond van art. 8:81 Awb schorsing worden gevraagd van het besluit waarbij de last onder dwangsom wordt opgelegd.

Bovendien zijn de handavingsbevoegdheden uitgebreid met drie bevoegdheden waarover de Europese Commissie tot nu toe wel beschikte, maar de NMa niet: de structurele maatregel, het toezeggingsbesluit en de mogelijkheid een aan een ondernemersvereniging opgelegde boete te innen bij de leden van die vereniging.

### Clementie

Naar aanleiding van de hierboven vermelde wijzigingen in de Mededingingswet, heeft de NMa in oktober 2007 de nieuwe Richtsnoeren Clementie geïntroduceerd. Op grond van (het nieuwe) art. 56, lid 4, Mw, dat art. 51 van het Wetboek van Strafrecht van overeenkomstige toepassing verklaart, kunnen naast de rechtspersoon zelf, ook de opdrachtgevers en feitelijke leidinggevend binnen de betrokken onderneming in verband met overtreding van de Mededingingswet worden beboet. Het begrip opdrachtgever of feitelijk leidinggever is niet beperkt tot bestuurders, maar kan ook andere personen

binnen de onderneming omvatten. De Richtsnoeren Clementie 2007 sluiten aan op deze uitgebreide sanctiemogelijkheid, door de betreffende personen de mogelijkheid te geven los van de onderneming waar zij werken, clementie voor zichzelf te vragen.

Ten opzichte van de clementierichtsnoeren 2002 is nu voorts een expliciete regeling voor de 'marker' opgenomen en is bepaald dat de NMa informatie die is verkregen middels een te goeder trouw ingediend clementieverzoek, niet als bewijs zal gebruiken wanneer het clementieverzoek wordt afgewezen, tenzij de informatieverstrekker daarin toestemt of de NMa reeds uit anderen hoofde over diezelfde informatie beschikte. Verder is een voorziening opgenomen over de beperkte kennisneming van het dossier door geadresseerden van het rapport voor zover het het verslag van mondeling afgelegde verklaringen betreft.

Ten slotte kan gewezen worden op de verhoging van de minimale boetereductie (van 50% naar 60% – tot 100%) voor degenen die informatie verstrekken nadat de NMa een onderzoek is begonnen, maar nog voordat een rapport is verzonden.

Dat het belang van de clementieregeling toeneemt, blijkt uit het feit dat de NMa in 2007 14 clementieverzoeken ontving.

### Digitaal onderzoek

De NMa heeft in 2007 tevens haar werkwijze bij digitaal onderzoek tijdens en na bedrijfsbezoeken, herzien. Blijkens de nieuwe werkwijze krijgt de onderneming direct na afloop van een bedrijfsbezoek de gelegenheid om aan te geven welke gegevens betrekking hebben op correspondentie tussen de onderneming en haar advocaat en welke gegevens privé zijn. Kan de onderneming tijdens het onderzoek dergelijke bestanden al aanwijzen, dan worden de kopieën van die bestanden direct verwijderd. Of er sprake is van geprivilegieerde documenten of privédocumenten, wordt in het vervolg beoordeeld door een functionaris die niet bij het onderzoek betrokken is. Wanneer de NMa tijdens een bedrijfsbezoek een forensische 'image' maakt, krijgt de onderneming voorts de gelegenheid (binnen tien dagen nadat het bedrijfsbezoek heeft plaatsgevonden) aan te geven welke gegevens niet vallen binnen het doel van het onderzoek.

### Boetecode

Wat sectorspecifieke activiteiten betreft heeft de NMa, behalve de reeds vermelde Richtsnoeren voor de zorgsector, als eerste toezichthouder in Europa boeterichtsnoeren opgesteld voor overtredingen van de energie- en vervoerswetgeving. De Boetecode, die op 1 juli 2007 in werking is getreden is van toepassing op overtredingen van de Mededingingswet, de Electriciteitswet 1998, de Gaswet, de Spoorwegwet, de Wet luchtvaart, de Tijdelijke wet mediaconcentraties en, via

<sup>8</sup> Of beter geformuleerd: elke plaats, anders dan de privéwoning. Zie de tekst van art. 5:15 Awb.

deze wetten, afdeling 5.2 van de Algemene wet bestuursrecht.<sup>9</sup> Met de Boetecode biedt de NMa inzicht in de wijze waarop boetes worden vastgesteld bij een overtreding van de mededingings-, energie- en vervoersregels. De Boetecode geldt vanaf 1 juli 2007 voor elke nieuwe mededingingskwes- tie.

## Procedure en algemene begrippen

### Toezicht en Onderzoek

In het verslagjaar legde de NMa op grond van art. 69, lid 1, Mw een boete op vanwege een overtreding van de plicht om medewerking te verlenen aan een onderzoek. Dit was voor het eerst sinds de verhoging van het boetemaximum van € 4.500 naar € 450.000 in augustus 2004.<sup>10</sup> De zaak betrof een onderzoek naar overtredingen van art. 6 Mw en 81 EG-Verdrag in de boomkwekerijsector, in het kader waarvan een ex-werknemer van één van de bij het onderzoek betrokken ondernemingen in eerste instantie naar aanleiding van vragen van toezichthoudende ambtenaren wel een verklaring had afgelegd. De verklaring gaf aanleiding tot diverse verzoeken om nadere inlichtingen, waaraan de ex-werknemer telkens geen gehoor gaf. De ex-werknemer beriep zich op de druk van zijn voormalig werkgever, welke druk bestond uit de concrete dreiging om de uit een eventuele sanctieproce- dure van de NMa voortvloeiende schade op hem te verhalen. Ter onderbouwing van deze druk legde de betrokkene een brief van deze werkgever over. De betrokkene gaf tijdens de hoorzitting naar aanleiding van het opgemaakte rapport ex art. 77 Mw aan dat hij deze druk inmiddels niet meer ervoer en wel in staat en bereid was om zijn medewerking te verlenen. De druk zou zijn verdwenen omdat hij inmiddels bewijs- middelen had vergaard waaruit bleek dat ook andere werk- nemers van de werkgever prijsafspraken maakten conform het toenmalige beleid van de directie van de onderneming. Volgens betrokkene had hij geen contact meer opgenomen met de NMa voor de datum dat het rapport werd opgemaakt, omdat hij in de veronderstelling verkeerde dat de NMa het onderzoek in de boomkwekerijsector reeds had afgerond. De NMa accepteerde het verweer van betrokkene niet. Zij stelde vast dat in de sanctieprocedure uitsluitend het nemen van een besluit naar aanleiding van het uitgebrachte 'rapport niet meewerken' aan de orde was, en dat daarom het feit dat betrokkene ruim een jaar nadat hem het rapport was aange- zegd wel bereid zou zijn om medewerking te verlenen, niet afdoet aan de overtreding van art. 5:20 Awb. De NMa achtte niet aangetoond dat de ex-werkgever druk had uitgeoefend op de betrokkene, maar nam wel aan dat betrokkene in zijn beleving wel druk heeft ervaren en het gevoel had zich 'tussen twee vuren' (de NMa en de werkgever) te bevinden. Niet- temin oordeelde de NMa dat betrokkene blijkens zijn keuze om niet mee te werken aan het onderzoek van de NMa, de door hem ervaren dreiging van zijn ex-werkgever zwaarder liet laten wegen dan eventuele consequenties als gevolg van het niet meewerken aan het onderzoek van de NMa. Naar het oordeel van de NMa was dit een bewuste keuze van betrok-

kene. En daarvan moest hij de gevolgen dragen, kunnen wij daaraan toevoegen. De NMa legde een boete op van € 10.000. In de motivering van de hoogte van de boete benadrukte de NMa dat de naleving van de medewerkingsplicht van wezen- lijk belang is voor de doeltreffendheid van de toepassing van de Mededingingswet en de controle op de naleving ervan en dat een boete wegens niet-meewerken afschrikwekkend moet zijn. Opvallend is dat de NMa ook lijkt mee te wegen dat het onderzoek waaraan betrokkene weigerde mee te wer- ken, betrekking had op een vermoeden van een zeer zware overtreding van de Mededingingswet, waarmee zij suggereert dat de ernst van de materiële overtreding eveneens relevant is voor de ernst van de procedurele overtreding. Daarnaast wijst de NMa erop dat betrokkene op het moment dat de vor- dering werd gedaan, naar verwachting essentiële informatie voor het onderzoek kon verstrekken aan de NMa. Vervolgens plaatst de NMa het gewenste afschrikwekkende effect in de context van de financiële positie van betrokkene die, zo stelt de NMa wat betreft inkomsten en vermogen beperkt is, maar overigens, vanzelfsprekend, niet wordt beschreven. Daarmee heeft het besluit weinig voorspellende waarde voor andere zaken.

Ook in de zaak betreffende de boomkwekerijen<sup>11</sup> wer- den van een ex-werknemer (directeur) inlichtingen gevor- derd. Op het argument van de betrokken onderneming dat die ex-werknemer geen cautie was gegeven, reageerde de NMa dat de cautie is bedoeld om zelf-incriminatie te voorkomen en dat een ex-werknemer zich niet in een dergelijke situatie bevindt.

De beschikking waarbij een boete wegens niet-meewer- ken wordt opgelegd, moet op grond van art. 79, lid 4, Mw, worden gegeven binnen 13 weken nadat het rapport is opge- maakt. Vandaar dat in reactie op bezwaren van GTI Utiliteit Noord B.V. tegen een boetebesluit<sup>12</sup> uit 2003, waarbij de NMa aan GTI een boete van € 4.500 had opgelegd wegens niet- meewerken, de NMa afzag van oplegging van een boete.<sup>13</sup> Het bestreden besluit was niet genomen binnen de voorge- schreven termijn.

### Belanghebbende

Op grond van art. 1:2, eerste lid, Awb is een belanghebbende degene wiens belang *rechtstreeks* bij het besluit is betrok- ken. In de zaak *ALCOP/ Borghkamp vs Euramax*<sup>14</sup> had Borg- hkamp B.V., een minderheidsaandeelhouder in ALCOP, een klacht ingediend, mede namens ALCOP, tegen Euramax, stel- lend dat deze laatste misbruik van een economische machts- positie maakte. Nadat tegen het primaire besluit (inhoudend een afwijzing van de klacht wegens gebrek aan prioriteit)

9 Besluit NMa 29 juni 2007 (*Stcrt.* 2007, 123), gewijzigd bij besluit van 9 oktober 2007 (*Stcrt.* 2007, 196).

10 Besluit 23 juli 2007, zaak 5706, *Boetebesluit natuurlijke persoon*.

11 Besluit 13 november 2007, zaak 5211, *Boetebesluit boomkwekerijen*.

12 Besluit 12 december 2003, zaak 3376/35, *GTI Utiliteit Noord B.V.*

13 Besluit 9 mei 2007, zaak 3376/50, *GTI Utiliteit Noord B.V.*

14 Besluit op bezwaar 5 december 2007, zaak 6030, *ALCOP/ Borghkamp vs Euramax*.

bezwaar was ingediend, faillieerde ALCOP. De curator van ALCOP wenste het bezwaar niet voort te zetten. De NMa stelde vast dat Borghkamp optreedt als individuele aandeelhouder, nu de enige andere aandeelhouder in ALCOP de klacht van Borghkamp niet onderschrijft. De NMa concludeert dat Borghkamp geen rechtstreeks belang heeft, maar enkel een afgeleid belang. Met betrekking tot het betoog van Borghkamp dat zij in de toekomst eventueel tot de markt zou willen toetreden, stelt de NMa vast dat niet is voldaan aan het vereiste van een voldoende actueel belang, omdat niet bleek dat Borghkamp op dat moment beschikte over concrete plannen of over productiemiddelen die een zodanige toetreding reëel en actueel maken. Een nieuwe start is te zeer met onzekerheden omgeven om het belang van Borghkamp thans als voldoende actueel aan te kunnen merken, aldus de NMa. De NMa concludeerde dan ook dat Borghkamp niet-ontvankelijk is in haar bezwaar tegen het bestreden besluit van 10 april 2007. Daarbij kan als kanttekening worden geplaatst dat een klacht van een niet-belanghebbende geen aanvraag is in de zin van art. 1:3 Awb en een reactie op zo'n klacht geen besluit is. De NMa verklaarde Borghkamp dus terecht niet-ontvankelijk in haar klacht, maar het is minder juist om in dit verband van het 'bestreden besluit' te spreken.

In de zaak *Nozema/Broadcast NT*<sup>15</sup> oordeelde de Bezwaaradviescommissie (BAC) dat Broadcast NT geen belanghebbende was in de bezwaarzaak van Nozema. De NMa besteedde in het besluit op bezwaar geen aandacht aan dit onderdeel van het advies van de BAC. De bezwaren waren gericht tegen het primaire besluit van de NMa ter zake van de mededingingsbeperkende afspraak tussen partijen over wie van hen de opdracht van Holland Media Groep zou kunnen verwerven voor het uitzenden van FM-programma's via de ether. Zowel Nozema als Broadcast NT maakten bezwaar tegen het primaire besluit. In die bezwaarprocedure verzocht Broadcast NT als belanghebbende gehoord te worden in het bezwaar van Nozema. Zij zou een belang hebben bij de mogelijkheid zich over de inhoud van het bezwaar van Nozema te kunnen uitlaten. De BAC heeft wel één gezamenlijke hoorzitting gehouden. Broadcast NT werd echter niet aangemerkt als belanghebbende in de zin van art. 1:2 Awb bij het sanctiebesluit ten aanzien van Nozema. De BAC oordeelde dat Broadcast NT geen apart belang had bij een aparte beslissing, omdat zij haar bezwaren ter hoorzitting zou kunnen toelichten en zou kunnen reageren op hetgeen namens Nozema naar voren is gebracht.

In de zaak *Denkavit/CAO Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf*, waarin Denkavit (een producent van mengvoeders voor jong vee), klaagde over een bepaling betreffende contractwisseling in de CAO van het Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf, werd Denkavit niet als belanghebbende aangemerkt.<sup>16</sup> De CAO bevat een regeling voor het behoud van werkgelegenheid bij een contractwisseling ten gevolge van heraanbesteding van een project. Het schoonmaak- respectievelijk glazenwassersbedrijf dat het project verwerft is, krachtens deze bepaling, verplicht alle werknemers die ten minste 1 jaar werkzaam zijn op het project, een arbeidsover-

eenkomst aan te bieden. Denkavit stelde dat dit een aanzienlijke drempel opwerpt voor concurrerende schoonmaakbedrijven om een project over te nemen. Zij voerde aan dat zij door deze bepaling geen schoonmaker meer kan krijgen en deze bepaling de concurrentie in de zin van art. 6 Mw verstoort. In de beslissing op bezwaar verklaarde de NMa Denkavit niet-ontvankelijk, nu zij niet als belanghebbende kan worden aangemerkt. Het vereiste van een rechtstreeks persoonlijk belang ontbrak, nu Denkavit als afnemer van schoonmaakdiensten behoort tot een onbepaalde groep van afnemers die op dezelfde wijze als Denkavit geconfronteerd kunnen worden met de gestelde onmogelijkheid om een ander schoonmaakbedrijf te contracteren. Zij kon zich dan ook niet in een rechtens relevante mate onderscheiden van andere afnemers. Bovendien is Denkavit, als producent van mengvoeders, niet zelf actief op de markt waarop de beweerde concurrentieverstoring plaatsvindt.

#### Afhandeling van klachten (opportuniteit)

De NMa achtte het niet doeltreffend en niet doelmatig om nader onderzoek te doen naar het individuele geval van een advocaat-stagiair die niet in aanmerking komt voor een zogenaamd 'buitenpatronaat' omdat hij niet in een kantoorcombinatie werkzaam is.<sup>17</sup> Volgens de NMa is het niet opportuun om eventueel handhavend op te treden tegen de Rotterdamse of de Nederlandse Orde van Advocaten. In dit kader werd mede van belang geacht dat de NMa bezig is met een consultatie naar aanleiding van een inventarisatie van mogelijke mededingingsbeperkende (interne) beroepsregels in de advocatuur. Deze inventarisatie gaat ook in op de beroepsregels waar de klager over klaagt. Bovendien werd van belang geacht dat in dit geval concrete en actuele aanwijzingen ontbraken dat sprake zou zijn van een overtreding van de Mededingingswet.

#### Inzage in het dossier en Wob-verzoeken

Een kroniek over de toepassing van het mededingingsrecht is niet direct de geëigende plaats om in te gaan op verzoeken op grond van de Wet openbaarheid bestuur (Wob), maar de discussie die vanaf 1998 heeft gespeeld over de toepasselijkheid van de Wob binnen de context van de Mededingingswet rechtvaardigt dat aan de ontwikkelingen in 2007 op dit terrein aandacht wordt besteed. De meest voorkomende grond van een afwijzing van een Wob-verzoek is art. 10 lid 2 aanhef en onder g, Wob. Krachtens deze wettelijke bepaling kan het verstrekken van informatie achterwege blijven voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel derden.

15 Besluit op bezwaar 10 juli 2007, zaak 4108/281, *Nozema/Broadcast NT*.

16 Besluit op bezwaar 13 augustus 2007, 5970, *Denkavit/CAO Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf*.

17 Besluit op bezwaar 19 januari 2007, 4183, *Schroeder vs. Rotterdamse Orde en Nederlandse Orde van Advocaten*.



Op 7 februari 2007 oordeelde de Afdeling dat de wetgever met art. 90 van de Mededingingswet niet heeft beoogd de openbaarmaking van de in het kader van de Mededingingswet verkregen informatie uitputtend te regelen.<sup>18</sup> Door toepassing van de Wob zal geen afbreuk worden gedaan aan de goede werking van de Mededingingswet, aldus de Afdeling. In de onderhavige zaak was een absolute weigeringsgrond uit de Wob van belang ten aanzien van bedrijfs- en fabricagegegevens die door natuurlijke personen of rechtspersonen vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld.<sup>19</sup> Het oordeel van de Afdeling brengt mee dat een verzoek tot openbaarmaking dient te worden getoetst aan de Wob.

De rechtstreekse invloed van de uitspraak van de Afdeling is te merken in het besluit inzake het Wob-verzoek van Stibbe.<sup>20</sup> In het kader van handhaving van hoofdstukken 3 en 4 van de Mededingingswet werd de NMa verzocht om openbaarmaking van alle niet-gepubliceerde informele zienswijzen die zijn afgegeven door of namens de NMa, dan wel door haar ambtenaren. De NMa was oorspronkelijk – zoals tot dan toe steeds – van mening dat de Mededingingswet een uitputtend openbaarmakingsregime bevat. Volgens de NMa viel de aangevraagde informatie niet binnen het kader van de uitvoering van de Mededingingswet en werd het verzoek daarom afgewezen. Naar aanleiding van de *Gazelle*-uitspraak is het bezwaar toch gegrond verklaard en zijn de gevraagde documenten alsnog openbaar gemaakt.

Toepasselijkheid van de Wob betekent natuurlijk nog niet dat elk verzoek wordt toegewezen. In de zaak *Nozema/Broadcast NT*<sup>21</sup>, verzocht een concurrent van betrokken partijen op grond van de Wob om verstrekking van een afschrift van de melding betreffende de voorgenomen concentratie tussen twee energiebedrijven alsmede van afschriften van eventuele nadere stukken die door de betrokken ondernemingen aan de NMa zijn verstrekt in het kader van de meldingsprocedure. De NMa was van oordeel dat het publieke belang van de openbaarheid niet opweegt tegen een evenwichtige en zorgvuldige voorbereiding van de besluitvorming door de NMa en tegen de belangen van de partijen. Op grond van de concentratiemelding heeft de NMa besloten dat voor de concentratie een vergunning is vereist. Tijdens de vergunningsfase is nadere beoordeling van het concentratievoornemen vereist. Het geheel of gedeeltelijk honoreren van het Wob-verzoek zal van nadelige invloed kunnen zijn op een zorgvuldige en adequate behandeling van de aanvraag en zal de voorbereiding van een te nemen beslissing in onevenredige mate kunnen schaden, aldus de NMa.

Ook in het besluit betreffende een Wob-verzoek van Martens & Van Oord Aannemersbedrijf B.V.<sup>22</sup> heeft de NMa het verzoek afgewezen. De NMa vreest dat de effectiviteit van het door de NMa uit te oefenen mededingingstoezicht ernstig geschaad wordt indien informatie aangaande clementieverzoeken openbaar zou worden gemaakt. Het belang van de bescherming van de effectiviteit van het mededingingstoezicht weegt naar het oordeel van NMa zwaarder dan het publieke belang van informatieverstrekking. De NMa vreesde dat de bereidheid van ondernemingen om clementieverzoe-

ken in te dienen sterk zal verminderen wanneer ondernemingen er niet op kunnen vertrouwen dat de door hen aan de NMa verstrekte informatie vertrouwelijk blijft, behoudens voor zover deze informatie wordt of zal worden gebruikt in het kader van onderzoek naar een besluitvorming over sancties terzake van de overtreding van de Mededingingswet waar het clementieverzoek op ziet.

De NMa wees tevens een Wob-verzoek van DLA Piper Nederland N.V. af.<sup>23</sup> De NMa was van oordeel dat gedurende de onderzoeksfase en de sanctieprocedure geen inhoudelijke informatie over een onderzoek naar buiten mag worden gebracht.

Ook los van de Wob-kaders kunnen zich discussies voordoen over de inzage in dossierstukken. In de zaak *Nozema/Broadcast NT* wees de NMa een bezwaar, gebaseerd op art. 6 EVRM, af tegen het als vertrouwelijk aanmerken van enkele stukken uit het dossier.<sup>24</sup> Daarbij gaf de NMa aan dat de als vertrouwelijk aangemerkte stukken niet ten grondslag werden gelegd aan haar besluit. Bij een van de partijen is echter het vermoeden gerezen dat de als vertrouwelijk aangemerkte stukken voor haar ontlastend materiaal konden bevatten. Omdat aan deze partij de mogelijkheid tot beoordeling van de desbetreffende stukken was ontnomen, stelde zij dat zij principieel in haar rechten van verdediging werd geschaad en dat sprake was van schending van art. 6 EVRM. Volgens deze partij zou uit de stukken kunnen blijken dat de druk van de overheid om de Mededingingswet te overtreden daadwerkelijk onweersstaanbaar was en dat de stukken dus op voor haar kenbare wijze in de besluitvorming meegenomen hadden moeten worden. Van schending van art. 6 EVRM was hier volgens de NMa geen sprake om twee redenen. Ten eerste moest de betreffende partij in de eerste plaats in staat zijn te concretiseren wie haar onder druk heeft gezet en hoe en welke druk op haar is uitgeoefend. De partij had deze concretisering achterwege gelaten, waardoor onvoldoende aanknopingspunten bestonden om personen te horen of nadere documenten op te vragen. Ten tweede was de beslissing tot het als vertrouwelijk aanmerken van stukken aan rechterlijke toetsing onderhevig. Het blijft naar onze opvatting een wat vreemde redenering om de mogelijkheid van rechterlijke toetsing (achteraf) te gebruiken als argument voor een inbreuk op fundamentele rechten, hoewel wij zien dat dat in dit geval niet het enige argument was.

18 Uitspraak ABRvS 7 februari 2007, zaaknummer 200605788/1, LJV AZ7951.

19 Art. 10 lid 1, aanhef en onder c.

20 Besluit 21 juni 2007, zaak 5077/18, *Wob-verzoek Stibbe*; zie ook besluit met dezelfde strekking van 19 september 2007, 5551/63, *KPN Wob-verzoek*.

21 Besluit 5 juni 2007, 6093/*Wob-verzoek inzake 6015*; zie ook besluit 25 juni 2007, 6117/*Wob-verzoek inzake 6015*.

22 Besluit 25 juni 2007, zaak 6112, *Martens & Van Oord Aannemersbedrijf B.V. en T.G.*

23 Besluit 28 december 2007, zaak 6259, *Wob-verzoek DLA-Piper*.

24 Besluit op bezwaar 10 juli 2007, zaak 4108/281, *Nozema/Broadcast NT*, zie advies Adviescommissie bezwaarschriften.

### Informele zienswijzen

De besluiten van de NMa inzake de verzoeken van Stibbe<sup>25</sup> en GMW Advocaten<sup>26</sup> bevatten informatieve overwegingen omtrent het begrip 'informele zienswijze'. Tot 2004 hanteerde de NMa een relatief ruime definitie van 'informele zienswijze'. Een brief werd als een informele zienswijze aangemerkt wanneer er in deze brief werd ingegaan op de wijze waarop de NMa de Mededingingswet in een bepaalde situatie zou toepassen. Tegenwoordig ziet het begrip informele zienswijze, voor zover deze betrekking heeft op het terrein van concurrentietoezicht, op een advies van de NMa ter zake van gevallen waarin nieuwe of onopgeloste vragen rijzen over de toepassing van art. 6 Mw. Onder het huidige beleid worden deze informele zienswijzen op de website van de NMa gepubliceerd (nadat aan de aanvrager verzocht is gemotiveerd aan te geven of die informele zienswijze gegevens bevat die als vertrouwelijk moeten worden beschouwd).

In de zaak *GMW Advocaten* werd kort na de hierboven aangehaalde uitspraak van de Afdeling aan de NMa onder andere verzocht om openbaarmaking van alle informele zienswijzen die zijn afgegeven door of namens de NMa in het kader van de handhaving van de hoofdstukken 3 en 4 van de Mededingingswet en openbaarmaking van alle besluiten c.q. afwijzingen van klachten over schending van het kartelverbod en/of misbruik van economische machtspositie. De NMa heeft het verzoek ingewilligd.

### Begrip onderneming

In een aantal besluiten kwam in 2007 het ondernemingsbegrip aan de orde.

Zonder verdere motivering sloot de NMa zich aan bij de vaste jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie dat organisaties die bemiddelingsdiensten inzake muziekauteursrecht verrichten, zijn aan te merken als ondernemingen in de zin van art. 81 van het EG-Verdrag. Op die grond oordeelde de NMa dat Buma is aan te merken als een onderneming in de zin van de Mededingingswet.<sup>27</sup>

In het besluit aangaande de al lang lopende autobergingszaken bevestigde de NMa in een besluit op bezwaar<sup>28</sup> haar standpunt uit het primaire besluit<sup>29</sup> dat de gedragingen van de politie, bestaande uit het melden van incidenten op het onderliggende wegennet aan het Landelijk Centraal Meldpunt (dat onder de verantwoordelijkheid valt van een privaat samenwerkingsverband), buiten het bereik van de Mededingingswet vallen. Deze gedragingen verricht de politie in het kader van haar publieke taak, bestaande uit de handhaving van de verkeerswetgeving en de handhaving van de openbare orde en veiligheid. De klagende partijen stelden dat de rol die de politie speelt bij het melden van incidenten tot gevolg heeft dat alleen de door de verzekeraars/alarmcentrales gecontracteerde bergingsbedrijven als eerste bergingsopdrachten op het onderliggende Nederlandse wegennet verkrijgen. Automobilisten zou hiermee de mogelijkheid worden ontnomen om desgewenst zelf een ander bergingsbedrijf in te schakelen. De NMa oordeelde echter dat het bij deze mel-

dingen niet gaat om economische activiteiten die plaatsvinden op een bepaalde markt voor de levering van goederen en/of diensten, waarmee een onderneming op die markt haar positie ten opzichte van afnemers of concurrenten of toeleveranciers tracht te verbeteren. Hetzelfde geldt voor het handelen van de politie bij fout of (in verband met ambulance- en brandweerdiensten) hinderlijk parkeren en inbeslagname, en dergelijke, waarbij de politie wel zelf opdrachtgever tot de berging is: ook in die gevallen gaat het om uitoefening van overheidszorg. Het besluit kan naar onze opvatting worden gelezen als een impliciete toepassing van het arrest *FENIN*<sup>30</sup> voor zover de meldingen beschouwd kunnen worden als het uitoefenen van een vraag naar bergingsdiensten.

Ten slotte kwam het ondernemingsbegrip pregnant aan de orde in het visiedocument betreffende de CAO's voor zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers) dat de NMa uitbracht in december 2007.<sup>31</sup> In een uitgebreid onderbouwd betoog komt de NMa in dit visiedocument tot het oordeel dat zzp'ers als ondernemingen moeten worden aangemerkt.

Als uitgangspunt hanteert de NMa dat ook natuurlijke personen als onderneming kunnen worden aangemerkt, aansluitend op de algemene jurisprudentiële lijn dat het mededingingsrechtelijke begrip 'onderneming' elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, omvat, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd. De NMa refereert vervolgens aan het begrip 'werknemer' van art. 39 EG-Verdrag. Volgens dit begrip zijn personen die als werknemer in de zin van dit artikel kunnen worden aangemerkt, geïntegreerd in de onderneming waarvoor zij werken en vormen zij een economische eenheid met deze onderneming, waardoor zij zelf geen ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht zijn. De NMa wijst erop dat dergelijke personen normaliter niet het directe commerciële risico van een transactie dragen. Zij bieden voorts hun diensten niet aan verschillende afnemers aan, maar werken voor één werkgever, wiens opdrachten zij moeten uitvoeren. Volgens het gemeenschapsrecht dient een natuurlijke persoon ten slotte als werknemer te worden aangemerkt, indien hij gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens gezag prestaties levert en als tegenprestatie een vergoeding ontvangt.

Binnen deze communautaire kaders van het werknemers- en ondernemingsbegrip vult de NMa vervolgens de Nederlandse situatie in. Zij constateert dat in het Nederlandse recht een werknemer iemand is die zich op grond van een arbeidsovereenkomst heeft verbonden om in dienst van een andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd

25 Besluit 21 juni 2007, zaak 5077/18, *Wob-verzoek Stibbe*.

26 Besluit 21 juni 2007, zaak 6003/6, *Wob-verzoek Sluijs (GMW Advocaten)*.

27 Besluit NMa 10 mei 2007, zaak 3295, *Fresh FM vs. Buma*.

28 Besluit NMa 17 september 2007, 4118 e.a., *Autobergingszaken*.

29 Besluit NMa 15 november 2004, 4118 e.a. *Autobergingszaken*.

30 GVEA 4 maart 2003, T-319/99, *Jur. II-357*, bevestigd door HvJEG 11 juli 2006, C-205/03P.

31 CAO-tariefbepalingen voor zelfstandigen en de Mededingingswet, Visiedocument van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, december 2007.

arbeid te verrichten. De woorden 'in dienst van' omvatten volgens de NMa het communautaire begrippenpaar 'ondergeschiktheid' van de werknemer en 'gezagsbevoegdheid' van de werkgever. Met dat criterium kan de arbeidsovereenkomst worden onderscheiden van andere overeenkomsten op grond waarvan natuurlijke personen ten behoeve van een ander werkzaamheden kunnen verrichten, zoals een overeenkomst van opdracht of een aanneming van werk. Op grond van de definities van deze overeenkomsten concludeert de NMa dan dat een opdrachtnemer of een aannemer die werkzaamheden voor een ander verricht, geen met de werknemer vergelijkbare ondergeschikte rol ten opzichte van zijn opdrachtgever heeft. Hij staat integendeel met betrekking tot de overeengekomen arbeid in een veelal zelfstandige en in economisch opzicht minder afhankelijke positie ten opzichte van de opdrachtgever, aldus de NMa. De NMa gaat er daarom vanuit dat een natuurlijke persoon die op basis van een overeenkomst van opdracht of een aanneming van werk economische activiteiten verricht en de daarmee verbonden financiële risico's draagt, als onderneming in de zin van het mededingingsrecht kan worden aangemerkt.

De NMa refereert vervolgens aan de beleidsregels van de Belastingdienst en het UWV voor de vaststelling van een privaatrechtelijke dienstbetrekking in de zin van verschillende fiscale en sociale wetten. In deze beleidsregels hebben de Belastingdienst en het UWV de drie cumulatieve voorwaarden voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst nader uiteengezet:

- a) de opdrachtnemer is verplicht de arbeid persoonlijk te verrichten,
- b) de opdrachtgever is verplicht tot betaling van loon,
- c) de opdrachtnemer staat in een gezagsverhouding tot de opdrachtgever.

De NMa verwijst partijen bij overeenkomsten naar deze beleidsregels, zodat zij kunnen beoordelen of sprake is van een arbeidsovereenkomst en derhalve van werknemerschap. Bij het bestaan van een arbeidsovereenkomst volgens deze beleidsregels, mogen partijen ervan uitgaan dat de opdrachtnemer geen onderneming in de zin van het mededingingsrecht vormt, aldus de NMa.

Niettemin zou in de praktijk in sommige gevallen onduidelijkheid kunnen bestaan over het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Volgens de NMa bieden de fiscaal- en sociaalrechtelijke jurisprudentie en de daarop gebaseerde beleidsregels weliswaar aanknopingspunten om het bestaan van een arbeidsovereenkomst dan wel een overeenkomst van opdracht of een aanneming van werk in onduidelijke gevallen vast te stellen, maar is het uiteindelijk aan de rechter om in een concreet geval het bestaan van één van deze overeenkomsten vast te stellen.

Vervolgens gaat de NMa in op een aantal specifieke situaties. Ten eerste wijst zij erop dat de regering bij KB zekerheid heeft geboden aan degenen die feitelijk reeds een arbeidsovereenkomst hebben en om ook degenen wier arbeidsrelatie maatschappelijk en feitelijk gelijkgesteld kan worden met een arbeidsovereenkomst aanspraak te geven

op het wettelijk minimumloon. De NMa ziet geen aanleiding om de thuiswerkers en andere flexibele arbeidskrachten die voldoen aan de criteria van het KB als ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht aan te merken. Personen die alleen op papier als zelfstandigen zijn aangemerkt, kunnen niet onder het ondernemingsbegrip worden gerekend, aldus de NMa. Ook handelsagenten die voldoen aan de voorwaarden van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag beschouwt de NMa niet als ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht. Van de handelsagenten die onder de reikwijdte van deze wet zijn gebracht, wijkt de verhouding tot hun principaal nauwelijks af van de arbeidsverhouding van de handelsreiziger. Een handelsagent die zijn marktgedrag niet zelfstandig bepaalt en de instructies volgt die hem door zijn opdrachtgever worden gegeven, vormt met deze opdrachtgever een economische eenheid en derhalve één onderneming in de zin van het mededingingsrecht. Dit is overigens niet het geval indien de opdrachtgever aan de agent taken heeft opgedragen of overgelaten die in economisch opzicht die van een onafhankelijke handelaar benaderen, waardoor de agent de financiële of commerciële risico's draagt die samenhangen met de verkoop of van de uitvoering van overeenkomsten met derden, zo merkt de NMa op. De NMa ziet overigens geen aanleiding om beroepsbeoefenaars die in andere sociale en fiscale wet- en regelgeving dan de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag worden gelijkgesteld aan werknemers met een arbeidsovereenkomst zonder meer als werknemers en daarmee niet als ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht te beschouwen. Dit betekent bijvoorbeeld dat de musici of andere artiesten en topsporters, wier arbeidsverhoudingen als dienstbetrekkingen in de zin van de WAO, de ZW en de WW worden beschouwd, niet als werknemers zullen worden aangemerkt. De NMa geeft voor die benadering als verklaring dat deze personen niet met werknemers zijn gelijkgesteld op de grond dat zij feitelijk reeds een arbeidsovereenkomst zouden hebben of dat hun werksituatie feitelijk en maatschappelijk gelijkgesteld zou moeten worden met een arbeidsovereenkomst. De NMa benadrukt dat ook sporters, musici en andere artiesten die op zelfstandige wijze hun vak economisch exploiteren en de daaraan verbonden financiële risico's dragen, als ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht kunnen worden aangemerkt. Beschikt een persoon daarentegen over een Verklaring arbeidsrelatie – winst uit onderneming (VAR-WUO) van de belastinginspecteur dan gaat de NMa ervan uit dat die persoon voor de werkzaamheden waarop die verklaring ziet, zonder meer als onderneming in de zin van het mededingingsrecht kan worden beschouwd.

## Art. 6 Mw

### Sanctiebesluiten in de bouw

Ook in 2007 is nog een aantal sanctiebesluiten vastgesteld in een versnelde procedure met betrekking tot bouwgerelateerde sectoren (breedplaatvloeren, betonnen sierstenen).

In de sector breedplaatvloeren is een boete van ruim € 3,3 miljoen opgelegd aan een negental ondernemingen.<sup>32</sup> De overtreding in deze sector betrof een uitwisseling van actuele productie-, verkoop-, afzet- en orderportefeuillegegevens. Met deze informatie werd gecontroleerd wie voor- of achterliep op de onderling afgestemde individuele (historische) volumeaandelen. Het argument dat de ondernemingen aanvoeren dat zij weliswaar gebruik maakten van een 'richtprijs' om correcties te realiseren bij afwijkingen van de overeengekomen marktaandelen, maar dat deze richtprijs slechts diende als 'benchmark', en dat de deelnemende ondernemingen uiteindelijk zelf hun prijzen bepaalden, werd door de NMa niet geaccepteerd. Evenmin was dit het geval met het argument dat vanwege het grote aantal factoren waarmee bij de vaststelling van de prijs van met name breedplaatvloeren rekening moet worden gehouden, de vastgestelde richtprijzen geen doeltreffend correctiemechanisme konden inhouden. Bij de hoogte van de boete hield de NMa rekening met het feit dat sprake was van een zekere mate van concurrentiedruk van andere typen betonnen vloeren. Daarmee was de economische weerslag van de overtreding minder dan in het rapport werd verondersteld. Verder zette de NMa de overtreding af tegen eerdere besluiten in andere deelsectoren van de bouw waarin sprake was van het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfbedragen tijdens vooroverleg bij aanbestedingen, terwijl in deze zaak sprake was van het onderling verdelen van afzetvolumes, het onderling uitwisselen van actuele productie-, verkoop-, afzet- en orderportefeuillegegevens waarbij tevens een correctiemechanisme bestond voor de individuele volumeaandelen in de vorm van een richtprijzlijst, die jaarlijks werd vastgesteld. Anderzijds werkte (kennelijk) als boeteverhogende factor dat de overtreding duurde tot 31 december 2003 (dus tot ruim na de 'Zembla-uitzending'. Het boetepercentage werd vastgesteld op 10% van de betrokken omzet. Overigens werd aan een tweetal ondernemingen een clementiekorting van 100% gegeven.<sup>33</sup>

Nog langer duurde de overtreding in de sector betonnen sierstraatstenen (1 januari 1998 tot en met 31 december 2005).<sup>34</sup> De NMa stelt bij negen producenten van sierbestrating vast dat zij vanaf 1 januari 1998 tot en met 31 december 2005 prijsverhogingen afstemden. In dit kader kwamen zij in ieder geval twee keer per jaar bijeen, in het najaar en in het voorjaar. In het najaar stemden zij de verhoging van de prijzen af, mede naar aanleiding van gestegen grondstofprijzen. De resultaten van deze bijeenkomst werden gebruikt in de onderhandelingen met afnemers, zoals tuincentra en bouwmarkten die de sierbestrating weer verkopen aan de consument. Tijdens de voorjaarsbijeenkomst evalueerden de ondernemingen de resultaten van die onderhandelingen. Gezien de zwaarte van de overtreding – en deze vergelijkend met andere overtredingen in de bouwsector, stelde de NMa het boetepercentage vast op 9,5% van de betrokken omzet, maar verhoogde zij dit percentage met 1% gezien het feit dat de ondernemingen de overtreding hadden gecontinueerd ook

nadat de NMa en het kabinet in 2004 een dringende oproep aan de sector hadden gedaan om schoon schip te maken. De totale boete voor de 9 ondernemingen bedroeg € 2,2 miljoen. Aan één onderneming werd een clementiekorting verleend van 100%.

In de boomkwekerijzaak kwam het eerste bewijsmateriaal (documenten en een kopie van een harde schijf) van de FIOD/ECD. Uit het (ook in een later stadium verzamelde) bewijsmateriaal, leidde de NMa af dat de leveranties van boomkwekerijproducten (ook wel aangeduid als bomen) aan gemeenten door de betrokken ondernemingen onderling werden verdeeld waarbij een toerbeurtsysteem, wijkverdelingssysteem, productsoortverdelingssysteem en gemeenteverdelingssysteem werd gehanteerd. In de regel werd een offerte verdeeld over meerdere ondernemingen. De NMa merkte voorts op dat het feit dat het in bepaalde gevallen bij het initiële contact bleef en er geen overeenstemming werd bereikt, dan wel dat aan geen van de betrokken ondernemingen de opdracht werd gegund, dan wel dat werd afgezien van het indienen van een offerte, niet afdoet aan haar conclusie. Dat eerste punt roept de vraag op of de NMa hier ook 'poging tot kartelvorming' onder art. 6 Mw (en art. 81 EG, dat in deze zaak eveneens werd toegepast) zou willen brengen.

Met betrekking tot de vraag of sprake was van één voortdurende overtreding, of van op zichzelf staande inbreuken, volgt de NMa de redenering van het Gerecht van Eerste Aanleg in de zaak *Bolloré*<sup>35</sup> dat sprake moet zijn van overeenkomsten/gedragingen die deel uitmaken van een reeks door de betrokken ondernemingen ondernomen stappen die waren gericht op één economisch doel.

Overigens passeert de NMa het verweer dat er sprake was van een niet-voortdurende inbreuk omdat niet steeds overleg zou hebben plaatsgevonden. De NMa wijst erop dat het feit dat gemeenten doorgaans in één-op-één relaties hun producten kopen en dat er geen afspraken werden gemaakt als ook niet-betrokkenen bij de afspraken om een offerte werden gevraagd, omstandigheden zijn die buiten de invloed van de kartelleden lagen. Daar waar de gelegenheid zich voordeed, maakten de betrokkenen echter wel afspraken. Daarmee is de voortdurendheid van de afstemming gegeven, aldus de NMa.

In het kader van de toepassing van art. 81 EG ging de NMa ook in op de merkbaarheid van de beïnvloeding van de tussenstaatse handel. In dat kader wijst de NMa op een marktaandeel van de betrokken boomkwekers van meer dan 5%. Het lijkt erop dat dat marktaandeel wordt berekend op

32 Besluit 2 oktober 2007, zaken 5888-5896, *Breedplaat- en ribcassetvloeren*.

33 In de zaken 5888 en 5893.

34 Besluit 2 oktober 2007, zaken 5842-5850, *Sierstenen*.

35 GvEA 26 april 2006, gev. zaken T-109/02, T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02, T-136/02, *Bolloré SA, Arjo Wiggins Appleton Ltd, Mitsubishi HiTec Paper Bielefeld GmbH, Papierfabrik August Koehler AG, M-real Zanders GmbH, Papeteries Mougeot SA, Torrapapel SA, Distribuidora Vizcaina de Papeles SL, Papelara Guipuzcoana de Zicuñaga SA / de Commissie*.



de Nederlandse markt. De NMa becijferde het aandeel elders in het besluit namelijk op 14,5% van de totale omzet van het leveren van boomkwekerijproducten in Nederland., terwijl het aandeel in de totale omzet van leveranties aan institutionele afnemers (overheden) uitkwam op 22,7%. Hoe dan ook duidt dat op het eerste gezicht op een niet-geringe positie op de Nederlandse markt. De relevante markt is overigens door de NMa niet afgebakend.

Omdat van een van de ondernemingen geen schriftelijk bewijs aanwezig was dat zij ná november 2001 nog had deelgenomen aan overleg *en* dat beeld bovendien bevestigd werd door een nieuwe directeur, concludeert de NMa dat de mogelijkheid aan deze onderneming een boete op te leggen verjaard is. Aan deze onderneming werd dan ook geen boete opgelegd. Voor de initiatiefnemer van de afspraken – bewezen door middel van verklaringen van anderen – werd de boete verhoogd met 15%.

De NMa verwierp overigens het betoog dat ook in deze zaak boetetoemeting zou moeten plaatsvinden conform het boetebeleid in de bouwzaken en het betoog dat partijen in de gelegenheid hadden moeten worden gesteld een versnelde procedure te doorlopen.

In december 2007 verscheen het persbericht dat de NMa leveranciers van metalen roosters voor € 2,7 miljoen heeft beboet. De NMa acht bewezen dat 4 ondernemingen ruim 6 jaar kartelafspraken hebben gemaakt over de verkoop van roosters. Om elkaar te ‘beschermen’ tegen onderlinge concurrentie kwamen de ondernemingen regelmatig bij elkaar om de prijzen voor roosters onderling af te stemmen via prijslijsten. Bij grotere opdrachten werd onderling bepaald welke onderneming het werk kreeg en tegen welke prijs. Daarnaast maakten de ondernemingen jaarlijks afspraken over de verdeling van de onderlinge marktaandeelen. De NMa heeft het onderzoek geopend nadat een partij het kartel bij de NMa opbiechtte en daarvoor boete-immuniteit kreeg. Later dienden nog twee partijen clementieverzoeken in. Het besluit was ten tijde van het afsluiten van dit artikel nog niet gepubliceerd.

#### Overeenkomst/onderling afgestemde feitelijke gedraging

In het besluit naar aanleiding van een klacht van het Hofpoort Ziekenhuis met betrekking tot de zogenaamde regiovertegenwoordiger van de zorgverzekeraars,<sup>36</sup> stelt de NMa vast dat een systeem van de regiovertegenwoordiger, waarbij de zorgverzekeraars als collectief jegens de zorginstellingen optreden in het kader van tariefvoorstellen aan de NZa, geen afspraak in de zin van art. 6 Mw vormt. Het collectieve optreden dient volgens de NMa te worden aangemerkt als louter een voorbereidende stap om te komen tot het vaststellen van het tarief door de NZa, oftewel tot een wettelijk besluit van de NZa, en wordt om die reden niet geraakt door de verboden van de Mededingingswet. De partijen zijn bij hun onderhandelingen gebonden aan beleidsregels van de NZa, die vooraf zijn opgesteld en zijn goedgekeurd door de minister van VWS. Op grond van deze beleidsregels zijn partijen verplicht via het lokaal overleg, dat wil zeggen gezamenlijk, tot één

overeenkomst te komen die moet worden voorgelegd aan de NZa. De NZa beslist vervolgens of het voorstel van partijen binnen de beleidsregels past en zij stelt deze vast voor de zorginstelling. Zonder deze vaststelling is het voor partijen verboden een tarief in rekening te brengen. De voorbereidende handelingen hebben zonder de beslissing van de NZa geen enkele waarde. De overheid beslist weliswaar op basis van het voorstel van partijen, maar daarmee heeft de overheid de verantwoordelijkheid tot het nemen van besluiten op het gebied van het vaststellen van tarieven niet overgedragen aan particuliere marktdeelnemers.

#### Beperking van de mededinging

De klacht van het Hofpoort Ziekenhuis<sup>37</sup> betrof eveneens de weigering van een regiovertegenwoordiger om in te stemmen met de aanvraag van een medisch specialist om buiten het ziekenhuis waaraan hij verbonden is inkomsten te kunnen verwerven in het kader van een zelfstandig behandelcentrum (zbc), met behoud van – kort gezegd – de financiering voor het ziekenhuis.

De vraag die de NMa in het besluit centraal stelt, is of Hofpoort daadwerkelijk belemmerd wordt in haar mogelijkheden om een zbc te starten, en dus in haar concurrentiemogelijkheden, en als dat zo is, of dit te wijten is aan enige collectieve afstemming door zorgverzekeraars. Deze vraag dient volgens de NMa ontkennend te worden beantwoord. Het staat Hofpoort, zoals een ieder die daarvoor de benodigde vergunningen heeft, immers vrij om een zbc te beginnen. De weigering om een vrijwaringsaanvraag te ondertekenen staat er niet aan in de weg om samenwerking met specialisten te zoeken die niet deelnemen aan de betrokken lumpsumafpraak, dus in casu met andere specialisten dan die in het ziekenhuis reeds diensten verrichten. Op de vraag of de afstemming tussen de zorgverzekeraars de concurrentie tussen die verzekeraars beperkt, gaat de NMa niet in.

#### Merkbaarheid

Ook in de Kroniek over 2006 werd reeds gewezen op de doorwerking van de *Modint*- en *Secon/G-Star* uitspraken van het CBb<sup>38</sup> in lopende zaken. In 2007 heeft de NMa eveneens in een aantal bezwaarzaken geconstateerd dat onvoldoende onderzoek was gedaan naar de economische en juridische context van de zaak en de merkbaarheid van mededingingsbeperking.

In het slechts twee pagina's beslaande besluit op bezwaar in de zaak *Uitzendorganisaties*<sup>39</sup> overweegt de NMa dat zij in haar eerdere besluit op bezwaar<sup>40</sup> in deze zaak – waartegen reeds beroep was ingesteld – ten onrechte een

36 Besluit op klacht (ongedateerd), 5561, *Hofpoort Ziekenhuis*.

37 Besluit op klacht (ongedateerd), 5561, *Hofpoort Ziekenhuis*.

38 CBb 28 oktober 2005, Awb 04/794 en 04/829, *Modint*, LJV AU5316, respectievelijk CBb 7 december 2005, Awb 04/237 en 04/249, *Secon/G-star*, LJV AU8309. Zie R. Wesseling e.a., 'De toepassing van de art. 6 en 24 Mededingingswet door de NMa in 2006', *M&M*, p. 196-203.

39 Besluit op bezwaar 14 februari 2007, zaak 3031, *Uitzendorganisaties*.

40 Besluit op bezwaar 21 december 2005.

schending van art. 6 Mw en art. 81 EG-Verdrag heeft aangenomen, zonder nader onderzoek te doen naar de economische en juridische context. In dit eerder besluit had de NMa ten aanzien van de beoordeelde bedingen nog aangenomen dat sprake was van strekkingsbedingen. Naar aanleiding van ontwikkelingen in de rechtspraak van de Rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het Bedrijfsleven was de NMa van oordeel dat zij niet tot deze kwalificatie had kunnen komen zonder nader onderzoek te doen naar de economische en juridische context. Gelet op de aard en omvang van deze zaak acht de NMa het echter niet opportuun om nader onderzoek te verrichten en ziet zij af van het opleggen van de boete. Daarom honoreert zij de bezwaren alsnog.

Naar aanleiding van een bezwaar heeft ook herziening plaatsgevonden van de boete die aan Broadcast NewCo Two B.V. en Nozema Services N.V. was opgelegd.<sup>41</sup> In 2005 beboette de NMa<sup>42</sup> deze bedrijven voor in totaal meer dan € 1 miljoen, vanwege een afspraak over wie van hen de opdracht van Holland Media Groep<sup>43</sup> zou kunnen verwerven voor het uitzenden van FM-programma's via de ether. Partijen waren in 2003 een overeenkomst aangegaan volgens welke Nozema ten aanzien van HMG gedurende 24 uur geen bod zou uitbrengen of contract zou sluiten, waardoor Broadcast in de gelegenheid werd gesteld de opdracht tot het verlenen van omroepzendernetwerken (voor het gebruik van een toegewezen FM-frequentie) te verkrijgen. In het besluit op bezwaar wordt, conform het advies van de bezwaaradviescommissie, teruggekomen op de opgelegde boetes, omdat onvoldoende vast stond dat er door de afspraak tussen Nozema en Broadcast sprake is geweest van een (merkbare) beperking van de concurrentie, waardoor het bestreden besluit onvoldoende was gemotiveerd. In dat kader zou de overeenkomst opnieuw op haar merites moeten worden beoordeeld en zou nader onderzoek noodzakelijk zijn naar de economische en juridische context van de zaak, met name rekening houdend met de positie op de markt en de onderhandelingsstrategieën van de betrokken ondernemingen. De NMa achtte het twijfelachtig of een nader onderzoek na zo lange tijd nog voldoende nauwkeurige resultaten kan opleveren. Daarom werd verder onderzoek ook in dit geval niet opportuun geacht.

### Misbruik van economische machtspositie

In het kader van een klacht van KPN over het hanteren van rooftprijzen door kabelmaatschappijen voor de doorgifte van digitale televisie, liet de NMa zich uit over de vraag of die doorgifte tot dezelfde markt behoort als de doorgifte van analoge televisie.<sup>44</sup> Aansluitend op de vaste beschikkingenpraktijk van de Commissie en van de NMa zelf, oordeelde de NMa dat digitale doorgifte slechts een technologische ontwikkeling ten opzichte van analoge doorgifte is en daarom geen afzonderlijke markt vormt. Omdat bovendien digitale standaardpakketten niet afzonderlijk kunnen worden afgenomen, maar uitsluitend in combinatie met analoge standaardpakketten indien doorgegeven door middel van de kabel, diende volgens de NMa de vraag of rooftprijzen worden

gehanteerd te worden beoordeeld aan de hand van het tarief dat een kabelbedrijf hanteert voor het totale standaardpakket (digitaal en analoog gezamenlijk). Op basis van door kabelbedrijven aangeleverde kostprijgegevens, stelde de NMa vast dat de gehanteerde tarieven boven de integrale kostprijs lagen en dat er dus geen sprake was van rooftprijzen. Voorts stelde KPN dat de noodzakelijke kosten voor het overspoelen van de markt met digitale free-to-air RTV-pakketten via de kabel worden betaald door kruissubsidie uit de inkomsten van analoge free-to-air RTV-pakketten. Kruissubsidie als zodanig (waarmee kennelijk bedoeld is: zonder dat tegelijkertijd sprake is van rooftprijzen) is volgens de NMa echter niet strijdig met de Mededingingswet. Op de klacht van KPN dat de kabelmaatschappijen aan koppelverkoop deden, omdat een digitaal pakket niet zonder analoog pakket kan worden afgenomen, antwoordde de NMa dat er geen sprake kan zijn van overheveling van marktmacht van de ene markt naar een andere markt, aangezien digitale en analoge standaardpakketten tot dezelfde productmarkt behoren. De NMa voegde hier nog aan toe dat wanneer men al zou kunnen spreken van twee aparte markten bundeling van beide producten door de kabelbedrijven niet zou leiden tot het vanuit mededingingsoogpunt ongewenste gevolg van overheveling van marktmacht naar een markt waar de kabelbedrijven niet over een economische machtspositie beschikken. Doordat de afname van een digitaal standaardpakket zou worden gekoppeld aan de afname van een analoog standaardpakket, zou in dat geval hooguit de positie van de kabelbedrijven op het gebied van analoge standaardpakketten worden versterkt. De klacht inhoudende dat de kabelmaatschappijen KPN toegang tot hun infrastructuur zouden moeten geven, wees de NMa op basis van overwegingen van opportuniteit af, zich daarbij onder andere beroepend op een lopend onderzoek van OPTA naar de omroepmarkten.

Na een kritische analyse van haar eigen instrumentarium, kwam de NMa tot de conclusie dat het niet goed mogelijk is om te beoordelen of de tarieven van collectieve beheersorganisaties excessief zijn.<sup>45</sup> Naar aanleiding van klachten, tips en signalen van gebruikers en brancheorganisaties over het vermeende misbruik van een economische machtspositie door collectieve brancheorganisaties is de NMa tot de conclusie gekomen dat zonder een meer specifiek toezicht de tarieven niet op een zinvolle wijze te beoordelen zijn.

Toch doet de NMa voorlopig uitspraken in zaken betreffende de beheersorganisaties. Zowel in *Fresh FM vs Buma*<sup>46</sup> als *KHN vs. Buma*<sup>47</sup> komt de NMa tot de conclusie dat geen sprake was van een overtreding van zowel art. 6 als art. 24

41 Besluit op bezwaar 10 juli 2007, zaak 4108/281, *Nozema/Broadcast NT*, zie advies Adviescommissie bezwaarschriften.

42 Besluit 21 november 2005, zaak 4108/168, *Nozema/Broadcast NT*.

43 Later RTL Nederland.

44 Besluit 20 juli 2007, zaak 5072, *KPN vs. Kabelbedrijven*.

45 Rapportage NMa, De NMa en toezicht op collectieve beheersorganisaties, februari 2007, [www.nmanet.nl](http://www.nmanet.nl).

46 Besluit 10 mei 2007, zaak 3295, *Fresh FM vs. Buma*.

47 Besluit 10 mei 2007, zaak 5169, *KHN vs. Buma*.

Mw. Door hantering van verschillende tarieven ten aanzien van publieke en commerciële radio-omroepen maakt Buma (als wettelijke monopolist op het gebied van exploitatie, incasso en repartitie inzake het openbaar maken en/of uitzenden van muziek auteursrecht) derhalve géén misbruik van haar machtspositie. Hoewel het hanteren van excessieve tarieven als een vorm van misbruik van een economische machtspositie kan worden aangemerkt, is de NMa echter niet in staat om met gebruik van haar instrumentarium (er was in dit geval sprake van een internationale tariefvergelijking terzake van 2006, terwijl het vermeende misbruik in 2003 plaatsvond!) met zekerheid vast te stellen dat de tarieven inderdaad excessief waren.

Verder oordeelde de NMa over een klacht van de Consumentenbond over koppelverkoop door Apple, betreffende de draagbare muziek- en mediaspeler, iPod, en de online muziekwinkel van Appel, iTunes.<sup>48</sup> De NMa concludeerde dat hier geen sprake was van misbruik, omdat het gedrag van Apple niet als koppelverkoop in de zin van de Mededingingswet kan worden gekwalificeerd. In haar beslissing achtte de NMa twee factoren van belang. Ten eerste dat consumenten die de muziek inkopen via de internetwinkel van Apple, deze ook kunnen en mogen afspelen op andere apparatuur dan een iPod. Ten tweede achtte de NMa van belang dat consumenten muziek die zij bij andere (online) muziekwinkels hebben gekocht, naar een iPod kunnen overzetten. Van een directe koppeling tussen iPod en iTunes is zo gezien géén sprake, aldus de NMa.

### Alternatieve handhaving

Zoals wij in de inleiding al aangaven, wint de alternatieve handhaving (handhaving zonder boete of last onder dwangsom) terrein. Van in ieder geval drie zaken werd door de NMa mededeling gedaan.

Zo heeft de Raad van Orde en Toezicht voor het Advertentiewezen (ROTA) op aandringen van de NMa het ‘stapelverbod’ afgeschaft. Dit verbod hield in dat uitgevers geen advertentiecontracten met meerdere adverteerders tegelijk mochten sluiten. Daardoor konden adverteerders geen inkoopcombinaties vormen en aldus kortingen bedingen. Op basis van de toezegging van de ROTA besloot de NMa het onderzoek naar de ROTA niet voort te zetten.<sup>49</sup>

Dat ook wordt gecontroleerd of gedane toezeggingen worden nagekomen, blijkt uit het bericht dat uit een ‘nacontrole’ bleek dat Ticket Service Nederland en TicketBox ‘mogelijk’ concurrentiebeperkende regels uit contracten hadden geschrapt. Deze regels hielden onder andere in dat organisatoren van evenementen exclusief via Ticket Service en TicketBox zouden verkopen, dan wel dat afnemers verplicht waren om bij verkoop via bepaalde distributiekanaal (bijvoorbeeld een platenzaak) dezelfde servicekosten te rekenen als Ticket Service. De betrokken partijen kwamen daarmee de toezeggingen na die ze eerder aan de NMa deden.<sup>50</sup>

48 Besluit 6 september 2007, zaak 5981, *Consumentenbond vs. Apple*.

49 Persbericht 26 juni 2007.

50 Persbericht 14 november 2007.