Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Kroniek

Kroniek Mededingingswet 2008

Mededingingsafspraken, machtsposities en procedures

Mr. C.T. Dekker, mr. E. Belhadj en mr. A.M. Hoekstra-Borzymowska*

Inleiding

In het verslagjaar nam de NMa in het kader van de handhaving van de artikelen 6 en 24 Mededingingswet (Mw) zes besluiten, waarbij in totaal 9 miljoen euro aan boetes werd opgelegd. In drie zaken werd geen rapport opgemaakt, maar werd een ander instrument gebruikt om een einde te maken aan een overtreding.[1] Welke instrumenten dat zijn geweest, is niet geheel duidelijk, afgezien van het – voor het eerst – inzetten van het toezeggingsbesluit in één zaak. In een achttal zaken is een onderzoek naar de mogelijke overtredingen van genoemde artikelen stopgezet, omdat er onvoldoende bewijs voor een overtreding was.

Opvallend dit jaar is het relatief grote aantal besluiten dat de NMa op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (WOB) heeft moeten nemen. Op deze besluiten wordt hieronder ook kort ingegaan, voor zover ze van specifiek belang zijn voor de mededingingspraktijk.

Dit jaar worden voor het eerst in deze kroniek naast de besluiten van de NMa over de toepassing van de Mededingingswet (met uitzondering van die in het kader van het concentratietoezicht) ook de uitspraken van de Rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) over deze besluiten besproken. De Rechtbank Rotterdam deed in het verslagjaar uitspraak in 25 zaken in de bouwsector die bij de NMa de versnelde procedure hadden doorlopen. Alleen de opvallende punten uit deze uitspraken worden in deze kroniek besproken.[2]

Wijzigingen in regelgeving

Vrijstellingen

De geldigheidsduur van het Besluit vrijstellingen samenwerkingsovereenkomsten detailhandel en het Besluit vrijstelling branchebeschermingsovereenkomsten is verlengd voor onbepaalde tijd.[3] Dit is het gevolg van de uitkomst van de gehouden consultatie met betrekking tot deze besluiten. Ook over het Besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten heeft een consultatie van de markt plaatsgevonden. Uit deze consultatie bleek dat dit vrijstellingsbesluit in de praktijk tekort schoot en dat voor de beoordeling van combinatieovereenkomsten niet volstaan kan worden met een beperkt aantal vaste criteria of snel en eenvoudig toepasbare vuistregels. Gelet hierop zijn concept-beleidsregels gepubliceerd op de website van het ministerie van Economische Zaken.[4] In de beleidsregels wordt uiteengezet wat onder combinatieovereenkomsten wordt verstaan en wordt aangegeven welke beginselen voor de beoordeling van combinatieovereenkomsten worden gehanteerd. Tevens wordt verduidelijkt welke com-

* Mr. C.T. Dekker is advocaat bij Nysingh. Mr. E. Belhadj is advocaat bij Nysingh. Mr. A.M. Hoekstra-Borzymowska is advocaat bij Nysingh.

1. Jaarverslag NMa 2008, kerncijfers.
2. Wij hebben er, gezien het grote aantal uitspraken, overigens vanaf gezien in de voetnoten van al deze zaken steeds de zaaknummers op te nemen en hebben volstaan met het LJN.
3. Besluit van 10 december 2008, tot verlenging van het Besluit vrijstellingen samenwerkingsovereenkomsten detailhandel en van het Besluit vrijstelling branchebeschermingsovereenkomsten, *Stb*. 2008, 542.
4. Beleidsregels met betrekking tot de uitoefening van de aan de raad als bedoeld in artikel 1 onder c van de Mededingingswet toegekende bevoegdheden tot toepassing van artikel 6 lid 1, 3 en 4 van deze wet ten aanzien van combinatieovereenkomsten, te vinden op <http://www.ez.nl/dsresource?objectid=161685&type=PDF>.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

binatieovereenkomsten niet onder artikel 6 lid 1 Mw vallen, welke daar in de regel wel onder vallen en welke combinatieovereenkomsten onder artikel 6 lid 1 Mw kunnen vallen. Ten slotte maken de concept-beleidsregels melding van de beginselen die relevant zijn voor de toepassing van artikel 6 lid 3 Mw op combinatieovereenkomsten. Marktpartijen hadden tot 1 april 2009 de gelegenheid om hun opmerkingen ten aanzien van de beleidsregels te maken. Na verwerking van de opmerkingen zullen de beleidsregels officieel door de minister van Economische Zaken worden vastgesteld.[5]

Begin april 2008 heeft de NMa voorts een geactualiseerde versie van de Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen uitgebracht. De oude versie van de Richtsnoeren Samenwerking Bedrijven is geactualiseerd omdat het mededingingsrecht zich verder ontwikkeld heeft sinds de publicatie van de in 2005 reeds gewijzigde richtsnoeren. In de richtsnoeren zijn meer voorbeelden opgenomen, terwijl mede door een groot aantal vragen van marktpartijen hierover, de hoofdstukken over adviezen van brancheorganisaties en informatie-uitwisseling zijn herschreven en aangevuld met relevante voorbeelden.[6]

Algemene begrippen

Begrip overeenkomst

In zijn uitspraken inzake AUV (een coöperatie van dierenartsen die zich bezighoudt met de groothandel in diergeneesmiddelen en instrumentarium voor dierenartsen) en Aesculaap (een groothandel in diergeneesmiddelen) ging het CBB in op het begrip overeenkomst.[7] In deze zaken ontkenden partijen dat AUV met Aesculaap was overeengekomen dat Aesculaap de door AUV aan haar geleverde producten niet zou doorleveren aan door AUV uitgesloten dierenartsen. Volgens Aesculaap was er geen sprake van een afspraak tussen Aesculaap en AUV, maar van een door AUV opgelegde voorwaarde. Aesculaap meende dat zij niet anders kon dan deze voorwaarde accepteren, omdat niet accepteren zou betekenen dat de nieuwe onderneming van Aesculaap geen slagingskansen zou hebben. Het CBB refereerde aan de vaste jurisprudentie (onder meer het arrest van het Hof van Justitie van 11 januari 1990, zaak C-277/87, *Sandoz*, *Jur.* 1990, p. I-45) dat voor het aannemen van het bestaan van een overeenkomst voldoende is dat de betrokken ondernemingen hun gezamenlijke wil tot uitdrukking hebben gebracht om zich op de markt op een bepaalde wijze te gedragen, zonder dat het daarbij om een naar nationaal recht bindende en geldende overeenkomst behoeft te gaan. De stelling van Aesculaap dat zij zich genoodzaakt voelde om het doorleveringsverbod van AUV te accepteren deed volgens het CBB niet af aan de omstandigheid dat zij deze voorwaarde heeft geaccepteerd. Het CBB constateerde bovendien dat AUV ten minste gedeeltelijk uitvoering had gegeven aan deze voorwaarde in haar handelsrelatie met dierenartsen. Dit bleek uit door een dierenarts aan de NMa overgelegde pakbonnen waarin Aesculaap meedeelde uitsluitend de door AUV als uniek bestempelde producten aan betrokkene te mogen leveren. Het CBB oordeelde dat de overwegingen van Aesculaap om met het doorleveringsverbod akkoord te gaan, niet afdoen aan de kwalificatie van de gezamenlijke wil van Aesculaap en AUV als overeenkomst. Het accepteren en naleven van het doorleveringsverbod door Aesculaap kon dan ook volgens het CBB niet anders worden uitgelegd dan dat sprake was van wilsovereenstemming met AUV over de voorwaarden waaronder Aesculaap AUV-producten mocht leveren aan de dierenartsen.

Begrip onderneming

Dat toetsing aan de definitie van 'onderneming' doorslaggevend is voor de toepasselijkheid van de Mededingingswet, bleek uit de uitspraak van het CBB van 15 januari 2008.[8] De zaak betrof gronduitgifte door de gemeente Castricum aan Tennisvereniging Akersloot en Stichting Tennispark Vinkenbaan tegen een symbolisch bedrag. De exploitanten van (concurrerende) tennisparken in Castricum hadden hun gronden tegen marktconforme prijzen moeten kopen. Zij meenden dat gronduitgifte voor een symbolisch bedrag aan de Tennisvereniging Akersloot en Stichting Tennispark Vinkenbaan als een verboden overeenkomst in de zin van artikel 6 Mw moest worden aangemerkt, aangezien zij leidt tot verstoring van de concurrentie op de markt voor buitentennis in de gemeente Castricum. Naar het oordeel van de NMa viel de gedraging niet onder de werkingssfeer van de Mededingingswet, omdat de gemeente Castricum niet als onderneming handelde. Volgens de NMa was hier namelijk mogelijk sprake van staatssteun in de zin van artikel 87 lid 1 EG-Verdrag. In beroep had de Rechtbank Rotterdam vastgesteld dat in de optiek van de NMa steunverlening door een gemeente een overheidsprerogatief behelst en alleen al om die reden buiten de reikwijdte van de Mededingingswet valt.[9] Deze weergave van het standpunt van de NMa was volgens het CBB onjuist, omdat de NMa niet had geconstateerd dat sprake was van een overheidsprerogatief. De NMa had volgens het CBB aangegeven dat steunverlening aan de orde was en dat de Mededingingswet ter zake hiervan geen grondslag bood om op te treden. De uitspraak werd dan ook vernietigd. Evenwel werd ook het besluit van de NMa vernietigd, zij het met instandhouding van de rechtsgevolgen van dit besluit (zie de paragrafen hierna in deze kroniek). Het CBB verweet de NMa dat zij niet had onderzocht of activiteiten, waarbij ten laste van de staatsmiddelen een voordeel aan ondernemingen wordt toegekend, buiten de sfeer van het economisch verkeer vallen of neerkomen op de uitoefening van overheidsprerogatieven.[10] Als dit niet het geval is, is sprake van een economische activiteit en is, ongeacht de

5. Bij het afsluiten van deze kroniek waren de beleidsregels nog niet offcieel vastgesteld.
6. *Stcrt.* 2008, 77, p. 14.
7. CBB 3 juli 2008, AWB 06/526 en AWB 06/532, LJN BD6629 en CBB 3 juli 2008 AWB 06/531 en AWB 06/535, LJN BD6635.
8. CBB 15 januari 2008, AWB 06/140, LJN BC1932.
9. Rb. Rotterdam 19 december 2005, MEDED 05/396 WILD, LJN AV7339.
10. Het CBB verwees hierbij naar het *Wouters*-arrest: HvJEG 19 februari 2002, zaak C-309/99, *Jur.* 2002, p. I-1577.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

rechtsvorm van de entiteit die de activiteit verricht, de Mededingingswet van toepassing. Hoewel het CBB dat niet met zoveel woorden zegt, bedoelt het hier kennelijk te zeggen dat in dat geval de gemeente als onderneming zou hebben gehandeld.

Begrip ondernemersvereniging

In de hiervoor aangehaalde zaak inzake AUV ging het CBB in op het betoog van AUV dat zij door levering te weigeren aan dierenartsen die zich bezighielden met een 'ongewenste wijze van praktijkuitoefening', niet als ondernemersvereniging had gehandeld, maar als ondernemer.[11] Het CBB nam in aanmerking dat AUV op instigatie van buurtpraktijken – leden van AUV – overging tot een leveringsweigering en het leveringsbeleid telkens heeft gemotiveerd door te verwijzen naar de onverenigbaarheid van de activiteiten van de uitgesloten dierenartsen met de behartiging van de belangen van haar leden, en oordeelde dat het gedrag van AUV daarmee een getrouwe weergave vormde van de wil van AUV om het gedrag van haar leden op de markt te coördineren. Overeenkomstig de vaste rechtspraak handelde AUV volgens het CBB dan ook als een ondernemingsvereniging.

Artikel 6

Beperking van de mededinging

Ook in 2008 zijn nog procedures afgerond volgens de versnelde procedure, namelijk in de sector verkeersregeltoestellen en verkeersregelinstallaties.[12] De besluiten bieden geen nieuwe gezichtspunten wat betreft de invulling van artikel 6 Mw en worden hier dan ook niet verder besproken.

In 2008 is wel eens te meer gebleken dat de rechter aan de onderbouwing van een sanctiebesluit hoge eisen stelt. Met name wordt van de NMa verwacht dat onderzoek wordt gedaan naar de concrete omstandigheden op de markt. Dit past in de economisering van het mededingingsrecht die zich in de afgelopen jaren heeft voorgedaan.

In *Solétanche Bachy France (SBF)*[13] oordeelde de Rechtbank Rotterdam dat de NMa onvoldoende onderzoek had verricht om de vraag te kunnen beantwoorden hoe de specifieke markt er in deze zaak uitzag en hoe de situatie voor SBF op de Nederlandse markt was. SBF had onderbouwd gesteld dat de raamovereenkomst die zij gesloten had met Heijmans Beton- en Waterbouw de mededinging niet (merkbaar) kon beperken, omdat SBF en Heijmans Beton- en Waterbouw geen (potentiële) concurrenten van elkaar waren op het gebied van civiele betonbouw op de Nederlandse markt. De raamovereenkomst bevatte een verplichting tot melding aan de andere partij van ieder werk in Nederland waarin bijzondere funderingstechnieken worden gebruikt en tot exclusief overleg over het wel of niet samenwerken in dergelijke projecten. Volgens de rechtbank was uit het onderzoek van de NMa niet duidelijk geworden hoe de aannemingsprocessen – in het kader van aanbestedingsprocedures – lopen en wat de risico's waren voor SBF als zij zelf als hoofdaannemer in Nederland zou optreden. Hierdoor werd volgens de rechtbank niet inzichtelijk of het al dan niet reëel was te veronderstellen dat SBF kon opereren als hoofdaannemer op de Nederlandse markt. De NMa achtte een concurrentieverhouding tussen partijen aanwezig op basis van vijf omstandigheden. Ten eerste meende de NMa dat Heijmans Beton- en Waterbouw in staat was om als hoofdaannemer te concurreren om projecten waarbij bijzondere funderingstechnieken betrokken waren, welke technieken zouden kunnen worden uitgevoerd via een onderaannemer of een combinatie van ondernemingen. Ten tweede meende de NMa dat uit de raamovereenkomst kon worden afgeleid dat SBF als hoofdaannemer zou kunnen concurreren om opdrachten waarbij geen bijzondere funderingstechnieken betrokken waren. Ten derde bleek uit een verklaring van SBF dat zij in staat zou zijn het project station Vijzelgracht (Noord-Zuidlijn) zelf te realiseren (zij had afgezien van zelfstandige inschrijving omdat het biedproces te ingewikkeld was en ook de fysieke omgeving van het project te ingewikkeld en te risicovol was voor een buitenlandse onderneming). Ten vierde had SBF volgens de NMa al ervaring op de Nederlandse markt. Ten slotte baseerde de NMa zich op de website van SBF en haar Engelse dochter, waarop zij aangaf met Heijmans Beton- en Waterbouw concurrerende werken te kunnen uitvoeren.[14] De rechtbank vond deze omstandigheden zonder onderzoek naar de markt, de concrete omstandigheden daarop, hoe de markt werkt, welke partijen op die markt van belang zijn en hoe de onderlinge verhoudingen zijn, dus onvoldoende om het 'niet onaannemelijke' standpunt van SBF te weerleggen. Expliciet merkte de rechtbank op dat wervende teksten op een website onvoldoende zijn om het standpunt van de NMa voldoende onderbouwd te achten. Bij besluit van 13 november 2008 heeft de NMa, naar aanleiding van deze uitspraak, het besluit van 18 december 2003 herroepen en besloten geen boete op te leggen.[15]

Ook in de zaak van het *Nederlands Instituut van Psychologen (NIP)*, de *Nederlandse Vereniging van Vrijgevestigde Psychotherapeuten (NVVP)* en de *Landelijke Vereniging van Eerstelijns Psychologen (LVE)* was in hoger beroep bij het CBB de onderbouwing door de NMa van de beperking van de mededinging aan de orde. Het CBB verklaarde het door de NMa tegen de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 17 juli 2006[16] ingestelde hoger beroep ongegrond.[17] In deze langlopende zaak werden de hiervoor genoemde organisaties beticht van overtreding van

11. CBB 3 juli 2008, AWB 06/526 en AWB 06/532, LJN BD6629.
12. Besluiten 27 juni 2008, zaak 5697_2, *Vialis Traffic B.V.* en Koninklijke Volker Wessels Stevin N.V.; zaak 5697_3, *Peek Traffic B.V. en Peek Traffic Holding B.V.*; zaak 5697_4 *Almsystems B.V.*; zaak 5697_5, *Ko Hartog Verkeerstechniek B.V.* en zaak 5697_6, *Siemens Nederland N.V.*
13. Rb. Rotterdam 4 maart 2008, MEDED 06/4942 VERW, LJN BC8958.
14. Zo zal het wel niet letterlijk op de website hebben gestaan, maar de rechtbank haalt het betoog van de NMa als zodanig aan.
15. Besluit 13 november 2008, zaak 2906/353, *Solétanche Bachy France S.A.*
16. Rb. Rotterdam 14 november 2006, MEDED 05/2213-WILD, MEDED 05/2214-WILD en MEDED 05/2215-WILD, LJN AY4928.
17. CBB 6 oktober 2008, ABW 06/667, LJN BF8820.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

artikel 6 lid 1 Mw, omdat zij adviestarieven hadden vastgesteld. Het CBB overwoog dat de NMa onvoldoende gemotiveerd had waarom de besluiten de strekking hadden de mededinging te beperken. De organisaties hadden in de procedure bij de NMa aangevoerd dat dat niet het geval was, omdat de adviestarieven voor psychologische en psychotherapeutische dienstverlening geen relevante concurrentieparameter zijn. De NMa had in haar besluitvorming nagelaten in te gaan op dit verweer. Wel had de NMa aangevoerd dat geen sprake was van tariefregulering door de overheid, dat sprake was van een jaarlijkse cyclus van besluitvorming en dat de tariefadviezen breed en regelmatig werden verspreid alsmede dat het gedetailleerde lijsten betrof. Volgens het CBB brachten deze omstandigheden echter niet mee dat een onderzoek naar de juridische en economische context achterwege kon blijven of dat buiten dit onderzoek mocht blijven de vraag of de prijs in de periode waar het besluit op zag, een relevante concurrentieparameter was. Ter onderbouwing van de stelling dat de adviesprijzen de strekking hadden de mededinging te beperken, had de NMa zich tevens gebaseerd op het door KPMG uitgebrachte rapport 'De markt voor psychologische zorg – deelmarktanalyse'. Uit dit rapport bleek echter dat de markt voor psychologische zorg wordt gekenmerkt door intransparantie en dat de huisarts bij de verwijzing van patiënten de wachtlijst in aanmerking neemt en de vraag of de patiënt de kosten kan afwentelen. Uit het rapport bleek met name niet of de huisarts bij verwijzing de prijs die de zorgaanbieder in rekening brengt, in aanmerking neemt. De NMa kon zich dan ook niet op dit rapport beroepen ter motivering van haar besluit.[18]

Niet in alle zaken die het CBB beoordeelde, constateerde het dat de NMa onvoldoende onderzoek had gedaan. In de zaak *AUV* die hiervoor is besproken, verwierp het CBB 37 van de 38 beroepsgronden.[19] Hier is van belang dat het CBB oordeelde dat het door AUV gevoerde handelsbeleid, inhoudend het sanctioneren van prijs- en marktverdelingafspraken tussen dierenartsen, ertoe strekte en als gevolg had dat de vrijheid van dierenartsen in hun onderlinge concurrentie werd beperkt en dat daarmee de mededinging werd verhinderd, dan wel werd beperkt en dat *derhalve* onderzoek naar de concrete gevolgen van het handelsbeleid van AUV voor de mededinging achterwege kon blijven. Het CBB verlangde in deze zaak niet dat de NMa uitgebreid onderzoek deed naar de concrete economische omstandigheden. Voor de vraag of het gedrag tot een *merkbare* mededingingsbeperking leidde, vond het CBB het voldoende als aannemelijk werd gemaakt dat AUV geen zwakke positie op de relevante markt had.[20] Nu AUV niet bestreed dat ongeveer 90 procent van de dierenartsenpraktijken lid was van de AUV en bovendien bleek dat AUV op de inkoopmarkt voor dierenartsenpraktijken van diergeneesmiddelen een marktaandeel had van 35-40 procent, achtte het CBB het aannemelijk dat het handelsbeleid van AUV in betekenende mate invloed had op de markt. Wat betreft de vraag gedurende welke periode de mededinging beperkt werd – en een overtreding van artikel 6 Mw plaatsvond – oordeelde het CBB in deze zaak dat het niet van belang was dat in de door de NMa gehanteerde boeteperiode geen leveringsweigeringen waren vastgesteld. Het CBB constateerde dat de door de NMa aan AUV verweten gedragingen niet alleen de leveringsweigeringen omvatten maar (juist) ook de door die weigeringen gesanctioneerde prijs- en marktverdelingsafspraken tussen dierenartsen. Volgens het CBB deed dit beleid, ook zonder dat tot nieuwe leveringsweigeringen werd besloten, zijn invloed op de markt gelden, *totdat* AUV uitdrukkelijk en ondubbelzinnig van dat beleid afstand had genomen. Dat de leveringsweigeringen niet op zich moesten worden beschouwd, maar als onderdeel van de prijs- en marktverdelingafspraken, maakte overigens dat voor de bepaling van de betrokken omzet niet alleen de onder de merknaam Eurovet op de markt gebrachte producten relevant waren, maar de totale omzet van AUV.

Ook in de hierboven reeds aan de orde gestelde zaak over de gronduitgifte door de gemeente Castricum aan een tennisvereniging was het CBB kort met betrekking tot het betoog van klagers dat de gronduitgifte tegen een symbolische prijs een beperking van de mededinging in de zin van artikel 6 Mw vormde. Volgens het CBB leidt de bepaling van een lage of symbolische prijs in een huur- of pachtovereenkomst behoudens bijzondere omstandigheden, waarvan klagers in hun klacht noch in de verdere procedure melding hadden gemaakt, niet tot afstemming van marktgedrag. A fortiori was evenmin sprake van afstemming die ertoe strekte of ten gevolge had dat de mededinging werd verhinderd, beperkt of vervalst.[21] Om deze reden bleven de rechtsgevolgen van het besluit in stand, ondanks dat het besluit werd vernietigd door het CBB.

Vermeldenswaardig is voorts de beslissing op bezwaar van de NMa waarbij zij het besluit herroept van 30 december 2002 waarin een boete was opgelegd aan Dutchtone (thans Orange), en afziet van het opleggen van een boete of last onder dwangsom.[22] Deze nieuwe beslissing op bezwaar is genomen naar aanleiding van de uitspraak van het CBB van 31 december 2007, waarbij het CBB prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie heeft gesteld inzake het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging.[23] Weliswaar betrof het dictum van deze uitspraak niet een oordeel over de deelname van Orange aan de onderling afgestemde feitelijke gedragingen, zoals de NMa constateerde, maar waren de overwegingen van het CBB op dit punt voldoende duidelijk. Terecht wachtte de NMa dan ook niet de definitieve uitkomst van de CBB-procedure, na het doorlopen van de prejudiciële procedure in Luxemburg, af.

18. Op 17 maart 2009 heeft de NMa in een nieuw besluit op bezwaar besloten aan het NIP, de NVVP en LVE geen boete op te leggen. Besluit 17 maart 2009, zaak 3309, *NIP, LVE en NVVP*.
19. CBB 3 juli 2008, AWB 06/526 en AWB 06/532, LJN BD6629. Alleen de grond inzake *undue delay* werd gehonoreerd. Daarop wordt hieronder nader ingegaan.
20. Zie ook CBB 7 december 2005, AWB 04/237 en 04/249, LJN AU8309.
21. CBB 15 januari 2008, AWB 06/140, LJN BC1932.
22. Besluit 7 februari 2008, zaak 2658-745.BT700, *Mobiele Operators*.
23. CBB 31 december 2007, AWB 06/657, 660, 661 en 662, LJN BC1396. Zie ook de noot van L.E.J. Korsten bij deze uitspraak, *Markt & Mededinging* 2008, p. 77-87.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Marktverdeling in de zorg/ketenzorg

In 2008 heeft de NMa voor het eerst thuiszorginstellingen beboet voor het overtreden van artikel 6 lid 1 Mw, omdat zij marktverdelingsafspraken zouden hebben gemaakt. In totaal bedroegen de opgelegde boetes ruim 7,8 miljoen euro. Deze boetes werden in twee verschillende besluiten opgelegd aan een aantal thuiszorginstellingen in respectievelijk de zorgkantoorregio 't Gooi en Kennemerland.[24] De NMa startte haar onderzoeken naar aanleiding van informatie die de thuiszorginstellingen zelf naar buiten hadden gebracht. In de zaak *Thuiszorg 't Gooi* werd de NMa op het spoor van de afspraken gebracht door informatie die de betrokken thuiszorgorganisaties in het kader van een fusiemelding aan de NMa hadden overgelegd. In de andere zaak werd de NMa getipt door de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa), omdat het jaarverslag van een van de betrokken thuiszorginstellingen aanleiding gaf tot het vermoeden dat mededingingsbeperkende afspraken werden gemaakt. Het is niet verrassend dat de NMa tot deze boeteopleggingen is gekomen, gezien het feit dat de NMa de zorgsector tot een van haar aandachtsvelden heeft bestempeld in de afgelopen jaren.[25]

In het besluit *Thuiszorg 't Gooi* constateerde de NMa dat de betrokken thuiszorginstellingen hadden afgesproken dat een van hen, Stichting Thuiszorg Gooi en Vechtstreken (STGV), alleen huishoudelijke verzorging zou aanbieden. Daarnaast had STGV haar activiteiten op het gebied van persoonlijke verzorging en verpleging overgedragen aan Stichting Vivium Zorggroep (Vivium) en Stichting Hilverzorg (Hilverzorg) en hadden zij afgesproken dat Vivium en Hilverzorg niet in elkaars werkgebied actief zouden worden. Ook zouden patiënten onderling worden doorverwezen om de gebiedsverdeling in stand te houden. Totdat zij deze afspraken maakten, oefenden zij volgens de NMa concurrentiedruk op elkaar uit. Het feit dat Vivium en Hilverzorg zich voor het aangaan van de samenwerking met name hadden toegelegd op het aanbieden van persoonlijke verzorging en verpleging thuis aan cliënten die woonachtig zijn in de aanleunwoningen rondom hun intramurale instellingen, deed hier niet aan af. Van Vivium en Hilverzorg ging immers de 'dreiging' uit dat zij hun activiteiten zouden kunnen gaan uitbreiden. Met name was dit aan de orde omdat Vivium en Hilverzorg goed verspreid waren over de regio. De afspraken die partijen hadden gemaakt, hebben de concurrentie met betrekking tot persoonlijke verzorging en verpleging thuis en huishoudelijke verzorging beperkt. De argumenten van partijen dat deze samenwerking noodzakelijk was om de kwaliteit van de zorg te bevorderen werden door de NMa niet gehonoreerd. Volgens de NMa gingen de gemaakte afspraken veel verder dan nodig was voor het tot stand brengen van een verbetering van de kwaliteit van de zorg, zoals mogelijk het realiseren van wijkgerichte zorg. Om wijkgerichte zorg tot stand te brengen was het niet noodzakelijk om Hilverzorg en Vivium een eigen werkgebied toe te kennen. Cliënten werden hierdoor beroofd van keuzevrijheid ten aanzien van hun zorgaanbieder. In het besluit *Thuiszorg 't Gooi* betoogden partijen dat de principes van ketenzorg op gespannen voet kunnen staan met de principes van marktwerking en dat waar concurrentie tussen zorgaanbieders in de keten het belang van de cliënt schaadde, ketensamenwerking dat belang juist zou dienen en dat vanuit die optiek onderlinge samenwerking gewenst en noodzakelijk was om kwalitatief goede zorg aan de cliënt te kunnen garanderen. In dit kader wees de NMa erop dat ketensamenwerking niet op mededingingsrechtelijke problemen zal stuiten, aangezien de samenwerking plaatsvindt met betrekking tot niet met elkaar in concurrentie staande activiteiten. De reden dat het betoog van partijen niet opging, was dan ook naar het oordeel van de NMa gelegen in de omstandigheid dat hun samenwerking betrekking had op activiteiten die wel met elkaar concurreerden.

In de zorgkantoorregio Kennemerland hadden Stichting Viva! Zorggroep (Viva!) en Stichting Zorgbalans (Zorgbalans) afgesproken dat Viva! in een gebied ten noorden van het Noordzeekanaal actief zou zijn en Zorgbalans alleen ten zuiden van het Noordzeekanaal. Hiertoe hadden partijen via twee fusies en een overdracht van een deel van de activiteiten twee nieuwe organisaties tot stand gebracht die elk hun 'eigen' werkgebied hadden. Op deze wijze hebben zij volgens de NMa de onderlinge concurrentie uitgeschakeld. Ook in deze zaak werd het argument dat het doel van de samenwerking onder meer het realiseren van wijkgerichte zorg was, door de NMa van tafel geveegd. Indien alleen wijkgerichte zorg het doel van de samenwerking was geweest, dan was het naar het oordeel van de NMa niet nodig om de concurrentie tussen Viva! en Zorgbalans te beperken.

Misbruik van economische machtspositie

In de al eerder aangehaalde zaak over de gronduitgifte door de gemeente Castricum, oordeelde het CBB eveneens over het betoog van klagers dat de gemeente door de gronduitgifte tegen een symbolische prijs misbruik van een economische machtspositie had gemaakt.[26] Volgens het CBB was de gedraging van de gemeente – de gronduitgifte voor een symbolisch bedrag – niet aan te merken als misbruik van een machtspositie op de markt voor (de exploitatie van) buitensportterreinen. Zou al sprake zijn van een economische machtspositie van de gemeente Castricum, dan nog bevatte de klacht geen enkel aanknopingspunt voor onderzoek dat tot de slotsom zou kunnen leiden dat de gemeente deze economische machtspositie door lage of symbolische huur- of pachtprijzen zou uitbuiten om voordelen te behalen die in een situatie van voldoende concurrentie niet gerealiseerd hadden kunnen worden. Evenmin bevatte de klacht enig aanknopingspunt

24. Besluit 19 september 2008, zaak 5851, *Thuiszorg 't Gooi* en besluit 19 september 2008, zaak 6108, *Thuiszorg Kennemerland.*
25. Zie onder andere de NMa-agenda 2006, de NMa-agenda 2007 en de NMa-agenda 2008.
26. CBB 15 januari 2008, AWB 06/140, LJN BC1932.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

voor nader onderzoek dat tot de conclusie zou kunnen leiden dat sprake is van misbruik doordat de gemeente Castricum haar eigen positie versterkt ten opzichte van concurrenten. Ook om deze reden bleven de rechtsgevolgen van het door het CBB vernietigde besluit in stand.

In een andere zaak werd door een groothandel die gereedschappen voor reparatie en vervanging van autoglas levert aan autoglasspecialisten geklaagd over het gedrag van een concurrent die misbruik zou maken van zijn economische machtspositie. Dit misbruik zou bestaan uit het onder druk zetten door de vermeende dominante onderneming van een leverancier van deze onderneming en van klager, door te bedingen dat deze leverancier niet meer aan klager leverde. In bezwaar bevestigde de NMa de afwijzing van de klacht op grond van het prioriteiteringsbeleid.[27] In dit besluit oordeelde de NMa dat voor de vaststelling dat artikel 24 Mw is overtreden, een (nader) economisch onderzoek verricht zou moeten worden om de marktverhoudingen in hun geheel in kaart te brengen. Bij dit onderzoek zouden niet alleen de relevante product- en geografische markten moeten worden bepaald, maar zou tevens onderzocht moeten worden in hoeverre de concurrerende afnemer op de relevante markten een machtspositie heeft. Niet alleen de positie van de leverancier zou in een dergelijk onderzoek moeten worden betrokken, maar ook de positie van andere fabrikanten, tussenhandelaren en eindverbruikers, alsmede de toetredingsbelemmeringen op de markten in kwestie. Ook zouden schaaleffecten in een nader onderzoek moeten worden betrokken. Hiermee lijkt de NMa te doelen op efficiëntieverbeteringen die meegenomen zouden moeten worden in een onderzoek. Een dergelijke benadering past in het nieuwe beleid van de Europese Commissie voor de toepassing van artikel 82 EG-Verdrag op uitsluitingsgedragingen, waarin rekening wordt gehouden met 'efficiëntieverbeteringen'.[28] In het besluit werd ook geconcludeerd dat er aan de zijde van de consument geen onderzoeksbelang is. Daar komt nog bij dat dient te worden bezien of objectief gezien sprake is van uitsluitingseffecten. Verder achtte de NMa van belang dat uit informatie van klager bleek dat behalve de drie direct bij de klacht betrokken ondernemingen nog andere (sterke) spelers actief zijn in de verschillende stadia van productie en verhandeling, zodat mocht worden aangenomen dat (zowel stroomafwaarts in de leveringsketen, als stroomopwaarts in de productieketen) sprake was van voldoende substitutiemogelijkheden en concurrentiedruk. De NMa achtte een eventueel optreden door de NMa ten aanzien van de gedraging waar klager over klaagt, in verhouding tot andere gedragingen in de markt waarnaar de NMa onderzoek instelt, niet doelmatig en niet doeltreffend.

Ook een klacht van de Stichting Auteursdomein tegen Centraal Boekhuis BV, inhoudend dat Centraal Boekhuis misbruik zou maken van haar machtspositie door het door Centraal Boekhuis beheerde ISBN-nummer niet openbaar toegankelijk te maken en slechts een hiervan afgeleid bestand, het CB-onlineregister, aan boekhandels aan te bieden, werd afgewezen op grond van het prioriteringsbeleid. De klager stelde dat uitgeverijen en auteurs die niet bij Centraal Boekhuis zijn aangesloten, zoals de klagende onderneming, schade zouden lijden, nu de boeken die zij uitgeven niet in het CB-online register zijn opgenomen. De NMa verwierp de bezwaren tegen de afwijzing van de klacht wegens gebrek aan prioriteit[29] door middel van een redelijk uitvoerig gemotiveerd besluit, waarbij de NMa oordeelde dat er geen indicaties waren dat de gedragingen van Centraal Boekhuis misbruik zouden vormen, gesteld al dat er sprake zou zijn van een economische machtspositie.[30]

In het hoger beroep van *Het Fries Hollands Rundvee-Stamboek (FHRS)* verwierp het CBB het betoog van FHRS dat CR Delta in strijd handelde met artikel 24 Mw.[31] FHRS is een vereniging die onder meer actief is op het terrein van uitgeven van stamboekcertificaten, die nodig zijn voor de export van rundvee. De divisie Koninklijk Nederlands Rundvee Syndicaat (NRS) van CR Delta beheert het NRS Informatie Systeem (NIS). Het NIS verzamelt gegevens over fok- en melkvee bijvoorbeeld betreffende afstamming, melkcontrole en inseminatie, en bewerkt deze tot informatieproducten, zoals melkproductieregistratie-uitslagen, stambomen en stamboekcertificaten. De in dit geding aan de orde zijnde activiteiten van CR Delta zijn gericht op gegevensverwerking van onder andere stamboekgegevens en de ontwikkeling en levering van informatieproducten aan rundveehouders en organisaties. FHRS en CR Delta zijn als stamboekorganisatie uitsluitend bevoegd om stamboekcertificaten af te geven. FHRS betichtte CR Delta ervan artikel 24 Mw te hebben overtreden door: (1) te weigeren haar de gegevens die zij nodig heeft voor een stamboekcertificaat elektronisch ter beschikking te stellen, en (2) het tarief voor haar stamboekcertificaat te verlagen van (toen nog) 40 gulden naar 25 gulden. In hoger beroep had FHRS nog naar voren gebracht dat CR Delta het NIS tegen kostprijs aan haar ter beschikking stelt. Dit betoog werd verworpen, omdat FHRS in haar klacht bij de NMa daarover niets had aangevoerd. Hieruit blijkt dat de NMa geen verplichting heeft om ambtshalve te onderzoeken welke mogelijke gedragingen van een onderneming waartegen een klacht wordt ingediend, op eventuele strijdigheid met de Mededingingswet stuiten. Het is aan de klager om het gedrag aan te wijzen waarop de klacht betrekking heeft. Voorts oordeelde het CBB dat CR Delta niet daadwerkelijk de toegang had geweigerd tot gegevens die FHRS nodig heeft voor het opmaken van een stamboekcertificaat. Het CBB verwierp daarbij het betoog van FHRS dat CRV misbruik maakt van een machtspositie door meer dan alleen handelingskosten in rekening te brengen voor het beschikbaar stellen van die gegevens. Volgens het CBB is het in rekening brengen van kosten gemoeid met opslag,

27. Besluit 21 april 2008, zaak 6199, *MRX-Tools vs. Pilkington*.
28. Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, Pb. EU 2009, C 45/7.
29. Besluit 27 juli 2007, zaak 5985/4, *Stichting Auteursdomein vs Centraal Boekhuis.*
30. Besluit 18 februari 2008, zaak 5985/52, *Stichting Auteursdomein vs Centraal Boekhuis*.
31. CBB 19 februari 2008, AWB 06/298, LJN BC4740.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

bewerking en beheer van gegevens een gebruikelijke praktijk (ook zonder dat een onderneming een machtspositie heeft, kan men daaraan toevoegen) die als zodanig niet als misbruikelijk kan worden aangemerkt. Het feit dat CRV het tarief dat zij aan derden rekent niet integraal in aanmerking neemt bij de bepaling van de prijs die zij rekent voor de exportcertificaten die zij zelf afgeeft, is voor het antwoord op de vraag of het tarief dat aan derden wordt gerekend excessief hoog is, niet relevant, aldus het CBB. Het betoog dat de prijs voor exportcertificaten onbillijk laag zou zijn, kon het CBB verwerpen omdat uit onderzoek van de NMa was gebleken dat die prijs boven zowel de vaste als de variabele kosten lag en dat sprake was van een winstmarge.[32] In principe lijkt deze argumentatie aan te sluiten bij de onlangs gepubliceerde richtsnoeren van de Europese Commissie over de toepassing van artikel 82 EG-Verdrag op uitsluitingsgedrag,[33] omdat uit de gegevens niet blijkt dat CR Delta verliezen leed die vermeden hadden kunnen worden. De Europese Commissie heeft aangegeven dat zij in haar onderzoek naar roofprijzen beoordeelt of de onderneming met een machtspositie dusdanig lage prijzen hanteert dat zij op korte termijn verlies lijdt of winst derft.[34] Hierbij wordt bekeken of de prijszetting onder de *Average Avoidable Cost*[35] (AAC) ligt. Deze kosten zijn volgens de Europese Commissie vaak gelijk aan de gemiddelde variabele kosten. Niettemin betrekt het CBB in haar uitspraak slechts een van de aspecten die een rol spelen bij de beoordeling van roofprijzen. Zo zal de Europese Commissie ook kunnen kijken of het prijsgedrag op de korte termijn heeft geleid tot netto-inkomsten die lager liggen dan bij een redelijk, alternatief gedrag had kunnen worden verwacht.[36] Daarnaast kan de Europese Commissie ook nagaan of een even efficiënte (hypothetische) concurrent daadwerkelijk kan concurreren met het prijsgedrag van de dominante onderneming. Indien dit het geval is, zal in beginsel geen sprake zijn van misbruik.[37] Gelet op het feit dat hier sprake is van nieuw beleid, kon het CBB deze aspecten niet in haar oordeel betrekken. Wanneer de NMa in de toekomst deze richtsnoeren bij haar besluitvorming hanteert, kunnen we ook van het CBB ten aanzien van de andere aspecten die een rol kunnen spelen bij de toetsing van roofprijzen, een oordeel verwachten.

Toezeggingen

Het eerste toezeggingsbesluit is inmiddels ook een feit.[38] Vijf kinderopvangorganisaties in Amsterdam hadden bij de NMa een toezeggingsbesluit aangevraagd waarin zij toezeggingen deden om te voorkomen dat in strijd gehandeld zou worden met artikel 6 lid 1 Mw.[39] De NMa had bepaalde gedragingen van de kinderopvangorganisaties onder de loep genomen en constateerde dat zich mededingingsproblemen voordeden. De kinderopvangorganisaties hadden in eerste instantie met elkaar afgesproken dat zij geen kinderopvangactiviteiten zouden ontplooien in elkaars werkgebied, tenzij zij toestemming hadden gekregen van de kinderopvangorganisatie in het betreffende gebied (het 'toestemmingsvereiste'). Deze afspraken werd kracht bij gezet doordat de kinderopvangorganisaties ouders en scholen via een website verwezen naar de betrokken kinderopvangorganisatie die in het betreffende stadsdeel actief was. Tevens hadden zij de acquisitie van klanten voor tussenschoolse opvang naar werkgebied ingedeeld door middel van een lijst waarbij per kinderopvangorganisatie was bepaald welke scholen benaderd zouden worden voor het leveren van de opvang. Nadien was het instemmingsvereiste vervangen door de afspraak dat de kinderopvangorganisaties elkaar zouden informeren als zij in elkaars werkgebied activiteiten zouden gaan ontplooien (de 'informatieplicht'). De NMa stelde ook vast dat na de introductie van de informatieplicht partijen geen nieuwe activiteiten hadden ontplooid in elkaars werkgebied en de verwijzingen via de website niet waren gewijzigd. Door deze afspraken hadden de kinderopvangorganisaties volgens de NMa elkaar in staat gesteld elkaars marktgedrag te beïnvloeden en elkaar vergaand inzicht gegeven in elkaars marktgedrag.[40] Hierdoor werden de keuzemogelijkheden van ouders en scholen beperkt. De toezeggingen van de kinderopvangorganisaties zagen op het voorkomen van dergelijke gedragingen in de toekomst. Tevens werden controlemechanismen in het leven geroepen om de naleving van de toezeggingen te waarborgen. Bij de bespreking van de doelmatigheid van toezeggingsbesluiten[41] geeft de NMa aan dat zij een toezegging ten aanzien van doelbeperkingen in beginsel niet doelmatig acht.[42] Frappant is dat in deze zaak nu juist wel een doelbeperking aan de orde was, namelijk gebiedsverdeling, terwijl de NMa niet geheel duidelijk maakt waar-

32. Overeenkomstig het *AKZO*-arrest inzake roofprijzen in het kader van artikel 82 EG-Verdrag; HvJ EG 3 juli 1991, zaak C-62/86, *Jur.* 1991, p. I-3359.
33. Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, Pb. EU 2009, C 45/7.
34. In de richtsnoeren ook wel als 'offer' aangeduid, randnummer 63.
35. Dit zijn de kosten die door de onderneming met een machtspositie vermeden hadden kunnen worden indien zij niet een beperkte hoeveelheid output (extra) had geproduceerd, zie voetnoot 18 van de richtsnoeren.
36. Randnummer 65 van de richtsnoeren.
37. Randnummer 67 e.v. van de richtsnoeren.
38. Sinds de wijziging van de Mededingingswet per 1 oktober 2007 heeft de NMa de bevoegdheid om een toezeggingsbesluit te nemen. Door het aanvragen van een toezeggingsbesluit kunnen ondernemingen die zich in de gevarenzone van artikel 6 Mw of artikel 24 Mw bevinden, voorkomen dat zij een boete opgelegd krijgen. Zie de artikelen 49a-49d Mw.
39. Besluit 30 juni 2008, zaak 5701, *Kinderopvang Amsterdam*.
40. De afspraken konden overigens naar het oordeel van de NMa niet worden gerechtvaardigd, omdat zij niet proportioneel en noodzakelijk waren, zie de randnummers 32-35 van het besluit.
41. In artikel 49a lid 2 onder 3 Mw is aangegeven dat de NMa een toezeggingsbesluit kan nemen indien in een concreet geval het nemen van het toezeggingsbesluit uit het oogpunt van handhaving van de wet doelmatiger is dan het opleggen van een boete of last onder dwangsom.
42. Tevens merkt de NMa op dat zij in beginsel alleen een toezeggingsbesluit neemt indien alle betrokken ondernemingen een aanvraag doen voor een toezeggingsbesluit.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

om zij afwijkt van haar eerdere overweging dat in dergelijke gevallen geen sprake is van doelmatigheid.

Sancties

Versnelde procedure in de bouw

In diverse uitspraken heeft de Rechtbank Rotterdam zich gebogen over het vraagstuk van de versnelde procedure in de boetebesluiten met betrekking tot de bouwsector.[43] Wellicht ten overvloede: in de versnelde procedure konden ondernemingen de in het rapport vastgestelde feiten en de essentie van het rapport niet betwisten. Daarnaast dienden ondernemingen af te zien van het voeren van een individueel verweer en individuele inzage in het dossier. De zienswijze op het rapport diende via een centraal gemachtigde plaats te vinden, welke gemachtigde ook de mogelijkheid had het dossier in te zien. Tegenover het deelnemen aan de versnelde procedure stond een boetevermindering van 15 procent.

Een aantal ondernemingen stelde zich in beroep op het standpunt dat de voorwaarden van de versnelde procedure eenzijdig door de NMa waren gewijzigd. Deze ondernemingen waren van mening dat zij in de bezwaarfase wel de feiten en de juridische beoordeling in het rapport hadden mogen aanvechten. De NMa oordeelde echter dat partijen ook in bezwaar af dienden te zien van betwisting van de feiten en de juridische beoordeling. De rechtbank oordeelde dat de ondernemingen vóór het nemen van het primaire besluit de keuze hadden om al dan niet in de versnelde procedure met zijn voordelen te blijven en dat de ondernemingen óók in bezwaar er nog voor hadden kunnen kiezen de versnelde procedure te verlaten. Het gaat om een vrijwillige keuze, zodat de mogelijkheid van het maken van bezwaar dan ook op geen enkele wijze door de NMa was beperkt.

Rechtmatigheid van de aanbestedingsomzet als boetegrondslag

In de uitspraken van de Rechtbank Rotterdam omtrent de bouwfraude-gerelateerde boetes werd uitgebreid aandacht besteed aan de rechtmatigheid van de aanbestedingsomzet als boetegrondslag.[44] Volgens vaste jurisprudentie, ook van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en het Hof van Justitie, dient de rechter de hoogte van een opgelegde boete 'vol' te toetsen. Dat wil zeggen dat de rechter ten volle beoordeelt of, alle relevante feiten en omstandigheden in aanmerking genomen, onevenredigheid bestaat tussen de overtreding en de opgelegde boete.

De rechtbank overwoog in de aangehaalde zaken dat het aan de NMa is om binnen het kader van artikel 57 Mw bij het bepalen van de boetegrondslag een keuze te maken. De keuze voor de aanbestedingsomzet als boetegrondslag acht de rechtbank in beginsel niet in strijd met artikel 57 Mw en evenmin onredelijk. Niet gesteld of gebleken is dat hiermee de boete uitkomt boven het in artikel 57 Mw genoemde maximum. Het vorenstaande geldt evenzeer voor de keuze om uit te gaan van de aanbestedingsomzet van één jaar en wel van het jaar 2001, het laatste jaar van de overtreding. Het gegeven dat er ook andere keuzes mogelijk (zouden) zijn (geweest), maakt niet dat de thans gemaakte keuze onredelijk is. Dat bij de boetegrondslag geen onderscheid is gemaakt tussen openbare en onderhandse aanbestedingen, dat niet bij alle aanbestedingen sprake is geweest van afstemming over werkverdeling en inschrijfgedrag en dat er verschillen kunnen zijn tussen regio's en tussen grote en kleinere werken, doet evenmin afbreuk aan deze conclusie. Hierbij heeft de rechtbank mede de inhoud en omvang van het systeem van onderlinge afspraken in acht genomen. Bovendien had de NMa – mede naar aanleiding van het door de centraal gemachtigde in de generieke zienswijze naar voren gebrachte punt dat niet bij vrijwel alle aanbestedingen sprake was van vooroverleg – niet het maximale boetepercentage van 12 procent gehanteerd, maar gekozen voor een boetepercentage van 10 procent, zo constateerde de rechtbank. Men kan zich afvragen in hoeverre deze toetsing een daadwerkelijk 'volle toetsing' is.

Boetehoogte

Bij verzoeken om matiging van de boete wegens hun financiële situatie stelden meerdere ondernemingen dat de aan hen opgelegde boete in geen enkele verhouding staat tot de financiële situatie en de aard en de omvang van de getroffen onderneming. De NMa hanteerde dienaangaande als hoofdregel dat zij bij het vaststellen van de hoogte van de boete niet verplicht was rekening te houden met de financiële positie van de onderneming. Alleen in een uitzonderingssituatie, te weten dat een aan de onderneming opgelegde boete haar faillissement waarschijnlijk maakt, zou zij daarmee op grond van het evenredigheidsbeginsel rekening houden. Hieruit volgt het toetsingscriterium van de NMa bij de nadere invulling van haar hardheidsbeleid: de boete dient het faillissement van een onderneming waarschijnlijk te maken op het moment dat de boete wordt opgelegd. Het waarschijnlijke faillissement diende daarbij een direct gevolg te zijn van de door de NMa opgelegde boete. De NMa kon verlangen dat een onderneming het eventuele beroep op hardheid (hardheidsverweren) diende te onderbouwen met controleerbare (financiële) bewijsstukken. Deze bewijsstukken werden door de NMa slechts controleerbaar geacht indien deze afkomstig waren van een onafhankelijke en objectieve bron, te weten een registeraccountant dan wel een accountant-administratieconsulent.

De rechtbank was van oordeel dat het verzoek om financiële gegevens van de moedermaatschappij in het kader

43. Rb. Rotterdam 17 oktober 2008, LJN BG0948; LJN BG0949; LJN BG0951; LJN BG0953; LJN BG0954; LJN BG0955. Rb. Rotterdam, 23 juli 2008, LJN BD8265; LJN BD8569; LJN BD8245; LJN BD8225; LJN BD8550; LJN BD8558; LJN BD8261; LJN BD8259; LJN BD8227; LJN BD8255; LJN BD8268; LJN BD8231; LJN BD8272; LJN BD8275 en LJN BD8517.

44. Rb. Rotterdam 17 oktober 2008, LJN BG0948; LJN BG0949; LJN BG0951; LJN BG0953; LJN BG0954; LJN BG0955. Rb. Rotterdam, 23 juli 2008, LJN BD8265; LJN BD8569; LJN BD8245; LJN BD8225; LJN BD8550; LJN BD8558; LJN BD8261; LJN BD8259; LJN BD8227; LJN BD8255; LJN BD8268; LJN BD8231; LJN BD8272; LJN BD8523; LJN BD8275 en LJN BD8517.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

van de beoordeling van de hardheid redelijk is. Bij deze beoordeling kon de financiële situatie van de dochtermaatschappij niet los gezien worden van de financiële situatie van de moedermaatschappij. Daar waar partijen de gevraagde financiële gegevens van de moedermaatschappij niet hadden overgelegd, kon de NMa in bezwaar het beroep op hardheid afwijzen.[45]

Fiscuskorting

In meerdere uitspraken voerde de Rechtbank Rotterdam een redelijkheidstoets uit omtrent de fiscuskorting (de extra korting op de boete die bouwondernemingen konden krijgen als zij de NMa toestemming gaven informatie uit de clementieaanvragen door te geven aan de belastingdienst). De NMa achtte het niet onredelijk dat alleen die ondernemingen die een clementietoezegging hadden, aanspraak konden maken op de boetevermindering in de vorm van een fiscuskorting. Als onderbouwing van haar oordeel voerde de rechtbank aan dat een clementieverzoek dat niet leidde tot een clementie*toezegging* ofwel te laat (na het bekend maken van het rapport) was ingediend ofwel onvoldoende concrete informatie bevatte. In beide gevallen was er geen sprake van het doorgeleiden van informatie naar de Belastingdienst.[46]

Vergelijking met boete aan grote ondernemingen

In *Sallandse Wegenbouw B.V./NMa*[47] heeft de Rechtbank Rotterdam een oordeel geveld omtrent de evenredigheid van de opgelegde boetes. Bij het bepalen van de hoogte van de boete hoefde de NMa geen rekening te houden met de verhouding van de boete tot het eigen vermogen. Dat zou immers neer (kunnen) komen op het verschaffen van een ongerechtvaardigd concurrentievoordeel aan de ondernemingen die het minst aangepast zijn aan de eisen van de markt. Het wettelijk vastgestelde boetemaximum van artikel 57 Mw vormt in beginsel voldoende waarborg tegen onevenredige beboeting in verhouding tot de (totale) omvang en macht van de onderneming.

Betalingsregeling

In meerdere uitspraken overwoog de Rechtbank Rotterdam dat het aanbieden van een betalingsregeling geen verplichting is voor de NMa. De rechtbank was verder van oordeel dat de NMa in redelijkheid kon verlangen dat een onderneming het verzoek om een betalingsregeling met controleerbare financiële informatie onderbouwt.[48]

Maatschappelijke gevolgen boete

In de uitspraak inzake Joost Visser Aannemingsbedrijf B.V./NMa[49] stelde de betrokken onderneming dat de afweging in het kader van het evenredigheidsbeginsel zich mede dient uit te strekken tot de maatschappelijke gevolgen die de boete met zich zal brengen. Waar maar een beperkt aantal bouwbedrijven wordt beboet, dient het belang van de werkgelegenheid tegen het belang van een maar beperkt effectieve (want maar aan een beperkt aantal bedrijven opgelegde) boete te worden afgewogen. Van een dergelijke belangenafweging bleek niet uit de beslissing op bezwaar, zodat deze niet in stand kon blijven volgens de onderneming. De rechtbank overwoog dat de NMa toezicht houdt op de naleving van – onder meer – de Mw. In het kader van de handhaving van de Mw kan zij boetes opleggen aan ondernemingen, waarbij zij rekening dient te houden met de individuele belangen van de te beboeten bedrijven. Het rekening houden met maatschappelijke gevolgen zoals het belang van werkgelegenheid is niet een belang waar de NMa bij het opleggen van de boete rekening mee dient te houden.

Boeteverlagende factoren

Volgens de Boetecode van de NMa[50] kan de beëindiging uit eigen beweging van een overtreding resulteren in een boeteverlaging (randnummer 49 van de Boetecode). Nadere vereisten stelt de Boetecode niet op dit punt. In de zaak *Vialis Traffic*[51] gaf de NMa daarentegen aan dat *in beginsel* beëindiging uit eigen beweging van een overtreding *geen* aanleiding tot matiging van een boete geeft en dat dat slechts in bijzondere omstandigheden anders kan zijn. Volgens de NMa heeft zij op dit punt beleidsvrijheid. Wij zetten hier vraagtekens bij. De Boetecode bevat immers juist beleidsregels, waarvan de NMa weliswaar mag afwijken, maar men zou zeggen dat de Boetecode toch de hoofdregel dient weer te geven. Dit volgt tevens uit artikel 4:84 Algemene wet bestuursrecht (Awb) waarin is aangegeven: 'Het bestuursorgaan handelt overeenkomstig de beleidsregel, tenzij dat voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen.' Zoals uit het voorgaande blijkt, heeft de NMa de beleidsregel in wezen omgekeerd, terwijl zij daar geen reden voor geeft. De NMa kan naar onze mening de regel in randnummer 49 van de Boetecode niet op die wijze toepassen zoals zij dat in dit besluit heeft gedaan. Het verdient dan ook aanbeveling de Boetecode aan te passen, als dit de nieuwe beleidslijn van de NMa is.

Toerekening van een overtreding

De Rechtbank Rotterdam oordeelde, refererend aan de jurisprudentie van het Hof van Justitie, dat het niet uitgesloten is dat een moedermaatschappij naast een dochtermaatschappij aansprakelijk wordt gehouden voor een overtreding van de mededingingsregels door die dochter.[52] Daarvoor is het niet nodig, aldus de rechtbank, dat de moedermaatschappij zelf ook de mededingingsre-

45. Rb. Rotterdam 23 juli 2008, LJN BD8265 en LJN BD8569.
46. Rb. Rotterdam 23 juli 2008, LJN BD8265; LJN BD8569; LJN BD8245; LJN BD8225; LJN BD8550; LJN BD8558; LJN BD8261; LJN BD8259; LJN BD8255; LJN BD823; LJN BD8272 en LJN BD8275.
47. Rb. Rotterdam 23 juli 2008, MEDED 06/5029 STRN, LJN BD8523.
48. Rb. Rotterdam 23 juli 2008, LJN BD8265; LJN BD8569; LJN BD8550; LJN BD8558; LJN BD8268 en LJN BD8231.
49. Rb. Rotterdam 23 juli 2008, MEDED 07/1855 VRLK, LJN BD8245.
50. Besluit van 28 juni 2007, *Stcrt*. 2007, 123, zoals gewijzigd bij besluit van 9 oktober 2007, *Stcrt*. 2007, 196.
51. Besluit 27 juni 2008, zaak 5697_2 , *Vialis Traffic B.V.* en Koninklijke Volker Wessels Stevin N.V.
52. Rb. Rotterdam 30 oktober 2008, MEDED 07/1827 VERW, LJN BG2730 en Rb. Rotterdam 9 juli 2008, MEDED 07/1829-WILD, LJN BD7003. Verwezen werd naar GvEA 12 december 2007, zaak T-112/05, *Akzo Nobel e.a./Commissie, Jur*. 2007, p. II-5049.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

gels heeft overtreden.[53] De NMa stelde zich volgens de rechtbank terecht op het standpunt dat voor de beantwoording van de vraag aan wie overtredingen kunnen worden toegerekend, aansluiting dient te worden gezocht bij het Europese mededingingsrecht. Hierin wordt, zoals bekend, de lijn gehanteerd dat wanneer een moedermaatschappij 100 procent van de aandelen in een dochtermaatschappij bezit, ervan uitgegaan mag worden dat de moedermaatschappij daadwerkelijk een beslissende invloed had of heeft op het gedrag van haar dochter. Indien dat rechtsvermoeden niet op overtuigende wijze wordt weerlegd, kan de overtreding mede worden toegerekend aan de moeder en kan deze (mede) hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor de overtreding, althans voor de duur dat er sprake is van een economische eenheid. Omdat er, in een situatie als deze, sprake is van een vermoeden dat kan worden weerlegd door de moedermaatschappij en dat hierbij geen sprake is van een schuldvraag, speelt naar het oordeel van de rechtbank (de onschuldpresumptie van) artikel 6 van het EVRM in dit verband dan ook geen rol. Betwijfeld kan worden of een dergelijk vermoeden één op één kan worden toegepast in situaties waarin sprake is van overtreding van nationale wetgeving, omdat ons nationale rechtsstelsel geen grond lijkt te bieden voor de aanname van een vermoeden zoals in het EG-recht. Geconstateerd kan evenwel worden dat de wetgever[54] een toerekening als hiervoor bedoeld toch tot de mogelijkheden heeft gerekend.

Clementie

Volgens de (oude) Richtsnoeren Clementietoezegging[55] geldt als voorwaarde voor clementie dat de indiener van het clementieverzoek zich tot de vaststelling van de sanctiebeschikking onthoudt van iedere gedraging die het onderzoek van de NMa zou kunnen belemmeren. Belemmering van het onderzoek is reden voor verval van het recht op boetevermindering. Volgens de NMa hoeft niet te worden aangetoond dat het onderzoek ook daadwerkelijk belemmerd is. Wanneer de clementieverzoeker bijeenkomsten organiseert waarin zij aan de overige betrokken ondernemingen heeft meegedeeld dat zij een clementieverzoek zou gaan indienen of dat reeds had gedaan en daarbij de namen van de overige betrokken ondernemingen zal noemen of heeft genoemd, beschouwt de NMa dat als een mogelijke belemmering van het onderzoek. Het risico dat de NMa geen bewijsmateriaal van de overtreding bij de overige betrokken ondernemingen zou kunnen achterhalen was daarmee aanzienlijk vergroot, aldus de NMa. Zou een dergelijke belemmering normaliter leiden tot verval van het recht op clementie, in de zaak betreffende de *Verkeersregeltoestellen en -installaties* achtte de NMa geheel verval buitenproportioneel, gezien het grote aantal clementieverzoeken in de bouwsector en de daarmee gepaard gaande publiciteit, en paste zij een (straf)korting toe van 20 procent op de anders toepasselijke clementiekorting van 100 procent.[56]

Uit verschillende uitspraken blijkt dat de Rechtbank Rotterdam van oordeel is dat het hanteren van een clementieregeling en het daarmee verlenen van kortingen op de opgelegde boetes een discretionaire bevoegdheid is van de NMa.[57] Dit houdt in dat de NMa binnen het kader van de bij en krachtens de wet getroffen regeling een bepaalde beleidsvrijheid ter zake is gelaten. De rechtbank dient deze vrijheid te respecteren, tenzij de NMa bij het gebruikmaken van haar bevoegdheid de grenzen, getrokken door algemeen verbindende voorschriften, algemene rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur, overschrijdt. Een en ander brengt mee dat de gebruikmaking door de NMa van haar bevoegdheid door de rechtbank, terughoudend beoordeeld dient te worden. Ook het inschatten wanneer sprake is van 'additionele informatie' ligt volledig binnen het domein van de NMa. De NMa beschikt als enige over alle verschafte informatie en verdere onderzoeksresultaten en kan dan ook als enige een beoordeling maken van de additionele waarde van die informatie.

Procedurele aspecten

Begrip belanghebbende

Ten aanzien van de belanghebbendheid bij een (hoger) beroep oordeelde het CBB dat AUV, dat in beroep was gegaan tegen het besluit waarbij aan Aesculaap een boete was opgelegd ter zake van overtreding van artikel 6 Mw door zowel Aesculaap als AUV, niet als belanghebbende in de zin van artikel 1:2 Awb kan worden aangemerkt.[58] Het feit dat ook aan AUV een boete was opgelegd en AUV daartegen beroep en hoger beroep had ingesteld brengt – ondanks het bestaan van inhoudelijke samenhang met het beroep van Aesculaap – niet mee dat AUV een rechtstreeks belang heeft bij de uitkomst van de door Aesculaap aangespannen procedure en uit dien hoofde in de gelegenheid dient te worden gesteld als partij aan het geding deel te nemen. Het CBB wees erop dat AUV in de gelegenheid was het aan haar gerichte besluit in rechte aan te vechten, van welke gelegenheid zij ook gebruik heeft gemaakt, waardoor zij aldus beschikte over een zelfstandige door haar aan te wenden rechtsgang om haar belangen in deze te behartigen. In de uitspraak naar aanleiding van het door AUV ingestelde hoger beroep, oordeelde het CBB – vanzelfsprekend – in dezelfde zin over de belang-

53. De Rechtbank Rotterdam sluit hierbij aan bij haar eerdere uitspraak in de zaak *Secon*: Rb. Rotterdam 13 februari 2004, MEDED 02/309 RIP, LJNAO3912.
54. MvT bij de Mededingingswet, *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 86-87.
55. Besluit van 28 juni 2002, *Stcrt*. 2002, 122, laatstelijk gewijzigd bij Besluit van 29 maart 2006, *Stcrt.* 2006, 63, inmiddels vervangen door Richtsnoeren Clementie 2007, *Stcrt*. 2007, 196.
56. Besluit 27 juni 2008, zaak 5697_2, *Vialis Traffic B.V.* en Koninklijke Volker Wessels Stevin N.V.
57. Rb. Rotterdam 17 oktober 2008, LJN BG0949; LJN BG0951; LJN BG0953; LJN BG0954; LJN BG0955. Rb. Rotterdam, 23 juli 2008, LJN BD8265; LJN BD8569; LJN BD8245; LJN BD8225; LJN BD8550; LJN BD8558; LJN BD8261; LJN BD8259; LJN BD8227; LJN BD8255; LJN BD8268; LJN BD8231; LJN BD8272; LJN BD8275 en LJN BD8517.
58. CBB 3 juli 2008, AWB AWB 06/531 en 06/535, LJN BD6635.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

hebbendheid van Aesculaap.[59] Het CBB heeft overigens in haar uitspraak van 3 juli 2008[60] de lijn van haar eerdere uitspraak in *Carglass* bevestigd. Uit de wetsgeschiedenis van artikelen 59 tot en met 62 Mw volgt namelijk dat de oorspronkelijke klager bij de NMa als belanghebbende in de zin van artikel 1:2 Awb moet worden aangemerkt.

Toezicht en onderzoek

Bij de wijziging van de Mededingingswet in 2007 heeft de NMa de mogelijkheid gekregen om een boete op te leggen voor het verbreken van een verzegeling.[61] De eerste boete ter zake, 269.000 euro, werd in het verslagjaar opgelegd aan Sara Lee.[62] Sara Lee bracht naar voren dat haar geen boete opgelegd diende te worden omdat het onderzoeksbelang van de NMa niet was geschaad, aangezien volgens Sara Lee de toegangsdeur van de verzegelde ruime tijdens de periode van de verzegeling niet open was geweest. Volgens de NMa was echter het enkele feit dat de verzegeling was verbroken voldoende om een overtreding van artikel 70b lid 1 Mw te constateren. Ook het betoog van Sara Lee dat de NMa had moeten bewijzen dat de verzegeling opzettelijk was verbroken en dat zij niet de zorg heeft betracht die redelijkerwijs van haar kon worden verwacht om de zegelverbreking te voorkomen, werd door de NMa niet gehonoreerd. De NMa stelt in het besluit dat zij voor het opleggen van een boete krachtens artikel 70b Mw niet gehouden is opzet aan te tonen. Evenmin hoeft zij rekening te houden met de zorg die de betreffende onderneming heeft betracht om een zegelverbreking te voorkomen.

Een belangrijke uitspraak voor de uitoefening van de bevoegdheid inzage te vorderen ex artikel 5:17 Awb, werd gedaan door de voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Gravenhage naar aanleiding van door Fortis en Allianz ingestelde vorderingen.[63] Beide partijen stelden zich op het standpunt dat de NMa onrechtmatig gehandeld had, doordat zij van haar bevoegdheid tot het vorderen van inzage gebruik had gemaakt op een wijze die niet redelijkerwijs nodig was voor de vervulling van haar taak. Bovendien zou zij bij het gebruik van haar bevoegdheid overgegaan zijn tot doorzoeken. Hiermee zou de NMa in strijd hebben gehandeld met het evenredigheidsbeginsel van artikel 5:13 Awb. Volgens de voorzieningenrechter laat de werkwijze van de NMa onverlet dat, nadat privé- en *legal privilege*documenten zijn uitgezonderd, bij het onderzoek mogelijk gegevens worden gekopieerd die niet vallen binnen doel en onderwerp van het onderzoek. De voorzieningenrechter merkte daarbij op dat het vastleggen in een digitaal logboek dit niet anders maakt, omdat dat geen uitsluitsel geeft over de vraag hoe intensief en hoe lang die bestanden bij het onderzoek door de NMa zijn ingezien. Hierdoor is niet uit te sluiten dat bestanden langer dan noodzakelijk door de NMa worden ingezien. Zo'n logboek biedt daarom onvoldoende waarborgen tegen *fishing expeditions*, aldus de voorzieningenrechter. Hij vond dit echter geen reden om te oordelen dat de gekopieerde digitale gegevens vernietigd of geretourneerd moesten worden, maar veroordeelde de NMa partijen in de gelegenheid te stellen het door de NMa uit te voeren onderzoek van de digitale kopieën te laten plaatsvinden in aanwezigheid van hun gemachtigden. Op deze wijze kon erop worden toegezien dat gekopieerde gegevens die buiten het doel en onderwerp van het onderzoek vielen niet alle werden doorzocht. De kopieën waarvan de NMa niet expliciet en per document aangeeft dat die relevant zijn voor het onderzoek, dienen op grond van de uitspraak direct na dit onderzoek aan de betrokken partij te worden afgegeven. Naar onze opvatting leidt de uitspraak ertoe dat de beperking die de voorzieningenrechter aanbrengt direct bij het kopiëren ter plaatse reeds geldt, en de NMa dus geen kopieën mag maken van documenten die buiten doel en onderwerp van het onderzoek vallen en bovendien dat dergelijke documenten slechts beperkt (en kort) mogen worden ingezien, namelijk voor zover nodig om te bepalen of zij binnen dat doel en onderwerp vallen. De voorzieningenrechter achtte de werkwijze overigens niet in strijd met artikel 8 EVRM, daar de uitoefening van de bevoegdheid bij de wet is voorzien en noodzakelijk is in een democratische samenleving.[64]

Undue delay

In zijn uitspraken inzake *AUV en Aesculaap* ging het CBB in op de kwestie van de redelijke termijn.[65] Het CBB overwoog dat de redelijke termijn een aanvang neemt wanneer door de NMa jegens de betreffende onderneming een handeling wordt verricht waaraan deze in redelijkheid de verwachting ontleent, en in redelijkheid kan ontlenen, dat haar wegens overtreding van de Mededingingswet een boete zal kunnen worden opgelegd. In beginsel is dat het geval bij het uitbrengen van een rapport in de zin van artikel 59 Mw, maar het CBB wijst er met zoveel woorden op dat specifieke omstandigheden kunnen meebrengen dat de aanvang op een eerder moment kan liggen.

Het CBB stelde bij het bepalen van de redelijkheid van een termijn dat alleen vertragingen die moeten worden toegerekend aan het bestuursorgaan of in voorkomend geval aan rechterlijke instanties, bepalend kunnen zijn voor de motivering van het oordeel dat een redelijke termijn is overschreden. Het nam hierbij in aanmerking dat in het algemeen procedures strekkend tot naleving van artikel 6 Mw als ingewikkeld zijn aan te merken. De diversiteit en het geringe repetitieve karakter van procedures strekkende tot naleving van artikel 6 Mw, brengen naar het oordeel van het CBB mee dat niet als algemeen uitgangspunt kan worden gehanteerd dat een redelijke termijn is overschreden als niet binnen twee jaar nadat deze termijn is aangevangen door de rechtbank uitspraak wordt gedaan. Het CBB was van oordeel dat deze termijn in een geval als hier aan de orde dient te worden verruimd tot

59. CBB 3 juli 2008, AWB 06/526 en AWB 06/532, LJN BD6629. Zie CBB 3 juli 2008, AWB AWB 06/531 en 06/535, LJN BD6635.
60. CBB 3 juli 2008, AWB AWB 06/531 en 06/535, LJN BD6635.
61. Artikel 70b Mw.
62. Besluit 18 oktober 2008, zaak 6432, *Zegelverbreking Sara Lee*.
63. Vzr. Rb. 's-Gravenhage 13 oktober 2008, 317585/KG ZA 08-1043 en 318855/KG ZA 08-1128, LJN BH2647.
64. De NMa heeft geen beroep ingesteld tegen deze uitspraak.
65. CBB 3 juli 2008, AWB 06/526 en AWB 06/532, LJN BD6629 en CBB 3 juli 2008, AWB AWB 06/531 en 06/535, LJN BD6635.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

drieënhalf jaar, waarbij twee jaar aan bestuurlijke besluitvorming en heroverweging in bezwaar kan worden toegerekend en anderhalf jaar aan de rechterlijke beoordeling in eerste aanleg. In de eerste fase zal bij een definitieve besluitvorming binnen een periode van twee jaar in het algemeen, behoudens specifiek door appellant te leveren bewijs, geen sprake zijn van overschrijding van de redelijke termijn, terwijl anderzijds in geval van een langere duur dan twee jaar van de NMa mag worden verwacht dat die langere duur met specifieke argumenten wordt gerechtvaardigd, aldus het CBB. Het bevestigde het oordeel van de rechtbank dat de periode van zeven maanden tussen het rapport en de hoorzitting voor het indienen van zienswijzen, te lang was, waar vier maanden redelijk zou zijn geweest. Het CBB achtte niet van belang dat het rapport zowel overtreding van artikel 6 Mw als artikel 24 Mw betrof, omdat niet valt in te zien hoe deze omstandigheid kan leiden tot rechtvaardiging van drie maanden omdat het rapport immers al was opgesteld. Ook de omstandigheid dat het dossier omvangrijk was en dat 35 mogelijk benadeelden voor de hoorzitting waren uitgenodigd kon volgens het CBB niet dienen ter verklaring van de bedoelde periode van drie maanden.

Het CBB sloot zich voorts aan bij de rechtbank wat betreft het oordeel over de tweede periode van inactiviteit, namelijk de periode tussen ontvangst van de laatste reactie op 13 november 2001 en het besluit van NMa op 29 augustus 2002. Het CBB vond de algemene verwijzing naar omvangrijke zienswijzen en nader ingediende stukken onvoldoende om tot het oordeel te komen dat een periode van zes maanden niet toereikend zou zijn om te besluiten, aangezien de NMa niet had gemotiveerd tot welk nader onderzoek deze zienswijzen en stukken aanleiding hadden gegeven.

Ook ten aanzien van de derde periode van vertraging die de rechtbank aan de NMa heeft toegerekend (vier maanden van de periode van zeven maanden die de bezwaaradviescommissie nodig had na de hoorzitting voor het uitbrengen van haar advies), bevestigde het CBB het oordeel van de rechtbank. De NMa had gesteld dat deze periode gerechtvaardigd was doordat het nodig was gebleken dat partijen op die hoorzitting hun standpunt naar aanleiding van nader ingediende stukken konden toelichten en dat een termijn van meer dan drie maanden na de hoorzitting niet per definitie onredelijk lang was. Naar het oordeel van het CBB was hiermee geen rechtvaardiging gegeven voor de lange periode die is verstreken na de hoorzitting.

Ambtshalve oordeelde het CBB dat de redelijke termijn in hoger beroep – die volgens het CBB in een geval als dit op twee jaar moet worden gesteld – eveneens was overschreden (zij het slechts met enkele dagen!). Het CBB zag daarin toch aanleiding tot een verdere vermindering van de boete tot 20 procent.

Van belang is voorts dat het CBB opmerkte dat overschrijding van de redelijke termijn in een uitzonderlijk geval ertoe kan leiden dat de NMa niet langer gerechtigd is de inbreuk op de mededingingsregels te bestraffen met oplegging van een boete, maar dat in dit geval overschrijding van de redelijke termijn met ongeveer 21 maanden zo'n vergaande consequentie niet rechtvaardigt.

Openbaarmaking

Na de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak uit 2007 inzake de toepasselijkheid van de WOB op bij de NMa aanwezige documenten,[66] heeft de NMa in het verslagjaar diverse besluiten op WOB-verzoeken moeten nemen. Een aantal daarvan had betrekking op documenten betreffende de fusie van Evean Groep, Philadelphia en Woonzorg Nederland.[67] Ten aanzien van deze verzoeken oordeelde de NMa dat een verzoek om afschriften van de zienswijzen die door derden in deze zaak waren ingediend gehonoreerd kon worden, met dien verstande dat de identiteit van de indieners niet geopenbaard werd, evenmin als alle gegevens waaruit die identiteit kan worden afgeleid.[68] In het kader van een verzoek om een kopie van een door Woonzorg Nederland in verband met de aangeboden remedies aan Wooninvesteringsfonds verstrekte opdracht, besliste de NMa dat onder andere de termijnen voor afstoting, uittreksels uit de onderhoudsbegroting, de overeengekomen kostenverdeling, de vergoedingsstructuur voor beheer- en verkoopactiviteiten, als vertrouwelijke bedrijfs- en fabricagegegevens moeten worden beschouwd en daarom niet geopenbaard kunnen worden ingevolge artikel 10 lid 1 aanhef en onder c WOB.

In een drietal andere zaken[69] honoreerde de NMa het verzoek om openbaarmaking van de feitelijke berekeningen die ten grondslag lagen aan de berekeningen van marktaandelen in de (ontheffings)zaken 378 (*FOCWA*), 469 (*Topherstel*) en 597 (*Ontheffing Schadegarant*), alsmede het verzoek om alle stukken te ontvangen die betrekking hebben op de FOCWA erkenningsregeling en kwaliteitseisen uit het dossier in zaak 378. De NMa honoreerde eveneens het verzoek tot inzage in het gehele dossier in zaak 469 (*Topherstel*), met uitzondering van de gegevens over de winstmarge, het gehele dossier in zaak 597 (*Ontheffing Schadegarant*). Wat dat laatste dossier betreft, merkt de NMa op dat het verzoek *grotendeels* wordt gehonoreerd, zonder te vermelden welke gegevens niet voor openbaarmaking in aanmerking komen. Ook het rapport van de Focwa en KPMG '2005 begon op 8 september 1999' werd op verzoek geopenbaard.[70]

In alle zaken waarin om openbaarmaking van gegevens van of betrekking hebbend op derden wordt verzocht, vraagt de NMa aan die derden of zij bezwaar hebben tegen openbaarmaking en zo ja, op welke gronden van artikel 10 WOB. Wanneer een verzoek van deze derden tot geheimhouding door de NMa niet wordt ingewilligd wordt het WOB-verzoek conform artikel 6 lid 3 WOB, niet eerder ingewilligd dan twee weken na de bekendmaking van het besluit. Wanneer de derden een voorlopige voorziening

66. ABRvS 7 februari 2007, 200605788/1, LJN AZ7951.
67. Zie o.a. besluit 9 mei 2008, zaak 6360, *WOB-verzoek Boekel de Nerée*.
68. Besluit 21 mei 2008, zaak 6364, *WOB-verzoek M. Tamminga*. Dit is in lijn met het standpunt dat de NMa reeds in 1998 innam in het kader van artikel 8:29 Awb in de fusie *Vendex/KBB*: Rb. Rotterdam 2 november 1999, MEDED 98/2166-SIMO, LJN AA5040.
69. Ongedateerde besluiten in de zaken 6304, 6386 en 6342.
70. Ongedateerd besluit, zaak 6304.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

indienen tegen de verstrekking, wordt de informatie niet verstrekt, zolang het verzoek aanhangig is.[71]
Afwijzend reageerde de NMa op het verzoek om afschriften van alle (voorbereidende) documenten waarin de NMa haar beleid heeft bepaald c.q. vastgelegd ten aanzien van het (enkel) opleggen van boetes in de (deel)sectoren in de bouw aan 100 procent aandeelhouders.[72] Volgens de NMa verstrekt zij geen interne documenten die (mede) betrekking hebben op handhavingszaken die nog niet onherroepelijk zijn, omdat het verstrekken van dergelijke interne documenten een onevenredige benadeling van de NMa tot gevolg zou hebben. Opmerkelijk is dat de verzoeker er in het besluit *en passant* op wordt gewezen dat zijn verzoek kennelijk uitgaat van de (volgens de NMa) verkeerde veronderstelling dat de NMa in geval van beboeting van een onderneming verplicht is de boete (mede) toe te rekenen aan de betrokken moedermaatschappij, ook indien daarbij geen sprake is van 100 procent aandeelhouderschap.
Met name interessant voor de mededingingspraktijk is het oordeel van de NMa over een verzoek om het rapport betreffende de Asfalt Productie Noord-Nederland openbaar te maken. In die zaak werd in het rapport van 9 december 2002 een vermoeden van een overtreding uitgesproken. In het besluit d.d. 25 oktober 2006 naar aanleiding van dit rapport concludeerde de NMa dat de in het rapport omschreven gedragingen als zodanig geen overtreding vormden van artikel 6 lid 1 Mw.[73] Enkele geadresseerden van het rapport beriepen zich op het *Pergan*-arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg, waarin het Gerecht had geoordeeld dat een besluit waarin in de overwegingen een overtreding werd vastgesteld, maar niet in het dictum, niet openbaar gemaakt mocht worden.[74] De reden daarvoor was dat geen beroep openstaat tegen de overwegingen. Volgens de NMa was deze zaak niet te vergelijken met de *Pergan*-zaak, omdat een rapport alleen een vermoeden van een overtreding bevat en partijen zich daartegen kunnen verweren. Het rapport is volgens de NMa dus geen besluit waarbij een overtreding is vastgesteld. Op zichzelf is dat natuurlijk juist, maar die redenering gaat wellicht wel te gemakkelijk voorbij aan het effect dat zo'n vermoeden in bijvoorbeeld civiele procedures teweeg kan brengen. Niettemin lijkt in de Nederlandse situatie de *Pergan*-situatie minder snel aan de orde te zijn: zou in een besluit de NMa uiteindelijk slechts vaststellen dat wordt afgezien van het opleggen van een boete, zonder dat in het dictum wordt vastgesteld dat er geen sprake is van een overtreding, dan lijkt naar Nederlands (bestuurs)recht een beroep tegen zo'n besluit mogelijk. Hoe dan ook was in de *APNN*-zaak in het uiteindelijke besluit geen overtreding vastgesteld.
Wat betreft de mogelijkheid bepaalde gegevens openbaar te maken, oordeelde de NMa dat de belangenafweging in het kader van artikel 10 lid 2 WOB meebrengt dat prijzen en andere bedrijfsgegevens van meer dan zes jaar geleden openbaar gemaakt konden worden, met uitzondering van gegevens over de prijsopbouw, omdat die *wellicht* nog actueel zijn. Vraag is of de NMa niet had moeten nagaan of die gegevens *daadwerkelijk* nog actueel waren op het moment van het WOB-verzoek.
De WOB-problematiek lijkt al met al een zelfstandige tak van sport binnen het mededingingsrecht te worden: een WOB-verzoek betrekking hebbend op de correspondentie in het kader van de behandeling van een ander WOB-verzoek werd eveneens gehonoreerd. [75]

71. Zie bijvoorbeeld: besluit (ongedateerd), zaak 6386; besluit 29 mei 2008, zaak 6381 en besluit 21 mei 2008, zaak 6364 (in welke laatste twee besluiten de passage over de voorlopige voorziening niet is opgenomen)
72. Besluit 9 juli 2008, zaak 6407, *WOB-verzoek Heijmans en IBC (II)*.
73. Besluit 25 oktober 2006, zaak 3020, *APNN*.
74. GvEA 12 oktober 2007, zaak T-474/04, *Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse/Commissie, Jur*. 2007, p. II-4225.
75. Besluit 15 januari 2008, zaak 6281, *WOB-verzoek Houthoff Buruma*.