

Annotatie

CBb oordeelt dat NMa onderzoek in zaak mobiele operators deels overnieuw moet doen

Mr. L.E.J. Korsten*

32

Inleiding

Inmiddels zijn acht jaar verstreken sinds de NMa op 30 december 2002 het primaire boetebesluit in de zaak van de mobiele operators nam. En nog is er geen einde gekomen aan de beroepsprocedure naar aanleiding van dit besluit. In zijn beslissing d.d. 12 augustus 2010 heeft het CBb, met toepassing van het prejudicieel arrest van het Hof van Justitie d.d. 4 juni 2009 (zaak C-8/08, *T-Mobile e.a./NMa*), de uitspraak van Rechtbank Rotterdam d.d. 13 juli 2006 bevestigd. Aangezien de rechtbank het besluit op bezwaar had vernietigd, ligt de zaak na acht jaar dus opnieuw bij de NMa op het bordje. In deze annotatie zal de nadruk liggen op de concrete invulling door het CBb van het begrip onderling afgestemde feitelijke gedragingen (oafg) en de toepassing van het Anic-bewijsvermoeden.

Korte voorgeschiedenis¹

Op 30 december 2002 werden KPN, O2 (later Telfort), Dutchtone (later Orange), Ben (later T-Mobile) en Libertel (later Vodafone) door de NMa voor een totaal-

bedrag van € 88 miljoen beboet wegens verboden afspraken dan wel afstemming ter zake van dealervergoedingen bij *postpaid*-abonnementen en fraudebestrijding bij *prepaid*-pakketten tijdens een bijeenkomst op 13 juni 2001. In bezwaar werd het bedrag van de boete door de NMa herberekend en verlaagd tot circa € 52 miljoen. In beroep oordeelde de rechtbank dat ter zake van *prepaid*-pakketten geen inbreuk kon worden vastgesteld, maar dat ter zake van *postpaid*-abonnementen door T-Mobile, KPN en Vodafone bedrijfsgevoelige informatie was uitgewisseld. De rechtbank vernietigde het besluit op bezwaar van de NMa wegens onjuiste invulling van het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging, het veronachtzamen van essentiële regels van bewijsrecht en onjuiste vaststelling van de hoogte van de boete.² In hoger beroep oordeelde het CBb ter zake van *prepaid*-pakketten dat de voor een onderling afgestemde feitelijke gedraging vereiste wederkerigheid niet was komen vast te staan. Ter zake van *postpaid*-abonnementen oordeelde het CBb dat sprake was geweest van onderlinge afstemming tussen de betreffende operators.³ Het CBb zag echter onduidelijkheden en legde in zijn verwijzingsbeschikking d.d. 31 december 2007 drie prejudiciële vragen voor aan het Hof van Justitie. De eerste vraag had betrekking op de uitleg van de zinsnede 'ertoe strekken' in artikel 101 lid 1 VWEU (oud art. 81 lid 1 EG-

* Mr. L.E.J. Korsten is advocaat bij DLA Piper Nederland N.V.

1. Zie de eerdere annotaties (van mijn hand) in dit blad: *M&M* 2006/07, p. 224-230 (uitspraak Rb. Rotterdam d.d. 13 juli 2006), *M&M* 2008/03, p. 77-87 (uitspraak CBb d.d. 31 december 2007) en *M&M* 2009/06, p. 195-201 (uitspraak HvJ EG d.d. 4 juni 2009).

2. Tegen deze beslissing was zowel door KPN en T-Mobile als door de NMa hoger beroep ingesteld. Vodafone heeft op uitnodiging van het CBb als partij aan de procedure in hoger beroep deelgenomen. Voor Telfort en Orange eindigde de zaak door intrekking van de boetebesluiten wegens het ontbreken van bewijs van feitelijke deelname aan de vermeende afstemming.

3. Uitdrukkelijk en zonder voorbehoud, zie r.o. 7.2.2. van de uitspraak d.d. 12 augustus 2010.

Verdrag). De tweede vraag had betrekking op het bewijsvermoeden dat ondernemingen die aan een afstemming hebben deelgenomen en op de markt blijven, behoudens tegenbewijs worden vermoed bij de bepaling van hun marktgedrag rekening te houden met de informatie die werd uitgewisseld (het zogenoemde Anic-vermoeden). De derde vraag had betrekking op de toepassing van het Anic-vermoeden in geval sprake is van slechts één bijeenkomst. Op de eerste vraag antwoordde het Hof van Justitie dat een onderling afgestemde feitelijke gedraging een mededingingsbeperkende strekking heeft wanneer zij, gelet op de inhoud en het (objectieve) doel ervan en rekening houdend met de juridische en economische context, de mededinging concreet kan verhinderen, beperken of vervalsen en dat informatie-uitwisseling tussen concurrenten een mededingingsbeperkende strekking heeft wanneer zij de onzekerheden over het door de betrokken ondernemingen voorgenomen gedrag kan wegnemen. Op de tweede vraag antwoordde het Hof van Justitie dat het Anic-vermoeden besloten ligt in het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging en door de nationale rechter respectievelijk mededingingsautoriteit behoudens tegenbewijs moet worden toegepast. Op de derde vraag antwoordde het Hof van Justitie dat het Anic-vermoeden ook van toepassing is in geval sprake is van slechts één bijeenkomst.

Samenvatting uitspraak CbB d.d. 12 augustus 2010

Mededingingsbeperkende strekking

De belangrijkste knoop die het CbB na de uitspraak van het Hof van Justitie moest doorhakken, had betrekking op de vraag of in de zaak van de mobiele operators sprake was van een onderling afgestemde feitelijke gedraging met een mededingingsbeperkende strekking. Door het CbB wordt uit het arrest van het Hof van Justitie 'afgeleid' dat daarvan sprake is wanneer de *afstemming concreet – dat wil zeggen: rekening houdend met de juridische en economische context – geschikt is om te leiden tot een verhindering, beperking of vervalsing van de mededinging*.⁴ Het CbB refereert in dit verband aan punt 46 van de conclusie van A-G Kokott vóór het prejudicieel arrest van het Hof van Justitie, dat de moeite van het citeren waard is:

'Voor het verbod krachtens artikel 81, lid 1, EG is het reeds voldoende wanneer een onderling afgestemde feitelijke gedraging volgens ervaringsregels het potentieel heeft om negatieve effecten te weeg te brengen op de mededinging. Met andere woorden, de onderling afgestemde feitelijke gedraging hoeft slechts concreet – dat wil zeggen rekening houdend met de juridische en economische context – geschikt te zijn om te leiden tot een verhindering, beperking

of vervalsing van de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt.'⁵

Het CbB wijst er voorts op⁶ dat volgens het Hof van Justitie

'uitwisseling van informatie geacht moet worden ertoe te strekken de mededinging te beperken, als die gedraging onzekerheden van de betrokkenen over het tijdstip, de mate en de modaliteiten van de door de betrokken onderneming door te voeren aanpassing kan wegnemen.'

Het CbB stelt vervolgens vast dat door de NMa onweersproken is gesteld dat details van het voornemen van Vodafone om de dealervergoedingen voor *postpaid*-abonnementen te verlagen, zoals het moment waarop de verlaging zou worden doorgevoerd en de modaliteiten van de verlaging, tijdens de bijeenkomst op 13 juni 2001 aan de andere deelnemers bekend zijn geworden. De dealervergoeding wordt door het CbB aangemerkt als vergoeding van een dienst⁷ en daarmee een van de middelen waarmee de verkoopinspanningen van de dealer kunnen worden beïnvloed met, volgens het CbB, gevolgen voor de onderlinge concurrentie van de operators en het keuzegedrag van de consument.⁸ De stelling van KPN dat er geen verband is – ook niet 'zijdelings' – tussen de hoogte van de dealervergoedingen en de verbruikersprijzen, werd hiermee verworpen. Het CbB oordeelt dat '*niet onaannemelijk* is dat, mede gelet op de omstandigheid dat op de relevante markt slechts enkele aanbieders actief zijn, een verandering in (de hoogte van) deze vergoeding een verandering in het gedrag van de dealers teweeg kan brengen' (cursivering LEJK). Dit oordeel van het CbB is in lijn met de overweging van het Hof van Justitie⁹ dat 'bij abonnementen de dealervergoedingen beslissende elementen [zijn] ter zake van de vaststelling van de prijs die de eindgebruiker zal betalen'.¹⁰ Het CbB concludeert dat de door Vodafone op 13 juni 2001 verstrekte informatie geschikt was om onzekerheden over het door Vodafone voorgenomen gedrag met betrekking tot de dealervergoedingen weg te nemen en dat de rechtbank derhalve terecht heeft geoordeeld dat

4. Zie r.o. 7.3.2

5. De gedachtegang van het Hof van Justitie en de A-G lijken sterk op het criterium 'gevaarstelling' uit het civiele recht (naar ervaringsregels waarschijnlijk of redelijkerwijs voorzienbaar, HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 (Kelderluik) resp. het 'voorwaardelijk opzet' uit het strafrecht (het mogelijkheidsbewustzijn, naar algemene ervaringsregels als aanmerkelijk te beschouwen kans). Zie over het toetsingscriterium van het Hof van Justitie mijn annotatie bij het prejudicieel arrest van het Hof van Justitie d.d. 4 juni 2009, M&M 2009/06, p. 196-198.

6. Onder verwijzing naar r.o. 41 van het prejudicieel arrest.

7. Bemiddeling door de dealer/agent bij de totstandkoming van mobiele *postpaid*-abonnementen.

8. Vgl. de uitspraak van het CbB d.d. 28 oktober 2005 inzake *Modint*, LJN AU5316.

9. R.o. 37.

10. Met deze overweging ging het Hof van Justitie overigens zijn boekje te buiten. Het is immers niet aan het Hof van Justitie als uitleg rechter om een oordeel uit te spreken over de feiten, al helemaal niet zonder hoor en wederhoor.

de informatie-uitwisseling een mededingingsbeperkende *strekking* had.¹¹

Merkbaarheid

Ter zake van de merkbaarheid refereert het CBb aan zijn verwijzingsbeslissing en de daarin reeds aangehaalde uitspraak van het CBb in de *Secon*-zaak. Ofschoon de rechtbank had nagelaten aan te geven welke markt door haar als uitgangspunt was genomen – de retailmarkt of de consumentenmarkt voor mobiele telefoondiensten – is het College van oordeel, gelet op de uit het dossier blijken marktaandeel, dat op geen van beide markten sprake is van een zodanig zwakke positie van de mobiele operators dat het *Secon*-vermoeden van merkbaarheid niet zou mogen worden toegepast.¹²

Causaal verband, Anic-vermoeden

Vervolgens komt het CBb toe aan de vraag of er causaal verband is tussen de afstemming en het daaropvolgende marktgedrag. Het Hof van Justitie had dienaangaande geoordeeld¹³ dat van de bij de afstemming betrokken ondernemingen ‘mag worden geëist dat zij het bewijs leveren dat die afstemming geen invloed op hun marktgedrag heeft gehad’.¹⁴ Op de vraag hoe sterk dit tegenbewijs in het licht van het onschuldvermoeden van artikel 6 lid 2 EVRM moet zijn, was het Hof van Justitie niet ingegaan. Het CBb doet dat wel. Onder verwijzing naar de bekende *Salabiaku*-zaak overweegt het CBb dat ‘niet mag worden gevegd dat het bewijsvermoeden wordt weerlegd met *onomstotelijk* bewijs dat de afstemming geen invloed op hun marktgedrag heeft gehad’ (cursivering LEJK). Volgens het College ‘moeten marktdeelnemers zo veel aandragen, dat het vermoeden van beïnvloeding van hun marktgedrag wordt ontkracht’. Het College concludeert vervolgens dat de mobiele operators dienen ‘aan te tonen dat de verlaging van de dealervergoedingen, ondanks hun aanwezigheid bij de bijeenkomst op 13 juni 2001, toch een zelfstandige ondernemersbeslissing is geweest’. Daarbij overweegt het College – in lijn met r.o. 60 van het arrest van het Hof van Justitie – dat de onderhavige eenmalige afstemming voldoende was om het door de betrokken ondernemingen nagestreefde mededingingsbeperkende doel te realiseren. Het CBb onderschrijft tot slot het oordeel van de rechtbank dat het besluit op bezwaar moet worden vernietigd omdat de NMa niet heeft gemotiveerd waarom hetgeen de mobiele operators hebben aangevoerd niet als een weerlegging van het vermoeden kan gelden. In het kader van de te nemen nieuwe beslissing op bezwaar zal de NMa derhalve alsnog gemotiveerd moeten ingaan op hetgeen door KPN, T-Mobile en Vodafone ter weerlegging van het Anic-vermoeden is aangevoerd.¹⁵

Boeterichtsnoeren NMa

Vervolgens gaat het CBb in op de stelling van T-Mobile dat de door de NMa gehanteerde *boeterichtsnoeren onrechtmatig* zijn in zoverre zij de hoogte van de boete primair relateren aan de betrokken omzet. Het College verwierpt deze grief. Het CBb is van oordeel dat het beleid van de NMa niet in strijd is met het recht. Doordat zowel de economische betekenis van de inbreuk als de specifieke omstandigheden van de betreffende onderneming in aanmerking worden genomen kan, aldus het CBb, niet worden volgehouden dat de omstandigheid dat bij de vaststelling van de hoogte van de boete de omvang van de betrokken omzet mede als uitgangspunt wordt genomen *a priori* leidt tot een onevenredige boete.¹⁶

Begin en einde afstemming

Dan komen het begin en einde van de afstemming aan de orde. Op dit punt oordeelt het CBb dat de NMa terecht van 13 juni 2001 als begindatum is uitgegaan ‘omdat op dat moment de afstemming heeft plaatsgevonden en de betrokken partijen vanaf dat moment op de hoogte waren van elkaars marktgedrag en daarmee rekening konden houden’. De stelling van de mobiele operators, dat als begindatum moet worden aangemerkt de datum waarop zij hun standaarddealervergoedingen hebben verlaagd, wordt hiermee verworpen. Het CBb is voorts met de rechtbank van oordeel dat de einddatum van de overtreding is gelegen op 1 november 2001, ‘het moment waarop KPN als eerste haar standaardvergoeding weer aanpaste’.

Boetetoemeting

Ook wat de boetetoemeting betreft bevat de beslissing van het CBb twee interessante elementen. Allereerst merkt het CBb op dat – anders dan de NMa stelt – het feit dat de gevolgen van een overtreding niet in aanmerking behoeven te worden genomen bij de vaststelling van de overtreding nog niet betekent dat de beoogde gevolgen evenmin in ogenschouw behoeven te worden genomen bij de bepaling van de zwaarte van de overtreding. Ter zake van de ernst van de overtreding overweegt het CBb dat deze afhangt van de invloed die met de gedraging op de structuur van de markt kan worden uitgeoefend, hetgeen op zichzelf weer afhankelijk is van de periode waarover zich de effecten van de in casu eenmalige bijeenkomst hebben voorgedaan. Vanwege de beperkte frequentie en de korte periode waarin zich de effecten van de afstemming op de markt hebben voorgedaan, is het College met de rechtbank van oordeel dat de (vermoede) overtreding niet kan worden aangemerkt als een zeer zware noch als een zware overtreding.

Omdat geen enkele grief slaagt, bevestigt het CBb de uitspraak van de rechtbank. De NMa zal derhalve ten aanzien van KPN, T-Mobile en Vodafone een nieuw besluit op bezwaar moeten nemen.

11. R.o. 7.3.3 en r.o. 7.3.4.

12. R.o. 7.4.1.

13. R.o. 61.

14. Dit is het Anic-vermoeden.

15. R.o. 7.5.2.

16. R.o. 7.7.2.

Commentaar

Over de uitspraak van het CBB d.d. 12 augustus 2010 kan meer in het algemeen worden opgemerkt dat zij niet baanbrekend is. De antwoorden van het Hof van Justitie op de prejudiciële vragen van het CBB lieten immers weinig speelruimte voor het CBB over. Ik zal hierna nog kort ingaan op drie voor de praktijk relevante aspecten van de beslissing van het CBB: onderling afgestemde feitelijke gedragingen met een mededingingsbeperkende strekking, het Anic-vermoeden en het ontkrachten daarvan en de toetsing van de NMa richtsnoeren boetetotemeting.

Onderling afgestemde feitelijke gedraging

Wat betreft de kwalificatie doelbeperking of effectbeperking zij allereerst opgemerkt dat het CBB in zijn beslissing niet inhoudelijk is ingegaan op de in de literatuur opgeworpen kwestie dat het onderscheid tussen strekkings- of doelbeperkingen enerzijds en effectbeperkingen anderzijds, door het Hof van Justitie nogal lijkt te zijn vervaagd door de invoering van het ‘concreet geschikt’-criterium voor strekkingsbeperkingen. Het CBB overwoog enkel dat uit de overwegingen 28, 29 en 30 van het arrest van het Hof van Justitie volgt dat het Hof het onderscheid tussen strekkingsbeperkingen en gevolgbeperkingen ‘heeft willen handhaven’. Het CBB behoefde overigens ook niet nader in te gaan op dit punt.¹⁷ De instructie van het Hof van Justitie aan het CBB hield immers concreet in¹⁸ dat het CBB moest nagaan of de tijdens de bijeenkomst van 13 juni 2001 uitgewisselde informatie onzekerheid over het voorgenomen marktgedrag kon wegnemen. Het CBB achtte een nader feitelijk of economisch onderzoek niet nodig om te concluderen dat in casu sprake was van een strekkingsbeding. Het CBB motiveert zijn beslissing dienaangaande redelijk uitvoerig.¹⁹ De lat voor de bewijslevering op een cruciaal onderdeel van de redenering wordt echter niet erg hoog gelegd (‘niet onaannemelijk’).²⁰ Ik ben geneigd in het prejudicieel arrest van het Hof van Justitie en de toepassing die door het CBB daaraan wordt gegeven geen verdere economisering van het mededingingsrecht te zien.²¹

De belangrijkste les die mijns inziens uit de zaak van de mobiele operators kan worden getrokken is dat altijd

acht moet worden geslagen op de concrete omstandigheden van het geval, maar dat het uitwisselen van informatie over voorgenomen marktgedrag respectievelijk één of meer concurrentieparameters²² al snel kwalificeert als afstemming met een mededingingsbeperkende strekking. Dit is ook het geval wanneer sprake is van *eenmalige* afstemming en/of een eenzijdige verklaring, mits de verklaring wordt afgelegd in het kader van *samenwerking* tussen ondernemingen (wederkerigheidvereiste).²³ Dat laatste was in theorie altijd al het geval, maar de zaak van de mobiele operators vormt een goede illustratie van deze theorie. Bij institutionele kartels – zoals wij er vele kennen, onder meer uit de chemische sector – zal de kwalificatie ‘afstemming met een mededingingsbeperkende strekking’ doorgaans betrekkelijk eenvoudig kunnen worden gemaakt. Maar juist bij vermeende *ad hoc* afstemming zoekt men naar houvast. De verwijzingsbeschikking van het CBB d.d. 31 december 2007 en de uitspraak van het CBB d.d. 12 augustus 2010 geven dat houvast. Voor de praktijk is de navolgende overweging uit voornoemde verwijzingsbeschikking omtrent de vraag of sprake is van afstemming van groot belang:²⁴

‘... is het College van oordeel dat aan de hand van de omstandigheden van het geval moet worden vastgesteld of aannemelijk is dat aan de wederkerigheidsvoorwaarde is voldaan zodat de risico’s van concurrentie welbewust worden vervangen door feitelijke samenwerking. In beginsel hoeft niet te worden uitgesloten dat uit het ontbreken van verzet van de ontvanger van informatie of het gedogen dat een ander bedrijfsvertrouwelijke mededelingen doet, wordt afgeleid dat de betreffende ondernemingen besloten tot afstemming van hun gedragingen. Hierbij komt het er op aan welke betekenis door de bij de betreffende afstemming betrokken ondernemingen onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mocht worden toegekend aan de betreffende reactie.²⁵ Hierbij kan onder andere in aanmerking worden genomen parallel marktgedrag dat anderszins onvoldoende kan worden verklaard en overige contacten tussen de betreffende ondernemingen. Het enkele uitblijven van een reactie, zoals hier kennelijk het geval is, op de mededeling van bedrijfsvertrouwelijke informatie op een niet openbare bijeenkomst is, zon-

17. In andere zaken, met name wanneer sprake is van afstemming die niet bestaat uit uitwisseling van informatie, kan deze kwestie mogelijk wel een rol van betekenis spelen.

18. R.o. 41-42.

19. R.o. 7.3.3-7.3.5.

20. R.o. 7.3.3: ‘(...) Het is volgens het College niet onaannemelijk dat, mede gelet op de omstandigheid dat op de relevante markt slechts enkele aanbieders actief zijn, een verandering in (de hoogte van) deze vergoeding een verandering in het gedrag van de dealers teweeg kan brengen.’

21. Anders bijv.: E.M.H. Loozen, ‘T-mobile Netherlands: het Hof schenkt klare wijn over de uitleg van een doelbeperking bij een economische benadering’, *NTER* 2009/7, p. 229-236 en E.M.H. Loozen, *Het begrip mededingingsbeperking zoals neergelegd in artikel 101(1) VWEU: een beslismodel*, diss. Amsterdam UvA, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

22. Zie over informatie-uitwisseling in de context van de nieuwe richtsnoeren ‘horizontalen’ C.E. Schillemans, ‘Informatie-uitwisseling en het mededingingsrecht’, *M&M* 2010/5, p. 176-183.

23. Verwijzingsuitspraak CBB d.d. 31 december 2007, r.o. 9.5.1.2: ‘Van zodanige wederkerige contacten is geen sprake als een onderneming eenzijdig verklaart over haar toekomstig marktgedrag tenzij deze verklaring wordt afgelegd in het kader van samenwerking tussen ondernemingen (zie in deze zin arrest van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen van 14 mei 1998, Moritz J. Weig/Commissie, T-314/94, Jur. blz. II-1241, punt 110).’

24. R.o. 9.5.1.4.

25. De civielrechtelijke geschoolde lezer herkent hierin de *Haviltex*-formule van de Hoge Raad voor de uitleg van contractsbepalingen (13 maart 1981, *NJ* 1981, 635). Volgens de Hoge Raad komt het daarbij ‘aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.’

der nadere omstandigheden, evenwel onvoldoende om te concluderen dat niet sprake is van een eenzijdige mededeling maar dat afstemming van het gedrag van twee of meer ondernemingen aannemelijk is.’

De conclusie is duidelijk: een onderneming die niet actief aan de (eenmalige) afstemming met mededingingsbeperkende strekking heeft deelgenomen, maar er wel bij aanwezig was, kan een inbreuk nog slechts voorkomen door hetzij zich onmiddellijk na de verboden afstemming daarvan te distantieren door er openlijk afstand van te nemen²⁶ hetzij – wat maar zelden voor de hand zal liggen – het bedrijf te sluiten en de markt te verlaten.

Ontkrachten bewijsvermoeden

Het Anic-vermoeden speelde reeds in de procedure voor de rechtbank een rol. De rechtbank overwoog dien-aangaande:²⁷

‘KPN Mobile, Vodafone en T-Mobile stellen dat hun gedrag niet het gevolg is van de afstemming en hebben daar verklaringen voor aangedragen. In het bestreden besluit wijkt verweerder uitdrukkelijk af van het advies van de BAC²⁸ in die zin dat de redenering van de BAC niet wordt gevolgd, maar wel de conclusie van de BAC wordt gedeeld dat het vermoeden van causaal verband tussen de afstemming en het daaropvolgende marktgedrag niet is weerlegd door de verklaringen die de operators hebben aangedragen voor hun marktgedrag. Verweerder motiveert echter in het geheel niet waarom hetgeen eiseressen ter zake hebben aangevoerd niet als een weerlegging van het vermoeden kan gelden. Blijkens het verweerschrift is verweerder kennelijk van oordeel dat het vrijwel uitgesloten is dat eiseressen er in slagen aan te tonen dat met de uitgewisselde informatie op generlei wijze rekening is gehouden bij het bepalen van het marktgedrag. Verweerder meent dat eiseressen dat alleen zouden kunnen door aan te tonen dat niet is deelgenomen aan de afstemming, hetgeen niet is aangetoond. Wat daar verder ook van zij, een en ander doet er niet aan af dat, nu verweerder de door partijen naar voren gebrachte bewijsvoering zonder daarop in te gaan heeft gepasseerd, het bestreden besluit in zoverre op een ontoereikende motivering berust en in zoverre voor vernietiging in aanmerking komt.’

Nu de uitspraak van de rechtbank door het CBb is bevestigd, zal de NMa derhalve alsnog inhoudelijk moeten ingaan op hetgeen door KPN, T-Mobile en Vodafone is aangevoerd ter weerlegging van het Anic-vermoeden. Aan de uitspraak van het CBb valt op dat daarin nadrukkelijk wordt gerefereerd aan artikel 6 lid 2 EVRM, waar het Hof van Justitie zulks naliet.²⁹ De verwijzing naar het onschuldvermoeden van artikel 6 lid 2

EVRM is terecht gelet op de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (o.a. *Sala-biaku*) en geheel in lijn met de jurisprudentie van de Hoge Raad in civiele zaken.³⁰ Volgens de uitspraak van het CBb zal de NMa moeten nagaan of KPN, T-Mobile en Vodafone zo veel hebben aangedragen ‘dat het vermoeden van beïnvloeding van hun marktgedrag wordt ontkracht’. Volgens het CBb mag van hen niet worden gevergd dat het bewijsvermoeden wordt weerlegd met *onomstotelijk* bewijs dat de afstemming geen invloed op hun marktgedrag heeft gehad en dat de verlaging van de dealervergoedingen, ondanks hun aanwezigheid bij de bijeenkomst op 13 juni 2001, toch een zelfstandige ondernemersbeslissing is geweest. Daartoe uitgelokt door de stellingen van de mobiele operators en de NMa wijst het CBb er als schot voor de boeg op dat bewijsvoering omtrent de vraag of het marktgedrag ook zonder de gedragsafstemming redelijkerwijs te verwachten zou zijn uitsluitend betrekking heeft op de zwaarte van de overtreding en de hoogte van de boete en niet op (het ontkrachten van) het Anic-vermoeden.

Zodra de NMa een nieuw besluit op bezwaar heeft genomen, zullen wij weten hoe de NMa dit bewijsvermoeden in een concreet geval toepast. Bij mijn weten zal dat een novum zijn.³¹

Toetsing NMa richtsnoeren boetetoemeting

Interessant aan de uitspraak van het CBb is ten slotte nog de beoordeling van de grief van T-Mobile dat de door de NMa gehanteerde richtsnoeren boetetoemeting onrechtmatig zijn, aangezien zij de hoogte van de boete primair relateren aan de betrokken omzet. T-Mobile had aangevoerd dat hierdoor structureel sprake is van boetes die in geen dan wel een willekeurige verhouding staan tot de ernst van de overtreding. Daarnaast had T-Mobile bestreden dat de gehanteerde boetegrondslag van 10 procent van de betrokken omzet kon worden gerechtvaardigd. Het CBb oordeelde hierover dat het beleid dat de NMa hanteert bij het opleggen van boetes wegens overtreding van de Mededingingswet niet in strijd is met het recht. Doordat zowel de economische betekenis van de inbreuk als de specifieke omstandigheden van de betreffende onderneming in aanmerking worden genomen, kan niet worden volgehouden dat de omstandigheid dat bij de vaststelling van de hoogte van de boete 10 procent van de betrokken omzet als boetegrondslag wordt genomen a priori leidt tot een onevenredige boete, aldus het CBb.³²

30. Ontkrachting of ontzenuwing van het bewijsvermoeden is voldoende. Dit staat niet gelijk aan het leveren van onomstotelijk bewijs van het tegendeel (omkering bewijslast). Bij ontkrachting of ontzenuwing van het bewijsvermoeden ligt de bewijslast weer geheel bij de NMa. Zie voorts de annotatie in dit blad bij het prejudicieel arrest van het Hof van Justitie, *M&M* 2009/06, p. 200.

31. Het Anic-vermoeden speelt ook in de *Fietsen*-zaak een rol. Zie: Y. de Vries, ‘De Fietsenzaak: bewijsregels revisited’, *M&M* 2009/3, p. 125-131. De uitspraak van het CBb in het door de fietsenfabrikanten en de NMa tegen de uitspraak van de rechtbank ingestelde hoger beroep wordt ieder moment verwacht.

32. R.o. 7.7.2.

26. Zie GvEA 11 december 2003, zaak T-61/99, *Adriatica/Commissie*.

27. R.o. 2.6.2.

28. Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet.

29. R.o. 7.5.2.

Dit is de niet de eerste keer dat de rechter over de boeterichtsnoeren van de NMa oordeelt.³³ Het zal wel een van de laatste keren zijn dat de rechter zijn oordeel over deze boeterichtsnoeren geeft aangezien zij inmiddels zijn vervangen door ministeriële richtsnoeren ex artikel 5d Mededingingswet.³⁴ Omdat deze nieuwe richtsnoeren op onderdelen afwijken van die van de NMa zal de rechter ongetwijfeld ook worden gevraagd om te oordelen over het rechtmatig respectievelijk verbindend zijn van de ministeriële richtsnoeren. Gelet op de door artikel 6 EVRM voorgeschreven *volle* toetsing van boetebesluiten door de rechter, zal daarbij artikel 5:46 Awb³⁵ voorop moeten staan. Wetsinterpreterende beleidsregels van de minister, zoals de nieuwe beleidsregels voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de NMa, zijn niet meer dan een vorm van bestuurlijke zelfbinding en kunnen aan dit uitgangspunt niet af doen. Voor artikel 3:4 lid 2 Awb geldt hetzelfde in zoverre dit artikel een marginale toetsing van boetebesluiten respectievelijk de hoogte van opgelegde boetes zou voorschrijven.

33. Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 22 mei 2006 LJN AX8425 en AX8428 (*AUV/Aesculaap*), Rb. Rotterdam 13 juli 2006, LJN AY4035 (*mobiele operators*), Rb. Rotterdam 18 juli 2007, LJN BB0440 (*Fietsenfabrikanten*) en Rb. Rotterdam 24 juli 2007, LJN BB0750 (*dakdekkers*).
34. Het gaat om de *Beleidsregels voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de NMa*, *Stcr.* 2009, 14079.
35. Inhoudende dat de boete moet worden afgestemd op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten.