

Kroniek

Kroniek Nederlands mededingingsrecht 2010

Regelgeving, mededingingsafspraken, machtsposities en procedurele aangelegenheden

Mr. C.T. Dekker, mr. E. Belhadj en mr. E. Hameleers*

Inleiding

De NMa heeft ook in 2010 niet stilgezeten. Zij heeft in twaalf zaken boetes opgelegd voor ruim € 137 miljoen aan in totaal drieëndertig ondernemingen. Dit jaar gaf ook de eerste – in totaal acht – boetes aan natuurlijke personen te zien. De berichtgeving vanuit de NMa duidt erop dat deze trend van persoonlijke boetes zal worden doorgezet. Dit geldt met name voor de zorg, waar de focus van de NMa al jaren op ligt.¹ In deze sector zijn in 2010 in twee boetebesluiten afspraken in de WMO-zorg en de AWBZ-zorg bestraft. De onderzoeksinspanningen van de NMa hebben ook geleid tot het oprollen van een kartel in de meelsector, waarbij aan de betrokken ondernemingen voor in totaal € 80 miljoen aan boetes is opgelegd.² Verder zijn ook boetes opgelegd in de dagbladenwereld voor het overtreden van een aan een concentratie verbonden voorschrift. Er is voor overtredingen van procedurele voorschriften slechts één boete opgelegd, namelijk voor het verbreken van een verzegeling.

Een andere opvallende ontwikkeling is dat de NMa twee toezeggingsbesluiten heeft genomen, een in de verzekeringssector en een met betrekking tot diverse ziekenhuizen. Duidelijk is dat al het gereedschap in de NMa-kist nu wordt gebruikt.

De rechterlijke macht heeft in 2010 ook haar steentje bijgedragen aan de ontwikkeling van het mededingingsrecht. Toonaangevend is de uitspraak van het CBb in de zaak *CRV Holding*, waarin het College artikel 24 Mw economisch inkleurt. Een opmerkelijke uitspraak van de Rechtbank Rotterdam betreft het beperken van de boeteoplegging tot maximaal vijf jaar terug te rekenen vanaf de dag dat de boete wordt vastgesteld. Op het gebied van prioritering is de NMa enigszins door het CBb teruggefloten in de zaak *Vereniging van Reizigers*. Ook in de zaak van de *Mobiele operators* is een uitspraak gedaan door het CBb. Evenals in het vorige verslag jaar zijn ook diverse bouwfraudezaken door de bestuursrechter behandeld.

Kortom, er is veel gebeurd in het afgelopen jaar, te veel om in detail te bespreken. In deze kroniek zullen wij ons beperken tot een overzicht van nieuwe regelgeving uit Nederland,³ besluiten van de NMa en uitspraken van de Rechtbank Rotterdam en het CBb in het kader van de artikelen 6 en 24 Mw, procedurele aangelegenheden die verband houden met de artikelen 6 en 24 Mw en Wobbesluiten. Ontwikkelingen op het gebied van het concentratietoezicht en andere wetten waarvoor de NMa toezichthouder is, vallen buiten het bestek van deze kroniek.

71

* Mr. C.T. Dekker is zijn werkzaam als advocaat bij Nysingh advocaten-notarissen te Zwolle. Mr. E. Belhadj is werkzaam als advocaat bij Nysingh advocaten-notarissen te Zwolle. Mr. E. Hameleers is werkzaam als advocaat bij Nysingh advocaten-notarissen te Zwolle.

1. Zie het persbericht van de NMa 'NMa wijst raden van toezicht thuiszorg op verantwoordelijkheid', te vinden via: <www.nmanet.nl/nederlands/home/Actueel/Nieuws_Persberichten/NMa_Persberichten/Persberichten_2010/20-10_NMa_wijst_raden_van_toezicht_thuiszorg_op_verantwoordelijkheid.asp>.

2. Aangezien het besluit in de zaak nog niet is gepubliceerd, gaan wij verder niet inhoudelijk in op deze zaak.

3. De nieuwe Richtsnoeren Horizontalen en Richtsnoeren Verticalen en de daarbij behorende aangepaste verordeningen, zullen hier dan ook niet worden besproken.

Regelgeving

Werkwijze digitaal en analoog rechercheren

Mede naar aanleiding van het vonnis van de Rechtbank Den Haag in de zaak *Fortis/Allianz*⁴ heeft de NMa nieuwe regels opgesteld voor digitaal en analoog onderzoek tijdens bedrijfsbezoeken en doorzoeken van woningen. Deze regels zijn vervat in de ‘Werkwijze NMa analoog en digitaal rechercheren’⁵ (Werkwijze) en vervangen de ‘NMa digitale werkwijze 2007’ (Werkwijze 2007).⁶ De meest in het oog springende wijziging is dat de Werkwijze, in tegenstelling tot de Werkwijze 2007, niet meer voorziet in het maken van *forensic images*, zodat de NMa geen integrale kopieën meer kan maken van digitale opslagmedia. Verder valt ook op dat de Werkwijze niet alleen van toepassing is in het kader van de Mededingingswet, maar ook bij de toepassing van andere wetten waar de NMa op toeziet, zoals de Elektriciteitswet en de Spoorwegwet.

De Werkwijze bepaalt dat aan de hand van het doel en voorwerp van het onderzoek wordt vastgesteld of gegevens binnen dan wel buiten de reikwijdte van het onderzoek vallen. Anders dan in de Werkwijze 2007 is in de Werkwijze aangegeven dat dit bij digitale gegevens wordt gedaan met behulp van zoekvragen. Als ter plaatse niet kan worden bepaald of deze al dan niet binnen de reikwijdte vallen, worden die gegevens als ‘mogelijk buiten de reikwijdte’ aangemerkt. De vermoedelijke overtreder krijgt vervolgens de gelegenheid om aan te tonen dat deze gegevens daadwerkelijk buiten de reikwijdte van het onderzoek vallen. Of dit zich verdraagt met het evenredigheidsbeginsel ex artikel 5:13 Awb, valt te betwijfelen. De situatie zou immers moeten zijn dat de NMa aantoont dat gegevens binnen de reikwijdte vallen. Met de hiervoor genoemde zaak *Fortis/Allianz* in het achterhoofd vergewist de NMa zich in aanwezigheid van de vermoedelijke overtreder van een claim dat er inderdaad gegevens zijn die buiten de reikwijdte vallen. Voor digitale en analoge gegevens die als ‘binnen de reikwijdte’ zijn aangemerkt, bestaat er geen procedure om aan te tonen dat bepaalde gegevens toch als ‘buiten de reikwijdte’ moeten worden gekwalificeerd.⁷

De Werkwijze bevat ook een procedure voor geprivilegieerde gegevens, waarbij ook een functionaris verschoningsrecht een rol speelt. Deze procedure is discutabel, aangezien deze voorziet in de mogelijkheid dat de ambtenaar die onderzoek doet, dit is niet de functionaris verschoningsrecht, gegevens waarvoor het *legal privilege* wordt geclaimd, de gegevens ‘vluchtig’ inziet, tenzij de vermoedelijke overtreder afdoende motiveert dat de gegevens daadwerkelijk geprivilegieerd zijn. Onverlet de omstandigheid dat volgens de Werkwijze uiteindelijk

een functionaris verschoningsrecht⁸ zich buigt over de gegevens waarover discussie is of deze geprivilegieerd zijn, doet het ‘vluchtig’ inzien naar onze opvatting af aan de bescherming van geprivilegieerde gegevens.

Richtsnoeren voor de zorgsector

In maart 2010 heeft de NMa ook de herziene ‘Richtsnoeren voor de zorgsector’ (Richtsnoeren) gepubliceerd,⁹ die de Richtsnoeren voor de zorgsector uit 2007 vervangen.¹⁰ De NMa heeft met deze nieuwe Richtsnoeren nauw willen aansluiten bij ontwikkelingen in de zorgsector door helderheid te verschaffen over actuele thema’s en antwoord te geven op vragen uit de praktijk. Ten opzichte van de versie uit 2007 geven de Richtsnoeren meer voorbeelden, waardoor inderdaad meer helderheid wordt verschaft over bepaalde samenwerkingsvormen. Er wordt afzonderlijk ingegaan op misbruik van een machtspositie (waar de versie uit 2007 niet op inging), concentratiecontrole en ten slotte het kartelverbod. In de paragraaf over artikel 24 Mw wordt voor het onderdeel misbruik concreet – zij het kort – ingegaan op inkoopmacht van zorgverzekeraars ten opzichte van individuele zorgaanbieders en de weigering om (individueel) te onderhandelen, omdat de NMa daar veel klachten over heeft ontvangen. De NMa geeft aan niet snel geneigd te zijn om misbruik door zorgverzekeraars aan te nemen, omdat zorgverzekeraars op de markt voor zorgverzekeringen aan voldoende concurrentie onderworpen zijn en daardoor gedisciplineerd zullen worden op de inkoopmarkt. Het onderdeel over concentraties is ook aanzienlijk uitgebreider dan in de versie van 2007, waarbij nagenoeg alle aspecten omtrent concentraties op een gestructureerde wijze de revue passeren. Zo krijgen ook het efficiëntieverweer en het *ailing firm*-verweer de nodige aandacht. De waarde van de Richtsnoeren schuilt echter met name in de onderdelen over de beoordeling van samenwerkingsvormen in het licht van artikel 6 Mw, aangezien zorginstellingen juist op dit punt vaak oplopen tegen de grenzen die de Mededingingswet stelt en een *self assessment* moeten verrichten. Zo wordt ingegaan op afspraken over onderhandelen via een zorgmakelaar, zorg in nieuwe gebieden en dunbevolkte gebieden, zuivere kwaliteitsafspraken, ketenzorg en exclusieve woonzorgcombinaties. De meeste samenwerkingsvormen werden ook reeds in de versie van 2007 besproken, maar door de uitbreiding van de voorbeelden over diverse samenwerkingsverbanden wordt meer duidelijkheid verschaft. Al met al bieden de Richtsnoeren meer handvatten voor de beoordeling van samenwerkingsverbanden in deze complexe sector. Er zullen echter nog vele vragen blijven bestaan. De huidi-

4. Rb. Den Haag 8 oktober 2008, *Fortis Corporate Insurance N.V. en Allianz Nederland Schadeverzekering N.V./Staat*, NMa, LJN BH2647.

5. *Stct.* 2010, 12871.

6. *Stct.* 2007, 243.

7. Zo wordt in de toelichting op de Werkwijze aangegeven dat de vermoedelijke overtreder de NMa tijdens het onderzoek kan wijzen op de aanwezigheid van privégegevens.

8. Deze is ingesteld bij Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 9 november 2010 houdende wijziging van het Besluit organisatie, mandaat, volmacht en machtiging NMa 2009, *Stct.* 2010, 18292.

9. Richtsnoeren voor de zorgsector, *Stct.* 2010, 3824.

10. Een beknopte versie van de Richtsnoeren is in de vorm van een brochure uitgebracht in juni 2010, met als naam: Samenwerken en concurreren in de zorgsector. Hiermee wil de NMa voor ondernemers in de zorg zonder mededingingsrechtelijke achtergrond een toegankelijker document bieden.

ge regelgeving (waaronder de Richtsnoeren van de Commissie inzake verticale overeenkomsten en horizontale samenwerkingsovereenkomsten) en de beschikkingenpraktijk – die toch vooral andere sectoren dan de zorg betreft – bieden geen afdoende uitsluitel over de toelaatbaarheid van samenwerkingsverbanden in de zorg. Wij menen dan ook dat de NMa er verstandig aan zou doen om voor de zorgsector soepelere criteria voor het geven van informele zienswijzen te hanteren, teneinde aan de roep om meer duidelijkheid tegemoet te komen.

Richtsnoeren zorggroepen

De NMa en de NZa hebben in augustus 2010 de ‘Richtsnoeren Zorggroepen’ (Richtsnoeren) gepubliceerd. Deze Richtsnoeren geven de op grond van de Mededingingswet en de Wet Marktordening gezondheidszorg (Wmg) geldende kaders aan waarbinnen zorggroepen mogen samenwerken. Daartoe wordt eerst aangegeven dat van een zorggroep sprake is indien partijen een afzonderlijke rechtsvorm hebben gecreëerd die een coördinerende rol speelt op het gebied van de behandeling van één of meer chronische ziekten. De Richtsnoeren beschrijven twee hoofdvormen van zorggroepen, waarbij bij de ene de zorgaanbieders zelfstandig blijven en bij de andere de zorgaanbieders in loondienst van de zorggroep zijn of hun onderneming geheel of gedeeltelijk in de zorggroep inbrengen. Ook bestaat er een mengvorm, waarbij een zorggroep zowel zorgaanbieders in dienst heeft en zorg inkoop bij zelfstandige zorgaanbieders. Verhelderend is dat wordt gesteld dat de relevante productmarkt, vooralsnog, gevormd wordt door afzonderlijke relevante markten voor elke vorm van chronische zorg, zoals diabeteszorg, cardiovasculair risicomangement en COPD. Voor de geografische markt gaan de Richtsnoeren uit van een lokale of regionale markt, gelet op de beperkte reisbereidheid van patiënten, al geldt wel dat deze in het concrete geval ruimer kan zijn. Over het kartelverbod worden de gebruikelijke aspecten bij samenwerking tussen concurrenten en niet-concurrenten aangesneden. Machtsposities worden belicht in het kader van de Wmg, waarin wordt gesproken over ‘Aanmerkelijke Marktmacht’ (AMM).

De Richtsnoeren bevatten in feite niet meer dan een uiteenzetting van de algemene regels die de Mededingingswet en de Wmg kennen. Met name wordt alleen van de meest evidente gedragingen aangegeven of deze al dan niet toegestaan zijn.

Verruimde bagatel

Het wetsvoorstel waarbij de bagatel van artikel 7 lid 2 Mw zou worden verruimd tot mededingingsbeperkende afspraken tussen concurrenten met een marktaandeel van niet meer dan 10%¹¹ is op 15 juni 2010 door de Eerste Kamer aangenomen. Hiermee zou artikel 7 lid 2 Mw, waarin de bagatelgrens thans is gesteld op maximaal 5% marktaandeel en maximaal € 40 miljoen omzet,

komen te vervallen. Aangezien afspraken die onder de verruimde bagatel komen te vallen ook binnen de reikwijdte van artikel 101 VWEU kunnen komen, zou de verruimde bagatel afspraken kunnen toestaan die in strijd zijn met artikel 101 VWEU. Daarom heeft de minister de Europese Commissie gevraagd of het wetsvoorstel verenigbaar is met het EU-recht, waarna zou worden bezien of het wetsvoorstel al dan niet kon worden bekrachtigd.¹² De Commissie stelde vraagtekens bij de verruimde bagatel met betrekking tot de verenigbaarheid met het EU-recht, gelet op verbod voor lidstaten om maatregelen te nemen die de verwezenlijking van de doelstellingen van het VWEU in gevaar kunnen brengen. Naar aanleiding hiervan is begin 2011 het oorspronkelijke wetsvoorstel aangepast: de hiervoor genoemde verruimde bagatel geldt alleen voor afspraken die de handel tussen lidstaten niet op merkbare wijze ongunstig kunnen beïnvloeden.¹³ Door de verruimde bagatel niet toe te spitsen op bepaalde soorten overeenkomsten, dekt zij niet alleen de beoogde samenwerking van MKB-bedrijven om tegenwicht te bieden aan het grootbedrijf, maar bijvoorbeeld ook marktverdelingen of *bid rigging*. Verder is opmerkelijk dat de verruimde bagatel alleen geldt voor afspraken tussen concurrenten en dus niet voor de doorgaans als minder beperkend beschouwde verticale overeenkomsten. Voor MKB-ondernemingen biedt de verruimde bagatel alleen maar schijnzekerheid. Het bepalen van een marktaandeel is in de praktijk geen sinecure, nog los van de vraag of altijd goed bepaald kan worden wat de relevante markt is (moet bijvoorbeeld bij een aanbesteding het aandeel aan de hand van de deelnemers aan de aanbesteding worden berekend?¹⁴). Daarbij komt dat ondernemingen ook moeten bepalen of door hun afspraak de tussenstaatse handel kan worden beïnvloed. Bizar is dat bij een verkeerde *self assessment* de afspraken waarop de verruimde bagatel met name ziet, vaak als *hard core* kartels worden gezien. Zit het een beetje tegen voor de betrokkenen, dan kunnen zij als gevolg van zo’n verkeerde *self assessment* een persoonlijke boete oplopen en – als de al langer liggende plannen doorgaan – straks ook nog een vrijheidsstraf opgelegd krijgen. Erg consequent lijkt dit allemaal niet.

Algemene begrippen

Begrip onderneming

Het begrip ‘onderneming’ levert vandaag de dag doorgaans weinig discussie meer op. In het verslagjaar kwam het begrip echter in een tweetal zaken expliciet aan de orde. In de zaak *Branchevereniging voor Bergingsbedrijven B.V. e.a.*¹⁵ oordeelde het College dat het doorgeven door de politie aan het Landelijk Centraal Meldpunt van alle

11. Voorstel van wet van de leden Ten Hoopen, Aptroot en Vos houdende wijziging van de Mededingingswet ter versoepeling van de uitzondering op het verbod van mededingingsafspraken (versterking positie leveranciers uit het MKB), *Kamerstukken II 2007/08*, 31 531, nr. 2.

12. *Kamerstukken II 2009/10*, 31 531, nr. 17.

13. *Kamerstukken II 2010/10*, 32 664, nr. 1.

14. Zie de hierna te bespreken uitspraak Rb. Rotterdam 6 mei 2010, *Rendon Eindhoven B.V./NMa*, LJN BM5246.

15. CBb 2 juli 2010, LJN BN0929.

meldingen voor eerste bergingen van gestrande voertuigen, de uitvoering van overheidsprerogatieven betreft, meer in het bijzonder de handhaving van verkeerswetgeving alsmede de handhaving van de openbare orde en veiligheid. Er is dan ook geen sprake van handelen als onderneming door de politie.

In het besluit *Rechtspraak BAWA c.s.-Kombiplast B.V./Stichting Nederlands Normalisatie-instituut*¹⁶ gaf de NMa aan dat niet kan worden uitgesloten dat de Stichting Nederlands Normalisatie Instituut (NNI) als onderneming moet worden aangemerkt. Het NNI beschikt over een (wettelijk) monopolie op het gebied van het begeleiden van het maken van afspraken over producten, werkwijzen en diensten in technische normcommissies en de publicatie van de afspraken uit de normcommissies. Het NNI verzorgt voorts cursussen over de toepassing van normen, geeft adviezen over de inhoud van normen en de relatie met wetgeving, en de implementatie daarvan binnen bedrijven en is verder betrokken bij de online beschikbaarstelling van ISO- en IEC-normen en collecties van buitenlandse normalisatie-instituten. De NMa kon niet uitsluiten dat (een deel van) deze activiteiten economische activiteiten vormen, zonder overigens aan te geven welke activiteiten dit dan zou betreffen.

Begrip relevante markt

In de zaak *Midden IJssel*¹⁷ merkte de NMa op, in lijn met concentratiebesluiten betreffende de AWBZ-zorg, dat de relevante geografische markt voor dergelijke zorg ten minste het werkgebied van een grote, gevestigde speler omvat en ten hoogste de zorgkantoorregio. Op dit punt stelde de NMa in de eerste plaats dat er voor deze zorgkantoorregio gedurende de inbreukperiode voor zowel HV als PV & VP sprake was van belangrijke verschillen in concurrentievoorwaarden tussen dit gebied en de omliggende zorgkantoorregio's, zoals op het gebied van het inkoopbeleid door het zorgkantoor als het gaat om nieuwe spelers. In de tweede plaats verschilde de structuur van de aanbodzijde duidelijk met andere omliggende zorgkantoorregio's, aangezien in Midden IJssel al jaren sprake was van één grote aanbieder, namelijk Carinova, terwijl in andere zorgkantoorregio's meerdere spelers beeldbepalend waren. Ten derde oordeelde de NMa dat er toetredingsdrempels bestonden in de vorm van het verkrijgen of vergroten van naamsbekendheid en de daarvoor benodigde investeringen en tijd. Wat betreft de situatie binnen de zorgkantoorregio Midden IJssel concludeerde de NMa dat de geografische markt niet kleiner is dan de zorgkantoorregio, aangezien er geen fundamentele verschillen zijn tussen gemeenten met betrekking tot de toetreding en verder iedere aanbieder wordt geacht in de gehele regio te kunnen leveren. Opvallend is wel dat de NMa in een paragraaf betreffende de marktomstandigheden naar voren bracht dat ondanks genoemde drempels sprake was van reële toetredings- en doorgroeimogelijk-

heden voor nieuwe concurrenten in Midden IJssel. Dit zou blijken uit het inkoopbeleid van het zorgkantoor en de marktomstandigheden in die regio. Bovendien bleek dat er ook daadwerkelijk nieuwe partijen zijn toegetreden. Dit roept bij ons de vraag op waarom deze argumenten niet meespelen in de afbakening van de markt, waar de aan- of afwezigheid van toetredingsdrempels van belang is.

Kartelverbod (artikel 6 Mw)

Overeenkomst/Onderling afgestemde feitelijke gedraging (oafg)

In haar uitspraak met betrekking tot het beroep van een aantal boomkwekerijen tegen het besluit van de NMa waarbij aan die boomkwekerijen een boete was opgelegd wegens overtreding van artikel 6 Mw, oordeelde de Rechtbank Rotterdam dat de prijsafstemming en de afstemming van leveranties bij de levering van boomkwekerijproducten aan gemeenten die aanbesteedden, een geheel van overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen vormden die ertoe strekten de mededinging te beperken.¹⁸ De rechtbank zag geen aanleiding om de gedragingen die vanaf januari 1998 tot en met in elk geval februari 2004 hadden plaatsgevonden, op te splitsen en als afzonderlijke overtredingen te beschouwen. Conform vaste jurisprudentie, oordeelde de rechtbank dat het onderscheid in frequentie van en de mate waarin de verschillende ondernemingen hadden deelgenomen aan de gedragingen voor het vaststellen van de overtreding daarbij niet van belang is. Daarnaast wees de rechtbank erop dat doordat partijen elkaar steeds op de hoogte hielden van ontwikkelingen over overheidsopdrachten, zij het gezamenlijke plan tot uitdrukking hadden gebracht om markten te verdelen en prijzen af te stemmen, zodat sprake was van een systeem van een voortdurende inbreuk en niet van een serie van afzonderlijke inbreuken. In een aantal besluiten is informatie-uitwisseling als oafg aangemerkt.

In de zaak *WMO Friesland*¹⁹ stelde de NMa vast dat twee thuiszorginstellingen voorafgaande aan de indiening van de offertes voor aanbestedingen ter zake van huishoudelijke hulp in de regio Zuidoost-Friesland, informatie hadden uitgewisseld over het te voeren prijsbeleid. De instellingen brachten naar voren dat de NMa er onvoldoende rekening mee had gehouden dat de informatie-uitwisseling was ingegeven door het voornemen van de instellingen om een gezamenlijke onderneming op te richten op het gebied van huishoudelijke verzorging. Dit voornemen werd na de aanbesteding verlaten. De NMa was hier duidelijk over: zolang de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming niet definitief is en partijen nog zelfstandig op de markt actief zijn, mogen zij niet daarop vooruit lopen en con-

16. Besluit NMa 31 augustus 2010, zaak 6965.

17. Besluit NMa 21 oktober 2010, zaak 6274.

18. Rb. Rotterdam 1 juli 2010, *Darthuizer Boomkwekerijen B.V. en Boomkwekerijen M. van den Oever en Zonen B.V. en Van den Oever Holding B.V./NMa*, LJN BM9911.

19. Besluit van de NMa van 21 oktober 2010, zaak 6442.

currentiegevoelige informatie uitwisselen alsof de gemeenschappelijke onderneming al bestaat. De NMa hanteert hier een strenge toets. Naar onze opvatting zal een en ander moeten afhangen van de precieze (en aantoonbare) intenties van partijen die een concentratie tot stand willen brengen en de precieze context waarin informatie wordt uitgewisseld, aangezien bij de aanloop naar een concentratie ondernemingen bepaalde gegevens wel met elkaar moeten delen om te kunnen nagaan of de concentratie kans van slagen heeft. Duidelijk is dat uitwisseling van prijsinformatie hoe dan ook gevoelig ligt. Aangezien de instellingen tegen dezelfde tarieven hadden ingeschreven, was volgens de NMa onmiskenbaar sprake van parallel marktgedrag, waarbij de instellingen klaarblijkelijk rekening hadden gehouden met de uitgewisselde informatie over het prijsbeleid. Doordat er sprake was van afstemming, parallel marktgedrag en een causaal verband tussen de afstemming en het marktgedrag, concludeerde de NMa dat de gedragingen van de instellingen als oafg konden worden aangemerkt.

De NMa maakt, zoals doorgaans, geen strikt onderscheid tussen overeenkomsten en onderling oafg's, maar gaat voor beide ankers liggen.

In een ander zaak in de zorgsector, *Midden IJssel*,²⁰ betitelde de NMa het in 2005 opgestelde non-concurrentiebeding tussen Carint en Carinova als overeenkomst en als oafg. Het non-concurrentiebeding werd in meerdere overleggen in de daaropvolgende jaren bevestigd en eindigde kennelijk in juni 2008 doordat Carint op dat moment AWBZ-zorg in het werkgebied van Carinova ging aanbieden. Het is begrijpelijk dat de NMa deze gang van zaken aanmerkte als één (voortdurende) overeenkomst, aangezien voortdurende (wils)overeenstemming bestond ten aanzien van de onderlinge verdeling van de werkgebieden. Van een oafg was sprake omdat de betrokken ondernemingen in het kader van diverse vergaderingen hun voorgenomen marktgedrag, te weten dat de ene partij niet zonder toestemming zou toetreden tot het werkgebied van de andere partij, onderling hadden afgestemd. Wij menen overigens dat de NMa het concept van de oafg in dit geval niet echt nodig had, omdat het non-concurrentiebeding als zodanig herhaaldelijk expliciet bevestigd werd. Het ging in deze zaak blijkens het besluit niet om een enkele uitwisseling van informatie, op basis waarvan partijen hun marktgedrag bepaalden.

In de zaak *Mobiele operators*²¹ benadrukte het CBb dat het in zijn eerdere uitspraak in deze zaak²² had vastgesteld dat de uitlating van Vodafone tijdens een bijeenkomst met andere mobiele operators op 13 juni 2001, dat zij haar dealervergoedingen voor *postpaid*-abonnementen zou gaan verlagen, een onderlinge afstemming was. Deze afstemming werd in de uitspraak van 2010 aangemerkt als een oafg, aangezien dit eenmalige contact voldoende was om het door de mobiele operators nage-

streefde mededingingsbeperkende doel te realiseren. Zodoende was er volgens het College een causaal verband tussen de afstemming en het marktgedrag, hetgeen vereist is om van een oafg te kunnen spreken.

Dat de grote schoonschip-operatie in de bouw-sector nog niet overal geleid heeft tot de gewenste cultuuromslag, blijkt uit het besluit *Limburgse bouwzaken 1 en 2*,²³ waarin sprake was van *bid rigging* en *cover pricing* (waarbij de ene onderneming inschrijft voor een prijs waarmee bij voorbaat vaststaat dat daarmee geen kans wordt gemaakt op de opdracht, terwijl deze 'schijninschrijver' tegelijkertijd zelf toch in beeld blijft bij de opdrachtgever). In een van de twee zaken was sprake van alleen een oafg, aangezien de ondernemingen onzekerheid over hun onderlinge concurrentie wegnamen door elkaar te informeren over hun inschrijfgedrag, en in de andere zaak was sprake van een oafg dan wel een overeenkomst, aangezien de beslissing om in het kader van de aanbesteding samen te werken, wilsovereenstemming inhoudt, aldus de NMa.

De NMa merkte de afstemming overigens aan als één voortdurende en enkele overtreding, ook al vond de afstemming ten aanzien van elf afzonderlijke aanbestedingen plaats. Er was namelijk sprake van één gemeenschappelijk doel, namelijk de onzekerheid bij het aanbestedingsproces te vervangen door zekerheden van samenwerking waarbij bij elke uitwisseling de onderlinge verstandhouding om bij volgende aanbestedingen opnieuw af te stemmen werd vergroot.

Dat er in het geval van parallel marktgedrag niet altijd sprake hoeft te zijn van een oafg bevestigde het CBb in zijn uitspraak inzake autobergingsbedrijven.²⁴ In die zaak betoogden appellanten dat hoewel bij besluit van 18 maart 2003 de eerder aan Stichting Incident Management (SIMN) verleende ontheffing voor het Incident Management-systeem (kort gezegd: het centraal contracteren van autobergers) voor het onderliggende wegennet was ingetrokken, de met betrekking tot dat onderliggende wegennet gesloten overeenkomsten feitelijk waren voortgezet. Volgens de NMa had de intrekking tot gevolg dat de alarmcentrales vanaf 1 juli 2003 ieder voor zich een netwerk van bergingsbedrijven moesten gaan opzetten voor de hulpverlening op het onderliggende wegennet. De keuze van de meeste alarmcentrales om in zee te gaan met dezelfde bergers als eerder door SIMN geselecteerd, was daarbij niet bepaald door enige onderlinge afspraak of afstemming die daartoe verplichtte of strekte, aldus de NMa. Er was geen sprake van voortzetting van de bestaande overeenkomsten tussen de alarmcentrales en de eerder gecontracteerde bergers, maar van nieuwe overeenkomsten. Voor de continuïteit in de opeenvolging van contracten en het grotendeels uniforme gedrag van alarmcentrales waren verschillende redenen. De alarmcentrales stelden vertrouwen in de selectie die SIMN bij de eerdere openbare aanbestedingsprocedure had gemaakt en hadden

20. Besluit van de NMa van 21 oktober 2010, zaak 6274.

21. CBb 12 augustus 2010, *T-Mobile e.a./NMa*, LJN BN3895. Zie ook: HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands e.a.*, Jur. 2009, p. I-4529.

22. CBb 31 december 2007, *T-Mobile e.a./NMa*, LJN BC1396.

23. Besluit NMa 29 oktober 2010, zaken 6494 en 6836.

24. CBb 2 juli 2010, *Branchevereniging voor Bergingsbedrijven B.V. e.a./NMa*, LJN BN0929.

geen reden om ontevreden te zijn met de tarieven die daarbij tot stand waren gekomen. Ook waren de alarmcentrales nog niet allemaal goed voorbereid op het zelf selecteren van bergingsbedrijven voor het onderliggende wegennet. Voorts waren de alarmcentrales beducht voor eventuele schadeclaims en procedures wegens het openbreken van contracten. Ten slotte was op het moment dat het allemaal zijn beslag moest krijgen onzeker of het besluit van de NMa van 18 maart 2003, waarbij de ontheffing voor het collectieve IM-systeem voor het onderliggende wegennet was ingetrokken, in rechte stand zou houden, nu dit door SIMN werd aangevochten. Pas met het afwijzen door de rechtbank van de gevraagde voorlopige voorzieningen op 18 juni 2003 werd het duidelijk dat naleving onontkoombaar was. Het CbB beoordeelde deze omstandigheden als een aanvaardbare verklaring van het parallelle marktgedrag zonder dat daaraan onderlinge afstemming ten grondslag lag, mede gelet op het feit dat appellanten de aannemelijkheid van deze verklaring niet gemotiveerd hadden bestreden.

Mededingingsbeperking

In de uitspraak betreffende de autobergingsbedrijven²⁵ werd ook geoordeeld dat de enkele omstandigheid dat een gedraging kan worden aangemerkt als koppelverkoop niet zonder meer met zich brengt dat er sprake is van een gedraging die ertoe strekt de mededinging te beperken. Aangezien de door appellanten gestelde koppelverkoop door verzekeringsmaatschappijen, bestaande uit het opnemen van (sleep)hulprechten in de WA-polis, veelal op kostenefficiënte wijze betere producten of een beter aanbod verschafte, achtte het CbB een mededingingsbeperking in dit geval niet aan de orde.

In de zaak *Mobiele operators*²⁶ waarin sprake was van onderlinge afstemming omtrent de dealervergoedingen voor *postpaid*-abonnementen tussen diverse mobiele operators, ging het CbB in op de vraag of deze oafg de strekking had om de mededinging te beperken. Op grond van de prejudiciële uitspraak van het Hof van Justitie²⁷ op de eerdere prejudiciële vragen van het College,²⁸ oordeelde het dat de dealervergoedingen invloed hadden op de verkoopinspanningen van een dealer ten behoeve van een mobiele operator. Tegen deze achtergrond was de uitwisseling van informatie door concurrerende ondernemingen over het tijdstip, de mate en de modaliteiten waarop door Vodafone dealervergoedingen zouden worden verlaagd, geschikt om onzekerheden over het door Vodafone voorgenomen gedrag over genoemde modaliteiten van de verlaging van de dealervergoedingen weg te nemen. De rechtbank had volgens het College dan ook terecht geoordeeld dat de uitwisseling van informatie de strekking had de mededinging te beperken.

Uit de zaak *WMO Friesland*²⁹ blijkt (nog eens) dat de mededinging ook kan worden beperkt als niet alle op de markt opererende partijen deelnemen aan een onderlinge afstemming. In deze zaak werd de uitwisseling van informatie over het te voeren prijsbeleid tussen TFW en TZWF met betrekking tot de aanbesteding tot het sluiten van een raamovereenkomst voor huishoudelijke hulp in Zuidoost-Friesland, aangemerkt als zijnde geschikt om de mededinging te beperken, ondanks het potentieel aanzienlijke aantal inschrijvers. Daarmee werd de mededinging *om de markt* beperkt. Iedere afgestemde inschrijving, met inbegrip van afstemming die leidt tot het bieden van schijnprijzen om de opdracht juist niet te krijgen dan wel de rangorde in de uitkomst vooraf vast te leggen, misleidt de opdrachtgever, aldus het besluit. Door hun afstemming hadden TFW en TZWF hun onderlinge rangorde die bij de aanbesteding uit de bus zou komen, beïnvloed en daarmee was de afstemming naar zijn aard geschikt om ook de selectie van de beste drie (of vijf) te beïnvloeden, op een niet met de normale marktvoorwaarden op de markt overeenstemmende manier. Door met dezelfde tarieven in te schrijven, was de positie van TZWF – als gevolg van het feit dat zij lager zou scoren op de kwalitatieve criteria – voorzienbaar slechter dan die van TFW, waardoor TFW geen inspanning meer hoefde te leveren om in ieder geval TZWF voor te blijven in de rangorde. Van belang voor het oordeel van de NMa dat sprake was van een mededingingsbeperking was dat TFW al over een sterke uitgangspositie beschikte ten opzichte van alle andere gegadigden, gelet op het feit dat Zuidoost-Friesland haar traditionele werkgebied was. Volgens de NMa was dan ook sprake van een doelbeperking.

De NMa heeft naar onze opvatting in haar beoordeling terecht de gehele gunningssystematiek betrokken en bekeken van welke partijen concurrentiedruk afkomstig was. Het feit dat de gunning niet plaatsvond op basis van laagste prijs, deed niet af aan het oordeel van de NMa. In dit licht stelde de NMa vast dat de concurrentiedruk van de (vele) andere inschrijvers zeer gering was, aangezien dit kleine spelers waren. Concurrentiedruk was namelijk met name afkomstig van de grote spelers, de meest gerede concurrenten, waarbinnen TZWF een sterke positie innam. Hierbij speelde een rol dat de kleine aanbieders in tegenstelling tot de grote aanbieders niet in staat zouden zijn om in te schrijven voor 100% van het aantal geprognosticeerde uren zorgverlening, zodat het vrijwel zeker was dat één grote aanbieder in ieder geval tot de winnaars zou behoren. Dit gold te meer omdat op de kwalitatieve criteria de relevante concurrentiedruk op TFW van de (in potentie zeer grote groep) kleine aanbieders in de praktijk beperkt bleef tot de (veel kleinere groep van) in een gemeente zittende aanbieders. Het zeer zwaarwegende criterium 'ketensamenwerking' bood namelijk de zittende aanbieders een voorsprong. Van de groep meest gerede concurrenten ging van TZWF naar verhouding een grote concurrentiedruk uit op TFW, gelet op de kennis

25. CbB 2 juli 2010, *Branchevereniging voor Bergingsbedrijven B.V. e.a./NMA*, LJN BN0929.

26. CbB 12 augustus 2010, *T-Mobile e.a./NMA*, LJN BN3895.

27. HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands e.a., Jur.* 2009, p. I-4529.

28. CbB 31 december 2007, *T-Mobile e.a./NMA*, LJN BC1396.

29. Besluit NMa 21 oktober 2010, zaak 6442.

van de Friese taal en de grootte van TZWF. Van de meeste gereede concurrenten, zou ook de grootste concurrentiedruk uitgaan na de gunning, namelijk bij de *concurrentie op de markt* in het kader van de raamovereenkomst, aangezien de mededingingsstructuur het meest zou veranderen door toetreding van (zeven) niet-zittende aanbieders. Hier zou TFW van de meest gereede concurrenten met name concurrentiedruk kunnen ondervinden van TZWF en Het Friese land, aangezien de Friese taal, hoewel dit geen gunningscriterium was, in het bestek als aspect werd genoemd dat mede bepalend zou zijn voor de voorkeur van cliënten in de regio Zuidoost-Friesland.

Opvallend, zij het begrijpelijk, is dat de NMa in dit besluit afzonderlijk is ingegaan op de *concurrentie om de markt* en de *concurrentie op de markt*. De *concurrentie op de markt* werd volgens de NMa indirect beperkt, aangezien TZWF tot de groep aanbieders kon worden gerekend die – na de aanbesteding – in staat moesten worden geacht om op serieuze schaal cliënten van TFW naar zich toe te halen op de markt.

In het genoemde besluit *Midden IJssel*³⁰ werd het in het kader van het samenwerkingsverband Plectrum tussen diverse thuiszorgondernemingen overeengekomen non-concurrentiebeding alleen ten aanzien van Carint en Carinova als een marktverdelingsafpraak aangemerkt. De reden dat de andere thuiszorginstellingen de mededingingsrechtelijke dans zijn ontsprongen was gelegen in het feit dat de NMa onder andere vaststelde dat potentiële concurrenten van Carinova in de zorgkantoorregio Midden IJssel partijen waren die gevestigd zijn in de nabijheid van de zorgkantoorregio Midden IJssel en partijen die groot waren. Van de betrokkenen bij het non-concurrentiebeding was Carint als enige actief in aan Midden IJssel aangrenzende zorgkantoorregio's en tevens was Carint een grote speler. Naar onze opvatting is het een logisch oordeel dat thuiszorginstellingen die niet in aangrenzende zorgkantoorregio's actief zijn in beginsel de mededinging niet beperken door non-concurrentiebedingen met elkaar overeen te komen.

In het besluit op bezwaar in de zaak *Thuiszorg 't Gooi*,³¹ waarin het ging om productieverdelingsafspraken en marktverdelingsafspraken tussen een aantal AWBZ-zorginstellingen, en in het besluit op bezwaar inzake *Thuiszorg Kennemerland*,³² waar het ging om marktverdelingsafspraken tussen twee AWBZ-zorginstellingen, heeft de NMa het advies van de Bezwraadvisiecommissie (Bac), om nader onderzoek te doen naar de economische omstandigheden, niet opgevolgd. De Bac meende dat het door de NMa gebruikte ECRI-onderzoek weliswaar de veranderingen in de regelgeving en de algemene betekenis daarvan voor aanbieders in de thuiszorg in kaart bracht, maar dat dat onderzoek geen uitkomst vormde van specifiek onderzoek naar de economische verhoudingen tussen de bezwaarders (en derden)

in deze concrete zaken. De NMa had moeten onderzoeken in hoeverre de gedragingen in een markt in transitie concreet geschikt waren om de mededinging te beperken. Ook heeft het achterwege laten van specifiek economisch onderzoek er volgens de Bac toe geleid dat de NMa te snel heeft geconcludeerd dat het door bezwaarders zoeken naar een andere vorm van samenwerking, in het licht van het mislukte fusietraject in de zaak *Thuiszorg 't Gooi*, een overtreding van artikel 6 Mw tot gevolg heeft gehad. De NMa legde deze kanttekeningen van de Bac terzijde met het argument dat er voldoende economisch onderzoek was gedaan. Volgens de NMa betekent het feit dat de markt net geliberaliseerd was, niet dat er geen concurrentie mogelijk was of dat de afspraken tussen de partijen in de verschillende zaken niet geschikt waren om de mededinging te beperken. Dat de concurrentie direct na de wijziging van de AWBZ mogelijk nog niet op gang van was gekomen, deed niet af aan het feit dat op dat moment al wel concurrentiemogelijkheden aanwezig waren, in die zin dat de partijen in de verschillende zaken in onzekerheid verkeerden over elkaars gedrag en dat van hun andere concurrenten en zich afvroegen wie de eerste stap zou zetten. Dit mechanisme moest er juist voor zorgen dat de concurrentie op gang kwam. Daarnaast was volgens de NMa het ECRI-onderzoek toegespitst op een situatie als aan de orde bij de afspraken tussen partijen in de twee zaken. Volgens de NMa was er dan ook sprake van concurrentiedruk tussen de partijen in beide zaken. Ook de vaststelling in de primaire besluiten dat de productieverdelingsafspraken en marktverdelingsafspraken in de zaak *Thuiszorg 't Gooi* en de marktverdelingsafspraken in *Thuiszorg Kennemerland* ertoe strekken de mededinging merkbaar te beperken, bleef in bezwaar overeind.

Merkbaarheid

Dat ten aanzien van de merkbaarheid van een *bid rigging* ook volgens de Rechtbank Rotterdam moet worden uitgegaan van de markt die wordt gevormd door de betreffende aanbesteding, zou kunnen worden afgeleid uit de uitspraak in de zaak *Rendon*.³³ De rechtbank oordeelde, onder verwijzing naar eerdere rechtspraak, dat afspraken waarbij alle uitgenodigde ondernemingen zijn betrokken per definitie een merkbare mededingingsbeperking op een (deel van de) Nederlandse markt vormen. De vraag blijft of de rechtbank er bij haar oordeel van uit is gegaan dat de relevante markt waarop de merkbaarheid bepaald moet worden, wordt gevormd door de aanbesteding. Daar laat de rechtbank zich namelijk niet over uit.

In de uitspraak inzake de *Mobiele operators*³⁴ oordeelde het CBb dat de rechtbank Rotterdam terecht tot de conclusie was gekomen dat de mededingingsbeperking merkbaar was, hoewel de NMa daar geen onderzoek naar had gedaan. Hoewel de rechtbank ook in deze zaak had nagelaten om aan te geven welke markt hij voor zijn oordeel als uitgangspunt had genomen – de retailmarkt

30. Besluit NMa 21 oktober 2010, zaak 6274.

31. Besluit op bezwaar NMa 21 oktober 2010, zaak 5851. Het primaire besluit in deze zaak dateert van 19 september 2008.

32. Besluit op bezwaar NMa 21 oktober 2010, zaak 6108. Het primaire besluit in deze zaak dateert van 19 september 2008.

33. Rb. Rotterdam 6 mei 2010, *Rendon Eindhoven B.V./NMa*, LJN BM5246.

34. CBb 12 augustus 2010, *T-Mobile e.a./NMa*, LJN BN3895.

of de consumentenmarkt voor mobiele telefoniediensten – was het College van oordeel dat uit de stukken bleek dat de marktaandeelen van de betrokken mobiele operators op geen van beide markten zodanig waren dat sprake was van een zwakke positie van partijen.

Ten aanzien van de merkbaarheid stelde de NMa in *WMO Friesland*³⁵ vast dat sprake was van afstemming van prijsbeleid bij een WMO-aanbesteding, waarop diverse zorginstellingen hadden ingeschreven, tussen twee zorgaanbieders die een groot tot zeer groot marktaandeel hadden in hun traditionele werkgebied. Bij dit besluit valt op dat ook de NMa niet afzonderlijk is ingegaan op het bepalen van de relevante markt. Overeenkomstig de besluiten in de bouw zal de relevante markt ook in dit geval de aanbesteding zijn.³⁶ Dit roept de vraag op waarom de NMa bij de merkbaarheid dan ook nog ingaat op de marktaandeelen van partijen in geheel Friesland, terwijl de aanbesteding alleen Zuidoost-Friesland betrof. Het is wel goed om te zien dat de NMa er rekening mee houdt dat de marktaandeelen die hiervoor zijn genoemd van betrekkelijke waarde zijn als gevolg van het feit dat de aanbesteding op grond van de WMO ook de kans bood aan niet-zittende aanbieders om in te schrijven. Dit deed echter niet af aan de vaststelling dat TFW en TZWF sterke posities hadden, waardoor de NMa geen redenen aanwezig achtte om de merkbaarheid in twijfel te trekken. Hetzelfde geldt voor het feit dat TZWF een van de grote niet-zittende aanbieders was die concurrentiedruk uitoefenden op TFW. Ook afstemming tussen twee inschrijvers op een aanbesteding, waarop ook andere concurrenten inschrijven, kan naar het oordeel van de NMa zeer wel merkbaar zijn. Langs dezelfde lijnen oordeelde de NMa in de zaak *Midden IJssel*³⁷ dat het beding op basis waarvan Carint en Carinova zonder elkaars toestemming niet in elkaars werkgebied actief zouden zijn, een merkbare mededingingsbeperking vormde.

Versnelde afdoening bouwzaken

Een groot aantal bouwzaken kwam in het verslagjaar tot een beroep³⁸ of hoger beroep.³⁹ In het grootste deel van de zaken hanteerden de Rechtbank Rotterdam en het CBb vergelijkbare overwegingen. Het College heeft zich uitgesproken over de versnelde procedure en achtte deze toelaatbaar in het licht van artikel 6 EVRM en andere wettelijke voorschriften of algemene rechtsbeginselen. Het College beoordeelde de voorwaarden, namelijk het opgeven van bepaalde rechten, zoals het recht om de feiten te betwisten, in ruil voor een korting op de boete van 15%, voldoende duidelijk en toelaatbaar waren. Grote waarde werd toegekend aan het feit dat de ondernemingen zelf de welbewuste keuze maakten voor versnelde afdoening. Ook werd overwogen dat de korting van 15% geen ontoelaatbare druk vormde en niet tot een *reformatio in peius* leidde. Of dit zich verdraagt met artikel 6 EVRM blijft een belangrijk aspect, daar voor overeenstemming met artikel 6 EVRM is vereist dat er voldoende waarborgen zijn ingericht omtrent het opgeven van rechten. Dit geldt te meer nu het opgeven van rechten meer verderstrekkende gevolgen lijkt te hebben dan alleen het verlies van het recht om de feiten te betwisten. Het College bepaalde namelijk dat het opgeven van het recht de feiten te betwisten, automatisch leidt tot inperking van de mogelijkheden van de rechtbank of het College om de boete te beoordelen. Volgens artikel 6 EVRM moet echter de boete volledig getoetst worden aan het evenredigheidsbeginsel, en dus niet marginaal, maar doordat de feiten niet betwist en dus ook niet onderzocht konden worden, kon niet beoordeeld worden in hoeverre de mate van betrokkenheid een rol speelt in de hoogte van de boete. Ook kon vanwege de ‘welbewuste keuze’ de boetegrondslag (behalde aanbestedingsomzet in het jaar 2001) niet worden betwist onder het argument dat meer effectieve afdoening nu eenmaal een meer effectieve boetegrondslag vereist. Dat geldt ook voor het hanteren van de lagere boetes voor kleinere bedrijven die onder een bepaalde omzet bleven. Dit alles wordt niet meer aan een volledige beoordeling door een rechter onderworpen. Men kan zich afvragen of deze beperkingen bij de welbewuste keuze voor versnelde procedure ten volle duidelijk waren.

35. Besluit NMa 21 oktober 2010, zaak 6442.

36. Zie ook Besluit NMa 29 oktober 2010, zaken 6494 en 6836, *Limburgse Bouwzaken 1 en 2*.

37. Besluit NMa 21 oktober 2010, zaak 6274.

38. Rb. Rotterdam 8 januari 2010, *Bouwbedrijf Lymbouw B.V. en beheer-maatschappij IJzermans B.V./NMa*, LJN BK8717; Rb. Rotterdam 22 januari 2010, *Geelen Beton Posterholt B.V. en Geelen Beheer B.V./NMa*, LJN BL1020; Rb. Rotterdam 2 februari 2010, *Lavaredo Holding B.V. e.a./NMa*, LJN BL2968; Rb. Rotterdam 5 maart 2010, *Aan-nemingsmaatschappij M.J. Oomen B.V., M.J. Oomen Beheer B.V. en P. Oomen B.V./NMa*, LJN BL6828; Rb. Rotterdam 5 maart 2010, *Vialis Traffic/NMa*, LJN BL6819.

39. CBb 18 maart 2010, *Imtech N.V./NMa*, LJN BM2423; CBb 7 juli 2010, [A] *B.V./NMa*, LJN BN0545; CBb 7 juli 2010, [A] *B.V./NMa*, LJN BN0540; CBb 31 augustus 2010, [A] *B.V. en [B] B.V./NMa*, LJN BN6707; CBb 31 augustus 2010, [A] *B.V. en [B] B.V./NMa*, LJN BN6711; CBb 31 augustus 2010, [A] *B.V./NMa*, LJN BN6716; CBb 1 september 2010, [A] *e.a./NMa*, LJN BN6911; CBb 1 september 2010, [A] *B.V. e.a. B.V./NMa*, LJN BN9349; CBb 1 september 2010, [A] *B.V. en [B] B.V./NMa*, LJN BN9357; CBb 1 september 2010, [A] *B.V. en [B] B.V./NMa*, LJN BO0866; CBb 1 september 2010, [A] *NMa*, LJN BN6925; CBb 13 september 2010, [A] *B.V./NMa*, LJN BO0952; CBb 13 september 2010, [A] *B.V. en [C] B.V./NMa*, LJN BO0961; CBb 13 september 2010, [A] *B.V./NMa*, LJN BO0973; CBb 13 september 2010, [A] *B.V. en [B] B.V./NMa*, LJN BO0990; CBb 18 november 2010, *A. B.V. e.a./NMa*, LJN BO4962; CBb 18 november 2010, [A] *N.V./NMa*, LJN BO5193; CBb 18 november 2010, *Beheersmaatschappij [A] B.V./NMa*, LJN BO5197.

Misbruik van een economische machtspositie (artikel 24 Mw)

De NMa deed een klacht over misbruik van een economische machtspositie (emp) door Nuon en Nuon Isolatie af met de constatering dat er geen sprake was van een emp.⁴⁰ Gemakshalve ging de NMa, zonder nader onderzoek, uit van zeer eng afgebakende markten voor (na)isolatie-activiteiten: spouwmuurisolatie, buitengevelisolatie, dakisolatie en bodem- en vloerisolatie. Volgens de NMa had Nuon Isolatie op die markten geen machtspositie, omdat zij ofwel een zeer beperkt marktaandeel had ofwel het marktaandeel maximaal 50% van de markt betrof, waarbij er voldoende concurrentiedruk was en toetreding tot de markt goed mogelijk was.

De economische benadering van artikel 24 Mw is inmiddels ook in de Nederlandse praktijk een feit, zo blijkt uit de uitspraak inzake *CRV Holding*,⁴¹ waarin het draaide om de vraag of de door CRV Holding gehanteerde regeling klantentrouw en testerskorting bij de verkoop van fokstiersperma aan veehouders misbruik opleverden. Niet in discussie was dat CRV een machtspositie had op de markt voor de verkoop van fokstiersperma aan veehouders. De kortingen werden door de NMa, die zich baseerde op de vaste rechtspraak, aangemerkt als getrouwheidskortingen, zodat sprake was van misbruik. Het CBb verwierp deze juridische benadering van de NMa. Volgens het College hoeven bij het kwalificeren van een gedraging als misbruik niet noodzakelijk de daadwerkelijke effecten aannemelijk te worden gemaakt, maar dient wel aannemelijk te worden gemaakt dat die gedraging een beperking van de mededinging tot gevolg heeft of kan hebben. Naar aanleiding van divers cijfermateriaal oordeelde het College vervolgens dat de NMa niet aannemelijk had gemaakt dat de regeling klantentrouw en de testerskorting voor afnemers van CRV Holding de keuze tussen verschillende leveranciers moeilijker of onmogelijk maakte en voor concurrenten de toegang tot de markt moeilijker of onmogelijk maakten, zodat niet aannemelijk was dat de regelingen een merkbare beperking van de mededinging tot gevolg hadden of konden hebben. Er was dan ook geen sprake van misbruik. Het College past hier het merkbaarheids criterium toe in het kader van artikel 24 Mw en breekt daarmee met de vaste rechtspraak waarin getrouwheidskortingen per definitie als misbruik worden aangemerkt. Het College lijkt bij deze economische benadering geïnspireerd te zijn door de *effects based*-benadering die de Commissie hanteert in de 'Richtnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie'.⁴² De lijn die het College met deze uitspraak heeft ingezet, namelijk dat uitbreider stil moet worden gestaan bij de economische impact van het door

de NMa gestelde misbruikelijke gedrag, is op zichzelf aan te prijzen. Door de economische impact van kortingsregelingen (en ook ander gedrag) mee te nemen wordt immers voorkomen dat op het oog misbruikelijk gedrag wordt beboet, zonder dat er een daadwerkelijke mededingingsbeperkende impact is. Vanuit praktisch oogpunt zal de benadering van het College echter problemen opleveren, aangezien het voor ondernemingen met een machtspositie lastiger wordt om op voorhand te bepalen welke gedragingen toegelaten zijn en welke niet.

Toezeeggingsbesluiten

Op het gebied van toezeeggingsbesluiten in de zin van artikel 49a Mw vinden de nodige belangwekkende ontwikkelingen plaats. De NMa geeft met haar besluiten naar onze opvatting op een degelijke manier inzicht in de wijze waarop zij aanvragen tot het nemen van een toezeeggingsbesluit beoordeelt en toewijst dan wel afwijst. In 2010 zijn twee toezeeggingsbesluiten vastgesteld. Op basis van het besluit *St. Carinova Leiboorn Groep - St. Carint-Reggeland Groep* uit 2009,⁴³ dat in 2010 is gepubliceerd, kan worden afgeleid dat een te laat ingediende aanvraag wordt afgewezen. De afwijzing was ook te wijten aan het feit dat het doel van de afspraak was om de mededinging te beperken.⁴⁴ De les voor andere ondernemingen is in ieder geval dat zij in een vroeg stadium van het onderzoek een aanvraag zullen moeten indienen, om de aanvraag kan van slagen te laten hebben.

Bijzondere omstandigheden kunnen rechtvaardigen dat wordt afgeweken van het handhavingsbeleid, inhoudende dat na het uitbrengen van een rapport een toezeeggingsbesluit niet doelmatig wordt geacht, zo blijkt uit de zaak *Toezeeggingsbesluit verzekeringpools*.⁴⁵ Deze zaak betrof de samenwerking tussen diverse verzekeraars bij het aanbieden van een verzekering en het dekken van het risico in zogenoemde pools, waarbij elke pool betrekking had op de aansprakelijkheidsverzekering voor verschillende beroepsgroepen. In het in augustus 2008 uitgebrachte rapport, dat alleen betrekking had op de notarispool, werd geconstateerd dat de samenwerking mededingingsbezwaren opriep. Hoewel nadien pas een aanvraag tot het nemen van een toezeeggingsbesluit was ingediend, heeft de NMa een toezeeggingsbesluit genomen. Opmerkelijk is wat de NMa in dit besluit naar voren bracht met betrekking tot de relevante markt. In het rapport had de NMa de markt op het gebied van de beroepsaansprakelijkheidsverzekering voor notarissen aangemerkt als de relevante productmarkt. Na het uitbrengen van het rapport had het Oberlandesgericht Düsseldorf, in een vergelijkbare Duitse zaak, uitspraken

40. Besluit NMa 30 september 2010, zaak 6844, *Nuon Isolatie*.

41. CBb 7 oktober 2010, *CRV Holding B.V./NMA*, LJN BN9947.

42. Pb. EU 2009, C 45/7.

43. Besluit NMa 21 september 2009, zaak 6274.

44. Een soortgelijke redenering zal de NMa ook hebben gehanteerd bij het afwijzen van de aanvraag in de zaak *WMO Friesland*. Daar wordt in randnr. 9 in een enkele zin gerefereerd aan de afwijzing van de aanvraag, zonder dat daar verder op in is gegaan.

45. Besluit NMa 30 december 2010, zaak 5998.

gedaan over de marktafbakening van beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen, waarbij de Duitse rechter overwoog dat de relevante markt naast de accountants *zumindest auch... Steuerberater, Notare und Rechtsanwälte* omvat. Tegen die achtergrond vroeg de NMa zich af of haar marktafbakening, zonder nader onderzoek, wel gehandhaafd kon blijven. Verderop in het besluit geeft de NMa zelfs aan dat de in het rapport opgenomen marktafbakening en de daarop gebaseerde beoordeling aanvulling en aanpassing behoeven. Men kan zich nu wel afvragen hoe de NMa in deze zaak in eerste instantie is gekomen tot haar marktafbakening en hoe zorgvuldig zij dat heeft gedaan. Wanneer in het oog wordt gehouden dat het nemen van een toezeggingsbesluit doelmatiger dient te zijn dan het opleggen van een boete, is het begrijpelijk dat het afbakenen van markten in een concrete zaak waarin de NMa het nut van een toezeggingsbesluit ziet, achterwege wordt gelaten. Voor het nemen van een toezeggingsbesluit was ook van belang dat er intussen een herziene vrijstellingsverordening voor de verzekeringssector⁴⁶ van toepassing was geworden, waardoor de NMa genoopt zou zijn om nader onderzoek te doen teneinde vast te stellen of deze verordening gunstiger zou zijn voor de betrokken ondernemingen. Daarnaast had de sector blijk gegeven van bewustwording van de mededingingsregels, waardoor het rapport volgens de NMa een belangrijke impuls gaf aan de institutionele waarborging van *compliance*. Daarom achtte de NMa het, naar ons idee terecht, aannemelijk dat met de toezeggingsroute een ruimer en sneller resultaat kon worden bereikt dan met voortzetting van de sanctieprocedure. De andere voorwaarden van artikel 49a lid 2 Mw (de toezeggingen verzekeren dat de verzekeraars in de toekomst in overeenstemming met artikel 6 Mw zullen handelen en de toezeggingen zijn controleerbaar door de bevoegdheid van de NMa om gegevens over marktaandelen bij verzekeraars en het Verbond van Verzekeraars op te vragen), waren ook vervuld.

Een andere zaak waarin de NMa een toezeggingsbesluit heeft genomen, betreft *Ziekenhuiszorg Amsterdam*.⁴⁷ De betrokken ziekenhuizen vroegen hier een toezeggingsbesluit aan, nadat de NMa aan de betrokken ziekenhuizen had laten blijken dat zij een onderzoek was gestart naar informatie-uitwisseling op de markt voor ziekenhuiszorg in Amsterdam. De uitgewisselde informatie betrof gedetailleerde gegevens over de productie⁴⁸ vanaf 1 januari 2004. De NMa beoordeelde de gedraging binnen het bekende kader voor informatie-uitwisseling⁴⁹ en kwam tot de conclusie dat de uitgewisselde informatie

concurrentiegevoelig was. De NMa gaf verder aan dat er gevolgen voor de mededinging waren door de vergroting van transparantie, dat dit de coördinatie van het marktgedrag van de ziekenhuizen kon vergemakkelijken, dat de uitwisseling van de informatie geschikt was om te dienen als controlemechanisme voor afwijkend gedrag en dat de uitwisseling van informatie bij uitstek geschikt was om eventuele expliciete coördinatie tussen de ziekenhuizen te ondersteunen en om na te kunnen gaan of mededingingsbeperkende afspraken werden nageleefd. De uitwisseling van de informatie bracht daarom mededingingsrisico's met zich. De redenen voor het nemen van een toezeggingsbesluit waren gelegen in het feit dat de ziekenhuizen hebben aangegeven geen concurrentiegevoelige informatie meer uit te wisselen, de ziekenhuizen de uitwisseling terstond hadden gestaakt hangende het onderzoek van de NMa en zij coöperatief waren, zodat aannemelijk was dat de ziekenhuizen als gevolg van het besluit in overeenstemming zouden handelen met artikel 6 Mw. Daarnaast waren de toezeggingen controleerbaar, omdat toekomstige uitgewisselde informatie inzichtelijk wordt gemaakt voor de NMa. Doelmatigheid was aan de orde, daar met een toezeggingsbesluit het toekomstige marktgedrag van de ziekenhuizen sneller en effectiever duurzaam beïnvloed kon worden. Bovendien was daarvoor ook van belang dat mogelijke uitstralingseffecten naar andere zorginstellingen sneller gerealiseerd zouden kunnen worden. De NMa snijdt hier een belangrijk punt aan. Hoewel de kaders voor het uitwisselen van informatie helder uiteengezet zijn in het verleden, zowel op Europees als nationaal niveau, blijft een op de zorgsector toegesneden beoordeling met zijn bijzondere kenmerken van belang. In een sector als de zorg, waarin in concrete zaken nog steeds de nodige onduidelijkheid bestaat of bepaalde gedragingen al dan niet mededingingsproblemen oproepen, is inzicht in de beoordelingswijze door de NMa van groot belang.

Boetes natuurlijke personen

Het jaar 2010 is het jaar waarin de NMa voor het eerst gebruik heeft gemaakt van haar sinds 2007 bestaande bevoegdheid om persoonlijke boetes op te leggen aan natuurlijke personen. Dit gebeurde in de zaken *Wegener-[Leidinggevende A-E]*.⁵⁰ Vier leden van de raad van bestuur respectievelijk de raad van commissarissen en een directeur die leiding hadden gegeven aan de overtreding van een voorschrift dat verbonden was aan een vergunning voor een concentratie kregen boetes opgelegd. Daarnaast legde de NMa in het verslagjaar voor het eerst boetes op aan natuurlijke personen voor het feitelijk leidinggeven aan een overtreding van artikel 6 Mw. Deze boetes van respectievelijk € 10.000, € 100.000 en € 250.000 werden opgelegd in de Limburgse bouwzaken aan drie personen.

46. Verordening (EG) nr. 267/2010 betreffende de toepassing van art. 101 lid 3 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen van overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de verzekeringssector, Pb. EU 2010, L 83/1.

47. Besluit NMa 31 december 2010, zaak 6895.

48. Aantallen klinische behandelingen, dagbehandelingen, eerste polikliniekbezoeken onderverdeeld naar specialisme, productierealisatie en DBC-informatie.

49. Zie Richtsnoeren Horizontalen, par. 2 en Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen, *Stcrt.* 2005, 67, zoals gewijzigd op 21 april 2008, *Stcrt.* 2008, 77, par. 4.2.

50. Besluiten NMa 14 juli 2010, zaak 1528.

Voor het begrip feitelijk leidinggeven sluit de NMa aan bij de strafrechtelijke jurisprudentie, die zij interpreteert als het door middel van een doen of nalaten bewust (doen) bevorderen van de verboden gedraging van de onderneming. Van feitelijk leidinggeven is dan ook sprake indien de betreffende persoon de wetenschap had dat de gedraging zich voordeed of zou gaan voordoen én hij tevens de feitelijke positie had om die gedraging te voorkomen. Het leidinggeven aan een overtreding hoeft zich niet noodzakelijk te uiten door middel van een actieve gedraging; ook het nalaten om in te grijpen kan voldoende zijn om een persoonlijke boete op te leggen. De NMa maakt ook duidelijk dat het enkele feit dat er binnen de onderneming hogere of meer verantwoordelijke leidinggevendenden zijn, er niet aan in de weg staat om als feitelijk leidinggevende te kunnen worden aangemerkt. De feitelijk leidinggevende is namelijk diegene die feitelijke zeggenschap kan uitoefenen over de gedraging van de onderneming. Wanneer een leidinggevende kennis heeft van een verboden gedraging is, behoudens bijzondere omstandigheden, deze gehouden om in te grijpen. In het vereiste van wetenschap van de gedraging schuilt ook de (voorwaardelijke) opzet. De NMa oordeelde ook dat het niet vereist is dat de leidinggevende heeft beoogd de Mededingingswet te overtreden. Voldoende is dat de leidinggevende de gedragingen van de onderneming bewust heeft aanvaard. Argumenten inhoudende dat de feitelijk leidinggevende in de gerechtvaardigde veronderstelling verkeerde dat hij de Mededingingswet niet heeft overtreden en dat dat oogmerk ook niet aanwezig was, worden door de NMa dan ook niet gehonoreerd.

In het geval van *Wegener*-[Leidinggevende A-E] werd aan alle hiervoor genoemde criteria voldaan door de natuurlijke personen in de functie van directeur en leden van de RvB en RvC. Tijdens vergaderingen hadden zij expliciet goedkeuring verleend voor nauwere samenwerking, het aanstellen van één chef en het gelijktrekken van de eerste vier pagina's van de kranten, terwijl zij zelfstandig de mogelijkheid hadden deze goedkeuring te onthouden. Ook hebben zij zich niet verzet tegen de dubbelrol die ontstond door de personele unie in de RvC en RvB. Maar van nog grotere waarde achtte de NMa de overeenkomst tussen leidinggevendenden en Wegener om een beleid te voeren dat gericht was op het waarborgen van de onafhankelijkheid van de betreffende dagbladen, dus met als expliciet doel het voldoen aan het voorschrift van de NMa. Daaruit volgde een bijzondere verantwoordelijkheid om de intensievere samenwerking tegen te houden. Een beroep op een slapend B-commissariaat werd niet aanvaard. Met deze primeur in het opleggen van boetes aan natuurlijke personen is duidelijk dat de verantwoordelijkheid van leidinggevendenden ook op het vlak van naleving van het mededingingsrecht een grote is. Zeker nu volgens de NMa subjectieve opzet op het plegen van een overtreding niet noodzakelijk is, brengt het zitting nemen in een RvB of RvC behoorlijk grotere risico's met zich, waarvoor een leidinggevende in zijn eigen vermogen aangeslagen kan worden voor niet geringe bedragen.

In de Limburgse bouwzaken werden respectievelijk de heer A als bestuurder,⁵¹ de heer B met een leidinggevende positie,⁵² en de heer C als directeur⁵³ bij de respectievelijke beboete bouwondernemingen, als feitelijk leidinggevendenden aangemerkt, aangezien zij zelf de inschrijfprijzen met de andere bouwonderneming hadden afgestemd en/of tevens bevoegd en gehouden waren een einde te maken aan de verboden gedragingen. Dat er binnen een onderneming meerdere leidinggevendenden zijn die beboet kunnen worden, blijkt uit het feit dat zowel de persoon met een leidinggevende positie die de inschrijfprijzen met de concurrent had afgestemd, de heer B, als diens hiërarchisch bovengeschatte leidinggevende, de heer C, zijn beboet. De eerste was naar het oordeel van de NMa namelijk bevoegd en gehouden een einde te maken aan het concurrentiebeperkende gedrag en de tweede had in zijn functie als hiërarchisch bovengeschatte leidinggevende feitelijk de mogelijkheid om de verboden gedraging van de eerstgenoemde te voorkomen.

De NMa heeft met deze boetes aan natuurlijke personen laten zien dat zij haar 'belofte' om natuurlijke personen aan te pakken ook nakomt. Hiermee doet de NMa een poging om de personen die feitelijk het reilen en zeilen van een onderneming bepalen, te bereiken. Dit is een begrijpelijke stap, omdat een gedraging van een onderneming uiteraard altijd pas tot stand komt wanneer daar natuurlijke personen achter zitten.

Procedurele aangelegenheden

81

Alternatieve afdoeningsregeling thuiszorgsector

In 2010 was de NMa bereid om tot een alternatieve afdoeningsregeling te komen voor de thuiszorgsector om zodoende gedragingen van zorginstellingen in de thuiszorgsector waaraan mededingingsrechtelijke bezwaren verbonden waren op een vereenvoudigde en snelle manier af te wikkelen, in plaats van het doorlopen van een volledige onderzoeks- en sanctieprocedure. Hierdoor zou de sector zich op de toekomst kunnen gaan richten.⁵⁴ De voorgestelde regeling die in samenspraak met brancheorganisaties ActiZ en BTN was opgesteld, werd echter door de leden van ActiZ verworpen.⁵⁵

51. Besluit NMa 29 oktober 2010, zaak 6949 en 6836, *Limburgse bouwzaken 1 en 2/de heer [A]*.

52. Besluit NMa 29 oktober 2010, zaak 6949 en 6836, *Limburgse bouwzaken 1 en 2/de heer [B]*.

53. Besluit NMa 29 oktober 2010, zaak 6949 en 6836, *Limburgse bouwzaken 1 en 2/de heer [C]*.

54. Zie het persbericht van de NMa van 6 mei 2010 'NMa, ActiZ en BTN werken aan alternatieve afdoeningsregeling voor thuiszorg', te vinden op: <www.nmanet.nl/nederlands/home/Actueel/Nieuws_Persberichten/Webberichten/NMa_ActiZ_en_BTN_werken_aan_alternatieve_regeling_voor_thuiszorg.asp>.

55. Zie het persbericht van de NMa van 20 mei 2010: <www.nmanet.nl/nederlands/home/Actueel/Nieuws_Persberichten/NMa_Nieuwsberichten/Nieuwsberichten_2010/2010_Q2/1910_NMa_afwijzen_collectieve_regeling_gemiste_kans_voor_thuiszorgsector.asp>.

Rechten van verdediging

Dat een partij om haar rechten ter verdediging te kunnen uitoefenen, kennis moet kunnen nemen van relevante stukken in een voor haar begrijpelijke taal, had het CBb al eerder uitgemaakt.⁵⁶ In het verslagjaar deed het CBb in de al lang lopende *Garnalen-zaak*⁵⁷ uitspraak over een discussie tussen de NMa en Duitse producentenorganisaties over het ter beschikking stellen van vertalingen in het Duits van een aantal documenten. Daarbij oordeelde het College onder andere dat stukken die (oorspronkelijk) in het Engels waren opgesteld niet te hoeven worden vertaald naar de eigen taal van de betrokkenen. Bepalend is dat appelland begrijpt wat er in zijn procedure gebeurt. Opmerkelijk is voorts het door het College gehonoreerde betoog dat appellanten niet behoeven te beschikken over de cijfers die als grondslag dienen voor het vaststellen van de omzet (de boetegrondslag). Met betrekking tot de door de NMa aan andere partijen gevraagde cijfermatige gegevens omtrent aanvoer en omzet van garnalen, voerde de NMa aan dat die cijfers uit doelmatigheidsoverwegingen al in de onderzoeksfase zijn opgevraagd maar niet ten grondslag zijn gelegd aan het rapport. Volgens de NMa waren deze gegevens uitsluitend opgevraagd en gebruikt bij het vaststellen van de betrokken omzet die de grondslag vormt bij de boetetoemeting, en speelden de cijfers in het geheel geen rol bij de vaststelling van de overtreding.

De NMa wordt nog steeds beticht van *fishing expeditions*. Zo ook in de zaak *WMO Friesland*.⁵⁸ De NMa startte het onderzoek in deze zaak naar aanleiding van aanwijzingen uit een ander onderzoek waarbij TZWF betrokken was. In die andere zaak waren ook bedrijfsbezoeken afgelegd bij TZWF. Dit vormde naar het oordeel van TZWF een schending van de rechten van verdediging, aangezien het bewijsmateriaal in de zaak *WMO Friesland* het resultaat was van een ongeoorloofde *fishing expedition* in dat andere onderzoek. Het eerder aangetroffen materiaal dat aanleiding gaf tot het onderzoek in de zaak *WMO Friesland* had niets te maken met het doel van dat eerdere onderzoek, aldus TZWF. De NMa ging, zoals gebruikelijk, niet mee in deze argumentatie. Volgens de NMa had het eerdere onderzoek, evenals in de zaak *WMO Friesland*, ten doel om na te gaan of sprake was van marktverdeling en afstemming van gedrag omtrent prijsvorming in de thuiszorg, zodat de NMa binnen de grenzen van dat eerdere onderzoek had gehandeld. Er was dan ook geen sprake van een schending van de rechten van verdediging.

Bewijs

Met betrekking tot de bewijslastverdeling, wees het CBb er in zijn uitspraak inzake de *Mobiele operators*⁵⁹ op dat het Hof van Justitie in zijn prejudiciële uitspraak⁶⁰ had

overwogen dat behoudens door de betrokken ondernemingen te leveren tegenbewijs, wordt vermoed dat de ondernemingen die deelnemen aan een afstemming en op de markt actief blijven, bij de bepaling van hun marktgedrag rekening houden met die informatie. De ondernemingen zullen bewijs moeten leveren van het tegendeel. Het College was tegen de achtergrond van artikel 6 EVRM van oordeel dat marktdeelnemers zoveel moeten aandragen dat het vermoeden van beïnvloeding van hun marktgedrag wordt ontkracht. Een verdergaande toepassing van het bewijsvermoeden is niet in overeenstemming met artikel 6 lid 2 EVRM, aldus het College.

Een bewijsvraagstuk deed zich ook voor in het besluit *Limburgse bouwzaken 1 en 2*.⁶¹ Het onderzoek was namelijk aan het rollen gebracht door getapte telefoongesprekken die door het OM waren doorgespeeld aan de NMa.⁶² Over de rechtmatigheid van het gebruik van dit bewijs merkte de NMa op dat de gestelde onrechtmatigheid van de verschaffing van het bewijs hoe dan ook niet afdeed aan de bevoegdheid van de NMa om die informatie te gebruiken, omdat het gebruik van bewijs alleen niet is toegestaan indien dat is verkregen op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht dat dit gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar worden geacht. Hiervan was geen sprake bij het gebruik van bijvangst van het OM.

Geen besluit na rapport

In de Limburgse bouwzaken is een opvallende handeling van de NMa waar te nemen. Ter zake van verschillende ondernemingen en natuurlijke personen in de hoedanigheid van feitelijk leidinggevers werd in de zaak *Limburgse bouwzaak 2*⁶³ en *Limburgse bouwzaak 3*,⁶⁴ ondanks dat aanvankelijk in de uitgebrachte rapporten door de NMa een vermoeden van overtreding van het kartelverbod werd geconcludeerd, afgezien van het opleggen van sancties. De overtredingen waren uiteindelijk toch onvoldoende komen vast te staan volgens de NMa. Niet duidelijk is of er onvoldoende bewijs was dat de overtredingen niet waren begaan, of dat de bewezen handelingen geen overtreding vormden. Met name in het laatste geval zou het naar onze opvatting op zijn plaats zijn, te motiveren waarom geen sanctie wordt opgelegd, met het oog op transparantie en het aan overige ondernemingen kenbaar maken welke afspraken wel toelaatbaar zijn.

56. CBb 19 januari 2009, LJN BH0436.

57. CBb 12 februari 2010, *Duitse PO's/NMa*, LJN BM1689.

58. Besluit NMa 21 oktober 2010, zaak 6442.

59. CBb 12 augustus 2010, *T-Mobile e.a./NMa*, LJN BN3895.

60. HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands e.a., Jur.* 2009, p. I-4529.

61. Besluit NMa 29 oktober 2010, zaak 6494 en 6836.

62. In het kort geding dat Janssen de Jong Infra B.V. en Janssen de Jong Groep B.V. hadden aangespannen tegen het verstrekken van de telefoontaps aan de NMa, werden de vorderingen van eiseressen afgewezen. De NMa kon daarom gebruik maken van de telefoontaps voor haar mededingingsrechtelijke onderzoek. Zie Rb. 's-Gravenhage 26 juni 2009, *Janssen de Jong Infra B.V. en Janssen de Jong Groep B.V./Staat der Nederlanden*, LJN BJ0047.

63. Besluit NMa 29 oktober 2010, zaak 6836.

64. Besluit NMa 29 oktober 2010, zaak 6837.

Clementie

Naar aanleiding van een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam⁶⁵ in het beroep van Vialis heeft de NMa in een nieuwe beslissing op bezwaar volledige boete-immuniteit aan Vialis toegekend.⁶⁶ Dit was aanvankelijk geweigerd wegens vermeende belemmering van het onderzoek, bestaande uit het organiseren van twee bijeenkomsten door Vialis met de aan het kartel deelnemende ondernemingen, waarin Vialis over haar clementieverzoek uitweidde. De rechtbank had het besluit van de NMa vernietigd, omdat de NMa niet voldoende had uitgelegd waarom in dit specifieke geval het risico op vernietiging van bewijs zo aanwezig was, terwijl zij dit in andere zaken, waar ook soortgelijke bijeenkomsten waren georganiseerd, niet aan het verlenen van immuniteit in de weg liet staan. Duidelijk is dat de rechtbank erop toeziet dat de NMa een consistent beleid voert.

Verbreken verzegeling

In het verslagjaar heeft de NMa een boete opgelegd aan de Landelijke Huisartsenvereniging van € 51.000 voor het verbreken van een verzegeling door een medewerker van een beveiligingsbedrijf.⁶⁷ De NMa oordeelde dat op de onderneming de verplichting rust alle mogelijke zorg te betrachten die in redelijkheid van de rechtspersoon kan worden gevergd met het oog op het voorkomen van de gedraging. Daaronder valt ook het zorgvuldig informeren van de beveiligers die ten behoeve van de rechtspersoon werken.

Legaliteit

Aangezien in de zaak *Wegener*⁶⁸ vanaf 1 januari 2002 tot en met 2010 in strijd was gehandeld met het aan de concentratie verbonden voorschrift, rees de vraag welke regels voor beboetbaarheid nu van toepassing waren: de Mededingingswet zoals die gold vanaf 2002 met een boetemaximum van € 22.500 of de Mededingingswet zoals die gold vanaf oktober 2007 waarin het boetemaximum was verhoogd tot € 450.000 of 10% van de omzet. Volgens de NMa kon in dit geval het hogere boetemaximum worden toegepast, omdat artikel 7 EVRM zich niet verzet tegen de verzwaaring (of introductie) van beboetbaarheid van een bestaande situatie die voortduurt op het moment dat de verzwaaring in werking treedt, zodat vanaf oktober 2007 de verzwaarde boetemaxima van toepassing waren. Voor de feitelijk leidinggevend in de zaak *Wegener - [Leidinggevende A-E]*⁶⁹ gold dezelfde redenering; aangezien de overtreding nog voortduurde op het moment dat beboetbaarheid van natuurlijke personen werd geïntroduceerd, konden ook zij worden beboet.

Redelijke termijn

In één van de bouwfraudezaken⁷⁰ is, in afwijking van de vaste rechtspraak door de Rechtbank Rotterdam geoordeeld dat de NMa de redelijke termijn niet had geschonden doordat de procedure bij de NMa twee jaar en zeven maanden had geduurd. Gelet op de verwevenheid met een zeer groot aantal beboetbare feiten van andere belanghebbenden en de grote schaal waarop de gedragingen plaatsvonden, lag het volgens de rechtbank in de rede dat de NMa niet ad hoc tot besluitvorming kon komen, maar alle besluiten na beleidsvorming op elkaar afstemde.

In de *Erdo*-zaak⁷¹ oordeelde het CBb, in lijn met de vaste rechtspraak, dat de redelijke termijn in de praktijk in beginsel aanvangt bij het uitbrengen van het rapport. Kort gezegd werd overwogen dat gelet op de complexiteit van onderzoeken naar overtredingen van artikel 6 Mw, twee jaar voor besluitvorming en heroverweging en vervolgens anderhalf jaar voor rechterlijke beoordeling in eerste aanleg gerechtvaardigd is. Deze termijnen waren volgens het CBb niet overschreden. De redelijke termijn van twee jaar voor de hogerberoepsprocedure was wel overschreden, waardoor de boetes zijn vermindert met 10%, met een maximumkorting van € 10.000 per boete.

Prioritering

Het bekende prioriteringsbeleid⁷² van de NMa leidt regelmatig tot afwijzing van klachten. In zijn uitspraak in de zaak *Vereniging van Reizigers* ging het CBb in op de onderbouwing van dat prioriteringsbeleid.⁷³ Hoewel het College het prioriteringsbeleid op zich niet afkeurt, benadrukte het dat van de NMa een actieve houding mag worden verlangd, aangezien zij op grond van haar toezicht- en onderzoeksbevoegdheden bij informatie kan komen waarover een klager niet kan beschikken. De door klager over te leggen gegevens ter onderbouwing van de gegrondheid van zijn klacht moeten zodanig zijn dat de NMa in staat wordt gesteld een gericht onderzoek te verrichten. Ook was het CBb van oordeel dat de keuze om een klacht niet nader te behandelen een motivering vergt op basis van een (bepaalde) inhoudelijke beoordeling en onderzoek. Daarnaast is aangegeven dat de NMa de klacht niet mocht afwijzen door vooruit te lopen op ontwikkelingen die op de markt zouden plaatsvinden.

In de zaak *Rechtspraak BAWA c.s. - Kombiplast B.V. / Stichting Nederlands Normalisatie-instituut*⁷⁴ was de NMa van mening dat een onderzoek naar misbruik door het hanteren van excessieve tarieven door Stichting Nederlands Normalisatie Instituut (NNI), niet doeltreffend zou zijn gelet op de duur en complexiteit die eigen zijn aan een dergelijk onderzoek. Met name achtte de

65. Rb. Rotterdam 5 maart 2010, *Vialis Traffic B.V./NMa*, LJN BL6819.

66. Tweede besluit op bezwaar NMa 22 juni 2010, zaak 5697, *Vialis Traffic B.V.*

67. Besluit NMa 9 september 2010, zaak 6944, *Verbreken verzegeling*.

68. Besluit NMa 14 juli 2010, zaak 1528.

69. Besluiten NMa 14 juli 2010, zaak 1528.

70. Rb. Rotterdam 2 februari 2010, *Lavaredo Holding e.a./NMa*, LJN BL2968.

71. CBb 8 april 2010, *Erdo B.V./NMa*, LJN BM1588.

72. Zoals ook vastgelegd in het document 'Handhaving door de Nederlandse Mededingingsautoriteit', *Stct.* 2009, 63.

73. CBb 20 augustus 2010, *Vereniging van Reizigers/NMa*, LJN BN4700.

74. Besluit NMa 31 augustus 2010, zaak 6965.

NMa van belang dat er in deze zaak geen concurrenten in Nederland waren waarmee de tarieven konden worden vergeleken en concurrenten in het buitenland onderhevig waren aan geheel andere omstandigheden. Deze motivering van dit besluit lijkt ons op gespannen voet te staan met de zojuist besproken uitspraak van het CBb. De NMa kan naar onze opvatting niet afzien van het doen van onderzoek omdat dat onderzoek te moeilijk zou zijn, aangezien zij met haar bevoegdheden de aangewezen instantie is gegevens boven tafel krijgen waarmee zij een beoordeling kan maken. De NMa had het in dat licht beter kunnen laten bij haar argument dat er politieke besluitvorming te verwachten was over de financieringsstructuur van het NNI en dat er een lopende rechtszaak was of het argument dat, gelet op het geringe economische belang, een uitgebreid onderzoek niet doeltreffend was.

Nova

In de zaak *Herzieningsverzoek*⁷⁵ werd een herzieningsverzoek met betrekking tot de afwijzing van een klacht in 2001 ter zake van een overtreding van artikel 6 Mw door kinderopvangorganisaties en de gemeente Den Haag afgewezen, aangezien geen sprake was van nova in de zin van artikel 4:6 Awb.

In dezelfde lijn oordeelde de Rechtbank Rotterdam in de NVP-zaak. In 2009 zag de NMa, na een uitspraak van het CBb in 2008, op grond van doelmatigheids-overwegingen af van boeteoplegging aan een drietal ondernemersverenigingen voor psychologische dienstverlening die eerder wel waren beboet. Dit besluit betrof niet de NVP, aangezien deze als enige geen beroep had ingesteld tegen het oorspronkelijke besluit op bezwaar. Het verzoek van de NVP aan de NMa om de boete te heroverwegen was daarom afgewezen. Het beroep werd ook afgewezen, aangezien het boetebesluit ten aanzien van NVP formele rechtskracht had gekregen en geen nieuwe feiten of omstandigheden aan de orde waren die aanleiding hadden moeten geven om op het boetebesluit terug te komen.⁷⁶

Sanctiebesluiten inzake niet meewerken

In twee besluiten op bezwaar⁷⁷ bevestigde de NMa wederom haar standpunt dat ex-werknemers zich niet kunnen beroepen op het zwijgrecht. Volgens de NMa geldt het zwijgrecht alleen voor personen *binnen* een onderneming. Volgens de NMa is dit ook in lijn met de ratio van het zwijgrecht, namelijk het verbod van zelfincriminatie, omdat van een schending van dat verbod alleen sprake is als een verklaring aan te merken is als een door de onderneming afgelegde verklaring. Dat is alleen het geval als de onderneming via de persoon in kwestie wordt gehoord. Dat is bij werknemers die de onderneming inmiddels hebben verlaten niet aan de orde. De NMa blijft ook in dit besluit op bezwaar enig-

zins in gebreke om te motiveren waarom het gerechtvaardigd zou zijn dit onderscheid tussen werknemers en ex-werknemers te maken, wanneer beiden de gezochte informatie verkregen uit hoofde van een dienstverband dat nog in stand was ten tijde van de gedragingen waarop het onderzoek betrekking heeft. Nu ontstaat de situatie dat een ex-werknemer niet gehoord wordt 'aan de zijde van de onderneming' over informatie die hij alleen heeft kunnen verkrijgen omdat hij destijds wel aan de zijde van de onderneming stond.

Sancties

Toerekening

Dat het voor ondernemingen die wensen te fuseren dan wel een overname willen doen geen overbodige luxe is om na te gaan of de andere onderneming mededingingsrechtelijke ongeregeligheden op haar kerfstok heeft staan, bewijst de zaak *WMO Friesland*.⁷⁸ De overtreding door TFW van het kartelverbod werd door de NMa toegerekend aan Stichting Zorgverlening De Friese Wouden, waarmee TFW in december 2009, derhalve drie jaar na de overtreding, gefuseerd was.

In het besluit *Midden IJssel*⁷⁹ werd de overtreding van artikel 6 Mw door Stichting Carinova, die plaatsvond vanaf juni 2005 tot respectievelijk juli 2007 wat betreft HV en tot juni 2008 wat betreft PV & VP, vanaf juni 2006 ook aan Stichting Carinova Leiboombgroep toegerekend door de NMa, aangezien deze laatste vanaf juni 2006 bestuurder was geworden van Stichting Carinova en derhalve vanaf die tijd invloed kon uitoefenen op het marktgedrag van Stichting Carinova. Ook het worden van bestuurder brengt de noodzaak met zich om te bekijken welk gedrag de te besturen onderneming in het verleden heeft ingezet en of dat gedrag nog steeds voortduurt.

Betrokken omzet en boetegrondslag

In een besluit op bezwaar inzake boeteoplegging aan een ex-werknemer die zich volgens de NMa ten onrechte op het zwijgrecht had beroepen,⁸⁰ werd de boete van € 100.000 verlaagd tot € 90.000. In bezwaar was gebleken dat over 2008 – het jaar waarover de boete werd berekend – de ex-werknemer een bedrag van circa € 60.000 aan belasting verschuldigd was aan de Belastingdienst, waardoor het vermogen dat als uitgangspunt diende voor de berekening van de boete lager was geworden.

Als gebruikelijk bij aanbestedingsafspraken, werd in de *WMO Friesland-zaak*⁸¹ de betrokken omzet voor elke deelnemer bepaald op basis van (een evenredig deel van) de omzet die op basis van het bod waartegen de opdracht is verleend, kon worden gerealiseerd. Het uit-

75. Besluit NMa 12 maart 2010, zaak 6854.

76. Rb. Rotterdam 10 juni 2010, *Nederlandse Vereniging voor Psychotherapie/NMa*, LJN BM7407.

77. Besluit op bezwaar NMa 7 mei 2010, zaak 6622, X en Besluit op bezwaar NMa van 7 mei 2010, zaak 6719, X.

78. Besluit NMa 21 oktober 2010, zaak 6442.

79. Besluit NMa 21 oktober 2010, zaak 6274.

80. Besluit op bezwaar NMa 7 mei 2010, zaak 6622, X en Besluit op bezwaar NMa 7 mei 2010, zaak 6719, X.

81. Besluit NMa 21 oktober 2010, zaak 6442.

gangspunt hiervoor was het product van een prognose in het bestek van het aantal uren dat op jaarbasis door cliënten zou worden gevraagd en het – gelijke – tarief waarmee TFW en TZWF hadden ingeschreven. Aangezien de aanbestedende gemeenten met meerdere aanbieders een overeenkomst hadden gesloten en het daardoor niet aannemelijk was dat de gehele in die gemeenten te behalen omzet (alleen) door TFW gerealiseerd zou worden, heeft NMa een nieuwe methode gehanteerd om de betrokken omzet vast te stellen: de hoogte van de betrokken omzet werd bepaald aan de hand van de marktaandeelen van TFW in de betrokken gemeenten in het jaar voor de ingangsdatum van de overeenkomsten. Aangezien aan TZWF niet gegund was, werd haar betrokken omzet bepaald door de als uitgangspunt genomen omzet te delen door het aantal inschrijvers aan wie niet was gegund.

In de zaak *Midden IJssel*⁸² zou de wijze waarop de betrokken omzet normaliter wordt berekend ertoe leiden dat de betrokken omzet voor Carint € 0 zou zijn. De reden hiervoor is dat als gevolg van het afgesproken non-concurrentiebeding tussen de thuiszorginstellingen Carint en Carinova, Carint niet is toegetreden tot de zorgkantoorregio waarin Carinova actief was en Carint daardoor ook geen omzet heeft behaald in die regio. De NMa achtte het passend om de hoogte van de betrokken omzet van Carint vast te stellen op 30% van de omzet van Carinova, omdat deze omzet ten gevolge van de overtreding de ‘beschermde omzet’ betrof. De NMa had de omvang van die beschermde omzet wellicht wat beter kunnen onderbouwen, omdat de 30% nu nogal uit de lucht komt vallen.

In het besluit *Limburgse bouwzaken 1 en 2*⁸³ had Aannemers- en Wegenbouwbedrijf Limburg een schijn-inschrijving gedaan om de opdracht juist niet te krijgen, na afstemming met Janssen de Jong Infra, waardoor de opdracht aanvankelijk aan een andere partij was gegund. Na het faillissement van deze laatste werd de opdracht verstrekt aan Aannemers- en Wegenbouwbedrijf Limburg. Janssen de Jong Infra had als gevolg van een intern misverstand niet ingeschreven. Om aan te sluiten bij de feitelijke gang van zaken, werd de betrokken projectomzet bepaald op de inschrijfprijs van de failliete onderneming en niet de – hogere – inschrijfprijs van Aannemers- en Wegenbouwbedrijf Limburg.

In het besluit *Limburgse bouwzaken 1 en 2/de heer [B]*⁸⁴ en het besluit in *Limburgse bouwzaken 1 en 2/de heer [C]*⁸⁵ kon de boetegrondslag worden vastgesteld tussen de € 50.000 en € 400.000 overeenkomstig de NMa Boetecode 2007. Gezien de ernst van de overtreding die was vastgesteld in het besluit met betrekking tot de bouwonderneming en de financiële positie van de heer B en de heer C in 2009, vond de NMa een boetegrondslag en basisboete van € 100.000 voor de heer B en € 250.000 voor de heer C passend, zonder een nadere toelichting.

82. Besluit NMa 21 oktober 2010, zaak 6274.

83. Besluit NMa 29 oktober 2010, zaak 6494 en 6836.

84. Besluit NMa 29 oktober 2010, zaak 6949 en 6836.

85. Besluit NMa 29 oktober 2010, zaak 6949 en 6836.

Wij constateren dat de NMa in het geheel geen inzicht verschaft in haar redenen waarom zij een bepaalde boetehoogte passend vindt. Dit is des te belangrijker nu de NMa heeft aangegeven zich meer op de beboeting van natuurlijke personen te gaan richten.

Ernst

Alhoewel de aanbestedingsafspraken in het besluit inzake *WMO Friesland*⁸⁶ in beginsel als zeer zware overtreding aangemerkt konden worden, lijken de ondernemingen er met de kwalificatie ‘zwaar’ en een ernstfactor van 1,5 redelijk goed vanaf gekomen te zijn. Van belang hiervoor was onder andere dat geen sprake was van een ‘klassiek heimelijk kartel’. Ook in het besluit *Midden IJssel*⁸⁷ werd de marktverdelingsafpraak om diezelfde reden in afwijking van de gebruikelijke gang van zaken als ‘zwaar’ aangemerkt.

Het CBb heeft in zijn uitspraak inzake de *Mobiele operators*⁸⁸ overwogen dat de overtreding noch als ‘zeer zwaar’ noch als ‘zwaar’ kon worden aangemerkt, in tegenstelling tot de NMa die het etiket ‘zeer zwaar’ gebruikte, gezien de beperkte frequentie van de afstemming en de korte periode waarin zich de effecten van de afstemming op de markt hebben voorgedaan. Volgens het CBb betekende het feit dat de gevolgen van de overtreding niet in aanmerking hoeven te worden genomen bij de vaststelling van de overtreding, namelijk niet dat de beoogde gevolgen niet in ogenschouw hoeven te worden genomen bij het bepalen van de zwaarte van de overtreding.

Bijzondere omstandigheden – boeteverlagende/-verhogende omstandigheden – matiging boete

De Rechtbank Rotterdam heeft in haar uitspraak inzake het beroep van Rendon⁸⁹ (Schilderszaken) aangegeven dat aan de volgende criteria voor verdergaande medewerking moet zijn voldaan om in aanmerking te komen voor een boeteverlaging: (1) de onderneming heeft in objectieve zin verdergaand medegewerkt dan waartoe een wettelijke verplichting bestond, en (2) deze verdergaande medewerking heeft het voor de NMa gemakkelijker gemaakt om de inbreuk vast te stellen. De rechtbank meende hieromtrent dat de door Rendon verschaft informatie geen additionele waarde had, daar de NMa de beschikking had over een veelheid van verklaringen van verschillende ondernemingen.

In de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam inzake de boomkwekerijen heeft de rechtbank de NMa verweten dat zij vooral heeft onderzocht of Darthuizer Boomkwekerijen B.V. – een van de eiseressen – de *ringleader* was binnen het kartel, terwijl uit faxen naar voren leek te komen dat ook Boot & Co een prominente rol had gespeeld binnen het kartel.⁹⁰ Niet was gebleken dat de

86. Besluit NMa 21 oktober 2010, zaak 6442.

87. Besluit NMa 21 oktober 2010, zaak 6274.

88. CBb 12 augustus 2010, *T-Mobile e.a./NMa*, LJN BN3895.

89. Rb. Rotterdam 6 mei 2010, *Rendon Eindhoven B.V./NMa*, LJN BM5246.

90. Rb. Rotterdam 1 juli 2010, *Darthuizer Boomkwekerijen B.V. en Boomkwekerijen M. van den Oever en Zonen B.V. en Van den Oever Holding B.V./NMa*, LJN BM9911.

NMa voldoende onderzoek had gedaan naar de vraag of Boot & Co ook als *ringleader* kon worden aangemerkt in plaats van Darthuizer Boomkwekerijen B.V. of naast Darthuizer Boomkwekerijen B.V. De boeteverhoging van 15% ten aanzien van Darthuizer Boomkwekerijen B.V. voor haar *ringleader*-schap ging dan ook onderuit. In de zaak *WMO Friesland*⁹¹ en *Midden IJssel*⁹² was er reden om de boete te matigen, omdat de NMa wenste te voorkomen dat de boetes een averechts effect zouden hebben op de vereiste aanpassingen van zorginstellingen aan de door de wetgever ingezette slag naar marktwerking. In *Midden IJssel* werd ook in overweging genomen dat de regulering, die uitvoering vond in de beleidsregels van de NZa, een inherente begrenzing vormde voor de mogelijkheid tot prijsopdrijving door middel van mededingingsbeperkende afspraken. Zorginstellingen kunnen zich echter niet beroepen op het feit dat er voor een bepaalde tak in de zorgsector voor het eerst een boete is opgelegd, dat de boetes met gemeenschapsgelden worden betaald en dat de afspraken geen nadeel hadden opgeleverd voor cliënten, afnemers en concurrenten.⁹³

Dat recidive tot hoge boetes leidt, blijkt uit het besluit *Limburgse bouwzaken 1 en 2*.⁹⁴ Voor Janssen de Jong Infra werd de basisboete met 100% verhoogd wegens recidive omdat zij in het kader van de bouwfraude ook al door de NMa was beboet. Na die verhoging kwam de basisboete uit op € 541.162. De NMa vond deze boete echter niet hoog genoeg, daar de eerder opgelegde boete van € 1.500.000 in het kader van de bouwfraude blijkbaar niet het gewenste effect had gesorteerd. Met een beroep op de preventieve werking en zonder nadere motivering werd vervolgens de boete naar € 3.000.000 verhoogd. Hoewel de gedachte van het zwaarder bestraffen van recidive te volgen is, zetten wij toch vraagtekens bij het nog eens verhogen met 400% van de reeds vanwege recidive met 100% verhoogde basisboete, met slechts een beroep op de 'preventieve werking'. Aan de vraag of de opgelegde boete evenredig is aan de begane overtreding (de projectomzet was € 194.150), wijdde de NMa geen overwegingen.

In het besluit *Limburgse bouwzaken 1 en 2/de heer [A]*⁹⁵ week de NMa af van de destijds geldende NMa Boetecode 2007. Volgens de Boetecode kon de boetegrondslag voor feitelijk leidinggevend worden vastgesteld tussen de € 50.000 en € 400.000. De uitstroom van kapitaal bij de bouwonderneming waarvan de heer A bestuurder was, raakte hem rechtstreeks en op significante wijze, zodat de NMa het effect hiervan nadrukkelijk heeft meegewogen in haar beoordeling over de financiële positie van de heer A. De NMa vond een boete van € 10.000 passend. De NMa heeft geen inzicht gegeven

in wat er precies aan de hand was, aangezien die informatie als vertrouwelijk is aangemerkt. Dit aspect daar gelaten blijft het ook hier gissen waarom € 10.000 passend werd geacht. Ook hier is het broodnodige inzicht in de denkwijze van de NMa vereist. In de zaak *Limburgse bouwzaken 1 en 2/de heer [B]*⁹⁶ en in de zaak *Limburgse bouwzaken 1 en 2/de heer [C]*⁹⁷ achtte de NMa de materiële inkomens- en vermogenspositie van beide heren en het feit dat zij beiden hun baan waren verloren geen reden om de boete te verlagen. Met deze omstandigheden was volgens de NMa al rekening gehouden bij het vaststellen van de boetegrondslag. Hiermee lijkt de NMa al een tipje van de sluier op te lichten over haar gedachtegang bij het bepalen van de boetegrondslag, maar nog steeds ontbreken de nodige handvatten voor de praktijk om een inschatting te geven van de boete(grondslag) bij beboeting van natuurlijke personen.

Verjaring

In haar uitspraak betreffende de boomkwekerijen heeft de Rechtbank Rotterdam een zeer opmerkelijke overweging gedaan over de boete in het licht van de verjaring.⁹⁸ De overtreding had plaatsgevonden vanaf januari 1998 tot en met februari 2004, zodat de NMa de omzet over deze gehele periode had meegenomen in de boeteberekening. Naar het oordeel van de rechtbank had de NMa dit niet mogen doen. De rechtbank wees erop dat gelet op artikel 64 Mw – waarin is bepaald dat de bevoegdheid om een boete op te leggen vervalft vijf jaar nadat de overtreding heeft plaatsgevonden – en gelet op het feit dat het primaire besluit dateert van 13 november 2007, de omzet voorafgaand aan 13 november 2002 niet meegenomen had mogen worden in de boeteberekening. Het deel van de omzet tot aan 13 november 2002 had namelijk betrekking op het verjaarde deel van de overtreding, aldus de rechtbank. Dit oordeel lijkt niet overeen te stemmen met hetgeen bij de totstandkoming van de Mededingingswet ten aanzien van de verjaring is gesteld: 'Bij een voortdurende of voortgezette overtreding gaat de verjaringstermijn pas in op de dag waarop de overtreding is beëindigd.'⁹⁹ Men kan zich overigens afvragen of de redenering van de rechtbank wel juist is. Het gebruik van de betrokken omzet weerspiegelt (weerspiegelde) immers in zekere zin de factor 'duur' en de ernst van de overtreding en heeft niet zozeer betrekking op de gedragingen in dat verdere verleden als zodanig. Toegegeven echter, met de wijziging van artikel 57 Mw in 2009¹⁰⁰ is de bepaling vervallen dat de NMa rekening houdt met de ernst en duur van de overtreding, terwijl tevens de verwijzing naar de 'ernst en duur' in de door de minister van Economische Zaken opgestelde beleidsregels EZ Bestuurlijke boete is verdwenen. Wat hiervan zij, consequentie van de uitspraak van de

91. Besluit NMa 21 oktober 2010, zaak 6442.

92. Besluit NMa 21 oktober 2010, zaak 6274.

93. Besluit op bezwaar NMa 21 oktober 2010, zaak 5851, *Thuiszorg 't Gooi*; Besluit op bezwaar van de NMa 21 oktober 2010, zaak 6108, *Thuiszorg Kennemerland*.

94. Besluit NMa 29 oktober 2010, zaak 6494 en 6836.

95. Besluit NMa 29 oktober 2010, zaak 6949 en 6836, *Limburgse bouwzaken 1 en 2/de heer [A]*.

96. Besluit NMa 29 oktober 2010, zaak 6949 en 6836.

97. Besluit NMa 29 oktober 2010, zaak 6949 en 6836.

98. Rb. Rotterdam 1 juli 2010, *Darthuizer Boomkwekerijen B.V. en Boomkwekerijen M. van den Oever en Zonen B.V. en Van den Oever Holding B.V./NMa*, LJN BM9911.

99. *Kamerstukken II 2004/05*, 30 071, nr. 3, p. 25 (MvT).

100. *Stb.* 2009, 265.

rechtbank is in feite dat kartelovertradingen voor maximaal vijf jaar beboet kunnen worden. Dat wijkt nogal af van de communautaire praktijk. Bovendien leidt dit oordeel tot voor de NMa zeer ongunstige uitkomsten: het gevolg van de overweging van de rechtbank is dat ten aanzien van één onderneming er na 2002 geen betrokken omzet meer was, zodat de boetegrondslag € 0 zou zijn. De rechtbank vond in dat geval een boete van € 1.000 passend. Voor deze onderneming had dit de gelukkige uitkomst dat van de door de NMa opgelegde de boete van € 223.000 weinig overbleef.

Gehanteerde boetemethodiek

In de zaak *Erdo*¹⁰¹ deed appelland een beroep op schending van het gelijkheidsbeginsel, omdat met betrekking tot de overtradingen in de GWW-sector bij de schoon-schip-operatie een andere boetemethodiek was gehanteerd met voordeliger uitkomsten voor veel zwaardere en langduriger overtradingen. Het CBb vond echter dat de NMa voor de aangepaste boetemethodiek in de GWW-sector een steekhoudende redenering had gegeven, gelegen in de aard van de overtrading en in het kader van de schoon-schip-operatie, zodat een beroep op het gelijkheidsbeginsel niet opging.

Wob-verzoeken

In 2010 heeft de NMa 13 besluiten genomen op Wob-verzoeken.¹⁰² Negen verzoeken werden geheel of (groot)deels gehonoreerd, waarbij verstrekking van bepaalde (delen van) documenten achterwege bleef wegens vertrouwelijkheid van bedrijfs- en fabricagegegevens of persoonsgegevens, eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, onevenredige benadeling en persoonlijke beleidsopvattingen voor intern beraad. In de zaak *RTL Nieuws*,¹⁰³ betreffende een verzoek tot openbaarmaking van alle declaraties betaald aan de leden van de Raad van Bestuur van de NMa die ten laste komen van publieke middelen, gaf de NMa op eigen initiatief een extra toelichting met betrekking tot de interpretatie van de overgelegde gegevens. Onder de besluiten waren ook enkele beslissingen op bezwaar in eerdere Wob-besluiten. In vier gevallen wees de NMa het verzoek dan wel bezwaar

af. Een verzoek tot openbaarmaking van informatie uit het bezwaardossier kwaliteitsconversie¹⁰⁴ werd afgewezen mede onder verwijzing naar de afweging inzake openbaarmaking van de stukken die in het bezwaardossier reeds was gemaakt onder artikel 7:4 Awb. De toets onder dit artikel is volgens de NMa verderstrekkend dan een afweging onder de Wob. De NMa stond verder afwijzend tegenover een verzoek namens het televisieprogramma *KRO reporter*¹⁰⁵ om de identiteit, of in ieder geval de functieaanduidingen, van de leidinggevenden van ondernemingen waaraan een boete was opgelegd wegens het overtreden van het kartelverbod op de telecommunicatiemarkt openbaar te maken. Hoewel de NMa erkende dat functieaanduidingen in beginsel niet als vertrouwelijk aangemerkt hoeven te worden, oordeelde zij dat in dit geval, zeven jaar na de publicatie van het sanctiebesluit, het privacybelang zwaarder woog. Niet duidelijk wordt waarom de omstandigheid dat er inmiddels zeven jaar verstreken zijn zo relevant is, of waar het omslagpunt dan ligt. Uit enkele van de Wob-besluiten blijkt dat de NMa zich genoodzaakt ziet grenzen te stellen aan de informatievoorziening ten aanzien van haar eigen functioneren. Een verzoek tot openbaarmaking van een conceptbesluit dat uiteindelijk nooit definitief werd, werd afgewezen,¹⁰⁶ omdat het een document voor intern beraad betrof, dat op grond van artikel 11 lid 1 Wob niet openbaar gemaakt hoefde te worden. Het algemeen belang van openbaarmaking kon volgens de NMa niet opwegen tegen het belang van het ongestoord en in vrijheid kunnen uitwisselen van interne (beleids)opvattingen. Eveneens weigerde de NMa documenten te verstrekken in een zaak waarin het onderzoek nog niet met een besluit was afgerond,¹⁰⁷ vanwege de te verwachten zeer nadelige invloed op de effectiviteit van het onderzoek en het functioneren van de NMa, die daarmee in de vrije uitoefening van haar toezichthoudende taak wordt beperkt. Voor de meeste Wob-besluiten geldt dat de motivering door de NMa summier is. Veelal blijft deze beperkt tot een verwijzing naar een artikel uit de Wob, zonder dat nader wordt toegeleucht waarom de toepassing van dat artikel gerechtvaardigd is.

101. CBb 8 april 2010, *Erdo B.V./NMa*, LJN BM1588.

102. Besluit NMa 14 januari 2010, zaak 6883, *Wob-verzoek DSM*; Besluit NMa 22 januari 2010, zaak 6863, *Wob-besluit KRO Reporter*; Besluit op bezwaar NMa 4 februari 2010, zaak 6881, *Wob-verzoek xCAT.nl Publishing*; Besluit NMa 5 februari 2010, zaak 6880, *Wob-verzoek RTL Nieuws*; Besluit NMa 10 februari 2010, zaak 6788, *Wob-verzoek van het Productschap Tuinbouw cs*; Besluit NMa 23 april 2010, zaak 6926, *Wob-verzoek DSM AFA VoF*; Besluit NMa 12 mei 2010, zaak 6953, *Wob-verzoek van het Productschap Tuinbouw cs*; Besluit op bezwaar NMa 18 mei 2010, zaak 6881, *xCAT.nl Publishing*; Besluit NMa 8 juni 2010, zaak 6924, *Wob-verzoek inzake rol van verzekeraars op de markt voor auto(ruit) schadehersteldiensten*; Besluit NMa 8 juni 2010, zaak 6923, *Wob-verzoek inzake Erkenningsregelingen Focwa*; Besluit NMa 6 oktober 2010, zaak 7028, *Wob-verzoek*; Besluit NMa 8 oktober 2010, zaak 7017, *Wob-verzoek KPN-T for telecom*; Besluit NMa 19 november 2010, zaak 7040, *Wob-verzoek inzake Stichting Schadedegant en Glasgarant*.

103. Besluit NMa 5 februari 2010, zaak 6880.

104. Besluit NMa 14 januari 2010, zaak 6883.

105. Besluit NMa 22 januari 2010, zaak 6863.

106. Besluit op bezwaar NMa van 18 mei 2010, zaak 6881, *xCAT.nl Publishing*.

107. Besluit van de NMa van 6 oktober 2010, zaak 7028, *Wob-verzoek*.