

Annotatie

Negen jaar later: eindoordeel in zaak van mobiele operators

Mr. L.E.J. Korsten*

Inleiding

84 In de zaak van de mobiele operators heeft de raad van bestuur van de NMa op 26 oktober 2011 een nieuw besluit op bezwaar genomen. Dit besluit volgt op de vernietiging van het eerdere besluit op bezwaar van 27 september 2004 door de rechtbank (uitspraak 13 juli 2006) en bevestiging van die uitspraak door het CBB (uitspraak 12 augustus 2010), volgend op de prejudiciële beslissing van het Hof van Justitie (HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-08/08, *T-Mobile Netherlands e.a./NMa*).¹ Hiermee is na bijna negen jaar, gerekend vanaf de boeteoplegging bij besluit van 30 december 2002, een einde aan de zaak gekomen.² Bedroeg het gezamenlijke bedrag van de boetes in 2002 circa 88 miljoen euro voor vijf operators (T-Mobile, KPN, Telfort, Orange en Vodafone), uiteindelijk is dit bedrag door de NMa met meer dan 80 procent verlaagd tot ongeveer 16 miljoen euro voor drie operators (T-Mobile, KPN en Vodafone).³ Procederen is weliswaar een kwestie van lange adem en niet goedkoop, maar heeft hier wel degelijk geloond. Hierna volgt eerst een korte weergave van het besluit van de NMa. Daarna wordt nader ingegaan op de concrete toepassing van het Anic-vermoeden door de NMa. Afge-

sloten wordt met een korte terugblik op negen jaar procederen.

Finale beslispunten

Het eerste besluit op bezwaar was door de rechtbank vernietigd wegens (1) onjuiste invulling van het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging (de vermeende afstemming had volgens de rechtbank geen betrekking op *prepaid* pakketten), (2) veronachtzaming van essentiële regels van bewijsrecht (a. voor deelname aan de afstemming door Telfort en Orange ontbrak ieder bewijs; b. passeren van verweer dat causaal verband ontbrak tussen de vermeende afstemming en daaropvolgend marktgedrag) en (3) onjuiste vaststelling van de hoogte van de boete (a. in verband met het wegvallen van de overtreding ter zake van *prepaid* pakketten; b. kwalificatie 'zeer zware overtreding' en toepassing van ernstfactor '2' niet onderschreven). Na de toetsing in hoger beroep door het CBB, als gezegd uitmondend in bevestiging van de uitspraak van de rechtbank, diende de NMa nog twee dingen te doen: (1) nagaan of er causaal verband was tussen de inmiddels vaststaande verboden afstemming en het daaropvolgende marktgedrag van de drie mobiele operators en (2) opnieuw vaststellen van de boete met inachtneming van de uitspraken van de rechtbank en het CBB.

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

1. Zie voor een korte voorgeschiedenis van de zaak van de mobiele operators en vindplaatsen van eerdere commentaren de annotatie bij de uitspraak van het CBB van 12 augustus 2010 in *M&M* 2011/1, p. 32-37.
2. Naar verluidt is geen beroep ingesteld tegen het besluit van de NMa.
3. Voor Telfort en Orange eindigde de zaak door intrekking van de boete-besluiten wegens het ontbreken van bewijs van feitelijke deelname aan de afstemming.

Causaal verband tussen afstemming en daaropvolgend marktgedrag

Zoals bekend heeft het Hof van Justitie in de genoemde *T-Mobile*-zaak het zogeheten *Anic*-vermoeden bevestigd en beslist dat dit ook van toepassing kan zijn wanneer sprake is van slechts één enkele bijeenkomst zoals het geval was bij de mobiele operators (ontmoeting op 13 juni 2001). Het *Anic*-vermoeden houdt in dat van de bij de afstemming betrokken ondernemingen mag worden geëist dat zij het bewijs leveren dat die afstemming geen invloed op hun marktgedrag heeft gehad. In zijn uitspraak van 12 augustus 2010 heeft het CBb – onder verwijzing naar de *Salabiaku*-uitspraak van het EHRM⁴ – overwogen dat ‘niet mag worden gevegd dat het bewijsvermoeden wordt weerlegd met *onomstotelijk* bewijs dat de afstemming geen invloed op hun marktgedrag heeft gehad’ (cursivering LEJK). Volgens het CBb ‘moeten marktdeelnemers zo veel aandragen, dat het vermoeden van beïnvloeding van hun marktgedrag wordt ontkracht’. Het CBb concludeert vervolgens dat de mobiele operators dienen ‘aan te tonen dat de verlaging van de dealervergoedingen, ondanks hun aanwezigheid bij de bijeenkomst op 13 juni 2001, toch een zelfstandige ondernemersbeslissing is geweest’. Daarbij overweegt het CBb – in lijn met r.o. 60 van het arrest van het Hof van Justitie – dat de onderhavige eenmalige afstemming voldoende was om het door de betrokken ondernemingen nagestreefde mededingingsbeperkende doel te realiseren.

Vermoeden causaal verband; directe en indirecte beïnvloeding, direct en indirect bewijs beïnvloeding

In het onderhavige tweede besluit op bezwaar overweegt de raad van bestuur van de NMa als volgt:⁵

39. Zoals gezegd kunnen de betrokken ondernemingen het vermoeden van causaal verband ontkrachten door tegenbewijs te leveren. Het CBb stelt voorop dat voldoende is dat een betrokken onderneming zo veel aandraagt, dat het vermoeden van beïnvloeding van haar marktgedrag wordt ontkracht; niet vereist is onomstotelijk bewijs dat de afstemming geen invloed op haar marktgedrag heeft gehad. Met andere woorden: wanneer het vermoeden van en, eventueel, het bewijs voor causaal verband door tegenbewijs ontkracht is, kan geen onderling afgestemde feitelijke gedraging worden vastgesteld.
40. Het tegenbewijs moet zien op alle onderdelen van het marktgedrag die hoogstwaarschijnlijk worden beïnvloed door de uitgewisselde informatie. (...) Het vermoeden van beïnvloeding strekt zich dan ook noodzakelijkerwijs uit tot alle onderdelen van het marktgedrag waarop de uitgewisselde informa-

tie betrekking heeft, en het tegenbewijs moet het vermoeden voor al deze onderdelen ontkrachten.

De Raad illustreert deze eis aan de hand van de onderhavige zaak. Als operators vertrouwelijke informatie hebben uitgewisseld over het tijdstip, de mate en de modaliteiten waarop zij de dealervergoedingen zullen verlagen, dan zal het tegenbewijs moeten afdoen aan de aannemelijkheid dat het tijdstip, de mate én de modaliteiten van de daaropvolgende verlaging zijn beïnvloed. Wanneer een betrokken onderneming tegenbewijs aandraagt waardoor niet langer voldoende aannemelijk is dat het tijdstip is beïnvloed door de onderlinge afstemming (maar uitsluitend werd bepaald door andere omstandigheden), blijft het vermoeden overeind dat de mate en modaliteiten van de prijsverhoging zijn beïnvloed door de informatie-uitwisseling.

41. Het tegenbewijs volstaat ook niet wanneer het slechts het vermoeden ontkracht dat *direct* rekening is gehouden met de uitgewisselde informatie. Het vermoeden ziet immers ook op indirecte beïnvloeding (...). Deze voorwaarde vloeit voort uit het feit dat concurrentie een dynamisch proces is – ondernemingen houden rekening met alle marktomstandigheden. Als één of meer marktomstandigheden zijn gewijzigd als gevolg van verboden afstemming, zullen de betrokken ondernemingen hun gedrag op de gewijzigde omstandigheden aanpassen. Het zou in dat geval onjuist zijn alleen de eerst handelende onderneming te beboeten. In de zaak *Anic* zette het Hof van Justitie dan ook voorop dat het kartelverbod ziet op afstemming die leidt tot beïnvloeding van gedrag van *een* daadwerkelijke of potentiële concurrent. Als echter een onderneming na de onderlinge afstemming de markt verlaat, dan kan zij niet voor de verboden afstemming worden beboet. In dat geval staat immers vast dat zij direct noch indirect rekening heeft gehouden met de uitgewisselde informatie.

De Raad illustreert ook deze eis aan de hand van de onderhavige zaak. Als de afstemming tussen operators invloed heeft gehad op de mate van verlaging van de dealervergoeding door één operator – de *first mover* – zijn de marktomstandigheden veranderd. De andere operators zullen bij het bepalen van hun marktgedrag rekening houden met de nieuwe dealervergoeding van de eerste operator. Wanneer een van de operators bewijst dat hij slechts reageerde op de *first mover*, blijft het vermoeden overeind dat zijn marktgedrag indirect is beïnvloed door de eerdere afstemming.

Anders dan KPN meent, volgt uit deze eis niet dat zij verplicht is tegenbewijs te leveren dat ziet op het gedrag van een (rechtstreeks beïnvloede) concurrent. Zij kan immers volstaan met het leveren van tegenbewijs waaruit blijkt dat zij – hoewel betrokken bij de afstemming – haar marktgedrag uitsluitend heeft bepaald op basis van omstandigheden en overwegingen die niet besmet zijn door de afstemming.

4. EHRM 7 oktober 1988, Serie A vol. 141-A, NJ 1991 351, m.nt. EEA.

5. De voetnoten uit dit gedeelte van het besluit worden niet weergegeven.

42. De Raad is van oordeel dat het voorgaande strenge, maar geen onredelijke eisen stelt aan het door ondernemingen te leveren tegenbewijs. De Raad wijst hierbij in de eerste plaats erop dat tegenbewijs leveren zeer wel mogelijk is: ondernemingen kunnen bewijs leveren waaruit blijkt dat hun marktgedrag uitsluitend werd bepaald door andere, niet-besmette overwegingen en omstandigheden. Strenge eisen aan het tegenbewijs zijn daarbij niet onevenredig nu het bewijsvermoeden waartegen dat tegenbewijs moet worden geleverd, slechts op één element van de overtreding ziet: op de Raad blijft de bewijslast rusten voor afstemming en marktgedrag. Gelet op het voorgaande zijn het bewijsvermoeden en, daaraan gekoppeld, de eisen die worden gesteld aan het tegenbewijs *'reasonably proportionate to the legitimate aims sought to be achieved'* zoals het EHRM vereiste in *Salabiaku*. Dit wordt eens te meer duidelijk als het bewijsvermoeden en het te leveren tegenbewijs in deze zaak wordt vergeleken met de bewijsvermoedens die het EHRM eerder heeft goedgekeurd.
43. Anders dan T-Mobile en KPN is de Raad van oordeel dat enkel een alternatieve verklaring voor parallel marktgedrag onvoldoende sterk tegenbewijs is. Volgens vaste rechtspraak moeten alternatieve verklaringen voor parallel marktgedrag worden onderzocht wanneer de afstemming enkel is afgeleid uit dat parallel marktgedrag. In *Siemens* overwoog het Gerecht dat dergelijke alternatieve verklaringen irrelevant zijn zodra de inbreuk niet enkel wordt vermoed, maar met bewijzen wordt aangetoond:

‘Het bestaan van een alternatieve verklaring van de feiten is dus enkel relevant wanneer de Commissie zich uitsluitend baseert op het gedrag van de betrokken ondernemingen op de markt. Een dergelijke verklaring is dus irrelevant zodra de inbreuk niet enkel wordt vermoed, maar met bewijzen wordt aangetoond.’

Het Gerecht maakt geen onderscheid tussen onderdelen van de inbreuk – in die zaak een overeenkomst en/of afgestemde gedraging – die wellicht als onderling afgestemde gedraging of overeenkomst waren te kwalificeren.

44. De Raad ziet geen grond voor KPN's standpunt dat alternatieve verklaringen slechts irrelevant zijn als ook het causaal verband met bewijzen is aangetoond. Wanneer de afstemming is vastgesteld – zoals in *Siemens*, en zoals in het onderhavige geval – wordt voorbijgegaan aan *sec* alternatieve verklaringen voor parallel marktgedrag.

De NMa voegt hieraan toe dat de aannemelijkheid van causaal verband nog toeneemt wanneer hiervoor direct of indirect bewijs bestaat. De NMa oordeelt dat dergelijk bewijs voor alle drie de mobiele operators voorhanden is. Zo is er *direct bewijs* (schriftelijke stukken zoals notulen en e-mails) waaruit volgens de NMa blijkt dat

het marktgedrag van T-Mobile en Vodafone direct is beïnvloed door de afstemming. Het dossier bevat volgens de NMa bovendien direct bewijs dat het marktgedrag van KPN in ieder geval indirect is beïnvloed door de afstemming. KPN heeft immers gesteld dat zij uitsluitend is beïnvloed door het marktgedrag van Vodafone. Nu het vermoeden van causaal verband en het aanvullende bewijs (zeer) aannemelijk hebben gemaakt dat het marktgedrag van Vodafone direct is beïnvloed, leidt KPN's stelling tot de conclusie dat haar marktgedrag is beïnvloed door de afstemming, aldus de NMa in randnr. 50 van het besluit.

Daarnaast is er volgens de NMa *indirect bewijs* – aanwijzingen en omstandigheden – dat de afstemming tussen operators hun verlaging van de dealervergoeding heeft beïnvloed: (1) geen enkele operator had vóór 13 juni 2001 vastgesteld wanneer, in welke mate of hoe de dealervergoedingen zouden worden verlaagd; daags na de afstemming echter heeft Vodafone besloten wanneer en hoe zij de dealervergoedingen zou verlagen, en iets later volgden gelijktijdig de andere operators; (2) de beslissingen van de operators kwamen daarnaast op ten minste één belangrijk punt overeen met hetgeen op 13 juni 2001 was besproken, namelijk voor wat betreft de timing van de verlaging van de dealervergoeding; (3) het marktgedrag van KPN en T-Mobile week af van het marktgedrag dat Vodafone vóór de afstemming van haar concurrenten verwachtte.

De NMa concludeert dat er méér dan een vermoeden van causaal verband is en dat dit alleen kan worden ontkracht met tegenbewijs ter zake van de genoemde directe en indirecte beïnvloeding.

Ontkrachten vermoeden, tegenbewijs

De drie operators voeren aan dat de gelijktijdige verlaging van de dealervergoedingen uitsluitend zijn oorsprong vond in de marktomstandigheden. Vodafone voegt daaraan toe dat ook haar verlaging van de dealervergoedingen niet haar oorsprong vond in de afstemming op 13 juni 2001: zij zou al vóór 13 juni 2001 hebben besloten de dealervergoedingen te verlagen, wat ook al vóór 13 juni 2001 bekend was bij de andere operators. T-Mobile en KPN betogen subsidiair dat als de verlaging door Vodafone al zou zijn beïnvloed door de afstemming, dat hun verlaging louter een reactie daarop was, welke niet door de afstemming beïnvloed was.⁶

Voor hun stelling dat de verlaging van de dealervergoedingen uitsluitend haar oorsprong vond in de marktomstandigheden, beroepen de operators zich op twee – in opdracht van KPN opgestelde – rapporten. Volgens de NMa impliceren deze rapporten echter niet meer dan dat de beslissing van Vodafone daags na de afstemming om de dealervergoedingen te verlagen en de min of meer gelijktijdige verlagingen door de andere operators toch eens moesten plaatsvinden, waarmee de rapporten niet meer dan een alternatieve verklaring voor parallel marktgedrag vormen. Omdat in dit geval de afstemming niet slechts is afgeleid uit het marktgedrag, maar is aan-

6. Randnr. 56 van het besluit.

getoond met bewijzen, is een alternatieve verklaring voor parallel marktgedrag volgens de NMa onvoldoende om het vermoeden van causaal verband te ontcrachten. De raad van bestuur van de NMa concludeert verder dat het door Vodafone aangedragen tegenbewijs geen aanwijzingen bevat dat Vodafone al vóór de afstemming had besloten over het tijdstip, de mate en de modaliteiten voor verlaging van de dealervergoedingen. Het maakt aldus, volgens de NMa, niet minder aannemelijk dat het besluit van Vodafone over verlaging van de dealervergoedingen beïnvloed is door de afstemming op 13 juni 2001. Nu niet aannemelijk is geworden dat Vodafone vóór 13 juni 2001 een besluit had genomen over het tijdstip, de mate en de modaliteiten van de verlaging voor de dealervergoeding, staat *a fortiori* vast dat de andere operators niet vóór die datum wisten van een besluit van Vodafone, aldus de NMa.

Interessant is nog dat de NMa ook de stelling van Vodafone dat de andere operators uit een krantenbericht wisten wat er ging gebeuren terzijde schuift:

68. Zelfs als Vodafone vóór 13 juni 2001 via een krant of via afnemers reeds alle details van de voorgenomen verlaging van de dealervergoeding had laten uitlekken, zou dit niet onaannemelijk maken dat mobiele operators zijn beïnvloed door de afstemming van 13 juni 2001. De mobiele operators moeten immers rekening ermee houden dat informatie die één operator via tussenschakels verspreidt, een proefballon kan zijn. Vodafone bevestigt dat openbaarmaking van algemene plannen ook het doel diende om de reactie in de markt te peilen.⁷

Ook het verweer van T-Mobile en KPN dat als de verlaging door Vodafone al zou zijn beïnvloed door de afstemming, hun verlaging louter een reactie daarop was, die niet zou zijn beïnvloed door de afstemming, wordt door de NMa gepasseerd:

74. (...) heeft de Raad vastgesteld dat aannemelijk is dat het marktgedrag van Vodafone is beïnvloed door de afstemming. Voor zover KPN en T-Mobile hebben gereageerd op het marktgedrag van Vodafone, is hun marktgedrag dus ook beïnvloed door de afstemming, zij het indirect. Ook wanneer uitsluitend een dergelijk indirecte beïnvloeding is aangetoond, is in het licht van vaste jurisprudentie [verwijzing naar de *Anic*-jurisprudentie, LEJK] sprake van causaal verband tussen afstemming en marktgedrag. Voor zover KPN en T-Mobile hebben bewezen dat zij uitsluitend zijn beïnvloed door het marktgedrag van Vodafone, dat door hun onderlinge afstemming is beïnvloed, hebben zij dus geen tegenbewijs geleverd dat het feitelijk vermoeden van causaal verband ontcracht. Integendeel, in dat geval hebben zij bewezen dat hun marktgedrag is beïnvloed door de afstemming.

7. Hiermee is niet gezegd dat de NMa zogeheten 'signaling' goedkeurt, enkel dat eventuele openbare berichtgeving (in casu) onvoldoende is ter ontcraching van het sterke vermoeden ter zake van het vereiste causaal verband tussen afstemming en daaropvolgend marktgedrag.

Hoogte van de boete

Bij het vaststellen van de hoogte van de boete golden voor de NMa de volgende vertrekpunten: (1) de Boeterichtsnoeren 2001 van de NMa en de daarin gehanteerde uitgangspunten, zoals het hanteren van een boetegrondslag van 10 procent van de betrokken omzet, zijn naar het oordeel van de rechtbank en het CBB niet in strijd met het recht; (2) naar het oordeel van het CBB is het niet onredelijk, onjuist of onevenredig dat voor het in aanmerking nemen van het economisch belang dat met de inbreuk is gemoeid, de hoogte van de betrokken omzet – naast de ernst en duur van de overtreding – tot uitgangspunt wordt genomen; (3) ingevolge de uitspraken van de rechtbank en het CBB dient bij de in aanmerking te nemen duur van de overtreding te worden uitgegaan van een onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen KPN, T-Mobile en Vodafone welke is aangevangen op 13 juni 2001 en is geëindigd op 1 november 2001. De overtreding is aangevangen op 13 juni 2001, omdat op dat moment de afstemming heeft plaatsgevonden en de betrokken partijen vanaf dat moment op de hoogte waren van elkaars marktgedrag en daarmee rekening konden houden; vanaf het moment dat KPN op 1 november 2001 als eerste haar standaarddealervergoedingen weer aanpaste, konden de betrokken partijen niet meer geacht worden op de hoogte te zijn van elkaars marktgedrag; (4) wat de ernst van de overtreding betreft, oordelen de rechtbank en het CBB dat de onderhavige overtreding niet kan worden aangemerkt als een zeer zware of zware overtreding. Daarbij heeft het CBB overwogen dat de ernst van de overtreding afhangt van de invloed die met de gedragingen kan worden uitgeoefend op de structuur van de markt en dat de mate waarin deze invloed kan worden uitgeoefend afhangt van de periode waarover de effecten van de afstemming zich hebben voorgedaan.

Wat het toetsingskader in bezwaar betreft, overweegt de raad van bestuur van de NMa dat hij (de hoogte van) een opgelegde boete en de evenredigheid daarvan volledig kan heroverwegen, ongeacht of andere bij hetzelfde besluit beboete partijen bezwaar hebben gemaakt tegen de aan hen opgelegde boete of de inhoud van hun bezwaargronden, aangezien de hoogte van de boete geen onafhankelijk besluitonderdeel is.⁸ Ten aanzien van het beroep van partijen op het verbod van *reformatio in peius* wijst de raad van bestuur erop dat dit verbod geldt voor het totaalbedrag van de voor iedere partij nieuw vast te stellen (individuele) boete.⁹ Partijen mogen door het instellen van bezwaar en beroep niet slechter af zijn dan met het vernietigde besluit op bezwaar. In dit geval betekent dit dat de nieuw vast te stellen boete voor KPN, T-Mobile en Vodafone niet méér mag bedragen dan de voor de ieder van hen in het vernietigde besluit op bezwaar voor de onderhavige overtreding vastgestel-

8. Randnr. 91 van het besluit.

9. Zie de uitspraak van de Hoge Raad aangehaald in voetnoot 57, en de uitspraak van het CBB van 17 maart 2011, LJN BP8077 (*Garnalenvissers*), punt 9.24.5.

de boete. Zoals hiervoor is opgemerkt, treedt de raad van bestuur daarmee niet buiten de bezwaargronden van partijen, omdat de verschillende stappen waarin de raad van bestuur de boete vaststelt geen afzonderlijke besluitonderdelen vormen.¹⁰

Wat de ernst betreft, concludeert de NMa, gevolgd door het oordeel van het CBb dat niet van een (zeer) zware overtreding sprake is, dat deze op 0,9 moet worden gesteld (in het primaire boetebesluit was deze factor nog 2).

Aangezien de afstemming betrekking had op de standaarddealervergoeding kwalificeerde in elk geval de omzet waarop die vergoeding van toepassing was als 'betrokken omzet'. De raad van bestuur van de NMa concludeert daarnaast dat de omzet gegenereerd met *postpaid* abonnementen die in de periode van de overtreding via de interne distributiekanaalen van partijen zijn verkocht ook als 'betrokken omzet' kwalificeert omdat de verkoop van *postpaid* abonnementen via het interne kanaal van KPN, T-Mobile en Vodafone volgens de raad van bestuur direct of indirect is beïnvloed¹¹ door de (hoogte van de) standaarddealervergoedingen.¹² Verder concludeert de raad van bestuur dat ook de omzet gegenereerd met het verlengen van *postpaid* abonnementen – zowel in het interne als in het externe kanaal – gedurende de periode van de overtreding kwalificeert als 'betrokken omzet' omdat deze onder het bereik viel van de standaarddealervergoeding, zodat deze omzet door de (hoogte van de) standaarddealervergoeding is beïnvloed.¹³

88

Redelijke termijn

De NMa becijfert dat de overschrijding van de redelijke termijn van artikel 6 EVRM voor de bestuurlijke besluitvorming door de NMa uitkomt op zeventien maanden, voor de afwikkeling van het beroep door de rechtbank op vier maanden en voor de afwikkeling van het hoger beroep door het CBb op acht maanden. Bij elkaar levert dat een overschrijding van de redelijke termijn op van ongeveer tweeënhalf jaar. De boetekorting die partijen hiervoor krijgen wordt door de raad van bestuur van de NMa op 30.000 euro gesteld.¹⁴ Dit is een veel lager bedrag dan de kortingen die bijvoorbeeld in de dierenartszaak¹⁵ en de fietszaak¹⁶ waren toegepast. Maar dat wordt verklaard door het feit dat het CBb – nota bene binnen een tijdsbestek van slechts twee

10. Randnr. 95 van het besluit.

11. KPN had aangegeven dat de standaarddealervergoeding werd gebruikt als 'input' voor het bepalen van de verkoopprijs, voor de interne kanalen van KPN, van *postpaid* abonnementen en de subsidie op toestellen.

12. Randnr. 133 van het besluit.

13. Randnr. 145 van het besluit.

14. In het eerdere besluit op bezwaar was verlaging van de boete wegens overschrijding van de redelijke termijn nog niet aan de orde.

15. 17,5 procent resp. 20 procent verlaging zonder maximum, Rb. Rotterdam 22 mei 2006, LJN AX828 (*Aesculaap*) resp. Rb. Rotterdam 22 mei 2006, LJN AX8425 (*AUV*) en CBb 3 juli 2008, LJN BD6629.

16. 10 procent verlaging, zonder maximum, Rb. Rotterdam 18 juli 2007, LJN BB0440.

jaar¹⁷ – is teruggekomen op zijn aanvankelijk strenge jurisprudentie¹⁸ inzake overschrijding van de redelijke termijn van artikel 6 EVRM door de hiervoor toe te kennen boeteverlaging te maximaliseren.¹⁹

Commentaar

In dit commentaar beperk ik mij tot wat naar mijn idee het belangrijkste onderwerp van het besproken besluit is: de toepassing van het *Anic*-vermoeden.

Anic-criterium

Zoals hiervoor aangehaald oordeelde het CBb in zijn uitspraak van 12 augustus 2010 met toepassing van de *Anic*-rechtspraak dat de mobiele operators dienen 'aan te tonen dat de verlaging van de dealervergoedingen, ondanks hun aanwezigheid bij de bijeenkomst op 13 juni 2001, toch een zelfstandige ondernemersbeslissing is geweest'. De eisen die aan dit bewijs worden gesteld mogen volgens het CBb niet zo ver gaan dat van de mobiele operators onomstotelijk bewijs wordt verlangd 'dat de afstemming geen invloed op hun marktgedrag heeft gehad'. Het gaat hier om tautologische omschrijvingen: een zelfstandig ondernemingsbesluit impliceert het ontbreken van invloed van de afstemming op het marktgedrag en omgekeerd. In randnummer 41 van het onderhavige besluit zegt de NMa het als volgt: de onderneming kan volstaan met het leveren van tegenbewijs waaruit blijkt 'dat zij – hoewel betrokken bij de afstemming – haar marktgedrag uitsluitend heeft bepaald op basis van omstandigheden en overwegingen die niet besmet zijn door de afstemming.' In de fietszaak formuleerde het CBb het bewijsvermoeden in de context van (verboden) uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie aldus²⁰ dat het causaliteitsvermoeden inhoudt dat de bij de afstemming betrokken ondernemingen, wanneer zij op de markt actief blijven, rekening houden met de informatie die zij met hun concurrenten hebben uitgewisseld.²¹

Abstract vermoeden

Het *Anic*-vermoeden is een abstract (juridisch) vermoeden: onderlinge afstemming wordt vermoed door te werken in het marktgedrag van de erbij betrokken ondernemingen. De achtergrond hiervoor is klaarblijkelijk de ervaringsregel dat doorwerking 'hoogstwaarschijnlijk' is.²² In concrete zaken kan dit abstracte vermoeden door concrete (feitelijke) vermoedens worden ondersteund of aangevuld. Weerlegging van het abstrac-

17. CBb 8 april 2010, LJN BM1588.

18. CBb 3 juli 2008, LJN BD6629.

19. Zie hierover nader: S.M.M.C. Vincken en M.J. van Joolingen, 'De redelijke termijn in het mededingingsrecht. Nog altijd redelijk?', *M&M* 2011/6, p. 216-223.

20. CBb 4 oktober 2011, AWB 07/647, 07/648, 07/649 en 07/650, LJN BT6521 (*raad van bestuur NMa, Giant Europe BV, Accell Group NV en Koninklijke Gazelle NV*), r.o. 4.7.5.7.

21. Vgl. HvJ EG 8 juli 1999, zaak C-49/92P, *Commissie/Anic Participazione*, *Jur.* p. I-4125, r.o. 121 (hierna ook afgekort als *Anic*-arrest).

22. Vgl. *Anic*-arrest, r.o. 199.

te vermoeden lijkt aanstonds reeds niet eenvoudig, maar zal moeilijker zijn naarmate er meer (overtuigende) concrete vermoedens zijn. In de onderhavige zaak van de mobiele operators was volgens de NMa sprake van tal van feitelijke vermoedens. Uit de beslissing van de NMa blijkt dat de mobiele operators er volgens de NMa niet in zijn geslaagd om die vermoedens te ontzenuwen.

Dát de NMa bij de beoordeling of het *Anic*-vermoeden is ontzenuwd, rekening mag en moet houden met *concrete* vermoedens van causaal verband tussen afstemming en daaropvolgend marktgedrag, is naar mijn mening evident. Het *Anic*-vermoeden zelf is immers niet meer dan een abstract vermoeden dat zich uitsluitend met concrete vermoedens laat weerleggen. Het is dan niet meer dan logisch dat ook de NMa bij haar beoordeling aandacht heeft voor concrete vermoedens dat er een causaal verband is. Uiteindelijk is de vraag steeds óf het (abstracte) *Anic*-vermoeden, eventueel aangevuld met een of meer concrete vermoedens, in een concreet geval wordt weerlegd. Dit is naar zijn aard zeer casuïstisch zoals goed is te zien in het onderhavige besluit van de NMa.

Indirecte beïnvloeding

In de zaak van de mobiele operators is de NMa naar mijn mening geen grens overgegaan door behalve met directe beïnvloeding ook rekening te houden met *indirecte* beïnvloeding. Het criterium is of er een aantoonbaar (althans een niet weerlegbaar) vermoeden van beïnvloeding is.²³ Als alleen met directe beïnvloeding rekening zou worden gehouden, zou de werking van het kartelverbod ernstig worden ingeperkt. In de eerste plaats zou het kartelverbod in geval van een of meer tussenliggende schakels dan al niet meer gelden. In de tweede plaats zou ontduiking van het kartelverbod al snel heel eenvoudig zijn, bijvoorbeeld door gebruikmaking van tussenschakels of een stroman. In de woorden van de NMa (randnr. 41): ‘Wanneer één van de operators bewijst dat hij slechts reageerde op de *first mover*, blijft het vermoeden overeind dat zijn marktgedrag indirect is beïnvloed door de eerdere afstemming.’²⁴ Intussen wil dit niet zeggen dat het criterium indirecte beïnvloeding onbepaald zou kunnen worden opgerekt ten nadele van betrokken ondernemingen. Natuurlijk is er een grens vanaf welke indirecte beïnvloeding niet meer zal kunnen worden aangenomen, maar waar die grens ligt, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Hoe dan ook, voor veroordeling wegens overtreding van het kartelverbod is en blijft eigen betrokkenheid bij de afstemming steeds een voorvereiste. Hoe zeer het criterium van indirecte beïnvloeding ook wordt opgerekt, niet-betrokken derden kunnen hierdoor niet binnen de reikwijdte van het kartelverbod worden gehaald.

23. Op de motivering opgenomen in randnr. 41 van het NMa-besluit (onder meer dat het onjuist zou zijn alleen de eerst handelende onderneming te beboeten) valt wel wat af te dingen, maar het gaat het bestek van deze annotatie te buiten om daar inhoudelijk op in te gaan.

24. De reden daarvoor is, lijkt mij, dat hij immers betrokken was bij de afstemming.

Concrete versus vage verwijten

Voor de praktijk wellicht belangrijker en problematischer, lijkt mij de vereiste inhoudelijke band tussen de afstemming en de ontzenuwing van het vermoeden van causaal verband tussen de afstemming en daaropvolgend marktgedrag. Daarmee bedoel ik het volgende. Het bewijsvermoeden kan alleen worden ontzenuwd met een beroep op concrete feiten en omstandigheden. Ontzenuwing van het bewijsvermoeden zal daarom ook alleen dan mogelijk zijn wanneer de inhoud of het voorwerp van de afstemming voldoende concreet is vastgesteld. In de zaak van de mobiele operators lijkt dat laatste het geval te zijn. Daar had de afstemming zoals bekend betrekking op één concreet element, namelijk (wijziging van) de standaarddealervergoeding voor het sluiten van *postpaid* abonnementen. Volgens de NMa zaten aan deze afstemming (ten minste) drie aspecten: het ingangstijdstip van de wijziging, de mate en de modaliteiten van de prijsverhoging. De NMa stelt vervolgens dat het bewijsvermoeden slechts kan worden ontzenuwd wanneer de betrokken ondernemingen aannemelijk maken dat geen van deze elementen door de onderlinge afstemming was beïnvloed, maar uitsluitend werd bepaald door andere omstandigheden. *So far, so good*. Echter, in kartelzaken waarin over de inhoud van de verboden afspraak of afstemming weinig concreets wordt vastgesteld, maar toch wordt geoordeeld dat sprake is van een verboden overeenkomst of afstemming, zal ontzenuwing van het (abstracte) *Anic*-vermoeden navenant (nog) lastiger zijn. Tegen vage (en in die zin ruime, veelomvattende) verwijten kan men zich immers niet goed verweren.²⁵

‘Alternatieve verklaring’

De NMa heeft nog overwogen ‘dat enkel een alternatieve verklaring voor parallel marktgedrag onvoldoende sterk tegenbewijs is’. Daarbij trekt de NMa een parallel met de jurisprudentie over de gevallen waarin ‘de afstemming enkel is afgeleid uit dat parallelle marktgedrag’. In deze context heeft de NMa het gelijk natuurlijk aan haar zijde. Men moet het door de Commissie of de nationale mededingingsautoriteit te leveren bewijs omtrent afstemming immers niet verwarren met het *Anic*-vermoeden omtrent causaal verband tussen afstemming en daaropvolgend marktgedrag. Buiten de context van deze jurisprudentie zou men niettemin kunnen volhouden dat het leveren van een ‘alternatieve verklaring’ een ontzenuwing van het *Anic*-vermoeden kan opleveren. Dat moge zo zijn, erg precies is dit taalgebruik niet. Een alternatieve verklaring levert immers alleen dan een ontzenuwing van het bewijsvermoeden op indien daaruit volgt dat de onderneming – hoewel

25. Zie in relatie tot de mate van detaillering m.b.t. het bewijs van wilsovereenstemming bijvoorbeeld de annotatie van Ludding en Pasaribu bij de bierarresten (inzake Heineken en Bavaria resp. Grolsch) in het vorige nummer van dit blad: ‘De Nederlander betaalt teveel voor zijn biertje’, *M&M* 2012/1, p. 22 alwaar zij refereren aan de invulling die door het Gerecht aan het begrip wilsovereenstemming wordt gegeven. Daarvan is reeds sprake zodra er wilsovereenstemming bestaat over ‘het beginsel zelf van de mededingingsbeperking’, zelfs indien over de specifieke elementen van de voorgenomen beperkingen nog onderhandelingen worden gevoerd.

betrokken bij de afstemming – haar marktgedrag uitsluitend heeft bepaald op basis van omstandigheden en overwegingen die niet besmet zijn door de afstemming.

Conclusie

De onderhavige zaak illustreert hoe moeilijk het is om, wanneer is vastgesteld dat sprake is geweest van verboden afstemming, alsnog vrijuit te gaan door te betogen dat causaal verband tussen de afstemming en daaropvolgend marktgedrag ontbreekt. Dat blijkt, gelet op de strenge eisen die het Hof van Justitie, het CBb en de NMa daaraan stellen, een (bijna) bovenmenselijke opgave te zijn.²⁶ Dat neemt echter niet weg dat de NMa in het hier besproken besluit het *Anic*-vermoeden naar mijn mening – binnen de kaders die daarvoor gelden – op overtuigende wijze heeft toegepast.

Los van de casuïstiek houden de inhoudelijke lessen die in dit opzicht mede op basis van de zaak van de mobiele operators kunnen worden getrokken in:

- dat alleen wanneer een onderneming na een verboden afstemming de markt verlaat dan wel met succes het *Anic*-vermoeden weerlegt, zij niet voor de verboden afstemming kan worden beboet;
- dat wanneer de afstemming is vastgesteld, voorbijgegaan wordt aan *sec* alternatieve verklaringen voor parallel marktgedrag;
- dat het in beginsel abstracte vermoeden van causaal verband sterker wordt wanneer hiervoor ook concrete aanwijzingen (voortvloeiend uit direct of indirect bewijs) bestaan;
- dat ter weerlegging van het vermoeden van causaal verband *geen onomstotelijk bewijs* vereist is dat de afstemming geen invloed op haar marktgedrag heeft gehad; voldoende is dat een betrokken onderneming zo veel aandraagt, dat het vermoeden van beïnvloeding van haar marktgedrag wordt ontkracht (ontzenuwd);
- dat het vermoeden van causaal verband ziet op beïnvloeding, direct of indirect, zodat dit vermoeden slechts kan worden ontkracht met tegenbewijs dat direct noch indirect rekening is gehouden met de afstemming c.q. de uitgewisselde informatie;
- dat de ontzenuwing moet zien op de *verschillende onderdelen van het marktgedrag* die hoogstwaarschijnlijk worden beïnvloed door de afstemming c.q. de uitgewisselde informatie (in het geval van de mobiele operators: het tijdstip, de mate en de modaliteiten).

Fietsenzaak

Tot slot nog een enkel woord over de uitspraak van het CBb d.d. 4 oktober 2011 in de al genoemde fietsenzaak²⁷

26. Al met al kan ook worden gezegd dat het aanvankelijk redelijk scherpe onderscheid tussen 'wilsovereenstemming' en 'afstemming' als alternatieve delictsbestanddelen van het kartelverbod in verregaande mate is vervaagd enerzijds doordat de rechter het begrip wilsovereenstemming zeer ruim uitlegt (zie de vorige voetnoot) en anderzijds doordat het *Anic*-vermoeden de facto niet of amper te weerleggen is.
27. Zie voetnoot 20. De (verboden) afstemming in deze zaak had betrekking op doorberekening van kostenstijgingen en eventuele wijziging van het percentage van de betalingskorting.

omdat dit – voor zover mij bekend – de meest recente rechterlijke uitspraak over de toepassing van het *Anic*-vermoeden is.²⁸ Ook in die zaak hadden de ondernemingen feiten en omstandigheden aangevoerd ter weerlegging van het *Anic*-vermoeden. De NMa en de rechtbank waren daar amper op ingegaan. Maar ook bij het CBb vingen de ondernemingen bot. Het CBb veegde de door de ondernemingen op dit punt gevoerde verweren gemakkelijk van tafel met de overweging dat het College de aangevoerde verklaringen 'onvoldoende overtuigend' acht, zulks onder het passeren van het bewijsaanbod 'aangezien niet valt in te zien dat de feiten waarvan bewijs is aangeboden, voor de beslissing op dit punt van belang kunnen zijn.' Deze motivering steekt schril af bij de motivering in het hier besproken NMa-besluit, welke motivering in totaal 15 bladzijden beslaat.

Slot

Negen jaar procederen heeft erin geresulteerd dat de NMa en de rechter (rechtbank en CBb) hun oordeel hebben kunnen geven over vele facetten van de onderhavige zaak. Bij een zaak als deze, met een op zichzelf genomen niet bijster ingewikkeld feitencomplex, zou men een snellere uitkomst hebben verwacht. Een belangrijk deel van de 'vertraging' (zo'n drie jaar²⁹) wordt verklaard door verwijzing van de zaak door het CBb naar het Hof van Justitie. De fase van bezwaar en beroep heeft echter reeds meer dan drieënehalf jaar geduurd. De fase van hoger beroep, inclusief de genoemde verwijzing, duurde met ruim vier jaar nog langer. Daar bovenop heeft de NMa na terugverwijzing nog bijna een jaar nodig gehad om een nieuw besluit op bezwaar te nemen. De NMa heeft in deze zaak dus drie besluiten genomen (primaire besluit, eerste besluit op bezwaar, tweede besluit op bezwaar). Dat is geen novum, maar men kan zich wel de vraag stellen of het allemaal niet wat sneller had gekund en ontmoeten. Sinds de inwerkingtreding van de Wet rechtstreeks beroep per 1 september 2004 is het mogelijk om de bezwaarprocedure over te slaan als de NMa een daartoe strekkend verzoek honoreert. Mij is niet bekend hoe vaak dit gebeurt in boetezaken bij de NMa, maar ik denk niet al te vaak. Los hiervan lijkt gelet op de doorlooptijd (in deze zaak en in andere zaken) onmiskenbaar sprake van overbelasting of onderbezetting bij rechtbank en CBb. Meer inhoudelijk is mijn voorzichtige inschatting dat een grondiger feitenonderzoek door de NMa en een volwaardigere procedure, met name inhoudelijker hoor/wederhoor, en een kritische interne toetsing vóórdat de raad van bestuur zijn besluit neemt, kwalitatief betere (primaire) boetebesluiten zal opleveren waarmee in meer dan één opzicht winst kan worden behaald: besluiten

28. Opgemerkt zij dat uw annotator in deze zaak is opgetreden als advocaat-gemachtigde van een van de betrokken ondernemingen.

29. Hiervoor ga ik uit van het tijdsverloop tussen de datum van de verwijzingsuitspraak (31 december 2007) en de datum van de einduitspraak van het CBb (12 augustus 2010).

worden overtuigender waardoor de NMa aan gezag wint, er zal minder vaak bezwaar en beroep worden ingesteld en er zal minder vertraging optreden in eventuele bezwaar- en beroepsprocedures. In deze zaak lag een belangrijke oorzaak van de vertraging in het feit dat de NMa (in bezwaar) niet had gerespondeerd op een belangrijk verweer van de mobiele operators, dat causaal verband ontbrak. Dat was een ernstige en onnodige omissie die veel vertraging heeft opgeleverd. Niet valt uit te sluiten dat sprake was van ‘tunnelvisie’ bij de NMa, een fenomeen dat vooral bekend is van vervolging door het Openbaar Ministerie. In deze zaak heeft procederen uiteindelijk (financieel) geloond, maar in de ideale wereld zou – zo lang – procederen niet nodig hebben moeten zijn.