MEDEDINGINGSRECHT
AAK20086084

Mrs. J.M.M. van de Hel en
K.E.L. van Haastrecht

Nederlands Mededingingsrecht

Handhaving

Eerste toezeggingsbesluit
De NMa heeft de toezegging van enkele Amsterdamse kinderopvangorganisaties aanvaard om zich voortaan van concurrentiebeperkend gedrag te onthouden. De organisaties werden er door de NMa van verdacht elkaars marktgedrag te beïnvloeden en concurrentiegevoelige informatie uit te wisselen. Het is voor het eerst dat de NMa een dergelijk besluit heeft genomen. Sinds 1 oktober 2007 beschikt de NMa over de wettelijke bevoegdheid om van een (lopend) onderzoek af te zien indien de betrokken onderneming toezegt een bepaalde gedragsverandering door te voeren. Bij niet al te zware overtredingen van de mededingingsregels biedt dit ondernemingen de mogelijkheid om aan een boete van de NMa te ontkomen (*www.nmanet.nl*).

Rechtspraak

Rechtbank Rotterdam 9 juli 2008 (Bouwondernemingen / NMa)
De Rechtbank Rotterdam heeft het beroep van achttien bouwondernemingen tegen de door de NMa in het kader van de 'bouwfraude' opgelegde boetes grotendeels afgewezen. De bouwondernemingen hadden deelgenomen aan de zogenaamde 'versnelde procedure', waarbij ondernemingen van de NMa een korting van 15% op de boete kregen indien zij afzagen van betwisting van de gestelde feiten, van het recht tot toegang tot het dossier en van het individuele recht om te worden gehoord. De uitspraken zijn onder andere interessant omdat de rechtbank een positief oordeel geeft over het door de NMa in het kader van de 'bouwfraude' gehanteerde clementie-

beleid en over de mogelijkheid een mededingingsbeperkende gedraging aan een moederonderneming toe te rekenen. Ook geeft de rechtbank aan dat in de versnelde procedure de redelijke termijn niet is geschonden. Tevens laat de rechtbank zich positief uit over verschillende (procedurele) aspecten van de versnelde procedure, zoals de door de NMa gehanteerde boetegrondslag, de aanvullende boetevermindering voor kleine ondernemingen en de extra korting wegens medewerking aan het onderzoek van de fiscus. De Rechtbank maakt verder duidelijk dat ondernemingen die hebben deelgenomen aan de versnelde procedure de door de NMa gestelde feiten en de juridische beoordeling daarvan in beroep niet meer kunnen betwisten. Wel is er voor ondernemingen ruimte om ten aanzien van de hoogte van de boete individuele omstandigheden naar voren te brengen. Dit is voor de rechtbank in één geval reden geweest de boete te halveren omdat de betreffende bouwonderneming heeft aangetoond dat zij slechts een à twee keer per jaar aan het verboden overleg had deelgenomen. Ten aanzien van een aantal besluiten is de rechtbank van oordeel dat deze moeten worden vernietigd omdat de NMa in eerste instantie heeft nagelaten een bepaalde correctie op de boetegrondslag te motiveren. De rechtbank laat de rechtsgevolgen van deze besluiten echter in stand omdat de NMa deze correctie inmiddels wel voldoende heeft gemotiveerd.

CBB 3 juli 2008, LJN: BD6629 en BD6635 (AUV en Aesculaap / NMa)
Het CBB heeft geoordeeld dat de Rechtbank Rotterdam de door de NMa aan de dierenartscoöperatie AUV (€ 9,7 miljoen) en de diergeneesmiddelengroothandel Aesculaap (€ 250.000) opgelegde boetes terecht met een vijfde heeft verlaagd. De boetes waren opgelegd wegens het hanteren van een verboden systeem van leveringsweigering jegens bepaalde dierenartsen. Het CBB bevestigt dat zowel de NMa als de rechtbank de redelijke termijn van artikel 6 EVRM hebben geschonden. Daarbij stelt het CBB voorop dat er geen vaste redelijk termijn bestaat. De redelijke termijn dient steeds aan de hand van de omstandigheden van het geval te worden vastgesteld. Het CBB is met de rechtbank van oordeel dat voor het doorlopen van de administratieve procedure bij de NMa in deze zaak een termijn van twee jaar redelijk is. Voor de daaropvolgende beroepsprocedure wordt een termijn van anderhalf jaar redelijk geacht. In beide procedures was deze termijn ruimschoots overschreden, hetgeen (grotendeels) te wijten was aan inactiviteit van de NMa en de rechtbank. Pikant detail is dat het CBB in het geval van Aesculaap van oordeel is dat ook het CBB de redelijke termijn (met enkele dagen) heeft geschonden. Het CBB acht in deze zaak een termijn van twee jaar voor de hoger beroep procedure redelijk. Dit is voor het CBB reden de boete van Aesculaap nog iets verder te verlagen.

Literatuur
- N. van Eijk, 'Regulering van de kabel', *M&M* 2008, nr. 3, p. 71-76;
- B. Fibbe, 'Toekomst NMa: criminalisering; waar moet het heen?', *AM* 2008, nr. 4, p. 89-93;
- N. Neij, 'Gedragsregels voor de ondernemende overheid blijven slagkracht ontberen', *AM* 2008, nr. 5, p. 106-110;
- H.M.H. Speyart, 'Tamosius, Petri Sallinen en Wieser: de opsporingspraktijk van de NMa op losse schroeven', *AM* 2008, nr. 5, p.111-124;
- N. Saanen, 'Amsterdam als particuliere marktinvesteerder', *NTER* 2008, nr. 5, p. 137-142;
- W. Geursen, 'Staatssteun en gebiedsontwikkeling na de Vliegveld Eelde-uitspraak', *Juridisch up to Date* 2008, nr. 12, p. 19-23.

Europees Mededingingsrecht

Handhaving

Introductie schikkingprocedure kartelafspraken
De Commissie heeft een procedure ingevoerd op grond waarvan ondernemingen, die betrokken zijn bij een onderzoek naar verboden kartelafspraken, met de Commissie een schikking kunnen treffen. Ondernemingen kunnen in aanmerking komen voor een korting van 10% op de boete indien zij hun aansprakelijkheid voor de vermeende inbreuk ondubbelzinnig erkennen en uitdrukkelijk afzien van bepaalde procedurele rechten zoals het recht op toegang tot het dossier en het recht om door de Commissie te worden gehoord. De Commissie zal vervolgens volstaan met in omvang beperkte Punten van Bezwaar en een verkorte eindbeschikking. Dit geeft de Commissie de mogelijkheid kartelzaken op effectieve en efficiënte wijze af te doen. Het is vooralsnog de vraag of de geboden korting van 10% voor ondernemingen voldoende zal zijn om tot een schikking met de Commissie te willen komen (*www.europa.eu*).

Rechtspraak

GvEA 10 april 2008, zaak T-271/03 (Deutsche Telekom / Commissie)
Het Gerecht heeft de eerder door de Commissie aan Deutsche Telekom opgelegde boete van € 12,6 miljoen wegens misbruik van een economische machtspositie in stand gelaten. De boete was opgelegd omdat Deutsche Telekom zich schuldig had gemaakt aan een zogenaamde *margin squeeze* (marge-uitholling). Deutsche Telekom verlangde van concurrenten hoge vergoedingen voor de toegang tot haar telecommunicatienetwerk waardoor concurrenten gedwongen waren voor hun telefonie- en internetdiensten aan consumenten hogere bedragen in rekening te brengen dan Deutsche Telekom. Het Gerecht gaat in het arrest onder meer in op de juridische en economische aspecten van een *margin squeeze*. Het Gerecht geeft daarbij aan dat een *margin squeeze* als een zelfstandige vorm van misbruik kan worden aangemerkt. Daarnaast laat het Gerecht zich voor het eerst expliciet uit over de verhouding tussen het algemene mededingingsrecht en het sectorspecifieke mededingingsrecht. Deutsche Telekom had aangevoerd dat het optreden van de Commissie een inbreuk vormde op de bevoegdheden van

de Duitse telecomautoriteit. Het Gerecht is met de Commissie van oordeel dat de aanwezigheid van sectorspecifieke regelgeving niet in de weg staat aan de toepassing van het Europese mededingingsrecht. Voor een uitvoerige bespreking van dit arrest wordt verwezen naar het artikel van Mahler.

HvJEG 10 juli 2008, zaak C-413/06P (Bertelsmann en Sony/Impala)
Het Hof heeft het beroep van Bertelsmann en Sony tegen het arrest van het Gerecht, waarin de beschikking van de Commissie tot goedkeuring van de voorgenomen *joint venture* tussen de muziekdivisies van Bertelsmann en Sony werd vernietigd, gegrond verklaard. De Commissie had in eerste instantie Punten van Bezwaar uitgebracht, omdat zij bevreesd was voor het ontstaan van een collectieve economische machtspositie tussen alle grote platenmaatschappijen (Sony/BMG, Universal, EMI en Warner). Vervolgens keurde de Commissie de *joint venture* onverwachts goed, omdat volgens de Commissie toch niet was voldaan aan de voorwaarden voor een collectieve machtspositie. Tegen deze beslissing van de Commissie is destijds door Impala, een vereniging van onafhankelijke muziekproducenten, beroep ingesteld. Het Gerecht verklaarde het beroep van Impala vervolgens gegrond omdat de Commissie (onder andere) onvoldoende zou hebben gemotiveerd dat sprake was van een gebrek aan transparantie in de markt. Een transparante markt is één van de voorwaarden voor een collectieve machtspositie. Tegen dit arrest van het Gerecht hebben Bertelsmann en Sony vervolgens hoger beroep ingesteld. Het Hof is van oordeel dat het Gerecht de bevindingen van de Commissie over het gebrek aan transparantie nauwkeuriger en in onderlinge samenhang met de overige voorwaarden voor een collectieve machtspositie had moeten onderzoeken. Daarnaast overweegt het Hof dat het Gerecht in haar beoordeling te veel gewicht heeft toegekend aan de Punten van Bezwaar van de Commissie. De Punten van Bezwaar houden volgens het Hof geen definitief oordeel van de Commissie in. Daarbij geeft het Hof aan dat de Commissie geen verplichting heeft eventuele verschillen tussen de Punten van Bezwaar en haar uiteindelijke besluit te verklaren. Voorts is belangrijk dat het Hof voor het eerst expliciet aangeeft dat voor de Commissie de bewijslast voor zowel goedkeuring als het verbieden van een concentratie hetzelfde is.

GvEA 8 juli 2008, zaak T-99/04 (AC Treuhand/Commissie)
Het Gerecht heeft bevestigd dat ondernemingen die kartelafspraken ondersteunen daarvoor kunnen worden beboet. Aanleiding is de boete die de Commissie wegens verboden kartelvorming had opgelegd aan drie producenten van organische peroxide. De Commissie had daarbij tevens een (symbolische) boete opgelegd aan een consultant wegens ondersteuning van het kartel. De consultant had onder meer belastende documenten bewaard en bijeenkomsten voor de karteldeelnemers georganiseerd. Het Gerecht is evenals de Commissie van oordeel dat de consultant aldus een actieve bijdrage aan de tenuitvoerlegging van het kartel heeft geleverd. Het beroep van de consultant wordt dan ook afgewezen. De NMa heeft naar aanleiding van dit arrest bekendgemaakt dat ook kartelondersteuners voor boete-immuniteit of verlaging van de boete in aanmerking komen indien zij vrijwillig hun betrokkenheid bij een kartel aan de NMa melden.

Literatuur

- P.P.J. van Ginneken, 'Het sectoronderzoek van de Europese Commissie in de geneesmiddelensector', *M&M* 2008, nr. 3, p. 65-70;
- S.J. Beeston en S.J. Sterk, 'Coats/Commissie: wie moet wat bewijzen en hoe?', *NTER* 2008, nr. 6, p. 149-152;
- W.J. Brants, 'Vergaande toerekening van kartelinbreuk aan moedermaatschappijen', *NTER* 2008, nr. 6, p. 153-158;
- R. Meijer, 'Het witboek schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels bezien vanuit Nederlands recht', *MvV* 2008, nr. 6, 133-137;
- J. van Sinderen en R. Kemp, 'Strategic Interactions in Competition Policy: Dutch Experiences', *ECLR* 2008, vol. 29 issue 5, p. 298-309;
- R. Mahler, 'De zaak Deutsche Telekom: sectorregulering versus mededingingsrecht', *AM* 2008, nr. 6, p. 149-152.

* Op het terrein van het Europees mededingingsrecht worden in de rubriek Europees recht van Katern ook belangrijke uitspraken en regelgeving opgenomen.