Kroniek

Kroniek Nederlands mededingingsrecht 2011

Mr. A.R. Bosman, mr. E. Oude Elferink, mr. R.N.A. Nieuwmeyer en mr. A.P.C. Hazelhoff*

Inleiding

Het verslagjaar 2011 bracht een aardige oogst aan zaken en ontwikkelingen voort. De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa)[1] rondde zes kartelzaken af met een boetebesluit en legde daarmee aan vierendertig ondernemingen een boete op van in totaal 39,7 miljoen euro.[2] Dat bedrag is beduidend lager dan in 2010 (137,1 miljoen euro), maar aanmerkelijk hoger dan in 2009 (4,5 miljoen euro). Twee natuurlijke personen hebben boetes opgelegd gekregen van in totaal 75.000 euro.[3] Aan geen van de kartelzaken die tot boetes hebben geleid is een clementiemelding voorafgegaan. Daar staat tegenover dat in drie zaken gebruik is gemaakt van informatie afkomstig van andere overheidsinstanties.[4] In zes zaken is het onderzoek stopgezet vanwege onvoldoende bewijs.

De NMa heeft in 2011 één sanctiebesluit genomen wegens misbruik van een economische machtspositie, dat enkele maanden nadien is herroepen.[5] Boetes voor inbreuk op procedurele voorschriften zijn niet opgelegd. De trend om – daar waar mogelijk – zaken op alternatieve wijze af te doen, zette zich ook in 2011 voort. De NMa nam vier toezeggingsbesluiten,[6] waarvan er drie betrekking hebben op de markt voor thuiszorg.

Ook de rechterlijke macht liet zich in 2011 niet onbetuigd. Een aantal langlopende procedures in kartelzaken werd afgerond, waaronder de zaak *Garnalen*[7] en de zaak *Fietsfabrikanten*.[8] De carrousel bouwzaken draaide ook in 2011 gewoon door. In twaalf zaken werd uitspraak gedaan, waarvan in tien door het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb). Het merendeel van deze zaken betrof reguliere procedures. Dit is een indicatie dat het einde van dit belangrijke hoofdstuk uit de geschiedenis van het mededingingsrecht in Nederland nu toch echt in zicht is.

Al met al viel er in 2011 voor een volger van de mededingingspraktijk het nodige te beleven. Te veel om allemaal in detail te bespreken. In deze kroniek zullen daarom alleen de naar onze mening meest interessante zaken

* Mr. A.R. Bosman is als advocaat werkzaam bij CMS Derks Star Busmann. Mr. E. Oude Elferink is als advocaat werkzaam bij CMS Derks Star Busmann. Mr. R.N.A. Nieuwmeyer is als advocaat werkzaam bij CMS Derks Star Busmann. Mr. A.P.C. Hazelhoff is als advocaat werkzaam bij CMS Derks Star Busmann.

1. De raad van bestuur van de NMa wordt hier vereenzelvigd met de NMa.
2. In de brief van de minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie aan de Tweede Kamer betreffende het jaarverslag 2011 van de NMa is opgemerkt dat in 2011 ruim € 50 miljoen aan boetes zou zijn opgelegd. Het is ons niet duidelijk hoe de minister op dat bedrag is uitgekomen. Zie: <www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2012/03/16/kamerbrief-over-het-jaarverslag-2011-van-de-nma.html>.
3. Het besluit was bij indiening van de kopij voor dit artikel nog niet openbaar. Zie ook het bericht verschenen op de website van de NMa op 9 januari 2012: <www.nma.nl/documenten_en_publicaties/archiefpagina_nieuwsberichten/nieuwsberichten/2012/01_12_nma_beboet_lhv_wegens_ongeoorloofde_vestigingsadviezen.aspx>.
4. Besluit NMa 16 november 2011, zaak 6929 (*Zeescheepsafval*), besluit NMa 22 december 2011, zaak 6425 (*Glazenwassers*) en besluiten NMa 13 december 2011, zaken 6538 en 6539 (*Executieveilingen*). De besluiten in deze laatste zaken waren bij indiening van de kopij voor dit artikel nog niet openbaar. Zie ook het bericht verschenen op de website van de NMa op 15 december 2012: <www.nma.nl/documenten_en_publicaties/archiefpagina_nieuwsberichten/nieuwsberichten/2011/61_11_woningbezitters_bij_huizenveiling_jarenlang_gedupeerd_door_kartel.aspx>.
5. Besluit NMa 5 januari 2011 en besluit op bezwaar NMa 30 juni 2011, zaak 4296 (*GasTerra*).
6. Besluit(en) NMa 4 juli 2011, zaak 7138 (*Midden-Brabant*) en besluit NMa 29 december 2011, zaak 7245 (*Federatie Textielbeheer Nederland*).
7. Besluit NMa 14 januari 2003, zaak 2269.
8. Besluit NMa 21 april 2004, zaak 1615.

en ontwikkelingen aan bod komen. We zullen ons daarbij, zoals te doen gebruikelijk, beperken tot besluiten van de NMa en zaken die hun oorsprong vinden in een besluit van de NMa of daarmee verband houden.[9]

Regelgeving

Verruiming bagatel

Na een enigszins moeizame bevalling is op 3 december 2011 de verruiming van de wettelijke bagatelregeling in werking getreden.[10] Het nieuwe artikel 7 lid 2 Mededingingswet (Mw) stelt horizontale kartelafspraken, inclusief *hardcore* afspraken, wettelijk vrij van het kartelverbod, mits aan twee voorwaarden wordt voldaan. Ten eerste dient te worden vastgesteld dat de bij de afspraak betrokken ondernemingen een gezamenlijk marktaandeel hebben op de relevante markt(en) van niet meer dan 10 procent. Deze nieuwe marktaandeelgrens vervangt de gecombineerde maximale marktaandeel- en omzetgrenzen van respectievelijk 5 procent en 40 miljoen euro. De tweede voorwaarde is dat de afspraak de handel tussen de lidstaten van de Europese Unie niet kan beïnvloeden. Met deze laatste eis wordt beoogd strijdigheid met het EU-recht te voorkomen. De nieuwe bagatelgrenzen gelden per direct, ook voor kartelzaken waarin door de NMa nog geen definitief besluit is genomen.[11]

Of de verruimde bagatelregeling ondernemingen daadwerkelijk in staat zal stellen om ongestoord en met een gerust hart (*hardcore*) kartelafspraken te maken, valt te bezien. De achilleshiel vanuit het oogpunt van de onderneming vormt zonder meer de afbakening van de relevante markt. Dit is niet altijd eenvoudig. Voor sommige activiteiten zal het bovendien niet gemakkelijk zijn beïnvloeding van de tussenstaatse handel uit te sluiten. Ondernemingen zullen zich dus wel tweemaal bedenken alvorens zij zich gedekt weten door de nieuwe bagatelbepaling.

Informatiekaart Samenwerking Zorgverzekeraars

In december 2011 publiceerde de NMa de Informatiekaart Samenwerking Zorgverzekeraars.[12] De kaart strekt ter aanvulling op de richtsnoeren voor de zorgsector uit 2010.[13] Doel van de informatiekaart is richting en duidelijkheid te geven aan zorgverzekeraars die wensen samen te werken bij de selectieve inkoop van zorg. Daaronder wordt verstaan dat zorgverzekeraars medische specialistische zorg, of onderdelen daarvan, inkopen bij aanbieders die volgens de verzekeraar goede en doelmatige zorg leveren. In het document wordt een overzicht gegeven van de voorwaarden en regels waaraan zorgverzekeraars in het voorkomende geval moeten voldoen. Of de informatiekaart de beoogde verduidelijking verschaft, zal de praktijk moeten uitwijzen. Samenwerking in de zorg is en blijft vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt uiterst complex.

Oprichting Autoriteit Consument en Markt

In het verslagjaar 2011 heeft de minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie de Tweede Kamer geïnformeerd over de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt (ACM), die per 1 januari 2013 zal leiden tot samenvoeging van de NMa, de Onafhankelijke Post- en Telecommunicatie Autoriteit en Consumentenautoriteit.[14] Het betrekken van de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) bij de fusie is overwogen, maar daarvan is uiteindelijk afgezien. Ondanks twijfel geuit door de Raad van State,[15] heeft de wetgever er bovendien voor gekozen om eerst de oprichting van de ACM te realiseren met de doorvoering van de meest noodzakelijke wetswijzigingen en pas in een later stadium alle op de thans individuele instellingen betrekking hebbende (wettelijke) regelingen te stroomlijnen. De beoogde structuur van de ACM, een klein zelfstandig bestuursorgaan, zal drie pijlers kennen: consumentenbescherming, specifiek markttoezicht én mededingingstoezicht. Net als de NMa zal de ACM formeel geen rechtspersoonlijkheid hebben en niet over eigen personeel en vermogen beschikken.

Algemene begrippen

Begrip mededinging

In 2011 is de NMa in naar verhouding veel besluiten bij de beoordeling onder artikel 6 lid 1 Mw en artikel 101 lid 1 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU) ingegaan op de vraag of iedere beperking van de mededinging door ondernemingen op voorhand zou moeten worden uitgesloten in verband met bijzondere regelgeving of omstandigheden. Illustratief is de zaak *Caraat*.[16] Daarin stonden centraal enerzijds Stichting Vierstroom (Vierstroom), een thuiszorginstelling die primair activiteiten ontplooide in de zorgkantoorregio Midden-Holland, en anderzijds Stichting Careyn Zuwe Aveant (Careyn), een aanbieder van thuiszorg in

9. Besluiten van de NMa in de sfeer van concentratiecontrole vallen buiten het bestek van deze kroniek. Dat geldt ook voor zaken die zijn beoordeeld onder de Gaswet en de Elektriciteitswet en voor de uitkomsten van marktonderzoeken en marktscans die door de NMa zijn uitgevoerd.
10. Wet van 24 november 2011 houdende wijziging van de Mededingingswet ter versoepeling van de uitzondering op het verbod van mededingingsafspraken (versterking positie leveranciers uit het MKB), *Stb*. 2011, 569.
11. Zie het bericht verschenen op de website van de NMa op 3 februari 2012 'Uitzondering op kartelverbod verruimd': <www.nma.nl/documenten_en_publicaties/archiefpagina_nieuwsberichten/webberichten/2012/04_12_uitzondering_op_kartelverbod_verruimd.aspx>.
12. Informatiekaart Samenwerking Zorgverzekeraars. Zie het bericht verschenen op de website van de NMa op 21 december 2011: <www.nma.nl/documenten_en_publicaties/archiefpagina_nieuwsberichten/webberichten/2011/32_11_nma_verduidelijkt_spelregels_gezamenlijke_inkoop_door_zorgverzekeraars.aspx>.
13. Richtsnoeren voor de zorgsector, *Stcrt*. 2010, 3824.
14. Voorstel van wet houdende regels omtrent de instelling van de Autoriteit Consument en Markt (Instellingswet Autoriteit Consument en Markt), *Kamerstukken II* 2011/12, 33 186, nr. 2.
15. *Kamerstukken II* 2011/12, 33 186, nr. 4.
16. Besluit NMa 21 april 2011, zaak 6109.

onder andere zorgkantoorregio Delft Westland Oostland (DWO). In de jaren 2006 en 2007 gold tussen deze partijen een zogenoemd 'Herenakkoord' dat voorzag in een verbod om in het werkgebied van de ander actief te worden. De NMa stelde bij haar beoordeling onder artikel 6 lid 1 Mw voorop dat concurrentie op de markt voor thuiszorg in beginsel in de genoemde periode mogelijk was. Dit in het licht van destijds vigerende wetgeving, het stelsel van financiering en de rol van zorgkantoren. Hoewel binnen zorgkantoorregio's geconcurreerd kon worden, betekende dat naar het oordeel van de NMa niet automatisch dat toetreding tot iedere regio voor 'buitenstaanders' mogelijk was. Ten aanzien van de zorgkantoorregio DWO, waarin Careyn opereerde, stelde de NMa vast dat destijds te weinig prikkels en mogelijkheden voor toetreding bestonden. Met name het beleid van het zorgkantoor in die regio vormde een belemmering. Voor zorgkantoorregio Midden-Holland, het werkterrein van Vierstroom, lag dat echter anders. Toetreding was daar in 2006 en 2007 realistisch. Bijgevolg heeft de NMa alleen geoordeeld over de betekenis van het Herenakkoord voor de concurrentie in de zorgkantoorregio Midden-Holland.

Verder is opvallend dat de NMa in de zaak *LHV*,[17] waarin de Landelijke Huisartsen Vereniging (LHV) is beboet voor – in wezen – de herinvoering van het eerder verboden vestigingsbeleid, de nodige moeite heeft genomen om duidelijk te maken dat huisartsen met elkaar concurreren. De NMa overwoog onder andere dat prijsconcurrentie mogelijk is beneden het door de NZa vast te stellen maximumtarief en dat de huisarts voldoende mogelijkheden en prikkels heeft om zich van andere artsen te onderscheiden. Deze uitwijding is te meer opvallend daar de NMa verderop in het besluit, in het stadium van de juridische kwalificatie van de gedragingen en de boetetoemeting, juist weer opmerkelijk weinig oog lijkt te hebben voor de bijzondere kenmerken van de markt voor huisartsenzorg.

Begrip relevante markt

In de zaak *Fietsfabrikanten*,[18] waarin Giant, Accell (Batavus) en Gazelle door de NMa zijn beboet wegens onderlinge afstemming van het prijsbeleid, oordeelde het CBb over de vraag of de NMa terecht is uitgegaan van één markt voor alle typen fietsen in Nederland. Nadat het CBb de rechtbank terecht had gewezen vanwege het passeren van een eerder door partijen aangevoerde beroepsgrond, iets wat overigens in totaal acht keer in de uitspraak gebeurde, stelde het CBb vast dat de afbakening van de relevante markt geen doel op zich is. Het is enkel een instrument voor de analyse die is vereist voor de toepassing van de mededingingsregels, waarbij de mate van gedetailleerdheid van de marktafbakening afhankelijk is van hetgeen wordt vereist voor de beoordeling van de gedragingen die het voorwerp van het onderzoek vormen. Op basis van de feiten en omstandigheden in deze zaak was het CBb van oordeel dat er voor de NMa geen noodzaak had bestaan om binnen de productmarkt voor fietsen verschillende deelmarkten te onderscheiden. Het is interessant om te bezien hoe deze uitspraak zich verhoudt tot het arrest van de Hoge Raad en de daarbijbehorende conclusie van A-G Keus in de zaak *Prisma*.[19] De Hoge Raad nam daar als uitgangspunt dat, op het moment dat een markt reeds is afgebakend in een concentratiezaak, ook van deze afbakening moet worden uitgegaan in zaken waarbij het niet om concentratietoezicht gaat. In de concentratiezaak 1550, waarnaar door partijen in de zaak *Fietsfabrikanten* is verwezen, heeft de NMa een onderscheid naar verschillende typen fietsen gemaakt.[20]

In dit licht is ook noemenswaardig de afbakening van de productmarkt door de NMa in de zaak *Wasserijen*.[21] Daarin ging het om een overtreding van artikel 6 lid 1 Mw door ondernemingen actief op de markt voor textielverzorging. Die markt wordt doorgaans onderverdeeld in de segmenten (1) gezondheidszorg, (2) industrie en handel en (3) horeca en recreatie. Daar waar de NMa in een eerder concentratiebesluit[22] een overstap van het ene segment naar het andere segment binnen een jaar nog als realistisch had aangemerkt, overwoog de NMa hier dat in het segment gezondheidszorg slechts een beperkte concurrentiedruk wordt ervaren van wasserijen actief in andere segmenten. Daarbij baseerde de NMa zich op empirische gegevens over switchgedrag, op de aan een overstap verbonden kosten alsmede op het feit dat de ondernemingen in ieder segment zich duidelijk toelegden op hun eigen segment.

Begrip belanghebbende

Het CBb bekrachtigde in een van de bouwzaken betreffende de B&U-sector de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam.[23] Daarin was beslist dat niet als belanghebbenden in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) konden worden aangemerkt de voormalige aandeelhouders van een beboete entiteit die zelf geen geadresseerden van het boetebesluit waren, maar die op grond van een contractuele afspraak met de nieuwe aandeelhouder gehouden waren om de aan hun voormalige dochter opgelegde boete te betalen. De omstandigheid dat de betrokken ondernemingen ten tijde van de overtreding aandeelhouders waren van de beboete entiteiten bracht volgens het CBb niet met zich mee dat zij een rechtstreeks belang hadden bij het aanvechten van het boetebesluit. Het financieel belang van de voormalige aandeelhouders zou enkel voortvloeien uit een civielrechtelijke rechtsverhouding. In het verlengde daarvan oordeelde het CBb dat de NMa bij de vaststelling van de boete geen rekening behoefde te houden met de gestelde gevolgen van de boete voor de voormalige aandeelhou-

17. Besluit NMa 30 december 2011, zaak 6888.
18. CBb 4 oktober 2011, LJN BT6521 (*Giant Europe e.a./NMa*).
19. HR 18 december 2009, LJN BJ9439 (*Prisma e.a./X*).
20. Besluit NMa 2 november 1999, zaak 1550 (*Accell Group /Sparta Rijwielen- en Motorenfabriek*).
21. Besluit NMa 8 december 2011, zaak 6855.
22. Besluit NMa 1 juli 2005, zaak 5076 (*Purgare/Fortex*).
23. CBb 18 november 2011, LJN BU5581 (*Lavaredo Holding e.a./NMa*). De partijnamen zijn door het CBb geanonimiseerd maar door ons herleid uit de besluiten die aan de uitspraak ten grondslag lagen. Dit gebeurt hieronder bij alle zaken met geanonimiseerde partijnamen.

ders, voor zover deze voortvloeien uit de civielrechtelijke rechtsverhouding. Dat de boete de voormalige aandeelhouders raakt, is immers niet het gevolg van het boetebesluit, maar van de gemaakte contractuele afspraken tussen hen en de nieuwe aandeelhouder, aldus het CBb.

Kartelverbod

Overeenkomst/onderling feitelijk afgestemde gedraging

De zaak *Zeescheepsafval*[24] ging over een kartel tussen drie inzamelaars van zeescheepsafval in de haven van Rotterdam met een gezamenlijk marktaandeel tussen 85 en 95 procent. Deze partijen hadden door middel van *bid rigging* en *cover pricing* opdrachten van schepen verdeeld en de prijzen afgesproken. Het ging daarbij om opdrachten voor de afvoer van restanten van lading of waswater vervuild met olie en chemicaliën. Uit het – tamelijk overvloedige – bewijsmateriaal is gebleken dat potentiële klanten werden verdeeld aan de hand van twee criteria: (1) wiens 'beurt' was het of (2) om wiens vaste klant ging het. Naar het oordeel van de NMa hebben partijen de gemeenschappelijke wil gehad om zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen om opdrachten van klanten onderling te verdelen en prijsconcurrentie te voorkomen en te beperken. Het bestaan van een overeenkomst in de zin van artikel 6 lid 1 Mw is daarom – terecht – aangenomen.

In de zaak *Wasserijen*[25] ging het om de oprichting van Rentex Nederland door een aantal ondernemingen actief op het gebied van textielverzorging voor de gezondheidszorg. De oprichters hadden met Rentex Nederland franchiseovereenkomsten gesloten ten behoeve van het gebruik van de merknaam, gezamenlijke inkoop en gezamenlijke innovatie. Rentex Nederland had geen andere franchisenemers aangesteld dan de eigen aandeelhouders. De bundel van franchiseovereenkomsten – door de NMa als de 'Rentex-formule' aangeduid – omvatte de afspraak dat ieder lid een rayon kreeg toegekend, waarin andere Rentex-leden niet of slechts na overleg actief mochten acquireren. Tot op een bepaald moment bestond bovendien een verbod op passieve verkoop buiten het eigen gebied. De Rentex-formule is door de NMa gekwalificeerd als een horizontale in plaats van een verticale overeenkomst in de zin van artikel 6 lid 1 Mw. Hoewel de NMa overwoog dat een beroep op de groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten niet mogelijk was, blijkt uit het besluit dat de NMa bij de beoordeling van de gedragingen de regels over actieve en passieve verkoop die van toepassing zijn op verticale (franchise)overeenkomsten bij de beoordeling niet uit het oog heeft durven verliezen. Er is duidelijk gehinkt op twee gedachten.

24. Besluit NMa 16 november 2011, zaak 6929.
25. Besluit NMa 8 december 2011, zaak 6855.
26. Besluit NMa 22 december 2011, zaak 6425.

De zaak *Glazenwassers*[26] betrof een schending van artikel 6 lid 1 Mw door een groep van tien glazenwassers in de periode van 10 februari 2006 tot en met 3 april 2006. De glazenwassers hadden afgesproken om een deel van de nieuwbouwwijk De Hoornse Zoom in Delft gezamenlijk te bemachtigen en onderling te verdelen. Het 'verwerven' van een wijk geschiedt volgens de regels van de beroepsgroep door bij oplevering van een nieuwbouwwijk als eerste aanwezig te zijn. Formalisering van de verwerving vindt plaats door visitekaartjes in de brievenbussen van opgeleverde huizen te doen. Dit proces was voor De Hoornse Zoom door de betrokken ondernemingen gezamenlijk voorbereid, onder andere tijdens een bijeenkomst in de McDonald's in Nootdorp. Voorts was er bij toerbeurt gesurveilleerd in de wijk en hebben de partijen elkaar geïnformeerd over de mogelijke datum van oplevering. In het besluit heeft de NMa aangegeven dat deze gedragingen mogelijk als een overeenkomst in de zin van artikel 6 lid 1 Mw konden kwalificeren, maar in elk geval als een onderling feitelijke afgestemde gedraging moesten worden beschouwd. Er was namelijk informatie uitgewisseld waarmee de betrokken ondernemingen vooraf kenbaar hebben gemaakt dat zij in (een deel van) De Hoornse Zoom actief wilden worden. Daarmee is volgens de NMa een strategie met concurrenten gedeeld, die normaliter als bedrijfsvertrouwelijk zou worden aangemerkt.

In de zaak *Mobiele Operators*[27] heeft de NMa uitvoering gegeven aan een eerdere uitspraak van de Rechtbank Rotterdam en zich gebogen over de vraag of KPN, T-Mobile en Vodafone ten aanzien van de zogenoemde *postpaid*-pakketten artikel 101 lid 1 VWEU hadden overtreden.[28] De essentiële vraag was of de betrokken partijen erin waren geslaagd om het vermoeden te weerleggen van een causaal verband tussen de afstemming tijdens een bijeenkomst op 13 juni 2001 bestaande uitwisseling van informatie en het daarop volgende marktgedrag van de betrokken ondernemingen. De NMa heeft de zaak aangegrepen om duidelijk uiteen te zetten welke regels volgens haar in het kader van weerlegging gelden. De NMa heeft bijvoorbeeld aangegeven dat het feit dat het causaal verband op zichzelf (dus op basis van het vermoeden) al voldoende aannemelijk is, onverlet laat dat de aannemelijkheid verder toeneemt als zij hiervoor tevens direct en indirect bewijs aandraagt. Ten aanzien van het indirecte bewijs heeft de NMa onder verwijzing naar recente rechtspraak van het Gerecht bepaald dat ook een verzameling van omstandigheden en aanwijzingen in haar geheel beschouwd een feit kan aantonen.[29] Tegen deze achtergrond heeft de NMa vervolgens direct en indirect bewijs voor causaliteit aange-

27. Besluit op bezwaar NMa 26 oktober 2011, zaak 2658.
28. Dit besluit is een vervolg op CBb 12 augustus 2010, LJN BN3895 (*T-Mobile Netherlands e.a./NMa*) en HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands e.a.*, *Jur.* 2009, p. I-4529. In de eerstgenoemde zaak is bevestigd Rb. Rotterdam 14 juli 2006, LJN AY4035 (*KPN e.a./NMa*). Daarin is aan de NMa de opdracht gegeven om het besluit nader te motiveren op onder andere het punt van de causaliteit tussen afstemming en marktgedrag.
29. GvEA 3 maart 2011, zaak T-110/07, *Siemens/Commissie*, n.n.g.

voerd. Ten aanzien van het door de betrokken ondernemingen te leveren tegenbewijs is door de NMa als uitgangspunt geformuleerd dat (1) het bewijs moet zien op alle onderdelen van de marktgedraging die hoogstwaarschijnlijk zijn beïnvloed door de uitgewisselde informatie en (2) het tegenbewijs meer dan alleen het vermoeden moet ontkrachten dat *direct* rekening is gehouden met de uitgewisselde informatie. De NMa heeft toegevoegd dat deze eisen niet onredelijk zijn. De ondernemingen moeten bewijs leveren waaruit blijkt dat hun marktgedrag uitsluitend werd bepaald door niet-besmette overwegingen en omstandigheden, hetgeen niet als onmogelijk kan worden beschouwd. De deur is door de NMa in het slot gegooid met de opmerking dat het louter aanreiken van een alternatieve verklaring voor parallel gedrag niet volstaat voor weerlegging van het vermoeden. Daarop is – niet geheel verrassend – geconcludeerd dat hetgeen door de operators was aangedragen niet tot ontkrachting van het vermoeden van causaliteit kon leiden. De overtreding van artikel 101 lid 1 VWEU op het gebied van *postpaid*-pakketen is aldus komen vast te staan.

In de zaak *Fietsfabrikanten*[30] is het CBb ook ingegaan op de vraag of de gedragingen die hadden plaatsgevonden in het kader van een van de (twee) bijeenkomsten tussen de fietsfabrikanten kwalificeerden als een onderling feitelijk afgestemde gedraging.[31] Onderzocht is of sprake was van afstemming en daaropvolgend marktgedrag alsmede van een oorzakelijk verband daartussen. Het CBb stelde in de eerste plaats vast dat een memorandum opgesteld door een van de deelnemers aan de bijeenkomst in combinatie met verklaringen van andere deelnemers voldoende bewijs vormde voor een afspraak tussen de fabrikanten over een verhoging van de consumentenadviesprijzen en over aanpassing van een betalingskorting voor detailhandelaren. Dat de uitgewisselde informatie al bij partijen bekend zou zijn geweest, kon volgens het CBb niet ter zake doen aangezien de informatie een vertrouwelijk karakter had. De onzekerheid over de werking van de betrokken markt was derhalve verminderd en de beslissingsautonomie van de ondernemingen beperkt. In de tweede plaats overwoog het CBb dat was voldaan aan het vereiste van wederkerigheid. Giant zou na ontvangst van de concurrentiegevoelige informatie van Batavus hebben gereageerd door zelf informatie te verstrekken, terwijl de bij de bijeenkomst aanwezige vertegenwoordiger van Gazelle intern had gerapporteerd over de ontvangen informatie. In de derde plaats was volgens het CBb door Giant en Gazelle niet aan de voorwaarden voor distantiëring voldaan. De ondernemingen hadden nooit hun afkeuring laten blijken over de uitwisseling van de informatie. In de laatste plaats nam het CBb aan dat aan het causaliteitsvereiste was voldaan. De betrokken fabrikanten zijn actief geble-

30. CBb 4 oktober 2011, LJN BT6521 (*Giant Europe e.a./NMa*).
31. In het boetebesluit concludeert de NMa dat de fietsfabrikanten ter gelegenheid van twee bijeenkomsten respectievelijk te Zwolle en Vierhouten verboden afspraken hebben gemaakt. Ten aanzien van de bijeenkomst te Vierhouten oordeelde de rechtbank dat daarvoor onvoldoende bewijs was. Dit oordeel van de rechtbank wordt door het CBb gevolgd.

ven op de markt en hebben marktgedrag vertoond dat aansloot bij de inhoud van de afstemming, aldus het CBb. Het contrast tussen de betrekkelijk korte overweging die in de uitspraak van het CBb aan dat laatste punt is gewijd en de uitvoerige beoordeling van de NMa in de hierboven besproken zaak *Mobiele Operators* is frappant.

Besluit ondernemersvereniging

In de zaak *LHV*[32] heeft de NMa de LHV aangemerkt als een ondernemersvereniging in de zin van artikel 6 lid 1 Mw. De vereniging heeft volgens de NMa bovendien de wil gehad om het gedrag van de leden op de betrokken markt te coördineren en het proces van vestiging van nieuwe huisartsen te beïnvloeden. Bij dat oordeel is in aanmerking genomen dat (1) de LHV zogenoemde 'Aanbevelingen' met betrekking tot de betrokkenheid van de leden bij de vestiging van nieuwe huisartsen op haar website had geplaatst en in een nieuwsbrief had verspreid, (2) de bewoordingen van de Aanbevelingen dwingend en helder waren, (3) de Aanbevelingen waren opgevolgd door (in elk geval) enkele regionale huisartsenkringen/groepen en (4) de Aanbevelingen niet waren ingetrokken door het bestuur of het bureau van de leden. Ter verduidelijking van het laatste punt moet worden opgemerkt dat de LHV bij verweer had aangevoerd dat de Aanbevelingen door een hiertoe onbevoegde medewerker op de website van de LHV waren geplaatst, en dat deze om die reden in 2008 was ontslagen. Dit argument is door de NMa tégen de LHV gebruikt. Het is de LHV aangerekend dat de Aanbevelingen na het ontslag niet onmiddellijk van de website zijn verwijderd.

Mededingingsbeperking

De Aanbevelingen in de zaak *LHV* zijn door de NMa gekwalificeerd als een besluit met een mededingingsbeperkende strekking. Op de keper beschouwd hebben de Aanbevelingen volgens de NMa geleid tot de herinvoering van het vestigingsbeleid, waarvan in 2001 al was bepaald dat het in strijd met het kartelverbod was.[33] Bij dit oordeel heeft de NMa onder andere betrokken dat de Aanbevelingen het advies aan de reeds gevestigde huisartsen bevatten om te bepalen of er ruimte was voor toetreding van nieuwe huisartsen. Het aanbod moest 'in balans' worden gehouden. Bovendien is aangestuurd op de vorming van sollicitatiecommissies om nieuwe huisartsen te selecteren. Een interessant aspect is dat de NMa heeft beoordeeld of de mededingingsbeperking inherent was aan het doel om de kernwaarden van het beroep van huisarts te waarborgen. Dat was volgens de NMa niet het geval. De NMa zag niet in hoe de in de Aanbevelingen neergelegde restricties van vrije vestiging aan een hogere standaard van de beroepsuitoefening konden bijdragen, laat staan dat zij daarvoor als noodzakelijk konden worden beschouwd. Daarbij heeft de NMa in aanmerking genomen dat de kwaliteit van huisartsenzorg al door diverse wettelijke en tuchtrechte-

32. Besluit NMa 30 december 2011, zaak 6888.
33. Besluit NMa 11 april 2001, zaak 537 (*Landelijke Huisartsen Vereniging*).

lijke regelingen wordt gewaarborgd. Het valt te bezien of de analyse op het punt van de mededingingsbeperking, en in het bijzonder de vraag of die als 'inherent' kon gelden, in rechte stand zal houden. Naar onze indruk heeft de NMa onvoldoende in aanmerking genomen dat de LHV met de Aanbevelingen in de eerste plaats en vooral – en dus niet tevens of bovendien – beoogde om 24 uur per dag goede en bereikbare huisartsenzorg te laten bieden.

In de zaak *Wasserijen*[34] draaide het om de kwalificatie van de Rentex-formule en de regeling omtrent rayonnering. In de periode van 1 januari 1998 tot 10 april 2002 gold voor de bij de Rentex-formule betrokken ondernemingen een verbod op zowel actieve als passieve acquisitie in andere dan de eigen rayons. Tussen 10 april 2002 en 1 december 2009 was het verbod beperkt tot actieve acquisitie. De NMa oordeelde dat de samenwerking over de gehele duur van de inbreuk, dus zowel vóór als na 10 april 2002, geschikt was om de mededinging te beperken. Ten aanzien van de periode waarin alleen actieve verkoop was verboden, lijkt het de NMa evenwel parten te hebben gespeeld dat een dergelijke beperking vanuit een verticaal oogpunt onder omstandigheden aan een franchisenemer kan worden opgelegd. De NMa lijkt zelf niet overtuigd te zijn geweest dat de Rentex-formule in die periode de strekking had om de mededinging te beperken. Er is toegevoegd dat het onderhavige strekkingsbeding ook als effect had gehad dat de concurrentie verminderde en gewezen op de beoordeling onder artikel 6 lid 3 Mw. Verder is niet de obligate mededeling gedaan dat een gedraging met een mededingingsbeperkende strekking voor toepassing van die laatste bepaling doorgaans niet in aanmerking komt. In de zaken *LHV* en *Zeescheepsafval* is dat wel gebeurd.

Uit het besluit in de zaak *Glazenwassers*[35] blijkt dat de gedragingen met het oog op de verkrijging en verdeling van de wijk De Hoornse Zoom objectief de strekking hadden om de mededinging te beperken. De samenwerking was gericht op de uitschakeling van het normale concurrentieproces, waarbij de (nieuwe) bewoners de keuze zouden hebben uit verschillende aanbiedingen en op elk moment konden wisselen van glazenwasser. Dat de wijk uiteindelijk nooit door de betrokken glazenwassers is bemachtigd en verdeeld, hing volgens de NMa enkel samen met de arrestatie van de betrokken glazenwassers door de FIOD vóór het moment van oplevering.

Merkbaarheid

Bij de beoordeling van de merkbaarheid in de zaak *Glazenwassers* heeft de NMa een parallel getrokken met ongeoorloofde afspraken op aanbestedingsmarkten. Zij heeft in herinnering geroepen dat ondernemingen die op een aanbesteding inschrijven, of zonder de afspraak zouden hebben ingeschreven, samen een relevante markt vormen. De concurrentie om de totale vraag naar de betreffende diensten is dan immers samengebald in de aanbesteding. Dat mag zo zijn, maar de vergelijking met een aanbesteding lijkt hier toch niet op te gaan. Bedacht moet worden dat de bij het kartel betrokken glazenwassers te kampen hadden met andere partijen die ook op de nieuwe woonwijk aasden. Het beurtelings surveilleren in de wijk heeft niet voor niets plaatsgevonden. Niet onbelangrijk is verder dat de NMa heeft vastgesteld dat artikel 7 Mw voor de glazenwassers geen uitkomst bood. Volgens het besluit hadden zij 'bij iedere denkbare marktafbakening' een gezamenlijk marktaandeel dat boven 5 procent lag. Die conclusie luidde naar het oordeel van de NMa niet anders nu de grens met de invoering van de nieuwe bagatelregeling naar 10 procent is opgetrokken. Dit is overigens de eerste keer dat de nieuwe bagatelregeling door de NMa is toegepast. Het ontbreken van onderzoek naar de relevante markt – de NMa heeft weinig oog gehad voor mobiliteit van de glazenwassers – hing vermoedelijk samen met het feit dat de regeling enkele weken voor het besluit in werking is getreden. Wij veronderstellen dat een analyse van het marktaandeel in de toekomst minder kort door de NMa wordt afgedaan.

In de zaak *Zeescheepsafval*[36] kwam een van de betrokken partijen, AVR, met een Calimero-argument op de proppen. Ten opzichte van de andere twee partijen zou AVR maar een kleine speler zijn geweest. De NMa ging aan dit – in het kader van een debat over merkbaarheid niet gebruikelijke – argument voorbij met de droge vaststelling dat dit enkele gegeven niet het mededingingsbeperkende karakter aan de overeenkomst ontnam.

Uitzondering

In de zaak *LHV*[37] heeft de NMa zich primair op het standpunt gesteld dat het besluit van de ondernemersvereniging een mededingingsbeperkende strekking had en daarmee niet in aanmerking kwam voor een beroep op artikel 6 lid 3 Mw. Niettemin is nagegaan of aan de voorwaarden voor toepassing van die bepaling was voldaan. De NMa is echter niet gebleken dat de Aanbevelingen tot efficiëntieverbeteringen in de huisartsenzorg hebben geleid. Dat huisartsen liever zelf kiezen met wie zij samenwerken, kon niet worden aangemerkt als een objectief voordeel.

In *Wasserijen*[38] is de Rentex-formule ook langs de lat van artikel 6 lid 3 Mw gelegd. Er is overwogen dat partijen niet aannemelijk hebben gemaakt dat de rayonnering noodzakelijk was voor de verwezenlijking van de voordelen die de Rentex-formule bood. De voordelen wogen evenmin op tegen de nadelen. Efficiëntieverbeteringen waren niet aangetoond. Op deze redenering van de NMa valt op het eerste gezicht weinig aan te merken.

In de zaak *Glazenwassers*[39] is niet als steekhoudend aangemerkt het argument dat de voorliggende afspraak voorkwam dat tussen glazenwassers ruzie over klanten ontstond en er zich 'incidenten' zouden voordoen. De NMa stelde niet te kunnen aanvaarden dat een mededinging op prijs, kwaliteit van het waswerk en dienstbe-

34. Besluit NMa 8 december 2011, zaak 6855.
35. Besluit NMa 22 december 2011, zaak 6425.
36. Besluit NMa 16 november 2011, zaak 6929.
37. Besluit NMa 30 december 2011, zaak 6888.
38. Besluit NMa 8 december 2011, zaak 6855.
39. Besluit NMa 22 december 2011, zaak 6425.

toon noodzakelijkerwijs zou moeten ontaarden in ruzie om de klant. Het is juist omdat de betrokken ondernemingen niet op normale wijze met elkaar in concurrentie willen treden dat zij hun toevlucht moeten nemen tot verbaal en fysiek machtsvertoon, zo overwoog de NMa.

Misbruik machtspositie

GasTerra

De NMa heeft in de zaak *GasTerra*[40] een besluit genomen waarin een schending van artikel 24 lid 1 Mw en artikel 102 VWEU is vastgesteld. De onderneming GasTerra, actief op het gebied van verkoop van hoogcalorisch en laagcalorisch gas (H-gas respectievelijk L-gas), is beboet voor een overtreding in de periode van 1 juli 2004 tot 1 juli 2009. GasTerra nam ten tijde van de inbreuk op exclusieve basis L-gas af uit het Groningenveld. Omdat GasTerra tevens over middelen voor opslag van L-gas beschikte, kon zij het gasvolume beïnvloeden en daarmee aan afnemers flexibiliteit bieden.

In Nederland wordt L-gas getransporteerd via het landelijke hoge druknetwerk. Dit is de fysieke verbinding tussen de productiebronnen en de regionale lage druknetwerken waarop eindverbruikers zijn aangesloten. Het punt waarop het hoge druknetwerk samenkomt met het lage druknetwerk is een zogenoemd gasontvangstation (GOS). Zodra L-gas bij een GOS is afgeleverd, kan het niet meer terug het netwerk in worden gevoerd. Na aflevering op een GOS is het daarom niet meer mogelijk om het gas naar een ander GOS te vervoeren of het gas te verhandelen op de Title Transfer Facility (TTF). De TTF is een centrale handelsplaats die sinds 2003 bestaat en die de mogelijkheid biedt om gas te verhandelen dat zich binnen het landelijke hoge druknetwerk bevindt.

In de onderhavige zaak heeft de NMa vastgesteld dat GasTerra in de genoemde periode op de Nederlandse markt voor flexibiliteitsdiensten een economische machtspositie innam wegens de exclusieve afname uit het Groningenveld en haar mogelijkheden voor opslag van gas. De machtspositie op de markt voor flexibiliteitsdiensten bracht volgens de NMa automatisch een machtspositie op de markt voor L-gasvolume met zich mee. De distributiebedrijven waren afhankelijk van GasTerra voor wat betreft flexibiliteit, en daarmee voor wat betreft het volume. De NMa oordeelde verder dat GasTerra haar machtspositie op de genoemde markten heeft misbruikt om de groothandelsmarkt voor gasproducten, een stroomafwaartse markt, af te schermen. Dit zou zijn gebeurd door te weigeren in te gaan op verzoeken van distributiebedrijven om op de TTF qua hoeveelheid en diversiteit voldoende gasproducten aan te bieden en hen aldus in staat te stellen om toe te treden tot de groothandelsmarkt. De concurrentie was volgens de NMa daadwerkelijk door dit gedrag uitgeschakeld en heeft geleid tot schade voor eindgebruikers. Een objectieve rechtvaardiging voor deze gedragingen bestond niet.

Interessant is dat, voorafgaand aan deze beoordeling, uitvoerig is ingegaan op het toetsingskader. GasTerra had de *essential facility* doctrine als maatstaf voor haar eigen marktgedragingen gepresenteerd, maar de NMa ging daar niet in mee. Het zou namelijk niet zijn gegaan om het toegang verlenen tot een faciliteit of tot input. De algemene criteria voor uitsluitingsmisbruik moesten worden gehanteerd, *i.e.* de vragen of toegang tot markten en bevoorrading werd verhinderd en of de onderneming in de positie verkeerde om met succes prijzen te verhogen.

Hoe dit ook zij, GasTerra en GasUnie, de onderneming waarvan zij tot 1 juli 2005 een onderdeel was, hebben voor de schending van artikel 24 Mw en artikel 102 VWEU boetes opgelegd gekregen. De bedragen zijn niet in het openbare besluit genoemd, net zo min als de dwangsom die aan GasTerra is opgelegd. De reden voor deze ongekende vorm van vertrouwelijkheid is niet toegelicht. Bekend is dat GasTerra heeft getracht publicatie van het primaire besluit integraal te voorkomen door middel van een gerechtelijke procedure, of door daarmee in ieder geval te dreigen. Het niet vermelden van de bedragen zou kunnen duiden op een compromis.

GasUnie en GasTerra hebben niet alleen met civiele rechtsmaatregelen gedreigd, maar tevens een bezwaarschrift ingediend tegen het primaire besluit. Het besluit op bezwaar dat de NMa daarop heeft genomen, is om meerdere redenen verrassend te noemen.[41] In de eerste plaats dateert het besluit van 30 juni 2011, terwijl het primaire besluit op 5 januari 2011 is genomen. Gezien de feitelijke en juridische complexiteit van deze zaak stellen wij vast dat de NMa bij de behandeling van het bezwaar meer dan kordaat heeft opgetreden. In de tweede plaats ontbreekt ieder spoor van een advies van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet, hetgeen op gespannen voet lijkt te staan met artikel 92 Mw. In de derde plaats springt in het oog dat de NMa het bezwaar van GasTerra gegrond heeft verklaard. Het primaire besluit is ingetrokken en er is afgezien van een boete en een dwangsom. Het oordeel over de economische machtspositie van GasTerra is gehandhaafd, maar op de beslissing over misbruik van die positie heeft de NMa haar oordeel gewijzigd. De paginalange analyse in het primaire besluit van gedragingen van GasTerra in relatie tot de verzoeken van distributiebedrijven om L-gas op de TTF te verhandelen, is herroepen. Erkend is dat bepaalde buiten GasTerra gelegen omstandigheden voor het goed op gang komen van de handel op de TTF niet behulpzaam waren of in elk geval voor marktpartijen hoge dan wel onbekende risico's meebrachten. Dit heeft ertoe geleid, aldus de NMa, dat onderhandelingen over verkoop op de TTF destijds snel vastliepen en dat men terugviel op vertrouwde betrekkingen. In de vierde plaats is fascinerend dat het besluit van de NMa op veel punten leest als een toezeggingsbesluit in de zin van artikel 49a Mw. De aanpassingen van het beleid van

40. Besluit NMa 5 januari 2011, zaak 4296.

41. Besluit op bezwaar NMa 30 juni 2011, zaak 4296.

GasTerra kort voor het besluit op bezwaar zijn bijvoorbeeld breed uitgemeten. Wij verkeerden in de veronderstelling dat na een beslissing van de NMa over het opleggen van een boete of last onder dwangsom voor het doen van toezeggingen geen plaats meer is.

Overige zaken

De toepassing door de NMa van artikel 24 Mw en artikel 102 VWEU in 2011 is verder beperkt gebleven tot behandeling van klachten over misbruik van een economische machtspositie[42] en van bezwaren gericht tegen de afwijzing van dergelijke klachten.[43] Het meest prikkelende is het besluit op bezwaar in de zaak *Automark/Carglass*.[44] Daarin heeft de NMa bij de behandeling van de klacht niet de kwalificatie van de verweten gedragingen vooropgesteld, maar de vraag of een economische machtspositie bestond. De NMa heeft uitvoerig onderzoek gedaan naar de positie van Carglass op de markt. Ondanks een marktaandeel van meer dan 40 procent had Carglass volgens het besluit geen economische machtspositie. Inkoopmacht van verzekeraars, een recente verhoging van het marktaandeel van een concurrent en realistische toetredingsmogelijkheden op de markt stonden in de weg aan de conclusie dat Carglass zich in aanzienlijke mate onafhankelijk kan gedragen van haar concurrenten en afnemers. Of het kortingensysteem en andere gedragingen van Carglass misbruik vormden, is derhalve in het geheel niet aan de orde gekomen.

Unietrouw

De zaak *Kids2care en Kizo/SKO en VWS*[45] betrof een klacht over een inbreuk op de mededingingsregels op de markt voor intensieve kinderthuiszorg. Het ministerie van VWS, dat bepaalde bevoegdheden heeft ten aanzien van de financiering van deze bijzondere vorm van zorg, en de particuliere onderneming Samenwerkende Kinderthuisorganisaties (SKO) zouden onder andere misbruik van een economische machtspositie hebben gemaakt en aldus de concurrentie met de klagers hebben belemmerd. Aangezien het ministerie het handelen in strijd met de mededingingsregels zou hebben bevorderd, is daarbij tevens beroep gedaan op het beginsel van Unietrouw. Dit beginsel is verankerd in artikel 4 lid 3 Verdrag betreffende de Europese Unie jo. artikelen 101 en 102 VWEU. De NMa wees de klacht af omdat het ministerie geen ondernemingsactiviteiten ontplooide en iedere aanwijzing voor een inbreuk door SKO ontbrak. Dit ontbreken van een aanwijzing voor een inbreuk stond volgens de NMa ook in de weg aan een geslaagd beroep op het beginsel van Unietrouw. Daaraan is toegevoegd dat het beleid van het ministerie voor de bekostiging van intensieve kinderthuiszorg niet in een wettelijke regeling was vervat. Anders dan de klagers hadden betoogd, was er dan ook geen regeling die conform het arrest in de zaak *CIF*[46] buiten toepassing had kunnen worden gelaten.

Toezeggingsbesluiten

Dat het indienen van een klacht als een boemerang kan terugkomen heeft de Federatie Textielbeheer Nederland (FTN) moeten ervaren.[47] De FTN beklaagde zich in 2009 bij de NMa over vermeend misbruik van machtspositie door Intrakoop bij een aanbesteding. De klacht tegen het collectief van zorginstellingen werd afgewezen.[48] De NMa besloot vervolgens de rol van de FTN als ondernemersvereniging onder de loep te nemen en stelde vast dat de communicatie met de leden over de aanbesteding door Intrakoop een risico voor de mededinging met zich had gebracht. Er was beoogd te voorkomen dat de aanbestedingsvorm in de toekomst vaker door zorginstellingen zou worden toegepast. Een saillant gegeven is dat de FTN er in de communicatie uitdrukkelijk op had gewezen dat zij zich onthield van het geven van enig advies hierover aan de leden. Deze disclaimer mocht de FTN echter niet baten. De leden van de FTN zijn volgens het besluit bewust gemaakt van de negatieve kanten van de aanbesteding en hun inschrijfgedrag kon volgens het besluit zijn beïnvloed. Omdat de NMa ook viel over een advies aan leden over de doorberekening van extra kosten van de gescheiden behandeling van met cytostatica besmet vastgoed, bestond al met al genoeg reden voor de FTN om bepaalde toezeggingen verbindend te laten verklaren.

Verder zijn in 2011 de *Toezeggingsbesluiten Thuiszorg Midden-Brabant*[49] gepubliceerd. Bij ieder van deze drie besluiten is partij Stichting Zorggroep West- en Midden-Brabant handelend onder de naam Thebe. Het betreft een aanbieder van thuiszorg in de zorgkantoorregio Midden-Brabant met een marktaandeel van 70 tot 80 procent. Deze organisatie heeft met enkele kleinere instellingen in dezelfde regio afspraken over werkverdeling gemaakt. Bijna ludiek is dat de kleine thuiszorginstellingen hebben beloofd om een *compliance*-programma in te voeren en een *compliance officer* aan te wijzen.

42. Besluit NMa 25 mei 2011, zaak 4965/60 (*Alarmcentrale Nederland*).
43. Besluit op bezwaar NMa 25 mei 2011, zaak 4965/61 (*Alarmcentrale II*), besluit op bezwaar NMa 17 augustus 2011, zaak 6561 (*Automark/Carglass*), besluit NMa 5 januari 2011 en besluit op bezwaar NMa 30 juni 2011, zaak 4296 (*GasTerra*), besluit op bezwaar NMa 28 juli 2011, zaak 4118 (*Bergerszaken*), besluit op bezwaar NMa 29 september 2011, zaak 7126 (*Kids2care en Kizo/SKO en VWS*), besluit op bezwaar NMa van 28 april 2011, zaak 5968 (*OCI AFA/GasTerra*), besluit op bezwaar NMa 5 april 2011, zaak 2056 (*Vos/Energiebedrijven*) en besluit op bezwaar 28 april 2011, zaak 5720 (*Productschap tuinbouw e.a./GasTerra*).
44. Besluit op bezwaar NMa 17 augustus 2011, zaak 6561.
45. Besluit op bezwaar NMa 29 september 2011, zaak 7126.
46. HvJ EG 9 september 2003, zaak C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF)*, *Jur.* 2003, p. I-8055.
47. Besluit NMa 29 december 2011, zaak 7245 (*Federatie Textielbeheer Nederland*).
48. Besluit NMa 7 oktober 2009, zaak 6756 (*Klacht FTN*).
49. Besluit(en) NMa 4 juli 2011, zaak 7138 (*Midden-Brabant*).

Procedurele aangelegenheden

Ne bis in idem-beginsel

Het *ne bis in idem*-beginsel kwam aan de orde in een van de bouwzaken behandeld door het CBb.[50] Het betrof een geval waarin een onderneming die gedurende een inbreuk door een derde was overgenomen, twee boetes kreeg opgelegd voor de deelname aan de betreffende inbreuk. In het eerste sanctiebesluit had de NMa de entiteit beboet als onderdeel van de onderneming die werd gevormd door haar nieuwe moeder en daarmee gelieerde dochterondernemingen, terwijl in het tweede besluit een boete werd opgelegd voor de eigen betrokkenheid bij de overtreding. Dat sprake was van dubbele beboeting werd door het CBb niet aangenomen. De NMa had de boetegrondslag in de boetebesluiten berekend naar rato van respectievelijk de periode waarin de entiteit had behoord tot de onderneming van de nieuwe moeder en de periode waarin de entiteit als een op zichzelf staande onderneming aan de overtreding had deelgenomen.

Het onderzoek van de NMa in de zaak *Glazenwassers*[51] is begonnen nadat een aantal van de betrokken glazenwassers al was veroordeeld voor onder andere belastingontduiking, witwassen en deelname aan een criminele organisatie. In het hoger beroep in die strafzaak is het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk verklaard op het punt van de criminele organisatie. Daaraan was namelijk kartelgedrag ten grondslag gelegd, terwijl een dergelijk feitencomplex tot de exclusieve bevoegdheid van de NMa behoorde. In de procedure bij de NMa werd tevergeefs een beroep op schending van het beginsel van *ne bis in idem* gedaan. De NMa oordeelde dat een dergelijke schending alleen aan de orde kan zijn als in opeenvolgende punitieve sanctieprocedures sprake is van drie cumulatieve elementen, te weten (1) dezelfde feiten, (2) dezelfde overtreder en (3) hetzelfde te beschermen rechtsgoed. Het eerste en laatste element was hier niet gegeven.

Una via-beginsel

In de slipstream van het beroep op het *ne bis in idem*-beginsel, werd in de zaak *Glazenwassers* aangevoerd dat de NMa het *una via*-beginsel had geschonden. Bij de start van de vervolging in 2006 zou zijn gekozen voor het strafrechtelijke traject, hetgeen zich met de administratieve handhaving door de NMa niet liet rijmen. De NMa overwoog dat het *una via*-beginsel een rol kan spelen indien ten aanzien van de overtreding van dezelfde wettelijke regeling twee handhavingswegen openstaan, te weten een bestuursrechtelijke en een strafrechtelijke. Hier was echter geen sprake van verschillende handhavingswegen. De wetgever had er in 1998 namelijk voor gekozen om de handhaving van de mededingingsregels niet strafrechtelijk te laten verlopen. Het valt te bezien of deze toepassing van het *una via*-beginsel zich verdraagt met (de geest van) artikel 5:44 Awb. Daaruit volgt immers dat een bestuursorgaan geen bestuurlijke boete oplegt indien tegen de overtreder wegens dezelfde gedraging een strafvervolging is ingesteld en het onderzoek ter terechtzitting is begonnen, dan wel een strafbeschikking is uitgevaardigd. Met de invoering van deze bepaling is volgens de wetsgeschiedenis beoogd om schendingen van het *una via*-beginsel te voorkomen.

Cautie

In de zaak *Glazenwassers* heeft de FIOD bewijsmateriaal, waaronder verslagen van verhoren, overgedragen aan de NMa. Het kartelbesluit leunt in sterke mate op dat materiaal. De NMa heeft de betrokken ondernemingen bij brief over het kartelonderzoek in de glazenwassersbranche geïnformeerd. Daarin is kenbaar gemaakt dat de NMa het voornemen had om de FIOD-verklaringen te gebruiken. In de procedure voerde een van de betrokken glazenwassers aan dat de NMa had nagelaten om in de brief de cautie te stellen. Deze klacht is door de NMa afgedaan met de mededeling dat een cautie niet nodig was. In de brief is namelijk geen verzoek om schriftelijke inlichtingen gedaan in de zin van de uitspraak in *Tele2*.[52] De ontvangers zijn uitsluitend in de gelegenheid gesteld om eerdere belastende verklaringen in te trekken. Interessant is het argument van de NMa dat de FIOD-ambtenaren voorafgaand aan de door hen afgenomen verhoren de cautie al hadden gegeven. Hoewel daarbij geen verwijzing naar een vermoeden van een overtreding van de mededingingsregels was gemaakt, waren de verklaringen mede om die reden rechtmatig verkregen.

Gebruik bewijsmateriaal andere overheidsinstanties

De NMa heeft in drie zaken een onderzoek gebaseerd op informatie verstrekt door andere autoriteiten. De zaak *Executieveilingen*[53] is nieuw leven ingeblazen nadat de Belastingdienst informatie had overhandigd. Het onderzoek in de zaak *Zeescheepsafval*[54] is gelanceerd op basis van informatie afkomstig van VROM/IOD en het Openbaar Ministerie. De zaak *Glazenwassers* is gaan rollen nadat de FIOD informatie aan de NMa had verstrekt. Een belangrijk verschil tussen de laatste twee zaken is dat de ontvangen informatie in *Zeescheepsafval* aanleiding heeft gegeven tot onderzoek van de NMa zelf. Er zijn bedrijfsbezoeken verricht en verhoren afgenomen. In de zaak *Glazenwassers* heeft de NMa zich echter (vrijwel) uitsluitend gebaseerd op de informatie van de FIOD. In de procedure is de NMa daarover ook een verwijt gemaakt. De NMa weerlegde dit met de mededeling dat de FIOD de cautie had gesteld en dat bovendien alle verklaringen aan de betrokken personen waren voorgelegd. Van onzorgvuldigheid van de NMa was geen sprake. Het zou voor de rechtsontwikkeling zonder meer nuttig zijn als dit punt, net als de eerder aangestipte formele curiositeiten uit de zaak *Glazenwassers*, aan een rechter zou worden voorgelegd. De kans

50. CBb 1 december 2011, LJN BU9159 (*Axima Contracting/NMa*).
51. Besluit NMa 22 december 2011, zaak 6425.
52. CBb 2 februari 2010, LJN BL5463 (*Tele2/OPTA*).
53. Besluiten NMa 13 december 2011, zaken 6538 en 6539.
54. Besluit NMa 16 november 2011, zaak 6929.

dat beroep bij de rechtbank is ingesteld, lijkt echter niet groot. Daarvoor zijn de opgelegde boetes vermoedelijk te laag geweest. De hoogste boetes bedroegen 1.000 euro.

Toegang tot het dossier/ter inzage legging

De vraag of de NMa gehouden is om alle in het kader van een kartelzaak ter inzage gelegde stukken in afschrift te verstrekken lag voor in een procedure bij de Rechtbank Rotterdam in twee bouwzaken in de B&U-sector.[55] Het dossier bestond, zoals gebruikelijk in versnelde procedures in bouwzaken, uit een algemeen deel en een individueel deel. Alleen het individuele deel van het dossier was door de NMa aan de onderneming toegezonden. Het algemene deel was wel verstrekt aan de door deelnemers aan de versnelde procedure aangestelde gemachtigde, de heer Blankert. De rechtbank oordeelde dat uit artikel 60 Mw jo. artikel 3:11 Awb niet volgt dat op de NMa de verplichting rust het complete dossier te verstrekken. Dit zou immers het inzagerecht overbodig maken. Gelet op de omvang van het algemene dossier mocht de NMa er aldus voor kiezen dat alleen ter inzage te leggen.[56] In dezelfde zaken liet de rechtbank zich ook uit over de vraag of na de afronding van de periode van inzage bij de rechtbank als bedoeld in artikel 8:39 lid 2 Awb een onderneming alsnog toegang kan krijgen tot het rechtbankdossier, bijvoorbeeld om stukken te controleren waaraan in het verweerschrift van de NMa is gerefereerd. De rechtbank heeft deze vraag bevestigend beantwoord.

In de zaak *Fietsfabrikanten*[57] beklaagde Giant zich erover dat de NMa gebruik had gemaakt van stukken uit andere NMa-dossiers zonder haar toegang tot die dossiers te verstrekken. Onder verwijzing naar eerdere rechtspraak[58] overwoog het CBb dat ondernemingen die van de NMa een boete hebben gekregen en zich daartegen verweren niet zonder meer toegang hebben tot stukken die de NMa niet ten grondslag heeft gelegd aan het boetebesluit en die zich bevinden in andere NMa-dossiers. Alleen indien een onderneming motiveert waarom dergelijke stukken voor haar verdediging van belang zijn, kunnen deze worden aangemerkt als op de zaak betrekking hebbende stukken als bedoeld in artikel 7:4 lid 2 Awb en artikel 8:42 Awb. Nu de grief slechts in algemene termen was geformuleerd met de stelling dat de NMa-dossiers waartoe toegang was geweigerd mogelijk ontlastende verklaringen bevatten, achtte het CBb deze ongegrond. Het had volgens het CBb op de weg van Giant gelegen om met enige specificatie, bijvoorbeeld wat betreft een bepaald onderwerp, aan te duiden waarom zij verwachtte dat zich in de andere NMa-dossiers stukken bevonden die voor haar verdediging van belang zouden kunnen zijn.

55. Rb. Rotterdam 10 februari 2011, LJN BP3913 (*Beheersmaatschappij C.H. Gerritsen/NMa*) en LJN BP3914 (*Kolthof/NMa*).
56. In de praktijk verstrekt de NMa doorgaans het complete dossier aan de adressaten van een rapport. Dat dit niet is gebeurd in de onderhavige zaak hangt samen met het bijzondere karakter van de versnelde procedures in de bouwzaken.
57. CBb 4 oktober 2011, LJN BT6521 (*Giant Europe e.a./NMa*).
58. CBb 6 november 2009, LJN BK2641 (*IMC Securities/AFM*).

Lex certa-beginsel

In de zaak *Fietsfabrikanten*[59] is betoogd dat ten tijde van het begaan van de overtreding in 2000 de toepassing van het begrip onderling feitelijk afgestemde gedraging, in het bijzonder de aspecten wederkerigheid, causaliteit en distantiëring, nog niet in de jurisprudentie was uitgekristalliseerd en dat betrokkene gegeven deze onzekerheid niet geacht kon worden te weten dat het bewuste gedrag onder dit begrip kon vallen. Het CBb wees dit argument met een opvallend korte overweging van de hand. Het CBb oordeelde dat de criteria aan de hand waarvan het bestaan van een onderling feitelijk afgestemde gedraging wordt beoordeeld zijn geïnterpreteerd in Europese jurisprudentie die ten tijde van het plegen van de overtreding bekend was. Deze overweging is lastig te volgen, mede in het licht van het feit dat ook het CBb zich in de zaak *Mobiele Operators* genoodzaakt heeft gezien om zich met een prejudiciële vraag aangaande onder andere de uitleg van het begrip onderling feitelijk afgestemde gedraging tot het Hof van Justitie te wenden.[60]

Functievermenging

In twee zaken oordeelde het CBb vanuit een verschillende invalshoek over het onderwerp functiescheiding. In de zaak *Fietsfabrikanten* lag de vraag voor of sprake was van ongeoorloofde functievermenging doordat de (toenmalige) dg-NMa (1) toestemming had gegeven tot het opstellen van het rapport, (2) een (onrechtmatig) persbericht had uitgegeven en vervolgens (3) zowel het primaire besluit als het besluit op bezwaar had genomen. Betoogd werd dat deze vermenging van bevoegdheden op gespannen voet stond met (het huidige) artikel 54a Mw. Het CBb verwierp deze grief op inhoudelijke gronden. Artikel 54a Mw is gericht op het functioneren van de betrokken ambtelijke diensten en werkt, zo voegde het CBb toe, niet door op het niveau van het bestuursorgaan zelf. Daarmee is effectief de rechtsgeldigheid van het alles-in-één-hand-stelsel bevestigd.

In de zaak *ETB Vos*[61] handelde het niet om de functievermenging op het niveau van de raad van bestuur, maar om de rol van de Juridische Dienst in de bezwaarprocedure. Het CBb overwoog dat het voorschrift van artikel 54a Mw beoogt tot uitdrukking te brengen dat de beslissing omtrent het al dan niet opleggen van een boete objectief en onbevooroordeeld dient plaats te vinden. Ter bevordering daarvan heeft de wetgever voorgeschreven dat afzonderlijke afdelingen van de mededingingsautoriteit werkzaamheden verrichten die leiden tot het opstellen van enerzijds het rapport en anderzijds het besluit waarbij een boete of last wordt opgelegd. Het verzoek van de Juridische Dienst aan een derde partij (Savi) tot het verstrekken van informatie diende naar het oordeel van het CBb te worden beschouwd als (nader) onderzoek. De Juridische Dienst is niet bevoegd in een

59. CBb 4 oktober 2011, LJN BT6521 (*Giant Europe e.a./NMa*).
60. CBb 12 augustus 2010, LJN BN3895 (*T-Mobile Netherlands e.a./NMa*), en HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands e.a.*, *Jur.* 2009, p. I-4529.
61. CBb 30 augustus 2011, LJN BR6737 (*ETB Vos/NMa*).

mogelijk alternatieve duiding van de feiten en omstandigheden of een lacune in het feitensubstraat te voorzien door het verrichten van nadere onderzoeksactiviteiten, zoals het inwinnen van informatie die nog geen deel uitmaakt van het rapport. Dit levert een schending van de verplichting van artikel 54a Mw op. Bovendien heeft de NMa hiermee de schijn van vooringenomenheid op zich geladen. Om die reden heeft het CBb zowel het besluit op bezwaar als het primaire boetebesluit nietig verklaard. Deze uitspraak, die al het nodige stof heeft doen opwaaien, zal naar wij vermoeden nog wel een vervolg krijgen in andere zaken.

Onschuldpresumptie

Het CBb boog zich over het leerstuk van de onschuldpresumptie in de zaak *Fietsfabrikanten*.[62] Het ging om de uitingen van de NMa in en aan de pers in de onderzoeksfase en om vermeende beschuldigende en vooringenomen passages in het jaarverslag van de NMa over 2002. Giant betoogde dat de NMa daarmee niet de vereiste onafhankelijkheid en onpartijdigheid in acht had genomen. Het CBb ging daar niet in mee. Niet ter beoordeling staat, zo overwoog het CBb, of de NMa mededelingen heeft gedaan die niet voldoen aan de terughoudendheid en zakelijkheid die in het licht van artikel 6 EVRM werden gevergd. Relevant is of uit de gewraakte publicaties blijkt of de NMa bij de voorbereiding van het boetebesluit in strijd met de onschuldpresumptie of vooringenomenheid heeft gehandeld. Het CBb oordeelde dat uit het persbericht niet meer blijkt dan dat sprake was van een redelijk vermoeden van overtreding. De vermelding van de namen van de verdachte fabrikanten rechtvaardigde naar het oordeel van CBb niet de conclusie dat de NMa de overtreding onweerlegbaar had vastgesteld.

Clementie

In de zaak *Caraat*[63] had Vierstroom een clementieverzoek ingediend.[64] Dit was gebeurd op de dag waarop de NMa in het kader van een bedrijfsbezoek zegelverbreking had vastgesteld. Die zegelverbreking is door het clementiebureau van de NMa aangemerkt als een belemmering van het onderzoek van de NMa en stond in de weg aan een aanspraak op basis van het clementieprogramma. Dat volgens Vierstroom de beveiligingsmedewerker verantwoordelijk was voor de zegelverbreking en er op de in de verzegelde ruimte aanwezige computers geen onregelmatigheden waren ontdekt, mocht Vierstroom niet baten. De les is dat verplichtingen uit hoofde van de clementieregels kennelijk al op ondernemingen rusten voordat zij op die regels überhaupt een beroep hebben gedaan.

Kostenveroordeling deskundige

In vervolg op de uitspraak in de zaak *Kortingen*,[65] sprak het CBb zich uit over het verzoek van de CRV Holding om de NMa te veroordelen in de kosten van de door haar ingeschakelde deskundige.[66] De opgevoerde kosten werden getoetst aan artikel 8:75 Awb, dat bepaalt dat kosten voor vergoeding in aanmerking komen als het inroepen van de deskundige redelijk is en de deskundigenkosten zelf redelijk zijn. Het CBb stelde vast dat CRV Holding ervan uit mocht gaan dat de deskundige een relevante bijdrage zou leveren aan een voor haar gunstige beantwoording door de rechter van een relevante vraag en dat de presentatie van de deskundige ter zitting een relevante bijdrage had geleverd aan beantwoording van vragen. Het verzoek is dan ook toegewezen.

Redelijke termijn

In meerdere rechterlijke uitspraken is op grond van overschrijding van de redelijke termijn een verlaging van de boete toegekend. In het kader van de afwikkelingen van de bouwzaken in de betonsector zond de toenmalige dg-NMa, vooruitlopend op het rapport, ondernemingen een feitencomplex toe met de mededeling dat hij tegen de ontvanger van de brief rapport had laten opmaken. In een dergelijk geval, zo oordeelde het CBb in de zaak *Geleen B.V.*, vangt de termijn aan op de datum van de ontvangst van het feitencomplex.[67] Het CBb zag voorts aanleiding de gebruikelijke redelijke termijn in kartelzaken van vijfenhalf jaar te verkorten tot vijf jaar in geval van versnelde procedures in de bouwzaken, waarbij anderhalf jaar aan bestuurlijke besluitvorming en heroverweging in bezwaar kan worden toegerekend, anderhalf jaar aan de rechterlijke beoordeling in eerste aanleg en twee jaar aan de procedure bij het CBb.[68] De Rechtbank Rotterdam oordeelde dat bij het berekenen van de redelijke termijn een periode van duidelijke inactiviteit die was gelegen in de handelwijze van de gemachtigden van de eisende partijen, buiten beschouwing diende te worden gelaten.[69] In de zaak *Garnalen*[70] was sprake van een aanzienlijk termijnoverschrijding van maar liefst ruim vierenhalf jaar. Volgens het CBb waren geen omstandigheden aan te wijzen die een langere behandeltermijn bij de NMa en de rechtbank rechtvaardigden. Het feit dat aan enkele producentenorganisaties stukken in vertaling dienden te worden verstrekt, kon een overschrijding van de redelijke termijn niet rechtvaardigen. In de zaak *Fietsfabrikanten*[71] was door de Rechtbank Rotterdam aanvankelijk een korting van 10 procent toegekend wegens termijnoverschrijding, en wel zonder enige limitering. Nadat partijen in eerste instantie hoger beroep hadden ingesteld tegen dit onderdeel van de uitspraak, trokken zij ter zitting bij het CBb dit beroep in, met als gevolg dat het CBb daarover geen uitspraak heeft kunnen doen. Het

62. CBb 4 oktober 2011, LJN BT6521 (*Giant Europe e.a./NMa*).
63. Besluit NMa 21 april 2011, zaak 6109.
64. Besluit NMa 21 april 2011, zaak 6109.
65. CBb 7 oktober 2010, LJN BN9947 (*CRV Holding/NMa*).
66. CBb 21 juni 2011, LJN BR3066 (*CRV Holding/NMa*).
67. CBb 25 maart 2011, LJN BQ5977.
68. CBb 25 maart 2011, LJN BQ5977 en CBb 18 november 2011, LJN BU5581 (*Lavaredo Holding e.a./NMa*).
69. Rb. Rotterdam 10 februari 2011, LJN BP3913 (*Beheersmaatschappij C.H. Gerritsen/NMa*).
70. CBb 17 maart 2011, LJN BP8077 (*LV-PO Schleswig Holstein e.a./NMa*).
71. CBb 4 oktober 2011, LJN BT6521 (*Giant Europe e.a./NMa*).

CBb zou ongetwijfeld de ruime door de rechtbank toegekende korting hebben teruggedraaid.

Prioritering

Een huisarts uit Rotterdam informeerde de NMa over de exclusieve contracten die Achmea zou afsluiten met een derde.[72] Daarin zou zijn bepaald dat reizigersvaccinaties en -consulten door die derde voor 100 procent worden vergoed. Daarentegen zou Achmea 75 procent van de kosten vergoeden als de verzekerden dezelfde diensten bij andere aanbieders, zoals huisartsen, afnemen. Dit zou een schending van artikel 24 Mw vormen. De NMa heeft dit 'signaal' met een beroep op het prioriteringsbeleid afgewezen. De NZa was op grond van artikel 18 Wet Marktordening Gezondheidszorg de meer aangewezen toezichthouder om over de gedragingen te oordelen, terwijl de doelmatigheid en doeltreffendheid van het NMa-optreden gering was. Het ging namelijk om de aanwijzing door Achmea van een zogenoemde *preferred supplier*. De voordelen daarvan komen in beginsel ten goede aan de verzekerde.

Niet meewerken ex-werknemers

De vraag of een ex-werknemer beschikt over een zwijgrecht was aan de orde in twee vergelijkbare zaken bij de Rechtbank Rotterdam.[73] De rechtbank bevestigde dat een dergelijk recht niet toekomt aan een ex-werknemer, maar alleen aan personen die een verklaring afleggen namens de onderneming waarvan de NMa inlichtingen vordert. Het feit dat een persoon ten tijde van het dienstverband namens de onderneming betrokken is geweest bij mogelijke inbreukmakende gedragingen brengt niet met zich mee dat betrokkene voor eens en voor altijd namens de onderneming een zwijgrecht toekomt. Dat zwijgrecht geldt alleen zolang het dienstverband voortduurt en betrokkene namens de onderneming een verklaring aflegt die tot zelfbeschuldiging van de onderneming zou kunnen leiden. Het betoog van ex-werknemers dat hen geen verwijt kon worden gemaakt omdat zij gebonden waren aan een doorwerkende geheimhoudingsplicht uit hoofde van de arbeidsovereenkomst met hun oude werkgever en dat zij bij schending daarvan mogelijk strafrechtelijk vervolgd zouden kunnen worden ingevolge artikel 273 Wetboek van Strafrecht is niet aanvaard. De rechtbank overwoog dat de wettelijke inlichtingenplicht van artikel 5:20 Awb niet wijkt, indien het vervullen daarvan leidt of kan leiden tot een schending van andere normen. Dat de ex-werknemer de keuze heeft gemaakt zijn (contractuele) geheimhoudingsplicht te laten prevaleren boven de wettelijke inlichtingenplicht, maakt niet dat de overtreding hem niet kan worden verweten.

Bewijs

De NMa stelde in de zaak *Persoonlijke verzorgingsproducten*[74] dat op basis van de in het dossier aanwezige bewijsmiddelen en in het licht van de zienswijzen van partijen niet was komen vast te staan dat de betrokken ondernemingen artikel 6 lid 1 Mw hadden overtreden. Opvallend is dat het betreffende onderzoek was begonnen met een clementieverzoek van de onderneming Henkel. Aangenomen mag toch worden dat daaraan de nodige belastende informatie was gehecht.

In de zaak *Thuiszorg GVF*[75] heeft de NMa geconcludeerd dat onvoldoende is komen vast te staan dat Stichting Viertstroomzorgring, Stichting Florence en de Stichting Thuiszorg Groot Rijnland hadden afgesproken om op de markt voor de huishoudelijke hulp in de Leidse Regio (gemeenten Alkemade, Leiderdorp, Oegstgeest, Voorschoten, Zoeterwoude) en Zoeterwoude niet met elkaar te concurreren. Verder zag de NMa in de zaak *Glazenwassers*[76] af van de oplegging van boetes aan dertien ontvangers van het rapport. Dit hing samen met het feit dat de NMa in het besluit enkel vaststelde dat de gedragingen ten aanzien van de woonwijk De Hoornse Zoom in Delft in strijd met het kartelverbod waren. Een overtreding die alle nieuwbouwwijken en bestaande wijken in de regio Hoofddorp – Den Haag – Rotterdam bestreek, kon volgens de NMa niet worden aangenomen.

De onrechtmatige gedragingen die in laatstgenoemde zaak wél zijn komen vaststaan, bestonden uit één enkele bijeenkomst bij de McDonald's in Nootdorp, de telefonische uitwisseling van informatie over de oplevering van de woonwijk De Hoornse Zoom en het bij toerbeurt surveilleren in de wijk. De gedragingen hebben plaatsgevonden in de periode van 10 februari 2006 tot 3 april 2006. Aan glazenwasser G is voor zijn betrokkenheid een boete van 1.000 euro opgelegd. Deze glazenwasser zat ten tijde van de kartelbijeenkomst bij McDonald's in de gevangenis. Zijn deelname aan het kartel is niettemin aangenomen omdat uit taps bleek dat G vóór 3 april 2006 vrij was gekomen en de eerste ramen in De Hoornse Zoom had gelapt. Dat ondanks een verblijf achter de tralies deelname in de gehele periode is komen vast te staan, is in ieder geval opvallend. De NMa heeft daarmee de lat voor het aantonen van distantiëring van hetgeen tijdens kartelbijeenkomsten wordt besproken behoorlijk hoog gelegd.

Sancties

Aard boetebesluit

In de zaak *Mobiele Operators*[77] heeft de NMa erkend dat in het primaire besluit en het eerdere besluit op bezwaar in die zaak voor iedere betrokken onderneming een boetebesluit was genomen. De heroverweging van de per onderneming opgelegde boete die door de Rechtbank Rotterdam in deze zaak was gelast, beperkte zich volgens de NMa niet tot de onderdelen van het besluit waartegen de partijen in een eerder stadium specifieke

72. Besluit NMa 30 maart 2011, zaak 7171 (*Slockers/Achmea*).
73. Rb. Rotterdam 9 juni 2011, LJN BQ7658 (*X/NMa*), en Rb. Rotterdam 9 juni 2011, LJN BQ7633 (*X/NMa*).
74. Besluit NMa 25 mei 2011, zaak 6404.
75. Besluit NMa 21 april 2011, zaak 6412.
76. Besluit NMa 22 december 2011, zaak 6425.
77. Besluit op bezwaar NMa 26 oktober 2011, zaak 2658.

gronden hadden gericht. Een individueel besluit tot oplegging van een boete kan, aldus de NMa, niet worden beschouwd als een meerledig besluit, in die zin dat ieder element van de boeteberekening zoals toegepast door de NMa zou kunnen worden onderscheiden in evenzoveel besluitonderdelen waartegen apart bezwaar en beroep zou kunnen en moeten worden aangetekend. De verschillende elementen van de boeteberekening hebben geen zelfstandige betekenis. In dit licht achtte de NMa zich bevoegd om de hoogte van de aan iedere partij opgelegde boete in bezwaar volledig te heroverwegen.

Toerekening boetes

De vraag welke entiteit kan worden aangesproken voor een kartelinbreuk in een situatie waarin zich tijdens de inbreukperiode of daarna wijzigingen hebben voorgedaan in de eigendomsverhoudingen van de inbreukmakende entiteit of onderneming, blijft boeien. Het CBb bevestigde[78] in 2011 dat een entiteit die als onderdeel van een concern aan een inbreuk heeft deelgenomen en die na overname door een derde was blijven voortbestaan, door de NMa mocht worden beboet. Betoogd werd dat de overtreding niet aan de overgedragen entiteit kon worden toegerekend omdat na de aandelenoverdracht, de naam van de vennootschap was gewijzigd en de samenstelling van het bestuur wezenlijk was gewijzigd, waardoor de entiteit niet meer kon worden vereenzelvigd met de oorspronkelijke inbreukmakende entiteit. Deze argumenten werden, niet geheel onverwacht, door het CBb verworpen met de overweging dat deze wijzigingen op zichzelf geen verandering hadden gebracht in het voortbestaan van de juridische entiteit.

In het primaire besluit in *GasTerra*[79] rekende de NMa de overtreding toe aan GasUnie voor de periode van 1 juli 2004 tot 1 juli 2005. GasTerra wordt voor de periode van 1 juli 2005 tot 1 juli 2009 beboet. GasTerra is ontstaan door juridische afsplitsing van de business unit GasUnie Trade & Supply per 1 juli 2005. Opvallend is dat de NMa heeft aangegeven dat GasUnie enkel aansprakelijk werd gehouden en niet zelf de overtreding had begaan. GasTerra is voor de betreffende periode niet tevens zelf beboet, hetgeen wel weer logisch is.

Uit de zaak *Wasserijen*[80] blijkt overigens duidelijk dat bij de oplegging van boetes geen onderscheid meer wordt gemaakt tussen de overtredende entiteit en een eventuele moederonderneming die hoofdelijk aansprakelijk wordt gesteld voor de boete van de overtreder. Een boete wordt aan alle betrokken entiteiten opgelegd ongeacht de individuele status. Deze praktijk lijkt toch moeilijk verenigbaar met het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Akzo Nobel/Commissie*.[81]

Gehanteerde boetemethodiek

Over het temporele toepassingsbereik van de verschillende boetereglementen bestaat momenteel de nodige onduidelijkheid. De benadering van de NMa in de zaak *Wasserijen* draagt niet bij aan een beter beeld. Ten aanzien van Rentex Dieben stond vast dat haar betrokkenheid bij het kartel vóór 1 oktober 2009, en dus voor inwerkingtreding van de Boetebeleidsregels 2009, was geëindigd. De toepassing van de Boetecode lag daarom voor de hand. Voor de andere betrokken ondernemingen golden de Boetebeleidsregels omdat sprake was van één enkele voortdurende overtreding tot ná 1 oktober 2009. Dat laatste lijkt op gespannen voet te staan met het legaliteitsbeginsel en valt niet meteen te rijmen met de toelichting van het ministerie van Economische Zaken op de Boetebeleidsregels. Niettemin moet het sinds de zaak *Wegener*[82] als vast beleid van de NMa worden beschouwd. Door de toepassing van de Boetecode op Rentex Dieben lag in het onderhavige geval echter een schending van het gelijkheidsbeginsel op de loer. De NMa heeft dit risico pragmatisch omzeild door in aanmerking te nemen dat de inbreuk door de andere drie ondernemingen acht weken na inwerkingtreding van de Boetebeleidsregels was geëindigd. Dit rechtvaardigde dat de Boetebeleidsregels werden toegepast 'zoals de Boetecode zou zijn toegepast'.

De rechtmatigheid van de door de NMa gehanteerde Boeterichtsnoeren 2001 werd betwist in de zaak *Fietsfabrikanten*.[83] De Boeterichtsnoeren zouden onder meer strijdig zijn met de Europese jurisprudentie en beschikkingspraktijk van de Commissie. De grief is verworpen.[84] De Europese rechtspraak en beschikkingspraktijk zien louter op de uitoefening van de bevoegdheid van de Commissie en de wijze waarop de Commissie van die bevoegdheid gebruik maakt impliceert geen beperking voor de NMa, oordeelde het CBb.

Betrokken omzet en boetegrondslag

In *Midden-IJssel*[85] heeft de NMa in 2010 aan thuiszorgaanbieders Stichting Carinova (Carinova) en Stichting Carint-Reggeland Groep (Carint) boetes van respectievelijk 4.348.000 euro en 1.304.000 euro opgelegd. Dit gebeurde voor de afspraak dat Carint, actief buiten de zorgkantoorregio Midden-IJssel, ook niet in die regio actief zou worden. Bij de berekening van de boetes is voor Carinova de omzet behaald met het aanbieden van thuiszorg in de regio Midden-IJssel als betrokken omzet aangemerkt. Voor Carint was die omzet echter nihil. De NMa heeft de boetegrondslag voor Carint daarom bepaald op 30 procent van de betrokken omzet van Carinova. Het bezwaar daartegen is afgewezen, hoewel de onderneming op dit punt de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet aan haar zijde had. Die had de NMa geadviseerd om de omzet van Carinova als grondslag te hanteren voor het totaal aan boetes en dat totaal te verdelen op basis van een sleutel die zou zijn afgestemd op de respectievelijke rol bij de deelneming. De NMa meende evenwel dat de oorspronkelijke bere-

78. CBb 9 juni 2011, LJN BQ7886 (*Combi Brabocon/NMa*).
79. Besluit NMa 5 januari 2011, zaak 4296.
80. Besluit NMa 8 december 2011, zaak 6855.
81. HvJ EG 10 september 2009, zaak C-97/08, *AKZO Nobel e.a./Commissie*, *Jur.* 2009, p. I-8237.
82. Besluit NMa 14 juli 2010, zaak 1528.
83. CBb 4 oktober 2011, LJN BT6521 (*Giant Europe e.a./NMa*).
84. CBb 12 augustus 2010, LJN BN3895 (*T-Mobile Netherlands e.a./NMa*).
85. Besluit NMa 21 oktober 2010, zaak 6274.

kening in lijn was met de Boetecode en niet tot onbillijke uitkomsten leidde. In de zaak *Caraat*,[86] waar het Herenakkoord tussen Vierstroom en Clareyn een vergelijkbare non-concurrentieafspraak bevatte, is voor de berekening van de boetegrondslag van Clareyn overigens voor dezelfde aanpak gekozen.

Ernst

In de zaak *Mobiele Operators*[87] is bepaald dat, mede gezien de beperkte frequentie van de afstemming en de korte periode waarin de effecten van de markt hebben voorgedaan, een boetefactor van 0,9 moest worden toegepast. De NMa zal dit tandenknarsend hebben gedaan, want was daartoe gedwongen door de rechter.[88] In de zaak *Wasserijen*[89] is voor de overtreding de kwalificatie zeer zware overtreding gehanteerd en een factor 1,5 toegepast. In de zaak *Glazenwassers*[90] is een boetefactor van 2 gehanteerd voor de zeer zware overtreding betreffende de verdeling van de wijk De Hoornse Zoom. Het kartel in de zaak *Zeescheepsafval*[91] is aangemerkt als een zeer zware overtreding. De toepassing van de factor 2,25 is niet verrassend gezien de vaststellingen in dat besluit. Wel aan de hoge kant is de factor 2,5 die is toegepast in de zaak *LHV*.[92] Dat geldt te meer daar de kwalificatie van zwaar is toegekend aan de overtreding.
In de zaak *Fietsfabrikanten*[93] was de overtreding door de NMa in het boetebesluit als zeer zwaar aangemerkt. De rechtbank volgde dit standpunt van de NMa niet. Het CBb draaide echter dit oordeel in hoger beroep terug en kwalificeerde de overtreding opnieuw als zeer zwaar. De doorberekening van de kostprijzen en de betalingskortingen waren volgens het CBb aan te merken als horizontale afstemming die gelijkenis vertoont met een horizontale prijsafspraak. Het feit dat de afstemming niet de consumentenprijzen betreft, zou hieraan niets afdoen. Ondanks de verzwaring van de ernstfactor, heeft het CBb overigens aanleiding gezien om de rekenfactor ten opzichte van het oorspronkelijke boetebesluit te verlagen van 1,5 naar 1.

Bijzondere omstandigheden – boeteverlagende/-verhogende omstandigheden – matiging boete

In de zaak *Garnalen*[94] vormde de omstandigheid dat de betrokken producentenorganisaties een rol was toebedeeld in het kader van de toepasselijke gemeenschappelijke marktordening, die onder meer beoogt markten te stabiliseren, voorzieningen veilig te stellen en redelijke prijzen bij de levering aan verbruikers te verzekeren, in combinatie met de sterke positie van de groothandelaren, aanleiding voor het CBb de boete te matigen. Daardoor kon namelijk de indruk ontstaan dat marktordenende maatregelen met dit doel waren toegestaan. Hoewel het CBb overwoog dat deze onduidelijkheid niet kan worden aangemerkt als dwaling die meebrengt dat de producentenorganisaties van de betreffende handelingen geen enkel verwijt zou kunnen worden gemaakt, achtte het termen aanwezig deze bijzondere omstandigheid in verdergaande mate mee te wegen dan de NMa en de rechtbank hadden gedaan. Het CBb kende daarop een aanvullende verlaging toe van de boete met 20 procent.
In *Zeescheepsafval* is een boetereductie van 10 procent aan een van de betrokken ondernemingen gegund in verband met medewerking aan het onderzoek. Er zou sprake zijn geweest van actieve ondersteuning van het onderzoek. Onder andere waren er door een werknemer belastende verklaringen aan de NMa afgelegd.

Boetes natuurlijke personen

In de zaak *LHV*[95] werden twee natuurlijke personen beboet voor het feitelijk leiding geven aan een inbreuk op het kartelverbod. Het betrof medewerkers van het bestuursbureau van de LHV. De boetebesluiten in kwestie zijn nog niet openbaar. De boetes zouden in totaal 75.000 euro bedragen.[96] Uit het besluit in de hoofdzaak blijkt dat de betrokken personen niet zelf voor de betaling zullen opdraaien. De LHV heeft hen daarvoor gevrijwaard. Een dergelijke vrijwaring druist volgens de NMa in tegen de ratio van de wetgeving, waarin aan de NMa de bevoegdheid tot beboeting van feitelijk leidinggevers is toegekend en holt de beoogde afschrikwekkende werking uit. De NMa heeft de vrijwaring daarom aangemerkt als een boeteverhogende omstandigheid. De boete voor de LHV is verhoogd met 5 procent, ofwel met 335.625 euro.

WOB-verzoeken

In 2011 heeft de NMa in totaal acht besluiten gepubliceerd naar aanleiding van verzoeken op basis van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob).[97] Drie daarvan waren besluiten op bezwaar. Interessant is het besluit op het verzoek van *Gebr. Engelke*[98] om een kopie van correspondentie te verstrekken die in het kader van de zaak *Meel*[99] was gewisseld tussen het Bundeskartellamt en de NMa en waaraan de NMa de conclusie had verbonden

86. Besluit NMa 21 april 2011, zaak 6109.
87. Besluit op bezwaar NMa 26 oktober 2011, zaak 2658.
88. CBb 12 augustus 2010, LJN BN3895 (*T-Mobile Netherlands e.a./NMa*).
89. Besluit NMa 8 december 2011, zaak 6855.
90. Besluit NMa 22 december 2011, zaak 6425.
91. Besluit NMa 16 november 2011, zaak 6929.
92. Besluit NMa 30 december 2011, zaak 6888.
93. CBb 4 oktober 2011, LJN BT6521 (*Giant Europe e.a./NMa*).
94. CBb 17 maart 2011, LJN BP8077 (*LV-PO Schleswig Holstein e.a./NMa*).
95. Besluit NMa 30 december 2011, zaak 6888.
96. Zie bericht verschenen op de website van de NMa op 9 januari 2012: <www.nma.nl/documenten_en_publicaties/archiefpagina_nieuwsberichten/nieuwsberichten/2012/01_12_nma_beboet_lhv_wegens_ongeoorloofde_vestigingsadviezen.aspx>.
97. Besluit NMa 25 maart 2011, zaak 7119 (*Stichting Stedebouw & Stadsherstel*), besluit op bezwaar NMa 5 april 2011, zaak 7081 (*Advies Westenberg*), besluit NMa 4 mei 2011, zaak 7169 (*Greenberg Traurig*), besluit op bezwaar NMa 10 juni 2011, zaak 6407 (*Heijmans*), besluit NMa 1 juli 2011, zaak 7196 (*Executieveilingen 2004/2005*), besluit NMa 19 juli 2011, zaak 7228 (*Gebr. Engelke*), besluit op bezwaar NMa 17 september 2011, zaak 6449 (*Autofocus*) en besluit NMa van 20 september 2011, zaak 7234 (*RTL Nieuws*).
98. Besluit NMa 19 juli 2011, zaak 7228.
99. Besluit NMa 22 december 2010, zaak 6306.

dat de Duitse autoriteiten naar de ondernemingen Ranks en UNO geen nader onderzoek hadden verricht. Die correspondentie bestond volgens het besluit niet. Een interne e-mail waarin verslag was gedaan van een telefoongesprek over dit onderwerp door een ambtenaar van de NMa is niet vrijgegeven. Hoewel het een weerslag van een gesprek met externen betrof, ging het volgens de NMa niettemin om een stuk voor intern beraad in de zin van artikel 11 lid 1 Wob. Bovendien kon het onderzoek naar de overtreding en de relatie met het Bundeskartellamt te lijden hebben van deze openbaarmaking. Overigens is het besluit voorts opvallend omdat daarin het verzoek was geformuleerd om het Nederlandse onderzoek naar het meelkartel te staken in verband met het onderzoek van het Bundeskartellamt. De NMa weigerde aan het verzoek te voldoen omdat geen sprake zou zijn van onderzoek naar 'dezelfde overeenkomst' als bedoeld in artikel 13 lid 1 Verordening (EG) nr. 1/2003. Alleen een risico op schending van het *ne bis in idem*-beginsel brengt volgens de NMa de noodzaak tot staking van het onderzoek met zich mee.