

Artikel

Kroniek Nederlands mededingingsrecht 2012

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

Inleiding

De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa)¹ heeft in 2012 voor zover bekend in zes kartelzaken boetes opgelegd.² Drie boetebesluiten betroffen de agrarische sector,³ de andere drie zagen op de sloopsector en de sector voor contractueel taxivervoer, alle in de regio Rotterdam.⁴ Het aantal sanctiebesluiten gericht aan natuurlijke personen bedroeg zes. De opgelegde boetes vertegenwoordigden een totale 'waarde' van 36,8 miljoen euro.⁵

De NMa heeft in 2012 geen sanctiebesluit genomen wegens misbruik van een economische machtspositie. In elf zaken werd een verzoek tot handhaving van artikel 6 Mw of artikel 24 Mw afgewezen.⁶ Er werd één boete opgelegd voor inbreuk op procedurele voorschriften,

namelijk het niet-meewerken aan een kartelonderzoek.⁷ De trend om waar mogelijk zaken op alternatieve wijze af te doen, zette zich in het verslagjaar voort. De NMa nam drie toezeggingsbesluiten,⁸ ontwierp er één⁹ en sloot in twee zaken het onderzoek na toezeggingen van de betrokken partijen.¹⁰

De rechterlijke macht zat in 2012 ook niet stil. Vooral het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) was productief door achttien van de eenentwintig bestuursrechtelijke uitspraken voor zijn rekening te nemen. Vermeldenswaard is dat elf uitspraken van deze hoogste instantie direct of indirect hebben geleid tot gehele of gedeeltelijke intrekking van de oorspronkelijk opgelegde boete.

* 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 LL.M (Brugge) 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. Het Jaarverslag 2012 van de NMa (<www.jaarverslag2012.nma.nl>) vermeldt negen zaken. Het is ons niet duidelijk hoe de NMa op dit aantal is uitgekomen.
3. Besluit NMa 15 mei 2012, zaak 7036 (*Paprika*), besluit NMa 25 mei 2012, zaak 6964 (*Zilveruijen*) en besluit NMa 18 december 2012, zaak 6987 (*Eerstejaars plantuien*).
4. Besluit NMa 10 december 2012, zaak 7249 (*Slopersbedrijven Rotterdam*), besluit NMa 20 november 2012, zaak 7130 (*Taxivervoer IJsselsteden*) en besluit NMa 20 november 2012, zaak 7131 (*Taxivervoer Rijnmond*).
5. Het Jaarverslag 2012 van de NMa vermeldt een bedrag van ruim 36,5 miljoen euro.

6. Besluit NMa 12 januari 2012, zaak 7280 (*Autobedrijf [...]Ford Nederland*), besluit NMa 12 januari 2012, zaak 7271 (*Newplant*), besluit NMa 2 maart 2012, zaak 7341 (*TranspaRAbility/Lloyd's Register Nederland*), besluit NMa 27 april 2012, zaak 7213 (*Platform Makers/NPO e.a.*), besluit NMa 5 juni 2012, zaak 7411 (*Stichting Dermatologisch Centrum Wetering/Menzis Zorgverzekeraar N.V.*), besluit NMa 20 augustus 2012, zaak 7194 (*Chipshol/Schiphol*), besluit NMa 7 september 2012, zaak 7475 (*Stichting Landelijk Protocol Eerstehulp Verlening/Oranje Kruis e.a.*), besluit NMa 25 september 2012, zaak 7464 (*Van der Zwan/Kluwer*), besluit NMa 26 september 2012, zaak 7471 (*Maatschap voor de Verandering/Zorgverzekeraars*), besluit NMa 1 oktober 2012, zaak 7448 (*Internetnotarissen*) en besluit NMa 12 december 2012, zaak 7439 (*Basiq Dental/Koninklijke Philips Electronics*).
7. Besluit NMa 14 juni 2012, zaak 7358 (*Kunsthandel R. Polak*).
8. Besluit NMa 21 augustus 2012, zaak 7156 (*Bergingsbedrijven Coöperatief Transport Europa U.A. (CTE)*), bericht verschenen op de website van de NMa op 28 september 2012 (*KPN*) en besluit NMa 4 december 2012, zaak 7191 (*LHV*). De status van het gepubliceerde in de zaak *KPN* is onduidelijk.
9. Ontwerpbesluit NMa 11 december 2012, zaak 7533 (*Kunsthandelaren*).
10. Zie de berichten verschenen op de website van de NMa op 5 januari 2012 <www.nma.nl/documenten_en_publicaties/archiefpagina_nieuws_berichten/nieuwsberichten/2012/02_12_nma_laait_reisbranche_algemeene_agentuurvoorwaarden_aanpassen.aspx> en 13 juli 2012 <www.nma.nl/documenten_en_publicaties/archiefpagina_nieuwsberichten/nieuwsberichten/2012/34_12_nma_accepteert_maatregelen_van_uva_en_vu.aspx>.

In totaal is (voor zover bekend) door de rechterlijke macht en door de NMa zelf voor in ieder geval 44,4 miljoen euro aan boetes verlaagd.¹¹ In termen van boetes schreef de NMa in 2012 dan ook rode cijfers. Als deze trend zich voortzet, zal het voor de NMa nog een hele opgave worden om de door de regering opgelegde budgettaire taakstelling (van 75 miljoen euro in 2014) te voldoen.¹²

Kortom, er viel in 2012 op het gebied van het nationaal mededingingsrecht het nodige te beleven. In deze kroniek passeren de interessantste zaken en ontwikkelingen de revue. Zoals gebruikelijk beperken we ons tot de bespreking van besluiten van de NMa en zaken die hun oorsprong vinden in een besluit van de NMa of daarmee verband houden.¹³

Regelgeving

Inwerkingtreding Wet Markt en Overheid

Op 1 juli 2012 is in werking getreden, wat in de volksmond vermoedelijk altijd zal heten, de Wet Markt en Overheid. Met het van kracht worden van artikel 25g tot en met 25m Mw is een wetgevingstraject van bijna vijftien jaar tot een einde gekomen. Hoewel de initiatiefnemers de handen waarschijnlijk moeilijk op elkaar krijgen voor het eindproduct, gaat het om een in potentie nuttig handhavingsinstrument ter voorkoming van concurrentievervalsing door de overheid. De wet bevat vier gedragsregels die de overheid in acht heeft te nemen in het kader van eigen ondernemingsactiviteiten of activiteiten van ondernemingen waarover zij beslissende invloed uitoefent. Artikel 25i Mw betreft een verplichting tot doorberekening van integrale kosten aan onderdelen van de overheid die een economische activiteit uitoefenen. Artikel 25j Mw behelst een verbod op bevoordeling van op afstand staande overheidsbedrijven. Artikel 25k Mw voorziet in een verplichting om aan derden ter beschikking te stellen gegevens die de overheid vergaart in de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden, maar tevens gebruikt in het kader van economische activiteiten. Een verbod op functievermenging is neergelegd in artikel 25l Mw. De schending van deze bepalingen, die naast de al voor de overheid reeds

bestaande verplichtingen uit hoofde van de Mededingingswet bestaan, kan niet leiden tot een boete. De NMa kan na onderzoek enkel verklaren dat zij een overtreding heeft vastgesteld en de overtreder een last onder dwangsom opleggen.

Het valt te bezien of en in hoeverre de NMa in de komende tijd met haar nieuwe bevoegdheden omgaat. Dat er bij de NMa intern 9 FTE beschikbaar is gesteld voor handhaving,¹⁴ geeft in ieder geval blijk van ambitie. Dat geldt ook voor het feit dat de NMa al in 2012 is overgegaan tot ambtshalve toepassing van de nieuwe regels. In de zaak *Hendriks*¹⁵ is onderzocht of de gemeente Den Haag aan bepaalde exploitanten van kinderdagverblijven accommodatie zou hebben geboden tegen niet-marktconforme voorwaarden. Een inbreuk op artikel 25i Mw is daarbij echter niet vastgesteld.

Oprichting Autoriteit Consument en Markt

In de vorige kroniek berichtten wij over de oprichting van de Autoriteit Consument en Markt (ACM) per 1 januari 2013. Eind 2012 zag de Eerste Kamer echter beren op de weg, waardoor de openbare behandeling van het voorstel voor de Instellingswet onverwacht vertraging opliep.¹⁶ Betwijfeld werd of de onafhankelijkheid van de ACM voldoende was gewaarborgd. Verder werd het als wenselijk beschouwd de Instellingswet gezamenlijk te behandelen met de Stroomlijningswet. Het voorstel voor die wet, waarin de bevoegdheden van de fuserende instellingen op elkaar moeten worden afgestemd, is nog niet bij de Tweede Kamer ingediend. De vertraging was een streep door de rekening van de fusiepartners die klaar waren om vanaf 1 januari 2013 onder één dak te gaan opereren. Inmiddels is de Eerste Kamer op haar schreden teruggekeerd en is de Instellingswet goedgekeurd.¹⁷ De ACM kan op 1 april 2013 alsnog van start.

Algemene begrippen

Begrip onderneming/ondernemingsvereniging

De zaak *Paprika*¹⁸ betreft een klassiek en allesomvattend kartel van enkele Nederlandse coöperaties van telers van paprika's in de periode van 30 mei 2006 tot en met 13 februari 2009. De betrokken partijen spraken af om (1) prijzen af te stemmen, (2) informatie over gereali-seerde prijzen en aanbodprognoses uit te wisselen, (3) elkaars klanten te respecteren en (4) de veilingprijs van paprika's te beïnvloeden. De coöperaties zijn door

11. Bij deze berekening is nog niet eens in aanmerking genomen de boete-verlaging van ruim 18 miljoen euro in de zaak *Wegener*, aangezien die zaak in de sfeer van de concentratiecontrole valt en daarmee buiten het bestek van deze kroniek (zie onder noot 13). Wel in deze berekening is opgenomen de boeteverlaging toegekend in Besluit op bezwaar NMa 21 december 2012, zaak 5965 (*Producenten isolerend dubbelglas*) dat dermate laat werd gepubliceerd dat het geen verdere toelichting krijgt in deze kroniek. Als de in 2012 toegepaste boeteverlagingen worden afgezet tegen de door de NMa in primo opgelegde boetes dan betreft de totale boeteverlaging zelfs 58,2 miljoen euro.

12. Regeerakkoord VVD-PvdA 29 oktober 2012, <www.rijksoverheid.nl/regering/documenten-en-publicaties/rapporten/2012/10/29/regeerakkoord.html>, randnr. 84.

13. 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.

14. Dit hebben afgevaardigden van de NMa verklaard tijdens een bijeenkomst van de Vereniging voor Mededingingsrecht op 13 november 2012; zie <www.verenigingmededingingsrecht.nl/events>.

15. Besluit NMa 19 november 2012, zaak 7487.

16. Zie het bericht verschenen op de website van de NMa op 20 december 2012 <http://www.nma.nl/documenten_en_publicaties/archiefpagina_nieuwsberichten/webberichten/2012/41_12_autoriteit_consumentmarkt_niet_van_start_per_1_januari_2013.aspx>.

17. Stemmingen in verband met het wetsvoorstel Regels omtrent de instelling van de Autoriteit Consument en Markt (Instellingswet Autoriteit Consument en Markt), *Handelingen EK* 2012/13, 33 186, nr. 18.

18. Besluit NMa 15 mei 2012, zaak 7036.

de NMa aangemerkt als ondernemingen in de zin van artikel 1 onder f Mw, en niet als ondernemingsverenigingen in de zin van artikel 1 onder g Mw. Dat is niet onbelangrijk omdat enkele betrokken coöperaties uitsluitend het gebundelde aanbod van paprika's van de eigen telers hebben verkocht en de opbrengsten van die verkopen ook aan deze telers zijn doorgegeven. Die laatste omstandigheid heeft de noodzaak van boetematiging met zich gebracht. De coöperaties beschikten zelf over te weinig middelen om op basis van de betrokken omzet berekende boetes te dragen.

Begrip belanghebbende

De vraag of een nieuwe moederonderneming van een door de NMa beboete, en gedurende de inbreukperiode door eerstgenoemde onderneming overgenomen, dochteronderneming aanspraak kan maken op een rechtstreeks belang in de zin van artikel 1:2 lid 1 Awb, lag voor in een zaak bij het CBb.¹⁹ De inbreuk in kwestie was alleen toegerekend aan de dochteronderneming, maar de moederonderneming meende in haar belang te zijn getroffen en de gelegenheid te moeten krijgen om de boete aan te vechten. De reden daarvoor was dat zij financieel zou worden geraakt bij invordering van de boete. Niet geheel onverwacht oordeelde het CBb dat die omstandigheid enkel kwalificeert als een afgeleid belang dat een gevolg is van de overname door de moederonderneming. De niet-ontvankelijkheid van de moederonderneming is bevestigd.

Kartelverbod

Overeenkomst/onderling feitelijk afgestemde gedraging

Bij de zaak *Zilveruijen*²⁰ waren alle Nederlandse telers (tevens verwerkers) van zilveruijen betrokken. De telers maakten zich volgens de NMa in de periode 1998 tot en met 2010 schuldig aan afspraken over quoterings. Deze afspraken kwamen erop neer dat voorafgaand aan ieder seizoen, dat liep van april (zaaien) tot augustus (oogsten), het aantal te beplanten hectaren werd bepaald. Dit gebeurde in voorkomend geval op straffe van het omploegen of fataal bemesten van in strijd met de quoterings geplante grond. Ter ondersteuning van de productiebeperking maakten de betrokken ondernemingen afspraken over het opkopen van de boedel van twee failliete concurrenten en wisselden zij informatie uit over bij afnemers in rekening gebrachte prijzen. De NMa heeft de drie gedragingen als één enkele en voortdurende inbreuk aangemerkt. Mede gezien het feit dat identieke partijen voor een betrekkelijk lange duur bij de drie genoemde gedragingen betrokken zijn geweest, lijkt dat terecht.

Het concept van één enkele en voortdurende inbreuk speelt ook een niet onbelangrijke rol in de zaak *Meel*.²¹

In deze zaak ging het om afspraken die in de periode van 12 september 2001 tot en met 16 maart 2007 golden tussen Nederlandse, Belgische en Duitse producenten van meel. In de eerste plaats kwamen de partijen overeen om elkaars positie bij afnemers in Nederland niet aan te vallen en daarmee ongewenste volumeverschuivingen te voorkomen. Dit zogenoemde niet-aanvalspect werd ondersteund door de gezamenlijke aankoop door een aantal betrokken partijen van de ongewenste prijsvechter Van Ooijen, de opkoop van de boedel van het failliete UNO en de compensatie van de onderneming Ranks voor haar verlies van een belangrijk contract. Het oordeel dat deze gedragingen voor bepaalde ondernemingen konden kwalificeren als één enkele en voortdurende inbreuk heeft de NMa in het besluit op bezwaar gehandhaafd. De NMa is evenmin teruggekomen op de beslissing dat enkele van deze gedragingen als een afzonderlijke inbreuk op artikel 6 lid 1 Mw en artikel 101 lid 1 VWEU moesten worden aangemerkt voor ondernemingen die niet aan de enkele en voortdurende inbreuk hadden deelgenomen. Een vermelding in deze kroniek waardig is de omstandigheid dat drie Duitse ondernemingen, die uitsluitend betrokken waren bij de ontmanteling van UNO, op dat moment niet in Nederland actief waren. Hun belang voor het leveren van een financiële bijdrage aan die ontmanteling zou hebben gelegen in hun betrokkenheid bij een kartel op de Duitse markt. Een eventueel volumeverlies door de toetreding van een opkoper van de boedel zou voor de Duitse deelnemers aan de enkele en voortdurende inbreuk in Nederland een prikkel hebben kunnen betekenen om ter compensatie volume te winnen in Duitsland. Dat zou volgens de NMa tot destabilisering van het Duitse kartel hebben geleid, en nadelig zijn geweest voor de drie ondernemingen in kwestie.

De NMa heeft in het verslagjaar de eerste veertien besluiten in *Executieveilingen (eerste tranche)*²² van 13 december 2011 gepubliceerd. In ieder van deze besluiten heeft de NMa voor de geadresseerde individuele handelaar vastgesteld dat hij of zij in de periode tussen juni 2000 en november 2009 een inbreuk heeft gepleegd op artikel 6 Mw. De kartelinbreuk kende verschillende facetten. Voor de aanvang van een veiling identificeerden de handelaren zogenoemde *outsiders* om hen – al dan niet onder dwang – bij de gedragingen te betrekken. In de eerste fase van het biedingsproces, het zogenoemde ‘inzetten’, hielden de handelaren de prijs doelbewust zo laag mogelijk. Daarbij gold de afspraak dat de premie die bij executieveilingen wordt toegekend aan de bieder van de hoogste inzetprijs onder de betrokken handelaren werd verdeeld, indien die prijs door een van de betrokken handelaren zou worden geboden. In de tweede fase van het veilingproces, waarin de veilingmeester een hoger bedrag dan de inzetprijs als startpunt hanteert en een steeds lager wordende reeks bedragen afroept tot iemand ‘afmijnt’, was de mate van manipulatie beperkt. De betrokken handelaren hadden in begin-

19. CBb 10 januari 2012, LJN BV1542 (A.N.V./NMa).

20. Besluit NMa 25 mei 2012, zaak 6964.

21. Besluit NMa 8 maart 2012, zaak 6306.

22. Besluiten NMa 13 december 2011, zaken 6538 (1295-1305) en 6539 (1306-1308).

sel volledige vrijheid in hun beslissing om door af te mijnen een bepaalde prijs te aanvaarden. Na afmijnen door een van de betrokken handelaren of na het bereiken van de inzetprijs zonder afmijning, in welk geval de hoogste inzetter eigenaar van de woning was, vond doorgaans echter een zogenoemde naveiling plaats. In een aparte ruimte bepaalden de betrokken handelaren welke deelnemer werkelijk het eigendom van de woning zou verwerven. Dat gebeurde door een biedingsproces. Het verschil tussen de in de naveiling tot stand gekomen prijs en de eerder tijdens de veiling bereikte officiële prijs werd onder de deelnemers verdeeld, net als de premie voor de hoogste inzetprijs. Het later bepalen van de nieuwe eigenaar was mogelijk door gebruik te maken van de ‘*acte de command*’, een document waarin na de veiling aan de notaris wordt verklaard dat namens één of meer anderen een bod wordt gedaan.

De besluiten in deze zaak zijn prikkelend in verband met de juridische kwalificatie van deze gedragingen door de NMa. De NMa heeft een nationaal systeem van kartelgedragingen geïdentificeerd en vervolgens beoordeeld of individuele handelaren aan dat systeem hebben deelgenomen. Deze systeembenadering, die associaties opwekt met de kwalificatie die in de bouwzaken is gehuldigd, is niet overtuigend. De gedragingen die in het besluit zijn beschreven zijn wellicht als een overeenkomst of onderling afgestemde gedragingen in de zin van artikel 6 Mw te kwalificeren, maar alleen op het niveau van iedere veiling afzonderlijk. In de benadering van de NMa zijn handelaar 1 en handelaar 14 voor deelname aan hetzelfde kartel veroordeeld, terwijl zij mogelijk niet eens van het bestaan van elkaar op de hoogte zijn geweest.

Mededingingsbeperking

In de zaak *Eerstejaars planten*²³ maakte een aantal kwekers en verwerkers van planten tijdens vier bijeenkomsten in de periode van 18 mei 2009 tot 25 september 2009 afspraken om op grote schaal (tot 20 procent) gezonde uien te vernietigen. Om de naleving van deze afspraak te controleren wisselden de partijen individuele teeltcijfers over 2008 en 2009 uit. In het oog springt dat de NMa buitengewoon degelijk heeft onderbouwd dat de afspraken de strekking hadden de mededinging te beperken. Dit hangt mogelijk samen met het feit dat de partijen niet goed waren geslaagd in hun opzet om de productie te beperken. Het ging in feite om een mislukt kartel dat snel is doodgebloed.

In de zaak *Taxivervoer IJsselsteden*²⁴ handelde het om een samenwerkingsovereenkomst tussen twee ondernemingen actief op het gebied van contractueel taxivervoer. Kern van de overeenkomst was dat de ondernemingen elkaars thuismarkten zouden respecteren en in het verlengde daarvan toekomstige opdrachten zouden verdelen. De overeenkomst beschreef hoe partijen dienden te handelen bij specifieke situaties die zich in het kader van aanbestedingen zouden kunnen voordoen.

Met betrekking tot zes specifieke aanbestedingen hadden partijen contact met elkaar. Mede in het licht van de subjectieve intenties van partijen besliste de NMa dat de overeenkomst concreet geschikt was om de mededinging te beperken. Overigens hangt deze zaak in zekere zin samen de zaak *Taxivervoer Rijnmond*.²⁵ Daarin ging het om een naar haar aard mededingingsbeperkende samenwerkingsovereenkomst van twee ondernemingen met betrekking tot de exploitatie van een gemeenschappelijke onderneming.

In de *Limburgse bouwzaken (Janssen de Jong)*²⁶ was de Adviescommissie bezwaarschriften mededingingswet (BAC) gevoelig gebleken voor het argument dat de praktijk van *coverpricing* naar haar aard niet geschikt is om de mededinging te beperken.²⁷ De NMa deelde dat gevoel in haar besluit op bezwaar echter niet. De NMa overwoog dat *coverpricing* het aantal serieuze inschrijvingen kan verminderen, dat de praktijk de opdrachtgever beperkt in het zoeken van vervangende partijen, dat de praktijk de opdrachtgever belemmert bij het volledig geïnformeerd vormgeven van volgende aanbestedingen en dat *cover pricing* bovendien een direct prijsopdrijvend effect heeft.

Het besluit in de zaak *Slopersbedrijven Rotterdam*²⁸ ligt in dezelfde lijn. Ook daar ging het om *coverpricing*, zij het dat de betrokkenen de term ‘prijslenen’ hanteerden. In de periode van 2005 tot en met 2009 leenden twee sloopondernemingen voorafgaand aan vier aanbestedingen prijzen en bepaalden zij hun inschrijfgedrag daarvoor niet zelfstandig. De ondernemingen voerden aan dat hun gedragingen niet naar hun aard geschikt waren om de mededinging te beperken omdat het prijslenen in alle gevallen een bilateraal karakter had en andere inschrijvers op de aanbesteding niet betrokken waren. Dit heeft de NMa niet kunnen overtuigen.

In *Thuiszorg Gooi- en Vechtstreek e.a.* vernietigde de Rechtbank Rotterdam het sanctiebesluit van de NMa waarin aan drie thuiszorginstellingen boetes waren opgelegd wegens afspraken over gebieds- en productverdeling.²⁹ De NMa had onvoldoende onderzoek gedaan naar de concurrentiemogelijkheden van de betrokken instellingen. Een aantal factoren, zoals de rol van het zorgkantoor, het garantiebudget en het bestaan van wachtlijsten konden deze concurrentiemogelijkheden beïnvloeden. Bij gebreke van duidelijkheid hieromtrent kon de vraag of de afstemming en de afspraak geschikt waren om concurrentie te beperken, niet worden beantwoord. Daarbij verwierp de rechtbank de stelling van de NMa dat hoe dan ook in theorie concurren-

25. Besluit NMa van 20 november 2012, zaak 7131.

26. Besluit NMa 8 maart 2012, zaak 7094.

27. Daarbij gaat het om het volgende. Een bepaalde onderneming doet uitsluitend mee aan een aanbesteding om te waarborgen dat zij voor deelname aan een volgende aanbesteding door de betreffende opdrachtgever wordt uitgenodigd. Deze onderneming vraagt één of meer andere ondernemingen om bij inschrijving een *coverprice* te hanteren, die verlies van de aanbesteding voor eerstgenoemde verzekert en reputatieschade voorkomt.

28. Besluit NMa 10 december 2012, zaak 7249.

29. Rb. Rotterdam 12 april 2012, LJN BW1335 (*Stichting Thuiszorg Gooi- en Vechtstreek e.a./NMa*).

23. Besluit NMa 18 december 2012, zaak 6987.

24. Besluit NMa 20 november 2012, zaak 7130; publicatie van dit besluit heeft eerst in maart 2013 plaatsgehad.

tie mogelijk was. In een uitspraak van dezelfde datum vernietigde de rechtbank eveneens het boetebesluit in de zaak *Stichting Zorgbalans en Stichting Viva! Zorggroep*.³⁰ Er bestonden sterke aanwijzingen dat partijen niet met elkaar concurreerden en bijgevolg de gemaakte afspraken de mededinging niet konden beperken.

Kort na deze rechterlijke uitspraken nam de NMa nieuwe besluiten op bezwaar waarin zij aangaf geen nieuw onderzoek te verrichten en de bezwaren alsnog gegrond te verklaren.³¹ Ook in de zaak *Caraat*³² trok de NMa het boetebesluit in, zij het op andere gronden. De interventie van de NMa in de thuiszorgsector lijkt al met al weinig succesvol te zijn geweest.

Merkbaarheid

In de *Limburgse bouwzaken (Janssen de Jong)*³³ erkende de NMa, onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad in de zaak *Batavus*,³⁴ dat de kwalificatie van een gedraging als een doelbeperking haar niet ontslaat van de plicht om de merkbaarheid van de betreffende mededingingsbeperking te toetsen. De NMa voegde de daad bij dit woord in de zaak *Slopersbedrijven Rotterdam*.³⁵ Onder verwijzing naar de uitspraak van het CBb in *Dakdekkers*,³⁶ merkte de NMa ieder van de vier onregelmatig verlopen aanbestedingen als een relevante markt aan en beoordeelde ze hoeveel inschrijvers er bij de aanbestedingen betrokken waren. Op basis van veronderstelde gelijke kans van deze inschrijvers is geconcludeerd dat de betrokken ondernemingen bij de vier projecten gezamenlijk een marktaandeel van 40 procent tot 100 procent hadden. Die percentages staan volgens de NMa in de weg aan een beroep op het ontbreken van merkbaarheid.

De NMa heeft zowel in de zaken *Taxivervoer IJsselsteden*³⁷ en *Taxivervoer Rijnmond*³⁸ als in haar nadere toelichting op de merkbaarheid in de zaak *WMO Friesland*³⁹ voor een vergelijkbare benadering geopteerd. In het kader van de merkbaarheidstoets is de relevante markt beperkt tot de aanbieders van de aanbestedingen. Het betoog van partijen dat diende te worden uitgegaan van de door de NMa in de zaak *Veolia/Transdev*⁴⁰ afgebakende landelijke markt voor contractueel taxivervoer, trof geen doel. Een beroep op het arrest van de Hoge Raad in de zaak *Prisma*,⁴¹ waaruit in de visie van partijen volgt dat de NMa haar eigen beschikkingspraktijk met betrekking tot de marktafbakening dient te volgen, heeft bij de NMa geen gehoor gevonden.

Een voorbeeld van een nadere uitwerking van de eigen beschikkingspraktijk ten aanzien van de relevante markt, biedt overigens het besluit *Paprika's*.⁴² Daaraan lag gedegen marktonderzoek ten grondslag. Dat heeft tot de conclusie geleid dat binnen de relevante markt voor verse groenten, die in eerdere concentratiebesluiten was geïdentificeerd, een markt voor paprika's (geen onderscheid naar kleur) kan worden afgebakend. Het is naar ons idee niet onbelangrijk te onderstrepen dat de marktafbakening in een hardcore kartelbesluit van de NMa gesofisticeerder is dan in eerdere concentratiebesluiten.

Uitzondering

In de zaak *Zilveruien*⁴³ deden partijen een beroep op de gemeenschappelijke marktordening voor de groente- en fruitsector. Deze marktordening is sinds 1 juli 2008 opgenomen in de Integrale GMO-verordening.⁴⁴ Deze verordening voorziet in uitzonderingen op artikel 101 lid 1 VWEU en, via de band van artikel 12 Mw, artikel 6 lid 1 Mw. De voorwaarden voor een beroep op artikel 176 Integrale GMO-Verordening waren volgens de NMa in het onderhavige geval evenwel niet vervuld. Zo ontbrak een daarvoor vereist formeel toepassingsbesluit van de Commissie, terwijl de gedragingen van de telers en kwekers van zilveruien niet noodzakelijk waren voor de verwezenlijking van de in artikel 39 lid 1 VWEU neergelegde doelstellingen van het gemeenschappelijk landbouwbeleid. De NMa heeft overwogen dat de gedragingen – het ging om de vernietiging van gezonde gewassen met het oog op prijsverbetering – niet de toename van productiviteit bevorderden of redelijke prijzen bij de levering aan eindgebruikers verzekerden.

Een beroep van partijen op de Integrale GMO-verordening is in de zaak *Paprika's*⁴⁵ door de NMa op vergelijkbare gronden afgewezen.

Misbruik machtspositie

De NMa heeft in 2012, zoals aangeven, niet één sanctiebesluit genomen op basis van artikel 24 Mw. Het wetartikel is niettemin toegepast in het kader van de beoordeling van klachten. De zaak *Platform Makers/NPO en Publieke Omroepen*⁴⁶ is daar een voorbeeld van. Daar ging het om een klacht over de vermeend onbillijke voorwaarden die de NPO en de Publieke Omroepen hanteren ten aanzien van de makers van muziek voor televisieprogramma's, zoals Sesamstraat en Het Klokhuis. Een belangrijke reden voor de NMa om geen formeel onderzoek te starten was dat NPO en de Publieke Omroepen inkopende en geen verkopende partijen

30. Rb. Rotterdam 12 april 2012, LJN BW1327 (*Stichting Zorgbalans en Stichting Viva!Zorggroep/NMa*).

31. Hernieuwd besluit op bezwaar NMa 29 mei 2012, zaak 6108 (*Thuiszorg Kennemerland*).

32. Besluit op bezwaar NMa 28 juni 2012, zaak 6109.

33. Besluit op bezwaar NMa 8 maart 2012, zaak 7094.

34. HR 16 september 2011, LJN BQ2213.

35. Besluit NMa 10 december 2012, zaak 7249.

36. CBb 8 april 2010, LJN BM1588 (*Erdo B.V./NMa*).

37. Besluit NMa 20 november 2012, zaak 7130.

38. Besluit NMa 20 november 2012, zaak 7131.

39. Besluit op bezwaar NMa 23 juli 2012, zaak 6442.

40. Besluit NMa 9 december 2010, zaak 6957.

41. HR 18 december 2009, LJN BJ9439.

42. Besluit NMa 15 mei 2012, zaak 7036.

43. Besluit NMa 25 mei 2012, zaak 6964.

44. Verordening (EG) nr. 361/2008 van de Raad van 14 april 2008 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 1234/2007 houdende een gemeenschappelijke ordening van de landbouwmarkten en specifieke bepalingen voor een aantal landbouwproducten (integrale-GMO-verordening), *Pb. EU* 2008, L 128/1 (Verordening 2008/361/EG).

45. Besluit NMa 15 mei 2012, zaak 7036.

46. Besluit NMa 27 april 2012, zaak 7213.

waren en een schending van de mededingingsregels daarom niet snel kon worden aangenomen. Bovendien veronderstelde de NMa dat de muzikmakers meer (commerciële) partijen als potentiële afnemers konden beschouwen.

De NMa heeft om voor de hand liggende redenen met grote zorgvuldigheid de klacht over schending van artikel 24 Mw in de zaak *Chipshol/Schiphol*⁴⁷ behandeld. Chipshol stelde dat Schiphol misbruik maakt van haar economische machtspositie door het beïnvloeden van overheidsbesluiten en procedures. Chipshol zou daardoor stelselmatig worden belemmerd bij de ontwikkeling van luchthavengebonden projecten. De NMa heeft als toetsingskader bij de beoordeling van de klacht het arrest van het Gerecht in de zaak *ITT Promedia/Commissie*⁴⁸ gehanteerd, waarin hinderlijke procesvoering als misbruik is gekwalificeerd. De voorwaarde dat het procederen door de onderneming met een economische machtspositie er uitsluitend toe dient om de wederpartij te tergen, zou echter niet zijn vervuld. Evenmin zou aannemelijk zijn dat de door Schiphol gevoerde procedures deel uitmaken van een plan dat ertoe strekt de mededinging uit te schakelen. De klacht is derhalve afgewezen, maar wij kunnen ons niet voorstellen dat de klager zich daarbij heeft neergelegd.

Voor een meer klassieke toepassing van artikel 24 Mw kan worden verwezen naar het besluit op bezwaar in de zaak *Sandd/PostNL*.⁴⁹ Daarin is bevestigd dat PostNL geen misbruik heeft gepleegd door de toepassing van rooftprijzen.

Dat het niet het eerste jaar is met een magere oogst op het gebied van artikel 24 Mw, wordt geïllustreerd door het ontbreken van rechterlijke uitspraken uit het verslagjaar over eerdere boetes voor misbruik van een economische machtspositie. Daarbij moet worden aangetekend dat het CBb wel de definitieve zegen gaf aan de afwijzing van de klacht van *Fresh FM* wegens misbruik door Buma Stemra.⁵⁰ De klacht had betrekking op een door Buma Stemra gehanteerd systeem van tariefdifferentiatie. Het CBb overwoog dat Fresh FM in hoger beroep niet had beargumenteerd waarom deze tariefdifferentiatie zou kunnen leiden tot uitsluiting. Evenmin was enig argument aangevoerd tegen de motivering van de NMa waarom een uitsluitingseffect niet waarschijnlijk is. De NMa was derhalve niet tekortgeschoten in het onderzoek.

Toezeeggingsbesluiten

Formele toezeeggingsbesluiten

Kort voor het einde van het verslagjaar publiceerde de NMa een toezeeggingsbesluit in de zaak *LHV*.⁵¹ De LHV en drieëntwintig LHV Huisartsenkringen zeggen daarin toe zich te onthouden van het uitbrengen van adviezen met betrekking tot de al dan niet ondertekening van contracten met zorgverzekeraars. Bovendien zullen zij zich onthouden van het voeren van onderhandelingen met zorgverzekeraars over de voorwaarden waaronder individuele huisartsen hun diensten aanbieden.

Een week na publicatie van een toezeeggingsbesluit in de zaak *LHV* werd tevens het concepttoezeeggingsbesluit in de zaak *Kunsthandelaren*⁵² gepubliceerd. De NMa was de vermoedelijke overtreding in die zaak op het spoor gekomen door een interview met een kunsthandelaar in het *NRC Handelsblad*. Hierin ging de kunsthandelaar uitgebreid in op de samenwerking bij veilingen en de verdeling van opbrengsten achteraf, het zogenoemde 'ringen'. Die praktijk zal volgens het concept voor het toezeeggingsbesluit worden afgezworen. De kunsthandelaren hebben toegezegd zich vooraf en tijdens een veiling in Nederland te onthouden van afspraken met andere kunsthandelaren inzake biedgedrag alsmede geen beloningen voor bepaald biedgedrag te betalen.

In het tweede lustrumjaar van de sinds 2002 lopende autobergingszaken is met het besluit in de zaak *CTE*⁵³ een nieuwe episode toegevoegd met dit toezeeggingsbesluit aangaande aanbestedingen bij pechhulp en tweede bergingen. Voorheen inventariseerde de ondernemersvereniging Coöperatief Transport Europa bij aanbestedingen door drie van de vier grote in Nederland actieve alarmcentrales de 'redelijke inschrijfprijzen' en werd de door het bestuur van CTE vastgestelde uniforme inschrijfprijs gehanteerd. De aanbestedende alarmcentrale was op de hoogte van deze praktijk, die naar voren kwam tijdens hoorzittingen in de bezwaarzaken betreffende klachten jegens CTE over handelingen in de markt voor eerste bergingen.⁵⁴ In die zaak werd CTE en haar leden verweten misbruik te maken van haar machtspositie door middel van kartelvorming of als collectief verkregen marktmacht op de markt voor tweede bergingen over te hevelen naar de markt voor eerste bergingen. In onderhavig besluit heeft CTE toegezegd zich niet te zullen bemoeien met nieuwe aanbestedingen en de individuele leden zelfstandig in te laten schrijven.

Informeel toezeeggingsbesluit

De aandacht dient te worden gevestigd op een bericht op de website van de NMa van 28 september 2012.⁵⁵ Dat bericht betreft de toezeegging van KPN tot wijziging van de beëindigingsvoorwaarden voor zakelijke klanten

47. Besluit NMa 20 augustus 2012, zaak 7194.

48. GvEA 17 juli 1998, zaak T-111/96, *ITT Promedia/Commissie*, Jur. 1998, p. II-2937.

49. Besluit op bezwaar NMa 21 mei 2012, zaak 6207.

50. CBb 24 mei 2012, LJN BW6327 (*Stichting Commerciële Omroep Exploitatie Zuid-Holland/NMa*).

51. Besluit NMa 4 december 2012, zaak 7191.

52. Conceptbesluit NMa 11 december 2012, zaak 7533.

53. Besluit NMa 21 augustus 2012, zaak 7156.

54. Besluit NMa 28 juli 2011, zaken 4028, 4118 e.a. (*Autoberging*).

55. Bericht verschenen op de website van de NMa op 28 september 2012.

met meerdere contracten voor vaste telefonie. De ronkende aankondiging bevat als bijlage de toezegging in kwestie. Daaraan valt op dat het document niet de gebruikelijke vorm van een toezeggingsbesluit in de zin van artikel 49a Mw heeft en dat iedere verwijzing naar een wettelijke grondslag voor de toezegging ontbreekt. Bovendien is niet toegelicht welk potentieel mededingingsprobleem met de toezegging uit de wereld wordt geholpen. Dit is al met al een vreemde gang van zaken.

Procedurele aangelegenheden

Prioritering

Dat het moeilijk is de NMa te verleiden om onderzoek te doen naar inbreuken op het kartelverbod in verticaal verband, blijkt nog maar eens uit de afwijzing van klachten in de zaken *Autobedrijf X/Ford Nederland*⁵⁶ en *Basiq Dental/Koninklijke Philips*.⁵⁷ Daarbij moet worden opgemerkt dat de klachten inderdaad niet veel om het lijf lijken te hebben gehad.

Zwijgrecht

In de zaak *WMO Friesland*⁵⁸ werd de NMa het schenden van de rechten van verdediging van een niet in loondienst zijnde interim-manager verweten. In het kader van een verhoor was haar de cautie niet gegeven. De BAC oordeelde dat de plicht tot het geven van de cautie niet bestond omdat de interim-manager gedurende de verhoren niet in een arbeidsrechtelijke of andere juridische verhouding stond met de betrokken onderneming. Zij genoot derhalve niet de rechten van een werknemer. Ook was zij niet als ‘facilitator’ of als feitelijk leidinggevende gehoord. Dit laatste omdat de NMa toen nog niet de bevoegdheid had feitelijk leidinggevend te beboeten. Het advies is door de NMa overgenomen. Het is de vraag of en hoe dit besluit op bezwaar zich verdraagt met de interessante uitspraak van het CBb over het zwijgrecht van een ex-werknemer.⁵⁹ Het CBb heeft in de betreffende zaak korte metten gemaakt met het tot dusverre door de NMa en de rechtbank gehuldigde standpunt dat het zwijgrecht louter toekomt aan degenen die bij de onderneming werkzaam zijn op het moment waarop het verhoor plaatsvindt. De tekst van artikel 53 lid 1 Mw, noch de wetsgeschiedenis, dwingt volgens het CBb tot een dergelijke beperking. Het CBb heeft voorts overwogen dat de ruime medewerkingsplicht bedoeld in artikel 5:20 Awb zich niet verdraagt met een beperking van de kring van personen die zich op grond van artikel 53 lid 1 Mw op hun zwijgrecht kunnen beroepen. Daarbij verwijst het CBb naar de veel

beperkte kring van personen die ingevolge Verordening 1/2003⁶⁰ tot medewerking is verplicht.⁶¹

Bewijsgraring

In de zaak *WMO Friesland*⁶² kreeg de NMa ook in bezwaar het verwijt een *fishing expedition* te hebben uitgevoerd. Documenten verkregen bij het onderzoek in zaak *Midden IJssel* waren gebruikt als start voor het onderzoek en hadden gediend als bewijsmateriaal aangaande de vermeende overtreding in de zaak. Daarvoor zou geen wettelijke grondslag bestaan. Bij deze handelswijze kon de vermeende overtreder bovendien niet nagaan of de documenten rechtmatig waren verkregen. De NMa had daarom een overzicht moeten verstrekken van alle in het dossier *Midden IJssel* aanwezige stukken teneinde het mogelijk te maken na te gaan of er ook ontlastende stukken aanwezig zijn. De NMa nam het advies van de BAC, waarin deze bezwaren aan de kant waren geschoven, over. Het bewijs ontbrak dat de documenten op onoorbare wijze zijn verkregen of ontlastend materiaal bevatten. Op het verwijt vooringenomen te hebben gehandeld en aldus aan tunnelvisie te hebben geleden lijkt de NMa welhaast geïrriteerd te reageren. Ondersteund door de BAC is daar echter in het besluit op bezwaar niet verder op ingegaan.

Medewerkingsplicht

De enige boete voor schending van artikel 5:20 Awb werd opgelegd in de zaak *Kunsthandel R. Polak*.⁶³ Het besluit leest op onderdelen als een *whodunnit*. Cruciaal is de periode van 15.14 uur tot 15.57 uur op de dag van de doorzoeking. In dat tijdvak heeft de kunsthandelaar volgens de NMa geen medewerking verleend door te weigeren een mobiele telefoon die op de locatie duidelijk hoorbaar afging neer te leggen dan wel te overhandigen, op diezelfde telefoon waarneembaar wishandelingen te verrichten, met een aantal nog niet door de NMa beoordeelde documenten vervolgens het pand te verlaten, deze documenten te verscheuren en in rioolputten proberen te gooien en de chauffeur van een DHL bestelbus vast te klampen met de woorden ‘*Breng me weg*’. Het verweer van de kunsthandelaar dat hij in paniek was en zijn gemoedstoestand als gevolg van medicijngebruik was beïnvloed, is verworpen. Opvallend is dat de NMa zich daarbij een semimedisches oordeel heeft veroorloofd met betrekking tot de gevolgen van het door de kunsthandelaar gebruikte medicijn op zijn gemoedstoestand, passages die ons inziens overigens zonder meer voor doorhaling in de openbare versie in aanmerking kwamen. Deze zaak toont aan dat een ‘bedrijfsbezoek’ van de NMa het nodige tweeweg kan brengen en voor een individu bovendien kan resulteren in een boete van 15.000 euro.

56. Besluit NMa 12 januari 2012, zaak 7280.

57. Besluit NMa 12 december 2012, zaak 7439.

58. Besluit op bezwaar NMa 23 juli 2012, zaak 6442.

59. CBb 21 december 2012, LJN BY7031 en CBb 21 december 2012, LJN BY7026.

60. Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *Pb. EU* 2003, L 1/1 (Verordening 2003/1/EG).

61. CBb 21 december 2012, LJN BY7031 en CBb 21 december 2012, LJN BY7026.

62. Besluit op bezwaar NMa 23 juli 2012, zaak 6442.

63. Besluit NMa 14 juni 2012, zaak 7358.

Rapport

Een beroep op schending van de rechten van verdediging is verworpen door de rechtbank in de zaak *Stichting Zorgbalans en Stichting Viva! Zorggroep*.⁶⁴ De stichtingen beklaagden zich erover dat de NMa in het besluit op bezwaar bewijsmiddelen had aangedragen die niet in het rapport waren opgevoerd. De rechtbank overwoog evenwel dat het voor de aangeschreven ondernemingen bij kennisneming van het rapport duidelijk moet zijn geweest welke overtreding hun werd verweten.⁶⁵

In de zaak *Aannemersmaatschappij M.J. Oomen B.V. e.a.*⁶⁶ lag de vraag voor of de rechten van verdediging waren geschonden omdat aan de onderneming een boete was opgelegd ondanks het feit dat zij geen geadresseerde van het rapport was. De vraag is door het CBb ontkenkend beantwoord. Daarbij heeft het in aanmerking genomen dat de tenaamstelling van het rapport weliswaar niet correct was, maar dat deze beschrijving in het besluit op bezwaar was gecorrigeerd. De rechten van verdediging waren niet geschaad omdat de geadresseerden van het primaire besluit in bezwaar hadden gewezen op de onjuiste adressering en zij hun standpunt hierover kenbaar hadden gemaakt.⁶⁷

Onschuldpresumptie

De onschuldpresumptie, en in het bijzonder het beginsel dat twijfel over de betekenis van een afspraak of gedraging in het mededingingsrecht in het voordeel van de geadresseerde van een besluit moet worden uitgelegd, kwam aan bod in de zaak *Caraat*.⁶⁸ De BAC heeft overwogen dat over de juiste interpretatie van een garantieclausule in het zogenoemde Herenakkoord zoveel onduidelijkheid bestond dat deze clausule niet ten grondslag kon liggen aan de vaststelling van een inbreuk. De NMa is daarin meegegaan. De BAC heeft een advies met dezelfde strekking gegeven in de zaak *Meel*,⁶⁹ maar in die zaak is de NMa van het advies afgeweken.

Bewijs

Zoals al opgemerkt, ging het in de zaak *Paprika's*⁷⁰ om een klassiek kartel. Uit het besluit blijkt dat de NMa beschikte over veel belastend bewijsmateriaal voor de prijsafspraken, marktverdeling en informatie-uitwisseling door betrokken partijen. Dit bewijs lijkt alleen, of voornamelijk, betrekking te hebben op de periode tussen 30 mei 2006 tot en met 28 april 2007 en op feiten die op 13 februari 2009 hebben plaatsgevonden. Ten aanzien van de periode tussen 28 april 2007 en 13 februari 2009 berust de vaststelling van de inbreuk uitsluitend op verklaringen van betrokken personen. Wij betwijfelen of de NMa hier aan haar bewijslast heeft voldaan.

Een ander noemenswaardig punt uit het besluit in *Paprika's* is dat de NMa de betrokkenheid van een van de ondernemingen heeft gebaseerd op bewijs voor kennis en gedragingen van een persoon die niet werkzaam was bij een betrokken onderneming. De NMa overwoog dat niet ter zake doet of de betreffende persoon bij een in de procedure betrokken entiteit in dienst was. Het enkele feit dat hij zich heeft gepresenteerd als verkoper van de betreffende entiteit, volstond. Dit is een benadering die de Commissie zich niet zou kunnen veroorloven.⁷¹

In de zaak *Executieveilingen*⁷² heeft de NMa het bestaan van een systeem van onrechtmatige beïnvloeding van executieveilingen aangenomen op grond van verklaringen van de betrokken handelaren en betrokken derden, zoals notarissen en vertegenwoordigers van banken. De NMa heeft in het besluit niet goed duidelijk gemaakt welk direct bewijs deze verklaringen ondersteunde. Gelet op de hoge administratiegraad die volgens de NMa zou hebben bestaan, springt het ontbreken van dergelijke bewijsstukken echt in het oog.

In aansluiting hierop moet worden gewezen op de gegrondverklaring door het CBb van de klacht dat onvoldoende bewijs aanwezig was voor de deelname van een bouwonderneming aan het systeem van vooroverleg in de B&U-sector.⁷³ Er was niet voldaan aan de zogenoemde '2+2 regel' die de NMa in het sanctiebesluit had gehanteerd.⁷⁴ De NMa leunde weliswaar op twee clementieverklaringen, maar het schriftelijk bewijs dat afkomstig was van een van de clementieverzoekers dateerde van na de overtreding en was bijgevolg niet 'authentiek'.⁷⁵ In gelijke zin oordeelde het CBb in de zaak *Beheersmaatschappij C.H. Gerritsen B.V.*⁷⁶ en in de zaak *IJzermans*.⁷⁷

Verjaring

In de zaak *Openbaar Groen Maastricht*⁷⁸ had de NMa aan de onderneming Van der Linden vier jaar na het nemen van het primaire besluit⁷⁹ en ruim vijf jaar na het plegen van de overtreding in een afzonderlijk besluit alsnog een boete opgelegd.⁸⁰ De rechtbank bepaalde dat de

64. Rb. Rotterdam 12 april 2012, LJN BW1327.

65. Rb. Rotterdam 12 april 2012, LJN BW1327.

66. CBb 24 april 2012, LJN BW4991 (*Aannemersmaatschappij M.J. Oomen B.V. e.a./NMa*).

67. CBb 24 april 2012, LJN BW4991.

68. Besluit op bezwaar NMa 28 juni 2012, zaak 6109 (*Caraat*).

69. Besluit op bezwaar 14 maart 2012, zaak 6306 (*Meel*).

70. Besluit NMa 15 mei 2012, zaak 7036.

71. Gerecht 15 september 2011, zaak T-234/07, *Grolsch/Commissie*, n.n.g.

72. Besluit NMa 13 december 2011, zaak 6538.

73. CBb 5 april 2012, LJN BW1393 (*NMa/Bouwbedrijf Clabbers B.V.*).

74. Aan deze regel was in het kader van de schoonschipszaken voldaan indien ten minste twee clementieverzoekers hadden verklaard dat de betreffende onderneming heeft deelgenomen en deze (twee) verklaringen werden bevestigd door ten minste twee 'authentieke' schriftelijke bewijsstukken, afkomstig van twee bronnen. Van authentieke schriftelijke bewijsstukken was sprake als deze dateerden uit de periode van de gestelde overtreding.

75. CBb 5 april 2012, LJN BW1393.

76. CBb 13 december 2012, LJN BZ2037.

77. CBb 12 juli 2012, LJN BX6386 (*Beheermaatschappij IJzermans B.V. e.a./NMa*).

78. Besluit NMa 30 november 2009, zaak 5698 (*Openbaar Groen Maastricht (Aanvulling)*).

79. Besluit NMa 15 december 2005, zaak 4014 (*Openbaar Groen Maastricht*).

80. De sanctie werd opgelegd nadat de Rechtbank Rotterdam in mei 2009 had geoordeeld dat Van der Linden, anders dan door de NMa aangenomen, wel degelijk deelnemer was aan de kartelaafspraken, Rb. Rotterdam 6 mei 2009, LJN BK6796.

bevoegdheid van de NMa daartoe was komen te vervallen.⁸¹ Daarbij is overwogen dat de mogelijkheid tot stuiting weliswaar sinds 1 oktober 2007 in de Mw is opgenomen,⁸² maar dat de NMa vóór die tijd daartoe geen handelingen heeft kunnen verrichten. Het rapport van 12 december 2006 heeft de verjaring bijgevolg niet gestuit. Na 1 oktober 2007 heeft evenmin een stuitingshandeling plaats gevonden. Een voor Van der Linden gunstig besluit van 16 oktober 2007 kon ook niet als zodanig worden aangemerkt,⁸³ net zo min als de beroepen die andere bij de overtreding betrokken partijen op en na 19 november 2007 hebben ingesteld.

Funcatievermenging

Kort na de zaak *ETB Vos*⁸⁴ diende het CBb zich in de zaak *Landustrie Sneek B.V./NMa*⁸⁵ wederom te buigen over een mogelijke schending van artikel 54a Mw. Het betrof een (reguliere bouw)zaak waarin de NMa in de procedure bij de rechtbank twee processen-verbaal van twee aanbestedingen in het geding had gebracht. De documenten waren opgevraagd bij de aanbestedende dienst naar aanleiding van stellingen die in beroep naar voren waren gebracht door de betrokken bouwonderneming. Deze stukken maakten niet eerder deel uit van het dossier en speelden geen enkele rol bij de vaststelling van de sanctie. Het CBb kwam tot het oordeel dat geen sprake was van schending van artikel 54a Mw. De in het geding gebrachte stukken hadden, aldus het CBb, slechts tot doel een nadere verduidelijking te verschaffen van het gehanteerde bewijs in het boetebesluit.⁸⁶

Nova

In de zaak *Vereniging Familia Maxima e.a.*⁸⁷ bevestigde het CBb dat geen sprake was van nieuw gebleken feiten en omstandigheden (nova) in de zin van artikel 4:6 Awb die herziening van een in 2002 door de NMa afgewezen handhavingsverzoek rechtvaardigden. Het door de Vereniging aangevoerde wierp geen nieuw of ander licht op de zaak.

Ontvankelijkheid

Het CBb bevestigde in *A B.V. en C/NMa*⁸⁸ de niet-ontvankelijkheid van een beroep bij de rechtbank dat was ingesteld door een onderneming die ingevolge een juridische fusie op het moment van indiening van het beroep had opgehouden te bestaan. Terecht oordeelde het CBb dat een onderneming die is opgehouden te bestaan geen rechtshandelingen meer kan verrichten. Het door de verkrijgende onderneming ingestelde hoger beroep slaagde evenmin, omdat zij geen beroep had ingesteld bij de rechtbank tegen het aan de door haar

opgeslorpte entiteit gerichte boetebesluit. Het CBb overwoog dat geen hoger beroep openstaat voor degene die redelijkerwijze kan worden verweten dat hij geen beroep bij de rechtbank heeft ingesteld. In gelijke zin oordeelde het CBb overigens in de zaak *Vereniging Familia Maxima e.a.*⁸⁹

Omvang van het geding

De omvang van het in bezwaar en beroep aanhangige geding kwam aan de orde in de zaak *NH8*.⁹⁰ Het betrof een 'oude' bouwzaak, ofwel een zaak die dateerde van voor de oproep van de Nederlandse regering om schoon schip te maken. In december 2003 werd aan acht bouwondernemingen, alle actief in de GWW-sector en behorend tot de zogenoemde NH8, een boete opgelegd wegens de verdeling van vijftien infrastructurele werken in de regio Haarlemmermeer.⁹¹ Tijdens de bezwaarprocedure dienden de betrokken bouwondernemingen, al dan niet vooruitlopend op de schoonschipoproep, een clementieverzoek in bij de NMa. De NMa besloot de in december 2003 opgelegde boetes met 45 procent te verlagen op voorwaarde dat de lopende bezwaarprocedures tegen het boetebesluit zouden worden ingetrokken.⁹² De betrokken bouwondernemingen hebben aan die laatste voorwaarde voldaan, maar drie van hen tekenden bezwaar aan tegen de wijzigingsbesluiten omdat zij zich niet konden vinden in de uiteindelijke hoogte van de boete. De betreffende bouwondernemingen vingen bot bij de NMa en bij de Rechtbank Rotterdam. In het hoger beroep stelde de NMa zich op het standpunt dat, nu de bouwondernemingen hun bezwaren tegen het oorspronkelijke boetebesluit hadden ingetrokken, het geding alleen betrekking kon hebben op de vraag of de NMa haar toezegging gestand had gedaan om over te gaan tot boeteverlaging wanneer de bouwondernemingen aan de gestelde voorwaarden hadden voldaan. Het CBb verwierp dit betoog overwegende dat de bouwondernemingen met de intrekking van de bezwaren gevolg hebben gegeven aan de door de NMa gestelde voorwaarden. Zij hebben daarmee echter niet ondubbelzinnig afstand gedaan van hun rechten van verdediging, in het bijzonder niet van het recht om tegen het opleggen van een boete als zodanig op te komen en de hoogte daarvan te betwisten.⁹³

Gelijkheidsbeginsel/proportionaliteit

De zaak *NH8* vormt voorts het bewijs dat een beroep op het gelijkheidsbeginsel in kartelprocedures niet altijd kansloos is. In deze zaak wierpen de betrokken ondernemingen de vraag op of de boete die aan hen was opgelegd evenredig was aan de boete die was opgelegd in de

81. Rb. Rotterdam 20 september 2012, LJN BX7991 (*Van der Linden Groen B.V./NMa*).

82. Vgl. art. 64 leden 2-5 Mw.

83. Besluit NMa 16 oktober 2007, zaak 5698 (*Openbaar Groen Maastricht (Aanvulling)*). Bij dit besluit werd vastgesteld dat aan Van der Linden juist geen boete werd opgelegd.

84. CBb 30 augustus 2011, LJN BR6737 (*ETB Vos/NMa*).

85. CBb 28 augustus 2012, LJN BX7257 (*Landustrie Sneek B.V./NMa*).

86. CBb 28 augustus 2012, LJN BX7257.

87. CBb 14 maart 2012, LJN BV9534.

88. CBb 10 januari 2012, LJN BV1541 (*A B.V. en C/NMa*).

89. CBb 14 maart 2012, LJN BV9534 (*Vereniging Familia Maxima e.a./NMa*).

90. CBb 14 maart 2012, LJN BV9426 (*Ooms Avenhorn B.V./NMa*) en CBb 14 maart 2012, LJN BV9430 (*Vermeer en Ballast Nedam/NMa*).

91. Besluit NMa 18 december 2003, zaak 2873.

92. Wijzigingsbesluit(en) NMa 15 september 2006, zaak 2873/541 (*Ooms Avenhorn B.V.*), zaak 2873/542 (*Vermeer Infrastructuur B.V.*) en zaak 2873/538 (*Ballast Nedam Infra Noord West B.V. en Ballast Nedam Infra B.V.*).

93. CBb 14 maart 2012, LJN BV9426 en CBb 14 maart 2012, LJN BV9430.

in hun ogen vergelijkbare zaak *WO6*.⁹⁴ In die laatste zaak was het onderzoek van de NMa eveneens gestart in 2002, maar had de NMa ervoor gekozen om na de schoonschipoproep, en met inachtneming van de speciale Boetebekendmaking voor de GWW-sector, aan de deelnemers van dat kartel een aanzienlijk lagere boete op te leggen. Het CBb stelde voorop dat de NMa bij de bepaling van de boete het gelijkheidsbeginsel in acht dient te nemen. Verder overwoog het CBb dat de overtreding in de *WO6*-zaak in essentie overeenkwam met de overtreding in de *NH8*-zaak. In beide gevallen betrof het afspraken tussen een vaste groep ondernemingen voorafgaand aan de aanbesteding van grote infrastructuurele werken met het doel een bepaalde GWW-markt voor langere tijd onderling te verdelen. Niet aanvaard werd het verweer van de NMa dat de verschillende boetes zich laten rechtvaardigen door het feit dat de *WO6*-zaak een schoonschipzaak betrof. De zaak *WO6* was, aldus het CBb, geen schoonschipzaak omdat de NMa de daarin geconstateerde overtredingen niet als gevolg van de oproep van de Nederlandse regering op het spoor was gekomen. Het CBb achtte geen rechtvaardiging aanwezig voor het verschil in hoogte van de boete. De uitspraak van de rechtbank werd vernietigd en de NMa is opgedragen een nieuwe boete vast te stellen.

Goede procesorde

De indiening van stukken buiten de in artikel 8:58 Awb bepaalde termijn van tien dagen is niet per definitie in strijd met het beginsel van de goede procesorde. Tot dit oordeel kwam het CBb in zaak *A B.V. en C/NMa*.⁹⁵ Ter zitting bij de rechtbank was door de NMa een uittreksel uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel van appellante overgelegd. Uit dit uittreksel bleek dat appellante als gevolg van een juridische fusie had opgehouden te bestaan en in de visie van de NMa niet-ontvankelijk diende te worden verklaard. Het CBb overwoog dat in beginsel strikt de hand moet worden gehouden aan de tiendagentermijn, maar dat uitzonderingen mogelijk zijn. De rechter kan, aldus het CBb, de goede procesorde als een zelfstandige maatstaf hanteren. Feiten en omstandigheden die nog niet eerder in de procedure aan de orde zijn geweest moeten in de procedure een rol kunnen spelen. Dit is alleen anders als de andere partij daardoor onredelijk in haar procesvoering wordt bemoeilijkt. Van dit laatste was hier geen sprake, omdat de NMa het stuk eerder had aangekondigd en appellante ter zitting inhoudelijk op het stuk heeft gereageerd. Dat het stuk geen deel uitmaakte van het dossier doet daar volgens het CBb niet aan af.⁹⁶

Tot een tegenovergestelde conclusie kwam het CBb in de zaak *NMa/Kolthof*.⁹⁷ Het CBb bekrachtigde de uitspraak van de rechtbank dat het in strijd met de goede procesorde is om in de procedure bij de rechtbank een bewijsstuk te produceren dat geen deel uitmaakte van

het individuele dossier op grond waarvan de NMa deelname aan de inbreuk bewezen acht.

Bestuurlijke lus

In twee gevallen heeft het CBb de zogenoemde bestuurlijke lus toegepast. De mogelijkheid daartoe bestaat sinds 1 januari 2010.⁹⁸ In beide zaken droeg het CBb de NMa op het geconstateerde gebrek ten aanzien van de boetehoogte in de bestreden besluiten te herstellen. De motivering om voor deze wijze van afwikkeling te kiezen in plaats van over te gaan tot vernietiging was summier. In de zaak *NH8* zag het CBb in de spoedige beëindiging van het geschil reden om de bestuurlijke lus toe te passen. In *Openbaar Groen Maastricht*⁹⁹ lag het belang van een finale beslechting van het geschil aan de beslissing ten grondslag.¹⁰⁰ De NMa gaf in beide zaken uitvoering aan de opdracht van het CBb door boetes te verlagen.¹⁰¹

Sancties

Toerekening boetes

In de zaak *Zilveruijn*¹⁰² stelde de NMa de onderneming Triumphus Onion Products Beheer B.V. hoofdelijk aansprakelijk voor een overtreding van dochteronderneming Triumphus Onion Products Silverskins B.V. Deze aansprakelijkheid is op tamelijk beknopte wijze onderbouwd. Enerzijds stelde de NMa vast dat alle aandelen in de dochteronderneming werden gehouden en dat de moederonderneming daarom in staat was om beslissende invloed uit te oefenen. Anderzijds vermeldde de NMa – heel sec – dat de moederonderneming het vermoeden van beslissende invloed niet had weerlegd. Deze motivering volstaat naar ons oordeel niet om een rechterlijke toets te doorstaan. De belangrijkste argumenten aangevoerd ter weerlegging van het vermoeden hadden moeten worden besproken. Indien geen argumenten naar voren waren gebracht, had dat ook moeten zijn vermeld. Overigens vormt de beoordeling van de situatie van deze moederonderneming bepaald geen uitzondering. De NMa schiet op dit punt tekort in alle boetebsluiten in 2012 waarin moederondernemingen zonder rechtstreekse betrokkenheid hoofdelijk aansprakelijk zijn gesteld voor een inbreuk op artikel 6 Mw. In de zaak *Meel* is door bepaalde aansprakelijk gehouden moederondernemingen bezwaar gemaakt tegen het feit dat de moederonderneming van een andere overtreder niet eveneens hoofdelijk aansprakelijk is gehouden. Dit

94. Rapport NMa 13 oktober 2004, zaak 3183 (*WO6 en C6*).

95. CBb 10 januari 2012, LJN BV1541.

96. CBb 10 januari 2012, LJN BV1541.

97. CBb 13 december 2012, LJN BZ2034 (*NMa/Kolthof Beheer B.V. en Bouwbedrijf Kolthof B.V.*).

98. Vgl. Wet van 14 december 2009 tot aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht met een regeling voor herstel van gebreken in een besluit hangende beroep bij de bestuursrechter (Wet bestuurlijke lus Awb), *Stb.* 2009, 570.

99. CBb 20 maart 2012, LJN BW3671 (*Kultuurtechniek Rooden B.V. e.a./NMa*).

100. Vgl. art. 22 lid 6 Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie, *Stb.* 1997, 242. Dit artikel is vervallen per 1 januari 2013 en is geïntegreerd in de Algemene Wet bestuursrecht.

101. Hernieuwd besluit op bezwaar NMa 24 april 2012, zaak 4014 (*Openbaar Groen Maastricht*) en wijzigingsbesluiten NMa 7 mei 2012, zaak 2873/769, 2873/770 en 2873/771 (*NH8*).

102. Besluit NMa 25 mei 2012, zaak 6964.

is door de BAC als een schending van het gelijkheidsbeginsel gekwalificeerd. De NMa heeft daarop te kennen gegeven te onderzoeken of de ‘ontbrekende’ moederonderneming inderdaad alsnog hoofdelijk aansprakelijk gesteld zou moeten worden. Daarmee neemt de NMa dan weer een grote mate van zorgvuldigheid in acht. Dit verdient niet alleen lof, maar ook navolging door de Commissie.

Betrokken omzet en boetegrondslag

In de zaak *Zilveruien*¹⁰³ zat het venijn in de staart. In het kader van de boeteberekening kwam de vraag aan de orde of de omzet die de betrokken ondernemingen hadden behaald met verkopen aan afnemers buiten Nederland mocht worden meegenomen. Dat was niet onbelangrijk omdat Nederlandse zilveruien voornamelijk worden geëxporteerd. Ondanks het feit dat de betrokken ondernemingen in Nederland waren gevestigd en de afspraak in feite betrekking had op productie op het Nederlands grondgebied, oordeelde de NMa dat de ‘buitenlandse’ omzet betrokken mocht worden bij de bepaling van de boetegrondslag. Daarbij beriep de NMa zich op het feit dat de Commissie en andere autoriteiten geen onderzoeken naar het onderhavige kartel verrichtten of hadden verricht en dat de toepassing van artikel 101 VWEU in het onderhavige geval de verplichting met zich bracht om een doeltreffende boete op te leggen. Bovendien woog mee dat de verkopen aan afnemers buiten Nederland die door de gedragingen zijn geraakt hun weerslag hadden gehad op de concurrentie in Nederland.

In de zaken *Taxivervoer IJsselsteden*¹⁰⁴ en *Taxivervoer Rijnmond*¹⁰⁵ halveerde de NMa de boetegrondslag voor de Rotterdamse Mobiliteits Centrale (RMC) omdat zij betrokken is bij beide zaken. De NMa overwoog dat de beide zaken hetzelfde doel hadden en dat RMC er dezelfde omzet mee wenste te beschermen. In het hypothetische geval dat de bij beide zaken betrokken ondernemingen tezamen één enkele overeenkomst hadden gesloten, zou de betrokken omzet van RMC namelijk ook één keer in de boetegrondslag zijn verdisconteerd, aldus de NMa.

In de zaak *Openbaar Groen Maastricht*¹⁰⁶ diende het CBb een oordeel te vellen over de berekening van de boetegrondslag door de NMa. Het ging om boetes voor zes hoveniersbedrijven wegens het maken van marktverdelingsafspraken voorafgaand aan vijf door de gemeente Maastricht geïnitieerde aanbestedingen. De aanbestedingen zagen op een opdracht voor één jaar met de mogelijkheid van tweemaal verlenging met telkens één jaar. Bij het bepalen van de boetegrondslag was de NMa uitgegaan van een duur van de inbreuk van drie jaar. Het CBb besliste dat de NMa daarmee op onjuiste wijze uitvoering had gegeven aan haar eigen boeterichtsnoeren.¹⁰⁷ Daaruit volgt, volgens het CBb, dat in geval van

een verboden aanbestedingsafpraak als betrokken omzet wordt aangemerkt de omzet die kan worden gerealiseerd op basis van het bod waartegen de opdracht is verstrekt. Het CBb achtte het aannemelijk dat partijen er ten tijde van het maken van de verboden afspraken van uitgingen dat de aanbestede opdracht betrekking zou hebben op één jaar. Dat de looptijd drie jaar zou zijn, was pas duidelijk geworden tijdens de onderhandelingen na het afbreken van de aanbestedingsprocedure. Naar het oordeel van het CBb bestond daarom onvoldoende verband tussen het vooroverleg en de omzet die de betrokken ondernemingen in de jaren 2005 en 2006 hadden gerealiseerd.¹⁰⁸

Ernst

In de zaak *Taxivervoer Rijnmond*¹⁰⁹ hanteerde de NMa een ernstfactor 2,5. De NMa nam in aanmerking dat de afspraken tussen partijen niet marktdekkend waren en partijen niet in staat waren om zich aanbestedingen toe te eigenen. Voorts kende de NMa gewicht toe aan het feit dat de afspraak tot stand is gekomen in het kader van de samenwerking in de vorm van een gemeenschappelijke onderneming die in beginsel was toegestaan.

In de zaak *Executieveilingen (eerste tranche)*¹¹⁰ koos de NMa eveneens voor een ernstfactor van 2,5. Bij de afweging is betrokken de omstandigheid dat de uitvoering van de afspraak bij ten minste 2.000 woningen effectief was en dat de inbreuk het veilingproces ernstig had ontwricht. Indien wordt verondersteld dat de inbreuk op een deugdelijke wijze door de NMa is vastgesteld, is dit percentage nog coulant te noemen. Hier was namelijk sprake van de kartelrechtelijke variant van natrappen. De praktijk van de handelaren leidde in voorkomend geval tot een hogere restschuld van particulieren die in financiële zin al *knock-out* op de grond lagen. Overigens blijkt uit een bericht verschenen op de website van de NMa op 11 januari 2013 dat het totale boetebedrag voor de eerste tranche van handelaren in de zaak *Executieveilingen* in bezwaar is verlaagd. Het benieuwt ons op welke gronden dat is gebeurd.

Bijzondere omstandigheden – boeteverlagende/-verhogende omstandigheden – matiging boete

In de zaak *Zilveruien*¹¹¹ deed een aantal ondernemingen een beroep op een tijdens de periode van de inbreuk afgescheiden advies van een advocatenkantoor. Daaruit zou hebben gebleken dat aan de gedragingen van de betrokken ondernemingen een beperkt boeterisico kleefde in verband met de toepasselijkheid van de Integrale GMO-verordening. Onder verwijzing naar rechtspraak van de Hoge Raad in belastingzaken deden de betrokken ondernemingen een beroep op het leerstuk van het ‘pleitbaar standpunt’. Volgens dit leerstuk kan een bestuurlijke boete niet worden opgelegd als een overtreder vertrouwde op een advies van een deskundige. De NMa ging hierin niet mee, onder meer omdat het

103. Besluit NMa 25 mei 2012, zaak 6964.

104. Besluit NMa 20 november 2012, zaak 7130.

105. Besluit NMa 20 november 2012, zaak 7131.

106. CBb 20 maart 2012, LJN BW3671.

107. De NMa ging daarbij uit van de boeterichtsnoeren 2001.

108. CBb 20 maart 2012, LJN BW3671.

109. Besluit NMa 20 november 2012, zaak 7131.

110. Besluiten NMa 13 december 2011, zaken 6538 en 6539.

111. Besluit NMa 25 mei 2012, zaak 6964.

bewuste advocatenkantoor na het ingeroepen advies alsnog negatief had geadviseerd. Bovendien beschikte de NMa over correspondentie waarin aan de zijde van een betrokken partij was opgemerkt dat voortzetting van het beleid als een ‘*calculated risk*’ moest worden aangemerkt. In de zaak *WMO Friesland*¹¹² had de NMa in het sanctiebesluit al een boetekorting van 15 procent toegepast teneinde een mogelijk averechts effect te voorkomen van de boetes op de gevergde snelle en aanzienlijke aanpassingen aan de marktwerking in de thuiszorgsector, en daarmee op de marktwerking zelf. Gezien de beperkte marges in de thuiszorgsector legt de omslag naar marktwerking immers een groot beslag op de financieringsmogelijkheden. In het besluit op bezwaar werd om dezelfde reden een grotere boetereductie (25 procent) toegekend: de schok die de omslag naar marktwerking teweeg heeft gebracht bleek groter te zijn dan in het sanctiebesluit al was vastgesteld. Daarnaast wordt de rol die maximumprijzen speelden bij de aanbesteding in aanmerking genomen. Deze maximumprijzen vormden volgens de NMa een natuurlijke begrenzing aan de mogelijkheid tot prijsopdrijving.

Het CBb boog zich in de zaak *Openbaar Groen Maastricht*¹¹³ over een boeteverhoging van 30 procent. De NMa had de volgende verzwarende omstandigheden met betrekking tot de wetenschap van het verboden karakter in aanmerking genomen: het opleggen in 1992 door de Commissie van een boete wegens mededingingsbeperkende aanbestedingspraktijken aan SPO, de onthullingen over onregelmatigheden in de Nederlandse bouwsector in de Zembla-uitzending en de grote politieke onrust in 2004 nadat bekend was geworden dat er nog steeds op grote schaal verboden aanbestedingsafspraken werden gemaakt. Het CBb constateerde dat deze omstandigheden geen betrekking hebben op het gedrag van de onderneming zelf, terwijl de boeterichtsnoeren (randnummer 27) dat wel vereisen. Dat het gedrag van de ondernemingen volgens de NMa in dit geval verwijtbaar was omdat ze hadden moeten weten dat het voeren van vooroverleg bij aanbestedingen in strijd is met het kartelverbod, aanvaardde het CBb niet. Dit zou immers tot gevolg hebben dat in beginsel bij alle kartelovertreedingen een boeteverhoging moest worden toegepast.¹¹⁴

Boetes natuurlijke personen

Opvallend is dat de NMa slechts in twee zaken boetes oplegde aan natuurlijke personen, te weten *Taxivervoer IJsselsteden*¹¹⁵ en *Taxivervoer Rijnmond*.¹¹⁶ De vraag is waarin deze zaken zich onderscheidden van andere (*hardcore*) kartelzaken in het verslagjaar. De besluiten in de zaken *Zilverui* en *Paprika's* lijken op het eerste gezicht ook aanknopingspunten te bevatten om feitelijk leidinggevend te identificeren.

Uit een van de besluiten op bezwaar in de *Limburgse bouwzaken (de heer B)*¹¹⁷ blijkt dat de BAC zich niet in staat achtte om over de hoogte van de aan de heer B opgelegde boete te adviseren. De reden zou zijn gelegen in haar advisering over de overtreding van Janssen de Jong, de onderneming waarbij de heer B ten tijde van de overtreding werkzaam was. Het is ons niet duidelijk waarom een advies over de overtreding van de onderneming een belemmering zou vormen om een oordeel te geven over de hoogte van een boete die aan een feitelijk leidinggever is opgelegd.

Dat men zich de vraag moet stellen of de aanwezigheid bij de hoorzitting van natuurlijke personen die in een rapport zijn aangemerkt als feitelijk leidinggevers wel in het belang van de betreffende personen is, blijkt uit de *Limburgse Bouwzaken (de heer C)*.¹¹⁸ In het betreffende besluit op bezwaar zijn verklaringen van de heer C tijdens de hoorzitting integraal opgevoerd ter rechtvaardiging van de in primo opgelegde boete.

Wob-verzoeken

De NMa nam acht besluiten naar aanleiding van verzoeken op basis van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob).¹¹⁹ De meeste verzoeken werden gehonoreerd. TenneT TSO ving echter bot bij haar poging tot het verkrijgen van toegang tot alle documenten betreffende internationale *benchmark*-rapporten die het Zweedse onderzoeksbureau SumicSid ten behoeve van de NMa heeft opgesteld. In haar afwijzing betrof de NMa onder meer de aan haar wettelijk opgedragen reguleringstaak en de kwalificatie van correspondentie tussen de NMa en onderzoekers als intern beraad. Extern onderzoek viel naar haar oordeel ook onder intern beraad als een dergelijk onderzoek was uitgevoerd met het oog op intern beraad.¹²⁰ Interessant is voorts de toewijzing van de NMa van het verzoek van Competition Support.¹²¹ Een maand na een informatieverzoek in het kader van een onderzoek naar de markt voor het verzenden van bloemengroeten op afstand, honoreerde de NMa het verzoek tot openbaarmaking van de reacties van de in dit onderzoek ondervraagde partijen. Dit onderzoek krijgt vermoedelijk geen verder vervolg meer. Op verzoek van Drost gaf de NMa inzicht in het totaalbedrag aan opge-

112. Besluit op bezwaar NMa 23 juli 2012, zaak 6442.

113. CBb 20 maart 2012, LJN BW3671.

114. CBb 20 maart 2012, LJN BW3671.

115. Besluit NMa 20 november 2012, zaak 7130.

116. Besluit NMa 20 november 2012, zaak 7131.

117. Besluit NMa 8 maart 2012, zaak 7094.

118. Besluit NMa 8 maart 2012, zaak 7094.

119. Besluit op bezwaar NMa 20 maart 2012, zaak 7059/44 (bezwaar Wob TenneT), besluit NMa 13 april 2012, zaak 7384 (Wob-verzoek Ber-
man), besluit NMa 26 april 2012, zaak 7407 (Wob-verzoek Bruins),
besluit NMa 7 juni 2012 en wijzigingsbesluit NMa 13 juli 2012,
zaak 7433 (Wob-verzoek Drost), besluit NMa 14 juni 2012, zaak 7378
(Wob-verzoek Competition Support), besluit NMa 5 juli 2012,
zaak 7431 (Wob-verzoek Vis), besluit NMa 6 augustus 2012,
zaak 7455 (Wob-verzoek DLA Piper) en besluit NMa 12 oktober 2012,
zaak 7506 (Wob-verzoek melding inzake voorgenomen fusie pensioen-
fondsen).

120. Besluit op bezwaar NMa 20 maart 2012, zaak 7059/44 (bezwaar Wob TenneT).

121. Besluit NMa 14 juni 2012, zaak 7378 (Wob-verzoek Competition Support).

legde en geïnde bestuurlijke boetes – al dan niet na bezwaar of beroep – in de deelsectoren Grond-, Weg- en Waterbouw, Installatietechniek en Burgerlijke & Utiliteitsbouw.¹²² Het betrof een bedrag van 246 miljoen euro. Het is opvallend dat hiervan als gevolg van faillissementen, overdracht van zaken aan incassobureaus of hangende beroepen, slechts een bedrag van 1,8 miljoen euro (nog) niet is geïnd.

122. Besluit NMa 7 juni 2012 en wijzigingsbesluit NMa 13 juli 2012, zaak 7433 (*Wob-verzoek Drost*).