



A n n o t a t i e s

College van Beroep voor het bedrijfsleven stelt prejudiciële vragen in mobiele operators; Anic-revisited

CBb 31 december 2007, AWB 06/657, 660, 661 en 662, uitspraak in het hoger beroep van T-Mobile, KPN, de raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit en Orange tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 13 juli 2006; LJV BC1396.
(m.nt. L.E.J. Korsten)¹

Inleiding

Na een korte uiteenzetting van de voorgeschiedenis en het begrip 'onderling afgestemde feitelijke gedraging' uit art. 6 lid 1 Mw en art. 81 lid 1 EG volgt een samenvatting van de uitvoerige uitspraak die het CBb op 31 december 2007 in de zaak van de mobiele operators heeft gedaan. Vervolgens komt het toetsingskader voor de beoordeling van boetes besluiten van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) door de bestuursrechter aan de orde en wordt ingegaan op de prejudiciële vragen die het CBb aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft voorgelegd. Deze vragen bevatten zowel materieelrechtelijke als procesrechtelijke aspecten. Tot slot komt het tijdsverloop van de zaak en de rente-problematiek nog kort aan de orde.

Voorgeschiedenis

Bij besluit van 30 december 2002 werd door de NMa voor een totaalbedrag van € 88 miljoen bestuurlijke boetes opgelegd aan O2 (Netherlands) BV (thans Telfort), Dutchtone (thans: Orange), Ben (thans: T-Mobile), KPN Mobile (thans: KPN) en Libertel (thans: Vodafone) wegens overtreding van het kartelverbod van art. 6 van de Mededingingswet (Mw). De mobiele operators waren op 13 juni 2001 bijeengekomen. Tijdens deze bijeenkomst werd gesproken over de verlaging van de dealervergoedingen bij *postpaid*-abbonementen en werd door T-Mobile het bestrijden van fraude bij *prepaid*-pakketten aan de orde gesteld. Volgens de NMa was sprake van een mededingingsbeperkende overeenkomst dan wel onderling afgestemd feitelijk gedrag (o.a.f.g.). Bij besluit op bezwaar

d.d. 27 september 2004 werd het bedrag van de eerder opgelegde boetes in totaal met ongeveer € 36 miljoen verlaagd tot circa € 52 miljoen. De NMa gaf hiervoor als reden dat zij bij de berekening van de boete aanvankelijk van een te hoog omzetbedrag was uitgegaan. In het besluit op bezwaar was de NMa vanwege het van toepassing worden van Verordening 1/2003 per 1 mei 2003, ondanks protest van partijen, behalve voor het anker van art. 6 Mw ook voor het anker van art. 81 EG gaan liggen.² De poort naar de toepassing van art. 234 EG (het stellen van prejudiciële vragen) werd hiermee voor zover nodig nog verder geopend.³

In haar uitspraak in beroep d.d. 13 juli 2006⁴ heeft de rechtbank te Rotterdam bepaald dat met betrekking tot de *prepaid*-pakketten niet voldoende is komen vast te staan dat er sprake is geweest van een o.a.f.g. Met betrekking tot de *postpaid*-abbonementen stond volgens de rechtbank wel vast dat T-Mobile, KPN en Vodafone bedrijfsgevoelige informatie hadden uitgewisseld. Er was echter onvoldoende bewijs dat Telfort überhaupt op de bijeenkomst aanwezig was geweest zodat de o.a.f.g. niet aan Telfort kon worden toegerekend. Ten aanzien van Orange bepaalde de rechtbank dat de NMa diende aan te tonen dat Orange aanwezig was geweest op het moment dat de vermeende afstemming had plaatsgehad. Overall was het beroep van de mobiele operators succesvol. De beslissing op bezwaar van de NMa werd door de recht-

- 1 L.E.J. Korsten is advocaat bij DLA Piper Nederland N.V. te Amsterdam en docent mededingingsrecht aan de Radboud Universiteit te Nijmegen. Met dank aan Hetty de Rooij (eveneens DLA Piper Nederland N.V.) voor haar hulp bij de voorbereiding.
- 2 Art. 3 lid 1 van Verordening 1/2003 verplicht de NMa om, wanneer zij het nationale kartelverbod toepast, tevens het Europese kartelverbod toe te passen indien aan de eis van interstatelijkheid wordt voldaan.
- 3 Uit HvJ EG 14 december 2006, zaak C-217/05 (*Confederación Española*), *Jur.* 2006, p. I-11987 volgt reeds dat de bevoegdheid tot het stellen van prejudiciële vragen op de voet van art. 234 EG bestaat wanneer de nationale rechter moet oordelen over nationale regels die zijn gebaseerd op, of verwijzen naar, gemeenschapsrecht. Wat betreft het in de onderhavige zaak relevante begrip 'onderling afgestemde feitelijke gedraging' wordt aan die eis voldaan aangezien in art. 1 onder h Mededingingswet is bepaald dat dit begrip uit art. 6 lid 1 Mw samenvalt met dat uit art. 81 lid 1 EG.
- 4 Rb. Rotterdam 13 juli 2006, *KPN Mobile N.V., Orange Nederland B.V., Telfort B.V., T-Mobile Netherlands B.V. en Vodafone Libertel N.V. tegen de raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*; LJV AY4035.

bank vernietigd en aan de NMa werd opgedragen om, met inachtneming van de uitspraak van de rechtbank, een nieuwe beslissing op de bezwaren van de mobiele operators te nemen.⁵

Tegen de uitspraak van de rechtbank hebben T-Mobile, KPN, Orange⁶ en de NMa hoger beroep bij het CBb ingesteld.⁷ Voor de raad van bestuur van de NMa was de uitspraak van de rechtbank daarnaast reden om het primaire boetebesluit van 30 december 2002 ten aanzien van Telfort bij besluit d.d. 19 oktober 2006 te herroepen en aan Telfort geen boete of last onder dwangsom op te leggen. Tegen het oordeel van de rechtbank dat de NMa de deelname van Telfort aan een o.a.f.g. niet had aangetoond, had de raad geen hoger beroep ingesteld; de raad achtte 'het voorts niet opportuun opnieuw onderzoek te doen naar een eventuele deelname door Telfort'.

Onderling afgestemde feitelijke gedraging

De onderhavige zaak gaat niet over mededingingsbeperkende overeenkomsten of afspraken, maar over vermeende mededingingsbeperkende 'onderling afgestemde feitelijke gedragingen'. Voor een goed begrip van de zaak (het CBb gaat er in zijn uitspraak in rov. 9.5 e.v. uitvoerig op in) volgt hier kort de essentie van een onderling afgestemde feitelijke gedraging.

Een onderling afgestemde feitelijke gedraging is een vorm van coördinatie tussen ondernemingen, die, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's der onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking welke leidt tot mededingingsvoorwaarden die gelet op de aard der producten, op de grootte en het aantal der ondernemingen en op de omvang en aard van de betrokken markt, niet met de normaal te achten marktvoorwaarden overeenkomen.⁸ Dit betekent enerzijds, dat het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging, zoals uit de bewoordingen van art. 81, eerste lid, EG blijkt, behalve afstemming tussen ondernemingen een daarop volgend marktgedrag en een oorzakelijk verband tussen beide vereist en anderzijds dat een onderling afgestemde feitelijke gedraging zelfs dan onder art. 81, eerste lid, EG kan vallen wanneer mededingingsbeperkende gevolgen op de markt ontbreken.⁹ Onderling afgestemde feitelijke gedragingen zijn, evenals overeenkomsten tussen ondernemingen en besluiten van ondernemersverenigingen, ongeacht het gevolg ervan verboden, als zij een mededingingsbeperkend oogmerk hebben.¹⁰ Van belang is verder dat het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging het bestaan van wederkerige contacten veronderstelt.¹¹ Van zodanige wederkerige contacten is geen sprake als een onderneming eenzijdig verklaart over haar toekomstig marktgedrag tenzij deze verklaring wordt afgelegd in het kader van samenwerking tussen ondernemingen.¹²

Uitspraak CBb

Positie Orange

Evenals de rechtbank eerder is het CBb van oordeel dat de NMa er niet in geslaagd is te bewijzen dat Orange aan dat deel van de bijeenkomst van 13 juni 2001 had deelgenomen waar de vermeende onderlinge afstemming had plaatsgevonden. De directeur van Orange was namelijk laat aangekomen op de bijeenkomst en ook weer vroeg vertrokken. De bewijslast dat Orange aanwezig was bij de onderlinge afstemming, rust op de NMa. Het enkele feit dat Orange op enig moment bij de bijeenkomst aanwezig was, is niet voldoende (rov. 9.3.3):¹³

'Hiertoe is niet voldoende dat aannemelijk wordt gemaakt dat Dutchtone (Orange) heeft deelgenomen aan een bijeenkomst waarop is gesproken over mobiele telefoonabonnementen zonder dat is vastgesteld dat Dutchtone (Orange) heeft geparticipeerd bij de bespreking van dit onderwerp. Hierbij is van belang dat de NMa niet heeft vastgesteld dat de bijeenkomst van 13 juni 2001 als zodanig het oogmerk had de mededinging te beperken.'

Prepaid-pakketten

Het CBb onderzoekt vervolgens of de rechtbank een juiste uitleg en toepassing aan de criteria voor een o.a.f.g. heeft gegeven. Het CBb bespreekt eerst de o.a.f.g. met betrekking

-
- 5 Zie voor de annotatie bij de uitspraak van de rechtbank in *M&M* (2006, p. 224-230): L.E.J. Korsten, 'Deelname aan verboden onderling afgestemd feitelijke gedrag? Ernst van de overtreding'.
 - 6 Orange heeft voorwaardelijk hoger beroep ingesteld, namelijk voor het geval het CBb op grond van het hoger beroep van de NMa tot het oordeel komt dat Orange, anders dan de rechtbank heeft geoordeeld, heeft deelgenomen aan de besprekingen waarvoor de NMa haar een boete heeft opgelegd.
 - 7 Vodafone heeft geen hoger beroep ingesteld. Zij is wel derdebelanghebbende en neemt op de voet van art. 8:26 Awb als partij deel aan het geding in hoger beroep.
 - 8 Hof van Justitie EG, 16 december 1975, gevoegde zaken 40-48, 50, 54-56, 111, 113 en 114/73, (Suiker Unie e.a./Commissie), *Jur.* 1975, p. 1663, randnr. 26; zie ook Hof van Justitie van 8 juli 1999, Commissie/Anic Partecipazione, C-49/92P, *Jur.* 1999, p. I-4125; randnr. 115.
 - 9 Arrest Anic, randnrs. 118 en 122. In dit opzicht verschilt een onderling afgestemde feitelijke gedraging als bedoeld in art. 81 lid 1 EG derhalve niet van een 'overeenkomst' als bedoeld in art. 81 lid 1 EG.
 - 10 Arrest Anic, randnr. 123. Ook in dit opzicht verschilt een onderling afgestemde feitelijke gedraging als bedoeld in art. 81, eerste lid, EG niet van een 'overeenkomst'.
 - 11 Gerecht van eerste aanleg EG, 15 maart 2000, gevoegde zaken T-25/95, T-26/95, T-30/95 t/m T-32/95, T-34/95 t/m T-39/95, T-42/95 t/m T-46/95, T-48/95, T-50/95 t/m T-65/95, T-68/95 t/m T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 en T-104/95 (Cimenteries CBR e.a./Commissie), *Jur.* 2000 p. II-491, randnr. 1849. De eis van 'wederkerige contacten' lijkt overigens iets te verder te gaan dan het Hof van Justitie in randnr. 87 van het Anic-arrest: 'dient de Commissie met name aan te tonen, dat de onderneming met haar eigen gedrag heeft willen bijdragen aan het bereiken van de gemeenschappelijke doelstellingen van alle deelnemers en dat zij de materiële gedragingen die de andere ondernemingen met het oog op die doelstellingen planden of in de praktijk brachten, kende of redelijkerwijs kon voorzien en bereid was het risico ervan te aanvaarden'.
 - 12 Gerecht van eerste aanleg EG, 14 mei 1998, zaak T-317/94 (Moritz J. Weigl/Commissie), *Jur.* 1998, II-1235, randnr. 110.
 - 13 Vgl. Gerecht van eerste aanleg EG, 12 september 2007, zaak T-36/05 (Coats Holdings Ltd en J&P Coats Ltd/Commissie), n.n.g., randnr. 91.

tot de prijzen en voorwaarden van prepaid-pakketten en oordeelt evenals de rechtbank dat de NMa niet voldoende aanmerkelijk heeft gemaakt dat van een o.a.f.g. sprake was.

Volgens vaste jurisprudentie hoeft er voor het aannemen van afstemming geen ‘plan’ tussen de concurrenten te hebben bestaan. Het begrip o.a.f.g. veronderstelt echter wel het bestaan van wederkerige contacten tussen partijen, aldus het CBb. Hiervan is geen sprake wanneer een onderneming eenzijdig verklaart over haar toekomstige marktgedrag, tenzij deze verklaring wordt afgelegd in het kader van samenwerking tussen ondernemingen (rov. 9.5.1.4):

‘Het enkele uitblijven van een reactie, zoals hier kennelijk het geval is, op de mededeling van bedrijfsvertrouwelijke informatie op een niet openbare bijeenkomst is, zonder nadere omstandigheden, evenwel onvoldoende om te concluderen dat niet sprake is van een eenzijdige mededeling maar dat afstemming van het gedrag van twee of meer ondernemingen aanmerkelijk is.’

Het CBb is van oordeel dat de NMa ten onrechte wederkerigheid heeft aangenomen, aangezien de bijeenkomst niet plaatsvond in een kader waarbij partijen meer of minder frequent overlegden over marktgedrag, terwijl de NMa evenmin heeft vastgesteld dat is gebleken van parallel marktgedrag op het gebied van *prepaid*-pakketten.

Postpaid-abonnementen

Vervolgens onderzoekt het CBb of door de NMa voldoende bewijs is geleverd voor een o.a.f.g. met betrekking tot de dealervergoedingen voor *postpaid*-abonnementen. De NMa had gesteld dat de gevolgen van de beweerde o.a.f.g. niet behoefden te worden onderzocht, omdat de gedragingen van de mobiele operators reeds de strekking hadden de mededinging te beperken. Het CBb stelt dienaangaande vast dat de onderling afgestemde feitelijke gedraging die hier aan de orde is niet de door de betreffende ondernemingen te hanteren consumentenprijzen betreft aangezien de o.a.f.g. geen betrekking heeft op de door de mobiele operator aan de eindgebruikers in rekening te brengen abonentstarieven. Het CBb oordeelt daarom dat niet kan worden gezegd dat de o.a.f.g. rechtstreeks tot doel heeft de prijzen voor *postpaid*-abonnementen op de retailmarkt te bepalen. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie EG blijkt volgens het CBb geen duidelijk criterium aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of een o.a.f.g. de strekking heeft de mededinging te beperken, te verhinderen of te vervalsen. De rechtbank had de mededingingsbeperkende strekking afgeleid uit het veronderstelde gevolg van de o.a.f.g. op de markt voor *postpaid*-abonnementen. Enig onderzoek naar de concrete gevolgen van de o.a.f.g. is dan echter wel nodig, aldus het CBb. Anders zou een mededingingsbeperkende strekking worden aangenomen op grond van de veronderstelde gevolgen van de o.a.f.g., terwijl na onderzoek van de daadwerkelijke gevolgen (welk onderzoek op grond van de

jurisprudentie van het Hof achterwege mag blijven als een mededingingsbeperkende strekking is aangenomen) zou blijken dat deze effecten zich in feite niet voordoen.

Zonder nader onderzoek achtte het CBb de conclusie niet gerechtvaardigd dat de informatie-uitwisseling tussen de mobiele operators een mededingingsbeperkend effect en daarmee een mededingingsbeperkende strekking had (rov. 9.5.3.5):

‘De enkele stelling dat de onderlinge afgestemde feitelijke gedraging zou beogen de onzekerheid te verminderen over het gedrag van andere operators lijkt het College niet voldoende omdat daarmee wordt geabstraheerd van de aard van inhoud van de onderling afgestemde feitelijke gedraging en ook van het effect dat afstemming van het betreffende gedrag op de mededinging heeft.’

Het CBb formuleert vervolgens drie prejudiciële vragen. De eerste vraag ziet op de uitleg van de zinsnede ‘ertoe strekken’ uit art. 81 lid 1 EG. Het CBb wil graag dat het Hof de criteria preciseert aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of de aan de mobiele operators verweten gedragingen de strekking hadden de mededinging te verhinderen, beperken of vervalsen.

De tweede prejudiciële vraag heeft betrekking op het bewijsvermoeden dat ondernemingen die aan de afstemming deelnemen en op de markt actief blijven, worden vermoed – behoudens door de onderneming te leveren tegenbewijs – bij de bepaling van hun gedrag op de markt rekening te houden met de door de concurrenten uitgewisselde informatie. Met deze vraag wil het CBb boven water krijgen of de bewijsoverlevering ter zake van het causale verband tussen de afstemming en marktgedrag een kwestie van gemeenschapsrecht dan wel nationaal recht is.

De derde en laatste prejudiciële vraag van het CBb hangt nauw samen met de tweede vraag en heeft betrekking op het *in concreto* hanteren van het bewijsvermoeden ter zake van het vereiste causale verband tussen afstemming en marktgedrag.

Vervolg: Orange

Na Telfort is inmiddels ook Orange definitief ‘van de haak’. Bij besluit van 7 februari 2008 heeft de raad van bestuur van de NMa het door Orange tegen het initiële besluit van 30 december 2002 ingestelde bezwaar alsnog gegrond geacht en dat besluit herroepen voor zover daarbij aan Orange een boete werd opgelegd.¹⁴ De raad overwoog daarbij dat voldoende duidelijk was dat de overwegingen uit de uitspraak van het CBb van 31 december 2007 met betrekking tot Orange het eindoordeel van het CBb over het desbetreffende onderdeel van het hoger beroep van de NMa bevatten, zodat de einduitspraak van

¹⁴ De in het primaire besluit aan Orange opgelegde boete bedroeg € 11.500.000; in bezwaar werd deze boete verlaagd tot € 9.898.000.

het CBb niet behoefde te worden afgewacht. Een nieuw onderzoek naar eventuele deelname door Orange achtte de raad, evenals in het besluit inzake Telfort, 'niet oppor- tuun'.

Toetsingskader: beoordelingsvrijheid NMa en het vereiste bewijs

De onderhavige zaak is voor zover mij bekend de eerste waarin de rechter (*in casu* het CBb) het rechterlijke toetsingskader van een boetebesluit van de NMa wegens overtreding van het kartelverbod expliciet formuleert. Het CBb verwijst hiervoor¹⁵ naar zijn eerdere uitspraak in de zaak *Essent/Edon*. In die zaak ging het om een toetsing van het tweede fasebesluit van de NMa betreffende de fusie van Essent en Edon waarin de NMa bijzondere voorwaarden ex art. 41 lid 4 Mw had gesteld.¹⁶ Daarin werd door het CBb overwogen dat de NMa enerzijds de beginselen van zorgvuldige voorbereiding (art. 3:2 Awb) en deugdelijke, kenbare motivering (3:46-48 Awb) stringent dient na te leven, maar anderzijds *een zekere beoordelingsvrijheid*¹⁷ heeft bij de waardering van economische feiten en omstandigheden in het licht van de bepalingen van de Mededingingswet. Volgens het CBb – in de *Essent/Edon*-zaak en in de onderhavige zaak – neemt die vrijheid echter niet weg dat de rechterlijke toetsing de beoordeling omvat of de NMa heeft voldaan aan zijn verplichting aannemelijk te maken dat aan de voorwaarden voor toepassing van de desbetreffende bepalingen uit de Mededingingswet is voldaan, waarbij niet alleen dient te worden beoordeeld of het besluit op zorgvuldige wijze tot stand is gekomen en of het op een deugdelijke motivering berust, maar ook of NMa de wettelijke begrippen op juiste wijze heeft geïnterpreteerd en aannemelijk heeft gemaakt dat de feiten en omstandigheden aan de wettelijke voorwaarden voldoen. De rechter dient daarbij met name niet alleen de materiële juistheid van de bewijselementen, de betrouwbaarheid en de samenhang te controleren, maar hij moet ook beoordelen of die elementen het relevante feitenkader voor de beoordeling vormen en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen schragen.¹⁸

Wat opvalt is dat het CBb dit toetsingskader woordelijk overneemt uit eerdere uitspraken met betrekking tot concentratiebesluiten van de NMa. Blijkbaar ziet de hoogste bestuursrechter in mededingingszaken er geen been in om het toetsingskader voor concentratiebesluiten één-op-één toe te passen voor boetebesluiten. Zonder meer voor de hand ligt dit mijns inziens niet. Concentratiecontrole is een vorm van *ex ante* markttoezicht (de toezichthouder verricht een prospectieve toets, hij moet een toekomstverwachting formuleren), waarbij het niet gaat om handhaving, maar om besluiten op aanvraag zonder enig punitief karakter.¹⁹ Een boetebesluit als het onderhavige is daarentegen een repressief besluit, genomen in het kader van handhaving van de wet, dat behalve de vaststelling van een inbreuk ook de oplegging

van een (zeer forse) punitieve sanctie behelst, zulks gebaseerd op een beoordeling achteraf. Op een dergelijk besluit is art. 6 EVRM integraal van toepassing.²⁰ Bij boetebesluiten rust de bewijslast derhalve op de NMa en zal de rechter in elk geval zowel de vaststelling van de feiten²¹ als de vaststelling van de hoogte van de boete door de NMa vol moeten kunnen toetsen.²²

Voldoet het toetsingskader van het CBb in de onderhavige zaak aan deze eisen? Het lijkt erop dat dit het geval is. Ofschoon het gebruik van de termen 'beoordelingsvrijheid' de NMa op het oog de nodige vrijheid lijkt te geven, is duidelijk dat deze toets onvergelijkbaar is met een redelijkheids- of marginale toets ('in redelijkheid niet heeft kunnen komen tot'). Met name de concrete invulling die het CBb zelf nadrukkelijk aan het toetsingskader geeft, maakt duidelijk dat de rechterlijke controle indringend is en dat speelruimte voor de NMa feitelijk derhalve uiterst gering is.²³ Het scheelt niet veel of de rechter mag zijn oordeel in de plaats stellen van dat van de NMa.

Dat de NMa bij de uitleg en toepassing van het kartelverbod onder scherpe controle van de rechter staat is in de *Sep*-zaak (over de vaststelling van de hoogte van de boete), in de *Modint*-zaak (over de uitleg van het begrip mededingingsbeperking²⁴) en in de *Secon*-zaak (over de uitleg van het begrip merkbaarheid²⁵) al overduidelijk gebleken. Ook in de onderhavige zaak wordt het boetebesluit van de NMa zowel

15 Rov. 9.2.

16 CBb 27 september 2002, Awb 01/633 (*Essent Zuid BV en Edon Groep BV/NMa*), LJV AE8688. Rechtbank Rotterdam oordeelde in eerste aanleg reeds in dezelfde zin: 21 juni 2001, MEDED 99/2633-SIMO (*Essent NV/NMa*), LJV AB2805.

17 Volgens Rechtbank Rotterdam in haar in de vorige voetnoot aangehaalde uitspraak betekent 'beoordelingsruimte' hetzelfde als 'beoordelingsvrijheid'.

18 Voor de beoordeling van eerste fasebesluiten (is een vergunning vereist?) is het toetsingskader gelijkloidend: Rechtbank Rotterdam, 19 april 2007, MEDED 06/1220 VRLK (*NVV en NBVH/NMa*), LJV BA3538.

19 In zoverre sprake is van de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen is het *fair trial* beginsel van art. 6 lid 1 EVRM niettemin van toepassing.

20 Hieruit volgt dat er een *fair trial* moet zijn – met inbegrip van beroep op een onafhankelijke rechter – dat binnen een redelijke termijn wordt afgehandeld (lid 1), dat de onschuldpresumptie volledig moet worden gerespecteerd (lid 2), en dat er een heldere aanklacht moet zijn (*charge*) waartegen men zich kan verdedigen (lid 3).

21 C.L.G.F.H. Albers, *Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten, Balanceren op een magische lijn*, diss., Sdu 2002, p. 416-417, en Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht. Zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen*, diss., Kluwer 2005, p. 288, beiden onder verwijzing naar art. 6 lid 3 EVRM en EHRM 14 november 2000, no. 27783/95 (*T. vs Austria*), EHRM 2000/94; m.nt. C.L.G.F.H. Albers. Zie met name rov. 71 van deze uitspraak; het EHRM valt erover dat de Oostenrijkse rechter 'rejected the submissions made by the applicant in his defence as constituting new facts which were inadmissible'.

22 Rb. Rotterdam, 26 november 2002 (*Sep/NMa*), LJV AR4219.

23 Hierbij kan er nog op worden gewezen dat de zinsnede 'dat de mate van terughoudendheid van de rechterlijke toetsing groter is, en ook dient te zijn, naarmate de complexiteit van de economische beoordeling toeneemt' uit de uitspraak van Rechtbank Rotterdam in de zaak *Essent/Edon* in de onderhavige uitspraak van het CBb ontbreekt.

24 CBb, 28 oktober 2005 (*Modint*), LJV AU5316.

25 CBb, 7 december 2005 (*Secon*), LJV AU8309.

door de rechtbank als door het CBb indringend getoetst.²⁶ Intussen wordt het indringende karakter van de rechterlijke toets in zekere zin nog versterkt doordat het hier gaat om Europeesrechtelijke begrippen waarvan de verdragsautonome uitleg in handen van de gemeenschapsrechter ligt. De rechter zal daarom bij twijfel over de juiste uitleg bij het Hof van Justitie te rade moeten gaan. En dat is wat het CBb in de onderhavige uitspraak heeft gedaan.

Prejudiciële vragen CBb

De (tussen-)uitspraak²⁷ die het CBb op 31 december 2007 in de zaak van de mobiele operators heeft gedaan is in elk geval in zoverre baanbrekend dat het de eerste keer is dat de Nederlandse rechter in een procedure over de toepassing van het kartelverbod van art. 6 lid 1 Mw en art. 81 lid 1 EG prejudiciële vragen ex art. 234 EG aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft voorgelegd. Opvallend is wellicht dat dit pas tien jaar (min één dag) na de inwerkingtreding van de Mededingingswet en de geboorte van de NMa is gebeurd. De fase van het onderzoek en primair besluit, die een kleine anderhalf jaar heeft geduurd (augustus 2001 – december 2002), is in feite aardig snel verlopen. De fase van het besluit op bezwaar, het beroep en het hoger beroep heeft tot nu toe vijf jaar in beslag genomen (bezwaar 21 maanden, Rechtbank Rotterdam eveneens 21 maanden, CBb, eerste fase, 17 maanden). Een heel erg fraai resultaat is dat helaas niet. Deels is dit te wijten aan het relatief trage verloop van de behandeling van de zaak door de NMa en door de rechter.²⁸ Deels echter ook aan het systeem van rechtsbescherming bestaande uit een cumulatie van (in zekere zin facultatief) bezwaar, beroep en hoger beroep.

Eerste prejudiciële vraag CBb: criteria voor het vaststellen van strekkingsbeperkingen

De eerste prejudiciële vraag van het CBb werd uitgelokt door kritiek van partijen op de rechtbank. Die had het mededingingsbeperkende oogmerk van het verstrekken van informatie door Vodafone met betrekking tot (verlaging van) de dealervergoeding voor de verkoop van mobiele (postpaid) telefoonabonnementen afgeleid uit (i) het *veronderstelde* gevolg dat verlaging van de standaardvergoeding voor postpaid-abonnementen zou hebben voor de prijzen op de retailmarkt en (ii) de focus van de mededeling over dealervergoedingen voor de verkoop van postpaid-abonnementen op stabiliseren van de marktverhoudingen.²⁹

In zijn uitspraak roept het CBb de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie in herinnering op grond waarvan de strekking van een overeenkomst moet worden nagegaan in verband met de economische omstandigheden waarbinnen zij moet worden toegepast.³⁰ Hiertoe moet worden onderzocht welke doeleinden de overeenkomst als zodanig, gezien in verband met de economische context waarin zij toepassing moet vinden, heeft willen verwezenlijken.³¹ Wanneer uit het onderzoek van de voorwaarden van een overeenkomst in hun juridische

en economische context op zich blijkt van een verstoring van de mededinging, kan er van worden uitgegaan dat deze gedraging tot doel heeft de mededinging te belemmeren, beperken, of vervalsen. Onderling afgestemde feitelijke gedragingen zijn, evenals overeenkomsten tussen ondernemingen en besluiten van ondernemersverenigingen, ongeacht het gevolg ervan verboden als zij een mededingingsbeperkend oogmerk hebben.³² Met zijn eerste prejudiciële vraag heeft het CBb bij deze enigszins formele uitleg van de gemeenschapsrechter een vraagteken geplaatst.

Het CBb overweegt allereerst dat uit de rechtspraak 'zou kunnen worden afgeleid dat een overeenkomst of o.a.f.g. de strekking heeft de mededinging te beperken *indien de ervaring leert* dat door een dergelijke overeenkomst of afstemming ongeacht de economische omstandigheden altijd of nagenoeg altijd de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst' (cursivering LK). Het CBb stelt dienaangaande vast dat de onderlinge afgestemde feitelijke gedraging die hier aan de orde is niet de door de betreffende ondernemingen te hanteren consumentenprijzen betreft aangezien de o.a.f.g. geen betrekking heeft op de door de mobiele operator aan de eindgebruikers in rekening te brengen abonnementstarieven. Het CBb oordeelt daarom dat niet kan worden gezegd dat de o.a.f.g. rechtstreeks tot doel heeft de prijzen voor postpaid-abonnementen op de retailmarkt te bepalen. Voorts oordeelt het CBb dat zonder nader onderzoek naar de omstandigheden waarin de o.a.f.g. moet worden toegepast, niet kan worden geconcludeerd dat is beoogd de bestaande marktverhoudingen in stand te houden aangezien dit veron-

26 De fijnslijper zou nog kunnen opmerken dat het CBb eigenlijk expliciet had moeten aangeven dat de rechter bij de beoordeling van boetesluitingen van de strengere 'bewijsstandaard' 'beyond doubt', of 'beyond reasonable doubt' dient uit te gaan, zoals het Gerecht van eerste aanleg recent bijvoorbeeld heeft gedaan in de Coats-zaak (12 september 2007, zaak T-36/05, *Coats Holdings Ltd en J&P Coats Ltd/Commissie*, n.n.g.; rov. 91): 'However, the anti-competitive nature of the meeting on 11 February 1993 has not been established beyond doubt'. Zulk in tegenstelling tot het soepelere criterium 'aanneemelijk' of 'on the balance of probabilities', zoals dat in concentratiezaken wel wordt gehanteerd.

27 Het bestuursrecht kent het begrip 'tussenuitspraak' niet; zie J.H. Jans, e.a., *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, Nijmegen 2002, p. 326. In zijn uitspraak heropent het CBb het onderzoek ex art. 8:68 Awb.

28 De rechtbank oordeelde reeds dat de NMa bij de nieuw te nemen beslissing op bezwaar van KPN Mobile tevens dient in te gaan op de gestelde overschrijding van de redelijke termijn van art. 6 EVRM en de eventueel daaraan te verbinden consequenties; Rb. Rotterdam 13 juli 2006, (*LJN AY4035*), rov. 2.6.4.

29 Rov. 9.5.3.4.

30 Hof van Justitie EG, 30 juni 1966, zaak 56/65 (*Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm*), *Jur.* 1966, p. 392, met name p. 414; arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 27 september 2006, *GlaxoSmithKline Services Unlimited/Commissie*, T-168/01, *Jur.* 2006, p. II-2969, randnr. 119.

31 Hof van Justitie EG, 28 maart 1984, gevoegde zaken 29/83 en 30/83 (*CRAM en Rheinink/Commissie*), *Jur.* 1984, p. 1679, randnr. 26.

32 Arrest *Anic*, randnr. 123. Op de concrete gevolgen van een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging behoeft geen acht te worden geslagen, wanneer eenmaal is gebleken dat zij ten doel heeft de concurrentie te verhinderen, te beperken of te vervalsen: Hof van Justitie EG, 13 juli 1966, gevoegde zaken 56 en 58/64 (*Établissements Consten en Grundig-Verkaufs GmbH/Commissie*), *Jur.* 1966, p. 450, met name p. 516.

derstelt dat de marktpositie van de mobiele operators uitsluitend zou worden bepaald door de dealervergoeding. Ten slotte acht het CBb ook de enkele stelling dat de o.a.f.g. zou beogen de onzekerheid te verminderen over het gedrag van andere operators niet voldoende omdat daarmee wordt geabstraheerd van de aard en inhoud van de o.a.f.g. en ook van het effect dat afstemming van het betreffende gedrag op de mededinging heeft.³³ Volgens het CBb blijkt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie weliswaar welke omstandigheden in aanmerking moeten worden genomen bij het onderzoek naar *de doeleinden* die met een o.a.f.g. 'als hier aan de orde' worden nagestreefd, maar blijkt niet van een duidelijk criterium aan de hand waarvan vervolgens kan worden vastgesteld of de betreffende o.a.f.g. *de strekking heeft* de mededinging te beperken, te verhinderen of te vervalsen.³⁴ Het CBb stelt daarom de volgende prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie:

'Welke criteria moeten bij de toepassing van artikel 81, eerste lid, EG worden gehanteerd bij de beoordeling of een onderling afgestemde feitelijke gedraging ertoe strekt dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst?'

Het CBb lijkt zich bij het stellen van deze vraag behalve op de naar het oordeel van het CBb bestaande twijfel,³⁵ ook te baseren op het rechtszekerheidsbeginsel en art. 6 EVRM, waarop partijen zich hebben beroepen.³⁶ Het CBb lijkt hierbij het communautaire rechtszekerheidsbeginsel op het oog te hebben,³⁷ maar het kan ook het in Nederland geldende rechtszekerheidsbeginsel zijn op grond waarvan (onder meer) rechtsregels duidelijk en bepaald dienen te zijn (*lex certa*-beginsel) en terugwerkende kracht van regelgeving in beginsel niet is toegestaan.³⁸

Één en één is hier intussen gewoon twee: (zeer) extensieve interpretatie van verbodsnormen is strijdig met zowel het *lex certa*-beginsel als met het verbod op terugwerkende kracht.³⁹ Dit uitgangspunt lijkt eens te meer te gelden daar bij het (Europese en nationale) kartelverbod sprake is van nogal vage, open normen.⁴⁰ Van ondernemers kan veel worden verwacht (onder meer dat zij zich behoorlijk laten voorlichten over de stand van het recht), maar waarschijnlijk niet dat zij de open norm van het kartelverbod art. 81 lid 1 EG of art. 6 lid 1 Mw beter kunnen begrijpen of uitleggen dan de Nederlandse rechter die zich daarover, vanwege twijfel, door het Hof van Justitie wil laten voorlichten.⁴¹

De eerste prejudiciële vraag van het CBb lijkt overigens niet helemaal uit de lucht te vallen. De uitspraak van het *Supreme Court of the United States* inzake *State Oil Co. v. Kahn* uit 1997⁴² over de bevrijding van verticale maximumprijzen uit het *per se* regiem van het Amerikaanse *anti-trustrecht*, de spoedige adoptie van deze vernieuwing in art. 4 sub a van Verordening 2790/1999, de uitspraak van het Gerecht van eerste aanleg in de GSK-

zaak uit 2006 over de *counterfactual analysis*-test bij strekkingsbeperkingen⁴³ en de uitspraak van het *Supreme Court* uit 2007 over de liberalisering van iedere vorm van verticale prijsbinding⁴⁴ zouden kunnen worden gezien als wegbereiders voor de prejudiciële vraag van het CBb, welke vraag daarmee keurig aansluit op de tendens van economisering, of zo men wil: modernisering of deformalisering, van het mededingingsrecht.⁴⁵ Niettemin getuigt de prejudiciële vraag van het CBb van een moedige opstelling. Het CBb bindt de kat immers de bel aan in een poging het Hof van Justitie, in navolging van het *Supreme Court*, te dwingen om kleur te gaan bekennen in een lastige discussie over de pro's en con's van het

33 Rov. 9.5.3.5.

34 Rov. 9.5.3.2.

35 Het criterium voor het kunnen stellen van een prejudiciële vraag; als sprake is van een *acte claire* of *acte éclairé* is er geen twijfel en derhalve geen aanleiding en geen ruimte voor het stellen van een prejudiciële vraag.

36 Rov. 9.5.3.3.

37 Zie hierover: J.H. Jans, e.a., *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, Nijmegen 2002, p. 208 e.v., alwaar het onderscheid wordt gemaakt tussen het rechtszekerheidsbeginsel als regel van materieel recht waaraan regelgevers zich moeten houden (hier niet aan de orde) en als interpretatieregule die door met name rechters wordt gehanteerd bij de uitleg en toepassing van wettelijke voorschriften (hier aan de orde).

38 Art. 16 Grondwet, art. 7 EVRM, art. 14 IVBPR. De Hoge Raad leidt hieruit het 'bepaaldheidsgebod' af: Hoge Raad, 31 oktober 2000 (Kruisla arrest), NJ 2001, 14 en Rawb 2001, 41, m.nt. Jansen, rov. 3.4. Volgens de Hoge Raad houdt het rechtszekerheidsbeginsel in dat de burger moet kunnen weten ter zake van welke gedragingen hij kan worden gestraft. Zie ook het *sine lege*-beginsel van art. 1 Wetboek van Strafrecht.

39 Zie hierover: J.H. Jans, e.a., *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, Nijmegen 2002, p. 208 e.v. Zo koos de Commissie, wanneer bij gebrek aan een precedent onduidelijk was of een bepaalde gedraging onder het kartelverbod viel, er veelal voor om een inbreuk vast te stellen, maar tegelijkertijd af te zien van het opleggen van een boete dan wel slechts een symbolische boete op te leggen. Zie bijvoorbeeld de beschikking 96/438/EG van 5 juni 1996 (IV/34.983-FENEX), Pb L 181/28 (1996).

40 Brouwer rept in dit verband van 'een bijzonder struikelblok omdat de materieelrechtelijke normen bestaan uit enkele buitengewoon algemeen en breed geformuleerde verbodsnormen en de begrippen en concepten maar in beperkte mate vaststaan.' Zie: O.W. Brouwer, *Bewijsproblemen bij de toepassing van het EG-mededingingsrecht in de nationale context*, in: Europees bewijsrecht: een verkenning, S. Prechal en L. Hancher (red.), Kluwer-Deventer 2001, p. 110.

41 Vgl. het eveneens aan het onschuldbeginsel van art. 6 lid 2 EVRM ontleende *in dubio pro reo*-beginsel. In strafzaken heeft de rechter, anders dan in burgerlijke zaken, de 'uitweg' van vrijspraak. Vgl. J.F. Nijboer en J.C. Jarigsmas, *De Materieel waarheid in het straf(proces)recht*, in: Bewijzen en beslissen, Y.E. Schuurmans (red.), Kluwer 2006, p. 29.

42 Supreme Court of the United States, 4 november 1997, 522 U.S. 3 (1997).

43 Gerecht van eerste aanleg van 27 september 2006 (GlaxoSmithKline Services Unlimited/Commissie), T-168/01, *Jur.* 2006, p. II-2969.

44 Supreme Court of the United States, 28 juni 2007 (Leegin Creative Leather Products Inc. v. PSKS), 551 US (2007).

45 Een tendens waaraan ook het Hof van Justitie, evenals het CBb met zijn uitspraken in zaken *Modint* (CBb, 28 oktober 2005 L/JN AU5316) en *Secon* (CBb, 7 december 2005 L/JN AU8309), zelf een steentje heeft bijgedragen, bijvoorbeeld bij de toetsing van concentratiebesluiten van de Commissie. Men kan deze tendens ook als 'evidence based' (of 'warranted') duiden, beslissingen dienen op kennis en niet op veronderstellingen te worden gebaseerd. Als civilist relateert Asser het belang van de feiten door erop te wijzen dat ontzettend veel recht wordt gedaan op basis van veronderstellingen, wat zijns inziens efficiënt en volstrekt logisch is en alles heeft te maken 'met het argument dat altijd boven het feit gaat'. W.D.H. Asser, *Ten Afscheid*, in: Bewijzen en beslissen, Y.E. Schuurmans (red.), Kluwer 2006, p. 55.

gebruik van het aloude, dogmatische, label 'strekking-beperking'. En dat nog wel met een vraag van zeer algemene strekking (*Welke criteria moeten bij de toepassing van artikel 81, eerste lid, EG worden gehanteerd bij de beoordeling of...*) in de bijzondere - en lastige - context van de onderling afgestemde feitelijke gedraging. Het is afwachten of het Hof van Justitie zich op deze pertinente vraag van het CBb laat verleiden tot een even pertinent antwoord.

Samenhang tweede en derde prejudiciële vraag CBb

Reeds in eerste aanleg hadden KPN, Vodafone en T-Mobile aangevoerd dat 'omkering van de bewijslast' ten aanzien van het aannemen van het vereiste causaal verband tussen de (beweerde) afstemming en het daaropvolgend marktgedrag alleen toepasbaar is in gevallen waarin sprake is van langdurige en regelmatige afstemming tussen partijen. In hoger beroep heeft T-Mobile gesteld,⁴⁶ onder verwijzing naar de conclusie van Advocaat-Generaal Cosmas bij het Anic-arrest, het onschuldbeginsel in art. 6 lid 2 EVRM en het vereiste dat het bewijs boven elke redelijke twijfel verheven moet zijn, dat er voor het CBb voldoende aanleiding bestond terzake prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie voor te leggen. De overweging van het Hof van Justitie in de Anic-zaak waar het hier om gaat luidt (randnr. 121):

'Enerzijds worden de ondernemingen die aan de afstemming deelnemen en op de markt actief blijven, vernoemd - behoudens door de betrokken ondernemers te leveren tegenbewijs -, bij de bepaling van hun gedrag op de markt rekening te houden met de met hun concurrenten uitgewisselde informatie. Dit geldt te meer, wanneer de afstemming gedurende een lange periode en met een zekere regelmaat heeft plaatsgevonden, hetgeen volgens de vaststellingen van het Gerecht in casu het geval was.'

Het CBb overweegt⁴⁷ dat het beroep dat T-Mobile en KPN op het Anic-arrest hebben gedaan twee vragen aan de orde stelt. In de eerste plaats is dat de vraag (i) of de bewijsregel uit het arrest-Anic specifiek betrekking heeft op de toepassing van de Europese mededingingsregels door de Commissie dan wel ook bindend is voor de nationale autoriteiten met terzijdestelling van eventueel andersluidende nationale regels inzake het bewijsrecht, als zij bepalingen van het communautaire mededingingsrecht, of bepalingen van het nationaal mededingingsrecht die verwijzen naar het Europese mededingingsrecht, toepassen. *Als deze vraag bevestigend wordt beantwoord* dient zich vervolgens de vraag aan (ii) of het hiervoor bedoelde bewijsvermoeden uitsluitend aan de orde is als het twee of meer bijeenkomsten betreft, of althans samenwerking, die niet beperkt is gebleven tot één op zich staande uitwisseling van informatie. Het CBb is van oordeel dat deze beide vragen niet eenduidig kun-

nen worden beantwoord en acht het daarom geraden deze vragen aan het Hof van Justitie voor te leggen.

Tweede prejudiciële vraag CBb: regel van communautair bewijsrecht versus nationale procedurele autonomie

Gemeenschapsregeling of nationale procedurele autonomie?

Als inleiding op de tweede prejudiciële vraag overweegt het CBb⁴⁸ dat uit rechtspraak van het Hof van Justitie volgt⁴⁹ dat het *bij het ontbreken van een gemeenschapsregeling* een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat is om de bevoegde rechter aan te wijzen en de procesregels te geven voor rechtsvorderingen die ertoe strekken, *de rechten te beschermen die justitiabelen aan het gemeenschapsrecht ontnemen*, mits die regels niet ongunstiger zijn dan voor soortgelijke nationale vorderingen gelden (gelijkwaardigheidbeginsel), en zij de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidbeginsel). Het CBb overweegt dat dit *uitgangspunt van de nationale procedurele autonomie*⁵⁰ ook kan worden gehanteerd door de Nederlandse bestuursrechter bij zijn beoordeling of de NMa aannemelijk heeft gemaakt dat sprake is van een causaal verband tussen afstemming en marktgedrag, in welk geval aan het door het Hof van Justitie in de Anic-zaak geformuleerde bewijsvermoeden geen betekenis zou toekomen. Het nationale procesrecht bepaalt de bewijsmiddelen en de bewijsstandaard. Volgens het CBb kan over deze benadering en interpretatie van artikel 81 lid 1 EG evenwel worden getwijfeld 'omdat ook zou kunnen worden gemeend dat het bewijsvermoeden zoals is geformuleerd in het arrest Anic, besloten ligt in het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging zoals dat in art. 8[1], eerste lid, EG wordt gehanteerd. Deze laatstgenoemde benadering zou meebrengen dat ook nationale autoriteiten en [de] nationale rechter dienen uit te gaan van dit bewijsvermoeden. Eenzelfde resultaat zou kunnen volgen uit de opvatting dat het doel van de communautaire mededingingsregel niet doeltreffend kan worden bereikt als degene die stelt dat sprake is van een inbreuk op art. 81, eerste lid, EG - zoals in dit geval de nationale mededingingsautoriteit - gehouden is aannemelijk te maken dat sprake is van een causaal verband tussen afstemming en

46 Rov. 4.

47 Rov. 9.5.5.2.

48 Rov. 9.5.5.2.1.

49 Het CBb verwijst naar het recente arrest van het Hof van 7 juni 2007, gevoegde zaken C-222/05 tot en met C-225/05 (J. van der Weerd e.a.), n.n.g., punt 28 e.v.

50 Vergelijk de door de Nederlandse wetgever met de Mededingingswet nagestreefde parallelle van nationale en het communautaire mededingingsrecht, welke volgens Rechtbank Rotterdam, 13 november 2002, MEDED 01/1913-SIMO (X/NMa) LJN AR4238, in beginsel slechts op het materiële recht zag.

marktgedrag.' Het CBb formuleert vervolgens de navolgende prejudiciële vraag:

'Moet artikel 81 EG aldus worden uitgelegd dat bij toepassing van deze bepaling door de nationale rechter, het bewijs van causaal verband tussen onderlinge afstemming en marktgedrag moet worden geleverd en beoordeeld overeenkomstig de regels van het nationale recht, mits die regels niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke nationale vorderingen gelden, en zij de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken?'

Wat opvalt is dat het CBb zijn vraag algemeen heeft geformuleerd. Het CBb rept over de toepassing van art. 81 lid 1 EG 'door nationale autoriteiten en de nationale rechter' zonder daarbij bijvoorbeeld onderscheid te maken tussen de toepassing door de civiele rechter dan wel de bestuursrechter. Evenmin refereert het CBb in zijn vraag aan het onderscheid tussen bestuursbesluiten op aanvraag enerzijds en ambtshalve bestuursbesluiten anderzijds. Dit valt in zoverre te begrijpen dat art. 81 lid 1 EG een rechtstreeks werkende verdragsbepaling is die zowel in procedures voor de civiele rechter als in procedures voor de bestuursrechter kan worden ingeroepen of een rol kan spelen. De vraag is mijns inziens echter of van het Hof van Justitie mag of kan worden verwacht dat het in deze lastige problematiek een uitspraak zal doen met universele werking. Om een parallel te trekken: in de Eco Swiss-zaak,⁵¹ die de toepassing van het communautaire kartelverbod in het kader van de toetsing van een arbitrale uitspraak door de civiele rechter betrof, heeft het Hof art. 81 EG aangemerkt als een bepaling van 'openbare orde' in de context van de vernietiging van een arbitraal vonnis op grond van art. 1065 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

Bewijsrecht en waarheidsvinding

Het bewijsrecht kent vier hoofdthema's: de bewijsomvang, de bewijslastverdeling, de bewijsmiddelen en de bewijswaardering. Voor elk van deze thema's geldt dat sprake is van beïnvloeding door het EG-recht.⁵² Voor de bewijslastverdeling geldt dat in art. 2 van Verordening (EG) 1/2003 is bepaald dat 'in alle nationale of communautaire procedures tot toepassing van artikel 81' de partij of (mededingings)autoriteit die beweert dat een inbreuk op art. 81 lid EG is gepleegd de bewijslast van die inbreuk dient te dragen.⁵³ Hier kan nog aan worden toegevoegd dat in de vijfde considerans van Verordening (EG) 1/2003 wordt overwogen dat de verordening geen afbreuk doet aan de nationale voorschriften inzake 'de bewijsstandaard',⁵⁴ wat een (vlaams) anglicisme voor 'standard of proof' is en dus betrekking lijkt te hebben op het hiervoor reeds besproken toetsingskader. Intussen volgt reeds uit het arrest van het Hof van Justitie in de

Rhein-zink-zaak dat het vereiste bewijs 'precise and coherent'⁵⁵ moet zijn.

In het straf(proces)recht en in het punitieve bestuurs(proces)recht staat de waarheidsvinding centraal.⁵⁶ op basis van de materiële waarheid⁵⁷ moet recht worden gedaan. Het streven naar de materiële waarheid wordt door het recht op twee manieren gekanaliseerd. In de eerste plaats door het materiële recht en in de tweede plaats door het procesrecht. Zowel het *investigandum* als het *probandum* (bewijsomvang) worden door het materiële recht gedictieerd.⁵⁸ Hier wordt door het CBb rechtstreeks aan gerefereerd met de hiervoor aangehaalde overweging dat het bewijsvermoeden zoals geformuleerd in het Anic-arrest mogelijk besloten ligt in het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging uit art. 81 lid 1 EG. Als het Hof van Justitie voor dit anker gaat liggen, zijn we betrekkelijk snel klaar en blijft ons de nodige procesrechtelijke problematiek bespaard. Hierbij speelt dan nog wel de vraag of het hanteren van het Anic-bewijsvermoeden verenigbaar is met het onschuldigbeginsel van art. 6 lid 2 EVRM. (Deze vraag komt hierna, bij de bespreking van de derde prejudiciële vraag van het CBb, nog aan de orde.) Als het Hof van Justitie daarentegen voor het anker van de communautaire beïnvloeding van het nationale procesrecht gaat liggen, rijzen, zoals steeds, allerlei lastige vragen van procesrechtelijke aard, zulks niet in de laatste plaats vanwege de relevantie van art. 6 EVRM omdat het *in casu* gaat om de rechterlijke beoordeling van de rechtmatigheid van een punitief sanctiebesluit.⁵⁹

51 HvJ EG 1 juni 1999, zaak C-126/97 (Eco Swiss/Benetton), *Jur.* 1999, p. I-3055, *NJ* 2000, 339. m.nt. HJS.

52 J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, Tweede druk, Nijmegen 2002, p. 353. Hieraan kan worden toegevoegd dat in het gemeenschapsrecht het beginsel van de 'vrije bewijslevering' geldt; Gerecht van eerste aanleg EG, 8 juli 2004, gev. zaken T-67 en 68/00 en T-71/00 en 78/00 (JFE e.a./Commissie), *Jur.* 2004, p. II. 2501, randnr. 273.

53 Daaraan wordt toegevoegd dat de onderneming of ondernemersvereniging die zich op art. 81 lid 3 EG beroept daarentegen de bewijslast dat aan de voorwaarden van deze bepaling is voldaan, dient te dragen. Zie voor dit laatste ook het recentelijk ingevoerde art. 6 lid 4 Mw.

54 Vgl. W.A.J. van Lierop en E.H. Pijnacker Hordijk, *Privaatrechtelijke aspecten van het mededingingsrecht, Preadvies 2007 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer 2007, p. 68 e.v.

55 HvJ EG 28 maart 1984, gev. zaken 29 en 30/83, *Jur.* 1984, 1679, randnr. 26. Of 'sufficiently precise and consistent'; zie Gerecht van eerste aanleg 8 juli 2004, gev. zaken T-67 en 68/00 en T-71/00 en 78/00 (JFE e.a./Commissie), *Jur.* 2004, p. II. 2501, randnr. 179.

56 Zie bijvoorbeeld J.F. Nijboer en J.C. Jarigmsma, t.a.p., p. 23.

57 In tegenstelling tot de formele, of relatieve, waarheid van het burgerlijk procesrecht, die een uitvloeisel is van de partij-autonomie.

58 Vgl. J.F. Nijboer en J.C. Jarigmsma, t.a.p., p. 25.

59 En, kan daaraan worden toegevoegd, dreigt er een discrepantie te ontstaan tussen de toepassing van art. 81 EG enerzijds en art. 6 Mw anderzijds.

Derde prejudiciële vraag CBb: bewijsvermoeden bij eenmalige afstemming (Anic-revisited)

Het CBb overweegt met betrekking tot het al of niet toepassen van het bewijsvermoeden dat van belang is dat uit de vaststaande feiten bleek dat Anic betrokken was geweest bij een aantal opvolgende bijeenkomsten.⁶⁰ Voorts overweegt het CBb dat het vermoeden dat sprake is van causaal verband onder deze omstandigheden gerechtvaardigd lijkt omdat niet voor de hand ligt dat deelname aan bijeenkomsten als in de Anic-zaak aan de orde, wordt voortgezet indien deze bijeenkomsten geen feitelijk effect hebben op marktgedrag.⁶¹ Hierop laat het CBb de overweging volgen dat uit het arrest van het Hof niet duidelijk blijkt of het bewijsvermoeden alleen geldt als sprake is van deelname aan een serie van bijeenkomsten met een onwettig doel⁶² of ook van toepassing is als de deelname beperkt is gebleven tot één geïsoleerde bijeenkomst.⁶³ Hierbij wijst (ook) het CBb op de conclusie van A-G Cosmas in de Anic-zaak, die onder meer had gesteld:⁶⁴

‘Wat moet worden bewezen door de degene die de bewijslast draagt, is niet in abstracto te bepalen, maar afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval. Wat de onderhavige zaak betreft wil ik het volgende zeggen: het geval waarin een ondernemer aan één enkele bijeenkomst met een onwettig doel deelneemt, verschilt van dat waarin hij een reeks gelijksoortige bijeenkomsten bijwoont die zich over verscheidene jaren uitstrekken, zoals in casu. In dat laatste geval is het bewijs van zijn aanwezigheid op de achtereenvolgende bijeenkomsten met telkens hetzelfde onwettige doel op zich reeds voldoende om het oordeel te wettigen, dat de Commissie de deelneming aan de inbreuk in beginsel rechtens genoegzaam heeft aangetoond.’ (cursivering LK)

Het CBb vindt in een en ander voldoende aanleiding tot het stellen van de volgende prejudiciële vraag:

‘Geldt bij de toepassing van het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging in artikel 81 EG het vermoeden van causaal verband tussen afstemming en marktgedrag steeds ook indien de afstemming éénmalig is en de onderneming die aan de afstemming deelneemt op de markt actief blijft, of slechts in die gevallen waarin de afstemming gedurende een lange periode en met zekere regelmaat heeft plaatsgevonden?’

Feitelijk bewijsvermoeden⁶⁵

Als een bewijsvermoeden (*presumptio*) wordt gehanteerd, wordt uit een bekend feit een onbekend feit *afgeleid*. Dit is een vorm van indirecte, of middellijke, bewijsvoering. Hierbij wordt in de literatuur onderscheid gemaakt tussen wettelijke of rechtsvermoedens (*presumptio iuris*) en rechterlijke of feitelijke vermoedens (*presumptio facti*) en tussen onweerlegbare (wettelijke) vermoedens (*presumptio iures et de iure*)

en weerlegbare (wettelijke) vermoedens (*presumptio iuris tantum*). Het burgerlijk recht kent tal van al dan niet weerlegbare (wettelijke) vermoedens.⁶⁶ In art. 1959 BW (oud) werd bepaald dat andere dan wettelijke vermoedens aan het oordeel en aan de voorzichtigheid van de rechter worden overgelaten, die echter op geen andere vermoedens letten mag dan op die welke gewichtig, nauwkeurig, bepaald en met elkaar in overeenstemming zijn. Een aansporing dus tot grote voorzichtigheid.⁶⁷

Aangezien art. 81 EG niet rept over het hanteren van een bewijsvermoeden is *in casu* derhalve sprake van een niet-wettelijk feitelijk vermoeden. De toepassing als zodanig van het Anic-vermoeden is in deze procedure echter niet ter discussie gesteld. Dat is in zoverre opvallend omdat het toepassen van een bewijsvermoeden op gespannen voet lijkt te staan met het onschuldbeginsel (de *presumptio innocentiae*) van art. 6 lid 2 EVRM en art. 14 lid 2 IVBPR. Voor het EHRM was dit beginsel in de Salabiaku-zaak⁶⁸ reden om bewijsvermoedens in de sfeer van vervolgingen (*criminal charges*), slechts dan toelaatbaar te achten indien (i) het vermoeden *door de wetgever wettelijk is vastgelegd*⁶⁹ en (ii) de rechter bij de toepassing ervan *de rechten van de verdediging het volle pond geeft*, hetgeen onder meer betekent (iii) dat het *vermoeden van schuld weerlegbaar* moet zijn. In de woorden van het EHRM (rov. 28).

60 Rov. 9.5.5.2.2.

61 Het CBb lijkt hier uit te gaan van eenzelfde soort ervaringsregel, of vermoeden, als ten aanzien van de beoordeling van strekkingsbedingen (vgl. rov. 9.5.3.3.).

62 Het onderscheid tussen de beweerde *afstemming* en het vereiste *causale verband* tussen afstemming en marktgedrag dient uiteraard steeds goed uit elkaar te worden gehouden. Pas wanneer is vastgesteld dat van afstemming sprake is geweest, komt men aan het vaststellen van het vereiste causaal verband tussen afstemming en marktgedrag toe.

63 Rov. 9.5.5.2.2. In de op rechtspraak.nl gepubliceerde versie van de uitspraak komt in de desbetreffende overweging een dubbele negatie voor (2 x niet), wat één keer teveel lijkt.

64 Conclusie AG Cosmas, zaak C-49/92P (Anic), randnrs. 56-60.

65 Zie over de verdeling van bewijslast en bewijsregels, zowel in het algemeen als ten aanzien van de meer economische benadering van het mededingingsrecht de recente paper van L.Y.J.M. Parret van TILEC (Tilburg Law and Economics Center): Laura Parret, Sense and Nonsense of Rules on Proof in Cartel Cases (January 2008). TILEC Discussion Paper No. 2008-004 Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1088959>

66 Zie bijvoorbeeld Pitlo/Hidma & Rutgers, *Bewijs* (Kluwer 2004), randnrs. 20-23.

67 Aldus Pitlo/Hidma & Rutgers, a.w., randnr. 24. Zij benadrukken dat de jurisprudentie onder art. 1959 BW (oud) na de invoering van de vrije bewijsleer in art. 152 lid 2 Rv ('De waardering van het bewijs is aan het oordeel van de rechter overgelaten, tenzij de wet anders bepaalt') haar betekenis heeft behouden.

68 EHRM, 7 oktober 1988 (*Salabiaku vs Frankrijk*), CEDH, Serie A vol. 141-A, NJ 1991, 351, m.nt. EEA.

69 Deze eis hangt samen met het gegeven dat de plicht tot het garanderen van de nakoming van art. 6 lid 2 EVRM op de verdragsluitende rust. Het rechtsvermoeden van art. 56 lid 3 Mw is een voorbeeld van een wettelijk vermoeden: 'De raad legt geen boete op indien de natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend aannemelijk maakt dat hem van de overtreding geen verwijt kan worden gemaakt.'

'Art. 6 par. 2 does not therefore regard presumptions of fact or of law *provided for in the criminal law* with indifference. It requires States to confine them within reasonable limits which take into account the importance of what is at stake and maintain the rights of the defence.'⁷⁰ (cursivering LK)

Omdat het Anic-vermoeden geen wettelijk vermoeden is, kan daarom naar mijn mening niet worden uitgesloten dat (het hanteren van) dit vermoeden in de context van een boetebe-sluit als het onderhavige als zodanig⁷¹ reeds in strijd is⁷² met art. 6 lid 2 EVRM of art. 14 lid IVBPR.

Weerlegbaarheid bewijsvermoeden

Dat het EHRM de eis van weerlegbaarheid stelt, is begrijpelijk. Als sprake zou zijn van onweerlegbaarheid van het vermoeden van causaal verband, zou immers in strijd met het Verdrag (art 81 EG) of de wet (art. 6 Mw) een (delicts-) bestanddeel, in casu van het kartelverbod respectievelijk het daarvan deel uitmakende o.a.f.g.-begrip, worden geëcarteerd. De eis van weerlegbaarheid kan worden gezien als een bevestiging van het gegeven dat uitsluitend wettelijke vermoedens in beginsel verenigbaar zijn met art. 6 lid 2 EVRM. Los hiervan rijst de vraag wat ter weerlegging van het Anic-vermoeden moet worden gesteld en eventueel bewezen. Anders gezegd: moet tegenbewijs worden geleverd van een voorschijn vaststaand feit, of gaat het slechts om het weerleggen van het gehanteerde vermoeden?⁷³ Mijns inziens zijn op deze vraag ten minste vier antwoorden denkbaar: (i) het leveren van tegenbewijs van de afstemming (en de vereiste wederkerigheid, zie hierboven); (ii) het leveren van tegenbewijs van het veronderstelde causaal verband, oftewel: bewijs van (het negatieve feit van) het ontbreken daarvan; (iii) ontkrachting van het vermoeden van causaal verband door het leveren van het bewijs van aan dit vermoeden contraire feiten en omstandigheden; en (iv) ontkrachting van het vermoeden van causaal verband door het wijzen op aan dit vermoeden contraire feiten en omstandigheden. De eerste en de tweede maatstaf zouden beide, alternatief, kunnen worden aangelegd. In beide gevallen geldt dat de zaak voor de NMa stuk is wanneer het bedoelde tegenbewijs geleverd wordt geacht. De derde en vierde maatstaf gaan – vanuit het perspectief van de verdachte – beduidend minder ver, waarbij evident is dat de vierde maatstaf voor de verdachte het gunstigst is. Bij ontkrachting van het vermoeden geldt dat de NMa zelf alsnog het (positieve) bewijs van causaal verband tussen afstemming en marktgedrag zal hebben te leveren alvorens een inbreuk kan worden vastgesteld en eventueel een boete kan worden opgelegd. In het licht van de onschuldpresumptie van art. 6 lid 2 EVRM is de vierde maatstaf mijns inziens het meest passend. Wanneer wordt gekozen voor deze maatstaf, wordt bovendien aangesloten bij de op de onschuldpresumptie van art. 6 EVRM gebaseerde Meer en Vaart-jurisprudentie uit het strafrecht,⁷⁴ welke jurisprudentie inhoudt dat de strafrechter, vóórdat hij tot een veroordeling kan concluderen, de aannemelijkheid dient te beoordelen van een door de verde-

diging geschetst *alternatief scenario* dat niet in strijd is met de door de rechter gebezigde bewijsmiddelen, maar – indien juist – onverenigbaar zou zijn met de bewezenverklaring.⁷⁵

Welk standpunt neemt de NMa in ten aanzien van de weerlegbaarheid? In het primaire besluit lijkt de NMa de eerste hiervoor genoemde maatstaf te hanteren (randnr. 95):⁷⁶ 'Deze stelling kan geen stand houden. Het bewijs van de afstemming tussen de op de bijeenkomst aanwezige operators vloeit reeds voort uit de hiervoor weergegeven verklaringen en documenten. In deze situatie kunnen de operators niet volstaan met het geven van een *alternatieve uitlegging* voor gelijklopend marktgedrag [vgl. de Meer en Vaartjurisprudentie; LK], maar dienen zij de door de d-g NMa aan de hand van verklaringen en documenten aangetoonde *afstemming* [cursivering LK] gemotiveerd te weerleggen.' Omdat *in casu* sprake was van uitwisseling over aangenomen of voorgenoemen marktgedrag vallen, althans in de visie van de NMa, de afstemming en het daaropvolgende markt-

70 Het EHRM had daar – onder verwijzing naar de *Sunday Times*-zaak (26 april 1979; NJ 1980, 146, m.nt. E.A. Alkema) – nog aan vooraf laten gaan dat 'Art. 6 (...) by protecting the right to a fair trial and in particular the right to be presumed innocent, is intended to enshrine the *fundamental principle of rule of law*'.

71 Zie bijvoorbeeld: (i) G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, vijfde druk, 2005, p. 59 (onder verwijzing naar de Salabiaku-zaak): 'dat het EHRM, nadat eenmaal een materieel feit is aangetoond, omkering van de bewijslast heeft toegelaten, indien het aldus *door de wetgever* geschapen vermoeden van schuld maar weerlegbaar is'; (ii) J. Vande Lanotte en Y. Haecck (ed.), *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijs Commentaar, Antwerpen – Oxford* [jaartal], p. 557-558: 'dat feitelijke en rechtsvermoedens (...), in strafzaken omwille van art. 6 para. 2 EVRM *alleen door de wetgever* kunnen ingevoerd worden binnen redelijke grenzen (...);' en (iii) het Belgische Grondwettelijk Hof (Arbitragehof), 11 juni 2003, rolnr. 812003;2443, N-20030611-10, 'Wettelijke vermoedens zijn in beginsel niet strijd met [art. 6 EVRM]'. Zie voor uitvoerige kritiek op het Anic-arrest Thomas W. Wessely, *Case C-49/92P Comission v. Anic* [1999] ECR I-4125, *Case C-199/92P Hüls v. Commission*, [1999] ECR I-4287, *case C-235/92P (Montecatini v. Commission)*, [1999] ECR I-4539; *judgments of 8 July 1999 (together: Polypropylene appeal cases)*, (2001) 38 CMLR 38: 739-765.

72 Dit aspect, waar een *fundamental principle of rule of law* mee gemeoid is, lijkt na terugverwijzing van de zaak door het Hof van Justitie naar het CBG alsnog aan de orde te kunnen komen.

73 Voor de tweede mogelijkheid lijken te kiezen: M. Siragusa en C. Rizza (ed.), *EU Competition Law*, volume III, *Cartel Law*, Claeys & Casteels, 2007, p. 26, en: J.M. Joshua, *Proof in Contested EEC Competition Cases, A Comparison with the Rules of Evidence in Common Law*, ELRev. (1987), 12 (5), p. 321, onder verwijzing naar de conclusie van AG Sir Gordon Slynn in de MDF-zaak.

74 Hoge Raad 1 februari 1972, AA 1972, 514 (Meer en Vaart).

75 In vergelijkbare zin Hof van Justitie, 28 maart 1984, gev. zaken 29 en 30/83, (Rhein-zink), *Jur.* 1984, 1679, randnr. 16: 'De Commissie gaat er in haar redenering van uit dat de vastgestelde feiten alleen hun verklaring kunnen vinden in een gedragsafstemming van de beide ondernemingen. Zulk een betoog leidt ertoe dat verzoeksters kunnen volstaan met het inroepen van omstandigheden die op de door de Commissie gestelde feiten een ander licht werpen en voor die feiten een verklaring kunnen bieden, die voor de in de bestreden beschikking gegeven verklaring in de plaats kan treden.' Zie over dit arrest ook M.B.W. Biesheuvel, *Artikel 6 van de Europese Conventie voor de Rechten van de Mens en het gemeenschapsrecht*, Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Europees Recht 1988, Sociaal-Economische Wetgeving 1988, p. 692.

76 Besluit 30 december 2003, randnr. 95.

gedrag samen.⁷⁷ Ofwel: als de afstemming bestaat uit uitwisseling van aangenomen of voorgenomen marktgedrag is het causaal verband tussen afstemming en marktgedrag een (de facto) onweerlegbaar gegeven.⁷⁸ In de procedure voor de rechtbank heeft de NMa daaraan nog de bewijsprognose toegevoegd⁷⁹ 'dat het vrijwel uitgesloten is dat eiseressen er in slagen aan te tonen dat met de uitgewisselde informatie op generlei wijze rekening is gehouden bij het bepalen van het marktgedrag'.⁸⁰

Nederlands bestuurs(proces)recht

In de systematiek van de Awb is het onderhavige boetebesluit een ambtshalve besluit ter zake waarvan de bewijslast op de voet van art. 3:2 Awb op het bestuursorgaan rust. In hoeverre de bestuursrechter daarbij gebruik mag maken van bewijsvermoedens is niet duidelijk. In het bestuursrecht geldt de 'vrije bewijsleer' en bestaan maar weinig harde wettelijke regels van formeel of materieel bewijsrecht⁸¹ In dit verband is wel opgemerkt dat de materiële waarheid geen bewijsregels verdraagt,⁸² waarmee wordt bedoeld dat bewijsregels de waarheid geen, althans niet te veel, geweld aan mogen doen.

Slot: tijdsverloop en rente-problematiek

De onderhavige zaak illustreert dat het vaststellen van een boetebesluit door de raad van bestuur van de NMa, evenals het procederen daarover, een kwestie van lange adem is. In dit geval maakt de hoogte van de boetes dat met name de ondernemingen er een groot belang bij hebben de zaak zorgvuldig uit te procederen. Vanwege het renterisico gedurende de fase van het (hoger) beroep maakt diezelfde hoogte van de boete echter ook dat met name diezelfde ondernemingen er een groot belang bij hebben dat in elk geval in (hoger) beroep voortvarend wordt geprocedeerd en beslist. Vanwege het renterisico had T-Mobile de door NMa opgelegde boete hangende het beroep eigener beweging reeds voldaan.⁸³ Het verzoek van T-Mobile, na de gunstige uitspraak van de rechtbank, om een voorlopige voorziening ertoe strekkende dat de NMa het door haar ontvangen bedrag aan rente aan T-Mobile moest terugbetalen, werd door het College afgewezen.⁸⁴ Het College heeft daar in zijn uitspraak van 31 december 2007 nog aan toegevoegd dat wanneer T-Mobile meent jegens de NMa een vordering uit onverschuldigde betaling te hebben, zij zich niet tot de bestuursrechter maar tot de burgerlijke rechter dient te wenden.⁸⁵

Naar verluidt hebben partijen (en de lidstaten) hun standpunten in de verwijzingszaak inmiddels al ingediend. Het Hof van Justitie lijkt daarmee toch nog enige vaart achter de zaak te zetten.

-
- 77 In de visie van de NMa lijkt derhalve niet zo zeer sprake te zijn van de toepassing van een (al of niet weerlegbaar) vermoeden, maar eerder van (een andere) invulling van het begrip afstemming.
- 78 Uit het BAC-advies (randnr. 67) blijkt dat de NMa dit standpunt in bezwaar heeft gehandhaafd. In zaak 1615 (*Fietsfabrikanten*), besluit d.d. 21 april 2004, randnr. 156, oordeelde de NMa in dezelfde zin.
- 79 Het is vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dat de civiele feitenrechter zich niet mag overgeven aan, of baseren op, een bewijsprognose.
- 80 Rb. Rotterdam 13 juli 2006 (*LJN AY4035*); rov. 2.6.2 (*M&M* 2006, p. 228, r.k. onderaan). Niet duidelijk is of de NMa dit standpunt reeds in het primaire besluit d.d. 30 december 2003 innam (randnr. 95): 'Deze stelling kan geen stand houden. Het bewijs van de afstemming tussen de op de bijeenkomst aanwezige operators vloeit reeds voort uit de hiervoor weergegeven verklaringen en documenten. In deze situatie kunnen de operators niet volstaan met het geven van een alternatieve uitlegging voor gelijklopend marktgedrag, maar dienen zij de door de d-g NMa aan de hand van verklaringen en documenten aangetoonde afstemming gemotiveerd te weerleggen.'
- 81 Dit lijkt een actieve rechter te veronderstellen; vgl. art. 8:69 lid 3 Awb: de bestuursrechter mag de feiten aanvullen. Zie: O.W. Brouwer, *Bewijsproblemen bij de toepassing van het EG-mededingingsrecht in de nationale context*, in: Europees bewijsrecht: een verkenning, S. Prechal; en L. Hancher (red.), Kluwer-Deventer 2001, p. 104.
- 82 Y.E. Schuurmans, 'De behoefte aan bewijsregels in het bestuursrecht', in: *De Materiële waarheid in het straf(proces)recht*, in: Bewijzen en beslissen, Y.E. Schuurmans (red.), Kluwer 2006, p. 33, onder verwijzing naar het preadvies voor de VAR uit 1978 van A.G. van Galen en H.Th.J.F. van Maarseveen, *Beginselen van administratief procesrecht*, Alphen aan den Rijn 1978, p. 50.
- 83 T-Mobile heeft blijkbaar geen enkel renterisico willen lopen. Over de exacte uitleg van het regiem van art. 63 lid 1 Mw (oud) en art. 67 lid Mw (oud), onder welk regiem de opeisbaarheid van de boete was gekoppeld aan de *inwerkingtreding* van de boetebeschikking en bezwaar en beroep schorsende werking hadden, wordt nog steeds geprocedeerd. Het tegen het arrest van het gerechtshof te 's-Gravenhage d.d. 25 januari 2007, rolnr. 06135 (NEA/Staat der Nederlanden) aangetekende cassatieberoep hangt nog. Sinds de inwerkingtreding van de Wet tot wijziging van de Mededingingswet op 1 oktober 2007 is in art. 67 lid Mw bepaald dat een door de NMa opgelegde boete moet worden betaald 'binnen dertien weken nadat de beschikking waarbij de boete is opgelegd bekend is gemaakt'. Op grond van art. 67 lid 2 Mw wordt de boete vermeerderd met de wettelijke rente, te rekenen vanaf de dag waarop de termijn van dertien weken is verstreken.
- 84 CBb 9 februari 2007, 06/897, LJN: AZ9450.
- 85 Het hernieuwde verzoek van T-Mobile om een voorlopige voorziening – ditmaal ex art. 8:72 lid 5 Awb – werd daarom door het College afgewezen; rov. 9.9 van de uitspraak d.d. 31 december 2007.