

# Kroniek

## Kroniek Nederlands mededingingsrecht 2009

Regelgeving, mededingingsafspraken, machtsposities en procedurele aangelegenheden

Mr. C.T. Dekker en mr. A.B.B. Gelderman\*

### Inleiding

68

Het jaar 2009 kan de mededingingsrechtelijke boeken in als een jaar waarin de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) op vele fronten actief was.<sup>1</sup> Zo werden boetes opgelegd in de schildersbranche en aan distributeurs van zwembadchloor en deed de NMa onder meer onderzoeken in de bouw-, meel- en groente- en fruitsector. Ten opzichte van 2008 verdubbelde het aantal zaken waarin een boete werd opgelegd van zes naar twaalf. Vier van deze zaken hadden betrekking op procedurele boetes (niet meewerken, onjuiste gegevens verstrekken in het kader van een concentratiemelding). Boetes voor overtredingen van de materiële voorschriften hadden alleen betrekking op bid-rigging in de schildersbranche en het zwembadchloorkartel. Het totale bedrag aan boetes halveerde van 9 tot 4,5 miljoen. Dat totaal wordt dan vooral bepaald door de 3,1 miljoen euro voor het zwembadchloorkartel.

Tegenover de daling van het boetetotaal staat weer een verhoging van het aantal rapporten van 11 in 2009 naar vijftien in 2010. Naar verwachting zal de trend van een toenemend aantal boetes dan ook doorzetten. Naar verluidt lopen er voorts onderzoeken in de thuiszorg naar veertig organisaties en zijn er nog eens zeventig 'leads'

in deze sector. Of deze leads en onderzoeken tot boetes leiden valt vanzelfsprekend nog niet te voorspellen. De zorg blijft hoe dan ook een van de aandachtsvelden van de NMa, ook voor de komende tijd.<sup>2</sup>

Ook in de mededingingsrechtelijke beroepsprocedures bij de Rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb) was er voldoende variëteit te onderkennen. Zo passeerden klachten over misbruik van een economische machtspositie van verzekeraars bij het contracteren van mondhygiënisten de revue, werd circa een twintigtal bouwfraudezaken beslecht en werd het bewijs voor een kartel in de installatiesector 'te dun' geacht.

In deze kroniek beperken wij ons daarom tot een overzicht van nieuwe regelgeving, (sanctie-) beschikkingen van de NMa in het kader van de artikelen 6 en 24 van de Mededingingswet (hierna: Mw) en mededingingsrechtelijke beroepsprocedures in 2009. Tevens worden enkele belanghebbende procedurele aangelegenheden besproken in deze kroniek. Nieuwe regelgeving, beschikkingen en beroepsprocedures op het gebied van energie en vervoer vallen buiten het bereik van deze kroniek. Dit geldt tevens voor regelgeving, beschikkingen en beroepsprocedures op het gebied van het concentratietoezicht.

\* Mr. C.T. Dekker is advocaat bij Nysingh advocaten en notarissen N.V. te Zwolle en is daarnaast hoofddocent aan de postdoctorale specialisatieopleiding Europees en Nederlands Mededingingsrecht van de Grotius Academie. Mr. A.B.B. Gelderman is advocaat bij Nysingh advocaten en notarissen N.V. te Zwolle.

1. Gemakshalve worden de Raad van Bestuur van de NMa en de NMa als organisatie in deze kroniek vereenzelvigd.

2. Zie aandachtspunten NMa-agenda 2010-2011.

## Veranderingen in regelgeving

### Nieuwe boetebeleidsregels<sup>3</sup>

Op 11 september 2009 heeft de minister van Economische Zaken op grond van artikel 5d Mw boetebeleidsregels voor de NMa vastgesteld, waaronder de eerder door de NMa zelf vastgestelde NMa boetecode 2007.<sup>4</sup> Hoewel op het eerste gezicht de beleidsregels van de minister de NMa meer *ruimte* geven om hogere boetes op te leggen aan ondernemingen die de Mededingingswet overtreden, zijn deze beleidsregels meer directief bedoeld. De beleidsregels komen voort uit het voornemen van de minister de scheiding tussen beleid en uitvoering aan te scherpen. Zoals de minister in de toelichting op de beleidsregels uitdrukkelijk opmerkt zijn de beleidsregels bedoeld om de NMa *zodanig richting te geven bij het uitoefenen van zijn bevoegdheid tot het opleggen van boetes dat de uitgangspunten van het high trust-beleid tot uitdrukking komen in het boetebeleid van de NMa*. Het is dus kennelijk de bedoeling dat de NMa ook daadwerkelijk zwaardere boetes gaat opleggen. Veelzeggend in dit verband is dat de minister in de toelichting erop wijst dat in de Algemene wet bestuursrecht wordt bepaald dat de hoogte van de boete moet worden afgestemd op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten, en opmerkt dat deze omstandigheden in de onderhavige beleidsregels verdisconteerd zijn in de systematiek bij beboeting. Zodat we er maar niet over twijfelen dat de op grond van de beleidsregels vastgestelde boetes afgestemd zijn op de ernst van de overtreding. Het is duidelijk dat dat oordeel niet bij de minister ligt, maar bij de rechter, die de hoogte van boetes naar onze mening vol dient te toetsen.<sup>5</sup>

De belangrijkste wijziging in de nieuwe boetebeleidsregels ten opzichte van de oude beleidsregels is dat de NMa voor zeer zware overtredingen van de Mededingingswet een basisboetetoeslag kan hanteren van maximaal 25 procent van de betrokken omzet die een onderneming in het laatste jaar van (deelname aan) de overtreding heeft behaald. Ook kan de NMa op basis van de nieuwe beleidsregels de boete met 100 procent verhogen als een onderneming eerder voor een vergelijkbare overtreding is beboet. Ten derde heeft de minister het maximum van de ernstfactor verhoogd van 3 naar 5. Voor het overige heeft de minister de oude boetesystematiek van de NMa Boetecode 2007 (in grote lijnen) in stand gelaten. De nieuwe beleidsregels worden door de NMa toegepast op feiten die zich na de inwerkingtreding van de

beleidsregels per 1 oktober 2009 hebben voorgedaan. Indien overtredingen voor die datum zijn begaan, zal de NMa de hoogte van de boete vaststellen op basis van de oude Boetecode. Voor een doorlopende overtreding, zal naar onze opvatting moeten gelden dat de Boetebeleidsregels 2009 alleen voor dat deel van de overtreding dat zich na genoemde datum heeft voorgedaan, kunnen worden toegepast.

### Nieuwe clementieregeling

De minister stelde eveneens op basis van artikel 5d Mw beleidsregels vast met betrekking tot het verlenen van clementie door de NMa, welke beleidsregels op 1 oktober 2009 in werking traden. De beleidsregels zijn niet ingegeven door een wens het clementiebeleid te veranderen, maar, net als de Boetebeleidsregels 2009, vanwege de wens een striktere scheiding tussen beleid en uitvoering aan te brengen. In de *Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken tot vermindering van bestuurlijke boetes betreffende kartels*<sup>6</sup> is aansluiting gezocht bij het model clementieprogramma van het netwerk van mededingingsautoriteiten binnen de Europese Unie. Op één onderdeel wijken de beleidsregels af van dit model. Bij één categorie van clementieverzoeken wordt niet automatisch een boetevermindering van 100 procent verleend, maar heeft de NMa een discretionaire bevoegdheid om een boetevermindering van 60 tot 100 procent toe te zeggen. Zodoende kan de NMa de informatie die de eerste clementieverzoeker aanlevert eerst beoordelen op de meerwaarde alvorens een 100 procent boetevermindering te geven. Dit zou er in de praktijk voor moeten zorgen dat een clementieverzoeker meer informatie zal overleggen dan wanneer hij automatisch zeker zou zijn van een boetevermindering van 100 procent. Of het risico dat men maar 60 procent korting in plaats van 100 procent vermindering krijgt, een stimulans is om überhaupt een clementieverzoek in te dienen, is natuurlijk de vraag. De Beleidsregels zijn van toepassing op clementieverzoeken die na 1 oktober 2009 zijn gedaan. Op clementieverzoeken die vóór de inwerkingtreding van deze beleidsregels zijn ingediend en op clementie die vóór de inwerkingtreding van deze beleidsregels is verleend, blijven de Richtsnoeren Clementie van de raad van toepassing.

### Beleidsregels combinatievorming

Op 1 oktober 2009 traden eveneens de beleidsregels van de minister van Economische Zaken inzake combinatieovereenkomsten in werking.<sup>7</sup> Deze beleidsregels ‘vervangen’ het *Besluit Vrijstelling Combinatieovereenkomsten*, dat per 1 januari 2009 is vervallen. De nieuwe beleidsregels beogen aan ondernemingen inzicht te

3. Beleidsregels van de minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de NMa 2009, *Stcrt.* 2009, 14079. Zie hierover ook: E.H. Pijnacker Hordijk in zijn redactioneel in *M&M* 2010, 1.

4. Boetecode van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 29 juni 2007, zoals gewijzigd bij besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 9 oktober 2007 (*Stcrt.* 2007, 123; *Stcrt.* 2007, 196).

5. Nog afgezien van de inherente afwijkingsbevoegdheid van art. 4:84 Awb, op grond waarvan de NMa van de beleidsregels kan afwijken als deze tot een onbillijk resultaat leiden.

6. Beleidsregels van de minister van Economische Zaken van 11 september 2009, nr. WJZ/9146574, tot vermindering van bestuurlijke boetes betreffende kartels (Beleidsregels van de minister van Economische Zaken tot vermindering van bestuurlijke boetes betreffende kartels).

7. Beleidsregels van de minister van Economische Zaken van 11 september 2009, nr. WJZ/9153048, met betrekking tot de toepassing door de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van artikel 6 van de Mededingingswet ten aanzien van combinatieovereenkomsten, *Stcrt.* 2009, 14082.

geven in welke gevallen combinatievorming is toegestaan en in welke gevallen niet. Een van de argumenten om de werking van het *Besluit Vrijstelling Combinatieovereenkomsten* niet te verlengen, was dat het Besluit een schijnzekerheid bood aan ondernemingen. Het zou ondernemingen doen vermoeden dat combinatievorming in (bijna) alle gevallen zou zijn toegestaan. Met de nieuwe beleidsregels ligt de nadruk op *self-assessment*. Ondernemingen moeten zelf – aan de hand van de beleidsregels – nagaan of combinatievorming al dan niet is toegestaan. De schijnzekerheid lijkt hiermee vervangen te zijn voor een daadwerkelijke onzekerheid. Het *self-assessment* vergt immers een beoordeling van de vraag of combinanten complementair zijn in hun activiteiten en wat hun marktaandeel is. Zolang niet duidelijk is of nu de markt aldus moet worden afgebakend dat het gaat om de vraag die een bepaalde aanbestedende dienst op dat moment uitoefent, of dat die markt geografisch groter kan zijn en wordt bepaald door – kort gezegd – het werkgebied van de combinanten, blijft ook een *self-assessment* met de beleidsregels in de hand risicovol.

### Toekomst: verruiming bagatel

Tot slot nog een initiatief dat (nog) niet tot wetgeving heeft geleid, maar wel nadrukkelijk in de belangstelling heeft gestaan in 2009: het initiatief wetsontwerp tot verruiming van de bagatel.

In maart 2009 heeft de Tweede Kamer met een grote meerderheid het initiatiefwetsontwerp aangenomen dat alle mededingingsbeperkende afspraken tussen ondernemingen met een (gezamenlijk) marktaandeel tot 10 procent uitzondert van toepassing van de Mededingingswet. Artikel 7 lid 2 Mw zou hiervoor gewijzigd moeten worden. Het is nog maar de vraag of dit initiatiefwetsvoorstel door de Eerste Kamer zal worden aangenomen, aangezien er aan deze verruiming van de bagatel nog meerdere onduidelijkheden kleven. Zo lijkt onder andere een discrepantie te ontstaan tussen Europees en nationaal mededingingsrecht, waarbij een afspraak onder het Europese mededingingsrecht niet zal zijn toegestaan, maar een afspraak onder nationaal mededingingsrecht wel.<sup>8</sup>

## Algemene begrippen

### Novum en formele rechtskracht

In twee vergelijkbare zaken, *Heijmans Beton & Waterbouw B.V.*<sup>9</sup> en *Nederlandse Vereniging voor Psychotherapie*<sup>10</sup> (hierna: NVP), kwamen de vragen aan de orde of (1) de NMa reeds opgelegde boetes moest heroverwegen omdat er sprake zou zijn van een novum in de zin van

artikel 4:6 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) en (2) het beginsel van formele rechtskracht zou moeten wijken voor een uitzonderingssituatie. Van een novum zou volgens Heijmans en de NVP sprake zijn, nu de NMa naar aanleiding van gevoerde beroepsprocedures tegen andere karteldeelneemders, ten aanzien van die karteldeelneemders had besloten af te zien van het opleggen van boetes.<sup>11</sup> In beide zaken werd geoordeeld dat geen sprake was van een novum, nu op grond van vaste rechtspraak latere rechtsoordelen niet als novum kunnen gelden. Van uitzonderingssituaties die kunnen inbreken op de formele rechtskracht was volgens de NMa ook geen sprake. In de latere rechtsoordelen waar partijen naar verwezen, werd volgens de NMa namelijk niet erkend dat de sanctiebesluiten onrechtmatig zouden zijn geweest. Daarnaast waren er in beide zaken geen dusdanig klemmende bijkomende omstandigheden aanwezig dat een uitzondering op het beginsel van formele rechtskracht moest worden aanvaard. Heijmans beriep zich er overigens op dat het handhaven van de boete strijdig zou zijn met het fundamentele rechtsbeginsel *geen straf zonder schuld*. De NMa oordeelde dat zij het na vernietiging van het besluit in de zaak *Solétanche Bachy France S.A.*<sup>12</sup> niet opportuun had geacht aanvullend onderzoek te verrichten. Daaruit zou volgens de NMa niet kunnen worden opgemaakt dat er gerede twijfel bestaat omtrent de 'schuld' van Heijmans. Dat oordeel lijkt ons terecht.

### Adressaten kartelverbod

Artikel 6 Mw richt zich primair tot de ondernemingen die participeren in een kartel. Sinds het *Treuhand*-arrest van 8 juli 2008 van het Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen (hierna: GvEA)<sup>13</sup> is duidelijk dat ook ondernemingen die een kartel actief en bewust ondersteunen het kartelverbod overtreden. Met andere woorden: ook ondersteunen is participeren. In de vier kartels in de schilderbranche paste de NMa deze regel toe op het door de schildersbedrijven ingeschakelde calculatiebureau Spegel.<sup>14</sup> Dit calculatiebureau had volgens de NMa de karteldeelneemders actief ondersteund, onder meer door besteksbesprekingen tussen de deelnemers te organiseren, deel te nemen aan deze gesprekken, de gemaakte afspraken in documenten vast te leggen en de nakoming van de afspraken in goede banen te leiden. De NMa beschouwt het calculatiebureau vanwege deze ondersteunende rol als participant in het kartel.<sup>15</sup> Daarbij volgt de NMa nauwkeurig de drie criteria die het Gerecht in het *Treuhand*-arrest noemde, namelijk een objectief criterium (waaraan reeds is voldaan als de onderneming stilzwijgend instemt met de mededingingsbeperkende handelingen of door van het kartel geen aangifte te doen bij de autoriteiten), een subjectief criterium (waaraan is voldaan als de onderneming

8. Deze onduidelijkheid en andere punten van kritiek zijn in 2009 verwoord onder andere door Pijnacker Hordijk: E.H. Pijnacker Hordijk, 'Initiatiefontwerp Tweede Kamer tot verruiming bagatelvrijstelling: het middel is erger dan de kwaal', *SEW* 2009-7/8.  
9. Besluit NMa 14 april 2009, zaaknummer 2906, *Heijmans Beton & Waterbouw B.V.*  
10. Besluiten NMa 8 juli en 11 november 2009, zaaknummer 6684, *Nederlandse Vereniging voor Psychotherapie*.

11. Besluit NMa 17 maart 2009, zaaknummer 3309, *NIP, LVE, NVVP*.  
12. Rb. Rotterdam 4 maart 2008, LJN BC8958.  
13. GvEA zaak T-99/04, *AC-Treuhand AG/Commissie*.  
14. Besluiten van 5 juni 2009, zaaknummers 6429 en 6431, *Kazerne 1 en Kazerne II* en Besluiten van 21 augustus 2009, zaaknummers 6492 en 6430, *De Tongelreep en Meiveld*. Overigens zijn in 2010 nog twee kartels in de schildersbranche bekend gemaakt op de website van de NMa.  
15. Deze sanctiebesluiten worden hierna inhoudelijk besproken.

gelet op haar wilsuiting wilde bijdragen tot de gemeenschappelijke doelstellingen van de mededingingsregeling), en een voldoende concreet verband tussen de (ondersteunende) activiteit en de mededingingsbeperking.

### Relevante markt

In de sanctiebesluiten in de schildersbranche viel ook de wijze waarop de NMa de relevante markt afbakende op. In de vier sanctiebesluiten concludeert de NMa, onder verwijzing naar de *Dakdekkers-zaak*,<sup>16</sup> dat sprake is van een relevante markt die moet worden gedefinieerd als de aanbesteding. Dit vanwege het feit dat er (succesvol) contact is geweest – en afspraken zijn gemaakt – tussen alle uitgenodigde ondernemingen voor de concrete aanbestedingen. Men kan zich afvragen of deze benadering dogmatisch gezien juist is, nu de relevante markt in de regel niet bepaald wordt aan de hand van een specifieke vraag (bijvoorbeeld één specifieke aanbesteding), maar aan de hand van een vraagstructuur. In andere woorden: niet één afnemer, maar alle afnemers van de producten of diensten moeten in ogenschouw worden genomen bij het bepalen van de relevante markt. Geconstateerd moet worden dat de NMa in het kader van de beoordeling van concentratiemeldingen aldus een andere marktafbakening hanteert dan in artikel 6-zaken.<sup>17</sup>

## Kartelverbod (artikel 6 Mw)

### Begrip onderneming

In januari van het verslagjaar deed de Rechtbank Rotterdam uitspraak op het beroep dat Alarm Centrale Nederland (ACN) instelde tegen de afwijzing van haar klacht dat het Landelijk Centraal Meldpunt (LCM) met medewerking van de politie de mededinging op een verboden wijze zou beperken.<sup>18</sup> De politie zou, in strijd met het mededingingsrecht, alle bergingsopdrachten op het onderliggende wegennet alleen aan LCM melden. Het ACN, dat niet bij het LCM was aangesloten en zich ook niet kon aansluiten, liep daardoor bergingswerkzaamheden mis. De rechtbank bepaalde dat dit handelen door de politie niet onder het toepassingsgebied van de artikelen 6 en 24 Mw viel. Het handelen van de politie had de NMa volgens de rechtbank terecht niet als ondernemingshandelen aangemerkt.

### Bouwzaken

In het verslagjaar werden vele bouw(fraude-)zaken in beroep behandeld. Veel van die zaken vertoonden

inhoudelijke overeenkomsten ten aanzien van de aangevoerde argumenten. Zo kwamen meerdere partijen in het geweerd tegen de door de NMa gehanteerde boetegrondslag en het gehanteerde ijkjaar<sup>19</sup> en werd in een tweetal zaken de gehanteerde boekhoudkundige waarderingmethode aan de orde gesteld.<sup>20</sup> Daarnaast werd in meerdere zaken het al dan niet schenden van de redelijke termijn ex artikel 6 EVRM aan de kaak gesteld,<sup>21</sup> werd zo nu en dan een beroep gedaan op het *ne bis in idem*-beginsel<sup>22</sup> en kwam het al dan niet afwijken van het clementiebeleid in bouwfraudezaken door de NMa aan de orde.<sup>23</sup> In het leeuwendeel van de zaken werden deze argumenten verworpen. Wat betreft het *ne bis in idem*-beginsel oordeelde de rechtbank dat alleen in strijd met dat beginsel wordt gehandeld, indien een boete wordt opgelegd voor dezelfde feiten, in dezelfde periode en aan dezelfde ondernemingen als waarvoor en waaraan al eerder een boete is opgelegd. Dat is niet het geval indien een eerdere overtreding is begaan door een moederonderneming en alle werkmaatschappijen waarover die moeder in de periode januari 1998 tot en met december 2001 volledige zeggenschap heeft gehad, terwijl die moeder over de nadien beboete dochter (X) alleen in de periode van augustus 2001 tot en met 31 december 2001 volledige zeggenschap heeft gehad, nu de NMa bij het bepalen van de boetegrondslag de aanbestedingsomzet over 2001 slechts heeft meegenomen naar rato van de beperkte periode waarin de X deel uitmaakte van de onderneming van de moeder. De hoofdelijke aansprakelijkstelling van X voor de totale boete die aan de moeder en andere werkmaatschappijen is opgelegd voor de overtreding vanaf januari 1998, betekent niet dat X voor haar eigen gedragingen in die langere periode is beboet.<sup>24</sup> De rechtbank gaat niet in op het punt van de hoofdelijke aansprakelijkstelling, omdat dat niet ‘in deze procedure’ ter discussie kan staan, omdat die hoofdelijke aansprakelijkstelling in een ander besluit had plaatsgevonden, waartegen *dit* beroep niet was gericht.

16. Rb. Rotterdam 24 juli 2007, *Erdo B.V./NMa*, LJN BB0750.

17. Vergelijk overigens in dit verband HR 18 september 2009, *RvdW* 2010, 30, LJN BJ9439, waarin wordt uitgesproken dat de relevante markt in het kader van een beoordeling in het kader van art. 6 Mw, niet anders dient te zijn dat in het kader van het concentratietoezicht. Dat lijkt ons een juiste benadering die er wel toe leidt dat *bid rigging* in een groot aantal gevallen niet als merkbare mededingingsbeperking kan worden beschouwd. Een apart verbod op *bid rigging* zou in dat geval dan ook op zijn plaats zijn.

18. Rb. Rotterdam 12 januari 2009, *Alarm Centrale Nederland/NMa*, LJN BG9880.

19. Zie Rb. Rotterdam 10 juli 2009, *Tasta Bouw B.V./NMa*, LJN BJ2895; Rb. Rotterdam 10 juli 2009, *Aalberts B.V./NMa*, LJN BJ3041; Rb. Rotterdam 26 juni 2009, *De Combi Brabocon B.V./NMa*, LJN BJ1478; Rb. Rotterdam 26 juni 2009, *Ten Tije Groep B.V./NMa*, LJN BJ1431; Rb. Rotterdam 14 mei 2009, *Kindeg B.V./NMa*, LJN B14893; Rb. Rotterdam 23 juli 2009, *Bouwbedrijf [X] B.V./NMa*, LJN BJ3687; Rb. Rotterdam 14 april 2009, Rb. Rotterdam 26 oktober 2009, *Bongaertz Holding B.V. c.s./Nma*, LJN BJ1215.

20. Rb. Rotterdam 23 juli 2009, *Aannemersbedrijf [X] c.s. B.V./NMa*, LJN BJ3694; Rb. Rotterdam 23 juli 2009, *Bouwbedrijf [X] B.V./NMa*, LJN BJ3687.

21. Rb. Rotterdam 26 oktober 2009, *Bongaertz Holding B.V. c.s./Nma*, LJN BJ1215; Rb. Rotterdam 13 mei 2009, *Verenigde bedrijven W.A van de Westerlo & Zn B.V./NMa*, LJN B16696.

22. Zie Rb. Rotterdam 18 juni 2009, *[X]/NMa*, LJN B18766; Rb. Rotterdam 4 juni 2009, *Vermeer Infrastructuur B.V. c.s./NMa*, LJN B18190.

23. Rb. Rotterdam 14 mei 2009, *Kindeg B.V./NMa*, LJN B14893; Rb. Rotterdam 14 april 2009, *Abbink Boekelo Wegenbouw B.V. c.s./NMa*, LJN B11202; Rb. Rotterdam 17 april 2009, *Van Hemert Beheer B.V. c.s./NMa*, LJN B12195.

24. Rb. Rotterdam 18 juni 2009, *[X]/NMa*, LJN B18766.

Bouwzaken waarin wel succes werd geboekt door de bouwbedrijven waren de zaken *Landustrie Sneek*<sup>25</sup> en *Aan de Stegge*.<sup>26</sup> In die zaken werd het beleid van de NMa inzake de opgave van de aanbestedingsomzetten onredelijk geacht. De bedrijven konden in deze zaken geen beperkte opgave van hun aanbestedingsomzet conform de Boetebekendmaking Installatie-deelsector opgeven, omdat de aanbestedingsomzetten gebaseerd op de gegevens van de ondernemersvereniging VOMW niet betrouwbaar werden geacht door de NMa. Dit terwijl omzetgegevens van de vergelijkbare ondernemersvereniging Savi wel betrouwbaar werden geacht. Dit bracht met zich dat Savi-leden wel met een beperkte omzetopgave konden volstaan en VOMW-leden niet. Volgens de rechtbank was de beslissing van de NMa om tussen VOMW- en Savi-leden een onderscheid te maken niet voldoende onderbouwd. Derhalve werd het besluit van de NMa vernietigd. Hierbij merkt de rechtbank op dat het aan verweerder is om te bepalen op welke wijze de vaststelling van de aanbestedingsomzet wel dient plaats te vinden. De rechtbank achtte eveneens, vanwege het hierboven beschreven onterechte onderscheid, de boeteverhoging met 1 procent niet redelijk omdat Aan de Stegge geen medewerking zou hebben verleend in de vorm van het opgeven van de aanbestedingsomzet overeenkomstig de Boetebekendmaking installatie/deelsector.

Eveneens succesvol was aannemingsbedrijf *Martens en Van Oord*.<sup>27</sup> De NMa verlaagde in 2009 de boete nadat de Rechtbank Rotterdam in 2008 had bepaald dat de opgelegde boete niet evenredig was ten opzichte van de boetes opgelegd aan andere ondernemingen in de GWW-sector. In deze zaak draaide het om de *proportioneel geconsolideerde* omzet waarover de boete werd berekend. In de deelsector burgerlijke en utiliteitsbouw (B&U) paste de NMa telkens een correctie toe in het geval dat ondernemingen de combinatieomzet niet proportioneel consolideerden. In de GWW-deelsector werd een dergelijke correctie niet toegepast. De NMa hield op die manier geen rekening met een verschil in de op te leggen boetes tussen ondernemingen die niet proportioneel consolideren en ondernemingen die wel proportioneel consolideren.

Succes was er daarnaast voor *Abbink Boekelo Wegenbouw*,<sup>28</sup> *Aannemersbedrijf Wallaard Nordeloos*<sup>29</sup> en *Van Hemert Beheer*.<sup>30</sup> In deze drie zaken kwam de evenredigheid van de boete in het licht van de mate van betrok-

kenheid van de bedrijven bij het systeem van vooroverleg bij aanbestedingen aan de orde. In deze procedures hadden de bouwbedrijven bepleit dat zij slechts in beperkte mate hadden deelgenomen aan *bid-rigging* en dat daarom de berekening van de boete over de gehele aanbestedingsomzet over het jaar 2001 onevenredig hoog was. De rechtbank ging hierin mee en oordeelde dat de NMa niet zonder verder onderzoek had kunnen stellen dat er geen sprake is geweest van een beperkte mate van betrokkenheid. Het hanteren van de gehele aanbestedingsomzet over het jaar 2001 als boetegrondslag werd om die reden niet evenredig geacht.

Hoewel het beroep in deze zaak werd verworpen is de zaak *Verenigde bedrijven W.A van de Westerlo & Zn*<sup>31</sup> ook het vermelden waard. In deze zaak oordeelde de Rechtbank Rotterdam dat de NMa bij haar beoordeling of een onderneming in staat is om een boete te betalen, ook moet kijken naar de situatie tijdens de bezwaarfase tot aan het moment van het nemen van de beslissing op bezwaar. Voor boetematiging komt een bedrijf niet in aanmerking als ten tijde van het primaire besluit en/of het bestreden besluit conservatoir beslag is gelegd op de banktegoeden. Een dergelijk beslag is van tijdelijke aard en zegt niets over de omvang en afdwingbaarheid van de onderliggende vordering.

Ook de beroepsprocedures in de bouwzaken *ETB Vos*<sup>32</sup> *Bongaertz Holding*<sup>33</sup> bleken (deels) succesvol. Deze zaken zullen vanwege hun karakter hierna worden behandeld onder *Procedurele aangelegenheden*. Dit geldt tevens voor het besluit *Ooms*.<sup>34</sup>

### De schilders- en hoveniersbranche

In een viertal sanctiebesluiten legde de NMa boetes op aan een aantal schildersbedrijven die voorafgaand aan hun inschrijvingen op aanbestedingen – van onder andere het ministerie van Defensie – het werk hadden verdeeld en in verband daarmee de inschrijfprijzen onderling hadden afgestemd en in sommige gevallen een rekenvergoeding hadden afgesproken ten behoeve van de bedrijven die de opdracht niet zouden krijgen.<sup>35</sup> Zoals hierboven besproken legde de NMa – voor het eerst in haar handhavingspraktijk – boetes op aan een onderneming die geen aanbieder was van de diensten waarop het kartel betrekking had, en als zodanig geen deelnemer was aan de verboden afspraken.

Een zeer opvallend besluit werd genomen ten aanzien van Van der Linden Groen B.V.<sup>36</sup> Van der Linden was in eerste instantie betrokken bij een onderzoek van de NMa naar enkele Limburgse hoveniers die in 2004 onderling overleg hadden gevoerd voorafgaand aan vijf

25. Besluit NMa 21 oktober 2009, zaaknummer 4911, *Landustrie Sneek B.V.* Zie ook Rb. Rotterdam 8 juni 2009, *Landustrie Sneek B.V./NMa*, LJN B17388.

26. Besluit NMa 21 oktober 2009, zaaknummer 4933, *Aannemers- en Staalconstructiebedrijf Aan de Stegge B.V.* Zie ook Rb. Rotterdam 8 juni 2009, *Aannemers- en Staalconstructiebedrijf Aan de Stegge B.V./NMa*, LJN B17165.

27. Besluit NMa 25 november 2009, zaaknummer 4620, *Martens en Van Oord Aannemingsbedrijf B.V.*

28. Rb. Rotterdam 14 april 2009, *Abbink Boekelo Wegenbouw B.V. c.s./NMa*, LJN B11202.

29. Rb. Rotterdam 14 april 2009, *Aannemersbedrijf Wallaard Noordeloos B.V. c.s./NMa*, LJN B11203.

30. Rb. Rotterdam 17 april 2009, *Van Hemert Beheer B.V. c.s./NMa*, LJN B12195.

31. Rb. Rotterdam 13 mei 2009, *Verenigde bedrijven W.A van de Westerlo & Zn B.V./NMa*, LJN B16696.

32. Rb. Rotterdam 28 april 2009, *ETB Vos B.V./NMa*, LJN B13337.

33. Rb. Rotterdam 26 oktober 2009, *Bongaertz Holding B.V. c.s./NMa*, LJN B11215.

34. Besluit NMa 22 april 2009, zaaknummer 2873, *Ooms*.

35. Besluiten van 5 juni 2009, zaaknummers 6429 en 6431, *Kazerne 1 en Kazerne II* en Besluiten van 21 augustus 2009, zaaknummers 6492 en 6430, *De Tongelreep en Meiveld*.

36. Besluit NMa 30 november 2009, zaaknummer 5698, *Van der Linden Groen B.V.*

openbare aanbestedingen voor onderhoud van het openbaar groen door de gemeente Maastricht. In 2005 beboette de NMa een achttal ondernemingen. Tegen Van der Linden werd geen rapport opgemaakt. Toen in de sanctie- en bezwaarfase door de andere ondernemingen verklaringen werden afgelegd ten nadele van Van der Linden, deed de NMa nader onderzoek, naar aanleiding waarvan de NMa toch concludeerde dat het bewijs onvoldoende was om betrokkenheid van Van der Linden bij het aanbestedingskartel aan te tonen. Dit oordeel werd vastgelegd in een besluit van 16 oktober 2007, waartegen een aantal ander (inmiddels beboete) ondernemingen, beroep aantekenden. Op dit beroep oordeelde de rechtbank Rotterdam dat er voldoende bewijs was van betrokkenheid van Van der Linden en zij vernietigde het besluit van de NMa, zo kan worden afgeleid uit het besluit van de NMa.<sup>37</sup> De NMa heeft daarop Van der Linden alsnog een boete opgelegd. Aangezien de uitspraak van de rechtbank voor zover ons bekend niet gepubliceerd is, is niet duidelijk of de ontvankelijkheid van de ingestelde beroepen aan de orde is geweest en welke overwegingen de rechtbank daaraan heeft gewijd. Dit is wel een interessante vraag omdat het hier een beroep betreft van concurrenten/mede-kartelleden tegen een besluit om geen sanctie op te leggen.

#### Het zwembadchloor-kartel

In november van het jaar werden vier distributeurs van natriumhypochloriet<sup>38</sup> (zwembadchloor) beboet wegens een marktverdelingsafspraken, die in strijd werd geoordeeld met zowel artikel 6 Mw, als artikel 81 EG-Verdrag (thans artikel 101 VWEU). Overtreding van dat laatste artikel achtte de NMa aanwezig omdat het kartel betrekking had op de distributie van zwembadchloor aan zwembaden verspreid over heel Nederland en aldus het gehele grondgebied van Nederland bestreek.<sup>39</sup> De distributeurs van het chloor wensten tussen januari 1998 en april 2005 'de rust in de markt' te bewaren door onderling klanten (zwembaden) te verdelen. Om dit doel te bereiken werden door de distributeurs zogenoemde 'Zwembadlijsten' gehanteerd waarop werd aangegeven welke distributeur aan welk zwembad mocht leveren. Om de rust te bewaren legden de karteldeelne­mers ook in sommige gevallen een hoge prijs neer bij offerte­aanvragen van zwembaden bij wie men volgens de klantenverdeling niet mocht leveren (zogenoemd: 'defensief offren'). Voorts spraken de karteldeelne­mers tijdens speciale bijeenkomsten met elkaar over de marktverdeling. Als er tussen karteldeelne­mers problemen over de kartelafspraken ontstonden, werd in de bijeenkomsten naar oplossingen gezocht. Ten slotte kwam het voor dat karteldeelne­mers elkaar compenseerden (in de vorm van zwembadchloor of geld) als een karteldeel­nemer toch een klant had verloren aan een andere karteldeel­nemer. Dat tijdens de bijeenkomsten (voor een belangrijk deel) ook andere onderwerpen, zoals milieu, veiligheid en

hygiëne, aan de orde kwamen, achtte de NMa vanzelfsprekend niet relevant. Op het betoog van Caldic, een van de kartel­leden, dat de NMa nader onderzoek had moeten doen naar het belang van aspecten van logistiek als relevante concurrentieparameter, ging de NMa niet in. Volgens de NMa deed het kartel de logistieke efficiency als eventuele concurrentieparameter juist teniet, omdat door de marktverdeling concurreren op het gebied van logistieke efficiency niet meer aan de orde was. Uit het besluit wordt niet duidelijk of, gezien de logistieke kosten, leveringen aan zwembaden die aan een andere kartel­lid waren toegewezen, realiter wel concurrerend zouden zijn. Dat zou naar onze mening wel iets zeggen over de mogelijkheid met elkaar te concurreren. De NMa had op dat punt haar weerlegging van dit argument wellicht wat meer kunnen onderbouwen.

Het besluit onderstreept overigens weer eens dat ook sprake is van overtreding van artikel 6 Mw als marktverdelingsafspraken in de praktijk niet worden nagekomen. Het betoog van Caldic dat zij offertes had uitgebracht bij klanten die aan een ander waren toebedeeld en deze klanten vervolgens ook ging beleveren, ondanks de gemaakte afspraken, kon haar dan ook niet baten, nu zij had deelgenomen aan bijeenkomsten waarop die afspraken gemaakt werden en zich daar niet duidelijk tegen had verzet.

#### Afhandeling van klachten

In het verslagjaar behandelde de NMa een tweetal klachten in het kader van 6 Mw inhoudelijk. Zo was er een klacht van de Federatie van Rasverenigingen<sup>40</sup> die gericht was tegen een erkenningsregeling van de Raad van Beheer op Kynologisch Gebied in Nederland. Deze erkenningsregeling was volgens de Federatie van Rasverenigingen in strijd met het kartelverbod omdat slechts één vereniging per hondenras lid kon worden van de Raad van Beheer. Door deze regel werd het lidmaatschap voor bepaalde (reeds vertegenwoordigde) hondenras-­verenigingen geweigerd. Op die manier konden bepaalde verenigingen niet de erkenning krijgen die hoort bij het lidmaatschap. Op aandringen van de NMa schafte de Raad van Beheer de zogenoemde 'een vereniging per hondenras'-­regel af. Een andere klacht kwam van de Federatie Textielbeheer Nederland, die betwijfelde of de gebundelde aanbesteding van textielverzorging georganiseerd door Intrakoop in overeenstemming was met het kartelverbod.<sup>41</sup> In dit besluit kwam de NMa tot de conclusie dat het onwaarschijnlijk was dat Intrakoop een bepaalde marktmacht had op de markt voor textielverzorging. Bovendien lag het niet voor de hand dat er sprake was van een merkbare mededingingsbeperking.

37. De uitspraak van de rechtbank is (nog) niet gepubliceerd.

38. NaOCl.

39. Besluit NMa 12 november 2009, zaaknummer 6091, *Distributeurs van natriumhypochloriet*.

40. Besluit NMa, datum onbekend, zaaknummer 6502, *Federatie van Rasverenigingen/ Raad van Beheer op Kynologisch Gebied*.

41. Besluit NMa 7 oktober 2009, zaaknummer 6756, *Klacht FTN*.

## Misbruik van een economische machtspositie (artikel 24 Mw)

### Afhandeling van klachten

Alle zaken uit 2009 die betrekking hadden op een mogelijk misbruik van een economische machtspositie, kwamen voort uit een klacht. Zo was er een klacht van Automark tegen Carglass die (onder andere) misbruik van haar economische machtspositie zou maken door het hanteren van een bepaald kortingsysteem voor verzekeraars en leasemaatschappijen bij ruitreparatie en vervanging. Het verzoek om handhavend op te treden werd in dit geval afgewezen, omdat er geen aanwijzingen waren dat Carglass een economische machtspositie bezat.<sup>42</sup> De NMa constateerde weliswaar dat Carglass een marktaandeel heeft van meer dan 40 procent op de markt voor vervanging en herstel van autoruiten – de kleinst mogelijke markt, maar kwam op basis van andere factoren tot de conclusie dat Carglass geen economische machtspositie inneemt. Een nader onderzoek naar de relevante productmarkt (die mogelijk ruimer is dan de markt voor vervanging en herstel van autoruiten) werd daarom achterwege gelaten. De NMa signaleerde dat het marktaandeel van Carglass in de periode 2004–2008 marginaal met enkele procenten daalde, het marktaandeel van Autototaalglas steeg van 5 procent in 2004 tot 10 à 20 procent in 2008 (en Autototaalglas bij een groot aantal verzekeraars op de groene kaart wordt vermeld naast Carglass) en bovendien sprake was van toetreder (Kwik-Fit) met een landelijke dekking. Daarnaast merkte de NMa op dat afnemers, verzekeraars en leasebedrijven, grote spelers zijn met onderhandelingsmacht. Deze zouden kunnen overstappen naar andere aanbieders. Zo zouden enkele verzekeraars en leasebedrijven zijn overgestapt naar concurrenten van Carglass. Er wordt in het besluit niet ingegaan op de daadwerkelijke productiecapaciteit van andere spelers en daarmee de daadwerkelijke mogelijkheid van verzekeraars en leasebedrijven om substantiële wijziging in de marktaandelen te brengen. Tevens wordt eraan voorbij gegaan dat het marktaandeel van Autototaalglas weliswaar fors gegroeid is, maar dat dat kennelijk ten koste is gegaan van kleine partijen, aangezien het marktaandeel van Carglass nagenoeg hetzelfde gebleven is. Een wat diepgaander analyse was wellicht met deze marktstructuur meer op zijn plaats geweest.

Naar aanleiding van klachten van de Vereniging van Kunstmestproducenten (hierna: VKP), als het Productschap Tuinbouw, Land- en Tuinbouworganisatie Nederland en Vereniging Glaskracht Nederland deed de NMa onderzoek naar beweerdelijk te hoge tarieven voor gas en mogelijke prijsdiscriminatie door Gasterra.<sup>43</sup> De VKP klaagde daarnaast nog over het hanteren van onbil-

lijke contractuele voorwaarden door Gasterra. Tot handhavend optreden leidden de klachten echter niet. Met betrekking tot de vermeende te hoge prijzen kwam de NMa op grond van een onderzoek tot de conclusie dat GasTerra in de periode 2001–2007 niet structureel excessieve tarieven had gehanteerd. De NMa liet daarbij onderzoek doen aan de hand van de methode van *benchmark* tarieven die in een concurrerende markt waarschijnlijk zouden hebben gegolden, waarbij een vergelijking werd gemaakt met een drietal hypothetische concurrenten en een tweede *benchmark* volgens een *merit order* model (waarbij alle mogelijke aanbieders worden gerangschikt in oplopende volgorde op basis van hun marginale kosten). Een onderzoek op basis van *cost plus*, achtte de NMa, gezien de grote verschillen van de productiekosten tussen verschillende gasvelden, niet praktische toepasbaar. Een onderneming met een benedengemiddeld kostenniveau zou in zo'n situatie immers een bovengemiddelde winstmarge overhouden, terwijl dat nog niet betekent dat de tarieven excessief hoog zouden zijn.

De klachten met betrekking tot misbruikelijke prijsdiscriminatie werden wegens gebrek aan prioriteit niet nader onderzocht.

Een klacht van Sandd B.V. tegen TNT N.V. had evenmin succes.<sup>44</sup> Sandd had de NMa verzocht handhavend op te treden tegen het hanteren van rooftprijzen, koppelverkoop en/of bundeling, het gebruik van exclusieve meerjarige contracten en prijsdiscriminatie door TNT. Met betrekking tot het hanteren van rooftprijzen volgde de NMa de richtsnoeren van de Europese Commissie over artikel 102 VWEU<sup>45</sup> en ging zij uit van de LRAIC (*Log Run Average Incremental Costs*). Op basis daarvan kwam zij tot de conclusie dat de gemiddelde prijzen voor de betreffende dienst in de jaren 2006 tot en met 2008 boven de LRAIC lagen en dat dat eveneens het geval was voor de afzonderlijke jaren 2007 en 2008. De gestelde koppelverkoop bleek in de praktijk vooral neer te komen op het verlies van volumekortingen bij het onderbrengen door afnemers van een deel van de diensten bij andere aanbieders dan TNT. De NMa vond een diepgaander onderzoek niet prioritair. Volgens de NMa was voorts niet gebleken van het gebruik van langdurige exclusieve contracten (dan wel dat elk jaar een significant deel van de markt betwistbaar is door het aflopen van voldoende contracten), noch van prijsdiscriminatie. Overigens wees de NMa erop dat Sandd sinds haar oprichting in 2001 elk jaar hogere omzetten en volumes wist te bewerkstelligen en dat Sandd in staat was gebleken om bij offertetrajecten waaraan TNT ook deelnam het meest aantrekkelijke bod te doen.

Zaken die ook met een klacht begonnen en vanwege het prioriteringsbeleid niet verder werden onderzocht, werden in 2009 (definitief) beëindigd bij het CBb. Zo waren er twee vergelijkbare zaken waarin mondhygiënist

42. Besluit NMa 11 september 2009, zaaknummer 6561, *Automark B.V./Carglass B.V.*

43. Besluit NMa 26 juni 2009, zaaknummer 5968, *Vereniging van Kunstmestproducenten/Gasterra* en Besluit NMa 26 juni 2009, zaaknummer 5720, *Productschap Tuinbouw c.s./Gasterra*.

44. Besluit NMa 15 december 2009, zaaknummer 6207, *Sandd/TNT*.

45. Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie.

opkwamen tegen de niet onderhandelbare standaardcontracten van zorgverzekeraars, waarin werd bepaald dat verzekeren bij de betreffende zorgverzekeraars hun mondhygiënische zorg alleen volledig vergoed zouden krijgen wanneer deze zou worden verleend door een gecontracteerde mondhygiënist.<sup>46</sup> Waar de rechtbank Rotterdam nog tot de conclusie kwam dat een dergelijk handelen misbruik van een economische machtspositie kon opleveren en de NMa dus (nader) onderzoek had moeten verrichten, kwam het CBb tot de conclusie dat de NMa voldoende gemotiveerd tot de conclusie was gekomen dat er noch vanuit de positie van de mondhygiënist, noch vanuit de positie van de consument sprake was van een dreigende verstoring van de markt. Gelet hierop en gelet op de ontwikkelingen in het stelsel van de gezondheidszorg, behoeft de NMa geen aanleiding te zien voor een nader onderzoek, aldus het CBb.

### Autobergingsmarkt

Ook met een klacht begon de zaak tussen Alarmcentrale Nederland B.V. (hierna: ACN) en de NMa.<sup>47</sup> In 2002 diende ACN een klacht in bij de NMa tegen Stichting Incident Management Nederland (hierna: SIMN) en de in SIMN samenwerkende alarmcentrales wegens schending van de Mededingingswet. Deze partijen maakten volgens ACN misbruik van hun economische machtspositie door haar niet toe te laten treden tot SIMN en het door het SIMN geëxploiteerde Landelijk Centraal Meldpunt (hierna: LCM). Dit terwijl toetreding tot SIMN en het LCM onontbeerlijk zouden zijn voor de uitoefening van haar werkzaamheden, omdat alle bergingsmeldingen van politie en wegbeheerders via het LCM worden ontvangen. Het CBb deelde deze conclusie niet. Toelating van ACN tot SIMN en LCM was volgens het CBb niet onontbeerlijk voor het uitoefenen van de werkzaamheden, met name nu niet aannemelijk was geworden dat verzekeraars uitsluitend met de bij het SIMN en het LCM aangesloten alarmcentrales zouden willen contracteren.

Vergelijkbare argumenten kwamen aan de orde in de zaak *Branchevereniging voor Bergingsbedrijven c.s./NMa*.<sup>48</sup> Ook in deze zaak hadden klagers aan de NMa verzocht op te treden tegen gedragingen die de mededinging op de bergingsmarkt(en) zouden verhinderen of verstoren met als gevolg dat een aantal bergingsbedrijven stelselmatig werd uitgesloten van bergingsopdrachten. Ook de rol van het LCM, de politie en SIMN kwamen hier ter sprake. Deze spelers zouden samen met verzekeringsmaatschappijen, het Verbod van Verzekeraars, Rijkswaterstaat en andere alarmcentrales een systeem in leven houden waarin alleen de door de verzekeraars gecontracteerde bergingsbedrijven bergingsopdrachten verwerven, terwijl de gestrande automobilisten

geen mogelijkheid zouden hebben om zelf een bergingsbedrijf in te schakelen. De NMa besloot niet op te treden naar aanleiding van de klachten. Een beroepsprocedure voor de Rechtbank Rotterdam mocht de bergingsbedrijven niet baten. Ook in deze zaak kwam de rechtbank tot de conclusie dat de bezwaren van de gedupeerde bergingsbedrijven terecht ongegrond waren verklaard.

### Tariefdiscriminatie/excessieve tarieven

Dat klachten inzake misbruik van een economische machtspositie niet vaak ten gunste van de klagers aflopen wordt ook geïllustreerd door de zaak *Stichting Commerciële Omroep Exploitatie Zuid-Holland/NMa*.<sup>49</sup> In deze zaak klaagde de Stichting tegen de tarieven die de Vereniging Bureau voor Muziekauteursrecht (hierna: Buma) in rekening bracht aan radio-omroepen. Volgens de Stichting maakte Buma door tariefdiscriminatie en excessieve tarieven misbruik van haar economische machtspositie. Voorts klaagde de Stichting dat de door Buma met buitenlandse collectieve beheersorganisaties gesloten wederkerigheidsovereenkomsten in strijd waren met het kartelverbod. De NMa had op basis van een internationale tariefsvergelijking geconcludeerd dat er geen aanwijzing was dat Buma artikel 24 Mw overtrad. Het onderdeel van de klacht over een vermeende overtreding van artikel 6 door Buma was op basis van het prioriteringbeleid van de NMa afgewezen, gezien de ontwikkelingen die zich op Europees niveau voordoen. De rechtbank Rotterdam kwam in deze zaak tot de conclusie dat de NMa op juiste gronden had geconcludeerd dat de tarieven zoals gehanteerd door Buma geen misbruik opleverden. Bovendien had de NMa in redelijkheid tot het besluit kunnen komen de klacht op het punt van de wederkerigheidsovereenkomsten niet nader te onderzoeken.

## Procedurele aangelegenheden

### Afhandeling klachten (oportuniteit)

Ook dit jaar zijn de nodige klachten afgewezen wegens gebrek aan prioriteit (niet al deze afwijzingen worden overigens op de website gepubliceerd). De NMa achtte het onder andere niet doeltreffend en niet doelmatig om nader onderzoek te doen naar het (individuele en gezamenlijke) preferentiebeleid van zorgverzekeraars,<sup>50</sup> onder andere omdat de markt voor geneesmiddelen volop in transitie is en marktpartijen zoeken naar hun rol op deze markt. De continue afwijzing van klachten wegens gebrek aan prioriteit blijft de vraag oproepen naar waaraan de NMa wel prioriteit geeft.

46. CBb 24 november 2009, *Nederlandse Vereniging voor Mondhygiënist/NMa*, LJN BK5722 en CBb 24 november 2009, *A./NMa*, LJN BK5729.

47. CBbcollege van Beroep voor het bedrijfsleven 3 december 2009, *Alarmcentrale Nederland B.V./NMa*, LJN BK6514.

48. Rb. Rotterdam 15 januari 2009, *Branchevereniging voor Bergingsbedrijven c.s./NMa*, LJN BH5620.

49. Rb. Rotterdam 27 augustus 2009, *Stichting Commerciële Omroep Exploitatie zuid Holland/NMa*, LJN BJ6328.

50. Besluit NMa 22 januari 2009, zaaknummer 6266, *Bogin/Zorgverzekeraars Nederland*.



## Appellabiliteit

In het besluit van de NMa in zaak 6783<sup>51</sup> was de appellabiliteit van een brief aan de orde waarin de NMa had meegedeeld dat bepaalde (met behulp van digitale recherche verkregen) documenten mogelijk binnen de reikwijdte van het onderzoek vallen. De betrokken onderneming diende een bezwaarschrift tegen deze brief in. In het besluit stelde de NMa vast dat het bezwaarschrift niet gericht was tegen een besluit in de zin van artikel 1:3 van de Algemene wet bestuursrecht. In de brief van 4 september ging het volgens de NMa om feitelijke mededelingen die niet gericht waren op een bepaald rechtsgevolg. Gelet daarop werd het bezwaar niet-ontvankelijk verklaard. Wij denken dat dat oordeel juist is. Zou de NMa ten onrechte hebben geoordeeld dat de documenten in het dossier kunnen worden opgenomen, dan zouden deze documenten later buiten beschouwing moeten worden gelaten. Duidelijk is dat men, althans volgens dit oordeel van de NMa, de weg van het civielrechtelijke kort geding zal moeten bewandelen om stukken buiten het dossier te houden.

## Fair trial ex 6 EVRM

In de reeds enkele jaren lopende ‘garnalen-zaak’ kwam thans bij het CBB de vraag aan de orde of het proces op grond van artikel 6 EVRM volledig in het Duits moest worden gevoerd, omdat de Duitse Producentenorganisaties van garnalenvissers (hierna: Duitse PO’s) noch hun advocaat de Nederlandse taal voldoende beheersten.<sup>52</sup> De Rechtbank Rotterdam verwierp dit standpunt, maar zag destijds wel aanleiding om een aantal bewijsstukken in het Duits te laten vertalen. Zowel de NMa als de Duitse PO’s hadden tegen deze uitspraak hoger beroep bij het CBB ingesteld. In hoger beroep komt het CBB tot de conclusie dat de Duitse PO’s niet over alle stukken in de Duitse taal konden beschikken die noodzakelijk waren om zich te kunnen verdedigen en om hun versie van de feiten te kunnen presenteren. Ten aanzien van een groot aantal stukken konden de Duitse PO’s bij gebrek aan wetenschap over de inhoud ervan niet bepalen of deze stukken van belang zijn voor hun verdediging. Aldus was de gevoerde procedure tegen de Duitse PO’s in strijd met artikel 6 EVRM. Om dit gebrek te herstellen droeg het CBB de NMa op een in het Duits opgemaakte inventarislijst (met in ieder geval een inhoudsaanduiding) van de op de zaak betrekking hebbende stukken op te stellen aan de hand waarvan de Duitse PO’s in staat zijn te beoordelen welke stukken zij van belang achten voor het voeren van hun verdediging. De Duitse PO’s dienen vervolgens blijken de uitspraak van het CBB binnen drie weken na ontvangst van deze inventarislijsten aan te geven van welke stukken zij een vertaling verlangen. De behandeling van het beroep zal nadien voor het CBB worden voortgezet.

## Undue delay ex 6 EVRM

Ingevolge artikel 6 van het EVRM heeft een ieder bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtin-

gen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij wet is ingesteld. In de (bouw-)zaken *Bongaertz Holding B.V. c.s./NMa*<sup>53</sup> en *Verenigde bedrijven W.A van de Westerlo & Zn B.V./NMa* kwam de vraag aan de orde of deze redelijke termijn geschonden was.<sup>54</sup> Ter beantwoording van de vraag werd in beide zaken opgemerkt dat niet in abstracto kan worden bepaald of de redelijke termijn is geschonden maar dat het in iedere zaak moet worden beoordeeld in het licht van de omstandigheden van dat specifieke geval. Hierbij moeten in aanmerking worden genomen de ingewikkeldheid, zowel feitelijk als juridisch, van de zaak, het gedrag van zowel de betrokken onderneming als van het bestuursorgaan, waarbij mede van belang is hetgeen voor de betrokken onderneming op het spel staat. Concreet leidden deze regels in de zaak *Bongaertz Holding B.V. c.s./NMa* ertoe dat de opgelegde boete met € 2.500 verminderd werd.

## Verval sanctiebevoegdheid

In het hiervoor uitgebreid beschreven besluit inzake het zwembadchloorkartel<sup>55</sup> concludeerde de NMa dat de sanctiebevoegdheid ten aanzien van Imtech was komen te vervallen, omdat Imtech op 31 mei 2001 haar aandelen in Internatio, dat deelnam aan het kartel, overgedragen had aan IMCD. Imtech was sindsdien niet meer actief geweest op het gebied van de distributie van zwembadchloor aan zwembaden en er waren sindsdien meer dan vijf jaar verstreken.

## Procesbevoegdheid/procesbelang

In april van het verslagjaar werd een onderneming niet-ontvankelijk geacht door de Rechtbank Rotterdam, omdat het bedrijf op het moment van het instellen van het beroep ten gevolge van een juridische fusie niet meer als zelfstandig rechtspersoon bestond en daarom geen rechtshandelingen, zoals het instellen van beroep, meer kon verrichten.<sup>56</sup> Even daarvoor in maart oordeelde het CBB dat enkele asielrechtadvocaten niet-ontvankelijk waren wegens gebrek aan procesbelang, nu het hoger beroep er louter op was gericht om een uitspraak te krijgen over de principiële betekenis van een (toekomstig) besluit.<sup>57</sup>

## Sanctiebesluiten inzake niet-meewerken

De NMa heeft de afgelopen jaar drie boetes opgelegd aan ex-werknemers van drie ondernemingen, omdat zij zich herhaaldelijk op hun zwijgrecht hebben beroepen toen de NMa hen hoorde in het kader van een onderzoek naar overtreding van de Mededingingswet van de

51. Besluit NMa 21 december 2009, zaaknummer 6783, [Vertrouwelijk].

52. CBB 19 januari 2009, *NMa/Duitse PO's*, LJN BH0436.

53. Rb. Rotterdam 26 oktober 2009, *Bongaertz Holding B.V. c.s./NMa*, LJN BJ1215.

54. Rb. Rotterdam 13 mei 2009, *Verenigde bedrijven W.A van de Westerlo & Zn B.V./NMa*, LJN BI6696.

55. Besluit NMa 12 november 2009, zaak 6091, *Distributeurs van natriumhypochloriet*.

56. Rb. Rotterdam 29 april 2009, [X] *B.V./NMa*, LJN BI7172.

57. CBB 24 maart 2009, *A. c.s./NMa*, LJN BI0871.

ondernemingen waar zij voorheen werkten.<sup>58</sup> Volgens de NMa leveren deze weigeringen overtredingen van de medewerkingsplicht in de zin van artikel 5:20 lid 1 Awb op. De ex-werknemers stelden zich in de zaken op het standpunt dat hun positie als ex-werknemer van wie inlichtingen worden gevorderd aangaande het gedrag van hun voormalig werkgever (en die betrekking hebben op een periode waarin zij nog werknemer waren), niet anders is dan de positie van een huidige werknemer die gehoord wordt aangaande het gedrag van zijn werkgever. Daarbij achtten de ex-werknemers het van belang dat een NMa-onderzoek gericht is op een periode in het verleden ten aanzien waarvan huidige werknemers van de verdachte onderneming geen kennis dragen, maar ten aanzien waarvan relevante informatie zich wel bij voormalig werknemers van die onderneming zal bevinden. Als ex-werknemers geen beroep op het zwijgrecht zou toekomen, zou het zwijgrecht van ondernemingen worden uitgehold. Bovendien stonden de ex-werknemers voor een moeilijk dilemma. Enerzijds werden zij met boetes van de NMa bedreigd als zij niet mee zouden werken. Anderzijds zouden ze (mogelijk) hun (post-)contractuele (geheimhoudings-)verplichtingen schenden en zelfs met strafvervolging worden bedreigd, wanneer zij wél zouden meewerken, aangezien opzettelijke schending van bedrijfsgeheimen in het Wetboek van Strafrecht als misdrijf is aangemerkt. Ook dit zou in de ogen van de ex-werknemers een beroep op het zwijgrecht billijken. In één van de drie zaken werd daarnaast nog opgemerkt dat voor het opleggen van een boete geen plaats zou zijn omdat de principiële vragen die voorlagen in de rechtspraak nog niet zouden zijn beantwoord. Alle argumenten van de ex-werknemers werden niet gehonoreerd. De NMa gaf aan dat de kring van personen die zich op het zwijgrecht kan beroepen beperkt is tot 'een ieder die tot een onderneming behoort.' Ex-werknemers behoren volgens de NMa niet (meer) tot een onderneming en kunnen zich daarom niet beroepen op het zwijgrecht. Een uitbreiding van het zwijgrecht zou naar het oordeel van de NMa bovendien ernstig afbreuk doen aan de effectiviteit van de toezichhoudende en handhavende taak van de NMa. Met betrekking tot de geheimhoudingsplicht en de mogelijkheid tot strafvervolging, merkt de NMa op dat de geheimhoudingsplicht nimmer zo ver kan gaan dat zij noopt tot het handelen in strijd met een dwingende wetsbepaling zoals die waarin de medewerkingsplicht is vervat. Mogelijke strafrechtelijke consequenties voor de ex-werknemers waren volgens de NMa ook niet aan de orde: bij afwezigheid van een beroep op het zwijgrecht dienen de ex-werknemers namelijk te voldoen aan een wettelijk voorschrift, te weten artikel 5:20 lid 1 Awb. Omdat in twee van de drie zaken de ex-werknemers (ook) geen informatie hadden verschaft over hun financiële positie, heeft de NMa deze positie bij schatting bepaald. Gelet op de deze geschatte financiële posities

achtte de NMa boetes van € 150.000 passend. In de zaak waarin wel financiële gegevens waren overgelegd achtte de NMa een boete van € 100.000 passend.

### 'Chinese walls'

Binnen de NMa bestaan strikte scheidingslijnen – ook wel 'Chinese walls' – tussen de afdelingen die zich bezighouden met onderzoek enerzijds en het voorbereiden en opstellen van de sanctiebeschikking anderzijds. Ambtenaren van de Directie Mededinging zijn belast met het onderzoek en ambtenaren van de Juridische Dienst (hierna: JD) zijn belast met het voorbereiden en opstellen van sanctiebeschikkingen. Het is de JD dus niet toegestaan om onderzoek te verrichten; doet zij dat wel dan mag zij de aldus verkregen bevindingen niet gebruiken als bewijs van een overtreding. In het verslagjaar was er een zaak waarin deze regels een hoofdrol speelden. In de zaak waarover de rechtbank oordeelde werd de deelname aan een kartel in de installatiesector bewezen aan de hand van twee projecten waaraan de betrokken onderneming, ETB Vos B.V., volgens de NMa had deelgenomen.<sup>59</sup> Met betrekking tot een van de projecten had de JD ná het verschijnen van het rapport, dus toen de Directie Mededinging zijn werkzaamheden al had afgerond, de Stichting Marktwerking Installatietechniek verzocht om informatie aan te leveren over het project. Zo vroeg de JD om stukken waaruit zou blijken welke ondernemingen hadden ingeschreven op het project en welke onderneming het project door de opdrachtgever gegund had gekregen. Vervolgens werd de sanctiebeschikking (mede) gebaseerd op de informatie die de Stichting de JD had verschaft. In het door ETB ingestelde beroep oordeelt de rechtbank dat de JD door het opvragen van de gegevens bij Stichting Marktwerking Installatietechniek onderzoek heeft verricht dat feitelijk gericht is geweest op het vaststellen van de overtreding. Dat had gezien de strikte scheiding tussen enerzijds onderzoek en anderzijds de voorbereiding van de sanctiebeschikking niet gemogen. Het gevolg is dat de NMa de versochte gegevens niet tegen ETB mag gebruiken als bewijs van deelname aan het kartel. Het resterende bewijs is volgens de rechtbank onvoldoende om een inbreuk op de Mededingingswet te bewijzen. De boete is daarom ten onrechte opgelegd, aldus de rechtbank.

### Korting op clementiepercentage

In 2008 werden enkele bedrijven in de verkeersregeltoestellen en verkeersregelinstallatie-sector (VRI-sector) door de NMa beboet. Vialis Traffic B.V. was hier één van. Vialis en anderen hadden volgens de NMa de mededinging beperkt door voorafgaande aan inschrijvingen op aanbestedingen de opdrachten voor de levering van verkeersregeltoestellen en verkeersregelinstallaties in Nederland te verdelen en de inschrijfprijzen op elkaar af te stemmen.

Omdat Vialis de NMa gegevens over het kartel had verschaft en daardoor een clementietoezegging van de NMa had verkregen, werd haar boete destijds met 80

58. Besluit NMa 9 juli 2009, zaaknummer 6678, [X], Besluit NMa 9 juli 2009, zaaknummer 6622, [X] en Besluit NMa 10 november 2009, zaaknummer 6719, [X].

59. Rb. Rotterdam 28 april 2009, ETB VOS B.V./NMa, LJN BI3337.

procent gekort. Daarmee kreeg Vialis niet de door haar gewenste boete-immuniteit (100 procent korting). De NMa achtte een verlaging van het clementiepercentage met 20 procent gepast, omdat Vialis ná haar clementieverzoek twee voorlichtingsbijeenkomsten over clementie had georganiseerd voor haar kartelgenoten en hen aldus – volgens de NMa – erop attent had gemaakt dat de NMa naar hun gedragingen onderzoek deed. In het besluit stelde de NMa voorop dat clementieverzoekers zich, conform de Richtsnoeren Clementietoezegging, tot de vaststelling van de sanctiebeschikking dienen te onthouden van iedere gedraging die het onderzoek zou kunnen belemmeren. Door het organiseren van de bijeenkomsten had Vialis het onderzoek van de NMa in de VRI-sector kunnen belemmeren. Vialis maakte tegen dit besluit bezwaar en voerde aan dat haar 100 procent boetevrijstelling had moeten toekomen, zij voldeed immers naar haar mening aan alle voorwaarden om in aanmerking te komen voor boete-immuniteit. Ondanks de bezwaren van Vialis handhaaft de NMa in haar besluit op bezwaar de 20 procent korting op het clementiepercentage. Daarbij geeft de NMa meer gemotiveerd aan waarom de voorlichtingsbijeenkomsten het onderzoek van de NMa hadden kunnen belemmeren. Zo stelt de NMa onder meer dat er een reëel risico was dat de karteldeelnemers naar aanleiding van de bijeenkomsten zouden overgaan tot vernietiging van bewijsmateriaal. Bovendien konden de bijeenkomsten de ondernemingen een forum bieden om te besluiten om niet, of op ‘onderling afgestemde wijze’ een clementieverzoek in te dienen, temeer daar bij de bijeenkomsten alle deelnemers aan het kartel aanwezig waren.<sup>60</sup>

### WOB-verzoeken

Ook dit jaar passeerden enkele Wob-verzoeken de revue.<sup>61</sup> Over het algemeen werden deze verzoeken (grotendeels) gehonoreerd. In één zaak werd het verzoek afgewezen, omdat de opgevraagde gegevens betrekking hadden op een lopend onderzoek van de NMa. Opmerkingen van de verzoeker dat het onderzoek niet meer in gevaar kon komen omdat het onderzoek zou zijn afgerond en omdat het toezicht niet meer kon worden gehinderd, nu de betrokken ondernemingen hiervan op de hoogte waren gesteld door een ‘waarschuwingsbrief’ brachten hierin geen verandering. De NMa gaf in dit kader aan dat indien de door de verzoeker verzochte gegevens openbaar zouden worden gemaakt, de lopende opsporing van strafbare feiten alsmede het lopende toezicht bemoeilijkt zou worden. Door openbaarmaking van de informatie zou bovendien inzicht worden gegeven in de door de NMa gehanteerde bronnen en de gehanteerde strategie en methode van opsporing en toe-

zicht. Deze nadelen wegen volgens de NMa niet op tegen het algemene belang van openbaarmaking.

## Alternatieve handhaving

Op het gebied van alternatieve handhaving was 2009 een rustig jaar. In één besluit geeft de NMa aan dat een onderneming bij een aanvraag voor een toezeggingsbesluit niet hoeft te bekennen dat zij de Mededingingswet heeft overtreden. Daarentegen moet een onderneming wél concreet aangeven bij welke gedragingen, die in beginsel een overtreding kunnen opleveren, zij betrokken is geweest of in de toekomst zou zijn. Doet zij dit niet, dan wordt de aanvraag voor een toezeggingsbesluit door de NMa niet in behandeling genomen, omdat de verstrekte gegevens dan in haar ogen onvoldoende informatie opleveren voor de beoordeling van de aanvraag en voor de voorbereiding van een beschikking. Dat een onderneming niet hoeft te bekennen, maar wel concreet moet aangeven bij welke gedragingen zij betrokken is geweest of in de toekomst zou zijn, lijkt paradoxaal. Dit laatste zal immers in veel gevallen neerkomen op een (verkapte) bekentenis. Daar komt bij dat de NMa een grote vrijheid bezit om al dan niet een toezeggingsbesluit te nemen. Deze omstandigheden maken het voor een onderneming moeilijk in te schatten of het oppoortuun is een aanvraag voor een toezeggingsbesluit in te dienen, met name omdat het nog niet is uitgemaakt of de NMa, bij afwijzing van de aanvraag, de in het kader van de aanvraag verstrekte informatie als bewijs mag gebruiken.

## Slotopmerkingen

Het is lastig om trends in de NMa-praktijk op het punt van artikel 6 en 24 Mw (artikel 101 en 102 VWEU) te signaleren. Eigenlijk is met name het aantal boetebesluiten daarvoor te klein. Wellicht is dat op zichzelf een trend: het aantal boetebesluiten is gestaag teruggelopen, zeker als niet sec wordt gekeken naar het aantal besluiten, maar naar het aantal betrokken kartels (dit jaar in feite slechts twee). Of dat het gevolg is van het ontbreken van kartels of dat het een uiting is van het *high trust* beleid, is de vraag.

60. Het besluit op bezwaar is inmiddels in beroep vernietigd, zie Rb. Rotterdam 3 maart 2010, *Vialis Traffic/NMa*, LJN BL6819.

61. Besluit NMa 28 december 2009, zaaknummer 6841, *WOB-verzoek/J.D. van Dalen*; besluit NMa 9 januari 2009, zaaknummer 6407, *Wob-verzoek Heijmans & IBC* (bezwaar; besluit NMa 5 maart 2009, zaaknummer 6566, *Wob-verzoek/de heer J. Zwaga*; besluit NMa 6 augustus 2009, zaaknummer 6725, *Wobverzoek Van der Schoot Architecten BV*; besluit NMa 7 december 2009, zaaknummer 6830, *Wob-verzoek Stichting Meldpunt Collectief Onrecht*.