
Fietsenfabrikanten

Besluit d-g NMa van 21 april 2004, zaak
1615/Fietsenfabrikanten
(m.nt mr W. Knibbeler en mr P.J. Kreijger)¹

Inleiding

Bijna vier jaar geleden, op 6 en 7 november 2000, valt de NMa binnen bij vijf fietsenfabrikanten en drie brancheverenigingen op grond van vermoedens van kartelvorming in de fietsenbranche. Ruim twee jaar later, op 27 november 2002, brengt de NMa een rapport ex art. 59 lid 1 Mw uit, waarin de betrokkenen beschuldigd worden van afspraken omtrent marges en prijzen, doorberekening van BTW-verhogingen en uitwisseling van gevoelige informatie. Met het rapport brengt de NMa een persbericht uit, waarin de beschuldigingen openbaar worden gemaakt, welk persbericht onderwerp zal worden van een afzonderlijke (civiele) procedure.² Vervolgens duurt het nog ruim anderhalf jaar tot de d-g NMa op 21 april 2004 een besluit neemt in deze zaak, waarbij ter zake van een deel van de in het rapport aan de fietsenfabrikanten verweten inbreuken forse boeten worden opgelegd.

Het besluit

In het besluit staat een aantal verschillende feitelijke gedragingen van de betrokken fietsenfabrikanten centraal. In de eerste plaats gaat het om de deelname aan een systeem van uitwisseling van informatie. In dit systeem werd een centrale rol gespeeld door een door de fabrikanten opgerichte stichting, die bij een marktinformatiebureau (GfK) verkoopinformatie inkocht. GfK verkreeg deze informatie via zogenaamde 'retailpanels', representatieve groepen rijwielhandelaren die regelmatige gedetailleerde (merk, prijs, volume) verkoopinformatie verschaften, die door GfK in geaggregeerde vorm aan de stichting werd geleverd. De stichting verstrekke deze informatie vervolgens aan de

fabrikanten die een bijdrage in de kosten leverden. Gelet op het gedetailleerde, recente en commercieel interessante karakter van de betrokken informatie, meende de NMa aanvankelijk (in het rapport) van doen te hebben met een verboden informatie-uitwisseling. In het besluit is de NMa evenwel van deze opvatting teruggekomen. De NMa stelt voorop dat het gaat om een zelfstandig stelsel van informatie-uitwisseling, welke geen deel uitmaakte van een meeromvattend kartel. Voorts stelt de NMa vast dat het voor het effect van de uitwisseling van de informatie niet uitmaakt waar deze vandaan komt: op een oligopolistische, geconcentreerde markt, zal dergelijke informatie steeds leiden tot verminderde onzekerheid tussen concurrenten. De bron van de informatie is echter wél relevant voor de beoordeling onder art. 6 Mw. De NMa wijst op de beschikking van de Europese Commissie inzake *Wirtschaftsvereinigung Stahl*,³ waarin is bepaald dat het in geval van informatie, afkomstig uit door derden gehouden enquêtes, niet gaat om overeenkomsten tussen concurrenten waarmee art. 81 EG wordt geschonden. Voorts wijst de NMa op de uitspraak van het Gerecht van Eerste Aanleg in de zaak *TACA*, waarin werd geoordeeld dat uitwisseling tussen concurrenten van informatie die reeds in het publieke domein is, evenmin een inbreuk op art. 81, lid 1, EG oplevert. Ofschoon de informatie die GfK verzamelt niet openbaar is maar tegen betaling ter beschikking wordt gesteld, kan eenieder op dezelfde wijze informatie verkrijgen en is in elk geval geen sprake van bedrijfsgeheimen van de fabrikanten. Anders dan in het rapport nog werd gesteld, oordeelt de NMa derhalve dat geen inbreuk op art. 6 Mw wordt gemaakt. Een afzonderlijke vraag is dan in hoeverre het *gezamenlijk* inkopen van deze informatie in strijd is met art. 6 Mw, met name nu sprake is van exclusiviteit. De door de stichting ingekochte gegevens worden alleen tegen betaling aan deelnemers van de stichting ter beschikking gesteld welke gezamenlijk 75% van de fietsenmarkt vertegenwoordigen, terwijl de criteria voor toelating tot de stichting weinig transparant zijn en niet is voorzien in onafhankelijke geschilbeslechting. Een uitsluitingseffect is daarom denkbaar. Niettemin gunt de NMa de partijen het voordeel van de twijfel: kleinere fietsenfabrikanten kunnen zich goed handhaven op de markt, hetgeen de economische voordelen van deelname relativeert. Bovendien is de betrokken informatie ook voor hen te verkrijgen (rechtstreeks bij GfK of anderen), ook al is dit tegen hogere kosten.

Komen de fabrikanten er op het punt van de informatie-uitwisseling goed van af, een tweetal besprekingen over, aldus de d-g NMa, het prijsbeleid voor het fietssei-

-
- 1 Winfred Knibbeler en Paul Kreijger zijn advocaat bij Freshfields Bruckhaus Deringer te Amsterdam.
 - 2 De vorderingen bij de burgerlijke rechter zijn afgewezen, zie uitspraak Rechtbank 's-Gravenhage 3 maart 2004, Accell Group, Batavus, Koga en Sparta tegen de Staat der Nederlanden, A04880, 03/1384. Zie ook P.J. Kreijger, 'Naming and Shaming – paal en perk aan het persbeleid van de NMa?', *M&M* 2004, nr. 3, p. 112-117.
 - 3 Commissiebeschikking van 26 november 1997, zaak IV/36.069 Wirtschaftvereinigung Stahl, Pb. EG L1/10, 3 januari 1998.

zoen 2001, wordt hun noodlottig. Aan de hand van een gespreksverslag (eerste bespreking), een fax van Gazelle aan de overige fabrikanten (voorafgaand aan de tweede bespreking) en verklaringen van partijen, komt de NMa tot een reconstructie van het gebeurde. Tijdens de eerste bijeenkomst op 13 juni 2000 in een hotel in Zwolle, is tussen hen gesproken over de verhoging van de consumentenadviesprijzen voor fietsen en over de wijziging van de betalingskortingen voor rijwielhandelaren. Voor de tweede bijeenkomst, op 17 augustus 2000 in Nunspeet, stonden kortingen en vergoedingen voor de verkoop van bedrijfsfietsen op de agenda. Zodra de vertegenwoordiger van een van de grootste bedrijfsfietsenplannen NMa-briefpapier uit zijn dossier haalt, wordt deze bespreking na enkele minuten afgebroken. De NMa stelt evenwel dat in beide gevallen contact tussen concurrenten heeft plaatsgevonden met als doel onthulling en beïnvloeding van (voorgenomen) marktgedrag. Merkbaarheid staat buiten twijfel, aldus de NMa, nu de grootste drie fietssenfabrikanten, met een gezamenlijk marktaandeel van circa 75%, bij de besprekingen aanwezig was.

De NMa maakt korte metten met een aantal meer procedurele verweren van partijen. Van vooringenomenheid, welke zou blijken uit de uitgebrachte persberichten en het commentaar op het rapport in het jaarverslag 2002, is geen sprake. Partijen hebben tijdig inzage in het dossier gekregen; alle voor de zaak relevante stukken zijn overgelegd en op later toegezonden stukken hebben partijen kunnen reageren, aldus de NMa. Voorts is de redelijke termijn niet geschonden, noch in de eerste fase van de procedure (tot aan het rapport, 26 maanden), noch in de tweede fase (tot aan het besluit, 17 maanden). De duur van het onderzoek wordt verklaard door het aantal betrokken ondernemingen, het aantal betrokken gedragingen, de noodzaak marktonderzoek uit te voeren, de complexiteit van de feiten en de omvang van het dossier. Daar komt bij dat partijen regelmatig met de NMa gecorrespondeerd hebben, hetgeen de NMa eveneens noopte tot reageren.

De overtredingen worden als zeer zwaar aangemerkt en gezien de economische context acht de d-g NMa een vermenigvuldigingsfactor van 1,5 aangewezen. Boeteverhogende en/of boeteverlagende omstandigheden worden niet in aanmerking genomen. Dit resulteert voor Accell Group N.V. (Batavus, Koga Miyata) en Gazelle B.V. in een boete van € 12.809.000 en voor Giant Europe B.V. in een boete van € 3.978.000. Partijen hebben bezwaar ingesteld.

Commentaar

De zaak van de fietsenfabrikanten betreft op het eerste gezicht 'klassieke' kartelinbreuken, met ondernemingen die in hotels samenkomen om prijsbeleid af te stemmen, om aldaar uiteen te schieten zodra hun door een van hun afnemers (vermoedelijk met een dreigende oogopslag) het NMa-logo wordt getoond. Het besluit is omvangrijk (zeker gezien het feitelijk relatief eenvoudige karakter van inbreuken die de NMa de fietsenfabrikanten verwijt) en

opvallend grondig gemotiveerd aan de hand van rechtspraak en literatuur. Ondanks het 'hardcore' karakter van de verweten inbreuken, bevat het besluit een aantal interessante aspecten en op onderdelen principiële stellingnames van de NMa. Een aantal daarvan zullen wij in deze annotatie bespreken.

Informatie-uitwisseling

De NMa heeft de kans benut om in dit besluit een fundamentele, en voor de praktijk belangrijke verduidelijking te geven van haar standpunt omtrent uitwisseling van marktinformatie. Of wellicht beter: de NMa heeft de *herkansing* benut om deze verduidelijking te geven.

Het in deze zaak aan de orde zijnde panelonderzoek is wereldwijd zeer ingeburgerd en wordt door tal van marktonderzoeksbureaus op grote schaal verkocht aan geïnteresseerde ondernemingen. Het zijdelings bij deze zaak betrokken bureau GfK is een van de grootste en meest gerenommeerde bureaus op dit terrein. In marktonderzoekringen is panelonderzoek een begrip en vele ondernemingen beschouwen dit als een zeer belangrijke bron van (marketing)informatie. Toen de NMa – overigens in ander verband – op de resultaten van dergelijk panelonderzoek stuitte, werd aan betrokken partijen, waaronder het marketingbureau in kwestie, op informele basis te kennen gegeven dat verschaffing van dergelijke informatie op gespannen voet zou staan met het mededingingsrecht. Het nieuws dat de NMa van mening zou kunnen zijn dat het om verboden praktijk zou gaan, ging als een lopend vuurtje door de branche en veroorzaakte, weinig verwonderlijk, grote onrust. Alleen al daarom is het verheugend te constateren dat de NMa op haar schreden is teruggekeerd en de gerezen onrust in het besluit op heldere en goed gemotiveerde gronden en met verwijzing naar de Europese beschikkingenpraktijk en rechtspraak heeft weggenomen. Interessant is het onderzoek naar de uitsluitingseffecten van het arrangement tussen de fabrikanten en GfK. Naar onze mening legt de NMa de lat hier terecht hoog, zij het nog niet op het niveau waarop deze voor toegang tot *essential facilities* is gelegd. Minder goed verklaarbaar is dan waarom dezelfde lat in andere zaken ineens minder hoog wordt gelegd. Indien de apothekers uit Tilburg en Assen dit besluit lezen, dan zouden zij zich kunnen afvragen waarom ten aanzien van hun elektronische netwerk niet dezelfde toets is aangelegd.⁴ Ook in die zaken konden de niet-deelnemende apothekers zich staande houden op de markt en was de door hen vereiste informatie langs andere weg verkrijgbaar.

Redelijke termijn overschreden?

Zoals wij in de inleiding opmerkten, heeft deze zaak geruime tijd in beslag genomen: drieëneuhalf jaar vanaf de bedrijfsbezoeken tot het primaire besluit. Het is derhalve

4 Besluit d-g NMa 21 juni 2004, zaaknummer 2688/157, Stadsapotheken Tilburg.
Besluit d-g NMa, 21 juni 2004, zaak 2501/123, Dienstapothek Regio Assen.

niet meer dan logisch dat partijen zich beriepen op het uit art. 6 EVRM voortvloeiende beginsel dat een sanctieprocedure binnen een redelijke termijn moet worden afgewikkeld. De verwerping van dit verweer lijkt op juridisch correcte gronden plaats te vinden. In het door de NMa aangehaalde arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg in de PVC-zaken⁵, alsmede door het Hof van Justitie in de *Baustahlgewebe*-zaak,⁶ is bepaald dat de berekening van de redelijke termijn per procesfase dient te geschieden, waarbij in mededingingszaken de periode tot aan het uitbrengen van de punten van bezwaar (het rapport ex art. 59 Mw in de Nederlandse context) en de periode nadien als aparte fasen moeten worden beschouwd. De vraag wát een redelijke termijn is, is sterk met de feiten verweven, waarbij in het bijzonder het belang én het gedrag van de betrokken partijen, de ingewikkeldheid van de zaak en het gedrag van de bevoegde autoriteiten belangrijke factoren zijn. In de praktijk zal dit partijen weinig houvast geven, hetgeen de zaak van de fietsenfabrikanten leert. Een simpele vergelijking van de onderhavige zaak met de door de NMa aangehaalde PVC-zaak toont dit aan. In laatstgenoemde zaak deed de Commissie over de eerste fase 53 maanden, nog net niet het dubbele van de eerste fase in de onderhavige zaak. Het Gerecht achtte ook in dat geval de redelijke termijn niet overschreden. Reeds bij eerste beschouwing van het arrest in de PVC-zaak blijkt evenwel dat die zaak vele malen complexer was en veel meer ondernemingen betrof. De tweede fase in deze zaak kostte de Commissie nog slechts 10 maanden, terwijl de NMa daar 17 maanden over doet. Ofschoon wellicht begrijpelijk is dat de NMa niet snel van zichzelf zal stellen dat zij het beginsel van de redelijke termijn schendt, steekt de behandelingstermijn in de zaak van de fietsenfabrikanten toch wel wat schril af tegen de termijn in de PVC-zaak.

Termijnen en inzage

De verwerping van het beroep van partijen op een voor hen te korte termijn tot de hoorzitting en de gebrekkige inzage in het dossier is zonder kennis van ditzelfde dossier niet goed te beoordelen. Niettemin verdient opmerking dat de NMa zichzelf toch wel tamelijk ruime termijnen gunt (na de hoorzittingen op 12 en 15 augustus 2003 heeft het nog tot 21 april, meer dan acht maanden, geduurd voor het besluit kwam), terwijl er voor partijen niet veel extra af lijkt te kunnen. Dit gegeven is niet uniek voor deze zaak: *repeat players* in procedures bij de NMa worden helaas regelmatig geconfronteerd met deze eenzijdigheid in de termijnpolitiek. Het is niet onwaarschijnlijk dat een discussie over de termijnen die de NMa hanteert in de toekomst in de sleutel van art. 6 EVRM zal worden geplaatst. De in het EVRM opgenomen waarborgen gaan uit van een procedure bij de rechter. Het is inmiddels evenwel gemeengoed dat deze normen ook in de voorfase van een punitieve procedure gelden⁷. Dit betekent dat de beschuldigde onderneming over voldoende tijd en faciliteiten dient te beschikken om zich voor te bereiden op zijn verdediging. Het beginsel

van 'equality of arms' ligt ook aan dit recht ten grondslag. In de zaken SCK en FNK⁸ oordeelde het Gerecht van Eerste Aanleg dat voor de vraag of de Commissie een langere tijd dan redelijkerwijs noodzakelijk is heeft gebruikt voor het vaststellen van haar beschikking de jurisprudentie van het EHRM richtinggevend is. Het Gerecht ging voor iedere fase van de procedure bij de Commissie na of de betrokken termijn redelijk was, gelet op de complexiteit van de zaak. Bij complexe zaken lijkt het in het licht van art. 6 van het EVRM noodzakelijk een evenwicht te vinden tussen de termijnen die de NMa zich gunt en de termijnen die aan partijen worden gegeven om te reageren op een rapport of om een hoorzitting voor te bereiden.

Strafbare poging?

Dan de overtredingen die wél tot een boete hebben geleid. Uit de feitelijke weergave in het besluit wordt wel duidelijk dat partijen de schijn in elk geval ernstig tegen hadden: samenkomsten in hotels, met onderwerpen zoals adviesprijzen en afstemming van kortingen op de – althans door één partij gehanteerde – agenda. Maar hoeveel méér dan die schijn had de NMa nu om haar zaak tegen de fietsenfabrikanten op te baseren?

Op grond van de feiten lijkt vast te staan dat tijdens de bijeenkomst te Zwolle informatie is uitgewisseld over de toekomstige verhoging van consumentenadviesprijzen voor fietsen voor het fietsseizoen 2001 en over de wijziging van betalingskortingen voor rijwielhandelaren in het najaar van 2000. Accell had kennelijk reeds eerder bekend gemaakt dat zij haar adviesprijzen zou aanpassen wegens koersschommelingen van de yen en de dollar ten opzichte van de euro. De betrokken fietsenfabrikanten hebben aangegeven dat zij hun prijsgedrag op de markt onafhankelijk van het besprokene op de bijeenkomst van 13 juni 2000 hebben bepaald. De NMa neemt geen genoegen met dit verweer:

*'In die situatie kunnen de fietsfabrikanten 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.'*⁹

5 GvEA EG 20 april 1999, gevoegde zaken T-305-307, T-313-316, T-318, T-325, T-328, T-329 en T-335/94, Limburgse Vinyl Maatschappij NV, Elf Atochem SA, BASF AG, Shell International Chemical Company Ltd, DSM NV en DSM Kunststoffen BV, Wacker-Chemie GmbH, Hoechst AG, Société artésienne de vinyle, Montedison SpA, Imperial Chemical Industries plc, Hüls AG en Enichem SpA v. Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jur. 1999, p. II-931, r.o. 124-135.

6 HvJ EG 17 december 1998, zaak C-185/95P, *Baustahlgewebe GmbH v. Commissie van de Europese Gemeenschappen*, Jur. 1998, p. I-8417, r.o. 29.

7 Vgl. O.J.D.M.L. Jansen, *Het handhavingsonderzoek, een interne rechtsvergelijking*, diss. 1999, p. 141.

8 GvEA EG zaken T-213/95 en 18/96, Jurispr. 1997, p. II-1739.

9 Randnummer 156 besluit.

‘Met mededelingen die door hooggeplaatste functionarissen worden gedaan in een besloten bijeenkomst hebben de betrokken ondernemingen elkaar een niet mis te verstaan signaal over hun voorgenomen beleid gegeven, waarmee zij wederzijds hun voordeel konden doen.’¹⁰

De NMa acht onderzoek naar de concrete gevolgen van dit gedrag niet noodzakelijk. Het is de vraag of deze conclusie gerechtvaardigd is indien de NMa zich uitsluitend richt op verboden informatie-uitwisseling. Het is immers vaste beschikkingspraktijk dat informatie-uitwisseling uitsluitend tot een inbreuk op de mededingingsregels leidt indien deze uitwisseling plaatsvindt in geconcentreerde markten.¹¹ Daarnaast had de NMa kunnen onderzoeken of de markt voldoende transparant is en de producten een homogeen karakter dragen, zodat een vergroting van transparantie daadwerkelijk tot mededingingsbeperkende effecten zou leiden. Het is opmerkelijk dat de NMa bij het onderzoek naar de rol van marktonderzoekbureau GfK wel wijst op het belang van de vraag of het gaat om een geconcentreerde markt maar aan dit aspect in het geheel geen aandacht besteedt bij de analyse van de informatie-uitwisseling die kennelijk in het Postiljon Hotel te Zwolle heeft plaatsgevonden. Ook is mogelijk dat de NMa met dit besluit een regel formuleert dat uitwisseling van informatie over toekomstig prijsgedrag onder alle omstandigheden een inbreuk op art. 6 Mw vormt, onafhankelijk van de marktstructuur.

Centraal bij de tweede bijeenkomst te Nunspeet staat de – overigens inderdaad niet erg gelukkige – fax van Gazelle aan de overige fietsenfabrikanten. De enkele ontvangst van deze fax door dezen speelt een doorslaggevende rol bij het oordeel van de NMa dat een overeenkomst ex art. 6 Mw aan de orde is, waarbij de NMa zich baseert op randnummer 102 van het arrest van het Hof van Justitie inzake Adalat¹²:

‘Een overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag kan slechts door stilzwijgende aanvaarding tot stand komen indien de wilsuitdrukking van een van de contractpartijen die is gericht op het verstoren van de mededinging, een – expliciete of impliciete – uitnodiging vormt aan de andere partij om dit doel gezamenlijk te verwezenlijken, zeker wanneer een dergelijke overeenkomst zoals in casu op het eerste gezicht niet in het belang is van de andere partij, namelijk de groothandelaren.’

Maar wat staat hier nu precies? Goed beschouwd worden hier alleen eisen gesteld waaraan een aanbod dient te voldoen, wil de stilzwijgende aanvaarding daarvan kunnen leiden tot een overeenkomst in de zin van art. 81 EG. Dit doet evenwel niets af aan de verplichting van de NMa om, indien eenmaal een dergelijk aanbod is vastgesteld, ook de *aanvaarding* – al dan niet stilzwijgend – van dit aanbod te bewijzen. Evenzeer illustratief in dit verband zijn de overwegingen 123 en 124 van het Adalat-arrest:¹³

‘In deze omstandigheden heeft het Gerecht voorts onderzocht of de Commissie aan de feitelijke gedragingen van de groothandelaren na de vaststelling door verzoekster van haar nieuw beleid van leveringsbeperkingen, de conclusie kon verbinden dat de groothandelaren met dit beleid [hadden] ingestemd (punt 124 van het bestreden arrest).

Aldus heeft het Gerecht willen nagaan of de groothandelaren, hoewel er geen uitvoerverbod was, toch de wil van Bayer deelden om parallelimporten te beperken. Bij dit onderzoek heeft het Gerecht geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, waar het zich heeft gebaseerd op de werkelijke wil van de groothandelaren om verder bestellingen van geneesmiddelen voor de uitvoer en voor de nationale markt te plaatsen.’

Voorzover uit het besluit blijkt, hebben partijen nu juist als verweer gevoerd dat de aanvaarding ontbrak: de fax van Gazelle is onbeantwoord gebleven en in de daaropvolgende bespreking is men niet tot zaken gekomen. Vervolgens is, zo begrijpen wij het verweer van partijen, ieder zijns weegs gegaan en heeft het reeds individueel bepaalde gedrag ten aanzien van consumentenprijzen en betalingskortingen ten uitvoer gelegd. In het ook door de NMa aangehaalde arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Anic*, is aan de orde geweest dat een dergelijk verweer nog niet doorslaggevend hoeft te zijn:¹⁴

‘Enerzijds worden de ondernemingen die aan de afstemming deelnemen en op de markt actief blijven, vermoed – 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.

Anderzijds valt een onderling afgestemde feitelijke gedraging zoals hierboven omschreven, zelfs dan onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag, wanneer mededingingsbeperkende gevolgen op de markt ontbreken.

Wat in de eerste plaats de periodieke bijeenkomsten van de polypropyleenproducenten betreft, heeft Anic gesteld, dat zij haar prijsgedrag op de markt onafhankelijk van het resultaat van de bijeenkomsten heeft bepaald en dat, voor zover er een zekere mate van gelijkheid tussen haar reacties

10 Randnummer 160 besluit.

11 Zaak HvJ EG *Wirtschaftsvereinigung Stahl*, PbEG L1/10, 1998.

12 HvJ EG 6 januari 2004, gevoegde zaken C-2/01P en C-3/01P, *Bayer*, nog niet gepubliceerd, r.o. 102.

13 HvJ EG 6 januari 2004, gevoegde zaken C-2/01P en C-3/01P, *Bayer*, nog niet gepubliceerd, r.o. 123-124.

14 HvJ EG 8 juli 1999, zaak C-49/92P, *Commissie van de Europese Gemeenschappen tegen Anic Partecipazioni SpA*, Jur. 1999, p. I-4125, r.o. 121, 122 en 127.

en die van de andere producenten kon worden geconstateerd, dit was toe te schrijven aan de ontwikkeling van de grondstoffenprijzen en aan het normale gedrag van een producent op een door de 'grote vier' gedomineerde markt. Het Gerecht heeft in punt 112 van het bestreden arrest dus terecht geoordeeld, dat een dergelijk argument hooguit zou aantonen, dat Anic aan de tijdens de bijeenkomsten gemaakte afspraken over richtprijzen geen uitvoering had gegeven.'

Van belang is evenwel dat in deze overwegingen het bestaan van wilsovereenstemming uitgangspunt is. In de zaak van de fietsenfabrikanten is, in ieder geval voor wat betreft de bespreking van 17 augustus 2000, evenwel betwist dat het zover is gekomen. Het gaat derhalve niet om de vraag of het niet effectueren van overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen disculperend kan werken. Door het verweer niettemin langs deze lijn te verwerpen, maakt de NMa het in gevallen als dit, waarin de daadwerkelijke marktontwikkeling parallelle vertoont met hetgeen een concurrent in een niet-beantwoorde fax heeft opgemerkt, in wezen onmogelijk om nog met succes een beroep te doen op het ontbreken van wilsovereenstemming. Het is de vraag of de NMa zover kan gaan.

Voor onderling afgestemd feitelijk gedrag in de zin van art. 6 Mw dient de NMa in onze ogen drie elementen te bewijzen: (i) schriftelijk of mondeling contact tussen ondernemingen dat (ii) strekt tot samenwerking welke de normale rivaliteit tussen ondernemingen doorkruist, bijvoorbeeld door onzekerheid over toekomstig gedrag weg te nemen en (iii) het effect heeft dat het commercieel gedrag van partijen beïnvloed wordt.

Ofschoon de bewijslast voor het derde element waarschijnlijk niet zwaar is en wellicht in veel gevallen moet worden omgedraaid,¹⁵ kan deze eis niet volledig buiten beschouwing worden gelaten zonder de tekst van art. 6 Mw welke spreekt over 'feitelijk gedrag' geweld aan te doen.¹⁶ Men kan zich ten slotte de vraag stellen of in dit geval afstemming wel aan de orde kan zijn geweest. De adviseur van de fietsenproducenten lijkt een pleidooi voor betere voorwaarden in de kiem te hebben gesmoord.

Duur van de overtreding

In het verlengde van het voorgaande kan kritiek worden geleverd op de vaststelling door de NMa van de duur van de overtreding. Deze is bepaald op de duur van het seizoen waarvoor consumentenadviesprijzen gelden. Maar dit is in ieder geval alleen dan mogelijk, wanneer de prijzen zoals deze gedurende het seizoen gelden inderdaad zijn terug te voeren op verboden overeenstemming tussen de fietsenfabrikanten; voorzover dat niet het geval is, lijkt de motivering van vaststelling van de duur van de overtreding ondeugdelijk.

Complianceprogramma als boeteverlagende omstandigheid

In randnr. 235 van het besluit besteedt de NMa aandacht aan de gevolgen van een 'complianceprogramme' bij het

vaststellen van de boete. Gazelle beschikt over een dergelijk programma. Het hanteren van compliance programma's kan volgens de NMa onder bijzondere omstandigheden als boeteverlagend element worden aangemaakt.

'Het moet dan [...] in ieder geval gaan om een daadwerkelijk geïmplementeerd, werkend en voldoende effectief bedrijfscontrolesysteem met scherpe interne procedures om naleving van de Mededingingswet te bevorderen.'

Daarnaast stelt de NMa als eis dat er bij de desbetreffende overtredingen geen hooggeplaatste vertegenwoordigers van de onderneming betrokken zijn. Nu de commercieel directeur van Gazelle heeft deelgenomen aan de besprekingen acht de NMa dit programma niet relevant voor het vaststellen van de hoogte van de boete voor Gazelle. Voor de praktijk blijft van belang dat een goed werkend complianceprogramma onder omstandigheden kan leiden tot een boetereductie. Het eerste besluit waarin een reductie om deze reden wordt toegekend moet evenwel nog steeds genomen worden.

¹⁵ Vgl. bijvoorbeeld GvEA zaak T-25/95, *Cement*, § 1912.

¹⁶ Vgl., Richard Wish, *Competition Law* 5th Edition, 2003, p. 101 voor een bespreking van deze vraag.