
X, Y, Z en W / d-g NMa (Texaco en de Texaco-tankstations)

Vermeulen Neerbosscheweg B.V., Vermeulen St. Anna B.V., Sparu B.V. en Texaco Nederland B.V. / d-g NMa, Rechtbank Rotterdam, 23 juni 2005. MEDED 03/2527-WILD, MEDED 03/2544-KNP en MEDED 03/2545-KNP. Rechterlijke toetsing van een boetebesluit wegens overtreding van art. 6 Mw. (m.nt. mr drs. M.M. Slotboom en mr J.J.A. Coumans)¹

Feiten

De NMa heeft bij besluit van 25 juni 2002 een boete van € 1 miljoen opgelegd aan Texaco en tussen € 25.000 en € 48.000 aan drie onafhankelijke Texaco-pomphouders wegens overtreding van art. 6 Mw.² Volgens de NMa hadden de onafhankelijke pomphouders en Texaco in haar hoedanigheid van eigenaar van tankstation BEM een afspraak gemaakt of hadden zij onderling hun gedragingen afgestemd met het oog op het tijdelijk hanteren van gelijke kortingen. Texaco wordt voorts verweten dit gedrag te hebben geïnitieerd, gecoördineerd en voor een belangrijk deel ook te hebben gefinancierd, hetgeen als boeteverzwarende omstandigheid wordt meegewogen. Genoemde partijen hadden dit, volgens de NMa, gedaan als reactie op de opening van een nieuw tankstation van prijsstunter TanGo in Nijmegen, teneinde diens toetreding tot de regio Nijmegen te bemoeilijken. Om aan deze actie ruchtbaarheid te geven, stond in advertenties in De Gelderlander op 15 en 18 april 2000 aangekondigd dat de onderhavige pomphouders in de week van 15 tot en met 22 april 2000 een korting van 30 cent per liter op benzine en diesel en van 20 cent op lpg zouden geven.

De d-g NMa leidt het bestaan van een horizontale inbreuk begaan door Texaco en de onafhankelijke pomphouders met name af uit verklaringen die zij van de bedrijfsleiders en directieleden van de verschillende betrokken tankstations had afgenomen. Daarbij hadden de onderzoeksambtenaren van de d-g NMa vooral doorgevraagd naar hetgeen was besproken op een regiobijeenkomst van exploitanten van Texaco-stations in de regio Nijmegen op 23 maart 2000.

In het bestreden besluit heeft de d-g NMa voor vaststaand aangenomen dat op de regiomeeting van 23 maart

¹ Marco Slotboom en Jacqueline Coumans zijn advocaten bij Simmons & Simmons te Brussel en Rotterdam.

² Besluit d-g NMa van 25 juni 2002, zaaknummer 2498, Sparu B.V., Vermeulen Neerbosscheweg B.V., Vermeulen St. Anna B.V., B.V. Benzine Exploitatie B.V. en Texaco Nederland B.V. (zie *M&M* 2003, nr 2, 60-63), gehandhaafd in bezwaar bij besluit van 16 juli 2003.

2000 de exploitanten, onder voorzitterschap van Texaco, specifieke informatie hebben uitgewisseld over de te hanteren kortingen. Ook heeft de NMa voor vaststaand aangenomen dat de bijeenkomst tot doel had om de mededinging tussen de pompstations te beperken door middel van een coördinatie van hun prijsbeleid. Aldus is volgens de d-g NMa tijdens de regiomeeting een door art. 6 Mw verboden horizontale mededingingsbeperking in de vorm van een overeenkomst althans onderling afgestemde feitelijke gedraging tot stand gekomen. De wilsovereenstemming blijkt volgens de d-g NMa uit de advertentie in *De Gelderlander*. Deze bereikte wilsovereenstemming wordt nog eens bevestigd door het marktgedrag van de pomphouders aangezien zij dezelfde kortingen hebben gehanteerd, althans hun prijzen nagenoeg gelijktijdig hebben aangepast en in dezelfde zin. Tegen het besluit op bezwaar, waarin de d-g NMa gedeeltelijk het advies van de bezwaaradviescommissie naast zich neerlegde, hebben partijen vervolgens beroep ingesteld bij de rechtbank Rotterdam.

Beoordeling door de rechtbank

Argumenten ten aanzien van afgelegde verklaringen

De rechtbank gaat allereerst in op de stelling van de onafhankelijke pomphouders dat er ernstige bezwaren bestonden tegen de wijze waarop de eerdergenoemde verklaringen, die tot bewijs hadden gediend, tot stand zijn gekomen. Texaco en de pomphouders voerden daartoe onder meer aan dat de verklaringen waren afgelegd in de veronderstelling dat de d-g NMa slechts onderzoek deed naar Texaco, althans dat de onderzoeksambtenaren te lang in het ongewisse hebben gelaten dat ook de overige pomphouders voorwerp van onderzoek waren. Daarnaast waren de verklaringen deels afgelegd zonder dat de pomphouders juridische bijstand hadden gehad. De rechtbank wijst dit argument af door erop te wijzen dat de d-g NMa reeds in brieven van 26 mei 2000 aan de onafhankelijke pomphouders met name te kennen had gegeven een klacht te hebben ontvangen van TanGo tegen vier Texaco-tankstations, waaronder die van de betrokken pomphouders.

Voorts beschrijft de rechtbank – in navolging van de d-g NMa in het besluit in primo – omstandig de verschillende stappen die door de onderzoeksambtenaren worden gezet bij het afnemen van een verklaring. Zo noemt de rechtbank het feit dat de NMa belastende en niet-belastende verklaringen zoveel als mogelijk in eigen bewoordingen heeft weergegeven. Ook wijst de rechtbank erop dat de betrokkene de verklaring ondertekent en de gelegenheid krijgt om de verklaring te corrigeren en aan te vullen. Voorts noemt de rechtbank de cautie die wordt gegeven. Uit al die stappen leidt de rechtbank af – wederom in navolging van de d-g NMa in het primaire besluit – dat deze methode van de NMa haar niet ondeugdelijk of rechtens onjuist voorkomt. Daarbij acht de rechtbank relevant dat de verschillende verklaringen een redelijk consistent beeld geven. Ook meent de rechtbank dat de verklaringen hun waarde niet verliezen doordat zij zijn afgelegd in een ongedwongen sfeer zonder juridische bij-

stand. De rechtbank concludeert derhalve dat de d-g NMa van de afgelegde verklaringen mocht uitgaan.

Argumenten ten aanzien van de door de d-g NMa gestelde horizontale mededingingsbeperking

Vervolgens oordeelt de rechtbank aan de hand van de bewuste verklaringen of de d-g NMa terecht tot het oordeel heeft kunnen komen dat sprake is geweest van een horizontale beperking van de mededinging. De rechtbank benadrukt dat zij zich dient te beperken tot dit horizontale aspect, omdat de d-g NMa blijkens het bestreden besluit de overtreding van art. 6, lid 1, Mw uitdrukkelijk uitsluitend heeft gezien in het kader van een horizontale beperking. De rechtbank gaat derhalve na of uit de door de d-g NMa gestelde feiten overtuigend voortvloeit dat tussen de onafhankelijke pomphouders en Texaco in haar hoedanigheid van eigenaar van een tankstation een overeenkomst en/of onderling afgestemde gedragingen met een horizontaal karakter heeft/hebben bestaan met de strekking de toetreding van TanGo tot de lokale markt te bemoeilijken.

Daarbij hanteert de rechtbank als maatstaf dat het wezenlijk element van het begrip overeenkomst in de zin van art. 81, lid 1, van het Verdrag en art. 6 Mw het bestaan is van een wilsovereenstemming tussen ten minste twee partijen, ongeacht de vorm die daaraan wordt gegeven, voorzover zij een getrouwe weergave is van die wilsovereenstemming (GvEA zaak T-41/96, *Bayer*, Jur. 2000, p. II-3383, punt 69).

Deze definitie toepassend op de feiten komt de rechtbank tot het oordeel dat niet staande kan worden gehouden dat tijdens de regiobijeenkomst van 23 maart 2000 wilsovereenstemming is bereikt over het voeren van een gezamenlijke kortingsactie. De rechtbank neemt wel aan dat in algemene termen is gesproken over de groots aangekondigde opening van een TanGo tankstation, maar dit impliceert volgens de rechtbank niet dat tussen partijen wilsovereenstemming over te hanteren kortingen is bereikt. Ook kunnen de eerdergenoemde – door Texaco geplaatste – advertenties in *De Gelderlander*, waarin de kortingsactie werd aangekondigd, hiervoor niet het bewijs leveren. Volgens de rechtbank was de kortingsactie geïnitieerd door Texaco, die de exploitanten van de tankstations individueel had benaderd met het verzoek om deel te nemen aan de actie. Daarbij was er een verticale relatie tussen Texaco en de exploitanten, welke relatie werd bepaald door de toeleveringsovereenkomsten voor motorbrandstoffen. Op basis van deze overeenkomsten waren de pomphouders vrij om van de adviesverkoopprijs van Texaco af te wijken, bijvoorbeeld door het geven van nog hogere kortingen. Texaco nam voorts ook de kosten van de kortingsactie voor haar rekening door de exploitanten voor de extra verleende kortingen te compenseren. In die constellatie was het volgens de rechtbank uiteindelijk Texaco die besliste of zij, om omzetverlies te voorkomen, een gedeelte van de korting voor haar rekening nam. Het bestaan van een horizontale overeenkomst tussen de pomphouders die ertoe strekte om de toetreding van TanGo tot de lokale markt te belemmeren was dus niet vast komen te staan, aldus de rechtbank.

De rechtbank gaat vervolgens ook het feitencomplex na om te beoordelen of de NMa terecht een onderling afgestemde feitelijke gedraging met een horizontaal karakter kon vaststellen. Ook hiervoor ontbreekt volgens de rechtbank het bewijs. Met name verwerpt de rechtbank de stelling van de d-g NMa dat de betrokken partijen tijdens of in het kader van de regiobijeenkomst van 23 maart 2000 specifieke informatie hebben uitgewisseld over de te hanteren kortingen in verband met de komst van TanGo. De notulen van die vergadering bevatten geen gegevens over dergelijk prijsadvies en maken geen melding van de plaatsing van de eerdergenoemde advertentie. Uit de afgelegde verklaringen kan evenmin een onderling afgestemde feitelijke gedraging worden afgeleid. Het feit dat adviezen van Texaco hebben geleid tot identieke kortingen bij de onafhankelijke pomphouders betekent nog niet dat de pomphouders hun gedrag onderling hebben afgestemd. Het parallelle prijsgedrag laat zich – volgens de rechtbank – verklaren door de verticale relatie tussen Texaco enerzijds en de pomphouders anderzijds.

De rechtbank verklaart de beroepen dan ook gegrond en vernietigt het bestreden besluit wegens strijd met art. 7:12, lid 1, Awb, volgens hetwelk een beslissing op bezwaar dient te berusten op een deugdelijke motivering. De rechtbank bepaalt vervolgens dat de d-g NMa een nieuw besluit op bezwaar neemt met inachtneming van haar uitspraak.

Commentaar

Het gebruik van verklaringen als bewijs van een overtreding

De zaak Texaco stond al eerder in de belangstelling door de weigering van Texaco om twee van haar eigen rayonmanagers en een clustermanager van een door haar geëxploiteerd tankstation ter beschikking te stellen voor een gesprek met de NMa. Texaco kreeg toen de maximale boete van NLG 10.000 opgelegd wegens niet-medewerking aan een vordering tot het verstrekken van inlichtingen van de d-g NMa.³ In het daaropvolgende beroep tegen de boete bevestigde de rechtbank het besluit van de d-g NMa, omdat volgens de rechtbank de medewerkingsplicht zich uitstrekte tot eenieder die betrokken was bij activiteiten waarop het toezicht betrekking had.⁴ Daarbij mocht de betrokkene zich wel op het zwijgrecht voorzien in art. 53 Mw beroepen aangezien hij 'aan de zijde van de onderneming' een verklaring aflegde.

Op basis van verklaringen van de werknemers van de overige ondernemingen in deze zaak, heeft de NMa vervolgens een eindbesluit genomen in de zaak en boetes opgelegd wegens het begaan van een overtreding met een horizontaal karakter van art. 6 Mw. Afgezien van de notulen van één vergadering en een krantenadvertentie heeft de NMa in deze zaak geen enkel ander bewijsmiddel gebruikt dan de verklaringen van de bedrijfsleiders van de betrokken tankstations. Het lag dan ook voor de hand dat de discussie in het beroep ten gronde zich deels zou toespitsen op het gebruik van dergelijke verklaringen.

Het eerste argument van de appellanten betrof de omstandigheden waarin de verklaringen waren afgelegd. Volgens betrokkenen hadden de ambtenaren van de NMa te lang in het ongewisse gelaten dat niet alleen Texaco, maar ook de individuele tankstations voorwerp van onderzoek waren. Zij impliceerden daarmee dat sommige verklaringen allicht niet zouden zijn afgelegd als de betrokkenen op dat ogenblik hadden geweten dat ook 'hun' ondernemingen van overtreding van de Mededingingswet werden verdacht. Zoals uiteengezet, verwerpt de rechtbank dit argument. Het argument van appellanten zou uiteraard sterker geweest zijn, indien de NMa geen cautie had gegeven. De omschrijving door de rechtbank (en de NMa) van de feiten staat echter niet toe om na te gaan of dit ook daadwerkelijk is gebeurd. Echter, nu de rechtbank het geven van de cautie in algemene termen noemt en de betrokkenen kennelijk niet hebben gesteld dat de cautie achterwege is gebleven, kan men aannemen dat de cautie wel degelijk gegeven is.

Ook de overige argumenten over het afnemen van de verklaringen worden verworpen. De rechtbank beperkt zich daarbij tot een neutrale opsomming van de verschillende stappen die verhorende ambtenaren in de regel zetten, zonder dat zij nagaat of de onderzoeksambtenaren al deze stappen in het onderhavige geval wel juist hebben gezet. De rechtbank heeft zich in feite beperkt tot een vrijwel letterlijke herhaling van het standpunt van de d-g NMa in paragraaf 44-45 van het primaire besluit waar de d-g NMa, aan de hand van een soortgelijke opsomming, tot de conclusie komt dat niet is gebleken dat zijn methode rechteens onjuist of ondeugdelijk zou zijn. Voorts hecht de rechtbank belang aan het feit dat de verklaringen een redelijk consistent beeld schetsen. Kennelijk hadden appellanten geen klachten dat de NMa in de onderhavige zaak van bedoelde methode zou zijn afgeweken.

Het feit dat de rechtbank tot in verregaande mate de d-g NMa (nu de Raad van Bestuur) 'carte blanche' geeft om bewijs uitsluitend of voornamelijk op afgelegde verklaringen te laten steunen, is enigszins verontrustend. Door het gebruik van dergelijke verklaringen toe te staan, onder de enkele voorwaarde dat de verklaring administratief gezien juist moet zijn afgenomen en dat de onderscheiden verklaringen een consistent beeld moeten geven, kan van het instrument van de verklaringen immers ook misbruik worden gemaakt. Men kan zich bijvoorbeeld situaties voorstellen, waarin twee of meer clementieverzoekers in een zaak er belang bij hebben om bijvoorbeeld een andere onderneming 'zwarter' (bijvoorbeeld als 'ring leader') af te schilderen dan in feite het geval is. Vooral in zaken waar bewijs in de vorm van geschriften en andere documenten ontbreekt, zouden dergelijke verklaringen een verstoord beeld van de realiteit kunnen tonen, waarbij de onderneming die door de clementieverzoekers de zwarte piet krijgt toegeschoven, in een onmogelijke bewijspositie

3 Besluit d-g NMa van 6 juli 2001, zaaknummer 2463, Texaco Nederland B.V.

4 Rechtbank Rotterdam 7 augustus 2003, Texaco Nederland B.V./d-g NMa, zaak 02/259 MEDED (zie *M&M* 2004, nr 5, 180).

komt te verkeren. Om dergelijke uitwassen tegen te gaan is het belangrijk de eerbiediging van de waarborgen die onder meer door het EHRM tegen dergelijke belastende verklaringen zijn ontwikkeld, zoals het recht om – op enig moment in de procedure – tegenvragen te stellen,⁵ te verzekeren.

In de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie zijn eveneens garanties ontwikkeld tegen overmatig gebruik van belastende verklaringen door de Europese Commissie. Zo dient de Europese Commissie, wanneer de inhoud van een belastende verklaring van een onderneming door verschillende ondernemingen wordt betwist, deze verklaring te staven aan de hand van andere bewijsmiddelen of anders de verklaring terzijde te laten.⁶

Duale distributie

Uit de onderhavige zaak volgt dat de d-g NMa (nu de Raad van Bestuur) goed zal moeten overwegen hoe hij in de toekomst de overtreding zal kwalificeren, horizontaal of verticaal. De rechtbank maakt duidelijk dat, indien de d-g NMa (nu de Raad van Bestuur) het verwijt van een overtreding met een horizontaal karakter maakt, hij ook dit horizontale aspect zal moeten aantonen.

De NMa had er in deze zaak voor gekozen om de inbreuk – uitsluitend – te benoemen als een horizontale afstemming tussen Texaco c.q. het door haar geëxploiteerde tankstation en de andere betrokken pomphouders. Dit, terwijl Texaco in haar verhouding tot de andere betrokken pomphouders een verticaal geïntegreerde leverancier is, die op distributieniveau concurreert met zijn wederverkopers. Een dergelijke figuur staat bekend als duale distributie. Duale distributie wordt overigens in art. 2, lid 4(b) van de Groepsvrijstelling Verticale Overeenkomsten⁷ uitdrukkelijk toegestaan binnen de reikwijdte van deze Groepsvrijstelling.

Indien een leverancier die zelf ook distribueert, individuele afspraken maakt met zijn onafhankelijke distributeurs, heeft die afspraak vanzelfsprekend een horizontaal gevolg op het niveau van de distributeurs. Maar wil er in zulke gevallen sprake zijn van een horizontale overeenkomst of een onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van art. 6, lid 1 Mw, dan moet toch worden aangetoond dat wilsovereenstemming, althans enige vorm van coördinatie van marktgedrag tussen de distributeurs heeft plaatsgevonden. Het enkele feit dat Texaco vanuit haar rol van leverancier richting de onafhankelijke pomphouders een kortingsactie initieert, is dus onvoldoende om een horizontale afstemming aan te nemen. De NMa is er volgens de rechtbank niet in geslaagd om de daarvoor noodzakelijke wilsovereenstemming, althans onderling afgestemde gedraging tussen de onafhankelijke distributeurs aan te tonen.⁸

De gedragingen van Texaco jegens de individuele onafhankelijke distributeurs kwalificeert de rechtbank naar onze mening terecht als verticaal. Art. 2, lid 1, van de Groepsvrijstelling Verticale Overeenkomsten definieert een verticale overeenkomst als een overeenkomst waarbij twee of meer, *met het oog op de toepassing van de overeenkomst* elk in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen werk-

zame ondernemingen partij zijn. Terecht naar onze mening concludeert de rechtbank dat de inhoud van de discussies tussen Texaco en de pomphouders ten aanzien van adviesprijzen werd bepaald door de verticale toeleveringsovereenkomsten tussen Texaco en de individuele pomphouders. Dit volgt onder andere uit het feit dat Texaco, als brandstofleverancier, op basis van de toeleveringsovereenkomsten bereid was de kosten van de door haar geïnitieerde actie gedeeltelijk voor haar rekening te nemen. Zolang het marktaandeel van Texaco binnen de door de Groepsvrijstelling Verticale Overeenkomsten valt, zijn haar adviesprijzen vrijgesteld krachtens art. 4(a) van de Groepsvrijstelling.

Opmerkelijk is nog dat de d-g NMa in het besluit op bezwaar nog via een andere weg tot een horizontale overeenkomst tracht te komen. Zo wijst de d-g NMa erop dat de wilsovereenstemming tussen de betrokken pomphouders, mogelijk ook via Texaco (als leverancier) tot stand is gekomen. Hij verwijst daarbij naar de Memorie van Toelichting bij de Mw,⁹ waaruit blijkt, aldus de d-g NMa, dat een overeenkomst in de zin van artikel 6 Mw tevens bestaat wanneer via een derde consensus ontstaat. Juist het vereiste dat er via een derde consensus tot stand moet komen, redt de NMa niet door via een zogenaamde waaierconstructie de onderhavige zaak als een overeenkomst met een horizontaal karakter te kwalificeren.¹⁰ Het is immers die consensus die de rechtbank onbewezen acht.

Tot slot

Inmiddels heeft de NMa in een nieuwsbericht van 17 augustus 2005 aangekondigd dat zij naar aanleiding van de uitspraak van de rechtbank afziet van de beboeting van Texaco en de drie Texaco-tankstations en eveneens van het instellen van hoger beroep tegen de uitspraak.

5 EHRM 20 november 1989, Kostovski, Series A, nr. 166, punten 39 tot en met 41.

6 GvEA 14 mei 1998, zaak T-337/94, Enso-Gutzeit Oy/Europese Commissie, Jur. 1998, p. II-1571, punt 91; herhaald in GvEA 8 juli 2004, gevoegde zaken T-67/00, T-68/00, T-71/00 en T-78/00, JFE Engineering e.a./Europese Commissie, op www.curia.eu.int, punt 219.

7 Verordening (EG) 2790/1999 van 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, Pb. L 336 van 29.12.1999, blz. 21.

8 Overigens had de bezwaar-adviescommissie al geadviseerd dat naar haar mening er geen sprake was van wilsovereenstemming. Ook zag zij geen onderling afgestemde feitelijke gedraging voor de gehele door de NMa gestelde duur.

9 Kamerstukken II, 1995/1996, 24707, nr. 3, p. 11.

10 Dergelijke waaierconstructies werden ook al verboden in het besluit Horizontale Prijzbinding, Stb. 1993, 80.