

Mobiele operators niet goed verstaan

Onderzoek naar het bewijsrecht voor boetebesluiten van de NMa, zoals ontwikkeld door de bestuursrechter

mr. dr. B. van den Berg

De recente uitspraak over de mobiele operators¹ is verrassend. Voor een bestuursrechtelijke uitspraak wordt er namelijk relatief veel aandacht besteed aan bewijsrechtelijke punten. Dit is meestal niet het geval in andere uitspraken van de bestuursrechter, omdat het bestuursprocesrecht geen tussenvonnissen met formele bewijsopdrachten kent. Na onderzoek van andere uitspraken dan die over de mobiele operators waarbij het toetsen van boetebesluiten van de NMa aan de orde is, bleek het mogelijk om toch nog vrij veel vuistregels van het bewijsrecht te ontdekken.

Als de NMa een rapport heeft opgemaakt in de zin van artikel 59 Mw, gaat zij vervolgens na of er een boete zal worden opgelegd, en zo ja, voor welk bedrag. In deze bijdrage bespreek ik alle boetezaken van de NMa die tot nu toe zijn beoordeeld door de bestuursrechter. Welke conclusies in verband met het bewijsrecht kunnen we trekken uit de in totaal tien boetezaken? Is er daarbij een verschil aanwezig tussen het bewijsmateriaal over het feitencomplex en dat aangaande het bepalen van de hoogte van het boetebedrag? Hoe hoort de NMa tijdens de bestuursfase om te gaan met tegenargumenten, eventueel versterkt met bewijsmateriaal, van de betrokken ondernemingen? Past de mobiele-operatorszaak in de ingezette jurisprudentiële lijn van het toetsen van boetebesluiten afkomstig van de NMa?

Juridisch kader in Awb en art. 6 EVRM bij rechterlijke toetsing boetebesluiten

In het wetsontwerp voor de vierde tranche² van de Algemene wet bestuursrecht worden sancties ingedeeld in twee groepen: de herstel- en de bestraffende sancties. De herstelsanctie is gericht op het herstellen van een illegale situatie in een legale, zoals bij de last onder dwangsom. De bestraffende sanctie, vroeger ook wel punitieve sanctie genoemd, is gericht op het straffen van de dader. Het overheidsorgaan ‘voegt leed toe’ aan de overtreder. Het is onomstreden dat de boete behoort tot de bestraffende sancties en volledig valt onder de reikwijdte van de waarborgen inzake de ‘criminal charge’ in artikel 6 EVRM. Dit volgt namelijk uit de aard van het delict en de aard en zwaarte

van de sanctie. De vierde tranche kent een algemene regeling voor het opleggen van de boete, maar deze regeling heeft thans nog geen kracht van wet.³

Het opleggen van bestraffende sancties door bestuursorganen, zoals de boete, is toegestaan onder artikel 6 EVRM, mits betrokkene daarna toegang heeft tot een onafhankelijke en onpartijdige rechter die het boetebesluit ‘vol’ toetst.⁴ Een ‘vol beroep’ wil zeggen dat de bestuursrechter zowel de bewezenverklaring van de feiten volledig bewijsrechtelijk dient te toetsen, alsook de hoogte van het boetebedrag volledig behoort te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel in artikel 3:4 lid 2 Awb.⁵ Dit houdt in dat de zwaarte van de sanctie in een evenredige verhouding moet staan tot de ernst van de overtreding.⁶ Voor mededingingsrechtelijke uitspraken is het voorgaande uiteengezet in de diergeneesmiddelenuitspraken.⁷

Vol beroep houdt op grond van voorgaande jurisprudentie ook de mogelijkheid in voor de rechter om zelf een nieuw boetebedrag vast te stellen dat wel voldoet aan de evenredigheidstoets, zoals deze ook is opgenomen in artikel 57 lid 2 Mw. Het vaststellen van een nieuw boetebedrag wordt mogelijk gemaakt door de bepaling in artikel 8:72 lid 4, laatste zinsnede, Awb: hierin is het ‘zelf voorzien’ door de bestuursrechter als wettelijke mogelijkheid vastgelegd.

- 1 D-g NMa 30 december 2002, zaak 2658; D-g NMa 27 september 2004, besluit in bezwaar, zaak 2658; Bezwaaradviescommissie 7 oktober 2003, *Mobiele operators*.
- 2 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 83/84.
- 3 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nrs. 1-8.
- 4 EHRM 21 februari 1984, *NJ* 1988, 937, m.nt. Alkema, Ozturk; EHRM 25 augustus 1987, *NJ* 1988, 938, m.nt. Alkema, Lutz; EHRM 24 februari 1994, Series A vol. 284, *NJ* 1994, 496, m.nt. Alkema; *BNB* 1994/175, m.nt. Wattel; *RBA* 1994-1995, 2, m.nt. De Moor-Van Vught, § 47, *Ben-denoun*. In deze laatste zaak staat het EHRM toe dat bestuursorganen hoge boetes opleggen, mits er daarna toegang is tot rechtspraak. Zie verder HR 19 juni 1985, *NJ* 1986, 104, m.nt. Alkema; *BNB* 1986/29, m.nt. Scheltens; *AA* 1986, p. 623-627, m.nt. Zwemmer, *Naheffing motorrijtuigenbelasting*.
- 5 Dit volgt uit jurisprudentie, zie EHRM 23 juni 1981, *NJ* 1982, 602, m.nt. Alkema, Le Compte, Van Leuven en De Meijere; EHRM 10 februari 1983, *NJ* 1987, 315, Albert en Le Compte; EHRM 23 september 1998, *NJ* 1998, p. 2084, *NJCM-bull.*, 1999, p. 278, *Malige*.
- 6 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, dertiende herziene druk, Elsevier Juridisch 2005, p. 440-444; en L.J.A. Damen, P. Nicolai, J.L. Boxum, A.P. Klap, A.R. Neerhof, B.K. Olivier, B.J. Schueler, F.R. Vermeer, R.L. Vuicsán, *Bestuursrecht Deel 1, Systeem, Bevoegdheid, Besluitvorming, Handhaving*, De Haag Boom Juridische uitgevers, 2005, tweede druk, p. 675-678.
- 7 Gesplitste zaken: Rb. Rotterdam 22 mei 2006, zaaknr. 03/3824, *LJN* AX8428, *Aesculaap*; en Rb. Rotterdam 22 mei 2006 zaaknr. 03/3812, *LJN* AX8425, *AUV*, voor beide in r.o. 2.5.4.

Boukje van den Berg is jurist/wetenschapper. Momenteel geeft zij als gastdocent colleges aan de Vrije Universiteit, faculteit der Sociale Wetenschappen, afdeling Bestuur & Organisatie, te Amsterdam. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven.

Uit artikel 6 lid 3 sub a EVRM vloeit voort dat de kennisgeving van de ‘criminal charge’ moet plaatsvinden in een taal die de betrokkene verstaat. In de Garnalenzaak⁸ waren uitsluitend het rapport en de sanctiebesluiten in het Duits vertaald, de overige dossierstukken – waaronder verklaringen van personen – waren dat niet. Aangezien deze verklaringen belangrijk waren in de bewijsvoering van de NMa, besliste de bestuursrechter, in navolging van de zaak *Kamasinski*⁹, dat deze dossierstukken eveneens vertaald moesten worden. Het gehele dossier behoeft echter niet te worden vertaald. Verder behoort het tot de taak van de rechtbank om het Duitse beroepschrift in het Nederlands te vertalen.

Daarnaast vereist artikel 6 EVRM dat de procedure tot het opleggen van een boete, inclusief de bestuursfase en het uiteindelijke oordeel van de rechter, plaatsvindt binnen een ‘redelijke termijn’. In de *AUV/Aesculaapzaak* komt dit onderwerp nog uitgebreid aan de orde.

Bewijslast bij NMa, tegenbewijs mogelijk door onschuldpresumptie

Bij het opleggen van bestraffende sancties is het overheidsorgaan conform artikel 6 lid 2 EVRM verplicht om te bewijzen dat het te beboeten feitencomplex zich heeft voorgedaan, door de te beboeten onderneming(en) is begaan en aan de onderneming(en) kan worden toegerekend. De bewijslast voor het opleggen van boetes ligt dus bij de NMa en deze eis is als zodanig gecodificeerd in de artikelen 59 en 62 Mw. Het EHRM¹⁰ neemt genoeg met voldoende mogelijkheid voor de vermeende dader om door tegenbewijs zijn daderschap of schuld te weerleggen. Het bestuursorgaan dient te bewijzen dat de dader de verweten gedraging heeft begaan. Het is dit, door de NMa vergaarde, bewijsmateriaal in het bestreden besluit dat de bestuursrechter vol dient te toetsen (zie hier-voor).

Nadat de NMa het feitencomplex heeft bewezen en in het boetebesluit heeft vastgesteld, wordt er uitgegaan van een objectief vermoeden van schuld. Dit betekent dat schuld in de zin van verwijtbaarheid wordt verondersteld bij daderschap.¹¹ De dader kon niet onkundig zijn van de illegale situatie, namelijk het feit dat de mededinging is beperkt. De NMa¹² volgt hierin de jurisprudentie van het Hof¹³ en van het Gerecht¹⁴. Wanneer de verboden gedraging wel is begaan en kan worden toegerekend aan de overtreder, maar deze hem niet kan worden verweten, mag de NMa geen sanctie opleggen. Of dit het geval is, moet de overtreder zelf aannemelijk maken. De geadresseerde van een boetebesluit kan aan een sanctie ontkomen door aan te tonen dat hem de overtreding niet kan worden verweten. Deze mogelijkheid van het voeren van tegenbewijs is gecodificeerd in artikel 56 lid 3 Mw. Verder volgt het CBB¹⁵ hier het rechtsoordeel van het EHRM¹⁶.

In het bestuursprocesrecht is de bestuursrechter *dominus litis*. Hij heeft een actieve rol in het geding en dient zoveel mogelijk de materiële waarheid te achterhalen door ambtshalve onderzoek te verrichten indien dit noodzakelijk is. Een en ander volgt uit en is vastgelegd in artikel 8:69 leden 2 en 3 Awb. Door het tweede lid is de bestuursrechter

verplicht de rechtsgronden aan te vullen. Door het derde lid heeft de bestuursrechter de bevoegdheid om ambtshalve de feiten aan te vullen. Deze beide artikelleden stellen hem in staat om – indien nodig – de ongelijkheid tussen partijen te compenseren door een actieve rol aan te nemen. Dit vereist het beginsel van ongelijkheidscompensatie dat essentieel is in het bestuursprocesrecht. Partijen in het bestuursrechtelijk geding worden niet aan elkaar gelijk geacht. Via bestuursrechtelijke uitspraken zijn vuistregels voor bewijslastverdeling te achterhalen.¹⁷

Voor dit betoog heb ik een onderzoek verricht naar in totaal tien boetezaken, inclusief die van de ‘mobiele operators’, die sinds de inwerkingtreding van de Mededingingswet ter toetsing zijn voorgelegd aan de bestuursrechter van de rechtbank Rotterdam. Binnen deze groep is in drie boetezaken eveneens in hoger beroep uitspraak gedaan door het CBB.

In negen van de tien¹⁸ boetezaken toetst de bestuursrechter bewijsrechtelijk de begane feiten in de bewezenverklaring, en meestal eveneens de hoogte van het boetebedrag. In vier van de negen zaken wordt uitsluitend het bewijsmateriaal over het feitencomplex getoetst. In de overige boetezaken speelt ook het bewijsmateriaal over de hoogte van het boetebedrag een belangrijke rol. Deze tweeslag, de toetsing van het bewijsmateriaal over de feiten en over de hoogte van het boetebedrag, vormt de structuur voor de volgende twee paragrafen.

-
- 8 Gesplitste zaken: Rb. Rotterdam 20 juni 2006, zaaknr. 05/528, *LJN AX9223, Garnalen I*, r.o. 2.5.1; Rb. Rotterdam 19 juli 2006, gevoegde zaken 05/509, 05/438, 05/510, 05/508 MEDED HRK, 05/519 en 05/562 MEDED KNP, *LJN AY4888, Garnalen II*, r.o. 2.5.4.
 - 9 EHRM 19 december 1989, Ser. A, Vol. 168, Application no 9783/82, *Kamasinski/Oostenrijk*.
 - 10 EHRM 7 oktober 1988, *NJ* 1991, 351; Salabiaku en EHRM 25 maart 1983, *NJ* 1986, 698; Minelli.
 - 11 NMa 2004 zaak 2910, *Interpay*, nr. 279-282.
 - 12 NMa 2003 zaak 2906, *Heijmans en Solétanche Bachy*, nr. 149.
 - 13 HvJ EG 8 februari 1990, zaak 297/87, *Jur.* 1990, p. 1-261, *Tipp-Ex/Cie*.
 - 14 GvEA 12 juni 2001, gev.zaken T-202/98, T-204/98 en T-207/98, *Jur.* 1998, p. II-2035, *Tate & Lyle e.a./Cie*.
 - 15 CBB 12 maart 2004, gev. zaken AWB 03/916 en AWB 03/946; *LJN AO6479*, r.o.6.3.
 - 16 EHRM 7 oktober 1988, Series A, no. 141-A, r.o. 28; Salabiaku, HR 31 januari 1990, AB 1990/252, BNB 1990/93, r.o. 4.4 en 4.5.
 - 17 Zie ook mijn dissertatie ‘Deskundigheid in het geding, Een vergelijkend onderzoek naar de inbreng van deskundigheid bij de administratieve en civiele rechter’, dissertatie RuG, Boom Juridische Uitgevers, 1999, p. 95/96 en 373-376.
 - 18 De tiende boetezaak is de *Texaco niet-meewerkenzaak* (Rb. Rotterdam 7 augustus 2003, zaaknr. 02/259 MEDED, *LJN AI1062*). Deze uitspraak is bewijstechnisch niet interessant, aangezien het geschil niet gaat om het vaststellen van de feiten of de hoogte van het boetebedrag. De casus is van belang voor het vaststellen van een zuiver juridische kwestie, namelijk de vraag tot wie de NMa een bevel tot meewerken conform artikel 5:20 Awb mag richten. Zie voor verdere details: B. van den Berg, ‘Bouwen aan het bestuursrechtelijk sanctierecht inzake boetes. De rechten van verdediging voor de overtreder in het formeel mededingingsrecht in vergelijking met het strafprocesrecht, mede in het licht van de vierde tranche Awb’, in: *M&M* 2004, 7, specifiek op p. 232-234.

Uitspraken inzake bewijsmateriaal over feiten

Texaco hoofdzaak

In de *Texaco hoofdzaak*¹⁹ past de rechtbank de onschuldpresumptie toe, zoals vastgelegd in artikel 6 lid 2 EVRM. Dit betekent dat 'uit de door verweerder als vaststaand aangenomen feiten overtuigend moet blijken van de door verweerder aan de boetes ten grondslag gelegde overtreding van de Mw door eiseressen'.²⁰ In deze uitspraak keurt de rechtbank de methode van de NMa inzake het afleggen van verklaringen en het opstellen van het 'verslag van verrichte ambtshandelingen' goed. Er is dus geen sprake van onrechtmatig verkregen bewijs.

Vervolgens gaat de bestuursrechter na of uit deze verklaringen en het overige bewijsmateriaal van de NMa, namelijk een advertentie in een regionale krant, voortvloeit dat Texaco en de pomphouders artikel 6 Mw hebben overtreden door het toetreden van een nieuwkomer tot de lokale markt te bemoeilijken, via een overeenkomst tussen hen en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen met een horizontaal karakter. De rechtbank acht door de NMa niet bewezen dat tijdens de regiobijeenkomst van de pomphouders tussen hen wilsovereenstemming is bereikt over het hanteren van dezelfde kortingen. Dit blijkt evenmin uit de advertenties in de regionale krant. Verder is het parallelle prijsgedrag tussen de pomphouders te verklaren door de verticale relatie, via adviesprijzen en steunsystemen, tussen Texaco en de pomphouders en niet door onderling afgestemd horizontaal gedrag. Deze lezing wordt niet weersproken in de bij de NMa afgelegde verklaringen. De rechtbank volgt voor de definitie van een onderling afgestemde feitelijke gedraging de jurisprudentie van het Hof van Justitie.²¹ Naast afstemming tussen ondernemingen is eveneens vereist het bestaan van parallel marktgedrag en causaal verband tussen beide. Omdat wederkerigheid ook een vereiste is van de Europese definitie, is het bewijzen van parallelie in gedragingen op zichzelf niet voldoende. Na vernietiging van het gehele boetebesluit, laat de NMa²² weten niet in hoger beroep te gaan, maar af te zien van de boetes in deze zaak vanwege onvoldoende bewijs ten aanzien van het afstemmen van de kortingen.

Secon Group/Chilly Basilicum

Naar aanleiding van een klacht van de kledingwinkelketen Chilly en Basilicum start de NMa een onderzoek naar de verticale overeenkomsten die de kledingfabrikanten Secon Group en de dochteronderneming G-Star hanteren. De NMa legt de Secon Group een boete en een last onder dwangsom op vanwege overtreding van artikel 6 Mw door algemene voorwaarden te hanteren waarin een doorleveringsverbod, bindende minimumadviesprijzen en adviesprijzen met goedkeuringseis van de fabrikant zijn opgenomen. De rechtbank²³ vernietigt het boetebesluit gedeeltelijk, omdat de NMa uitgaat van een te lange duur van de overtreding. De overtreding zelf, namelijk het hanteren van verticale (prijs)bindingsclausules, acht de rechtbank bewezen en hij laat deze in stand, omdat dit in strijd is met artikel 6

Mw. Het CBB²⁴ beschouwt de drie gehanteerde versies van de algemene voorwaarden als een stilzwijgende overeenkomst tussen die dochterondernemingen en hun afnemers. De Secon Group heeft op geen enkel moment in de procedure aannemelijk gemaakt en dus niet voldoende met bewijsmiddelen onderbouwd de stelling dat het gaat om een vrijgesteld selectief distributiestelsel in de zin van de Groepsvrijstelling verticalen.²⁵ Het CBB oordeelt dat het doorleveringsverbod ertoe strekt de mededinging te beperken, hetgeen ook geldt voor de minimumadviesprijzen en de gehanteerde algemene voorwaarden. De Secon Group had eerder in de procedure gesteld dat de mededinging door de overeenkomst niet merkbaar is beperkt. De NMa reageerde hier enkel op door te constateren dat de relevante markt onduidelijk is. Het CBB²⁶ oordeelt dat de NMa nader had moeten onderzoeken en dus de bewijslast heeft om de concrete situatie te bewijzen waarin de overeenkomst effect sorteert. Aangezien dit niet is gebeurd, wordt de uitspraak van de rechtbank in zoverre in hoger beroep vernietigd vanwege schending van artikel 7:12 Awb (geen deugdelijke motivering in het besluit over het merkbaarheidsvereiste). De NMa behoort het bewijsgebrek met betrekking tot het beroep door de Secon Group op het merkbaarheidsvereiste te herstellen en opnieuw in bezwaar te beslissen. Het CBB volgt de rechtbank wel voor zover de duur van de overtreding krachtens overgangsrecht wordt verkort en pas behoort in te gaan per 1 april 1998. De Secon Group heeft gesteld dat sprake was van een administratieve vergissing, maar heeft volgens het CBB²⁷ bij dit beroep op de onschuldpresumptie te weinig bewijsmiddelen aangevoerd. Ook wat andere boeteverlagende omstandigheden betreft, is door de Secon Group te weinig bewijsmateriaal ingediend.

Bovag

In de *Bovagzaak* constateert de rechtbank²⁸ op grond van de door de NMa overgelegde brieven van de ondernemingen die als bewijsstukken gelden, dat er sprake is van de wil van de ondernemersverenigingen om het gedrag van hun leden te coördineren. Bij het bewijzen van de mededingingsbeperkende strekking of van de mededingingsbe-

19 Rb. Rotterdam 24 juni 2005, zaaknr. 03/2527, LJN AT8817, *Texaco hoofdzaak*.

20 Ibidem, r.o. 2.4.

21 HvJ EG 14 juli 1972, zaak 48/69, r.o. 64, 66 en 118; HvJ EG 16 december 1975, zaak 40 e.a./73, r.o. 174; HvJ EG 14 juli 1981, zaak 172/80, r.o. 21; en HvJ EG 8 juli 1999, zaak C-199/92, r.o. 161.

22 Persbericht NMa van 17 augustus 2005 inzake het intrekken van het boetebesluit zoals opgelegd in de *Texaco hoofdzaak*.

23 Rb. Rotterdam 13 februari 2004, zaaknr. 02/309 MEDED, LJN AO3912, *Secon Group/Chilly Basilicum*.

24 CBB 7 december 2005, gevoegde zaken AWB 04/237 en 04/249, LJN AU8309, *Secon Group/Chilly Basilicum*.

25 Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, Bekendmaking van de Commissie van 13 oktober 2000, PbEG 2000, C 291, p. 1.

26 CBB 7 december 2005, gevoegde zaken AWB 04/237 en 04/249, LJN AU8309, *Secon Group/Chilly Basilicum*, r.o. 6.5.

27 Ibidem, r.o. 6.7.

28 Rb. Rotterdam 28 februari 2006, zaaknr. 04/3141, LJN AX1341, *Bovag*, r.o. 2.5.2.

perkende gevolgen van de gedraging volgt de rechtbank de Modintzaak²⁹ door na te gaan hoe de mededinging zou zijn geweest als de overeenkomst niet zou hebben bestaan. Met andere woorden, de NMa behoort onderzoek te doen naar de economische context waarin de overeenkomst wordt toegepast. Hierbij dient zij rekening te houden met de doelstellingen van de ondernemingen en de wijze waarop zij op de markt opereren, bezien in het licht van de betrokken producten en diensten, marktstructuur en de werkelijke omstandigheden waarin de markt functioneert (de Modinttoets). De NMa heeft volgens de bestuursrechter³⁰ met bewijsstukken zoals notulen en publicaties voldoende bewezen dat de ondernemingen met de overeenkomst hebben beoogd de mededinging te beperken. In navolging van bovenvermelde Secon Groupuitspraak en Europese jurisprudentie³¹ stelt de rechter vervolgens vast dat overeenkomsten die strekken tot het beperken van de mededinging in strijd zijn met het kartelverbod, zonder dat nader onderzoek nodig is naar de mededingingsbeperkende gevolgen. Dit ligt echter anders wanneer de mededingingsbeperking niet merkbaar is. Bijvoorbeeld als ondernemingen een zwakke positie op de markt innemen (merkbaarheidsvereiste). De bestuursrechter volgt de NMa voor zover er bij de adviezen door de Bovag en de NCBRM zonder nader onderzoek van uit is gegaan dat is voldaan aan het merkbaarheidsvereiste vanwege het ontbreken van een zwakke positie. Via de Modinttoets constateert de bestuursrechter³² echter dat ten aanzien van het serviceboekje en de leidraad niet evident duidelijk is dat deze beide besluiten ertoe strekken de mededinging te beperken. De door beide ondernemingen naar voren gebrachte stellingen over de werking van beide als aanbeveling (standpunt NMa) of als service naar de leden (standpunt ondernemingen), heeft de NMa onvoldoende met bewijsmateriaal weerlegd. Aangezien de NMa niet nader heeft onderzocht, noch heeft bewezen wat de werking van beide besluiten is binnen de betrokken markt, is het boetebesluit ontoereikend gemotiveerd. Voor dit deel van de overtredingen ziet de NMa³³ af van nader onderzoek en trekt zij deze onderdelen van het boetebesluit in door de boetes aan beide ondernemingen met de helft te verlagen.

NIP, LVE en NVVP

In een andere boetezaak onderhielden de NIP, LVE en NVVP een platform waarbinnen zij adviestarieven bepaalden en deze naar buiten brachten aan hun leden. De bestreden boetes zijn opgelegd vanwege strijd met artikel 6 lid 1 Mw. De adviestarieven betreffen psychologische diensten, die niet vallen onder de AWBZ en die ten tijde van de overtreding niet van overheidswege zijn gereguleerd. Voor de NIP en LVE is volgens de rechtbank³⁴ niet bewezen dat de adviestarieven in de jaren 1998 en 1999 aan hun leden zijn kenbaar gemaakt. Uit het door de NMa ingediende bewijsmateriaal, namelijk een e-mail en een nieuwsbrief, is volgens de rechter niet af te leiden dat de adviestarieven de eerste twee jaren ook kenbaar zijn gemaakt aan de leden. De NMa heeft voor de periode 2000-2003 wel de wil van

de ondernemingsvereniging bewezen om het gedrag van de leden te coördineren door brochures en een publicatie op internet in te dienen. Daarnaast levert het overleg binnen het platform over de adviestarieven geen bewijs op dat deze tarieven ook aan de leden kenbaar zijn gemaakt, omdat overleg plaatsvond tussen de verenigingen onderling en niet tussen de verenigingen en hun leden. Aangezien de NVVP het naar buiten brengen van de adviestarieven heeft erkend, neemt de rechtbank voor deze onderneming wel als duur van de overtreding de gehele periode 1998-2003 aan. Samengevat stelt de bestuursrechter vast dat de 'naar buiten gebrachte adviestarieven de getrouwe weergave vormt van de wil [van de ondernemingsverenigingen, BvdB] om [hun] leden prijs- en kostenbewust te maken en aldus het gedrag van [hun] leden te coördineren'.³⁵ Vervolgens gaat de bestuursrechter³⁶ na of het voorgaande er toe strekte de mededinging te beperken. De rechter hanteert hiervoor de Modinttoets zoals hiervoor besproken en is van mening dat de NMa niet heeft bewezen hoe de concurrentie zich zou hebben ontwikkeld op de markt van de gezondheidszorg wanneer deze adviestarieven niet zouden zijn bekendgemaakt. Relevante omstandigheden kunnen zijn de redenen die de huisarts heeft om door te verwijzen en die verband houden met de urgentie van de hulpvraag of de deskundigheid, ervaring en beschikbaarheid van de aanbieder. Voorgaande redenen kunnen ook van belang zijn als geen sprake is van doorverwijzing. Daarnaast is de invloed van de aanvullende verzekering van belang bij de vraag of de tariefprijs bepalend is. Gegeven al deze factoren is het volgens de bestuursrechter onduidelijk welke rol het tarief heeft als een bepaalde psycholoog wordt gekozen, waarbij ook meespeelt dat het gaat om adviestarieven die door de vereniging zonder dwang of druk zijn bekendgemaakt richting de leden. Stel dat het tarief voor de verwijzende huisarts niet van belang is en de meeste consumenten een aanvullende verzekering hebben afgesloten. De concurrentie zou zich dan zonder de adviestarieven niet anders hebben ontwikkeld dan nu het geval is, zeker wanneer voor de meeste consumenten de gezondheidstoestand zwaarder blijkt te wegen dan de kosten. Het boetebesluit wordt vernietigd en de NMa behoort het voorgaande nader te onderzoeken zodat opnieuw kan worden beslist.

29 CBB 28 oktober 2005, LJN AU5316, *Modint*.

30 Rb. Rotterdam 28 februari 2006, zaaknr. 04/3141, LJN AX1341, *Bovag*, r.o. 2.5.3.

31 HvJ EG 13 juli 1966, gevoegde zaken 56 en 58/64, *Jur.* 1966, p. 450, *Grundig/Consten*.

32 Rb. Rotterdam 28 februari 2006, zaaknr. 04/3141, LJN AX1341, *Bovag*, r.o. 2.5.4.

33 Persbericht NMa van 19 oktober 2006 inzake het opnieuw besluiten in bezwaar betreffende de boetes aan BOVAG en NCBRM opgelegd, zaak 2973.

34 Rb. Rotterdam 17 juli 2006, gevoegde zaken MEDED 05/2213-Wild, MEDED 05/2214-WILD en MEDED 05/2215-WILD, LJN AY4928, *NIP, LVE en NVVP*, r.o. 2.5.2.

35 *Ibidem*, p. 11/12.

36 *Ibidem*, r.o. 2.5.3.

Samengevat blijkt dat de bewijslast voor een verboden mededingingsrechtelijke gedraging en voor de duur van de overtreding bij de NMa ligt. Erkennen van de overtreding vergemakkelijkt het onderzoek van de NMa, ontkennen maakt de bewijsvoering voor de NMa moeilijker. Voor het bewijzen van een onderling afgestemde feitelijke gedraging in horizontaal verband is het niet voldoende dat de NMa met bewijsmateriaal aantoont dat gedragingen zijn afgestemd. Zeker indien er ook sprake is van een verticale relatie met een leverancier moet de NMa naast het bewijs voor de afstemming bewijzen dat parallel marktgedrag heeft plaatsgevonden en dat er bovendien causaal verband tussen beide aantoonbaar is. Er moet sprake zijn van wederkerigheid. Bij verboden verticale overeenkomsten dient de onderneming(en) een beroep op de Groepsvrijstellingen verticalen met voldoende bewijsmiddelen te onderbouwen, anders wordt dit beroep gepasseerd. Plaatst de onderneming echter vraagtekens bij de merkbaarheid van de mededingingsbeperkende overeenkomst (merkbaarheidsvereiste), dan ligt de bewijslast bij de NMa om in de concrete situatie aan te tonen dat de overeenkomst mededingingsrechtelijke gevolgen heeft. Bij besluiten van ondernemingsverenigingen moet de NMa aantonen dat er sprake is van de wil om het gedrag van de leden te coördineren en te zorgen voor het bewijs dat deze wil kenbaar is gemaakt aan de leden. In dit verband toetst de bestuursrechter aan de *Modintzaak*, zeker wanneer de ondernemingen hierbij vraagtekens plaatsen. Uit de Seconregel volgt dat de NMa niet de mededingingsbeperkende gevolgen hoeft te bewijzen wanneer zij de mededingingsbeperkende strekking van de gedraging voldoende heeft aangetoond, op voorwaarde dat voldaan is aan het merkbaarheidsvereiste.

Uitspraken inzake bewijsmateriaal over hoogte boetebedrag

Notarissenzaak

In de *Notarissenzaak* werden de overtredingen gezien als vaststaande feiten, omdat de NMa deze voldoende had aangetoond. De notarissen in een gemeente hadden onderling een toerbeurtsysteem afgesproken en vastgelegd in een overeenkomst. Deze horizontale marktverdelingsregeling schakelde de mededinging uit voor die gevallen waarin de gemeente partij zou zijn op de markt voor onroerend goedtransacties in die gemeente. Het was duidelijk³⁷ dat de strekking van de overeenkomst mededingingsbeperkend was en dat er was voldaan aan het merkbaarheidsvereiste. Ten tijde van het genomen besluit waren de Boeterichtsnoeren nog niet bekendgemaakt. De bestuursrechter in eerste aanleg³⁸ vindt een lage symbolische boete gerechtvaardigd, omdat het zeer onaannemelijk is dat de desbetreffende beroepsgroep nogmaals de Mededingingswet zal overtreden. In tegenstelling tot de rechtbank ziet het CBB³⁹ in de aard van het notarisambt geen reden om te veronderstellen dat een herhaling van dergelijke overtredingen zeer onaannemelijk zou zijn. 'In dit verband stelt het College vast dat de enkele kennis van het mededingingsrecht, dan wel een gemak-

kelijke toegang tot die kennis, allerm minst zekerheid biedt dat het recht ook zal worden nageleefd.'⁴⁰ Ook al deden de notarissen een beroep op onwetendheid ten aanzien van de Mededingingswet tijdens het begaan van de overtreding, het 'niet kennen van het recht' levert in deze oudste boetezaak geen boeteverlagende omstandigheid op. De andere twee boeteverlagende omstandigheden waar de notarissen een beroep op hadden gedaan en waarmee de rechtbank rekening had gehouden, waren de volgende: de overtreding betrof slechts een gering deel van de gezamenlijke omzet en slechts een gering gedeelte van de transacties. Volgens het CBB heeft de NMa dit al voldoende meegenomen in het vaststellen van de boetebedragen. Ook de uitsluiting van prijsconcurrentie, volgens de notarissen ontstaan door de toenmalige Wet op het notarisambt, is voor het CBB geen boeteverlagende omstandigheid, omdat op andere factoren⁴¹ – zoals kwaliteit, snelheid of vergroting van het dienstenaanbod – nog genoeg onderling geconcurrereerd kon worden. Het CBB vindt de in bezwaar opgelegde boetebedragen niet onevenredig hoog ten opzichte van de geconstateerde overtreding en draait de verlaging van de boetes in eerste aanleg terug door zelf in de zaak te voorzien en de boetebedragen in het besluit in bezwaar te bevestigen.

Sep

In de *Sepzaak* is het omgekeerde het geval. Het CBB⁴² verlaagt in hoger beroep het boetebedrag met de helft, hoewel in eerste aanleg de rechtbank⁴³ het besluit in bezwaar nog volledig had bevestigd. Ook hier gaan beide rechterlijke instanties uit van de mededingingsrechtelijke overtreding van het verbod in artikel 24 Mw, aangezien de leveringsweigering door de Sep, vastgesteld door bewijsmateriaal van de NMa, door beide bestuursrechters als vaststaand feit wordt overgenomen. Het beroep op een rechtvaardigingsgrond door de Sep op grond van de toenmalige wet wijst het CBB⁴⁴ af. De wettelijke transportverplichting voor de Sep geldt onverkort. Ook de door de NMa vastgestelde duur van de overtreding wordt – ondanks tegenargumenten van de Sep – door het CBB gevolgd, hoewel de aanvang van de overtreding in het besluit op bezwaar 'niet altijd even ondubbelzinnig is'.⁴⁵ Hoewel de rechtbank het boetebedrag

37 CBB 12 maart 2004, gevoegde zaken AWB 03/916 en 03/946, *LJN AQ 6479, Notarissen*, r.o. 6.2.

38 Rb. Rotterdam 18 juni 2003, zaaknr. 01/621 MEDED, *LJN AH9702, Notarissen*.

39 CBB 12 maart 2004, gevoegde zaken AWB 03/916 en 03/946, *LJN AQ 6479, Notarissen*.

40 *Ibidem*, r.o. 6.3.

41 In navolging van HvJ EG 16 december 1975, gevoegde zaken 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, *Jur. blz.* 1663, punt 612, zie *ibidem*, r.o. 6.3.

42 CBB 28 mei 2004, zaaknr. AWB 03/76, *LJN AP1336, Sep/Nea en Norsk Hydro Energie*.

43 Rb. Rotterdam 26 november 2002, zaaknr. MEDED 00/1002-SIM, *LJN AR4219, Sep/Nea en Norsk Hydro Energie*.

44 CBB 28 mei 2004, zaaknr. AWB 03/76, *LJN AP1336, Sep/Nea en Norsk Hydro Energie*, r.o. 6.3.

45 *Ibidem*, r.o. 6.4.1.

in bezwaar vastgesteld niet onevenredig hoog vindt, gezien de zeer zware inbreuk waarvoor een zeer hoog boetebedrag passend wordt geacht, gaat het CBB aan deze redenering voorbij door na te gaan of er verzachtende omstandigheden aanwezig waren voor het misbruikelijk gedrag. De Sep meent dat de NMa ten onrechte voorbij is gegaan aan de wettelijke en feitelijke context en het CBB volgt deze visie. In navolging van het Hof van Justitie⁴⁶ constateert het CBB dat in de toenmalige Energiewet 1989 een marktordening was geregeld waarin de Sep de zorgtaak had voor de landelijke, openbare elektriciteitsvoorziening. De overheid deed daarin een stap terug. Deze beheerstaak had de NMa moeten meenemen in het berekenen van de hoogte van het boetebedrag, omdat 'de inbreuk op artikel 24 Mw uit onachtzaamheid en niet met opzet [is, *BvdB*] gepleegd'⁴⁷. De Sep voelde zich immers gedwongen een belangenafweging te maken tussen de transportverplichting van elektriciteit en het belang van de openbare elektriciteitsvoorziening. Zonder dat er opzet in het spel was, werd hierdoor een keuze gemaakt, die in strijd bleek met het verbod van misbruik van een economische machtspositie. Het betoog van de Sep dat de generale preventie in het geheel niet als motief kan gelden, volgt het CBB gedeeltelijk. Het beroep op het ontbreken van speciale preventie wordt eveneens gedeeltelijk gevolgd, omdat de huidige Energiewet 1998 een andere regeling voor het netbeheer kent, de Sep het koppelnet in oktober 1998 aan Tennet heeft overgedragen en de overheid, namelijk de Dte, tariefstructuren en voorwaarden voor het elektriciteitstransport vaststelt. Een boeteverlaging met bijna een halvering van het boetebedrag vindt het CBB passend en evenredig.

AUV/Aesculaap

In een andere boetezaak verkopen AUV en Aesculaap diergeneesmiddelen aan dierenartspraktijken. Naar aanleiding van een klacht van een dierenarts heeft de NMa onderzoek verricht naar leveringsweigering door beide ondernemingen aan bepaalde dierenartsen die sommige regelingen van de AUV en KNMvD niet hebben nageleefd. Verder bleken beide ondernemingen ook te hebben afgesproken om elkaars producten niet aan deze groep dierenartsen door te leveren. Het leveringsweigeringbeleid en het doorleveringsverbod zijn strijdig met artikel 6 Mw. De rechtbank⁴⁸ neemt de mededingingsrechtelijke overtredingen als vaststaande feiten aan na het bewijsmateriaal van de NMa, bestaande uit brieven en faxberichten, te hebben getoetst en beoordeeld. Ook de duur van de overtreding is door de NMa voldoende bewezen, aangezien het volgens de rechter bij een jarenlange praktijk van leveringsweigering vereist is om deze uitdrukkelijk per brief te beëindigen. Via de Modinttoets stelt de bestuursrechter vast dat de gedragingen een mededingingsbeperkende strekking hebben. Vervolgens wordt volgens de Seconregel geconstateerd dat in een dergelijk geval geen onderzoek nodig is naar de concrete gevolgen voor de mededinging en blijkt via het merkbaarheidsvereiste dat de ondernemingen geen

zwakke positie in de markt innemen. De NMa liet bij dit laatste punt een marktafbakening achterwege. De rechter volgt dit standpunt, maar gaat hierbij voorbij aan een economisch rapport dat door AUV in beroep is ingediend. De bestuursrechter toetst de Boeterichtsnoeren⁴⁹ marginaal en oordeelt dit als goed boetebeleid. Vervolgens vindt hij de hoogte van het boetebedrag evenredig aan de overtredingen, aangezien de leveringsweigering een 'hardcore-beperking' is met een horizontaal karakter. Ondanks het beroep van Aesculaap op de onschuldpresumptie, stelt de rechter vast dat een onderneming een eigen verantwoordelijkheid behoudt om de Mededingingswet niet te overtreden, waardoor in casu verwijtbaar is gehandeld. Door de terughoudende uitvoering van de afspraken door Aesculaap te laten meewegen als boeteverlagende omstandigheid, heeft de NMa dit aspect volgens de rechter voldoende meegenomen in de boetetoemeting. De rechter schuift daarnaast een in beroep door AUV ingediend economisch rapport over dreigend faillissement terzijde met de stelling dat dit te laat is ingediend. Was dit eigen deskundigenrapport in de bezwaarfase ingediend, dan had de NMa hiermee rekening kunnen houden. Een beroep op het gelijkheidsbeginsel door AUV wijst de bestuursrechter af, omdat de casus niet lijkt op die in de ANKO-⁵⁰ of KNMvD-zaak⁵¹ aangezien de inbreuken niet meteen zijn gestaakt, noch op de *Notarissenzaak*, omdat de overtreding ziet op het geheel van de groothandelsactiviteiten van AUV. Het door zowel Aesculaap als AUV gedane beroep op overschrijding van de redelijke termijn honoreert de rechter daarentegen wel. De rechtbank volgt de Hoge Raad⁵² wat betreft de interpretatie van de eis van een redelijke termijn in de zin van artikel 6 EVRM. De redelijke termijn vangt aan wanneer de beboete onderneming 'redelijkerwijze kon verwachten dat aan haar een boete zou worden opgelegd'. Dit is het geval wanneer een rapport in de zin van artikel 59 Mw is opgemaakt en aan de onderneming is bekendgemaakt. Daarnaast vindt de bestuursrechter in casu de zaak zeer bewerkelijk en complex waardoor de procedure bij verweerder niet langer dan twee jaar mag duren. De bestuursprocedure duurde echter vanaf het rapport tot aan de vaststelling van het besluit in bezwaar twee jaar en tien maanden. Gedurende verschillende periodes was de NMa inactief zonder dat de ondernemingen hier (mede) schuld aan hadden. Vervolgens stelt de rechtbank vast dat een beroepszaak in eerste aanleg van dit

46 HvJ EG 16 december 1975, 40/73 ea, *Jur.* p. 1663, r.o. 612-620, *Suiker Unie ea/Cie.*

47 CBB 28 mei 2004, zaaknr. AWB 03/76, *LJN AP1336, Sep/Nea en Norsk Hydro Energie*, r.o. 6.4.2.

48 Gesplitste zaken: Rb. Rotterdam 22 mei 2006, zaaknr. 03/3824, *LJN AX8428, Aesculaap*; en Rb. Rotterdam 22 mei 2006 zaaknr. 03/3812, *LJN AX8425, AUV.*

49 Richtsnoeren Boetetoemeting, *Stcrt.* 19 december 2001, nr. 248, p. 90 en website NMa.

50 D-g NMa 21 december 2001, zaak 2234, *ANKO.*

51 D-g NMa 6 juli 2000, zaak 25, *KNMvD.*

52 HR 22 april 2005, *JB 2005/166, 'Navorderingsaanslag'*, m.nt. D.W.M. Wenders.

kaliber niet langer dan anderhalf jaar mag duren. Hier nam de beroepsprocedure echter maar liefst tweeënhalft jaar in beslag, omdat bij de rechtbank gedurende een gedeelte van deze periode geen zichtbare activiteit plaatsvond. Door een oorzaak aan de zijde van de AUV werd de zaak bij de rechter vier maanden vertraagd, maar Aesculaap had hieraan geen schuld. Vanwege deze overschrijding van de redelijke termijn verlaagt de rechtbank door zelf in de zaak te voorzien het boetebedrag voor de AUV met 17,5% en voor Aesculaap met 20%.

Garnalen

In de *Garnalenzaak* hadden Duitse, Deense en Nederlandse producentenorganisaties (hierna: PO's) en garnalenhandelaren in het kader van een Trilateraal Overleg onderling afspraken gemaakt over vangstbeperkingen en minimumprijs(garanties). Hoewel door de PO's en garnalenhandelaren hier wel een beroep op werd gedaan, concluderen NMa en rechter dat dergelijke afspraken niet vielen en vallen binnen het Europese visserijbeleid.⁵³ De Nederlandse PO's en garnalenhandelaren werd verder verweten een nieuwe garnalenhandelaar van de markt te hebben uitgesloten, althans dat zij geen afstand hebben genomen van deze afspraken of deze niet hebben weersproken. Dit vormde voor hen een boeteverzwarende omstandigheid. Ten aanzien van het feitencomplex volgt de rechtbank⁵⁴ het standpunt en bewijsmateriaal (bestaande uit verklaringen van werknemers en faxen van het secretariaat) van de NMa. De rechtbank legt de zienswijze van de PO's en garnalenhandelaren naast zich neer. Ook is het standpunt van een paar ondernemingen weerlegd: de rechter is van mening dat in het rapport conform artikel 59 Mw en artikel 6 EVRM de entiteit van de overtreder duidelijk is aangegeven. De onderlinge afspraken over vangsthoeveelheden en de minimumprijs(garanties) betreffende de garnalenvangst en -handel strekken ertoe de mededinging te beperken, hetgeen via de Modinttoets door de rechter is geconstateerd. Volgens Europese jurisprudentie⁵⁵ worden overeenkomsten inzake de vaststelling van prijzen en productie in beginsel geacht de mededinging te beperken. De NMa heeft bewezen dat de partijen bij het Trilateraal Overleg beoogden de normale marktwerking uit te schakelen, of in ieder geval te belemmeren door afspraken te maken over vangstbeperking en minimumprijsgaranties. In dit geval was er geen sprake van overheidsdwang,⁵⁶ waren de mededingingsbeperkingen merkbaar en werd de tussenstaatse handel beïnvloed. Het mededingingsbeperkend gedrag heeft volgens de NMa effect gehad op de Nederlandse markt. De rechter deelt dit oordeel. De ondernemingen hebben artikel 81 lid 1 EG-verdrag en 6 lid 1 Mw overtreden waardoor de NMa bevoegd was de boetes op te leggen, omdat zij niet hebben kunnen aantonen dat de cumulatieve voorwaarden van artikel 81 lid 3 EG-verdrag en artikel 6 lid 3 Mw (artikel 17 oud Mw) van toepassing waren. De NMa was verplicht de omzetsberekeningen te schatten, omdat de ondernemingen na herhaald verzoek niet de juiste gegevens hebben ver-

stuurd. Op die basis kan de bestuursrechter dus ook niet het standpunt van de ondernemingen beoordelen dat de boete onevenredig hoog zou zijn, omdat zij over onvoldoende middelen beschikken. De stelling dat de PO's en de garnalenhandelaren ongelijk zijn beboet, kan de rechter niet volgen aangezien de NMa bij het berekenen van de omzet niet het gelijkheidsbeginsel heeft geschonden. De kwalificatie 'zeer zware overtreding' is volgens de bestuursrechter ten opzichte van de PO's onterecht en moet worden teruggebracht naar de kwalificatie 'zware overtreding' in de zin van de Boeterichtsnoeren. Dit komt omdat aan de PO's marktordenende taken toekomen op grond van de bepalingen in de gemeenschappelijke marktordening inzake vis en deze bepalingen nu eenmaal moeilijk te interpreteren zijn. Ook de NMa vroeg advies aan de Europese Commissie wat betreft de interpretatie en de reikwijdte van de Europese regelingen, hetgeen terug te vinden is in het rapport. De PO's waren bevoegd om marktordenende maatregelen te nemen inzake vangsthoeveelheden en de prijs. Van de PO's mocht echter worden verwacht, aldus de rechtbank, dat zij zouden nagaan in hoeverre de gemaakte afspraken van het Trilateraal Overleg in strijd zouden zijn met het mededingingsrecht. Nu zij deze onderzoeksplicht hebben verzaakt, oordeelt de rechtbank dat ten aanzien van hen sprake is van 'zware overtredingen'. In tegenstelling tot de hiervoor behandelde *Notarissenzaak* levert in deze meer recente uitspraak het argument 'niet kennen van het recht' dus wel een boeteverlagende omstandigheid op. De collectieve boycot richting de nieuwe handelaar is volgens de bestuursrechter door de NMa terecht gekwalificeerd als een zeer ernstige overtreding en is terecht de garnalenhandelaren zwaarder aangerekend dan de PO's. De aangevoerde stelling van de garnalenhandelaren inzake de civiele schadevergoeding die door hen aan de nieuwkomer is toegekend, levert volgens de rechter geen verzachtende omstandigheid op nu deze is afgedwongen via een civiele procedure. Daarmee volgt de bestuursrechter randnummer 28 van de Boeterichtsnoeren. De NMa dient in bezwaar opnieuw een besluit te nemen over de hoogte van de boetebedragen voor de PO's. De hoogte van de boetebedragen voor de garnalenhandelaren is door de rechtbank bevestigd.

⁵³ De gemaakte afspraken kunnen niet zijn gemaakt binnen het kader van Verordening 3759/92 (nieuwe Verordening 104/2000) houdende een gemeenschappelijke ordening der markten in de sector visserijproducten en producten van de aquacultuur. Verder is Verordening 1767/2004 inzake de oprichting van een Transnationale Vereniging van PO's op het Trilateraal Overleg niet van toepassing. Ook passen de afspraken niet binnen de reikwijdte van artikel 2 lid 1 Verordening 26 inzake de toepassing van bepaalde regels betreffende de mededinging op de voortbrenging van en de handel in landbouwproducten.

⁵⁴ Gesplitste zaken: Rb. Rotterdam 20 juni 2006, zaaknr. 05/528, *LJN AX9223, Garnalen I*; Rb. Rotterdam 19 juli 2006, gevoegde zaken 05/509, 05/438, 05/510, 05/508 MEDED HRK, 05/519 en 05/562 MEDED KNP, *LJN AY4888, Garnalen II*.

⁵⁵ HvJ EG 11 juli 1989, zaak 246/86, *Jur.* 1989, p. 2117, *Belasco*.

⁵⁶ De rechtbank volgt hier HvJ EG 11 november 1997, gevoegde zaken C-359/95 P en C-379/95 P, *Jur.* 1997, p. I-6265, *Ladbroke*.

Samengevat blijkt dat ‘het niet kennen van het recht’ door de rechtbank wel, maar door het CBB niet als boeteverlagende omstandigheid wordt erkend. Gaat het in de ene zaak om het argument dat de ondernemers op het moment van het begaan van de overtreding niet op de hoogte waren van de Mededingingswet, in de andere zaak waren de overtreders niet goed op de hoogte van de interpretatie van Europese regelgeving. Het CBB wijst in de eerste zaak deze boeteverlagende omstandigheid af, terwijl de rechtbank daarentegen in beide zaken het verweer accepteert. In een andere boetezaak wijst de rechtbank echter een beroep op een boeteverlagende omstandigheid af, terwijl het CBB juist wel de door de onderneming aangevoerde stelling accepteert. Het gaat dan om een onderzoek naar de wettelijke en feitelijke context waarbinnen de overtreding is begaan. De beboete onderneming kende het recht c.q. de wet wel en voerde de van overheidswege opgelegde beheerstaak uit, maar zag zich juist daardoor genoodzaakt de Mededingingswet te overtreden. Het verbod van misbruik van een economische machtspositie werd zonder opzet, namelijk uit onachtzaamheid gepleegd. Inmiddels zijn de nodige wetswijzigingen van kracht geworden, waardoor een dergelijke situatie in de toekomst wordt voorkomen. Al met al geen reden voor een hoge boete, aldus het CBB.

Een eigen deskundigenrapport over een boeteverlagende omstandigheid behoort een onderneming in de bezwaarfase in te dienen zodat de NMa hier nog op kan reageren. Komt een dergelijk processtuk pas in beroep naar voren, dan zal het als te laat ingediend terzijde worden geschoven.

Ten slotte blijkt de bestuursrechter in eerste aanleg de interpretatie van de Hoge Raad inzake de eis van een redelijke termijn krachtens artikel 6 EVRM te volgen. Vanaf het moment dat het rapport aan de onderneming(en) is bekendgemaakt, start de klok van de redelijke termijn. De duur van de procedure is op te splitsen in een bestuursprocedure en in een procedure bij de rechter. Wanneer een zaak zeer bewerkelijk en complex is, mag de bestuursprocedure niet langer duren dan twee jaar en bij de rechter in eerste aanleg niet langer dan anderhalf jaar. Worden deze termijnen overschreden, dan levert dit een boeteverlagende omstandigheid op, tenzij voor een bepaalde periode sprake was van eigen schuld aan de zijde van de onderneming.

In de tiende boetezaak, de mobiele-operatorszaak, zijn beide aspecten van het bewijsmateriaal belangrijk, namelijk die ten opzichte van het feitencomplex en die ten aanzien van de hoogte van de boetebedragen.

Oordeel bestuursrechter in mobiele-operatorszaak

Bedrijfsbezoeken

Ten aanzien van rechtmatig gehouden bedrijfsbezoeken geeft de rechtbank⁵⁷ een belangrijke praktijkregel. Bij binnekomst vraagt de NMa ter plekke aan de onderneming of zij toestemming geeft voor dit bedrijfsonderzoek. Deze toestemming kan expliciet, maar ook impliciet worden gegeven door als onderneming geen bezwaar te maken bij

de NMa bij aanvang van het bedrijfsbezoek. Niet verzetten betekent dan impliciet toestemmen. Ook al voldoet de onderneming aan de wettelijke medewerkingsplicht door de NMa toe te laten waardoor het niet nodig is de ‘sterke arm’ mee te brengen, expliciet bezwaar laten aantekenen betekent dan geen toestemming voor het bedrijfsonderzoek. Wordt dit nagelaten, dan mag de NMa concluderen dat de onderneming impliciet toestemming heeft gegeven, waardoor artikel 8 EVRM niet wordt geschonden.⁵⁸

Telfort en Orange

Vervolgens toetst de rechter het bewijsmateriaal ten aanzien van het feitencomplex. Met betrekking tot twee van de vijf mobiele operators concludeert de bestuursrechter dat de NMa hun aanwezigheid tijdens de bijeenkomst niet heeft bewezen. Telfort beroept zich op zijn zwijgrecht. De rechtbank volgt hier het EHRM⁵⁹ door te stellen dat het op grond van artikel 6 EVRM niet is toegestaan een dergelijk beroep ten nadele van betrokkene uit te leggen. Ook heeft de NMa een verklaring van Telfort met betrekking tot een samenvoegbrief niet weersproken, terwijl deze wel aanneemelijk lijkt. Daarnaast heeft Telfort verklaard de dealervergoedingen te hebben verlaagd, omdat zij als kleine partij in de markt de marktbewegingen van de andere aanbieders nauwlettend volgde. Op basis hiervan ziet de rechtbank het enkel verlagen van de dealervergoedingen niet als bewijs voor deelname aan een onderlinge afstemming. Verschillende betrokkenen hebben verklaard dat de vertegenwoordiger van Orange te laat op de bijeenkomst kwam en ook weer te vroeg wegging. De vertegenwoordiger van Orange heeft verklaard niet aanwezig te zijn geweest ten tijde van het bespreken van de dealervergoedingen en prepaid-pakketten. De NMa heeft hiervoor geen tegenbewijs geleverd. Het is volgens de bestuursrechter aan de NMa om te bewijzen dat Orange wel aanwezig was. Nu dit niet is gebeurd, geldt dat het besluit ten aanzien van Telfort en Orange voor vernietiging in aanmerking komt, aangezien de bewezenverklaring van de feiten ten aanzien van hen onvoldoende is gemotiveerd.

Overige drie operators

Met betrekking tot de overige drie mobiele operators staat hun aanwezigheid op de bijeenkomst wel vast, aangezien zij die niet hebben ontkend. Hier splitst de rechtbank de afstemming over de postpaid- van de prepaid-pakketten. De NMa heeft met bewijsstukken bewezen dat er wat de postpaid betreft sprake is geweest van uitwisseling van bedrijfsvertrouwelijke informatie die ertoe strekte de mededinging te beperken, aangezien met de afstemming werd beoogd met dezelfde marktverhoudingen in de markt te blijven.

57 Rb. Rotterdam 13 juli 2006, gevoegde zaken MEDED 04/3242, 04/3244, 04/3276, 06/1036, 06/1039 WILD, 04/3243, 04/3255, 06/1038, 06/1041 STRN, LJV AY4035, *Mobiele operators*.

58 KPN Mobile deed een beroep op EHRM 16 april 2002, zaaknr. 37971/97, AB 2002, 277 (*Colas Est/Frankrijk*).

59 EHRM 20 maart 2001, Application no 33501/96, *Telfner/Oostenrijk*.

In navolging van de Secon Group-uitspraak van het CBB concludeert de rechtbank dat bij mededingingsbeperkende gedragingen onderzoek naar de gevolgen niet meer nodig is. Vervolgens kon de NMa er zonder nader onderzoek van uitgaan dat voldaan was aan het merkbaarheidsvereiste, aangezien KPN Mobile, Vodafone en T-Mobile grote(re) operators op de markt zijn. In navolging van de Aniczaak van het Hof van Justitie⁶⁰ is er sprake van een vermoeden van causaal verband tussen marktgedrag en afstemming indien de ondernemingen actief blijven op de markt, tenzij de betrokken ondernemers tegenbewijs leveren. In dit geval hebben de operators wel tegenargumenten en tegenbewijs aangevoerd, maar de NMa is hier niet op ingegaan en heeft het voeren van tegenbewijs zonder meer gepasseerd. De bewijsvoering van de operators inzake het weerleggen van dit vermoeden is door de NMa zonder motivering gepasseerd, hetgeen de reden is waarom de bestuursrechter dit gedeelte van het bestreden besluit vernietigt. Ten aanzien van de prepaid-pakketten heeft de NMa onvoldoende bewezen dat er tijdens de bijeenkomst afstemming heeft plaatsgevonden. De aanwezige dossierstukken zijn volgens de rechter onvoldoende om te kunnen oordelen dat, mocht er al tijdens de bijeenkomst zijn gesproken over de prepaid-pakketten, een en ander ertoe zou strekken de mededinging te beperken. In dat geval behoort de NMa onderzoek te doen naar de mededingingsrechtelijke gevolgen van een eventuele afstemming. Dit is echter niet gebeurd. Ook is door de NMa niet bewezen dat er ten aanzien van de prepaid-pakketten sprake is van een mededingingsrechtelijke overtreding, waardoor de NMa niet bevoegd is hieromtrent een boete op te leggen.

Mocht de NMa bij het hernieuwd beslissen in bezwaar toch besluiten boetes op te leggen, dan belicht de rechtbank nog enige aspecten inzake de hoogte van de boetebedragen. In ieder geval behoort de NMa na te gaan of alsdan de redelijke termijn van artikel 6 EVRM is overschreden, hetgeen de ondernemingen hebben gesteld, en wat daarvan de gevolgen zijn. In casu is tussen het uitbrengen van het rapport op 30 december 2002 en het bekendmaken van de uitspraak op 13 juli 2006 in totaal ruim drieënhalf jaar verstreken, hetgeen de totale lengte van de redelijke termijn in de diergeneesmiddelenzaak is. De rechter vindt dat de NMa de concrete duur van de overtreding voldoende heeft bewezen. In navolging van de Sep-uitspraak in eerste aanleg stelt de bestuursrechter vast dat de boetegrondslag van 10% van de betrokken omzet in de Boeterichtsnoeren in beginsel gelegitimeerd is, omdat in bepaalde gevallen op grond van randnummer 29 dit grofmazige uitgangspunt gecorrigeerd kan worden tot een evenredige boete. Verder heeft de NMa de overtredingen als 'zeer zwaar' aangerekend bij het toepassen van de Boeterichtsnoeren gezien de zwaarte van de overtreding en de economische context waarin deze plaatsvond. Volgens de bestuursrechter behoort de NMa in deze afweging de ingediende economische rapporten van de operators te betrekken, waaruit blijkt dat een en ander redelijkerwijs te verwachten marktgedrag is. Gegeven de met bewijsstukken aangevoerde stellingen van

de operators, namelijk dat er slechts sprake was van nadere regie van op zichzelf te verwachten marktgedrag met zeer beperkte gevolgen voor de markt, kan volgens de bestuursrechter nauwelijks sprake zijn van een 'zware', laat staan een 'zeer zware' overtreding. Daarnaast behoort de NMa bij de heroverweging van het besluit in bezwaar beter in te gaan op de stellingen van KPN Mobile en T-Mobile inzake de vaststelling en berekening van de betrokken omzet, omdat in het bestreden besluit de NMa deze standpunten onvoldoende heeft weerlegd.

Samengevat blijkt het verstandig te zijn verzet te laten aantekenen wanneer de NMa een bedrijfsbezoek aflegt, omdat anders impliciet wordt toegestemd en het bedrijfsbezoek conform artikel 8 EVRM rechtmatig is verricht. De bewijslast voor de constatering dat de mededingingsrechtelijke overtreding is begaan, ligt in beginsel bij de NMa. Een beroep op het zwijgrecht mag krachtens artikel 6 EVRM niet ten nadele van betrokkene worden uitgelegd. Een aannemelijke stelling van de onderneming inzake het marktgedrag anders dan door afstemming behoort door de NMa met bewijsmateriaal weersproken te worden. Wanneer betrokkene ontkent aanwezig te zijn geweest toen op een bijeenkomst marktgedrag zou zijn afgestemd en dit wordt bevestigd door de overige betrokkenen, behoort de NMa diens aanwezigheid op dat moment tijdens de bijeenkomst te bewijzen. Bewijs van de NMa inzake aanwezigheid op een bijeenkomst is niet nodig, wanneer betrokkenen de aanwezigheid niet ontkennen. Zonder de Modinttoets te hanteren, concludeert de rechter in dit geval dat de afstemming een mededingingsbeperkende strekking heeft, omdat werd beoogd in de markt dezelfde marktverhoudingen te behouden. Vervolgens hoeft de NMa volgens de Seconregel geen onderzoek in te stellen naar de gevolgen van de mededingingsbeperkende gedragingen, omdat de mededingingsbeperkende strekking is bewezen. Daar het gaat om grote spelers op de markt, is eveneens voldaan aan het merkbaarheidsvereiste. Volgens de Anicregel bestaat er voor de NMa een vermoeden van causaal verband tussen marktgedrag en afstemming wanneer de ondernemingen op de markt actief blijven, tenzij tegenbewijs wordt geleverd. Als tegenbewijs wordt gevoerd, behoort de NMa dit te beoordelen en mag zij dit in de bestuursprocedure niet zonder meer passeren. Een en ander op straffe van vernietiging van het boetebesluit. Wanneer de ondernemingen met een bepaalde stellingname de vaststelling en berekening van de betrokken omzet betwisten, dan behoort de NMa hieraan aandacht te besteden en dit met bewijsmateriaal voldoende te weerleggen. Bestrijden de ondernemingen met economische rapporten de ernst van de overtreding conform de Boeterichtsnoeren ter bepaling van de rekenfactor, dan behoort de NMa dit tegenbewijs te beoordelen en te weerleggen. Stelt een onderneming dat de redelijke termijn van artikel 6 EVRM is overschreden, dan behoort de NMa dit nader te onderzoeken en hier, indien

60 HvJ 8 juli 1999, zaaknr. C-49/92P, *Jur. EG* 1999, p. I-04125, *Cie/Anic*, r.o. 121.

nodig, gevolgen aan te verbinden in de vorm van verlaging van het boetebedrag.

Conclusies

Na het bestuderen van de uitspraken inzake boetebesluiten van de NMa (negen in totaal) kom ik tot de volgende vuistregels van bewijsrecht.

1. Door expliciet verzet aan te tekenen wanneer de NMa een bedrijfsbezoek wil afleggen, behoudt een onderneming later in de procedure het recht om een beroep te doen op schending van artikel 8 EVRM. Op de NMa rust de bewijslast voor de vragen of de overtreding is begaan, welke onderneming of ondernemingsvereniging het feit heeft begaan en hoe lang de overtreding heeft geduurd. Een aannemelijk tegenargument van de onderneming dient de NMa met bewijsmateriaal te weerleggen. Bij ontkennen geldt hetzelfde. Erkennen of niet ontkennen houdt daarentegen in dat de NMa geen nader bewijs hoeft te voeren. Zich op het zwijgrecht beroepen mag de NMa niet ten nadele van betrokkene uitleggen.
2. Via de Modinttoets, namelijk een concreet onderzoek naar de marktsituatie wanneer de overeenkomst niet zou hebben bestaan, gaat de bestuursrechter na of met afgestemd marktgedrag ook een mededingingsbeperkende strekking is beoogd. Los van deze toets blijkt deze strekking ook aanwezig indien beoogd is met dezelfde marktverhoudingen in de markt te blijven (Operatorsregel). Zeker als de Modinttoets wordt verzwaard door tegenargument(en) van een onderneming, behoort de NMa deze stellingen met extra bewijsmateriaal te weerleggen. Is de mededingingsbeperkende strekking bewezen, dan volgt uit de Seconregel dat de NMa geen onderzoek hoeft in te stellen naar de mededingingsbeperkende gevolgen van de overeenkomst. Dit laatste is anders wanneer de onderneming twijfels zaait inzake de vraag of aan het merkbaarheidsvereiste is voldaan. Er is een vermoeden van causaal verband tussen parallel marktgedrag en afstemming indien de ondernemingen actief blijven op de markt (Anicregel). Voeren de ondernemingen tegenbewijs tegen dit vermoeden, dan behoort de NMa hierop in te gaan en mag dit niet zonder meer passeren. Is er naast horizontaal marktgedrag tevens sprake van een verticale relatie, dan dient de NMa niet alleen te bewijzen dat afstemming heeft plaatsgevonden, maar ook dat parallel marktgedrag en het causale verband aanwezig zijn. Bij een ondernemingsvereniging behoort de NMa de wil tot coördinatie te bewijzen en bewijs te leveren dat die wil kenbaar is gemaakt aan de leden. In een verticale relatie dient een onderneming een beroep op de Groepsvrijstelling verticalen met voldoende bewijsmateriaal te omkleden, anders kan de NMa dit zonder meer passeren.
3. Doet een onderneming een beroep op een boeteverlagende omstandigheid, dan kan het gebeuren dat hierover in eerste aanleg anders wordt beslist dan in hoger beroep. Dit is bijvoorbeeld gebeurd bij de boeteverlagende grond 'het niet kennen van het recht' en bij 'de wettelijke en

feitelijke context van de overtreding'. Bij het beoordelen van boeteverlagende omstandigheden vaart de actieve bestuursrechter een eigen koers, los van wat partijen naar voren brengen. Wil een onderneming een stellingname inzake het bepalen van de hoogte van het boetebedrag inbrengen, dan moet dit uiterlijk tijdens de bezwaarfase gebeuren. Pas in de fase van beroep indienen is onherroepelijk te laat. De onderneming kan een dergelijk tegenargument versterken met economische rapporten. Wanneer dergelijke stukken op tijd worden ingediend, betekent dit dat de NMa op het tegenargument behoort in te gaan, met eventueel het eigen deskundigenrapport. De NMa mag een dergelijk tegenargument niet zonder meer passeren, maar wordt geacht dit met bewijsmateriaal te weerleggen. Zo niet, dan is de kans groot dat het boetebesluit door de bestuursrechter wordt vernietigd. Een beroep op overschrijding van de redelijke termijn in de zin van artikel 6 EVRM behoort door de NMa te worden onderzocht. Vanaf het uitbrengen van het rapport mag bij een zeer bewerkelijke en complexe zaak de bestuursfase in beginsel niet langer duren dan twee jaar en de daaropvolgende fase bij de rechter niet langer dan anderhalf jaar. Bij overschrijding dient boeteverlaging plaats te vinden, tenzij de vertraging te wijten is aan de onderneming zelf.