

Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet

Advies in zaak: **1615 / Fietsfabrikanten**

Leden van de subcommissie: mr. drs. R.C. van Houten (voorzitter), mr. dr. R.E. Bakker
mw. prof. dr. A.M. van den Bossche en
prof. dr. J.A.H. Maks

Secretaris van de subcommissie: mr. W.T. Algera

Datum

1 juli 2005

Bijlage(n)

Besluit d.d. 21 april 2004 in zaak 1615 / Fietsfabrikanten

Rapport Nationale ombudsman, nr. 2004 / 416 d.d. 27-10-2004

Inhoudsopgave:

1	Inleiding	3
2	Procedure	3
3	Bestreden besluit	4
4	Beoordeling van de bezwaren	5
	<u>4.1 Procedurele bezwaren</u>	5
	4.1.1 Rechtmatigheid van onderzoek en bewijs	5
	4.1.2 Verbod op vooringenomenheid en onschuldpresumptie	6
	4.1.3 Redelijke termijn	9
	4.1.4 Verhouding rapport – besluit	10
	4.1.5 Toepassing van art. 81 EG in de bezwaarfase	14
	4.1.6 Gebruik van tijdens de bezwaarfase nagestuurde documenten	17
	4.1.7 Toegang tot als vertrouwelijk aangemerkte documenten en tot documenten uit gerelateerde dossiers	17
	4.1.8 Weigering verplaatsing hoorzitting naar aanleiding van het rapport	19
	4.1.9 Overige procedurele en formele bezwaren	19
	<u>4.2 Vastgestelde feiten</u>	20
	4.2.1 Afbakening van de relevante markt	20
	4.2.2 Overige vastgestelde feiten	23
	4.2.3 Bezwaren ten aanzien van de overige vastgestelde feiten	24
	4.2.4 Beoordeling van de bezwaren ten aanzien van de overige vastgestelde feiten	28
	<u>4.3 Juridische kwalificatie van de feiten</u>	31
	4.3.1 Onderneming	31
	4.3.2 Overeenkomst / onderling afgestemde feitelijke gedraging	31
	4.3.2.1 Omschrijving van de verweten gedragingen	31
	4.3.2.2 Bezwaren tegen de kwalificatie van de feiten	32
	4.3.2.3 Beoordeling van de bezwaren tegen de kwalificatie van de feiten	37
	4.3.3 Mededingingsbeperking en merkbaarheid	43
	4.3.3.1 Mededingingsbeperking	43
	4.3.3.2 Merkbaarheid	44
	4.3.4 Schending van art. 81 EG	45
	4.3.5 Duur van de inbreuk	46
	4.3.6 Toerekening van de gedragingen	48

<u>4.4 Sanctie</u>	50
4.4.1 Oplegging van een sanctie / opzet en verwijtbaarheid	50
4.4.2 Toerekening van de boete aan de afzonderlijke gedragingen	51
4.4.3 Toepasselijkheid van de boeterichtsnoeren	52
4.4.4 Berekening van de boete volgens de boeterichtsnoeren	54
4.4.4.1 Boetegrondslag	54
4.4.4.2 Ernst van de overtreding	55
4.4.4.3 Boeteverlagende / boeteverhogende omstandigheden	59
4.4.5 Proportionaliteit / evenredigheid	60
<u>4.5 Slotoverweging</u>	62
5 Conclusies en Advies	63

1 Inleiding

1. Bij besluit in de zin van artikel 62, eerste lid, Mededingingswet (Mw) van 21 april 2004 (hierna: het besluit) stelde de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: d-g NMa) in zaak 1615 een inbreuk vast op het verbod van artikel 6, eerste lid, Mededingingswet (hierna: Mw) door de hierna genoemde ondernemingen, vanwege tussen hen gesloten overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen met betrekking tot het prijsbeleid voor het fietsseizoen 2001 (1 september 2000 tot en met 31 augustus 2001). Volgens het besluit zien de overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen op de verhoging van consumentenadviesprijzen, de betalingskortingen, de maximumkorting ten aanzien van Nationale Fiets Projecten B.V. (hierna: NFP) en de (minimale) margevergoeding die NFP aan de rijwielhandelaren dient te verlenen. Volgens het besluit strekken deze gedragingen ertoe en/of hebben zij tot gevolg dat de mededinging wordt beperkt.

- Koga B.V. (hierna: Koga)
- Batavus B.V. (hierna: Batavus)
- Koninklijke Gazelle B.V. (hierna: Gazelle)
- Giant Europe B.V. (hierna: Giant)

2. De gedragingen van Koga en Batavus worden toegerekend aan Accell Group N.V. (hierna: Accell). Aan Accell werd een boete opgelegd van € 12.809.000, aan Gazelle een boete van € 12.898.000 en aan Giant een boete van € 3.978.000.

2 Procedure

3. Tegen het bestreden besluit werd namens Accell een bezwaarschrift gedateerd 1 juni 2004 ingediend op nader aan te voeren gronden. Bij brief van 4 juni 2004 heeft de d-g NMa Accell in de gelegenheid gesteld om tot uiterlijk twaalf weken na dagtekening aanvullende gronden van bezwaar aan te voeren. Bij brieven van 13 augustus en 30 september 2004 heeft de d-g NMa daarop uitstel verleend en Accell in de gelegenheid gesteld om tot uiterlijk 15 oktober 2004 aanvullende gronden van bezwaar aan te voeren. Bij brief d.d. 15 oktober 2004 dienden mr. I.W. VerLoren van Themaat en mr. J. Hettema namens Accell aanvullende gronden van bezwaar in.

4. Tegen het bestreden besluit werd namens Gazelle een bezwaarschrift gedateerd 28 mei 2004 ingediend op nader aan te voeren gronden. Bij brief van 4 juni 2004 heeft de d-g NMa Gazelle in de gelegenheid gesteld om tot uiterlijk twaalf weken na dagtekening aanvullende gronden van bezwaar aan te voeren. Bij brieven van 13 augustus en 30 september 2004 heeft de d-g NMa daarop uitstel verleend en Gazelle in de gelegenheid gesteld om tot uiterlijk 15 oktober 2004 aanvullende gronden van bezwaar aan te voeren. Bij brief d.d. 15 oktober 2004 diende mr. I.G.F. Cath namens Gazelle aanvullende gronden van bezwaar in.

5. Tegen het bestreden besluit werd namens Giant een bezwaarschrift gedateerd 27 mei 2004 ingediend op nader aan te voeren gronden. Bij brief van 4 juni 2004 heeft de d-g NMa Giant in de gelegenheid gesteld om tot uiterlijk twaalf weken na dagtekening aanvullende gronden van bezwaar aan te voeren. Bij brieven van 13 augustus en 30

september 2004 heeft de d-g NMa daarop uitstel verleend en Giant in de gelegenheid gesteld om tot uiterlijk 15 oktober 2004 aanvullende gronden van bezwaar aan te voeren. Bij brief d.d. 15 oktober 2004 diende mr. L.E.J. Korsten namens Giant aanvullende gronden van bezwaar in.

6. Op 6 december 2004 heeft de d-g NMa de Adviescommissie een schriftelijke toelichting doen toekomen op het standpunt van de d-g NMa ter zake van de door Accell, Gazelle en Giant ingediende bezwaarschriften tegen het besluit.

7. Op 17 december 2004 vond de hoorzitting van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: de Adviescommissie) plaats ten kantore van de NMa, waarbij vertegenwoordigers en gemachtigden van bovengenoemde ondernemingen (hierna: bezwaarden) aanwezig waren. De subcommissie bestaat in deze zaak uit mr. drs. R.C. van Houten (voorzitter), mr. dr. R.E. Bakker, mw. prof. dr. A.M. van den Bossche en prof. mr. J.A.H. Maks (leden), bijgestaan door mr. W.T. Algera (secretaris). Van deze hoorzitting is een verslag gemaakt (hierna: het Verslag) dat op 31 januari 2005 aan bezwaarden en de d-g NMa is toegestuurd.

8. Op 30 december 2004 zijn namens Giant aanvullende stukken naar aanleiding van de schriftelijke zienswijze van de d-g NMa ingediend. Deze stukken zijn niet door de Adviescommissie in de beoordeling bestrooken, aangezien zij na afloop van de termijn vermeld in het eerste lid van art. 7:18 Awb zijn ingediend. Met de stelling dat het beginsel van hoor en wederhoor de Adviescommissie verplicht op deze aanvullende gronden van bezwaar in te gaan, miskent Giant het niet-dualistische karakter van de schriftelijke zienswijze. Deze moet worden beschouwd als toelichting op het besluit dat evenwel geheel zelfstandig moet voldoen aan de vereisten die de Awb aan een besluit stelt. De zienswijze kan dan ook niet dienen ter onderbouwing van het primaire besluit. Bezwaarden hebben vanwege voornoemde wettelijke termijn 10 dagen de tijd gehad om de betrokken zienswijze te bestuderen, opdat zij – indien gewenst – tijdens de hoorzitting daarop konden reageren. Opgemerkt zij tevens dat Giant en de andere bezwaarden tevoren ruimschoots in de gelegenheid zijn gesteld om hun bezwaren tegen het besluit te formuleren.

9. Voor wat betreft de procedure voor de totstandkoming van het besluit wordt verwezen naar het besluit.

3 Bestreden besluit

10. Het bestreden besluit is als bijlage aan dit Advies gehecht.

4 Beoordeling van de bezwaren

11. De Adviescommissie bespreekt en beoordeelt de hiernavolgende onderdelen op basis van het besluit, het aan de Adviescommissie ter beschikking gestelde dossier, de bezwaarschriften van Accell, Gazelle en Giant en de schriftelijke zienswijze van de d-g NMa, alsmede naar aanleiding van hetgeen ter hoorzitting mondeling naar voren is gebracht namens bezwaarden en de d-g NMa, zoals neergelegd in het Verslag en de bijlagen. Voor de volledige weergave van de standpunten verwijst de Adviescommissie naar genoemde documenten. Ten aanzien van de feiten en de gedragingen op basis waarvan hieronder beoordeling van de ingebrachte bezwaren plaatsvindt, wordt uitgegaan van de weergave daarvan zoals opgenomen in de randnummers 57 tot en met 102 van het besluit voor zover niet gemotiveerd bestreden door bezwaarden of de Adviescommissie anders uit de onderliggende stukken is gebleken.

12. Giant verwijst in haar aanvullend bezwaarschrift naar de integrale inhoud van de door haar ingediende schriftelijke zienswijze naar aanleiding van het rapport.¹ De Adviescommissie is van oordeel dat op specifieke punten het bezwaarschrift kan worden gestaafd met een concrete verwijzing naar documenten die tot zoverre in de procedure zijn ingebracht. Een algemene verwijzing, zoals door Giant wordt gehanteerd, is echter onvoldoende specifiek om door de Adviescommissie als bezwaar te worden beoordeeld.²

13. In dit onderdeel worden per onderwerp de kern van het besluit en de essentie van de bezwaren van Accell, Gazelle en Giant weergegeven, waarna de beoordeling van de Adviescommissie volgt. De bezwaren concentreren zich ten eerste op verschillende procedurele bezwaren (par. 4.1), ten tweede op de vaststelling van de feiten (par. 4.2) en ten derde op de juridische kwalificatie van de feiten (par. 4.3). Tenslotte richten de bezwaren zich tegen de opgelegde sanctie (par. 4.4). In paragraaf 5 volgen conclusies en Advies.

4.1 Procedurele bezwaren

14. De procedurele bezwaren hebben betrekking op de rechtmatigheid van onderzoek en bewijs (par. 4.1.1), het verbod van vooringenomenheid en de onschuldpresumptie (par. 4.1.2), de redelijke termijn van de procedure (par. 4.1.3), de verhouding tussen het rapport en het besluit (par. 4.1.4), de toepassing van art. 81 EG (par. 4.1.5), de gedurende de bezwaarprocedure ter beschikking gestelde documenten (par. 4.1.6), de toegang tot documenten en het gebruik van documenten uit gerelateerde dossiers (par. 4.1.7), de weigering van de d-g NMa om de hoorzitting naar aanleiding van het rapport te verplaatsen (par. 4.1.8) en enkele overige procedurele bezwaren (par. 4.1.9).

4.1.1 Rechtmatigheid van onderzoek en bewijs

15. *Giant* stelt zich op het standpunt dat de door de d-g NMa aangedragen bewijzen op onrechtmatige wijze zijn verkregen. Zij is van mening dat op het moment van de

¹ Bezwaarschrift Giant, randnr. 40.

² GvEA, arrest van 16 december 2003, gev. zaken T-5/00 en T-6/00, FEG, nng., punten 100-101; ABRS 13 november 2000, JB 2000/351; CRvB 22 augustus 2001, JB 2001/279.

bedrijfsbezoeken van 6 en 7 september 2000 geen concreet vermoeden van horizontale prijsafspraken bestond, maar enkel een vermoeden van verticale prijsafspraken. De vermoedens omtrent horizontale afspraken zouden slechts zijn gebaseerd op een tweetal krantenartikelen, die daarvoor evenwel geen aanleiding zouden geven. Deze gang van zaken volgt volgens Giant uit de interne NMa-notitie met bijlagen van 25 augustus 2000. Er was volgens Giant dan ook tijdens de voormelde verificaties geen sprake van een redelijk vermoeden van overtreding in de zin van art. 53 Mw (ondanks de gegeven cautie). De in het besluit aangedragen bewijsvoering zou daarmee berusten op via een zogenaamde 'fishing expedition' verkregen bewijs. Dat zou niet zijn toegestaan op basis van het beginsel van de algemene rechten van de verdediging.³ Ook de verklaringen uit het voorjaar van 2002, die zijn verkregen op basis van de bij die algemene onderzoeken aangetroffen documenten zouden daarmee onrechtmatig zijn. De bij Gazelle aangetroffen aantekeningen met betrekking tot de bijeenkomst van 13 juni 2000 te Zwolle zou de d-g NMa niet kunnen gebruiken als bewijs voor het bestaan van horizontale afspraken.

Beoordeling

16. De bezwaren dienen naar het oordeel van de Adviescommissie te worden verworpen. In beginsel dienen de bevindingen van de onderzoeken te vallen binnen het doel waarmee de onderzoeken gerechtvaardigd werden. De reden voor de onderzoeken betrof berichten in de pers, alsmede enkele klachten van ondernemingen en consumenten.⁴ De berichten in de pers hadden betrekking op gelijktijdige verhogingen door fietsfabrikanten van de prijsstelling voor het seizoen 2001, als gevolg van de gestegen wisselkoersen. Bij de NMa ingediende klachten waren onder meer te herleiden tot aan de rijwielhandelaren gehanteerde marges. Zowel de berichtgeving in de pers als de klachten rechtvaardigden in beginsel een verificatieonderzoek.

17. Dat eerst naar aanleiding van die onderzoeken aanwijzingen voor aanvullende overtredingen door deze ondernemingen werden vastgesteld, staat er niet aan in de weg deze aanwijzingen te betrekken in het onderzoek naar mededingingsbeperkende gedragingen. De d-g NMa is daarmee niet getreden buiten het doel van het onderzoek. Van een 'fishing expedition' is dan ook geen sprake. De door de d-g NMa aangedragen bewijsmiddelen zijn om die reden niet op onrechtmatige wijze verkregen.

4.1.2 Verbod op vooringenomenheid en onschuldpresumptie

18. Medewerkers van de NMa hebben in verschillende interne notities verslag gedaan over het voornemen voor en de vorderingen van het onderzoek in onderhavige zaak.⁵ Naar aanleiding van het verschijnen van het rapport heeft de NMa op 28 november 2002 een persbericht doen uitgaan. In het jaarverslag over 2002 (d.d. juli 2003) werd eveneens aandacht aan dit rapport besteed. In de pers werd naar aanleiding van de bedrijfsbezoeken in 2000 aandacht besteed aan het onderzoek.⁶ Ook werd in de pers aandacht besteed aan

³ Giant verwijst daarbij naar C.S. Kerse, E.C. Antitrust Procedure, 4th ed., Sweet & Maxwell 1998, p. 139; HvJ EG, arrest van 17 oktober 1989, gev. zaken 97-99/87, Dow Chemical Iberica, v. Cie, punt 45.

⁴ Dossierstuk 1615/1, met de startnotitie d.d. 12 november 1999 en de notitie d.d. 25 augustus 2000, alsmede de berichten in *De Telegraaf*, 7 augustus 2000 en *NRC Handelsblad*, 9 augustus 2000.

⁵ Startnotitie prisma nr. 1615/1 en bijlagen.

⁶ Tweewieler, oktober 2000.

dit onderzoek naar aanleiding van het rapport (2002)⁷ en naar aanleiding van het besluit (2004).⁸ In deze perspublicaties zijn uitspraken opgenomen die afkomstig zouden zijn van de persvoorlichtster van de NMa.

19. *Bezwaarden* stellen zich op het standpunt dat de d-g NMa of diens ambtenaren voorafgaand aan het besluit via ongenueanceerde berichtgeving (persbericht d.d. 28 november 2002, jaarverslag 2002 en uitlatingen van medewerkers) bezwaarden bij herhaling publiekelijk hebben veroordeeld. Ook uit verschillende interne memo's en notities zou deze vooringenomenheid blijken. Deze vooringenomenheid zou verder ook blijken uit het begrotingsbeleid van het kabinet, waarin wordt gerekend op de NMa-boetes. Aan bezwaarden zou tevens een te korte periode zijn gegund om een reactie op het persbericht voor te bereiden. Met de publicaties zou de d-g NMa de onderzoeksplicht en het evenredigheidsbeginsel (art. 3:2 en 3:4 Awb) hebben geschonden, alsmede het beginsel van de onschuldpresumptie (art. 6, tweede lid, EVRM). Bezwaarden stellen zich tevens op het standpunt dat in de Mw een grondslag voor publicatie ontbreekt en art. 90 Mw aan publicatie in de weg zou staan. Tenslotte zou art. 65 Mw (publicatie van het besluit in de *Staatscourant*) zich niet verdragen met het beginsel van de onschuldpresumptie. Dit zou te meer blijken nu de NMa recentelijk zelfstandig haar persbeleid heeft aangepast.⁹

Beoordeling

20. De bezwaren met betrekking tot schending van de onschuldpresumptie en het verbod op vooringenomenheid ten aanzien van de interne memo's en notities dienen te worden verworpen. Deze documenten zijn interne werkdocumenten van de NMa, waarin een beeld wordt geschetst van de verdenkingen tegen de fietsfabrikanten. Dat verdenkingen soms verder reiken dan kan worden aangetoond of dan zich feitelijk heeft voorgedaan, behoort bij de stand waarin de procedure zich bevindt en tevens bij het karakter van de werkzaamheden. Deze notities komen de Adviescommissie niet vooringenomen voor in de zin van art. 2:4 Awb.

21. De voornoemde uitspraken van de persvoorlichtster, zoals die zouden zijn geciteerd in perspublicaties in 2000 en 2002 komen de Adviescommissie evenmin vooringenomen voor. Uit de uitspraak in 2000 dat sprake was van een verdenking van een economisch delict van kaliber en dat er voorbereidend onderzoek is geweest, kan niet een vooringenomen houding worden afgeleid, gezien in het licht van het karakter van de berichten naar aanleiding waarvan de onderzoeken zijn verricht in 2000¹⁰ en gezien het feit dat er reeds in 1999 een startnotitie was opgesteld, vanwege eerdere aanwijzingen. De uitspraak dat de NMa al jaren tips krijgt over vermeende prijsafspraken en derhalve de fietsbranche al scherp in de gaten houdt, duidt evenmin op vooringenomenheid, maar veeleer op een houding die mag worden verwacht van een alerte toezichthouder.¹¹ Over de uitspraken van de persvoorlichtster van de NMa die in 2004 in de pers zouden zijn

⁷ Algemeen Dagblad, 29 november 2002.

⁸ Algemeen Dagblad, 27 april 2004.

⁹ Werkwijze Communicatie, van 13 mei 2004.

¹⁰ Zie de NRC van 8 augustus 2000 en de Telegraaf van 7 augustus 2000, bijlage bij prisma nr. 1615/1.

¹¹ Schriftelijke zienswijze Giant naar aanleiding van het rapport, p. 5, prisma nr. 1615/537.

opgenomen, is de Adviescommissie met het Gerechtshof 's-Gravenhage van oordeel dat deze niet onjuist zijn.¹²

22. Ten aanzien van de inhoud van het persbericht d.d. 28 november 2002 en de omstandigheden waaronder het is uitgebracht, alsmede ten aanzien van de inhoud van het jaarverslag over 2002 is het Gerechtshof 's-Gravenhage van oordeel dat de d-g NMa onvoldoende zorgvuldig heeft gehandeld.¹³

23. Uit deze omstandigheden kan echter geen schending van het vermoeden van onschuld of vooringenomenheid worden afgeleid in de onderhavige bestuursrechtelijke procedure. Dat in de beide teksten onvoldoende de voorlopige status van de verdenkingen zou zijn benadrukt, doet namelijk niet af aan het gegeven dat aan dat voorlopige karakter wel degelijk aandacht werd besteed. Om die reden worden de bezwaren betreffende de schending van de onschuldpresumptie en van het verbod op vooringenomenheid dan ook niet gevolgd.

24. Er is naar het oordeel van de Adviescommissie voor het overige geen sprake van schending van de beginselen uit art. 3:2 en 3:4 Awb (zorgvuldigheid en evenredigheid). Het belang van de NMa om over deze zaak te publiceren, weegt zwaarder dan het belang van partijen om daaraan niet bloot te staan. Publicatie over het handhavingsbeleid geschiedt in het algemeen belang, hetgeen met name geldt vanuit het oogpunt van generale preventie en informatie van het publiek.

25. Ook de bezwaren met betrekking tot het ontbreken van een wettelijke grondslag voor publicatie moeten worden verworpen. De Adviescommissie is van oordeel dat toezichthouders als de NMa naar buiten kunnen optreden teneinde voorlichting en/of uitleg te geven omtrent de inhoud van de mededingingsregels en de handhaving daarvan. Dergelijke berichtgeving dient de generale preventie en is in het algemeen belang.¹⁴ Toezichthouders beschikken daarbij over de bevoegdheid om persberichten, jaarverslagen of andere publicaties te verzorgen. Deze bevoegdheden dienen derhalve te worden gekwalificeerd als 'toepassing van deze wet' in de zin van art. 90 Mw.

26. De stelling van bezwaarden dat mededeling van het besluit in de *Staatscourant* op basis van art. 65, tweede lid, Mw schending oplevert van de onschuldpresumptie van art. 6, tweede lid, EVRM kan niet worden gevolgd, zolang uit de berichtgeving voldoende duidelijk de bestuursrechtelijke status van het besluit blijkt.

27. Tenslotte dienen de stellingen van bezwaarden, dat de NMa vanwege het begrotingsbeleid van het kabinet vooringenomen te werk zou gaan, als onvoldoende onderbouwd worden afgewezen. Uit het dossier noch anderszins is de Adviescommissie gebleken dat de NMa vooringenomen heeft gehandeld. De NMa beschikt bovendien over een zelfstandige positie, welke door de Minister van Economische Zaken bij herhaling is onderschreven.¹⁵ Niet is gebleken dat de NMa in onderhavige zaak wel op individueel zaaksniveau is aangestuurd door de Minister van Economische Zaken of enig ander lid

¹² Hof Den Haag, arrest van 24 februari 2005, zaak 04/516, Accell e.a. vs. Staat.

¹³ Reeds aangehaald.

¹⁴ Rechtbank 's-Gravenhage, 2 juli 2003, 02/3034, KPN vs. Opta, randnrs. 3.2 ev.

¹⁵ Handelingen II, 6 maart 1997, p. 59-4352; Kamerstukken II, 2000-2001, 27639, nr. 3, p. 4.

van het kabinet. De beslissing om een boete op te leggen, dient zelfstandig door het besluit te kunnen worden gedragen. De hoogte van de boete moet daarbij binnen de grenzen blijven die de wet stelt en dient aan te sluiten bij de geldende boetepraktijk. In de navolgende onderdelen van dit Advies wordt onderzocht of het besluit aan die vereisten voldoet.

4.1.3 Redelijke termijn

28. De NMa heeft de eerste bedrijfsbezoeken doen verrichten op 5 en 6 september 2000. Op 27 november 2002 is het rapport uitgebracht, waarna op 21 april 2004 het primaire besluit is genomen.

29. *Bezwaarden* stellen zich op het standpunt dat de redelijke termijn van art. 6, eerste lid, EVRM wordt geschonden, waarvan de toepasselijkheid volgens bezwaarden blijkt uit *Accell/Staat*.¹⁶ De redelijke termijn waarbinnen de eerlijke en openbare behandeling dient plaats te vinden, is volgens hen gaan lopen bij de eerste bedrijfsbezoeken in september 2000. Deze termijn zou nog niet zijn afgerond. Ook in vergelijking met andere NMa-procedures zou de betrokken procedure te lang zijn. Er kan daarbij volgens bezwaarden niet worden aangesloten bij de communautaire praktijk, waarin het opknippen in verschillende periodes mogelijk wordt geacht. De EU is niet aangesloten bij het EVRM en anders dan het materiële mededingingsrecht wordt het formele mededingingsrecht volledig beheerst door het nationale (bestuurs)recht en via art. 93 Grondwet door art. 6, tweede lid, EVRM. Volgens bezwaarden dient de vervolging te worden gestaakt, althans dient er reductie van de boete plaats te hebben.

Beoordeling

30. Met de d-g NMa stelt de Adviescommissie vast dat de fundamentele rechtsbeginselen die deel uitmaken van de constitutionele tradities van de lidstaten een grote betekenis toekomen in de communautaire rechtspraktijk, waarbij aan het EVRM bijzondere betekenis wordt toegekend.¹⁷ In dat verband wijst de Adviescommissie tevens op het handvest van de grondrechten, dat is opgenomen in de Grondwet voor Europa welke is ondertekend door de regeringen van de lidstaten van de Europese Unie.¹⁸ Niet valt in te zien waarom de betekenis die door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen aan deze beginselen wordt gegeven bij de toepassing ervan in communautaire mededingingsprocedures een andere zou zijn dan die door de nationale rechter en bestuursorganen aan deze beginselen wordt toegekend. De communautaire praktijk, waarin de twee periodes worden gehanteerd kan naar het oordeel van de Adviescommissie ook in nationale mededingingsrechtelijke procedures worden gehanteerd.¹⁹ Dat geldt te meer nu, zoals ook de d-g NMa meent, moet worden vastgesteld dat de wetgever bij de toepassing van de Mw beoogde zoveel mogelijk aan te sluiten bij het communautaire mededingingsrecht.²⁰

¹⁶ Rb. Den Haag, 3 maart 2004 zaak 03/1384, *Accell/Staat*. Daarbij wordt ook een beroep gedaan op de zogenaamde 'Marijnissen-norm'.

¹⁷ Besluit, randnr. 112 en schriftelijke toelichting, punten 34 en 35 en de daar aangehaalde rechtspraak.

¹⁸ Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, Pb EG. 2000, C 364/1. Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa, Pb. EG 2004, C 310.

¹⁹ Besluit, randnr. 113.

²⁰ Schriftelijke toelichting NMa, punt 35. Kamerstukken II, 1995-1996, 24707, nr. 3, p. 10.

31. Eveneens dient te worden vastgesteld dat de *Marijnissen*-norm in het bijzonder betekenis toekomt in het kader van strafrechtelijke procedures waarin sprake is van gevangenhouding.²¹ Deze norm is naar het oordeel van de Adviescommissie om die reden niet zonder meer op gelijke wijze toepasbaar op een procedure, waarin het mededingingsrecht langs bestuursrechtelijke weg wordt gehandhaafd en waarbij geen sprake is van gevangenhouding.

32. Toetsing aan de redelijke termijn in deze zaak levert geen schending op van art. 6 EVRM. Daartoe worden zowel de afzonderlijke fasen als de totale duur beoordeeld in het licht van alle toepasselijke omstandigheden, zoals de complexiteit van de zaak, de houding van de partij(en) die voorwerp is (zijn) van onderzoek, het belang van de zaak voor bezwaarden en de wijze waarop de verantwoordelijke autoriteit de zaak heeft behandeld.²² De Adviescommissie is van oordeel dat de toelichting die de d-g NMa heeft gegeven op de duur van de beide fasen in de procedure²³ de conclusie rechtvaardigt dat de redelijke termijn niet is geschonden. De Adviescommissie is dan ook van oordeel dat de bezwaren met betrekking tot de duur van de procedure dienen te worden afgewezen.

4.1.4 Verhouding rapport - besluit

33. De *d-g NMa* onderscheidt in het rapport als afzonderlijke overtredingen in de zin van art. 6, eerste lid, Mw:²⁴

- de deelname door Gazelle, Batavus, Giant, Union en Sparta aan een systeem van uitwisseling van informatie in de periode van 21 januari 1998 tot 20 november 2001,
- de deelname door Gazelle, Batavus, Koga en Giant op 13 juni 2000 aan een overeenkomst dan wel een onderling afgestemde feitelijke gedraging omtrent de gemiddelde verhoging van de consumentenadviesprijzen met betrekking tot fietsen voor het seizoen 2001,
- de deelname door Gazelle, Batavus, Koga en Giant op 13 juni 2000 aan een overeenkomst dan wel onderling afgestemde feitelijke gedraging omtrent het wijzigen van betalingskortingen voor rijwielhandelaren in ten minste de maanden september tot december 2000,
- de deelname door Gazelle, Batavus en Giant op 21 juli 2000 aan een overeenkomst dan wel onderling afgestemde feitelijke gedraging omtrent de te hanteren maximummarge ten aanzien van NFP.

34. In het besluit wordt de eerste van de vier voornoemde overtredingen niet langer door de d-g NMa aan bezwaarden verweten. Daarentegen wordt in het besluit aan de

²¹ Zie tevens EHRM, 25 november 1992, *Abdoella vs. Nederland*.

²² Besluit, randnr. 112 en HvJ EG, FEG, reeds aangehaald.

²³ Besluit, randnrs. 117 en 118.

²⁴ Rapport, randnrs. 267-299 (met name 290 en 291) en expliciet 300 e.v. Het laatste aandachtsteken in randnr. 302 van het rapport concludeert alleen ten aanzien van Koga dat zij op 13 juni 2000 heeft deelgenomen aan een overeenkomst of een oafg met Giant, Batavus en Gazelle over het tijdstip waarop de BTW-verhoging zou moeten worden doorberekend in de consumentenadviesprijzen voor fietsen. Aangezien deze gedraging niet aan de andere fietsfabrikanten wordt verweten en evenmin elders in het rapport wordt toegelicht, niet in het besluit terugkomt en daarop evenmin een beroep wordt gedaan door bezwaarden, laat de Adviescommissie nadere behandeling van dit punt hier verder achterwege.

ondernemingen Batavus, Koga,²⁵ Gazelle en Giant – kort gesteld – verweten art. 6, eerste lid, Mw te hebben overtreden door met elkaar overeenkomsten te sluiten dan wel hun feitelijke gedragingen onderling af te stemmen met betrekking tot het prijsbeleid voor het fietsseizoen 2001.²⁶

Zwolle:

Een overeenkomst dan wel onderling afgestemde feitelijke gedraging voor de duur van 1 jaar tussen Batavus, Koga, Gazelle en Giant die betrekking heeft op:

- de verhoging van consumentenadviesprijzen, en
- het wijzingen van de betalingskorting.

Vierhouten:

Een overeenkomst dan wel onderling afgestemde feitelijke gedraging voor de duur van een jaar tussen Batavus, Gazelle en Giant die betrekking heeft op:

- de maximumkorting van fietsfabrikanten aan NFP, en
- de (minimale) margevergoeding die NFP aan de rijwielhandelaren dient te verlenen.

De duur van voornoemde overeenkomsten dan wel onderling afgestemde feitelijke gedragingen valt samen met het fietsseizoen 2001.

35. *Bezwaarden* stellen zich op het standpunt dat het rapport en het besluit inhoudelijk verschillen, zowel ten aanzien van de plaats en datum dat afspraken zouden zijn gemaakt, als ten aanzien van de inhoud van de afspraken. Volgens bezwaarden werd in het rapport de Vierhouten-inbreuk louter gebaseerd op de fax van Gazelle van 21 juli 2000. Die afspraak zou zien op de te hanteren maximummarge ten aanzien van NFP. Volgens bezwaarden is in het besluit daarentegen de Vierhouten-inbreuk gebaseerd op zowel de fax van Gazelle van 21 juli 2000 als ook op een overleg op 17 augustus in Vierhouten tussen Batavus, Gazelle en Giant enerzijds en NFP anderzijds, alsmede op een daaraan voorafgaand vooroverleg tussen de fietsfabrikanten. Deze Vierhouten-inbreuk zag volgens bezwaarden in het besluit – anders dan in het rapport – zowel op de maximumkorting aan NFP als op de minimale margevergoeding van NFP aan de rijwielhandelaren. Deze handelwijze is volgens bezwaarden in strijd met de eis van overeenstemming tussen rapport en besluit (art. 59 en art. 62 Mw). Verder zou het beginsel van hoor en wederhoor (art. 60 en art. 61 Mw) zijn geschonden, evenals de eis dat partijen op de hoogte dienen te zijn van de beschuldigingen (art. 6, derde lid, sub a, EVRM).²⁷ De d-g NMa zou hiermee onzorgvuldig hebben gehandeld en dient volgens bezwaarden het besluit in te trekken en een nieuw rapport op te maken.

Beoordeling

36. In een sanctiebeschikking in de zin van art 62, eerste lid, Mw dienen krachtens art. 62, tweede lid, Mw in ieder geval te worden vermeld de in deze bepaling onder a tot en met d opgesomde gegevens. In onderdeel d van deze bepaling, dat naar art. 59, tweede

²⁵ In par. 3.6 Conclusie van het besluit randnr. 196 ontbreekt Koga. Uit de inhoud van het besluit, met name randnrs. 177, 181 en 198 leidt de Adviescommissie evenwel af dat hier ook Koga wordt bedoeld.

²⁶ Besluit, randnrs. 196-198, alsmede 151-160 en 161-170.

²⁷ MvT Mw, kamerstukken II, 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 90-91.

lid, sub a tot en met e, Mw verwijst, wordt bedoeld op de in het rapport genoemde feiten en omstandigheden op grond waarvan is vastgesteld dat een overtreding is begaan, waar en wanneer deze zich hebben voorgedaan, welke de verantwoordelijke en aansprakelijke partijen zijn, alsmede het geschonden wettelijke voorschrift. Deze gegevens dienen ter onderbouwing van de conclusie (art. 62, tweede lid, sub c, Mw) dat aan de geadresseerde partij in het besluit de beweerdelijke overtreding van het met name genoemde wettelijke voorschrift kan worden toegerekend, hetgeen tot de met het besluit opgelegde sanctie (art. 62, tweede lid, sub a en/of b, Mw) leidt. De hoorzitting naar aanleiding van het rapport dient om partijen conform art. 60, eerste lid, Mw in de gelegenheid te stellen te worden gehoord, opdat zij hun zienswijze omtrent het rapport (en de op de zaak betrekking hebbende stukken) naar voren kunnen brengen. Bezwaarden hebben van die gelegenheid gebruik gemaakt, hetgeen door hen ook niet wordt betwist.

37. Het karakter van het rapport als voorlopig standpunt in de procedure van de Mw belet de d-g NMa niet om vervolgens bezwaren te laten vallen en daarmee zijn standpunten te wijzigen ten gunste van ondernemingen. Het belet de d-g NMa evenmin om het besluit aan te passen ten nadele van ondernemingen door standpunten van de d-g NMa nader te onderbouwen binnen de grenzen die de rechtswaarborgen daaraan stellen. De d-g NMa dient immers de feitelijke en juridische beoordelingen en kwalificaties opnieuw te bezien in het licht van de door partijen gegeven toelichtingen.²⁸ De toepasselijke bepalingen in de Mw of de wetsgeschiedenis schrijven evenmin voor, dat in geval van voortschrijdend inzicht bij de d-g NMa steeds een nieuw rapport dient te worden opgesteld of dat partijen opnieuw dienen te worden gehoord. Wel kunnen – aldus het CBB in de zaak *Glasgarage-Carglass* – feiten, omstandigheden of kwalificaties die niet eerst in een rapport als bedoeld in artikel 59 Mw zijn neergelegd er niet toe leiden dat een sanctie wordt opgelegd.²⁹ Er kunnen zich volgens het CBB om die reden omstandigheden voordoen, die het aanvullen van een rapport en het vervolgens aanvullend herhalen van de procedure van artikel 60 Mw, toelaatbaar en zelfs geboden doen zijn.³⁰

38. Bezwaarden hebben terecht afwijkingen geconstateerd tussen het rapport en het besluit, aangezien het oordeel van de d-g NMa '[...] dat een overeenkomst dan wel onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen Batavus, Gazelle en Giant in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw tot stand is gekomen met betrekking tot [...] de (minimale) margevergoeding die de rijwielhandelaar van NFP dient te ontvangen', wel in het besluit, maar niet in het rapport is opgenomen.³¹ De Adviescommissie onderzoekt daarom of aan de vorenbedoelde eisen met betrekking tot de overeenstemming tussen rapport en besluit ten aanzien van de feiten en omstandigheden en de kwalificatie daarvan is voldaan.

²⁸ Vergelijk o.a. HvJ EG, 18 juni 1986, gev. zaken 142 en 156/84, *BAT & Reynolds*, *Jur.*, 1986, p. 1899, punten 13 en 14; HvJ EG, arrest van 15 juli 1970, zaak 41/69, *ACF Chemiefarma v. Commissie*, *Jur.* 1970 p. 661, punt 92.

²⁹ CBB, uitspraak van 17 november 2004, *Glasgarage-Carglass*, AWB 03/614, 03/621 en 03/659 9500, punt 8.1.

³⁰ *Ibid*, punt 8.1. Vergelijk de mogelijkheid van een aanvullend *statement of objections* door de Commissie: C.S. Kerse en N. Khan, *EC antitrust procedure*, 2005, fifth edition, p. 212 e.v. en de daar aangehaalde rechtspraak.

³¹ Besluit, randnr. 170. Zie tevens randnr. 196.

39. In dat verband wijst de Adviescommissie op randnummer 144 van het rapport waarin de fax van Gazelle aan Batavus en Giant als feit wordt aangevoerd. In de tekst van de fax wordt door Gazelle het navolgende opgemerkt. 'Wij hebben reeds de wacht aangezegd d.w.z. dat wij geëist hebben dat: 1. de dealer 25% margevergoeding ontvangt. [...]' In randnummer 145 van het rapport stelt de d-g NMa vervolgens vast: 'De 25% marge waaraan in bovengenoemde fax wordt gerefereerd heeft betrekking op de vergoeding die rijwielhandelaren wensen te krijgen wanneer zij fietsen leveren aan het NFP. [...]' In de randnummers 149 tot en met 157 van het rapport is een aantal verklaringen opgenomen, afgelegd namens bezwaarden en namens NFP ten aanzien van een mogelijk vooroverleg in Vierhouten, voorafgaand aan een bijeenkomst tussen de fietsfabrikanten en NFP. Deze feiten en omstandigheden noemt de d-g NMa ook in het besluit.³² Van nieuwe feiten en omstandigheden in het besluit ten opzichte van het rapport is de Adviescommissie dan ook niet gebleken.

40. Daarentegen is de Adviescommissie wel gebleken van een nieuwe, aanvullende kwalificatie van deze feiten en omstandigheden. Het valt de Adviescommissie op dat de d-g NMa enkele van de afspraken in het rapport afzonderlijk en in het besluit gezamenlijk als overtreding kwalificeert. In het hoofdstuk van het rapport dat ziet op de (mededingingsrechtelijke) beoordeling van de feiten, werd de Vierhouten-afpraak inzake het hanteren van een maximummarge door de fietsfabrikanten jegens NFP als afzonderlijke overtreding gekwalificeerd. De feiten betreffende de (minimale) margevergoeding zijn in het rapport niet als overtreding aangemerkt. Op hun beurt zijn de twee Zwolle-afspraken in het rapport wel als afzonderlijke overtredingen aangemerkt. Daarentegen is de d-g NMa er in het daaropvolgende besluit toe overgegaan om de afzonderlijke Zwolle-afspraken aan te merken als één overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging waarbij verschillende onderwerpen waren besproken (de consumentenadviesprijzen en de betalingskorting). Omdat ten aanzien van de Vierhouten-gedraging de feiten en omstandigheden volgens de d-g NMa één geheel vormen, kon hij deze feiten en omstandigheden eveneens als één overtreding of onderling afgestemde feitelijke gedraging kwalificeren waarbij opnieuw twee onderwerpen waren besproken (maximumkorting aan NFP en de minimummarge van NFP aan de rijwielhandelaren).³³

41. Dat de d-g NMa in het besluit de Zwolle-afspraken en de Vierhouten-afspraken niet langer als afzonderlijke overtredingen aanmerkt, maar deze overtredingen kwalificeert als onderdelen van steeds één overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging (Zwolle of Vierhouten), doet niet af aan de omstandigheid dat de bezwaarden er vanwege de weergave in het rapport op mochten vertrouwen dat zij slechts op die kwalificaties bezwaren hoefden te richten in hun schriftelijke zienswijze naar aanleiding van het rapport. Partijen behoeften op basis van onderhavig rapport in hun schriftelijke zienswijze niet bedacht te zijn op voornoemde aanvulling van de kwalificatie van de feiten. Deze feiten behoeften door partijen evenmin te worden begrepen als die 'feiten en omstandigheden op grond waarvan is vastgesteld dat een overtreding is begaan' (art. 59, lid 2, sub a Mw), waarvan mocht worden verwacht dat zij daarop in hun schriftelijke zienswijze op het rapport zouden ingaan. Uitgaande van de omstandigheid dat de beide Vierhouten-afspraken inderdaad deel uitmaken van één en hetzelfde feitencomplex – en

³² Besluit, randnr. 88-102.

³³ D-g NMa Schriftelijke toelichting, randnrs. 26-29.

zijn aan te merken als onderdeel van één kartel dat mede de Zwolle-afspraken omvat (par. 4.3.2.3 van dit Advies) – kan aan bezwaarden dit voortschrijdende inzicht van de d-g NMa dan ook niet onverkort worden tegengeworpen. De stelling van de d-g NMa in zijn schriftelijke zienswijze dat aldus '[v]an belang is [...] dat het geheel van de feiten waarover partijen zich naar aanleiding van het rapport hebben kunnen uitspreken, overeenkomt met dat waarop in het uiteindelijke sanctiebesluit de overtreding wordt gebaseerd [...]', miskent de waarde die aan de juridische kwalificatie van de feiten in het rapport moet worden toegekend, opdat partijen daarop hun zienswijze kunnen geven in de zin art. 60 Mw. Zie in gelijke zin de rechtspraak van het HvJ EG.

'453 Bij de mededeling van punten van bezwaar hoeft de Commissie enkel de aangevoerde punten van bezwaar uiteen te zetten en duidelijk te maken op welke feiten zij zich baseert en hoe zij deze kwalificeert, opdat de adressaten ervan zich naar behoren zouden kunnen verdedigen [...].'³⁴

'63 Het is vaste rechtspraak dat in de mededeling van de punten van bezwaar deze punten van bezwaar, hoe bondig ook, in bewoordingen moeten worden gesteld die voor de betrokkenen voldoende duidelijk zijn om te weten, welke gedragingen de Commissie hun verwijt. Enkel dan immers kan de mededeling van de punten van bezwaar de haar door de gemeenschapsverordeningen toegedachte functie vervullen, te weten de ondernemingen alle informatie te verschaffen die zij nodig hebben om zich te verdedigen alvorens de Commissie een definitieve beschikking geeft [...].'³⁵

42. De vergelijking van de d-g NMa met de zaak *Mobiele Operators* kan reeds niet worden gevolgd, omdat de betrokken afspraak in die zaak wel in het rapport waren gekwalificeerd als schending van art. 6, eerste lid, Mw, terwijl daarvan in onderhavige zaak geen sprake was.³⁶

43. De Adviescommissie stelt dan ook een schending vast van de rechtswaarborgen die de wet biedt in art. 60, eerste lid, Mw in combinatie met art. 59 en 62 Mw aan ondernemingen waartegen rapport is opgemaakt en volgt Accell, Gazelle en Giant dan ook in zoverre in hun bezwaren. De Adviescommissie adviseert de d-g NMa derhalve het verwijt inzake de (minimale) margevergoeding van NFP aan de rijwielhandelaren niet aan het besluit op bezwaar ten grondslag te leggen, zonder tegemoet te zijn gekomen aan deze bezwaren. De Adviescommissie zal de afspraak over de minimale margevergoeding in het vervolg van dit Advies buiten beschouwing laten. Voor zover relevant zal dat worden vermeld.

4.1.5 Toepassing van art. 81 EG in de bezwaarfase

44. De *d-g NMa* heeft noch in het rapport noch in het besluit art. 81 EG toegepast. Bij brief van 13 augustus 2004 is aan bezwaarden meegedeeld dat, indien de tussenstaatse handel kan worden beïnvloed – afhankelijk van de heroverweging op basis van de bezwaargronden – in het besluit op bezwaar tevens toepassing zal worden gegeven aan art. 81 EG. Daarbij werd voorshands geoordeeld dat van beïnvloeding van de tussenstaatse handel inderdaad sprake was. Bezwaarden zijn om die reden in de gelegenheid gesteld in de aanvullende gronden van bezwaar hun zienswijze te geven op

³⁴ HvJ EG, 8 juli 2004, zaak T-67, 68, 71 en 78/00, JFE Engeneering Corp, nng., RO. 451-458.

³⁵ GvEA, arrest van 14 mei 1998, zaak T-352/94, Mo Och Domsjö AB-Cie., Jur. 1998, p. II-1989, punt 63.

³⁶ D-g NMa schriftelijke toelichting, randnrs. 29.

de kwestie van de mogelijke beïnvloeding van de tussenstaatse handel en de daaraan in de onderhavige zaak te verbinden consequenties.³⁷

45. *Bezwaarden* stellen zich op het standpunt dat de d-g NMa het beginsel – dat het besluit dient te zijn gebaseerd op het rapport – op vergelijkbare wijze schendt in de bezwaarschriftenprocedure. Bij brief van 13 augustus 2004 introduceerde hij volgens hen een nieuwe rechtsgrondslag door partijen te verzoeken zich uit te laten over de mogelijke toepassing van art. 81 EG (met name voor wat betreft de mogelijke beïnvloeding van de tussenstaatse handel).

46. Met betrekking tot de toetsing aan art. 81 EG stellen bezwaarden zich op het standpunt dat het beginsel van de presumptie van onschuld in de zin van art. 6, lid 2 EVRM is geschonden. Art. 59 Mw zou eveneens aan toetsing aan art. 81 EG in de weg staan. Ook het vertrouwensbeginsel en het verbod van *reformatio in peius* zouden zich verzetten tegen toepassing van art. 81 EG. De d-g NMa was immers al in de besluitfase tot toepassing bevoegd, maar heeft daarvan afgezien. De d-g NMa zou daarbij ook het gelijkheidsbeginsel hebben geschonden door in andere procedures art. 81 EG niet te introduceren. Het beginsel *ne bis in idem* zou zich tegen een tweede procedure verzetten. Volgens bezwaarden is de d-g NMa op basis van art. 6, lid 2 en art. 6, lid 3, sub a EVRM, art. 59 Mw en art. 2 Vo. 1/2003 gehouden zich vóór partijen over de toepasselijkheid van art. 81 EG uit te laten. De d-g NMa dient volgens bezwaarden ook vanwege art. 81 EG eerst een nieuw rapport uit te brengen.

Beoordeling

47. De Adviescommissie stelt vast dat art. 3, eerste lid van verordening 1/2003 met ingang van 1 mei 2004 er toe leidt dat de d-g NMa gehouden is art. 81 EG toe te passen, in geval van toepassing van art. 6 Mw op een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van art. 81, eerste lid, EG welke de handel tussen de lidstaten in de zin van die bepaling kan beïnvloeden.³⁸ De verordening is ingevolge art. 249, tweede alinea, EG verbindend in al haar onderdelen en rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat. De plicht het gemeenschapsrecht toe te passen volgt uit art. 10 EG en de voorrang van het EG-recht op met het gemeenschapsrecht strijdige nationale regelgeving.³⁹ Deze plicht leidt ontegenzeggelijk tot een verslechtering van de positie van bezwaarden, nu hun tevens een inbreuk op art. 81, eerste lid, EG zou worden verweten, waarvan in het primaire besluit geen sprake was. Enerzijds leidt toepassing van art. 81 EG ten aanzien van de mededingingsrechtelijke kwalificatie van de gedragingen niet tot een verslechtering voor partijen. Art. 81, eerste lid, EG is immers behalve ten aanzien van de beïnvloeding van de tussenstaatse handel, materieel vrijwel gelijk aan het bepaalde in art. 6, eerste lid, Mw. Anderzijds is er wel een verslechtering van de positie van bezwaarden vanwege de potentiële gevolgen van de toepassing van art. 81 EG, gelet op mogelijke vervolgpcedures bij de Nederlandse civiele rechter of bij gerechtelijke instanties in andere lidstaten. Het oordeel dat art. 81 EG is geschonden, zal vanuit het perspectief van bewijs en bevoegdheid ruimere mogelijkheden bieden in civielrechtelijke procedures dan

³⁷ Documenten 1615/720-721.

³⁸ Verordening 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, Pb. EG 2003, L 1/1.

³⁹ HvJ EG, arrest van 15 juni 1964, zaak 6/64, Costa Enel, *Jur.* 1964, p. 1203.

het oordeel dat sprake is van een inbreuk op art. 6 Mw dat zich louter beperkt tot gedragingen die effect hebben op het Nederlandse grondgebied. De vaststelling van de d-g NMa dat het criterium van de interstatelijke handel met name moet worden gezien als bevoegdheidscriterium ondersteunt deze constatering.⁴⁰

48. In beginsel verzet het verbod van *reformatio in peius* in het Nederlandse bestuursprocesrecht zich tegen een dergelijke achteruitgang van de positie van bezwaarde. Dit beginsel kan evenwel niet in de weg staan aan de plicht voor het bestuursorgaan om art. 81 EG toe te passen. Het verbod van *reformatio in peius* is evenmin absoluut, omdat rechtsregels kunnen veranderen. Dat risico ligt in beginsel bij de bezwaarde. De wetsgeschiedenis van de Awb merkt hierover evenwel op: 'Indien het bestuursorgaan ook zonder dat het bezwaarschrift zou zijn ingediend tot wijziging van het bestreden besluit ten nadele van de indiener bevoegd zou zijn, verzet art. (7:11 Awb) zich er niet tegen dat die wijziging betrokken wordt bij de beslissing op het bezwaarschrift. Of dit aanvaardbaar is, zal echter afhangen van de vraag of de belanghebbende daardoor wordt geschaad in zijn verweermogelijkheden. Is dat laatste het geval, dan zal die wijziging ten nadele van de indiener los van de bezwaarschriftenprocedure tot stand moeten worden gebracht.'⁴¹

49. In dat verband verzet het beginsel van hoor en wederhoor zich ertegen dat in het besluit op bezwaar over een onderdeel van een sanctiebesluit wordt geoordeeld zonder dat belanghebbenden in de gelegenheid zijn gesteld zich over dat onderdeel uit te spreken. In ieder geval dienen zij voorafgaand, gemotiveerd en in niet voor andere uitleg mogelijke bewoordingen de positie van het bestuursorgaan daarover te kennen (ook het beginsel van *equality of arms* verzet zich hiertegen). De bewijslast van een inbreuk op art. 81, eerste lid, EG ligt immers bij het bestuursorgaan.⁴² In de Mededingingswet is om die reden de waarborg van art. 60, eerste lid, Mw opgenomen, waarin belanghebbenden de gelegenheid krijgen schriftelijk of mondeling hun zienswijze naar voren te brengen en hebben zij, nadat vervolgens door het bestuursorgaan het sanctiebesluit in de zin van art. 62 Mw is genomen, de gelegenheid daartegen bezwaar aan te tekenen (zie tevens paragraaf 4.1.4 van dit Advies). Met de brief van 13 augustus 2004 van de d-g NMa zijn bezwaarden en wellicht andere belanghebbenden niet in de gelegenheid gesteld om zich onder een gelijk niveau van rechtsbescherming uit te laten over de toepasselijkheid en de mogelijke schending van art. 81 EG. Dat geldt te meer nu, zoals bezwaarden terecht betogen, de d-g NMa voor 1 mei 2004 al beschikte over de bevoegdheid om aan art. 81 EG te toetsen zonder daartoe verplicht te zijn (art. 88 Mw). De Adviescommissie is dan ook van oordeel dat niet aan de waarborgen is voldaan die de Mededingingswet en de Awb aan bezwaarden bieden. De Adviescommissie adviseert de d-g NMa het verwijt inzake de schending van art. 81 EG niet aan het besluit op bezwaar ten grondslag te leggen, zonder tegemoet te zijn gekomen aan deze bezwaren.

⁴⁰ Schriftelijke zienswijze, punt 120.

⁴¹ MvT Awb, Kamerstukken II, 21 221, nr. 3, p. 153, Pg Awb I, p. 347.

⁴² Art. 2 Vo. 1/2003.

4.1.6 Gebruik van tijdens de bezwaarfase nagestuurde documenten

50. Bij brief van 3 september 2004 zijn door de *d-g NMa* aan bezwaarden documenten met bijlagen toegestuurd, welke niet eerder voor bezwaarden toegankelijk waren.⁴³

51. *Bezwaarden* verzetten zich tegen de omstandigheid dat de *d-g NMa* eerst bij brief van 3 september 2004 een aantal documenten heeft toegestuurd. Niet afdoende zou zijn gemotiveerd waarom dat niet eerder is gebeurd. Verder kan het besluit volgens *Gazelle* niet op deze stukken worden gebaseerd. De *d-g NMa* dient zich volgens hen eerst over de reikwijdte en de draagkracht van deze documenten uit te laten. Met betrekking tot de ter beschikking gestelde documenten zou tevens het beginsel van de presumpctie van onschuld (art. 6, lid 2 EVRM), alsmede het beginsel van het op de hoogte zijn van de klachten (art. 6, lid 3, sub a, EVRM) zijn geschonden.

Beoordeling

52. De stukken die door de *d-g NMa* met voornoemde brief zijn nagestuurd en welke nog niet eerder aan bezwaarden waren openbaar gemaakt (derhalve alle onderdelen van het dossiernummer behalve de beide krantenartikelen) betreffen geen documenten die onmisbaar zijn voor de vaststelling van de overtredingen, zoals die zijn opgenomen in het besluit. Deze documenten betreffen slechts interpretaties en onderzoeksplannen van de *d-g NMa*, alsmede feitenmateriaal dat niet noodzakelijk is voor de vaststelling van een inbreuk zoals in het besluit is geschied. De klachten zien met name op verticale gedragingen tussen een of meer fietsfabrikanten en zijn/hun afnemer(s), welke geen onderdeel vormen van de door de *d-g NMa* in het besluit verweten gedragingen. De Adviescommissie stelt zich dan ook op het standpunt dat deze bezwaren dienen te worden verworpen.

4.1.7 Toegang tot als vertrouwelijk aangemerkte documenten en tot documenten uit gerelateerde dossiers

53. De *d-g NMa* heeft voorafgaand aan de hoorzittingen naar aanleiding van het rapport de dossiers ter inzage gelegd. Bij brieven van 3, 25 en 28 juli 2003 heeft de *d-g NMa* aan bezwaarden aanvullende stukken toegezonden. *Gazelle* heeft daarop op basis van 60 Mw en art. 2 Wet openbaarheid van bestuur (hierna: Wob) verzocht om inzage in het volledige dossier en daarmee ook in de door de *d-g NMa* als vertrouwelijk aangemerkte documenten, hetgeen is geweigerd. Bij besluiten van 27 oktober 2004 heeft de *d-g NMa* die verzoeken opnieuw afgewezen.⁴⁴ Met betrekking tot het gebruik van informatie uit andere dossiers heeft de *d-g NMa* bij brief van 30 september 2004 aan *Giant* laten weten dat '[g]een rechtsregel [...] er aan in de weg [staat] dat de uit dossier 1550 bekende informatie mede is betrokken bij de interne meningsvorming voorafgaand aan het instellen van een ambtshalve onderzoek. Aangezien alle gegevens waarop het sanctiebesluit is gebaseerd zijn opgenomen in het ter inzage gelegde dossier van de zaak 1615, zie ik geen aanleiding over te gaan tot het verschaffen van inzage in de dossiers van andere zaken.'⁴⁵

⁴³ Document 1615/731-733.

⁴⁴ Besluit op bezwaar, zaak 3795, randnrs. 15 en 16.

⁴⁵ Document, 1615-749.B289.

54. *Bezwaarden* stellen zich op het standpunt dat zij – anders dan de d-g NMa stelt in randnummers 106-107 van het besluit – geen volledige toegang hebben gehad tot het dossier. Dat recht op toegang tot het dossier is volgens bezwaarden gebaseerd op art. 6, eerste lid, en art. 6, derde lid, sub b, EVRM. Uit art. 60, tweede lid, Mw volgt volgens bezwaarden dat zij toegang dienen te krijgen tot het volledige dossier, hetgeen eveneens zou volgen uit de Wob. Daarbij wijzen bezwaarden op het dossier in de voornoemde procedure van Gazelle bij de d-g NMa. Volgens bezwaarden is niet direct vanaf 4 juni 2003 een compleet dossier ter inzage gelegd, maar werden op 3, 25 en 28 juli 2003 aanvullende stukken toegezonden, welke ook niet voor zouden komen op de ter inzage gelegde inventarislijst. Bovendien verzoeken partijen om inzage in gerelateerde dossiers, waarin zich mogelijk ontlastend materiaal bevindt.⁴⁶ Dat geldt met name als door de d-g NMa documenten uit andere dossiers worden geraadpleegd. *Giant* stelt zich in dat verband tevens op het standpunt dat de d-g NMa voor de interne meningsvorming ten onrechte gebruik maakt van door haar in dossier 1550 verplicht aan de d-g NMa verschaft informatie. Gebruik van die informatie zou strijd opleveren met het verbod op gedwongen zelfbeschuldiging.

Beoordeling

55. Naar het oordeel van de Adviescommissie moeten deze bezwaren worden verworpen. In beginsel dienen partijen toegang te hebben tot het gehele dossier behoudens voor zover documenten als vertrouwelijk worden aangemerkt (art. 60, tweede en derde lid, Mw jo art. 3:11, tweede en derde lid, Awb). De Adviescommissie is van oordeel dat het dossier binnen de grenzen van art. 60 Mw voor partijen ter inzage is gelegd. Voor zover stukken zijn nagestuurd op 25 en 28 juli 2003 is de Adviescommissie van oordeel dat zij inderdaad niet gedurende de vereiste tijd voorafgaande aan de hoorzitting aan partijen ter inzage zijn gelegd in de zin van art. 60 Mw. Gezien de inhoud van deze documenten en hun betekenis voor de procedure kan echter niet gesteld worden dat de rechten van de verdediging zijn geschonden in die zin dat deze omstandigheid tot vernietiging van het besluit dient te leiden of anderszins in het besluit dient te worden meegewogen. Zo waren de krantenberichten die aanleiding vormden voor de eerder vermelde bedrijfsbezoeken vanwege hun aard openbaar en is het zeer waarschijnlijk dat bezwaarden daarvan reeds kennis hadden genomen, mede vanwege het feit dat het moment van publicatie van die berichten kort voor het tijdstip waarop de bedrijfsbezoeken plaatsvonden lag.

56. Een beroep op de Wob ter verkrijging van documenten welke niet door de d-g NMa als onderdeel van het dossier ter inzage zijn gelegd kan bezwaarden niet dienen. De Mw heeft een aan de Wob derogerende, uitputtende openbaarmakingsregeling, waardoor een beroep op de Wob reeds afstuit op art. 2 Wob, zoals uiteengezet in het besluit van 27 oktober 2004.⁴⁷ De Adviescommissie is van oordeel dat deze openbaarmakingsregeling zich niet uitstrekt tot documenten uit gerelateerde dossiers. In het besluit in onderhavige

⁴⁶ HvJ EG, arrest van 7 januari 2004, C-204/00P, Aalborg Portland – Cie., punt 68.

⁴⁷ D-g NMa, besluit van 27 oktober 2004, zaak 3795, genomen naar aanleiding van de bezwaren tegen zijn besluit van 6 november 2003, kenmerk 1615/601. Art. 90 Mw bepaalt immers dat gegevens slechts voor de toepassing van de Mw mogen worden gebruikt. Daarenboven bevat de Mw een aantal specifieke openbaarmakingsregelingen, waaronder art. 60, leden 2 en 3, Mw. Zie tevens zaak 123/Mulder, besluit op bezwaar van 14 september 1999.

zaak wordt uitsluitend verwezen naar documenten uit het dossier. Deze documenten dienen het besluit zelfstandig te kunnen dragen.

57. Het bezwaar van Giant met de strekking dat voor de interne meningsvorming geen gebruik mag worden gemaakt van de door haar in het kader van een concentratieprocedure verplicht verschaft informatie kan evenmin slagen. Met de d-g NMa is de Adviescommissie van oordeel dat geen rechtsregel er aan in de weg staat dat uit het betreffende dossier bekende informatie mede is betrokken bij de interne meningsvorming voorafgaand aan het instellen van een ambtshalve onderzoek.

4.1.8 Weigering verplaatsing hoorzitting naar aanleiding van het rapport

58. Bij brief van 22 mei 2003 is door de d-g NMa voor Gazelle de hoorzitting naar aanleiding van het rapport vastgesteld op 12 augustus 2003. Door de d-g NMa is vervolgens geweigerd de hoorzitting te verplaatsen, zoals door Gazelle verzocht. Door Gazelle is daarop een procedure aanhangig gemaakt bij de Nationale ombudsman, welke klachten in een Openbaar Rapport van 27 oktober 2004 zijn beoordeeld.

59. *Gazelle* stelt zich op het standpunt dat de d-g NMa ongemotiveerd heeft geweigerd de hoorzitting te verplaatsen. Daarmee zou de d-g NMa de norm uit art. 6, lid 3, sub b EVRM (voorbereiding van de verdediging) hebben geschonden. *Gazelle* verwijst naar zijn stellingen in het dossier voor de Nationale ombudsman.

Beoordeling

60. De klachten van *Gazelle* zijn door de Nationale ombudsman verworpen, omdat geen sprake was van zodanig uitzonderlijke omstandigheden dat het verzoek om verplaatsing van de hoorzitting door de d-g NMa diende te worden ingewilligd.⁴⁸ De Adviescommissie sluit zich aan bij het oordeel en verwijst voor de onderbouwing naar de pagina's 4 tot en met 6 van het rapport van de Nationale ombudsman.⁴⁹

4.1.9 Overige procedurele en formele bezwaren

61. *Giant* stelt zich op het standpunt dat in strijd met art. 6, tweede lid, EVRM en de memorie van toelichting bij de Mw⁵⁰ door de d-g NMa de onschuldpresumptie is geschonden door op een aantal punten in het besluit als bewezen te veronderstellen wat onvoldoende is komen vast te staan. *Giant* stelt zich tevens op het standpunt dat de d-g NMa op onvoldoende wijze heeft voldaan aan de eisen die worden gesteld aan de onderzoeksplicht (art. 3:2 Awb), de zorgvuldigheid (art. 3:4 Awb) en de motivering (art. 3:46 Awb) ten aanzien van het besluit.

⁴⁸ Rapport nationale ombudsman van 27 oktober 2004, nr. 2004/416.

⁴⁹ Aangehecht aan dit Advies.

⁵⁰ MvT Mw, kamerstukken II, 1995-1996, 24707, p. 87.

Beoordeling

62. De bezwaren die zien op de gestelde bewijsveronderstellingen, alsmede de bezwaren die zien op de onderzoeksplicht, de zorgvuldigheid en de motivering ten aanzien van het besluit worden hierna in het Advies – voor zover opportuun – betrokken bij de beoordeling van de overige punten van bezwaar.

4.2 Vastgestelde feiten

4.2.1 Afbakening van de relevante markt

63. In het besluit concludeert de *d-g NMa* dat de verschillende soorten fietsen als één markt moeten worden beschouwd, die zich uitstrekt over het Nederlandse grondgebied.⁵¹ Volgens de *d-g NMa* kan een gedetailleerde afbakening van de relevante markt achterwege blijven, indien sprake is van gedragingen die ertoe strekken de mededinging te beperken, zoals in het geval van prijsafspraken.⁵² Tevens betekent volgens de *d-g NMa* een marktafbakening die is gehanteerd in een concentratiebesluit van de *d-g NMa* niet dat in andere dan concentratiecontroleprocedures automatisch van dezelfde markt moet worden uitgegaan. Verder hadden de besprekingen van de betrokken ondernemingen betrekking op alle in Nederland te verkopen fietsen. Wat de relevante productmarkt betreft, is er volgens de *d-g NMa* van vaste segmenten geen sprake. Zo bestaat er volgens de *d-g NMa* een overlap in het gebruik van fietsen voor een eventueel te maken categorie-indeling tussen dagelijks gebruik en sportief/recreatief gebruik. Dat leidt niet tot aparte productmarkten. Tevens verkopen de betrokken fietsfabrikanten fietsen uit beide categorieën. Voor de consument speelt naast functionaliteit en prijs ook het merk van de fiets een belangrijke rol. Ook in het licht van mogelijke aanbodsubstitutie dient naar het oordeel van de *d-g NMa* geen onderscheid te worden gemaakt, omdat het productieproces flexibel is en zonder aanzienlijke investeringen van de assemblage van één type fiets op een ander type fiets kan worden overgestapt. De verschillende soorten fietsen dienen dan ook als één markt te worden beschouwd. Ter onderbouwing wijst de *d-g NMa* op onder meer pagina's 11 en 12 van het Decisio-rapport.⁵³

64. Met betrekking tot de relevante geografische markt zouden de afzetkanalen in het buitenland verschillen van die in Nederland en worden meer B- dan A-merken aangeboden. Nederland zou een sterke voorkeur voor A-merken hebben. Daarbij heeft Nederland een goede fietsinfrastructuur en neemt de fiets als vervoermiddel een prominente plaats in. Voor zover bezwaarden het met andere dan de genoemde punten van de sectoromschrijving in het rapport niet eens zouden zijn, is - naar het oordeel van de *d-g NMa* - het onderhavige besluit daarop niet gebaseerd en behoeven deze punten geen nadere bespreking.

65. *Bezwaarden* stellen zich op het standpunt dat de *d-g NMa* in het besluit een onjuiste afbakening van de relevante markt heeft gehanteerd. Zij bestrijden de stelling dat marktafbakeningen in eerdere concentratiebesluiten de *d-g NMa* niet zouden binden. Daarbij verwijzen bezwaarden tevens naar de bekendmaking van de Commissie inzake de

⁵¹ Besluit, randnrs. 47-56.

⁵² Besluit, randnrs. 48 en 173; GvEA, arrest van 6 juli 2000, zaak T-62/98, Volkswagen, punten, 230-231.

⁵³ Marktonderzoeksrapport van 12 februari 2002, prisma nr. 1615/149.

bepaling van de relevante markt.⁵⁴ Aan de afbakeningen die door bezwaarden in de schriftelijke zienswijzen naar aanleiding van het rapport zijn ingebracht, zou ten onrechte geen aandacht besteed zijn.⁵⁵ *Giant* stelt zich daarbij op het standpunt dat de d-g NMa, zoals bevestigd in de Wegener-zaak, ten onrechte ongemotiveerd voorbij is gegaan aan de marktafbakening in het namens haar opgestelde Langman-rapport.⁵⁶

66. Volgens bezwaarden zou uit de concentratiepraktijk, alsmede uit het Decisio-rapport blijken dat er verschillende relevante productmarkten zijn vast te stellen.⁵⁷ De in het besluit gehanteerde argumentatie inzake aanbodssubstitutie kan geen stand houden. Volgens bezwaarden bestaat 'de fiets' in de zin van een homogeen product niet. Er zou sprake zijn van een heterogeen product, onder te verdelen in verschillende segmenten met eigen kenmerken. Daarbij heeft de d-g NMa volgens bezwaarden bij de afbakening ten onrechte geen aandacht besteed aan de factor tijd, te weten de mogelijkheid om op korte termijn tot de markt toe te treden. De concurrentie tussen die verschillende segmenten zou daarbij beperkt zijn, terwijl in sommige segmenten veel concurrentie van derden onder meer uit het buitenland zou bestaan. Effectieve concurrentie bestaat volgens Accell en Gazelle alleen binnen de segmenten op dezelfde prijspunten. *Giant* stelt zich op het standpunt dat zij in de betrokken periode alleen actief was op de internationale markt voor sportieve fietsen en ATB's en niet op de Nederlandse markt voor fietsen voor dagelijks gebruik en kinderfietsen. Deze marktverdeling zou ook volgen uit het Decisio-rapport. Verder is volgens bezwaarden met betrekking tot de afbakening van de geografische markt ten onrechte reeds vooraf bij de vraagstelling ten behoeve van het Decisio-rapport uitgegaan van Nederland. Daarom zou ten onrechte geen nader onderzoek naar internationale concurrentievoorwaarden zijn verricht.

67. Volgens bezwaarden dient ook in geval van een strekkingsbeding een markt zorgvuldig te worden afgebakend. Afbakening is in de eerste plaats relevant voor de vaststelling in hoeverre bezwaarden als concurrenten zijn aan te merken. In onderhavig geval is daarvan geen sprake. De Commissie zou een marktafbakening op deze gronden slechts dan achterwege laten in het geval van homogene producten, waarvan *in casu* geen sprake zou zijn. In de tweede plaats dient de marktafbakening om vast te stellen of sprake is van een oligopolide markt ter beantwoording van de vraag of informatie-uitwisseling schadelijk is. Daarbij geeft een ongewogen gemiddelde van de prijsverhogingen evenmin een correct beeld. In de derde plaats zou het onderzoek naar de merkbaarheid wegens een zwakke positie een nadere afbakening vereisen. In de vierde plaats is de marktafbakening vereist bij de boetetoemeting. Zo zou niet kunnen worden vastgesteld waarop de gedraging precies ziet en derhalve wat de betrokken omzet is. Voor de typering van de ernst van de overtreding - vooral de factoren waarmee de economische context wordt bepaald - zou een correcte marktafbakening van groot belang zijn. Tenslotte stelt de d-g

⁵⁴ Pb. 1997, C 372/5.

⁵⁵ Schriftelijke Zienswijze naar aanleiding van het Rapport van Accell randnrs. 10-20; Gazelle randnrs. 2.19-2.31.

⁵⁶ Rb Rotterdam, uitspraak van 20 september 2000, MEDED 00/573, 874 en 875-SIMO Wegener e.a.; CBB, uitspraak van 5 december 2001, AWB 00/867 en 870, d-g NMa-Wegener.

⁵⁷ Ten aanzien van een conclusie van voldoende heterogeniteit van de producten op de markt voor fietsen, zie besluit van 2 november 1999, zaak 1550 Accell-Sparta, randnr. 31.

NMa bezwaarden bloot aan ongefundeerde schadeclaims.⁵⁸ Het besluit zou met deze afbakening dan ook onzorgvuldig tot stand zijn gekomen.

Beoordeling

68. Zoals blijkt uit paragraaf 4.3.3 strekken de gedragingen van de fietsfabrikanten er toe de mededinging te beperken. In die omstandigheid wordt het mededingingsbeperkende effect aangenomen en is het niet noodzakelijk dat onderzoek wordt verricht naar de feitelijke effecten van de afspraken op de markt. Aan de afbakening van de relevante markt worden dan minder zware eisen gesteld.⁵⁹ Een eventueel gewogen gemiddelde, zoals bezwaarden bepleiten, zou alleen indien sprake is van een gevolgbeperking relevant kunnen zijn voor de bepaling van de effecten van de gedraging. De bezwaren terzake dienen dan ook te worden afgewezen.

69. Uit de bekendmaking van de Commissie volgt dat de afbakening van de relevante markt ten behoeve van het concentratietoezicht tot een ander resultaat kan leiden dan in het geval van een onderzoek naar een kartelafpraak.⁶⁰ In dat verband wijst de Adviescommissie tevens op de uitspraak van het Hof in de zaak *Coca-Cola*⁶¹, waaruit blijkt dat een afbakening uit een eerdere beschikking geen bindende rechtsgevolgen heeft. Deze bezwaren dienen te worden afgewezen.

70. Uit de afbakening blijkt tevens dat de fabrikanten Batavus, Koga, Gazelle en Giant op in ieder geval verschillende marktsegmenten met elkaar concurreren in gebruiksmogelijkheden en op het terrein van aanbodsubstitutie.

71. Uit de toelichting die namens bezwaarden tijdens de hoorzitting is gegeven, alsmede uit het Decisio-rapport en zoals onderkend door de d-g NMa in de schriftelijke zienswijze,⁶² is de Adviescommissie gebleken dat een nadere segmentering van de fietsenmarkt mogelijk is. Deze segmentering kan echter niet afdoen aan de juistheid en toereikendheid van de marktafbakening, zoals die door de d-g NMa in het besluit is gehanteerd. De stelling van bezwaarden dat geen sprake is van producthomogeniteit en daarom een verdergaande afbakening van de markt zou moeten plaatsvinden, gaat ten eerste voorbij aan de voormelde omstandigheid dat er een afbakening is gemaakt waarbij ten minste een gedeeltelijke gebruiks- en aanbodsubstitutie is aangetoond, en gaat ten tweede voorbij aan het karakter van de mededelingen van de fietsfabrikanten te Zwolle, waarbij geen voorbehoud werd gemaakt ten behoeve van een nadere segmentering, zoals blijkt uit het bij Gazelle aangetroffen verslag. Daaruit kan worden afgeleid dat deze ziet op zowel de gehele nationale fietsenmarkt als op de afzonderlijke deelmarkten.

⁵⁸ GvEA, arrest van 11 december 2003, zaak T-61/99, *Adriatica*, punt 31.

⁵⁹ GvEA, arrest van 15 september 1998, zaak T-374, 375, 384 en 388/94, *European Night Services*, randnr. 93-95 en 105; Commissiebeschikking, *Ereloonregeling Belgische Architecten*, reeds aangehaald, randnr. 92 e.v.

⁶⁰ Bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, mededeling van de Commissie van 9 december 1997, Pb. EG. 1997, C 372/5. Zie tevens de schriftelijke toelichting van de NMa punt 40 en de daar aangehaalde rechtspraak.

⁶¹ GvEA, arrest van 22 maart 2000, zaak T-125/97 en T-127/97, *Coca-Cola*, *Jur.* 2000, p. II-1733, o.a. punten 82-87 en 92-93.

⁶² Punt 41.

72. Ook ten behoeve van de vaststelling van de merkbaarheid, de betrokken omzet en de ernst van de overtreding is de Adviescommissie van oordeel dat de afbakening van de relevante markt op een juiste en voldoende zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden, althans is de noodzaak voor een nadere afbakening door bezwaarden onvoldoende geadstrueerd. De bezwaren moeten derhalve worden afgewezen.

4.2.2 Overige vastgestelde feiten

73. Naar het oordeel van de d-g NMa liggen aan de verweten gedragingen de feiten en omstandigheden rond twee bijeenkomsten ten grondslag. De bijeenkomst in Zwolle heeft betrekking op afstemming over de consumentenadviesprijzen en de betalingskortingen van de fabrikanten aan de dealers.⁶³ De bijeenkomst in Vierhouten heeft betrekking op minimale dealervergoedingen van NFP en de maximale kortingen aan NFP.⁶⁴

- Bijeenkomst van 13 juni 2000 te Zwolle

74. De d-g NMa stelt vast dat op 13 juni 2000 een bijeenkomst heeft plaatsgevonden in het Postiljon hotel te Zwolle tussen vertegenwoordigers van Accell, Batavus, Koga, Gazelle en Giant. De d-g NMa stelt tevens vast dat tijdens die bijeenkomst is gesproken over verhoging van de consumentenadviesprijzen voor fietsen voor het seizoen 2001 en over de wijziging van de betalingskortingen voor rijwielhandelaren gedurende (ten minste) de maanden september tot en met december 2000. Aan het besprokene zou tevens deels uitvoering zijn gegeven.⁶⁵

75. Van deze bijeenkomst is bij Gazelle een verslag aangetroffen.⁶⁶ In dat verslag wordt melding gemaakt van concrete voornemens van Batavus, Koga en Giant met betrekking tot een verlaging van de betalingskorting aan dealers (5 % naar 4 %). Eveneens blijkt uit het verslag een voornemen van Accell, Batavus en Koga tot prijsverhoging op kostprijsbasis (concrete percentages, wisselkoers en ingangsdatum). Giant kondigde een behoorlijke verhoging aan. Tevens blijkt uit het verslag, dat door in ieder geval Batavus zou zijn gesproken over de problematiek van de bedrijfsfietsen.

76. Met betrekking tot het fietsseizoen 2001 geeft de d-g NMa aan in hoeverre de afzonderlijke fietsfabrikanten hun gemiddelde fietsprijzen voor het fietsseizoen 2001 hebben verhoogd en/of de betalingskorting voor de maanden september tot en met december 2001 hebben gewijzigd (bedoeld zal zijn 2000).⁶⁷ Batavus en Koga hebben volgens de d-g NMa conform het voornemen uit het verslag de gemiddelde fietsprijzen verhoogd met 12 tot 16 %. Gazelle heeft volgens de d-g NMa de gemiddelde fietsprijs met 5 tot 10 % verhoogd. Giant zou naar eigen zeggen in haar schriftelijke zienswijze de gemiddelde consumentenadviesprijs voor fietsen met 11,9 % hebben verhoogd.⁶⁸

77. Koga en Batavus hebben volgens de d-g NMa de betalingskortingen verlaagd conform het voornemen uit het verslag. Uit het verslag kan niet worden opgemaakt dat

⁶³ Besluit, randnrs. 78-87.

⁶⁴ Besluit, randnrs. 88-102.

⁶⁵ Besluit, randnrs. 78 en 87.

⁶⁶ Besluit, randnr. 79; dossiernr. E.1.1.4.

⁶⁷ Besluit, randnr. 80.

⁶⁸ Besluit randnrs. 80-83.

Gazelle over de wijziging van de betalingskorting heeft gesproken. Gazelle verklaarde verrast te zijn dat hierover tijdens de bijeenkomst werd gesproken en dat daarover nog moest worden nagedacht. Volgens Gazelle zijn de betalingskortingen niet verlaagd. De vertegenwoordiger van Giant heeft - anders dan uit het verslag blijkt - verklaard dat hij tijdens de bijeenkomst stelde niet voornemens te zijn de winterkorting aan te passen. Giant verklaart in haar schriftelijke zienswijze dezelfde winterkorting te hebben gehanteerd als altijd.⁶⁹

- Bijeenkomst van 17 augustus 2000 te Vierhouten

78. De d-g NMa stelt vast dat op 17 augustus 2000 een overleg heeft plaatsgevonden in Vierhouten (Nunspeet) tussen vertegenwoordigers van Batavus, Gazelle en Giant enerzijds en NFP anderzijds.⁷⁰ De d-g NMa stelt tevens vast dat voorafgaand aan deze bespreking een vooroverleg heeft plaatsgehad tussen de vertegenwoordigers van Batavus, Gazelle en Giant.⁷¹ In de agenda van de vertegenwoordiger van Gazelle staat dat deze om 9.00 uur aanwezig zou zijn in Vierhouten. Over die voorafgaande bespreking worden door Batavus, Gazelle en Giant (alsmede door NFP) uiteenlopende verklaringen afgelegd met betrekking tot de vraag of die voorafgaande bespreking ook daadwerkelijk heeft plaatsgehad.⁷²

79. Voorafgaand aan dit (voor)overleg is door Gazelle op 21 juli 2000 een fax verstuurd aan Batavus en Giant, met daarin een voorstel om gezamenlijk een eenduidig standpunt in te nemen ten aanzien van de margevergoedingen die NFP aan de dealer uitbetaalt (25%) en de maximumkorting die door Batavus, Gazelle en Giant aan NFP zou moeten worden verleend (34%).⁷³ Niet is gebleken dat Batavus en/of Giant op de fax hebben gereageerd.

4.2.3 Bezwaren ten aanzien van de overige vastgestelde feiten

80. *Bezwaarden* voeren tegen de door de d-g NMa als feiten gekwalificeerde bevindingen ten aanzien van de Zwolle- en de Vierhouten-gedraging verschillende bezwaren aan.

- Bijeenkomst van 13 juni 2000 te Zwolle

81. *Bezwaarden* benadrukken dat slechts sprake zou zijn van een eenmalige bijeenkomst.

82. *Gazelle* stelt zich op het standpunt dat tijdens deze bijeenkomst eenzijdig de betalingskortingen en prijsverhogingen zouden zijn besproken. Voor het overige zou er sprake zijn van een regulier G-5 overleg, hetgeen zou blijken uit de verklaringen van (Gazelle) en (Giant). De uitnodiging namens (Batavus) ging volgens (Gazelle) ook uit van een regulier overleg. De daadwerkelijk besproken onderwerpen hebben (Gazelle) verbaasd. Door diegene die

⁶⁹ Besluit, randnrs. 84-86.

⁷⁰ Besluit, randnr. 88.

⁷¹ Besluit, randnrs. 89 en 102.

⁷² Besluit, randnrs. 89 en 93-101.

⁷³ Besluit, randnr. 90, dossiernr. E.2.9.

namens Gazelle de bijeenkomst heeft bijgewoond zou ook geen mededeling zijn gedaan over betalingskortingen en prijsverhogingen.

83. *Giant* stelt zich op het standpunt dat, anders dan de d-g NMa in randnummer 169 van het besluit stelt, er tijdens de bijeenkomst in Zwolle niet is gesproken over NFP.

Verslag/aantekeningen

84. *Accell* stelt zich op het standpunt dat de door de d-g NMa genoemde onderwerpen tijdens de bijeenkomst in Zwolle slechts in de marge zijn besproken en dat *Accell* – anders dan uit het document blijkt – in slechts zeer globale bewoordingen de kwestie van de doorberekening van kostenstijgingen (valuta) en de betalingskorting heeft toegelicht.⁷⁴ Bovendien is de inhoud van deze opmerkingen bekend bij de toehoorders en derhalve niet nieuw. Zij voegen niets toe aan andere publicaties. Het document (E.1.1.4) dat door de d-g NMa is aangetroffen bij Gazelle is slechts een intern document van Gazelle en is geen verslag van de bijeenkomst in Zwolle. Het betreft volgens Gazelle een eigen interpretatie van de auteur van de bijeenkomst in Zwolle op basis van eigen kennis van de markt en kan daarom niet aan derden worden tegengeworpen. De d-g NMa heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat enkele van de inhoudelijke overwegingen uit dat document ook door Batavus of Koga zouden zijn geuit.

85. *Giant* stelt zich op het standpunt dat niet uit het Verslag blijkt dat tijdens de bijeenkomst in Zwolle zou zijn gesproken over een gemiddelde prijsstijging voor 2001 ten opzichte van de prijzen per 1 januari 2000 of per 1 september 1999.

Verklaringen

86. *Accell* stelt zich tevens op het standpunt dat de d-g NMa onjuist citeert uit de verklaringen en bewust fragmenten uit de context licht, waardoor opmerkingen en verklaringen worden verdraaid. Tevens gaat de d-g NMa volgens *Accell* in het besluit ten onrechte niet in op ontkrachtende verklaringen van de heer (Accell) en de heer (Batavus), zoals die door *Accell* in haar schriftelijke zienswijze was weergegeven. *Accell* stelt zich verder op het standpunt dat de verklaring van de heer (Accell) met betrekking tot de betalingskorting gelezen moet worden als “er moet een procent af” en niet als “er moet 1 procent af”.

87. *Giant* stelt zich op het standpunt dat de heer (Giant) niets met de informatie heeft gedaan die hij tijdens de bijeenkomst in Zwolle heeft gehoord. Ook is hij niet bevoegd zelfstandig de consumentenadviesprijzen te wijzigen.

De feitelijke verhoging van de consumentenadviesprijzen

88. *Accell* stelt zich verder op het standpunt dat de door de d-g NMa vastgestelde uitvoering van de aangekondigde prijsverhoging niet is aangetoond. De bevindingen van de d-g NMa uit de notitie stemmen volgens *Accell* niet overeen met de inhoud ervan. Zo wordt niet gesproken over prijsverhoging, maar over een “prijsverhoging op kostprijsbasis”. Het document vermeldt evenmin iets over “gemiddelde fietsprijzen”.

⁷⁴ Document 1615/225.

Voor de vaststelling dat aan het voornemen tot prijsverhoging uitvoering is gegeven ontbreekt volgens Accell de feitelijke onderbouwing en motivering. De grafiek III, waarop deze stelling (randnummers 81 en 82 van het Besluit) is gebaseerd en waarnaar alleen het rapport (randnummer 65) verwijst, is volgens Accell om een aantal redenen nietszeggend. i) Ten eerste blijkt de wijze van verwerking van de gegevens uit de seizoensbrochures 1998-2001 niet uit de grafiek. ii) en v)-vii) ten tweede is ten onrechte gebruik gemaakt van ongewogen gemiddelden (verschillende prijsverhoging per fietstype/model, aantal verkochte exemplaren per fietstype, *upgrading* van een model, invloeden psychologische prijszetting, alsmede de BTW-aanpassing per 2001). iii) In de derde plaats zouden niet de juiste periodes zijn vergeleken. Volgens Accell had rekening moeten worden gehouden met (en moeten worden vergeleken aan de hand van) de tussentijdse tarievenverhoging op 1 januari 2000. iv) Tenslotte zou uit de grafiek zelf blijken dat de totale verhoging net boven de 10 % ligt en niet tussen de 12 % en 16 %.

89. Ook *Gazelle* stelt zich op het standpunt dat de genoemde gemiddelden niet als zodanig kunnen worden gehanteerd, omdat zij niet gewogen zijn (type fiets, meerdere prijsverhogingen per jaar). Het besluit is op dat punt volgens *Gazelle* ook onvoldoende gemotiveerd. Bovendien geeft ook een gemiddelde maar beperkte informatie. Alleen individuele prijzen zijn relevant.

90. *Giant* stelt zich op het standpunt dat in de fietsenbranche geen sprake is van jaarlijkse verhoging van de consumentenadviesprijzen. Volgens *Giant* is sprake van jaarlijks nieuwe collecties met bijbehorende prijzen. Die prijzen zijn gebaseerd op aanpassingen in de collectie ten aanzien van kwaliteitsverbeteringen, aanpassing van het assortiment en 'zuivere prijsverhogingen'. De vergelijking van gemiddelden van opvolgende collecties is nietszeggend. Ook de vergelijking op basis van de naam van een fiets(collectie) is volgens *Giant* nietszeggend. De verschillen in prijzen in het tijdvak 1999-2001 worden dan ook door de d-g NMa in het rapport (grafiek III) en in het besluit ten onrechte als prijsverhogingen gepresenteerd. Tenslotte stelt *Giant* zich op het standpunt dat de verkeerde prijzen door de d-g NMa zijn vergeleken. Volgens *Giant* dienen de prijzen per 1 september 2000 niet te worden vergeleken met de prijzen per 1 september 1999, maar met de prijzen die per 1 januari 2000 zijn gaan gelden. Ook volgens *Giant* heeft de d-g NMa verder onvoldoende bewezen dat 'deels uitvoering is gegeven aan het besprokene'. *Giant* stelt zich op het standpunt dat uit het besluit niet blijkt wat precies met een percentage tussen 12 en 16 procent stijgt, de kosten of de consumentenadviesprijzen. Door de d-g NMa is niet aangetoond i) of er prijsverhogingen op kostprijsbasis waren, ii) of de kostenstijgingen zijn vermeden door de specificaties aan te passen en iii) of de marges zijn aangepast om de kostenstijgingen te absorberen. Volgens *Giant* stonden haar consumentenadviesprijzen voor de collectie 2001 al voor de bijeenkomst in Zwolle op 13 juni 2000 vast (namelijk per maart/mei 2000). De consumentenadviesprijzen zouden evenmin voor het gehele seizoen 2001 hebben kunnen gelden, omdat de prijzen alweer per 1 januari 2001 zelfstandig zijn aangepast.

- Bijeenkomst van 17 augustus 2000 te Vierhouten

91. *Accell* stelt zich op het standpunt dat alleen Batavus en niet ook Koga aanwezig was bij de bijeenkomst in Vierhouten. Er is daar alleen gesproken over klachten van rijwielhandelaren over marges van rijwielhandelaren bij de verkoop van fietsen. *Accell*

betwist de stelling van de d-g NMa dat tijdens het vooroverleg of de bespreking zou zijn gesproken over een maximale korting voor NFP. Batavus zou daarvoor te laat zijn geweest en de bijeenkomst te kort.

92. *Gazelle* stelt zich op het standpunt dat de bespreking tussen Batavus, *Gazelle*, *Giant* en NFP slechts enkele minuten heeft geduurd en er tijdens dat gesprek geen maximumkortingen of dealervergoedingen aan de orde zijn geweest. Aan de orde is slechts geweest dat de dealervergoeding van NFP aanleiding gaf tot klachten met het verzoek dit te heroverwegen. *Gazelle* stelt zich op het standpunt dat hetgeen

(*Gazelle*) heeft verklaard meer omvat dan wat is aangehaald in het besluit in de randnummers 95 en 96. Uit deze verklaring zou blijken dat in het vooroverleg, voor zover dit zou hebben plaatsgevonden met *Giant*, in ieder geval inhoudelijk niets aan de orde is geweest. De d-g NMa zou anderszins niet hebben aangetoond. Het resumé dat Batavus naar eigen zeggen van *Gazelle* heeft gehad wordt door *Gazelle* ontkend. In ieder geval zou niets inhoudelijks zijn samengevat. Volgens *Gazelle* is zij niet de initiator is geweest tot de bijeenkomst in Vierhouten. Dat valt niet af te leiden uit de fax van *Gazelle* van 21 juli 2000. Ook zou *Gazelle* niet op de misleidende uitnodiging van Batavus zijn ingegaan om de stekker er bij NFP uit te halen.

93. *Giant* stelt zich op het standpunt dat de weergave van de feiten in het rapport en het besluit op onderdelen selectief en onjuist was. Volgens *Giant* valt – anders dan de d-g NMa in het besluit in randnummer 169 uit de feiten meent te kunnen afleiden – uit het verslag van de bijeenkomst van Zwolle niet op te maken dat op 17 augustus 2000 ten aanzien van NFP zou worden gesproken over een maximumkorting. Dat zou te meer blijken uit de correspondentie tussen NFP en *Gazelle* die aan de in het besluit genoemde fax van *Gazelle* d.d. 21 juli 2000 vooraf is gegaan. De afspraak voor 17 augustus 2000 zou pas vlak voor of op 21 juli 2000 zijn gemaakt. *Giant* stelt zich tevens op het standpunt dat de fax van 21 juli 2000 van *Gazelle* een feitelijke onjuistheid bevat, omdat de kortingsmarges niet gelijk waren (34%), maar verschilden. Die zouden tussen NFP en de fabrikanten individueel zijn uitonderhandeld. Batavus en *Gazelle* zouden elkaar op 13 juni 2000 buiten de aanwezigheid van *Giant* hebben gesproken. Verder is er geen verband tussen de bijeenkomst van 13 juni 2000 in Zwolle en NFP. *Giant* stelt zich op het standpunt dat NFP (samen met *Gazelle*) de motor is geweest achter de bijeenkomst van 17 augustus 2000 in Vierhouten. Dat zou blijken uit de verklaringen van

(NFP). *Gazelle* zou met zijn fax van 21 juli 2000 niet de steun van Batavus en *Giant* hebben gezocht. Met de fax van 21 juli 2000 zou *Gazelle* slechts hebben aangegeven welke eisen zij aan NFP zou stellen en nodigde zij Batavus en *Giant* uit hun mening te geven, hetgeen niet is gebeurd. Volgens *Giant* is tijdens de bijeenkomst in Vierhouten met NFP uitsluitend gesproken over de klachten van de dealers. Er zou daar geen vooroverleg zijn geweest over een minimummarge van de rijwielhandelaren of een maximummarge aan NFP. Volgens *Giant* zou de daarvan afwijkende verklaring van de heer (Batavus) op zichzelf staan en zou daaraan met betrekking tot het vooroverleg geen betekenis kunnen worden toegekend. Volgens *Giant* kan uit deze feiten dan ook geen overleg of afstemming tussen de fietsfabrikanten worden afgeleid.

4.2.4 Beoordeling van de bezwaren ten aanzien van de overige vastgestelde feiten

94. Veel van de bezwaren van Accell, Gazelle en Giant ten aanzien van de feiten zien op de wijze waarop de d-g NMa in het besluit de aanwijzingen en omstandigheden interpreteert en daaruit bepaalde feiten afleidt.

95. In dat verband wijst de Adviescommissie er op dat het besluit van de d-g NMa dient te berusten op een deugdelijke motivering (art. 3:46 Awb), zowel ten aanzien van de feiten als ten aanzien van de juridische kwalificatie. Daartoe is het noodzakelijk om de handelingen van partijen zo objectief mogelijk vast te stellen en te beoordelen. Daarbij geldt evenwel dat gedragingen die de mededinging verstoren doorgaans clandestien worden verricht met een beperkte documentatie. Ten bewijze van een inbreukgedraging worden doorgaans weinig stukken ontdekt waaruit de inbreukgedraging met zoveel woorden blijkt. Vaak dienen bepaalde details via deductie te worden gereconstrueerd. In de meeste gevallen moet het bestaan van een mededingingsversturende gedraging of overeenkomst derhalve worden afgeleid uit een samenloop van omstandigheden en aanwijzingen, die in hun totaliteit beschouwd bij gebreke van een andere coherente verklaring, het bewijs kunnen leveren dat de mededingingsregels zijn geschonden.⁷⁵ Deze deductieve bewijsvoering behoeft in ieder geval een logische, complete en sluitende redenering.

96. De beoordeling door de Adviescommissie van de bezwaren tegen de juridische kwalificatie van de feiten vindt plaats in paragraaf 4.3. Hierna worden allereerst de bezwaren ten aanzien van de feiten beoordeeld.

- Bijeenkomst van 13 juni 2000 te Zwolle

97. De Adviescommissie is van oordeel dat de d-g NMa voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat tijdens de bijeenkomst van Accell, Batavus, Koga, Gazelle en Giant op 13 juni 2000 in Zwolle is gesproken over betalingskortingen en de verhoging van consumentenadviesprijzen voor het fietsseizoen 2001, alsmede over de margeproblemen met NFP. De Adviescommissie baseert dat oordeel op de door de d-g NMa aangevoerde bewijsmiddelen: i) het document dat bij Gazelle werd aangetroffen met passages over hetgeen is besproken tijdens de Zwolle-bijeenkomst, ii) de daadwerkelijke verhogingen van de consumentenadviesprijzen door ieder van de fietsfabrikanten, iii) de daadwerkelijke verlaging van de betalingskortingen door Batavus en Koga, het ongewijzigde percentage van Gazelle, en iv) de verklaringen van betrokkenen.⁷⁶ De feitelijke gedragingen zijn conform de uitlatingen in Zwolle en tonen aan dat bezwaarden de gedragslijn hebben gevolgd, zoals die blijkt uit het verslag van het overleg.

98. Vast moet worden gesteld dat met name het document dat is aangetroffen bij Gazelle, zoals dat is aangevuld met en kan worden afgezet tegen de verklaringen van betrokkenen, van belang is voor de bewijsvoering. Enkele van de verklaringen ondersteunen op onderdelen de aantekeningen in het memo. Andere verklaringen weerspreken de inhoud van dat document. Ten aanzien van de stelling van bezwaarden

⁷⁵ HvJ EG, arrest van 7 januari 2004, gev. zaken C-204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-217/00P en C-219/00P, Cement, nng, punten 55-57.

⁷⁶ Deze documenten en verklaringen worden genoemd in randnrs. 78-87 van het besluit.

dat bepaalde ontlastende verklaringen onvoldoende zouden zijn meegewogen, stelt de Adviescommissie vast dat in het bestuursrecht een vrije bewijsleer geldt. In dat verband dient evenwel bijzondere aandacht te worden besteed aan verklaringen die een andersluidend oordeel zouden rechtvaardigen. De Adviescommissie merkt hierover echter op dat een ontlastende verklaring niet noodzakelijkerwijs dezelfde bewijskracht heeft als een schriftelijk bewijsstuk, indien de verklaring door betrokkene zelf wordt gegeven. Deze ontlastende verklaring dient derhalve te worden beoordeeld in het licht van het totale bewijs. Het is de Adviescommissie niet gebleken dat de d-g NMa daarbij onzorgvuldig te werk is gegaan.

99. De Adviescommissie acht de bezwaren die namens Accell, Gazelle en Giant zijn aangevoerd tegen de interpretatie van het memo en de verklaringen daaromtrent van betrokkenen niet overtuigend. Dat het memo geen formele verslaglegging vormt van de besprekingen, is geen reden om aan de feitelijke inhoud van het document te twijfelen. Zelfs indien moet worden aangenomen dat geen sprake is van een formeel verslag is het niet aannemelijk dat hetgeen tijdens die bijeenkomst is uitgesproken, zou afwijken van hetgeen is opgeschreven in het document. Dat de opsteller van het document daarbij mogelijk aanvullende conclusies heeft verbonden aan de informatie en dat hij over eigen diepgaande kennis van de markt zou beschikken, staat niet in de weg aan de vaststelling dat er concurrentiegevoelige informatie is medegedeeld. Het door bezwaarden aangevoerde eenmalige karakter van de bijeenkomst in Zwolle kan niet afdoen aan de omstandigheid dat die bijeenkomst wel heeft plaatsgevonden. Ook de bewoordingen waarin dit is geschied en de mogelijke voorafgaande bekendheid van de toehoorders met de inhoud van de verklaringen kan niet afdoen aan de vaststelling dat er tijdens deze bijeenkomst over consumentenadviesprijzen en betalingskortingen is gesproken.

100. De omstandigheid dat er meerdere berekeningswijzen mogelijk zijn om de hoogte van de daadwerkelijke prijsverhogingen te bepalen en aan te relateren, is niet relevant voor de vaststelling dat er een verhoging van de consumentenadviesprijzen heeft plaatsgehad in de richting en in de orde van grootte die enkele van de partijen hebben gemeld tijdens de Zwolle bijeenkomst, zoals valt af te leiden uit het memo dat bij Gazelle is aangetroffen. Dat er een verhoging van de consumentenadviesprijzen heeft plaatsgehad, wordt door bezwaarden ook niet ontkend. Dat een deel van de verhoging zou kunnen worden gerechtvaardigd door hogere wisselkoersen en het gebruik van duurdere onderdelen, zoals Giant stelt, doet er niet aan af dat de consumentenadviesprijzen voor fietsen voor het seizoen 2001 gemiddeld in absolute waarde zijn gestegen. De Adviescommissie volgt de d-g NMa verder in zijn toelichting, waarin deze stelt dat het gemiddelde een goede globale maatstaf vormt.⁷⁷ Uiteindelijk telt niet het financiële resultaat per fiets, maar is van belang of over het gehele assortiment de prijsstijgingen voldoende zijn om de marges te handhaven. De vaststelling dat bij afwezigheid van afspraken mogelijk ook een prijsverhoging zou hebben plaatsgehad doet aan voornoemde vaststelling niet af. De stelling van Giant dat de d-g NMa in onvoldoende mate zou hebben aangetoond dat partijen 'deels uitvoering hebben gegeven aan het besprokene' kan om voorgaande redenen niet worden gevolgd. Tenslotte staat de omstandigheid dat Giant reeds voor de bijeenkomst in Zwolle haar consumentenadviesprijzen zou hebben

⁷⁷ Schriftelijke zienswijze d-g NMa, punt 62-64.

vastgesteld niet in de weg aan de vaststelling dat Giant heeft deelgenomen aan een bijeenkomst waar de voornoemde informatie is medegedeeld.

101. De stelling van Giant dat tijdens de bijeenkomst in Zwolle niet over NFP is gesproken, doet in dit verband niet langer ter zake, omdat Giant de fax van Gazelle van 21 juli 2000 heeft ontvangen en tevens aanwezig was bij de bijeenkomst in Vierhouten.

102. De bezwaren met betrekking tot de vaststelling van de feiten omtrent de Zwolle-bijeenkomst moeten dan ook worden verworpen.

- Bijeenkomst van 17 augustus 2000 te Vierhouten

103. De Adviescommissie is van oordeel dat de d-g NMa voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat het door bezwaarden ontkende vooroverleg wel degelijk heeft plaatsgevonden en dat tijdens dat vooroverleg gesproken is over de maximale korting aan NFP en de minimale marge voor de rijwielhandelaren. Ook het overleg tussen de fietsfabrikanten en NFP kan worden beschouwd te hebben plaatsgevonden, al werd het na enkele minuten afgebroken, nadat briefpapier van de NMa zichtbaar werd. Dit overleg vormde het begin van uitvoering van het resultaat van het overleg dat tevoren tussen de fietsfabrikanten had plaatsgevonden. De Adviescommissie baseert dat oordeel op de door de d-g NMa aangevoerde bewijsmiddelen: i) de passage in de memo naar aanleiding van de Zwolle-bijeenkomst, ii) de fax die door Gazelle aan Giant en Batavus is verstuurd en (iii) de daaropvolgende aanwezigheid van deze partijen in Vierhouten, alsmede op de bewijzen voor het vooroverleg: het tijdstip in de agenda van Gazelle, de verklaringen van Batavus die stelt een resumé te hebben ontvangen van Gazelle en de overige verklaringen van betrokkenen, waaronder de verklaring van de directeur van NFP en de heer

(Batavus).⁷⁸ De Adviescommissie wenst daarbij te benadrukken dat de afstemming tijdens het vooroverleg niet noodzakelijkerwijs is beperkt geweest tot de bijeenkomst in Vierhouten. Uit het memo naar aanleiding van de Zwolle-bijeenkomst valt immers af te leiden dat Batavus en Gazelle reeds tijdens die bijeenkomst in contact waren getreden over een mogelijk gezamenlijke actie jegens NFP. De uitleg die Giant geeft aan de bedoeling van Gazelle met de fax van 21 juli 2000 is niet aannemelijk in het licht van de aanwezigheid van Giant en Batavus in Vierhouten zonder dat Giant een alternatieve bewijsvoering aanvoert. Indien Giant niet akkoord was geweest met de inhoud van de fax had het op haar weg gelegen daarop te reageren en die reactie hier in te brengen.

104. Ondanks het feit dat de bijeenkomst met NFP uiteindelijk slechts kort heeft geduurd, omdat het logo van de NMa zichtbaar werd, acht de Adviescommissie bewezen dat door deelname aan het gesprek uitvoering is gegeven aan het voorbesprokene. Het gesprek werd pas beëindigd door een niet voorziene omstandigheid. Het bezwaar van Gazelle dat zij niet de initiator is geweest, behoeft geen behandeling, omdat het in het besluit niet nader aan de orde wordt gesteld, evenmin als het verweer van Giant dat het initiatief met name bij Gazelle en Batavus lag.

105. De bezwaren met betrekking tot de vaststelling van de feiten van de Vierhouten-bijeenkomst dienen dan ook van de hand te worden gewezen.

⁷⁸ Deze documenten en verklaringen worden genoemd in randnrs. 79 en 88-102 van het besluit.

4.3 Juridische kwalificatie van de feiten

4.3.1 Onderneming

106. Niet ter discussie staat dat Koga, Batavus, Accell, Gazelle en Giant als ondernemingen in de zin van art. 6, eerste lid, Mw, jo art. 1, sub g, Mw, jo art. 81, eerste lid, EG dienen te worden beschouwd.⁷⁹ In de navolgende overwegingen wordt dan ook van die omstandigheid uitgegaan.

4.3.2 Overeenkomst / onderling afgestemde feitelijke gedraging

107. In paragraaf 4.3.2.1 worden de bezwaren tegen de door de d-g NMa in het besluit gehanteerde omschrijving van de verweten gedragingen beoordeeld. Bezwaarden verzetten zich tegen de kwalificatie van de feiten als overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging (par. 4.3.2.2). De beoordeling van deze bezwaren volgt in paragraaf 4.3.2.3.

4.3.2.1 Omschrijving van de verweten gedragingen

108. In het besluit verwijt de *d-g NMa* de ondernemingen Koga, Batavus, Gazelle en Giant art. 6, eerste lid, Mw te hebben overtreden '[...] door met elkaar overeenkomsten te sluiten dan wel hun feitelijke gedragingen onderling af te stemmen met betrekking tot het prijsbeleid voor het fietsseizoen 2001 [...]'.⁸⁰ Ten eerste zijn afspraken gemaakt tussen Batavus, Koga, Gazelle en Giant welke zien op (i) de verhoging van consumentenadviesprijzen en (ii) de betalingskortingen gedurende één jaar, welke periode samenvalt met het fietsseizoen 2001. Ten tweede zijn afspraken gemaakt tussen Batavus, Gazelle en Giant welke zien op (iii) de maximumkorting van fietsfabrikanten ten aanzien van NFP en (iv) de (minimale) margevergoeding die NFP aan de rijwielhandelaren dient te verlenen, gedurende één jaar welke periode samenvalt met het fietsseizoen 2001.

109. *Bezwaarden* stellen zich op het standpunt dat niet helder is wat nu de verweten gedragingen zijn. Er is volgens hen geen duidelijke 'delictsomschrijving'. Zo kan aan de ene kant uit de door de d-g NMa gekozen formulering worden afgeleid, dat er sprake zou zijn van een overeenkomst of van een onderling afgestemde feitelijke gedraging. Aan de andere kant zou de fietsfabrikanten in randnummers 154 en 164 van het besluit worden verweten dat er contact is geweest tussen concurrenten strekkende tot wederzijdse onthulling van voorgenomen marktgedrag en beïnvloeding van elkaars marktgedrag. Voor de beide omschrijvingen zouden verschillende samenstellende delen zijn vereist en zij zouden ook tot verschillende consequenties in de bestrafing leiden. De d-g NMa zou daarom een meer welbepaalde delictsomschrijving dienen te hanteren. De d-g NMa kan volgens bezwaarden in de tweede plaats niet volstaan met de stelling dat sprake is van een overeenkomst dan wel een onderling afgestemde feitelijke gedraging.⁸¹ Inbreuken dienen volgens hen concreet te worden omschreven.

⁷⁹ Besluit, randnr. 127.

⁸⁰ Besluit, randnrs. 196-198.

⁸¹ Besluit, randnrs. 150, 154, 160, 170 en 173.

Beoordeling

110. Deze bezwaren moeten worden verworpen. De omschrijving van de verweten gedragingen is voldoende helder. Het contact tussen concurrenten, zoals dat heeft plaatsgevonden tijdens en rond de beide bijeenkomsten in Zwolle en Vierhouten, strekkende tot onthulling van wederzijds marktgedrag en tot beïnvloeding van elkaars marktgedrag, vormt onderdeel van de overtredingen die aan partijen worden verweten, te weten het sluiten van overeenkomsten dan wel onderling afstemmen van feitelijke gedragingen.

111. Anders dan bezwaarden stellen, is de kwalificatie van de d-g NMa dat bezwaarden betrokken waren bij een overeenkomst dan wel een onderling afgestemde feitelijke gedraging niet onmogelijk binnen het mededingingsrecht. In dat verband wijst de Adviescommissie op enkele van de argumenten van het Hof van Justitie uit het arrest *Anic Partecipazioni*.⁸² Het Hof merkt daar op dat de begrippen overeenkomst en onderling afgestemde feitelijke gedraging ten dele verschillende bestanddelen hebben, doch elkaar niet uitsluiten. Beide begrippen omvatten immers in subjectief opzicht samenspanningsvormen met hetzelfde karakter en verschillen enkel in de intensiteit en in de vorm waarin zij zich manifesteren. Het is dan ook niet noodzakelijk dat elk van de vastgestelde gedragingen als overeenkomst of als onderling afgestemde feitelijke gedraging wordt gekwalificeerd. Er wordt, zoals het Hof stelt, geen nieuwe inbreukvorm gecreëerd, maar slechts aanvaard dat, indien een inbreuk uit verschillende gedragsvormen bestaat, deze weliswaar aan verschillende definities kunnen voldoen, maar dat zij alle niettemin onder dezelfde bepaling vallen en alle in gelijke mate verboden zijn. Ook voor de bewijsvoering heeft een dergelijke uitleg volgens het Hof geen onaanvaardbare consequenties, omdat – enerzijds – de Commissie nog steeds voor iedere gedraging moet kunnen aantonen dat deze als overeenkomst of als onderling afgestemde feitelijke gedraging onder het verbod van art. 6, eerste lid, Mw of art 81, eerste lid, EG valt en – anderzijds – ondernemingen voor ieder van de gedragingen de kwalificaties kunnen betwisten, omdat niet aan de bestanddelen daarvan zou zijn voldaan. Dat – anders dan in de voorliggende zaak het geval is – in de feiten die aan het arrest *Anic Partecipazioni* ten grondslag lagen, sprake was van een groot aantal afzonderlijke deelafspraken en bijeenkomsten doet aan dit principiële uitgangspunt niet af.⁸³

112. In het vervolg van dit Advies wordt vastgesteld of de d-g NMa aan deze voorwaarde heeft voldaan of dat bezwaarden het tegendeel hebben weten aan te tonen.

4.3.2.2 Bezwaren tegen de kwalificatie van de feiten

- Consumentenadviesprijzen en betalingskorting

113. *Accell* stelt zich op het standpunt dat van overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen geen sprake is. De opmerkingen die (*Gazelle*) heeft gemaakt, duiden daar niet op. De reacties van *Giant* en *Gazelle* en feit dat die beide fietsfabrikanten geen wijziging hebben doorgevoerd, zouden dat onderstrepen.

⁸² HvJ EG, arrest van 8 juli 1999, zaak C-49/92P, *Anic Partecipazioni* (Polypropyleen), Jur. 1999, p. I-4125, punt 109 e.v., met name argumenten 1 (109-111), 2 (112-114), 4 (130-132), 5 (133) en 6 (134-136).

⁸³ In gelijke zin d-g NMa, besluit van 30 december 2002, zaak 2658/Mobiele Operators en het besluit op bezwaar van 27 september 2004.

De voor een overeenkomst vereiste gemeenschappelijke wilsovereenstemming zou niet zijn aangetoond.

114. *Accell* stelt zich verder op het standpunt dat ook de vereisten voor een onderling afgestemde feitelijke gedraging, te weten afstemming, feitelijk gedrag en causaal verband daartussen, niet zijn aangetoond. Volgens *Accell* concludeert de d-g NMa in het besluit slechts tot afstemming en komen ten onrechte het vereiste marktgedrag en causale verband niet meer aan de orde. De door de d-g NMa aangehaalde Europese jurisprudentie zou – met name wegens verschil in omstandigheden – niet van toepassing zijn op de onderhavige casusposities. *In concreto* zou het in die rechtspraak steeds om complexe kartels gaan waarbij partijen gedurende meerdere jaren geregeld - althans veel vaker dan één keer - bij elkaar kwamen en daar zeer gedetailleerde prijsinformatie uitwisselden voor veelal zeer homogene producten. Het zou in onderhavige zaak slechts een eenmalige bijeenkomst betreffen, waarin één partij een eenzijdige mededeling heeft gedaan. De inhoud daarvan zou vaag zijn en niet bedrijfsvertrouwelijk. Daarbij zou ook sprake zijn van een heterogene markt en zou bovendien op de mededeling geen overeenstemming, coördinatie, noch parallel gedrag zijn gevolgd. De feiten in de aangehaalde Europese rechtspraak verschillen volgens *Accell* dan ook ten minste ten aanzien van (I) het aantal overeenkomsten, (II) de periode waarover de bijeenkomsten zich uitstrekken, (III) het type product, en (IV) de gedetailleerdheid van de uitgewisselde informatie. De d-g NMa zou hier dan ook ten onrechte omkering van de bewijslast hanteren.

115. Volgens *Accell* zijn op basis van empirisch onderzoek de concrete economische gevolgen beperkt gebleven, zodat de overeenkomst en de onderling afgestemde feitelijke gedraging niet zijn bewezen. Tenslotte tonen volgens *Accell* wetenschappelijke inzichten in de theoretische en experimentele economische literatuur (speltheorie), met betrekking tot eenzijdige mededelingen en mondelinge afspraken, aan dat de mededinging met de onderhavige gedragingen niet wordt beperkt.

116. *Gazelle* stelt zich op het standpunt, dat er geen gezamenlijke wil is die de conclusie rechtvaardigt dat sprake is van een overeenkomst. Er zou met betrekking tot de consumentenadviesprijzen slechts een abstracte en zuiver eenzijdige mededeling zijn gedaan over de individuele wil om vanwege exogene factoren als de koersstijging van Dollar en Yen de gestegen kostprijzen door te berekenen. De stijging per 1 januari 2001 zou te maken hebben met de verhoging van de BTW. Over concrete consumentenadviesprijzen zou geen mededeling gedaan zijn, zonder welke informatie het onmogelijk zou zijn om prijsbeleid af te stemmen. Er zou evenmin een gesprek hebben plaatsgehad. De ontvanger van de informatie heeft niets aan abstracte mededelingen de gestegen kostprijzen in de consumentenadviesprijzen te verdisconteren.⁸⁴ Er zouden daarmee onvoldoende ernstige, nauwkeurige en overeenstemmende aanwijzingen zijn.⁸⁵ Uit het nadien getoonde marktgedrag met betrekking tot de consumentenadviesprijzen zou blijken dat ieder van de partijen per 1 januari 2001 de prijzen zelfstandig heeft gewijzigd en dat er geen wilsovereenstemming was. Volgens *Gazelle* moet daarbij steeds rekening worden gehouden met de psychologische prijszettingen. *Gazelle* concludeert dat steeds per type fiets individueel is gekozen om de kostenstijgingen door te berekenen. In

⁸⁴ Zie tevens M.R. Mok, *Kartelrecht I*, (vijfde herziene druk) Deventer 2004.

⁸⁵ HvJ EG, arrest van 8 juli 1999, zaak C-199/92P, Hüls vs. Commissie, punt 139.

de overgrote meerderheid van de gevallen is er volgens Gazelle echter voor gekozen deze stijging niet volledig door te berekenen. Uit de gehanteerde betalingskortingen zou evenzeer blijken dat Gazelle en Giant hun percentages niet hebben aangepast en hun gedrag derhalve individueel hebben bepaald.

117. *Gazelle* stelt zich op het standpunt dat een onderling afgestemde feitelijke gedraging niet is aangetoond. De d-g NMa zou namelijk anders dan de *PVC II*-arresten voorschrijven geen specifiek onderzoek hebben verricht naar gelijklopend marktgedrag en dat derhalve ook niet hebben weten aan te tonen.⁸⁶ Hij zou ook geen stukken kunnen overleggen waaruit blijkt dat de praktijken het resultaat waren van onderlinge afstemming. De bij *Gazelle* gevonden memo zou niet volstaan en de conclusie zou louter op speculatie berusten. De d-g NMa zou daarmee niet aan zijn bewijslast hebben voldaan en vervolgens ten onrechte bezwaarden het tegendeel laten aantonen. Verder zou van welbewuste coördinatie in de zin van een onderling afgestemde feitelijke gedraging geen sprake zijn. Voor die kwalificatie zou de (langere) duur van de gedragingen een onlosmakelijk en bepalend gegeven zijn.⁸⁷ De onderhavige overeenkomst zou echter slechts een eenmalige zijn geweest. Ook zouden volgens *Gazelle* eenzijdige mededelingen geen bewijs opleveren voor coördinatie en feitelijke samenwerking.⁸⁸ In die zin zouden de verklaringen van Accell/Batavus/Koga volgens *Gazelle* niet zijn afgelegd in het kader van een samenwerking tussen ondernemingen. De d-g NMa zou de bewijslast in randnummer 156 van het besluit ten onrechte omkeren. Uit de uiteenlopende percentages van de prijsverhogingen zou juist blijken dat er geen mededingingsbeperkend gedrag heeft plaatsgehad.

118. *Gazelle* stelt zich tevens op het standpunt dat niet is voldaan aan de voorwaarden die de rechtspraak stelt met betrekking tot het verwijt dat er niet zelfstandig zou zijn geopereerd op de markt. Weliswaar zou er contact zijn geweest, maar door *Gazelle* zou niet zijn gesproken over voorgenomen gedrag en de consumentenadviesprijzen zouden voor het nieuwe fietsseizoen zelfstandig zijn vastgesteld. Het tot uitdrukking brengen van een unilateraal voornemen heeft volgens *Gazelle* niet tot doel mededingingsvoorwaarden te doen ontstaan die, gelet op de aard van de producten of verleende diensten, de grootte en het aantal van de ondernemingen en de omvang van de relevante markt, niet met normaal te achten voorwaarden van die markt overeenkomen. Het zou daarentegen de noodzaak reflecteren tot aanpassing aan door exogene factoren gestegen kostprijzen. De mededingingsvoorwaarden als zodanig zouden door een dergelijke aanpassing niet veranderen.

119. Dat *Gazelle* zich tenslotte niet zou hebben gedistantieerd van de inhoud van de bijeenkomst kan volgens haar geen doel treffen, omdat de bijeenkomst niet tot enig concreet resultaat zou hebben geleid. Bovendien ziet *Gazelle* niet hoe zij zich van mededelingen van anderen kan distantiëren. Zij heeft die informatie reeds gehoord. De distantiëring zou volgens *Gazelle* blijken uit het feit dat er geen gedragswijziging heeft

⁸⁶ GvEA, arrest van 20 april 1999, gev. zaken T-305-307, 313-316, 318, 325, 328, 329 en 335/94, PVC II, Jur. 1999, p. II-303, punten 728-729.

⁸⁷ GvEA, PVC II, reeds aangehaald; HvJ EG, Anic Partecipazioni, reeds aangehaald, punten 115-118; HvJ EG, arrest van 14 juli 1972, zaak 48/69, Kleurstoffen (ICI), Jur. 1972, p. 619.

⁸⁸ GvEA, arrest van 14 mei 1998, zaak T-317/94 Weig vs. Commissie, Jur. 1998, P. II-1235, punt 110.

plaatsgevonden bij Gazelle en Giant. Gazelle heeft zich juist gedistantieerd door geen mededelingen te doen en evenmin te reageren.

120. *Giant* stelt zich op het standpunt dat de door de d-g NMa ingeroepen precedenteren zouden zien op geïnstitutionaliseerde kartels. De feitelijke omstandigheden (met name duur, frequentie en gedetailleerdheid) die aan die precedenteren ten grondslag liggen, wijken te veel af van de onderhavige. Volgens *Giant* is in onderhavige zaak geen overeenkomst tot stand gekomen. De wilsovereenstemming zou ook niet door de d-g NMa zijn gesteld. Deze dient door de d-g NMa te worden bewezen en niet verondersteld. Dat eerst bewijs moet worden geleverd en pas daarna tegenbewijs kan worden verlangd, zou onder meer blijken uit het arrest *Bayer*.⁸⁹ Met betrekking tot de consumentenprijzen zou slechts blijken dat Batavus, Koga en *Giant* zich hebben uitgesproken over de stijging van onderdelenprijzen, welke reeds bij allen bekend zou zijn geweest. Ook de begindatum stond al vast vanwege het traditionele begin van het nieuwe seizoen. Het bestaan van de overeenkomst zou slechts worden gesuggereerd door de gemiddelde fietsprijsverhoging, maar wordt daarmee zeker niet aangetoond. *Giant* stelt zich verder op het standpunt dat niet zou zijn aangetoond dat de betrokken ondernemingen concurrenten zijn, waardoor evenmin kan worden vastgesteld dat er prijsafspraken zijn gemaakt. Tevens zou tijdens de bijeenkomst in Zwolle niet zijn gesproken over de verhoging van consumentenprijzen, maar over de prijsstijging op kostprijzbasis. Daarvoor zou de d-g NMa niet moeten kijken naar de consumentenadviesprijzen maar naar de kostprijscalculaties. Volgens *Giant* hebben alleen de leden van de Accell-groep over de betalingskortingen gesproken. *Gazelle* en *Giant* zouden niets hebben gezegd. Zij zouden tevens hun kortingen gelijk hebben gehouden. Van een overeenkomst kan volgens *Giant* dan ook geen sprake zijn. Noch met betrekking tot de betalingskorting, noch met betrekking tot de consumentenadviesprijsverhoging zou sprake zijn van wilsovereenstemming.

121. De voor de vaststelling van een onderling afgestemde feitelijke gedraging vereiste afstemming zou volgens *Giant* te veel berusten op een vermoeden in plaats dat deze concreet is aangetoond. In de tweede plaats ontbreekt volgens *Giant* het bewijs voor een causaal verband tussen het marktgedrag en de afstemming. Het ontbreken van het bewijs voor de afstemming en het aantonen van de causaliteit tussen marktgedrag en afstemming zouden het gevolg zijn van de onjuiste toepassing van de EG-precedenteren terzake door de d-g NMa in de randnummers 156 e.v. van het besluit.⁹⁰ Volgens *Giant* gaat de d-g NMa ten onrechte voorbij aan de – weerlegbare – causaliteit tussen de afstemming en het marktgedrag. De d-g NMa zou in plaats daarvan ten onrechte de eis van weerlegbaarheid stellen aan de afstemming zelf. Volgens *Giant* dient de d-g NMa zowel de afstemming als het marktgedrag aan te tonen. Slechts in bijzondere omstandigheden zou dat marktgedrag mogen worden vermoed aanwezig te zijn, behoudens tegenbewijs. De d-g NMa zou aan de weerlegging van *Giant* ten onrechte geheel voorbij zijn gegaan. *Giant* zou de consumentenadviesprijzen autonoom aan de heersende marktcondities hebben aangepast. De per 1 september 2000 doorgevoerde (gemiddelde) prijsverhoging zou volgen uit de prijsstijging van de geïmporteerde fietsonderdelen. Per fiets zou individueel een prijs zijn opgesteld. De d-g NMa is daarop volgens *Giant* ten onrechte niet ingegaan, evenmin als

⁸⁹ HvJ EG, arrest van 6 januari 2004, gev. zaken C-2/01P en C-2/03P, *Bayer*, punten 62-63.

⁹⁰ HvJ EG *Anic*, reeds aangehaald; HvJ EG, arrest van 8 juli 1999, zaak C-199/92P, *Hüls* Jur. 1999, p. I-4287; *GvEA*, *PVC-II*, reeds aangehaald.

op haar stelling dat de consumentenadviesprijzen voor Giant al voor 13 juni 2000 vaststonden en op de stelling dat met de informatie niets zou zijn gedaan. De stelling van de d-g NMa dat Giant de consumentenadviesprijzen op basis van de informatie uit de bijeenkomst in Zwolle had kunnen aanpassen en daarom ook de fietsen waarvoor de prijzen eventueel reeds vaststonden binnen de overtreding vallen, bevat volgens Giant een onjuiste maatstaf. Giant zou zich tijdens de bijeenkomst in Zwolle nadrukkelijk hebben gedistantieerd van de informatie in gelijke zin als bedoeld in het arrest *Adriatica*.⁹¹ De inhoud van haar reacties zou niet anders kunnen worden begrepen, zoals zou blijken uit verklaringen van (Giant) en (Gazelle).

122. *Giant* stelt zich tenslotte op het standpunt dat de opmerking om de kostprijsstijgingen van onderdelen volledig te zullen doorberekenen slechts een zeer beperkte informatie over de strategie van Batavus geeft. Daarvoor zouden van ieder model de specificaties en marges bekend moeten zijn.

- Korting NFP en dealermarge NFP

123. *Accell* stelt zich op het standpunt dat tijdens de bijeenkomst in Vierhouten geen overeenstemming of afstemming is bereikt. Het op uitnodiging aanwezig zijn bij de bijeenkomst en het ten eigen bate benutten van de daar ingewonnen informatie zou neerkomen op het intelligent aanpassen van het eigen marktgedrag, rekening houdend met concurrenten. Hiermee zou nog geen overeenstemming worden bereikt. *Accell* ontkent dat er sprake was van een wilsovereenstemming met betrekking tot de maximummarge voor NFP. De kortingen en bonussen die de drie aanwezige fietsfabrikanten hanteren waren verschillend van omvang. Uit de fax van 21 juli 2000 van *Gazelle* zou eenzijdig beleid van *Gazelle* blijken. Volgens *Accell* kan uit haar aanwezigheid bij de bijeenkomst in Vierhouten op uitnodiging van *Gazelle* via de betreffende fax niet worden afgeleid dat *Accell* instemde met dat eenzijdige beleid en conform de door *Gazelle* meegedeelde informatie wilde handelen jegens NFP. Het door de d-g NMa aangehaalde arrest *Bayer* zou die vaststelling ook niet kunnen dragen.⁹²

124. *Gazelle* stelt zich op het standpunt dat een eventueel resumé dat door haar zou zijn gegeven aan Batavus, niet gelijkgesteld kan worden aan fysieke deelname van Batavus aan de vergadering of dat Batavus met de inhoud ervan instemt. Volgens *Gazelle* vormt de mededeling uit de fax van 21 juli 2000 een eenzijdige gedraging, waarmee geen sprake is van een overeenkomst. *Gazelle* stelt zich tevens op het standpunt dat van welbewuste coördinatie in de zin van een onderling afgestemde feitelijke gedraging geen sprake is. Voor die kwalificatie zou de (langere) duur van de gedragingen een onlosmakelijk en bepalend gegeven zijn.⁹³ De onderhavige overeenkomst is slechts een eenmalige geweest. Volgens *Gazelle* kan een eenzijdige fax geen bewijs oplevert voor coördinatie en feitelijke samenwerking.⁹⁴ Op de fax van *Gazelle* is ook geen respons gevolgd in het

⁹¹ GvEA, arrest van 11 december 2003, zaak T-61/99, *Adriatica*.

⁹² *Bayer*, reeds aangehaald. Daarbij beroept *Accell* zich mede op de arresten GvEA, arrest van 21 oktober 2003, zaak T-368/00, GM & Opel, punten 57-58 en GvEA, arrest van 3 december 2003, zaak T-208/01, Volkswagen vs. Cie, punt 35 e.v.

⁹³ Zie paragraaf 4.3.2.2 van dit Advies.

⁹⁴ GvEA, arrest van 14 mei 1998, zaak T-317/94 *Weig vs. Commissie*, Jur. 1998, P. II-1235, punt 110.

kader van een samenwerking tussen ondernemingen. Die samenwerking zou niet bestaan. Met betrekking tot de bijeenkomst in Vierhouten is evenmin voldaan aan de drie voorwaarden betreffende een gebrek aan zelfstandigheid. Er zou niet enigerlei vorm van contact zijn geweest, omdat op de fax niet is gereageerd en de bijeenkomst zeer kort heeft geduurd. Het gedrag van Accell en Giant jegens NFP zou niet zijn gewijzigd. Ook is volgens Gazelle geen sprake van niet normale mededingingsvoorwaarden.

125. *Giant* stelt zich op het standpunt dat de door de d-g NMa aangehaalde jurisprudentie (randnummers 167 en 168 van het besluit) over deelname aan een vergadering waarin mededingingsbeperkende activiteiten zijn beraamd, niet van toepassing is op onderhavige situatie, waarin slechts één bijeenkomst is geweest. Niet zou zijn komen vast te staan dat er een inhoudelijk verband is tussen de beide bijeenkomsten. Volgens *Giant* heeft de d-g NMa haar betrokkenheid bij de overeenkomst niet aangetoond. Er zou door de d-g NMa geen wilsovereenstemming in de zin van het arrest *Bayer* zijn aangetoond.⁹⁵ Ook uit de feitelijke gedragingen van *Giant* zou het bestaan van die overeenkomst niet zijn af te leiden.⁹⁶ *Giant* had immers reeds een marge van 34%. Evenmin zou blijken dat *Giant* bereid was zich te schikken naar het beleid van *Gazelle*. Dat *Gazelle* haar eenzijdige doelen uiteindelijk wel heeft bereikt, zou te danken zijn aan haar positie op de markt. Verder zou de relatie tussen de fax van 21 juli 2000 en de bijeenkomst in Vierhouten niet door de d-g NMa zijn aangetoond. De fabrikanten hebben volgens *Giant* uitsluitend met NFP gesproken en niet onderling, waarbij het gesprek uitsluitend over de klachten van de rijwielhandelaren zou zijn gegaan. Het rapport en het besluit hebben volgens *Giant* geen betrekking op de marges in de verticale verhouding. Ook een onderling afgestemde feitelijke gedraging zou niet zijn aangetoond. Volgens *Giant* was de fax van *Gazelle* een zuiver eenzijdige handeling van *Gazelle*, waarop niet zou zijn gereageerd hetgeen ook niet tot afstemming heeft geleid. Voor *Giant* zou de voorgestelde marge van 34% van geen nut zijn, omdat zij die reeds had. Met betrekking tot de detailhandelsmarge stelt *Giant* zich op het standpunt dat niet duidelijk is hoe deze tot een mededingingsbeperkende afstemming tussen de fietsfabrikanten kan leiden. Deze marge zou de fabrikanten in economisch opzicht ook niet raken. Tenslotte zou de d-g NMa ook niet hebben aangetoond waaruit het marktgedrag van de fabrikanten zou bestaan.

4.3.2.3 Beoordeling van de bezwaren tegen de kwalificatie van de feiten

126. In het besluit wordt geconcludeerd dat sprake is van overeenkomsten dan wel onderling afgestemde feitelijke gedragingen met betrekking tot het prijsbeleid voor het fietsseizoen 2001.⁹⁷ De Adviescommissie gaat er vanuit dat de d-g NMa de gedragingen van de bij de beide bijeenkomsten aanwezige partijen als afzonderlijke onderdelen van één inbreuk op het kartelverbod kwalificeert. De Adviescommissie ondersteunt die kwalificatie die wordt gerechtvaardigd vanwege de samenhang van de afzonderlijke gedragingen. Die gedragingen zien op het prijsbeleid voor het fietsseizoen 2001, de overlapping van bij de bijeenkomsten aanwezige partijen en de omstandigheid dat bepaalde onderwerpen op beide bijeenkomsten aan de orde zijn geweest.

⁹⁵ GvEA, arrest van 26 oktober 2000, zaak T-41/96, *Bayer vs. Cie.*, punt 173.

⁹⁶ GvEA, *Bayer*, reeds aangehaald, punt 124.

⁹⁷ Besluit, randnrs. 196-198.

127. Bezwaarden verzetten zich met name tegen de wijze waarop de d-g NMa in het besluit het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging toepast op de gedragingen. Om die reden worden hierna eerst de begrippen overeenkomst en onderling afgestemde feitelijke gedraging uiteengezet. Conform de conclusie van paragraaf 4.3.2.1 zal de Adviescommissie vervolgens de afzonderlijke onderdelen van de inbreuk toetsen in het licht van de bezwaren.

Begrippen overeenkomst / onderling afgestemde feitelijke gedraging

128. Voor de vaststelling dat sprake is van een overeenkomst in de zin van art. 6, eerste lid, Mw gaat art. 1, sub e uit van de invulling van dat begrip uit art. 81, eerste lid, EG. In dat verband wordt gewezen op de invulling van het begrip in de rechtspraak van het GvEA en van het HvJ EG. Voor het bestaan van een overeenkomst in de zin van artikel 81, eerste lid, EG volstaat dat de betrokken ondernemingen hun gemeenschappelijke wil tot uitdrukking hebben gebracht om zich op de markt op een bepaalde wijze te gedragen.⁹⁸ Wat de vorm van deze gemeenschappelijke wilsuiting betreft, volstaat het dat een beding de uitdrukking vormt van de wil van partijen om zich op de markt overeenkomstig de bewoordingen ervan te gedragen. Het wezenlijke element van het begrip overeenkomst in de zin van artikel 81, eerste lid, EG, zoals uitgelegd in de rechtspraak, is dus het bestaan van wilsovereenstemming tussen ten minste twee partijen, ongeacht de vorm die daaraan wordt gegeven, mits deze de getrouwe weergave van die wilsovereenstemming is.

129. Voor de vaststelling dat sprake is van een onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van art. 6, eerste lid, Mw gaat art. 1, sub h, Mw uit van de invulling van dat begrip in de zin van art. 81, eerste lid, EG. In zijn arrest in de zaak *Anic* heeft het HvJ EG de rechtspraak over dit begrip samengebracht.⁹⁹ Een onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van art. 81, eerste lid, EG is een vorm van coördinatie tussen ondernemingen die zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's van de onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking. De hier gebruikte termen coördinatie en samenwerking dienen te worden begrepen in het licht van de voorstelling dat iedere ondernemer zelfstandig zijn beleid op de markt moet bepalen. Deze zelfstandigheidseis staat er niet aan in de weg dat een ondernemer zijn marktgedrag intelligent aanpast aan dat van een concurrent, maar wel '[...] aan enigerlei al dan niet rechtstreeks contact tussen ondernemers, waardoor hetzij het marktgedrag van een bestaande of potentiële concurrent wordt beïnvloed, hetzij die concurrent op de hoogte wordt gebracht van het aangenomen of voorgenomen marktgedrag, wanneer dat contact tot doel of ten gevolge heeft dat mededingingsvoorwaarden ontstaan die, gelet op de aard van de producten of verleende diensten, de grootte en het aantal van de ondernemingen en de omvang van de relevante markt, niet met de normaal te achten voorwaarden van die markt overeenkomen. [...] Dit betekent, dat het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging, zoals uit de bewoordingen van artikel 85, lid 1, van het Verdrag blijkt, behalve de afstemming tussen de ondernemingen een daaropvolgend marktgedrag en een oorzakelijk verband tussen beide vereist.'¹⁰⁰ Dit oorzakelijke verband tussen de

⁹⁸ GvEA, arrest van 3 december 2003, zaak T-208/01, Volkswagen, n.n.g., punten 30-32 en de daar aangehaalde rechtspraak.

⁹⁹ HvJ EG, *Anic*, reeds aangehaald.

¹⁰⁰ HvJ EG, *Anic*, reeds aangehaald, punten 115-118 en de daar aangehaalde rechtspraak.

afstemming en het marktgedrag is een constituerende voorwaarde, zoals het Hof in punt 119 van dit arrest uitdrukkelijk onderstreept met de vaststelling dat het Gerecht bij de uitlegging van een verkeerde rechtsopvatting was uitgegaan, '[...] dat de onderlinge afstemming hoogstwaarschijnlijk gevolgen heeft gehad voor het gedrag van de erbij betrokken ondernemingen [...].' Wanneer dat oorzakelijke verband niet kan worden aangetoond, vormt deelname aan een afstemming en op de markt actief blijven een door deze partijen weerlegbaar vermoeden dat rekening is gehouden met de uitgewisselde informatie.¹⁰¹ Een aldus aangetoonde onderling afgestemde feitelijke gedraging valt volgens het Hof zelfs dan onder art. 81, eerste lid, EG – ongeacht het gevolg ervan – als sprake is van een doelbeperking. Voor de kwalificatie als onderling afgestemde feitelijke gedraging zijn mededingingsbeperkende gevolgen van het marktgedrag niet vereist.¹⁰²

Verhoging van de consumentenadviesprijzen en verlaging van de betalingskorting

130. Uit de bij Gazelle aangetroffen memo en de verklaringen van de tijdens de bijeenkomst op 13 juni 2000 te Zwolle aanwezige personen blijkt dat Batavus en Koga aankondigden hun consumentenadviesprijzen te verhogen door alle kostenverhogingen volledig door te berekenen en dat Giant een behoorlijke verhoging aankondigde. Volgens de verklaring van Giant zou de prijsverhoging mede afhankelijk zijn van de inkoopprijs. Niet is gebleken dat Gazelle tijdens deze bijeenkomst heeft aangekondigd de consumentenadviesprijzen te verhogen. De vaststelling door de d-g NMa dat deelname aan een vergadering volstaat om – behoudens tegenbewijs – deelname aan de beraamde activiteiten aan te tonen, brengt geen verandering in de omstandigheid, dat niet is aangetoond dat partijen tijdens de bijeenkomst te kennen hebben gegeven rekening te houden met elkaars belangen en zich te onderwerpen aan economische, sociale of morele druk.¹⁰³ Op basis van deze omstandigheden kan niet worden aangenomen dat sprake is van een uitdrukking van de gemeenschappelijke wil van Batavus, Koga, Giant en Gazelle om zich op de markt volgens een bepaalde wijze te gedragen, in de zin dat de gestegen kostprijzen worden doorberekend in de consumentenadviesprijzen. Ten eerste hebben drie partijen ieder slechts hun eigen voornemen bekendgemaakt, zonder dat uit de omstandigheden blijkt dat de andere partijen daarmee expliciet of impliciet hebben ingestemd of dat daarover nader is onderhandeld. In de tweede plaats is niet aangetoond of alle aanwezigen hun voornemen hebben bekendgemaakt. De d-g NMa heeft dan ook niet meer aangetoond dan dat bezwaarden bedrijfsgevoelige informatie hebben uitgewisseld. Wilsovereenstemming tussen de vier ondernemingen kan dan ook niet worden vastgesteld.

131. Ook met betrekking tot de betalingskortingen heeft de d-g NMa voor drie van de vier aanwezige ondernemingen alleen weten aan te tonen dat zij concurrentiegevoelige informatie hebben uitgewisseld, te weten hun voorgenomen gedrag ten aanzien van de betalingskortingen. Hieruit kan evenmin de gemeenschappelijke wil van de vier ondernemingen worden afgeleid om zich op de markt op een bepaalde manier te gedragen.

¹⁰¹ Ibid, punt 121. Het Hof wijst in randnrs. 126-128 de weerlegging van dat vermoeden af.

¹⁰² Ibid, punten 122-125.

¹⁰³ Zie tevens HvJ EG, arrest van 6 januari 2004, gev. zaken C-2/01P en C-3/01P, Bayer, nng, punt 63.

132. Daarentegen tonen deze door de d-g NMa aangevoerde feiten en omstandigheden wel op voldoende aannemelijke wijze aan dat sprake is van een onderling afgestemde feitelijke gedraging. Naar het oordeel van de Adviescommissie is er tijdens de bijeenkomst in Zwolle op 13 juni 2000 tussen de daar aanwezige partijen informatie uitgewisseld die behoort tot het domein van de individuele ondernemers, of is dergelijke informatie aangehoord. Aan de zelfstandigheidseis is dan ook niet voldaan. De afstemming is daarmee afdoende aangetoond, zowel ten aanzien van de verhogingen van de consumentenadviesprijs als ten aanzien van de betalingskortingen. Het marktgedrag acht de Adviescommissie eveneens voldoende aannemelijk. Alle fietsfabrikanten zijn immers op de markt actief gebleven en hebben in meer of mindere mate de consumentenadviesprijzen daadwerkelijk verhoogd. Ook ten aanzien van de betalingskortingen zijn de fietsfabrikanten actief gebleven op de markt en hebben zij deels conform het voornemen de verlaging ervan uitgevoerd. De Adviescommissie is met betrekking tot het oorzakelijke verband tussen de afstemming en het marktgedrag allereerst van oordeel dat dit oorzakelijke verband zowel ten aanzien van de verhoging van de consumentenadviesprijzen als ten aanzien van de betalingskortingen is gegeven vanwege de aard van de afstemming. Voor zover bezwaarden dat oorzakelijke verband betwisten dient de rechtspraak van het Hof, zoals bezwaarden terecht opmerken, aldus te worden geïnterpreteerd, dat aan bezwaarden de gelegenheid wordt geboden het vermoeden te weerleggen dat zij rekening hebben gehouden met de uitgewisselde informatie. In onderhavige zaak kunnen de door bezwaarden aangevoerde verklaringen evenwel niet volstaan. De verklaring dat de prijsstijgingen het gevolg zijn van de stijging van externe kostenfactoren en dat deze door middel van een eigenstandige afweging voor iedere individuele fiets zouden zijn bepaald, vormt geen afdoende weerlegging van het vermoeden dat met de uitgewisselde informatie rekening is gehouden. Het vormt daarvan veeleer een bevestiging, gezien de omstandigheid dat alle fietsfabrikanten de consumentenadviesprijzen hebben verhoogd. Het HvJ EG stelde over een dergelijk argument (dat de betreffende onderneming het prijsgedrag onafhankelijk van het resultaat van de bijeenkomsten heeft bepaald en voor zover er een zekere mate van gelijkheid tussen haar reacties en die van andere producenten kon worden geconstateerd, dit was toe te schrijven aan de ontwikkeling van de grondstofprijzen en het normale gedrag op de markt) dat dit hooguit zou aantonen, dat aan de gemaakte afspraken geen uitvoering was gegeven.¹⁰⁴ Dit betekent evenwel niet dat deze onderneming geen rekening heeft gehouden met de uitgewisselde informatie.

133. Vanwege het karakter van de uitgewisselde informatie betreffende het voornemen tot doorberekening van de kostenstijgingen, kunnen de argumenten van de fietsfabrikanten niet aantonen dat zij daarmee geen rekening hebben gehouden. Uit de verklaringen van bezwaarden blijkt een dergelijke weerlegging dan ook niet. Bij afwezigheid daarvan kunnen bezwaarden slechts niet-deelname aan de onderlinge afstemming of publiekelijk afstand daarvan tijdens de bijeenkomst aanvoeren om niet-deelname aan de gedraging te kunnen aantonen en zodoende vervolging te ontkomen. Voor zover de d-g NMa in randnummer 156 van het besluit deze uitleg heeft willen geven aan de rechtspraak van het Hof acht de Adviescommissie die juist. Voor zover hij zou menen dat de weerlegging van het vermoeden van het oorzakelijke verband tussen afstemming en marktgedrag categorisch slechts door weerlegging van de deelname aan de

¹⁰⁴ Anic, reeds aangehaald, punt 127.

afstemming kan plaatsvinden, volgt de Adviescommissie deze uitleg in navolging van bezwaarden niet.

134. Het gegeven dat in onderhavige zaak sprake is van een beperkter feitencomplex en de mogelijkheid van een eventueel onderscheid in homogene en heterogene producten, doen aan de principiële toepasselijkheid van deze rechtspraak niet af. Ook de overwegingen van bezwaarden met betrekking tot de duur kunnen aan de kwalificaties niet afdoen. De inhoud van de mededeling kan evenmin afdoen aan de kwalificatie van de gedraging als onderling afgestemde feitelijke gedraging, evenmin als de omvang van de mededingingsbeperkende effecten van de gedragingen. Met betrekking tot het bezwaar dat bezwaarden geen concurrenten zouden zijn, verwijst de Adviescommissie naar paragraaf 4.2.1. Voor zover relevant komen deze bezwaren in het vervolg van dit Advies aan de orde.

135. Naar het oordeel van de Adviescommissie kan ook het beroep van Accell op speltheoretische argumenten niet slagen. Enerzijds biedt bestudering van de speltheoretische literatuur ruimte voor de opvatting dat eenzijdige mededelingen gedaan voorafgaand aan een spelronde geen effect hebben op het gedrag van deelnemers aan de spelronde.¹⁰⁵ Deze zogenaamde *cheap talk* zou slechts tot doel hebben de spelers te misleiden, zodat medespelers er geen consequenties aan zouden verbinden. Anderzijds laat deze literatuur ook ruimte voor alternatieve inzichten. In het bijzonder kan worden getwijfeld aan de toepasselijkheid van de specifieke speltheoretische literatuuranalyses die namens Accell zijn aangevoerd. Als het gaat om de invloed van communicatie tussen concurrenten op het ontstaan van collusie biedt de experimentele literatuur in de gegeven context aanknopingspunten die wel degelijk leiden tot beïnvloeding van het gedrag van de spelers.¹⁰⁶

136. De Adviescommissie volgt bezwaarden in hun stellingen dat de gedragingen met betrekking tot de verhoging van de consumentenadviesprijzen en de betalingskortingen

¹⁰⁵ Onderzoek in opdracht van Accell, M.C.W. Janssen et al., SEOR-ECRI, 13 oktober 2004.

¹⁰⁶ Het effect van communicatie op collusie is via experimenten al geanalyseerd in Friedman, J.W. (1967), "An experimental study of cooperative duopoly," *Econometrica*, 35, 379-397. Hij concludeert dat schriftelijke communicatie een groot en positief effect heeft op de prijzen. Isaac, R.M., et al (1984), komen in "The effects of market organization on conspiracies in restraint of trade," *Journal of Economic Behavior and Organization*, 5, 191-222, tot dezelfde conclusie voor mondelinge communicatie. Meer recent is de analyse van Davis, D.D. and C.A. Holt (1998), in "Conspiracies and secret price discounts in laboratory experiments," *Economic Journal*, 108, 736-756, relevant. Hun bevindingen geven aan dat communicatie tussen de spelers leidt tot collusieve uitkomsten met name als de communicatie ook de coördinatie van kortingen betreft. Zij concluderen dat "the implication is that antitrust hostility to agreements to limit or coordinate discounts is well founded, and that trade associations activities should receive careful scrutiny in markets where collusion is suspected. Ook het verleden van een bedrijfstak speelt een rol bij het ontstaan van collusieve marktuitkomsten. Phillips, O.R., et al (1987) in "Duopoly behavior with market history," *Working paper*, University of Wyoming, vinden dat als de spelers beginnen in een situatie met beperkte mededinging zij meer succesvol zijn in het bereiken van collusie, ook als de omgeving meer gericht raakt op concurrentie. Een soortgelijk resultaat vinden Holcomb, J.H. and P.S. Nelson (1997), "The role of monitoring in duopoly market outcomes," *Journal of Socio-Economics*, 26, 79-93. Ook al zou men, strikt theoretisch, kunnen volhouden dat communicatie slechts tot "cheap talk" leidt in die zin dat het geen effect heeft zonder overeenkomst, kan "Cheap talk" niettemin nuttig zijn bij de selectie van en het tot stand komen van een niet-competitief evenwicht onder de vele evenwichten die mogelijk zijn in een herhaald spel.

niet als overeenkomst kunnen worden gekwalificeerd, maar ondersteunt de d-g NMa in zijn kwalificatie van de gedragingen als onderling afgestemde feitelijke gedraging.

Maximumkorting NFP en minimale dealermarge NFP

137. De Adviescommissie is van oordeel dat de gedragingen in het geheel van de feiten en omstandigheden tijdens en rond de beide bijeenkomsten en de tussenliggende correspondentie dienen te worden beoordeeld (zie randnummer 126 van dit Advies). Daarbij stelt zij vast dat de afstemming over de minimale dealermarge van NFP niet zelfstandig aan bezwaarden kan worden verweten gezien de overwegingen in paragraaf 4.1.4. Dat doet evenwel niet af aan de mogelijkheid dat de feiten rond de minimale dealermarge – voor zover opgenomen in het rapport – worden betrokken in de beoordeling van de afstemming betreffende de maximumkorting van de fietsfabrikanten aan NFP.

138. Uit het geheel van feiten en omstandigheden rond de beide bijeenkomsten kan worden afgeleid dat sprake is van een onderling afgestemde feitelijke gedraging met betrekking tot de maximale aan NFP te verlenen kortingen, vanwege de te lage dealerkortingen van NFP aan de rijwielhandelaren. Zo blijkt reeds uit het memo van de bijeenkomst te Zwolle dat daar tussen Batavus en Gazelle is gesproken over de mogelijkheid de stekker er bij NFP uit te trekken, vanwege de volgens hen te lage kortingen voor de rijwielhandelaren. Niet wordt betwist dat de fietsfabrikanten destijds van oordeel waren dat NFP te lage vergoedingen verleende aan de rijwielhandelaren. Uit de fax van Gazelle van 21 juli 2000 aan Batavus en Giant volgt ook dat de druk op NFP diende te worden opgevoerd om NFP in het gareel te krijgen, waartoe door Gazelle naar eigen zeggen onder meer een verhoging tot 25% zou zijn geëist en een maximale korting tot 34% was aangezegd. Gezien deze voor geen andere uitleg vatbare mededeling van Gazelle zou het op de weg van Batavus en Giant hebben gelegen publiekelijk afstand te nemen van deze mededelingen op enig moment voorafgaand of tijdens de bijeenkomst in Vierhouten waar zij ondanks de inhoud van de fax zijn verschenen. Zij hebben dit echter niet kunnen aantonen. Om die reden is de Adviescommissie van oordeel dat tijdens het vooroverleg dan wel voorafgaand aan de bijeenkomst in Vierhouten enige vorm van afstemming heeft plaats gevonden over de maximumkortingen aan NFP in relatie tot de marges die NFP aan de rijwielhandelaren verleende.

139. De Adviescommissie is met de d-g NMa van oordeel dat aan deze afstemming uitvoering is gegeven, doordat bezwaarden met NFP in overleg zijn getreden over de dealerkortingen van NFP aan de rijwielhandelaren, zoals blijkt uit de verschillende verklaringen.¹⁰⁷

140. De Adviescommissie volgt bezwaarden wel in hun betoog dat uit de omstandigheid dat over de maximale korting aan NFP van gedachten is gewisseld niet kan worden afgeleid dat zij tot een gezamenlijke wilsovereenstemming zouden zijn gekomen over de maximale aan NFP te verlenen korting.

¹⁰⁷ Zie de verklaring van Giant in randnr. 97 van het besluit, alsmede de verklaring van Gazelle in randnr. 100 en de verklaring van NFP in randnr. 99 van het besluit. Zie tevens de verklaringen van Batavus in randnr. 93 van het besluit en het memo in randnr. 79 van het besluit.

4.3.3 Mededingingsbeperking en merkbaarheid

4.3.3.1 Mededingingsbeperking

141. De *d-g NMa* stelt vast dat overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen met betrekking tot het vaststellen van prijzen naar hun aard de mededinging beperken. Hetzelfde geldt voor op andere wijze beperken van prijsconcurrentie, zoals onderlinge afstemming van data en omvang van prijswijzigingen met inbegrip van afstemming over kortingen, heffingen en marges. Om die reden is een onderzoek naar de concrete gevolgen niet noodzakelijk, zodat een gedetailleerde afbakening van de markt achterwege kan blijven.¹⁰⁸

142. *Accell* stelt zich op het standpunt dat kennis van de gemiddelden met betrekking tot een prijsverhoging geen enkele kennis oplevert waarmee een partij zijn voordeel kan doen. Tevens is volgens *Accell* overleg tussen een fabrikant en een afnemer, op aandringen van dealers mededingingsrechtelijk niet verboden. Verder stelt *Accell* zich op het standpunt dat het contact tussen de fietsfabrikanten en NFP niet als horizontaal, maar als verticaal element dient te worden beoordeeld en niet in strijd is met art. 6 Mw.

143. *Gazelle* stelt zich op het standpunt dat de gestelde gedragingen niet zien op prijzen of onderdelen van prijzen. Met betrekking tot de consumentenadviesprijzen en de betalingskortingen (*Zwolle*) bleven partijen geheel vrij hun eigen prijzen te bepalen. Met betrekking tot de verkoopmarges aan de detaillisten en de maximale kortingen aan NFP gaat het niet om (onderdelen van) prijzen maar om kortingen.

144. *Giant* stelt zich op het standpunt dat de *d-g NMa* niet heeft aangetoond dat het de daadwerkelijke bedoeling was de mededinging te beperken. Hij zou de mededingingsbeperkende strekking slechts hebben verondersteld. Het exogene karakter van de kostenstijging betekent volgens *Giant* dat de omstandigheden voor allen gelijk waren en de mededelingen derhalve zeer onschuldig zijn. Verder zou de tussen de fietsfabrikanten uitgewisselde informatie geen vertrouwelijk karakter hebben. De informatie over de als gevolg van hogere wisselkoersen in prijs gestegen onderdelen en de verwachting van hogere consumentenprijzen was reeds in de media aan de orde gesteld. Het gesprek over kostprijsstijgingen was een eenmalige gebeurtenis. Volgens *Giant* zou met de uitgewisselde informatie een ongeschikt middel zijn afgesproken. Het heterogene karakter van het product leidt ertoe dat de informatie non-informatie zou zijn. Dat geldt volgens *Giant* temeer omdat bezwaarden op verschillende markten actief zouden zijn.

Beoordeling

145. Deze bezwaren moeten worden verworpen. De Adviescommissie stelt met de *d-g NMa* vast dat de gedragingen van de fietsfabrikanten zien op de consumentenadviesprijzen, betalingskortingen, maximale kortingen aan NFP en – in beginsel – de minimale marges van NFP aan de rijwielhandelaren. Deze onderwerpen hebben betrekking op (onderdelen van) prijzen en kortingen voor fietsen. Overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die zien op (onderdelen van) prijzen en kortingen strekken ertoe de mededinging te beperken.¹⁰⁹ Met betrekking

¹⁰⁸ Besluit, randnrs. 171-173.

¹⁰⁹ Zie de door de *d-g NMa* aangehaalde rechtspraak in randnrs. 172 van het besluit.

tot de minimale marges van NFP aan de rijwielhandelaren wijst de Adviescommissie op haar conclusies in paragraaf 4.1.4 en met name randnummer 40 e.v. van dit Advies.

146. De stelling van Accell en Giant dat gemiddelde prijsstijgingen niet bruikbaar zouden zijn, kan niet worden gevolgd. Het signaal dat kosten zullen worden doorberekend leidt er op zichzelf reeds toe dat de onzekerheid in de markt over het prijsbeleid van de op die markt actieve ondernemingen wordt verminderd. Anders dan Giant stelt, vormt het daadwerkelijke eigen gedrag van een ondernemer naar aanleiding van externe factoren een afweging die hij voor zichzelf dient te maken. De algemene bekendheid van de mogelijke gedragingen doet daaraan niet af. Het feit dat een ondernemer zijn voornemen tot bepaald ondernemersgedrag vooraf publiek maakt, draagt bij aan het vertrouwen dat anderen kunnen ontlenen aan zijn in de beslotenheid van een latere vergadering geuite voornemen tot dat ondernemersgedrag. Voorafgaande publieke bekendmaking doet dan ook niet af aan het mededingingsbeperkende karakter van het in de beslotenheid van een latere vergadering uiten of uitwisselen van gedachten omtrent ondernemersgedrag. Het beroep van Giant op de onschuldigheid van het karakter van de mededelingen faalt dan ook.

147. Zoals Accell terecht stelt, is overleg tussen een fabrikant en een afnemer als verticaal overleg in beginsel niet verboden. Indien echter meerdere fabrikanten aan dat overleg deelnemen, krijgt het overleg tevens een horizontaal karakter. Het gaat in onderhavig geval met name om het overleg dat voorafgaand aan het gezamenlijk overleg tussen de fietsfabrikanten en NFP heeft plaatsgevonden. In dat vooroverleg was sprake van zuiver horizontaal overleg tussen fabrikanten. In een dergelijke omstandigheid zijn bepaalde onderwerpen taboe, zoals onderwerpen als prijsbeleid en kortingen.

4.3.3.2 Merkbaarheid

148. De *d-g NMa* stelt vast dat de overeenkomsten dan wel onderling afgestemde feitelijke gedragingen leiden tot een merkbare mededingingsbeperking. Deze gedragingen strekken ertoe de mededinging te beperken. Van een zwakke positie op de betrokken markt, waardoor de gedragingen de markt slechts in zeer geringe mate zouden beïnvloeden, is geen sprake.¹¹⁰

149. *Accell* stelt zich op het standpunt dat van de aangepaste betalingskorting geen effect is uitgegaan, omdat de verlaging wegviel tegen de gelijkblijvende verhouding met de rentekosten. Ook zou de onderhavige betalingskorting slechts een marginale betekenis toekomen. Daarbij zou het belang van Batavus bij NFP slechts van zeer beperkte omvang zijn. *Accell* stelt zich tevens op het standpunt dat de *d-g NMa* met de omkering van de bewijslast in randnummers 173 en 174 van het besluit het beginsel van de presumptie van onschuld in de zin van art 6, tweede lid, EVRM heeft geschonden. Het doel van een gedraging dient voor partijen specifiek te worden aangetoond. De algemene vaststelling dat iedere mededeling over prijzen - behoudens tegenbewijs - tot doel heeft de mededinging te beperken kan in dat opzicht niet volstaan.

150. *Gazelle* stelt zich op het standpunt dat zou blijken dat in de overgrote meerderheid van de gevallen per type model en uitvoering een individuele afweging heeft geleid tot de

¹¹⁰ Besluit, randnrs. 174-175.

keuze de kostprijsstijging niet volledig door te berekenen. Gazelle stelt zich op het standpunt dat de betalingskortingen niet zijn gewijzigd. De consumentenadviesprijzen bleven geheel vrij ter bepaling van de fabrikanten. Bovendien zouden ook zonder het afgestemde gedrag de koersfluctuaties in de consumentenadviesprijzen tot uitdrukking zijn gebracht. De afspraken met betrekking tot de marge en de maximale korting zijn gestaakt toen het NMa-briefpapier zichtbaar werd.

Beoordeling

151. Deze bezwaren dienen te worden verworpen. Met de d-g NMa dient te worden geconcludeerd dat de vaststelling dat een gedraging er toe strekt de mededinging te beperken, tot de conclusie leidt dat de merkbaarheid van de beperking in beginsel gegeven is. De omstandigheid dat het effect zou zijn geneutraliseerd of zelfs dat geen uitvoering is gegeven aan de afspraken, kan niet aan de merkbaarheid van de mededingingsbeperking in de weg staan.¹¹¹ Anders dan Accell stelt kan de d-g NMa voor de vaststelling dat er sprake is van een merkbare mededingingsbeperking volstaan met deze stelling. Daarbij dient zij tevens te onderzoeken of de merkbaarheid ontbreekt wegens een zwakke positie op de markt. De Adviescommissie is van oordeel dat, gezien de marktaandelen van de fietsfabrikanten, van een situatie als bedoeld in de zaken *Völk Vervaecke* of *Bredase notarissen*, waarin wegens de zwakke positie van partijen op de betrokken markt, de vastgestelde mededingingsbeperkingen de markt slechts in zeer geringe mate zouden kunnen beïnvloeden, geen sprake is.¹¹² Dat de fabrikanten niet op alle deelmarkten even sterk zouden zijn vertegenwoordigd en derhalve niet onverkort voordeel zouden hebben van de afzonderlijke afspraken, doet niet af aan de omstandigheid dat zij op de gehele markt geen zwakke positie innemen in de zin van deze rechtspraak. Terecht stelt de d-g NMa vervolgens dat het op de weg van bezwaarden ligt om aan te tonen dat om andere redenen de merkbaarheid ontbreekt.

152. De d-g NMa heeft derhalve op voldoende wijze aangetoond dat de mededinging merkbaar is beperkt en daarbij aan zijn onderzoeksplicht voldaan. Van een schending van de presumptie van onschuld is geen sprake.

4.3.4 Schending van art. 81 EG

153. De d-g NMa heeft pas nadat het besluit was genomen het standpunt ingenomen dat hij voorshands van oordeel is dat de interstatelijke handel is beïnvloed en dat daarmee de toepasselijkheid van art. 81 EG is gegeven.

154. *Gazelle* stelt zich op het standpunt dat het voor de toepassing van art. 81 EG essentiële element van de beïnvloeding van de tussenstaatse handel ontbreekt.

¹¹¹ HvJ EG, *Anic Partecipazioni*, reeds aangehaald, punten 118-124.

¹¹² HvJ EG, arrest van 9 juli 1969, zaak 5/69, *Völk v. Vervaecke*, punt 7, zoals o.a. nader uitgewerkt in de Commissiebekendmaking van 19 mei 2001, betreffende de herziening van de bekendmaking van 1997 inzake overeenkomsten van geringe betekenis die niet onder artikel 81, lid 1 van het Verdrag vallen Pb. EG 2001, C-149/18. Rechtbank Rotterdam, uitspraak van 18 juni 2003, MEDED 01/621-RIP, *Bredase notarissen*.

Beoordeling

155. De Adviescommissie stelt vast dat art. 81 EG vooralsnog niet aan het besluit op bezwaar ten grondslag zal kunnen worden gelegd vanwege de overwegingen, zoals die in paragraaf 4.1.5 van dit Advies zijn opgenomen. Het bezwaar van Gazelle is dus vooralsnog zonder grond en behoeft geen nadere behandeling.

4.3.5 Duur van de inbreuk

156. De *d-g NMa* stelt vast dat de Zwolle-overtreding een aanvang heeft genomen op 13 juni 2000. De afspraken hebben betrekking op het fietsseizoen 2001, waarmee de *d-g NMa* er vanuit gaat dat de overtrekking op 31 augustus 2001 is geëindigd. Ten aanzien van de Vierhouten-overtreding stelt de *d-g NMa* de aanvang vast in ieder geval op het moment van de voorbespreking op 17 augustus 2000. De *d-g NMa* gaat er vanwege het eenjarige karakter van het fietsseizoen vanuit dat de overtrekking is geëindigd op 31 augustus 2001. Vanwege de in het rapport vermelde duur heeft de *d-g NMa* in het besluit de duur van de beide inbreuken teruggebracht tot één jaar, te weten vanaf 1 september 2000 tot en met 31 augustus 2001.¹¹³

157. *Bezwaarden* stellen zich op het standpunt dat de duur van de inbreuk van de consumentenadviesprijzen niet voor het gehele seizoen 2001 kan gelden, derhalve niet van 1 september 2000 tot en met 31 augustus 2001. De prijzen zijn per 1 januari 2001 door zowel Koga en Batavus als Gazelle en Giant opnieuw en onafhankelijk van elkaar vastgesteld. Daartoe wordt tevens gewezen op randnummer 32 van het besluit, dat in tegenspraak zou zijn met de conclusie in randnummer 211 van het besluit. Dat geldt onverminderd indien slechts een kleine aanpassing van de prijzen heeft plaatsgevonden.

158. *Giant* voegt daaraan toe dat zij met betrekking tot de Boulder-modellen (evenals in 2000) in het voorjaar van 2001 de nieuwe prijzen voor het seizoen 2002 heeft vastgesteld.

159. *Accell* en *Gazelle* stellen zich met betrekking tot de NFP-overtredingen op het standpunt dat de duur van de overtrekking op nul dient te worden gesteld, omdat de bijeenkomst werd afgebroken, nadat het NMa-briefpapier zichtbaar werd.

160. *Accell* stelt zich eveneens op het standpunt dat de betalingskorting voor Koga en Batavus van 1 januari 2001 tot en met 31 augustus 2001 ongewijzigd is gebleven, zoals ook in het besluit in de randnummers 41, 80, 81, 84 en 87 zou worden erkend. De aanpassing zou daarmee slechts van 18 september 2000 tot en met 31 december 2000 hebben plaatsgehad.

Beoordeling

161. De Adviescommissie is van oordeel dat sprake is van één enkele inbreuk met betrekking tot het prijsbeleid voor het fietsseizoen 2001. Daartoe heeft gedurende twee afzonderlijke bijeenkomsten afstemming plaatsgehad die ziet op verschillende onderwerpen (par. 4.3.2.3 van dit Advies). De verschillende afspraken hebben betrekking op het fietsseizoen 2001 en sorteren derhalve pas vanaf 1 september 2000 effect. In beginsel geldt 1 september 2001 als het volgende nieuwe natuurlijke moment waarop het

¹¹³ Besluit, randnrs. 177-180.

prijnsbeleid voor het seizoen 2002 voor ieder van de fietsfabrikanten effect krijgt. Om die reden heeft de d-g NMa terecht de duur van de onderdelen van de inbreuk op ten hoogste één jaar gesteld in de genoemde periode. De omstandigheid dat één van de onderdelen van de inbreuk – welke eveneens in beginsel betrekking heeft op het fietsseizoen 2001 – naar het oordeel van de Adviescommissie onder de gegeven omstandigheden niet aan een eventuele sanctie ten grondslag kan worden gelegd (par. 4.1.4 van dit Advies), doet niet af aan de vaststelling van de duur van de overige onderdelen op de voornoemde periode.

162. De datum van beëindiging van de overtreding voor de afzonderlijke bij de afspraak betrokken partijen dient te worden vastgesteld op het moment dat zij opnieuw zelfstandig marktgedrag zijn gaan vertonen. De afspraken hebben betrekking op het fietsseizoen 2001. Daarbij geldt in de fietsenbranche als natuurlijk moment het begin van het jaarlijkse fietsseizoen per 1 september. De Adviescommissie is dan ook van oordeel dat 31 augustus 2001 in beginsel als moment van beëindiging van de afspraak moet worden genomen. Dat is slechts anders voor zover bezwaarden hebben kunnen aantonen dat zij met de afspraken hebben gebroken en opnieuw hun eigen beleid zijn gaan vaststellen.

163. De door bezwaarden aangevoerde verhoging van de consumentenadviesprijzen op 1 januari 2001 kan niet als een zodanig moment van beëindiging worden aangemerkt. Inderdaad zijn vanaf die datum de prijzen opnieuw verhoogd in verband met een BTW-verhoging. Anders echter dan bezwaarden menen, kan een extra verhoging door alle fietsfabrikanten van de consumentenadviesprijzen op 1 januari als gevolg van een hogere BTW niet worden aangemerkt als het zelfstandig en onafhankelijk van elkaar bepalen van het eigen marktgedrag. Het dient te gaan om het verbreken van de gezamenlijk ingezette prijsbeweging, dan wel moeten de marktpartijen kunnen onderbouwen dat zij om verschillende bedrijfseigen redenen en onafhankelijk van elkaar de prijzen hebben aangepast. De gelijktijdige prijsverhoging tussen 1 en 2 procent als gevolg van de BTW-verhoging per 1 januari 2001 kan niet als zodanig worden aangemerkt. De stelling van Giant dat zij vanaf het voorjaar van 2001 de prijzen zelfstandig heeft aangepast, kan reeds niet gevolgd worden, omdat die prijzen pas vanaf 1 september 2001 in het nieuwe seizoen 2002 zouden gaan gelden.

164. De betalingskortingen worden eveneens voor de duur van één seizoen vastgesteld. Dat voor bepaalde onderdelen van het seizoen andere kortingstarieven zouden zijn toegepast, doet er niet af aan dat de afstemming in beginsel op het gehele seizoen 2001 betrekking had. Ten eerste zijn de betalingskortingen met name effectief als concurrentiemiddel in de maanden waarop de afspraken betrekking hadden, te weten de wintermaanden. Juist in die periode worden de rijwielhandelaren gestimuleerd om voorraden aan te leggen, zoals bezwaarden ter hoorzitting bevestigden.¹¹⁴

165. Het bezwaar dat de duur voor de NFP-overtredingen op nul dient te worden gesteld, kan reeds niet slagen, omdat, zoals de d-g NMa terecht opmerkt, het voor een strekkingsafpraak geen verschil uitmaakt of de mededingingsbeperkende effecten ontbreken.¹¹⁵ Duidelijk is in ieder geval dat bezwaarden rekening konden houden met de

¹¹⁴ Verslag van de hoorzitting, p. 7-8.

¹¹⁵ HvJ EG, Anic Partecipazioni, reeds aangehaald, punten 118-124.

uitgewisselde informatie gedurende het fietsseizoen 2001. Niet is gebleken dat de kortingen nadien zijn gewijzigd.

4.3.6 Toerekening van de gedragingen

166. De *d-g NMa* rekent de in het besluit vastgestelde overtredingen van Batavus en Koga toe aan Accell.¹¹⁶ Volgens de *d-g NMa* voeren Batavus en Koga als 100% dochterondernemingen noodzakelijkerwijs een politiek die door dezelfde statutaire organen wordt bepaald als de politiek van de moedermaatschappij Accell zelf. Om die reden is onderzoek naar de daadwerkelijke beïnvloeding van het gedrag niet noodzakelijk.¹¹⁷ De *d-g NMa* vervolgt met een aanvullende onderbouwing van de beslissende zeggenschap vanwege de (gedeeltelijke) personele unie van de bestuurders van Accell, Batavus en Koga. Bovendien heeft Accell ten tijde van het rapport steeds de correspondentie met de *d-g NMa* gevoerd. Ook zou uit verschillende verklaringen blijken dat Accell invloed heeft op de vaststelling van prijzen van de fietsen van haar dochterondernemingen. Accell zou het vermoeden dat op basis hiervan bestaat onvoldoende met feiten hebben weerlegd.¹¹⁸

167. *Accell* stelt zich op het standpunt dat de gedragingen van Koga en Batavus ten onrechte zijn toegerekend aan Accell. De stelling van een 100 % aandeelhouderschap van Accell in beide dochterondernemingen vormt daartoe volgens haar onvoldoende onderbouwing.¹¹⁹ Daartoe dient de *d-g NMa* volgens Accell aan te tonen dat Accell instructies geeft die Koga en Batavus in hoofdzaak volgen. Ter ontkrachting daarvan voert Accell aan dat bij de beide bijeenkomsten geen vertegenwoordigers namens Accell aanwezig waren, maar alleen bestuurders van Koga en Batavus. Deze laatsten beschikken ook niet over bevoegdheden om namens Accell te spreken. Koga en Batavus zijn beide zelfstandig verantwoordelijk voor de productie en het op de markt brengen van hun eigen fietscollecties.¹²⁰ Daar komt volgens Accell nog bij dat - in strijd met het beginsel van gelijkheid voor de wet - de *d-g NMa* voor wat betreft *Gazelle* en *Giant* niet over is gegaan tot toerekening aan de (ten tijde van de overtreding bestaande) moedervenootschappen.

Beoordeling

168. Deze bezwaren moeten worden verworpen. De Adviescommissie is van oordeel dat uit de wetgeschiedenis valt af te leiden dat de gedragingen die door dochterondernemingen worden begaan aan de moeder kunnen worden toegerekend, indien het beleid van de dochter door de moeder wordt bepaald.¹²¹

169. Zoals bevestigd door de Rechtbank Rotterdam in de zaak *Secon en G-Star*,¹²² is voor de vraag aan wie de overtreding kan worden toegerekend, de Mededingingswet

¹¹⁶ Besluit, randnrs. 182-195.

¹¹⁷ Besluit randnr. 192.

¹¹⁸ De *d-g NMa* verwijst daarbij naar HvJ EG, 16 november 2000, zaak C-286/98 P, *Stora*, *Jur.* 2000, p. I-9925, punten 28-29 en naar de Rechtbank Rotterdam, uitspraak van 13 februari 2004, MEDED 02/309 RIP, *Secon en G-Star*, par. 2.4.4.

¹¹⁹ HvJ EG, arrest van 25 oktober 1983, zaak 107/82, *AEG*, *Jur.* 1983, blz. 3151; HvJ EG, arrest van 14 juli 1972, zaak 48/69, *ICI*, *Jur.* 1972, blz. 619; HvJ EG, arrest van, *Stora*, reeds aangehaald.

¹²⁰ GvEA, arrest van 10 maart 1992, zaak T-11/89, *Shell*, *Jur.* 1992, p. II-757.

¹²¹ MvT Mw, kamerstukken II, 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 88.

¹²² Rb. Rotterdam 13 februari 2004, *Secon en G-star*, MEDED 02/309 RIP, 2.4.4.

doorslaggevend en kunnen voor de beantwoording van die vraag argumenten worden ontleend aan het EG-mededingingsrecht. Uit vaste rechtspraak van het Hof van Justitie EG blijkt dat de omstandigheid dat een dochtermaatschappij formeel juridisch eigen verantwoordelijkheid bezit met eigen bevoegdheden, niet voldoende is om de mogelijkheid uit te sluiten haar gedrag toe te rekenen aan de moedermaatschappij, met name niet indien de dochtermaatschappij niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt doch in hoofdzaak de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt.¹²³

170. Naar het oordeel van de Adviescommissie dienen de door de d-g NMa en bezwaardende aangehaalde overwegingen 28 en 29 uit het arrest *Stora* aldus te worden gelezen, dat het vermoeden van aansprakelijkheid van de moederonderneming voor de gedragingen van de dochteronderneming wordt gebaseerd op een aantal omstandigheden. Dit vermoeden werd niet louter gebaseerd op het 100% aandeelhouderschap van de moederonderneming in de dochteronderneming. Het vermoeden van aansprakelijkheid op basis waarvan toerekening kan plaatsvinden, berustte ook op het gegeven dat de betrokken moederonderneming niet had betwist dat zij het commerciële beleid van de dochteronderneming op beslissende wijze kon beïnvloeden en evenmin het bewijs had geleverd tot staving van haar verklaringen dat haar dochteronderneming autonoom optrad.¹²⁴ Daarbij werd het vermoeden in het arrest *Stora* versterkt, doordat de moedermaatschappij zich tijdens de administratieve procedure, wat betreft de ondernemingen uit de *Stora*-groep, als enige onderhandelingspartner van de Commissie had voorgesteld.¹²⁵

171. Als gevolg van het 100% aandeelhouderschap kan er dus van worden uitgegaan dat de dochtermaatschappij in beginsel de instructies van de moedermaatschappij volgt zonder dat de d-g NMa daarbij is gehouden te onderzoeken of de moedermaatschappij daadwerkelijk die macht heeft uitgeoefend.¹²⁶ Indien deze beïnvloeding evenwel wordt betwist en die betwisting wordt gestaafd met bewijzen dient de d-g NMa dat bewijs te weerleggen, zonodig met aanvullende argumenten, zoals met correspondentie of verklaringen van die strekking of met bewijs van een (gedeeltelijke) personele unie. Accell betwist dat zij het commerciële beleid van Batavus en Koga op beslissende wijze kon beïnvloeden. De argumenten die namens Accell ter onderbouwing van deze betwisting zijn aangevoerd, overtuigen echter niet. Daartoe wijst de Adviescommissie op de (gedeeltelijke) personele unie, de centrale correspondentie via Accell en de verklaringen waaruit zou blijken dat die beïnvloeding ook heeft plaatsgehad.¹²⁷ Het argument van Accell dat namens Accell geen vertegenwoordigers bij de bijeenkomsten aanwezig waren en de wel bij de besprekingen aanwezige personen niet over de bevoegdheid beschikken namens Accell te spreken, kan aan dit vermoeden niet afdoen, aangezien rechtstreekse betrokkenheid van vertegenwoordigers van de

¹²³ *Stora*, reeds aangehaald, punt 26 en de daar aangehaalde rechtspraak.

¹²⁴ *Stora*, reeds aangehaald, punt 28.

¹²⁵ *Stora*, reeds aangehaald, punt 29.

¹²⁶ GvEA, arrest van 15 juni 2005, gev. Zaken T-71/03, T-74/03, T87/03 en T-91/03, Grafietkartel, n.n.g., punten 59 e.v.

¹²⁷ Dossierstukken 1615/221 en 225.

moederondernemingen bij de overtredingen niet is vereist.¹²⁸ Het vermoeden van de beslissende invloed door Accell wordt daarmee niet weggenomen. De d-g NMa kan derhalve aannemen dat Accell een beslissende invloed had op het gedrag van haar beide dochterondernemingen Batavus en Koga, waarmee hun gedrag aan Accell kan worden toegerekend.

172. Het beroep op het gelijkheidsbeginsel dient eveneens te worden verworpen, omdat, zoals de d-g NMa in zijn schriftelijke zienswijze stelt, niet is gebleken dat de moederondernemingen van Giant en Gazelle beslissende invloed hebben uitgeoefend op het beleid van hun dochterondernemingen.¹²⁹ Daaraan voegt de Adviescommissie toe dat noch uit de Mw noch uit de totstandkomingsgeschiedenis daarvan kan worden afgeleid dat de d-g NMa in beginsel gehouden is om de gedragingen aan een eventuele moederonderneming toe te rekenen.

4.4 Sanctie

4.4.1 Oplegging van een sanctie / opzet en verwijtbaarheid

173. *Bezwaarden* beroepen zich erop dat aan hen niet kan worden verweten dat zij de Mw hebben overtreden, vanwege het ontbreken van opzet en de vage strekking van de bepalingen.

174. *Giant* stelt zich op het standpunt dat haar geen boete opgelegd kan worden vanwege de vaagheid van het kartelverbod ten aanzien van de onderhavige gedragingen. *Giant* stelt zich tevens op het standpunt dat de d-g NMa op basis van het beginsel van evenredigheid ook de mate van verwijtbaarheid had behoren te betrekken in zijn overwegingen bij het vaststellen van de hoogte van de boete. De d-g NMa dient immers zoveel mogelijk aan te sluiten bij de Europese praktijk, hetgeen ook door het CBB zou zijn onderkend.¹³⁰ De mate van verwijtbaarheid hangt volgens *Giant* mede af van het ontbreken van recidive. *Giant* stelt zich op het standpunt dat *Giant* ook geen kwade bedoelingen had en dus een zeer lichte mate van verwijtbaarheid, zowel ten aanzien van de bijeenkomst in Zwolle als ten aanzien van de bijeenkomst in Vierhouten.

Beoordeling:

175. De Adviescommissie volgt *Giant* niet in haar stelling dat het kartelverbod onvoldoende duidelijk is ten aanzien van de gedragingen van bezwaarden. De omstandigheid dat de wettelijke norm voor bezwaarden onvoldoende duidelijk zou zijn, doet overigens niet af aan de verwijtbaarheid van de overtreding. Met betrekking tot onachtzaamheid of het ontbreken van de intentie de mededinging te beperken overweegt de Adviescommissie als volgt. Volgens vaste rechtspraak kan voor inbreuken op de mededingingsregels een sanctie worden opgelegd, indien zij opzettelijk of uit onachtzaamheid zijn gepleegd. In dat verband volstaat dat degene die de inbreuk heeft gepleegd, niet onkundig kon zijn van de omstandigheid dat door zijn handelwijze de

¹²⁸ Schriftelijke toelichting, randnr. 82. Het arrest van het HvJ EG, 2 oktober 2003, C-196/99P, *Siderúgica*, n.n.g. betreft een van onderhavige casus afwijkende feitelijke situatie (toerekening van gedragingen tussen twee zusterondernemingen) en leidt in voorliggende casus niet tot een andere conclusie.

¹²⁹ Schriftelijke zienswijze, randnr. 83.

¹³⁰ CBB, uitspraak van 15 juli 2004, AWB 03/132, zaak 1/Telegraaf/NOS-HMG, randnr. 6.

mededinging werd beperkt.¹³¹ De Adviescommissie is van oordeel dat Giant en ook de andere bezwaarden op de hoogte hadden kunnen en moeten zijn van het verboden karakter van hun gedragingen. Dat daarvan ook sprake was, wordt bevestigd door de reactie van de aanwezige fietsfabrikanten bij de Vierhouten-bijeenkomst, nadat het briefpapier van de NMa zichtbaar werd. Recidive vormt in dit verband overigens veeleer een verzwarende omstandigheid dan dat het ontbreken daarvan een reden vormt om geen sanctie op te leggen.

4.4.2 Toerekening van de boete aan de afzonderlijke gedragingen

176. De *d-g NMa* heeft besloten om met betrekking tot de overeenkomsten dan wel de onderlinge afgestemde feitelijke gedragingen met betrekking tot het prijsbeleid voor het seizoen 2001 een enkele sanctie op te leggen.¹³²

177. *Bezwaarden* stellen zich op het standpunt dat niet helder is welk deel van de boete aan welke gedraging (Zwolle of Vierhouten) dient te worden toegerekend. Dat zou te meer klemmen omdat Koga niet aanwezig is geweest bij de bijeenkomst in Vierhouten.¹³³

Beoordeling:

178. De Adviescommissie is van oordeel dat er voldoende aanknopingspunten zijn om de gedragingen te kwalificeren als onderdelen van één en dezelfde overtreding, welke betrekking heeft op het prijsbeleid van het fietsseizoen 2001 (zie randnummer 126 van dit Advies).

179. De NMa kan dan ook volstaan met één boete, zoals ook wordt onderschreven in punt 25 van de richtsnoeren boetetoemeting. De boete hoeft dan niet te worden opgedeeld in afzonderlijke delen die aan ieder van de gedragingen dient te worden toegerekend. In zoverre worden de bezwaren dan ook verworpen.

180. Evenmin kan het bezwaar van Accell worden gevolgd, dat aan Koga in strijd met het arrest *Adriatica* ten onrechte de gedraging in Vierhouten zou worden aangerekend.¹³⁴ De boete is immers opgelegd aan de moederonderneming Accell aan wie de gedragingen zijn toegerekend van zowel Koga als Batavus, welke laatste wel bij de bijeenkomst in Vierhouten aanwezig was.

181. Tenslotte is de Adviescommissie in paragraaf 4.1.4 van dit Advies tot het oordeel gekomen dat de *d-g NMa* in het besluit anders dan in het rapport een kwalificatie heeft opgenomen ten aanzien van de minimale margevergoeding die NFP aan de rijwielhandelaren zou dienen te betalen. De omstandigheid dat een deel van de gedragingen in het totaal van de inbreuk niet langer aan bezwaarden zou kunnen worden

¹³¹ HvJ EG, arrest van 1 februari 1978, zaak 19/77, Miller, *Jur.* 1978, p. 131. HvJ EG, arrest van 11 juli 1989, zaak 246/86, Belasco, *Jur.* 1989, p. 2117, punten 40-42; GvEA, arrest van 6 april 1995, T-143/89, Ferriere Nord, *Jur.* 1995, p. II-917, punt 41; Commissiebeschikking, FEG, reeds aangehaald, punten 131-134, zoals bevestigd in GvEA, arrest van 16 december 2003, gev. zaken T-5/00 en T-6/00, FEG, n.n.g., punt 396; Commissiebeschikking, Ereloonregeling Belgische Architecten, reeds aangehaald randnr. 123. In gelijke zin zie: C.T. Dekker, *Nederlands Mededingingsprocesrecht*, Kluwer 2002, p. 343 e.v.

¹³² Besluit, randnrs. 200 en 196-198.

¹³³ GvEA, arrest van 11 december 2003, zaak T-61/99, *Adriatica*, punten 186-198.

¹³⁴ *Adriatica*, reeds aangehaald, punten 186-198.

tegengeworpen, doet niet af aan de mogelijkheid om vanwege de ernst van de gedragingen, welke in het besluit op bezwaar wel aan bezwaarden kunnen worden verweten, de boete voor de gehele inbreuk onverkort op te leggen. Ondanks dit uitgangspunt is de Adviescommissie in dit geval van oordeel dat de schending door de d-g NMa van de door hem in acht te nemen zorgvuldigheid bij de verzekering van de procedurele waarborgen van betrokkenen, niet onverkort voor rekening van bezwaarden dient te komen. Zij geeft de d-g NMa om die reden in overweging een verlaging toe te passen van 10% van de boete.

4.4.3 Toepasselijkheid van de boeterichtsnoeren

182. De d-g NMa heeft bij de vaststelling van de boete gebruik gemaakt van de richtsnoeren boetetoemeting.¹³⁵

183. *Accell* stelt zich op het standpunt dat de d-g NMa niet zonder meer gebonden is aan de boeterichtsnoeren. In elke situatie dient rekening te worden gehouden met de specifieke omstandigheden van het geval. De d-g NMa is volgens *Accell* al zeer vaak afgeweken van de boeterichtsnoeren. Die ongebondenheid zou ook volgen uit de omstandigheid dat de richtsnoeren andere uitgangspunten hanteren (generale en speciale preventie) dan de wet (maximumstraf) en niet aansluiten bij de randvoorwaarden uit de Mw, het proportionaliteitsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel. De boeterichtsnoeren zouden daarmee strijdig zijn met de Mw en derhalve onverbindend. Tevens zouden er in strijd met de wet en de traditie minimumstraffen zijn. Tenslotte zou het gelijkheidsbeginsel worden geschonden als *Batavus* en *Koga* voor een zelfde gedraging een veel hogere boete opgelegd krijgen dan *Gazelle*, vanwege de omstandigheid dat zij deel uitmaken van een groter concern.

184. *Gazelle* stelt zich eveneens op het standpunt dat de Boeterichtsnoeren buiten toepassing moeten worden gelaten, omdat zij strijdig zouden zijn met de Mededingingswet. De volgens de boeterichtsnoeren opgelegde boete mag nooit hoger zijn dan het wettelijke maximum. Dat zou zonder de aftopping wel het geval zijn geweest. Daarbij volgt uit art. 57 Mw een andere systematiek. Er is nu geen enkele mogelijkheid om een veel ernstiger overtreding te bestraffen met een hogere boete.

Beoordeling

185. Deze bezwaren moeten worden verworpen. De richtsnoeren boetetoemeting dienen om de toepassing van de bevoegdheden uit de wet inzichtelijk te maken. Zij vormen de weergave van het beleid dat geleidelijk is ontwikkeld, welke bevoegdheid de d-g NMa in het licht van de wetsgeschiedenis toekomt.¹³⁶ Voor zover het bestuursorgaan binnen de grenzen van het wettelijke maximum blijft en toepassing geeft aan de wettelijke criteria "ernst en duur van de overtreding"¹³⁷, staat het hem bij gebreke aan een concrete wettelijke of nadere ministeriële norm vrij om dit beleid naar eigen inzicht vorm te geven. De richtsnoeren binden in beginsel slechts het bestuursorgaan, maar die omstandigheid doet niet af aan de mogelijkheid voor bezwaarden om een beroep te doen op de

¹³⁵ Richtsnoeren boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 57 van de Mededingingswet, 19 december 2001, *Staatscourant* 2001, 248, p. 90.

¹³⁶ MvT Mw, kamerstukken II, 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 89.

¹³⁷ Art. 57, tweede lid, Mw; richtsnoeren boetetoemeting, punt 9.

beginselen en uitgangspunten die aan de richtsnoeren ten grondslag liggen en tevens op de gelijke toepassing van het beleid in gelijke omstandigheden. De door de d-g NMa gehanteerde uitgangspunten bij het opleggen van een boete zijn preventie (generaal en speciaal), alsmede de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel.¹³⁸ Daarbij behoudt de d-g NMa zich enige discretionaire marge voor om rekening te kunnen houden met de specifieke omstandigheden van het individuele geval.¹³⁹ Deze uitgangspunten komen de Adviescommissie niet ongeschikt voor. De omstandigheid dat in de richtsnoeren van de Commissie niet uitdrukkelijk dergelijke uitgangspunten zijn opgenomen, doet aan de geschiktheid van voornoemde criteria niet af.¹⁴⁰

186. Het wettelijke maximum waar bezwaarden een beroep op doen is niet een uitgangspunt, maar vormt een waarborg tegen naar het oordeel van de wetgever als excessief aan te merken boetes. Deze waarborg betreffende het wettelijke maximum is ook in punt 29 van de richtsnoeren boetetoemeting opgenomen. Het betoog van Accell dat het wettelijke maximum als uitgangspunt moet dienen, kan dan ook niet worden gevolgd. Evenmin wordt de stelling van Accell gevolgd dat het gelijkheidsbeginsel wordt geschonden. Reeds als gevolg van de omstandigheid dat gedragingen worden toegerekend aan de moedermaatschappij, omdat die het beleid van de dochter heeft bepaald, is geen sprake van gelijke gevallen. Ook de wetsgeschiedenis gaat er van uit dat bij de toerekening van een gedraging aan de moedermaatschappij, wegens bepaling van het beleid van dochter, de gezamenlijke omzet als uitgangspunt voor de berekening van de omzet kan worden genomen.¹⁴¹

187. De bezwaren dat de wet en de traditie zich zouden verzetten tegen een minimumstraf welke zou volgen uit de toepassing van de richtsnoeren worden door de Adviescommissie niet gedeeld. Noch in de Mededingingswet, noch in de wetsgeschiedenis is voor die stelling een aanknopingspunt te vinden, zoals de NMa opmerkt.¹⁴² Dit standpunt is door Accell onvoldoende geadstrueerd om tot een andere conclusie te komen.

188. De Adviescommissie wenst hieraan toe te voegen dat het begrip "betrokken omzet" een beperktere invulling geeft aan het begrip "omzet van de onderneming" uit art. 57, eerste lid Mw dan op basis van de letterlijke tekst van de wet mogelijk is. Met de beperking van de boetegrondslag tot "de waarde van alle transacties, die door de onderneming tijdens de totale duur van de overtreding is behaald met de verkoop van goederen en/of levering van diensten waarop de overtreding betrekking heeft",¹⁴³ geeft de d-g NMa naar het oordeel van de Adviescommissie invulling aan het evenredigheidsbeginsel.

¹³⁸ Richtsnoeren boetetoemeting, punten 6 tot en met 8.

¹³⁹ Richtsnoeren boetetoemeting, punt 4.

¹⁴⁰ Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van Verordening 17, respectievelijk artikel 65, lid 5, van het EGKS-Verdrag worden opgelegd, Mededeling van 14 januari 1998, Pb. EG 1998, C 9/3.

¹⁴¹ MvT Mw, kamerstukken II, 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 88.

¹⁴² Schriftelijke toelichting, randnr. 89.

¹⁴³ Richtsnoeren boetetoemeting, punt 15.

4.4.4 Berekening van de boete volgens de boeterichtsnoeren

4.4.4.1 Boetegrondslag

189. De *d-g NMa* heeft als boetegrondslag gehanteerd 10% van de betrokken omzet van Accell, Gazelle en Giant. Deze betrokken omzet is vastgesteld op basis van de door deze ondernemingen in het kader van de procedure verschaft informatie.¹⁴⁴

190. *Accell* stelt zich op het standpunt dat de betrokken omzet niet als basis kan dienen voor de boetetoemeting. De onduidelijkheid over de afspiegeling van de daadwerkelijke schade in de forfaitaire percentages, alsmede het BAC-Advies inzake *Tango* staan daaraan in de weg. Daarentegen zou de betrokken omzet van ieder van de ondernemingen wel kunnen gelden als verdelingsmaatstaf van de totale voor de overtreding aan de betrokken ondernemingen opgelegde boete, conform de Europese boeterichtsnoeren. *Accell* stelt zich tevens op het standpunt dat voor de vaststelling van de betrokken omzet de markt dient te worden afgebakend. Tevens is volgens *Accell* ten onrechte voor de bijeenkomst in Vierhouten tevens de omzet van (de daar niet aanwezige) *Koga* meegewogen. *Koga* produceert geen fietsen die in aanmerking komen voor de bedrijfsfietsenregeling. Ten aanzien van *Koga* is zoals blijkt uit randnummer 170 van het besluit dan ook geen overtreding vastgesteld. Deze omstandigheid niet meewegen, zou strijd opleveren met het evenredigheidsbeginsel.¹⁴⁵

191. *Gazelle* stelt zich op het standpunt dat voor de vaststelling van de betrokken omzet de markt had behoren te worden afgebakend. *Gazelle* stelt zich verder op het standpunt dat de betrokken omzet van de overtredingen inzake de bijeenkomst in Vierhouten alleen betrekking dient te hebben op de omzet die via NFP geleverde bedrijfsfietsen wordt gerealiseerd.

192. *Giant* stelt zich op het standpunt dat de *d-g NMa* bij het opvragen van de omzet gegevens over het jaar 2003 onzorgvuldig heeft gehandeld, door niet het beschikbaar komen van die cijfers af te wachten, maar het risico te aanvaarden dat met de opgelegde boete meer dan het boetemaximum werd opgelegd. *Giant* stelt zich op het standpunt dat haar betrokken omzet nihil is, omdat haar consumentenadviesprijzen reeds vaststonden voor 13 juni 2000 en de prijzen voor de Boulders zelfs al per maart 2000. Ook dient volgens *Giant* de omzet van Race- en ATB-frames van de in het besluit gehanteerde betrokken omzet te worden afgetrokken, omdat die slechts zou zien op fietsen. Frames zijn een zelfstandig product. *Tenslotte* stelt *Giant* zich op het standpunt dat haar betrokken omzet ten aanzien van de gedragingen rond de bijeenkomst in Vierhouten slechts de omzet van *Giant* aan NFP in het seizoen 2001 kan betreffen en niet de gehele omzet.

Beoordeling

193. De Adviescommissie is van oordeel dat deze bezwaren dienen te worden verworpen. Anders dan bezwaarden stellen, is de relevante markt voldoende helder afgebakend en behoeft voor de oplegging van de boete niet een nadere afbakening plaats te vinden. De verwijzing naar de zaak *Tango* kan *Accell* in onderhavige zaak niet

¹⁴⁴ Besluit, randnrs. 211-213.

¹⁴⁵ GvEA, arrest van 11 december 2003, zaak T-61/99, *Adriatica*, punt 191.

baten.¹⁴⁶ De reden voor de Adviescommissie om in die zaak met een beroep op de evenredigheid de d-g NMa te adviseren gebruik te maken van zijn inherente afwijkingsbevoegdheid is gebaseerd op de specifieke omstandigheden van dat geval. De betrokken omzet in die zaak was naar het oordeel van de Adviescommissie te hoog, omdat de af te dragen accijnzen, heffingen en belastingen een groot deel uitmaakten van de uiteindelijke verkoopprijs van de benzineproducten. Het verzoek van Accell aan de NMa om af te wijken van de richtsnoeren boetetoemeting en vervolgens over te gaan tot toepassing van een systematiek, zoals die door de Commissie wordt toegepast, dient te worden afgewezen. Zoals vastgesteld in paragraaf 4.4.3 van dit Advies, zijn de richtsnoeren boetetoemeting van de d-g NMa en de daarin gehanteerde uitgangspunten en criteria in overeenstemming met de Mededingingswet. Onder die omstandigheid binden zij de d-g NMa bij de uitoefening van zijn bevoegdheid om boetes op te leggen.

194. De bezwaren van Gazelle en Giant dat in de betrokken omzet ten aanzien van de Vierhouten-gedraging alleen de omzet aan NFP dient te worden opgenomen, miskent de omstandigheid dat sprake is van een inbreuk bestaande uit twee overtredingen met betrekking tot het prijsbeleid voor het seizoen 2001, bestaande uit meerdere gedragingen, waarvoor één sanctie is opgelegd. Ook het bezwaar van Accell dat ten onrechte de omzet van Koga zou zijn meegerekend bij de vaststelling van de betrokken omzet dient te worden verworpen. Zoals de Adviescommissie vaststelde in paragraaf 4.4.2 van dit Advies, is de boete opgelegd aan de moederonderneming Accell aan wie de gedragingen zijn toegerekend van zowel Koga als Batavus, welke laatste wel bij de bijeenkomst in Vierhouten aanwezig was. De betrokken omzet van Accell dient dan ook als uitgangspunt te worden genomen. Het bezwaar van Giant dat de betrokken omzet nihil is, omdat de prijzen destijds reeds zouden hebben vastgestaan, moet worden verworpen. Voldoende is komen vast te staan dat Giant heeft deelgenomen aan de overeenkomst dan wel onderling afgestemde feitelijke gedraging (zie paragraaf 4.3 van dit Advies).

195. De Adviescommissie kan op basis van het dossier niet oordelen over de vraag of de verkoop van ATB- en raceframes op gelijke wijze in de prijslijstensystematiek is betrokken als de overige fietsen die onderwerp waren van de besprekingen ter vaststelling van de adviesprijzen (Zwolle-overtreding). Zij kan dan ook niet vaststellen of de concurrentiebeperkende strekking van de afspraak zich niet ook zou uitstrekken tot deze frames, zoals Giant stelt. De d-g NMa wordt dan ook geadviseerd met betrekking tot de losse ATB- en raceframes nader te onderbouwen of deze onder de overeenkomst dan wel onderling afgestemde feitelijke gedraging vallen en derhalve dienen te worden meegenomen in de betrokken omzet.

4.4.4.2 Ernst van de overtreding

196. De d-g NMa stelt vast dat sprake is van overtredingen van horizontale aard die betrekking hebben op prijzen. Zij zijn als "zeer zware overtredingen" aangemerkt. Als economische context van de overtredingen is meegewogen dat de overtredingen betrekking hebben op onderdelen van prijzen voor alle fietsmodellen 2001 en zijn begaan door de drie fietsfabrikanten, met een gezamenlijk marktaandeel van 75%, zodat sprake is van een hoge mate van concentratie van productie en verkoop. Verder is als gevolg van

¹⁴⁶ D-g NMa, besluit van 25 juni 2002, zaak 2498, Tango. Advies van de Adviescommissie d.d. 27 maart 2003.

de jaarlijkse brochures de concurrentie tussen de fabrikanten reeds verflauwd. De d-g NMa neemt tevens de kostenstijging als gevolg van exogene factoren (gestegen yen- en dollarkoersen) bij de economische context in aanmerking. Ook zonder afgestemd gedrag zouden de desbetreffende koersfluctuaties volgens de d-g NMa in de consumentenadviesprijzen tot uitdrukking zijn gebracht, al is niet vast te stellen in welke mate dat voor iedere onderneming het geval zou zijn geweest. Tenslotte is de d-g NMa van oordeel dat de overtreding met betrekking tot de bedrijfsfietsen slechts een beperkt effect heeft gehad, omdat bedrijfsfietsen een klein deel uitmaken van het totaal aantal verkochte fietsen. Bovendien is aan de overtreding geen nadere uitvoering gegeven. De d-g NMa concludeert dat sprake is van een "ernstige overtreding" en bepaalt de rekenfactor op 1,5.¹⁴⁷

197. *Bezwaarden* stellen zich op het standpunt dat de d-g NMa ten onrechte de gedragingen met betrekking tot de consumentenadviesprijs als "zeer zware overtreding" aanmerkt. In andere besluiten worden overtredingen met betrekking tot prijzen, vanwege de omstandigheden niet als "zeer zwaar" aangemerkt.¹⁴⁸ De d-g NMa had volgens Accell in dit besluit die omstandigheden moeten onderzoeken. Volgens haar was deze overtreding niet schadelijk voor de consument, ontbreekt een bindend karakter, had de bijeenkomst in Zwolle plaats in het kader van een legitiem overleg en vormde dat overleg op zichzelf geen forum voor mededingingsbeperkende afspraken. Ook wijst Accell op de omstandigheid dat er slechts één bijeenkomst zou zijn geweest en er geen prijsadviezen zouden zijn gegeven. Op basis van de Europese praktijk zou daarom evenmin sprake zijn van een "zeer zware overtreding". Volgens Gazelle ziet geen van de typeringen uit de boeterichtsnoeren op de voorliggende gedragingen. Giant meent dat de d-g NMa de gedraging ten onrechte niet slechts heeft ingedeeld als "zware overtreding", waartoe hij over voldoende discretionaire ruimte zou beschikken.¹⁴⁹ Dit zou ook conform de praktijk van de Commissie zijn. Volgens bezwaarden zou uit het besluit niet zijn af te leiden hoe elk van de overtredingen heeft bijgedragen aan de kwalificatie van de ernst van de overtredingen. Zo zou niet duidelijk worden uit het besluit of de overtreding betreffende de bijeenkomst in Vierhouten als "zeer zwaar" is aangemerkt. Randnummer 25 van de boeterichtsnoeren zou daaraan niet afdoen, omdat dat ziet op eventuele afzonderlijke boetes en niet op de kwalificatie van de inbreuken.

198. Ten aanzien van de economische context stellen bezwaarden zich op het standpunt dat de betrokken gedragingen geen aantoonbare effecten hebben gehad en er geen schade is toegebracht aan concurrenten, afnemers en consumenten. Tevens volgt uit het besluit dat ook zonder afgestemd gedrag de koersfluctuaties in de prijzen tot uitdrukking zouden zijn gebracht. De d-g NMa zou verder ook zelf stellen dat slechts (deels) uitvoering is gegeven aan de afstemming ten aanzien van het prijsbeleid. Aan de gedragingen met betrekking tot de bedrijfsfietsen zou in het geheel geen uitvoering zijn gegeven. Wat dat betreft, zouden de richtsnoeren alleen ten aanzien van de betrokken omzet bepalen dat niet-uitvoering van de afspraken niet relevant is. Bovendien gaat het hier om slechts

¹⁴⁷ Besluit, randnrs. 214-224.

¹⁴⁸ Besluiten van: 25 juni 2002, zaak 2498, Tango; 19 maart 2003, zaak 2021, OSB; 13 november 2003, zaak 2973, BOVAG-NCBRM; 18 december 2003, zaak 2906, Heijmans en Solétanche Bachy; 26 april 2004, zaak 3310, NTG; en 26 april 2004 zaak 3309 NIP, LVE, NVP en NVVP.

¹⁴⁹ Boeterichtsnoeren, punt 4.

eenmalige bijeenkomsten, hebben de fietsfabrikanten geen kartelverleden en is er geen sprake van recidive. De gestelde overtredingen zouden het marktgedrag op geen enkele wijze hebben beïnvloed. Volgens Giant zou de d-g NMa ten onrechte het gewicht van de overtreder binnen de nationale economie niet hebben meegewogen. Bezwaarden herhalen het standpunt dat ter vaststelling van de omvang van de markt de relevante markt nader moet worden afgebakend. Er zou in dat verband geen sprake zijn van een horizontale gedraging vanwege het gegeven dat bezwaarden niet als concurrenten zijn aan te merken. Verder zou de prijsinformatie vanwege het openbare en niet bindende karakter op een heterogene markt geen effect kunnen hebben gehad. Ook zou de stelling van de d-g NMa in randnummer 219 van het besluit dat er reeds een verzwakte concurrentie is op deze markt, onvoldoende zijn onderbouwd.

199. *Accell* stelt zich op het standpunt dat op basis van het voorgaande de rekenfactor van 1,5 onjuist is.

200. *Giant* stelt zich in dit verband op het standpunt dat het onderscheid tussen een overeenkomst of een onderling afgestemde feitelijke gedraging van belang is bij de vaststelling van de boete en dient een onderscheid te worden gemaakt tussen afspraken over adviesprijzen en prijselementen (korting) enerzijds en afspraken over prijzen anderzijds.

201. *Tenslotte* stelt *Gazelle* zich op het standpunt dat de bijeenkomsten geen horizontale maar verticale gedragingen betreffen.

Beoordeling

202. De bezwaren met betrekking tot de kwalificatie van de gedragingen als “zeer zware overtreding” moeten worden verworpen. De Adviescommissie is met de d-g NMa van oordeel dat horizontale afstemming tussen ondernemingen van (onderdelen van) prijzen in het algemeen moet worden gekwalificeerd als een “zeer zware overtreding”, zoals ook expliciet blijkt uit de richtsnoeren boetetoemeting.¹⁵⁰ Afspraken over (onderdelen van) prijzen behoren tot de meest ernstige. In het voorliggende geval is er geen reden om de overtredingen tussen deze ondernemingen slechts als “zware overtredingen” te kwalificeren, zoals bezwaarden bepleiten. Er is immers sprake van verschillende horizontale afspraken met zeer verstrekkende gevolgen. Bovendien kunnen de afspraken, zoals de d-g NMa terecht opmerkt, niet worden gelijkgesteld met adviezen van ondernemersverenigingen. De omstandigheden die bezwaarden aanvoeren leiden niet tot een ander oordeel.

203. Het bezwaar van *Giant* dat onderscheid moet worden gemaakt tussen overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen is onvoldoende onderbouwd om tot een ander oordeel te komen en kan dan ook niet worden gevolgd. Zoals de d-g NMa terecht opmerkt, volgt immers uit de wet dat het begrip “mededingingsbeperkende afspraak” zowel overeenkomsten als onderling afgestemde feitelijke gedragingen omvat.¹⁵¹ Niet valt in te zien waarom bij de vaststelling van de boete met dat onderscheid rekening moet worden gehouden. Ook het door *Giant* bepleite

¹⁵⁰ Richtsnoeren boetetoemeting, punt 11.

¹⁵¹ Randnummer 104 van zijn schriftelijke toelichting.

onderscheid tussen prijsafspraken enerzijds en adviesprijzen en afspraken over prijselementen anderzijds kan niet worden gevolgd. Afspraken over prijselementen, zoals kortingen worden als “zeer zware” overtredingen aangemerkt. Voor zover er wel een onderscheid kan worden gemaakt tussen afspraken over prijzen of prijs(elementen) enerzijds en adviesprijzen anderzijds, is dat onderscheid in onderhavige casus niet relevant. De afspraken zien zowel op betalingskortingen jegens de rijwielhandelaren en kortingen jegens NFP, als op de prijzen die ieder van de fietsfabrikanten aan zijn afnemers zal adviseren. Het betreft dan ook horizontale afspraken, zodat van adviesprijzen in de zin van de Richtsnoeren Verticalen geen sprake is.¹⁵² De stelling van Gazelle dat sprake is van verticale afspraken wordt om die reden evenmin gevolgd.

204. Ten aanzien van de relevante markt is in paragraaf 4.2.2 van dit Advies komen vast te staan dat deze op een juiste en voldoende specifieke wijze is afgebakend. De bezwaren die zien op de omvang van de markt en de afwezigheid van concurrentie tussen de fietsfabrikanten leiden de Adviescommissie met betrekking tot de economische context niet tot een ander oordeel. De relevante markt levert in dit geval evenmin omstandigheden op die in het kader van de economische context leiden tot een vermindering van de ernst van de overtreding.

205. Het bezwaar dat de betreffende informatie reeds openbaar was, doelt met name op de bekendheid bij concurrenten van een voornemen om kosten door te berekenen. Volgens bezwaarden dient die openbaarheid ten gunste van bezwaarden mee te worden gewogen bij de vaststelling van de economische context en moet die leiden tot een minder ernstige inbreuk. De omstandigheid van de openbaarheid is aan de orde gekomen in dit Advies in paragraaf 4.3.3.1 Mededingingsbeperking. Kort gezegd komen de daar opgenomen overwegingen erop neer dat het feit, dat een deel van de gedragingen op een eerder moment in de tijd plaatsvond en toen wellicht nog niet het karakter had die het kreeg tijdens de latere bijeenkomst, niet kan afdoen aan het mededingingsbeperkende karakter van de gedraging. Deze omstandigheid kan evenmin afdoen aan de ernst daarvan.

206. Het bezwaar dat de d-g NMa de stelling onvoldoende onderbouwd heeft dat reeds sprake zou zijn van een verzwakte concurrentie op de markt vanwege de jaarlijkse bekendmaking van de consumentenadviesprijzen, moet eveneens worden verworpen. De min of meer gelijktijdige eenjaarlijkse publicatie van de consumentenadviesprijzen, uitgesplitst naar fietstype en uitvoering, leidt ertoe dat gedurende dat jaar de prijzen in zekere mate verstarren en het gedrag daarmee voorspelbaar wordt. Tussentijdse aanpassingen zijn immers niet gebruikelijk.

207. De overige door bezwaarden aangevoerde elementen uit de economische context zijn behandeld en meegewogen in de randnummers 217 tot en met 224 van het besluit en komen de Adviescommissie juist en voldoende onderbouwd voor. Zij verwijst voor de onderbouwing dan ook naar het besluit.

208. De rekenfactor 1,5 is op basis van randnummer 20 van de richtsnoeren boetetoemeting de minimale factor voor “zeer zware overtredingen”. Door in het besluit

¹⁵² Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, van 13 oktober 2000, Pb. EG 2000, C 291/1.

eveneens 1,5 als rekenfactor te hanteren, heeft de d-g NMa de economische context niet als verzwarend of verzwakkend meegewogen, maar als neutraal, hetgeen de Adviescommissie op basis van de voormelde omstandigheden niet onevenredig voorkomt.

209. Het bezwaar van Giant dat het gewicht van de overtreder binnen de economie niet is meegewogen, moet worden verworpen omdat die weging is geschied bij de vaststelling van de “betrokken omzet” in de voorgaande paragraaf.

4.4.4.3 Boeteverlagende / boeteverhogende omstandigheden

210. De d-g NMa heeft in het besluit geen boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden in aanmerking genomen.

211. *Accell* stelt zich op het standpunt dat er boeteverlagende omstandigheden zijn. Zo zou het gedrag verschoonbaar zijn wegens onbekendheid met het inbreukmakende karakter van haar gedraging.

212. *Gazelle* stelt zich eveneens op het standpunt dat er voor haar boeteverlagende omstandigheden zijn. Ten eerste zou zij een verdergaande medewerking hebben verleend dan waaraan zij wettelijk gebonden was. Ten tweede zou er geen sprake zijn van een vaste bedrijfspolitiek of van recidive.

213. Ook *Giant* stelt zich op het standpunt dat er voor haar boeteverlagende omstandigheden zijn. Ten eerste zou aan Giant geen initiatief kunnen worden verweten. Volgens Giant dient aan *Accell* het initiatief te worden verweten van de inbreuken tijdens de bijeenkomst in Zwolle en aan *NFP* en *Gazelle* het initiatief van de inbreuken met betrekking tot de bijeenkomst in Vierhouten. Dat daarmee geen rekening is gehouden bij het vaststellen van de boete leidt volgens Giant tot ongelijkheid. In de tweede plaats zou toepassing van een boeteverlaging wegens medewerking aan doorgeleiding van gegevens aan de belastingdienst in de bouwzaken strijd opleveren met het beginsel van een verbod van *détournement de pouvoir*. Indien dat toch gebeurt, verlangt Giant een gelijke behandeling. In de derde plaats meent Giant dat zij heeft meegewerkt aan het onderzoek en geen vaststaande feiten heeft betwist. Ten vierde zou Giant geen enkel voordeel hebben behaald. Ten vijfde heeft Giant zich gedistantieerd van de gedragingen en in de zesde plaats heeft zij zelfstandig de beweerdelijke inbreuk beëindigd. In de zevende plaats zou er voor Giant geen sprake zijn van opzet, onachtzaamheid of verwijtbaarheid.

Beoordeling

214. Het ontbreken van opzet en onbekendheid met het inbreukmakende karakter van de gedraging, zoals *Accell* betoogt, is reeds ter sprake gebracht in paragraaf 4.4.1 van dit Advies en is niet relevant voor de vaststelling van de verwijtbaarheid. Het kan evenmin leiden tot een boeteverlagende omstandigheid. Dit bezwaar dient daarom te worden afgewezen.

215. De bezwaren van *Gazelle* falen eveneens. Het betoog dat zij verdergaand heeft meegewerkt dan wettelijk vereist, is onvoldoende geadstrueerd en moet om die reden

worden afgewezen. Dat de aanwezigheid van recidive tot een boeteverhoging kan leiden, betekent niet dat de afwezigheid van recidive leidt tot boeteverlaging.

216. Tenslotte moeten ook de bezwaren van Giant worden afgewezen. De aanwezigheid van initiatief kan tot een boeteverhoging leiden, terwijl het ontbreken daarvan niet tot boeteverlaging leidt. Het beroep op een boeteverlaging wegens de doorgeleiding van de gegevens naar de belastingdienst kan Giant niet baten. De door Giant gestelde *détournement de pouvoir* in de bouwzaken regardeert Giant niet. Van gelijke situaties die een beroep op het gelijkheidsbeginsel zouden rechtvaardigen, is evenmin sprake. Medewerking aan het onderzoek, zonder dat deze medewerking verder gaat dan de wettelijke plicht, alsmede het achteraf afstand nemen van de gedragingen vormen geen omstandigheden die kunnen leiden tot een boeteverlaging. Dat geen voordeel zou zijn behaald werd reeds meegewogen bij de vaststelling van de economische context en vormt geen zelfstandige boeteverlagende omstandigheid in de zin van punt 28 van de richtsnoeren boetetoemeting. De door Giant gestelde zelfstandige beëindiging wordt door de Adviescommissie evenmin gevolgd (zie paragraaf 4.3.5 van dit Advies). Tenslotte vormt het ontbreken van opzet – op gelijke wijze als voor Accell – geen boeteverlagende omstandigheid.

4.4.5 Proportionaliteit / evenredigheid

217. *Bezwaarden* stellen zich op het standpunt dat de opgelegde boetes disproportioneel zijn en niet conform de speciale en generale preventie. In de tweede plaats zou de boete voor Gazelle lager dienen te zijn vanwege het wettelijke maximum en de factor van 1,5 in relatie tot de maximale factor 3. Daarmee zou ook de boete voor Accell en Giant disproportioneel zijn ten aanzien van de boete die aan Gazelle is opgelegd.

218. *Accell* stelt zich verder op het standpunt dat het feit dat Koga en Batavus onderdeel uitmaken van een groter concern aanleiding moet zijn om tot matiging over te gaan.

219. *Giant* stelt zich op het standpunt dat de boete niet overeenkomstig het evenredigheidsbeginsel is (art. 6 EVRM en art. 3:4, tweede lid, Awb). Daarbij beroept Giant zich op de wijze van toepassing van dit beginsel in geval van het opleggen van een bestuurlijke boete, zoals uiteengezet in de toelichting op het wetsvoorstel vierde tranche Awb.¹⁵³ Ook zou de d-g NMa de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen niet hebben afgewogen, zoals art. 3:4, eerste lid, Awb verlangt. Volgens Giant staat de in de zaak *Bovag-NCBRM* opgelegde boete in geen verhouding tot de boete die in onderhavige zaak is opgelegd, terwijl de specifieke omstandigheden van de beide zaken niet ver uiteenlopen. Ook de Europese boetepraktijk wijkt van de onderhavige zaak af en leidt tot disproportionaliteit. Evenzeer staat de boete in geen vergelijk tot boetes in andere regelgeving in het economische strafrecht. Tenslotte zou de d-g NMa op basis van het beginsel van evenredigheid ook de financiële draagkracht moeten meewegen bij de vaststelling van de hoogte van de boete, omdat de betrokken omzet en de totale omzet een onvoldoende afspiegeling vormen van de financiële draagkracht van een onderneming.

¹⁵³ MvT vierde tranche Awb, kamerstukken II, 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 141.

Beoordeling

220. De bezwaren met betrekking tot het ontbreken van evenredigheid vanwege de onderlinge verhouding van marktaandeelen van de fabrikanten en met betrekking tot de uitgangspunten bij de boeteoplegging moeten worden afgewezen. Zoals in paragraaf 4.4.3 van dit Advies werd vastgesteld, vormt de maximering van de boete een rechtswaARBorg voor ondernemingen tegen excessieve boetes. Zij vormt geen uitgangspunt bij het beleid van de boeteoplegging. Het beroep van bezwaarden op het boetemaximum als uitgangspunt moet dan ook worden afgewezen. De boete van Gazelle behoeft om die reden niet naar beneden te worden bijgesteld. Ook het beroep van Accell en Giant op een beperking van de boete voor Gazelle en een daaruitvolgende beperking van de aan hen opgelegde boetes moet derhalve worden afgewezen. Met betrekking tot de speciale en generale preventie merkt de Adviescommissie op dat deze criteria deel uitmaken van de boeterichtsnoeren. Gezien de opbouw van de richtsnoeren en de toepassing ervan in onderhavige zaak is de Adviescommissie niet van oordeel dat de generale en specifieke preventie onvoldoende zijn meegewogen.

221. Het bezwaar van Accell dat Koga en Batavus onderdeel uitmaken van één concern kan evenmin tot matiging aanleiding geven. Zoals eveneens werd vastgesteld in paragraaf 4.4.3 van dit Advies kan de omzet van de moeder die het beleid bepaalde van de dochters die de overtredingen hebben begaan, als uitgangspunt worden genomen. Dit bezwaar moet worden afgewezen.

222. Het bezwaar van Giant met betrekking tot de evenredigheid van de hoogte van de boete is onvoldoende feitelijk geadstrueerd. De gedragingen uit de zaak Bovag-NCBRM zijn als adviezen van ondernemersverenigingen slecht te vergelijken met de horizontale prijsafspraken die in voorliggende zaak voorwerp van besluit zijn. De omstandigheid dat de nationale boetepraktijk niet gelijk zou lopen met de Europese betekent niet automatisch dat sprake is van een onevenredige verhouding. De d-g NMa heeft bij de invulling van zijn boetebeleid richtsnoeren opgesteld die rekening houden met de nationale omstandigheden en het feit dat de systematiek die de Commissie hanteert kleinere ondernemingen onevenredig hard zouden raken.¹⁵⁴ Daarbij moet worden vastgesteld dat de Nederlandse fietsenmarkt zowel qua omzet als qua consumentenvoorkeur een zeer belangrijke is in Europa, hetgeen navenant invloed heeft op de positie van de nationale producenten die op die markt een belangrijke positie innemen. Met betrekking tot de verhouding tussen de boetes die in andere financiële wetgeving kunnen worden opgelegd, wijst de Adviescommissie op de omstandigheid dat de wetgever bewust heeft gekozen voor de mogelijkheid om hoge boetes op te leggen, door aan te sluiten bij de Europese boetemaxima. De bezwaren van Giant moeten dan ook worden afgewezen.

223. Tenslotte dient het bezwaar van Giant, dat onvoldoende rekening zou worden gehouden met de financiële draagkracht van ondernemingen, te worden afgewezen. Zoals de d-g NMa terecht aangeeft, wordt in geval van een financieel te hoge last voor de beboete ondernemingen een matiging toegepast. Daartoe worden bezwaarden te allen

¹⁵⁴ Richtsnoeren boetetoemeting NMa, randnr. 5.

tijde in de gelegenheid gesteld om een onderbouwde aanvraag tot verlaging wegens dreigend faillissement in te dienen.¹⁵⁵

224. In dat verband wijst de Adviescommissie op art. 4:84 van de Awb, dat eveneens voorziet in een mogelijke afwijking van de beleidsregel, indien de gevolgen van de toepassing daarvan voor belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen. Het is aan partijen om deze bijzondere omstandigheden en bedoelde onevenredigheid aannemelijk te maken. De bezwaarden zijn daarin niet geslaagd. De bezwaren met betrekking tot de evenredigheid van de boetes moeten worden afgewezen.

4.5 Slotoverweging

225. Voor zover bezwaren van bezwaarden niet aan de orde zijn gekomen, acht de Adviescommissie deze onvoldoende geadstrueerd.

¹⁵⁵ Schriftelijke toelichting, randnr. 93.

5 Conclusies en Advies

226. De Adviescommissie concludeert en adviseert de d-g NMa als volgt:

227. Het is de Adviescommissie gebleken dat de d-g NMa in het besluit een nieuwe, aanvullende kwalificatie heeft gegeven van feiten en omstandigheden uit het rapport met betrekking tot de (minimale) margevergoeding van NFP aan de rijwielhandelaren. Gelet op de overwegingen in de randnummers 36 tot en met 43 van dit Advies stelt zij een schending vast van de rechtswaARBorgen uit de Mededingingswet en adviseert de d-g NMa het verwijt inzake de (minimale) margevergoeding van NFP aan de rijwielhandelaren niet aan het besluit op bezwaar ten grondslag te leggen zonder tegemoet te zijn gekomen aan deze bezwaren. De bezwaren terzake dienen derhalve gegrond te worden verklaard.

228. De bezwaren met betrekking tot de voorgenomen toepassing van art. 81 EG in het besluit op bezwaar dienen gegrond te worden verklaard. Onder de gegeven omstandigheden wordt niet voldaan aan de waarborgen die de Mw en de Awb aan bezwaarden bieden. Gelet op de overwegingen in de randnummers 47 tot en met 49 van dit Advies wordt de d-g NMa geadviseerd het verwijt inzake de schending van art. 81 EG niet aan het besluit op bezwaar ten grondslag te leggen zonder tegemoet te zijn gekomen aan de daargenoemde bezwaren.

229. De bezwaren tegen de kwalificatie van de gedragingen met betrekking tot de verhoging van de consumentenadviesprijzen en de verlaging van de betalingskortingen dienen gegrond te worden verklaard voor zover zij als overeenkomst worden aangemerkt gelet op de overwegingen uit de randnummers 128, 130 en 131 van dit Advies. De bezwaren dienen daarentegen te worden verworpen voor zover zij als onderlinge afgestemde feitelijke gedraging worden aangemerkt, gelet op en behoudens de overwegingen uit de randnummers 129 en 132 tot en met 136 van dit Advies.

230. De bezwaren tegen de kwalificatie van de gedragingen met betrekking tot de maximumkorting dienen gegrond te worden verklaard voor zover zij als overeenkomsten worden aangemerkt. De bezwaren dienen daarentegen te worden verworpen voor zover zij als onderlinge afgestemde feitelijke gedraging worden aangemerkt, gelet op de overwegingen 128, 129 en 137 tot en met 140 van dit Advies.

231. De Adviescommissie is van oordeel dat sprake is van één enkele inbreuk met betrekking tot het prijsbeleid voor het fietsseizoen 2001, gelet op de overwegingen uit randnummer 126 van dit Advies. Daartoe heeft volgens haar gedurende en voorafgaand aan twee afzonderlijke bijeenkomsten afstemming plaatsgehad die ziet op verschillende onderwerpen.

232. De bezwaren met betrekking tot de toerekening van de boete aan de afzonderlijke gedragingen van de overtreding dienen te worden verworpen. Wel is de Adviescommissie van oordeel dat de d-g NMa bij de verzekering van de procedurele waarborgen jegens betrokkenen onvoldoende zorgvuldig heeft gehandeld, gelet op de overwegingen in

randnummer 181 van het Advies. Zij geeft de d-g NMa om die reden in overweging een verlaging toe te passen van 10% van de boete.

233. De Adviescommissie kan met betrekking tot losse ATB- en raceframes niet vaststellen of de concurrentiebeperkende strekking van de afspraak zich niet ook zou uitstrekken tot deze frames. Gelet op de overwegingen in randnummer 195 van dit Advies wordt de d-g NMa geadviseerd nader te onderbouwen of deze onder de mededingingsbeperkende gedraging vallen en of zij dienen te worden meegenomen in de betrokken omzet.

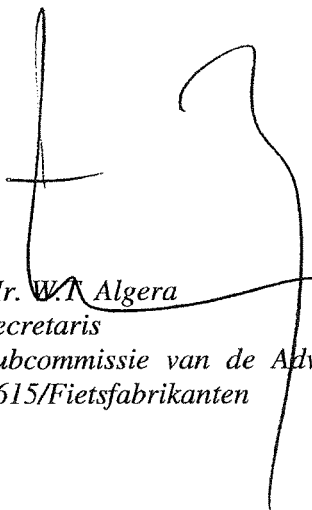
234. Voor het overige dienen de bezwaren ongegrond te worden verklaard.



Mr. drs. R.C. van Houten

Voorzitter

Subcommissie van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet voor zaak 1615/Fietsfabrikanten



Mr. W.A. Algera

Secretaris

Subcommissie van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet voor zaak 1615/Fietsfabrikanten