

BESLUIT

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit tot vaststelling van niet-naleving van artikel 5:20, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht en tot oplegging van een boete op grond van artikel 69, eerste lid, van de Mededingingswet.

Betreft: Zaaknummer 802/Edipress vs Audax

FEITEN

I. Achtergrond en verloop van de procedure

1. Op 5 juni 1998 heeft de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit (hierna: NMa) een aanvraag van Edipress International BV en Edipress Express BV (hierna tezamen: Edipress) om toepassing van de artikelen 56 en 83 van de Mededingingswet (hierna: Mw) ontvangen. Deze aanvraag is in behandeling genomen onder zaaknummer 802 (verzoek ex artikel 56 Mw) en onder zaaknummer 803 (verzoek ex artikel 83 Mw).

2. Edipress stelt dat Audax BV, Van Gelderen Import BV, Betapress BV en AKO BV (hierna tezamen: Audax) bezig is de toegang tot de Nederlandse markt voor de import en distributie van buitenlandse kranten en tijdschriften af te sluiten. Volgens Edipress heeft Audax op die markt slechts n concurrent, Edipress, die zij met alle mogelijke vormen van machtsvertoon en machtsmisbruik tracht te elimineren.

3. Op 12 augustus 1998 heeft de directeur-generaal van de NMa op het verzoek van Edipress in zaak 803 beslist en een voorlopige last onder dwangsom op grond van artikel 83 Mw opgelegd aan Audax.

4. Sederdien vindt naar aanleiding van het verzoek ex artikel 56 Mw van Edipress het onderzoek in de bodemprocedure -zaak 802- plaats. In het kader van het onderzoek in die zaak zijn schriftelijke vragen aan partijen gesteld.

5. Door de gedragingen van Audax gedurende het onderzoek zijn door Audax meerdere overtredingen als bedoeld in artikel 69, eerste lid, Mw begaan. Ingevolge artikel 77, eerste lid, Mw maakt de ambtenaar die de overtredingen vaststelt daarvan en rapport op.

6. Op 24 december 1998 is vervolgens een rapport als bedoeld in artikel 77, eerste lid, Mw, jo. artikel 69 Mw en artikel 70 Mw, gericht aan Audax, opgemaakt en bij brief van dezelfde datum aan Audax verzonden.

7. Bij brief van 31 december 1998 is Audax overeenkomstig het bepaalde in artikel 78, eerste lid, Mw schriftelijk opgeroepen om naar keuze mondeling of schriftelijk haar zienswijze omtrent het rapport naar voren te brengen.

8. Bij brief van 8 januari 1999 heeft Audax schriftelijk haar zienswijze naar voren gebracht omtrent het rapport. Op 13 januari 1999 heeft Audax tijdens een hoorzitting mondeling haar zienswijze over het rapport gegeven.

9. Inmiddels is op 9 februari 1999 tevens het rapport als bedoeld in artikel 59 Mw terzake van de bodemprocedure in zaak 802 vastgesteld. Een afschrift van het rapport is bij brief van 10 februari 1999 aan Audax toegezonden.

-

II. Het rapport inzake overtreding van de medewerkingsplicht

De verweten gedragingen

10. Bij brief van 5 oktober 1998 is aan de gemachtigde van Audax in het kader van de bodemprocedure in zaak 802 verzocht verscheidene vragen te beantwoorden voor 20 oktober 1998, 16.00 uur. Audax is in dit verband gewezen op de medewerkingsplicht neergelegd in artikel 5:20, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb).

11. Bij brief van 22 oktober 1998 is er tijdens de directeur-generaal van de NMa op gewezen dat de gestelde vragen niet volledig zijn beantwoord. Audax is in de gelegenheid gesteld de ontbrekende antwoorden te verstrekken voor 28 oktober 1998, 16.00 uur. In dat verband is Audax wederom op haar medewerkingsplicht ex artikel 5:20, eerste lid, Awb gewezen en op de bevoegdheid van de directeur-generaal van de NMa een boete op te leggen krachtens artikel 69 Mw in het geval Audax niet meewerkt dan wel de vragen niet zorgvuldig beantwoordt. Niet overgelegd waren onder meer notulen van de directievergaderingen van Audax vanaf 1 januari 1995.

12. Op 30 oktober 1998 heeft Audax een aantal mappen met notulen overgelegd. Gebleken is dat deze verre van volledig zijn.

13. Op 11 december 1998 is Audax andermaal in de gelegenheid gesteld de ontbrekende stukken te overleggen dan wel uitdrukkelijk aan te geven waarom in een bepaalde week niet is vergaderd, en wel tot uiterlijk 17 december 1998, 16.00 uur. Hierbij is vermeld dat in geval van een niet-tijdige dan wel onzorgvuldige medewerking een rapport zal worden opgemaakt ten behoeve van het opleggen van een boete krachtens artikel 69 Mw en een last onder dwangsom krachtens artikel 70 Mw op grond waarvan de bovenstaande gegevens alsnog dienen te worden aangeleverd.

14. Bij dezelfde brief is Audax verzocht een zes-tal additionele vragen te beantwoorden voor 18 december 1998 16.00 uur. Ook in dit verband is Audax gewezen op de medewerkingsplicht ex artikel 5:20, eerste lid, Awb als ook op de bevoegdheid van de directeur-generaal van de NMa tot het opleggen van een boete ex artikel 69 Mw en een last onder dwangsom ex artikel 70 Mw bij ontstentenis van een dergelijke medewerking.

15. Bij faxbericht van 17 december 1998, ontvangen om 16.24 uur, heeft Audax te kennen gegeven dat het vanwege de eindejaarsdrukke onmogelijk is de gestelde vragen binnen de gestelde termijn te beantwoorden waarbij wordt aangetekend dat zij alles in het werk zal stellen om de gevraagde gegevens een week later te bezorgen.

16. Van een constructieve, actieve medewerking van de zijde van Audax kan niet worden gesproken nu zij (i) de notulen in eerste instantie niet overlegde, (ii) na nogmaals daartoe te zijn verzocht, weliswaar een aantal mappen notulen overlegde doch twee dagen na de daartoe gestelde termijn, (iii)

waarbij Audax geen inzicht verschaft in de vergaderfrequentie van de betrokken vennootschappen, een gegeven waarop zij zich bij brief van 17 december 1998 beriep om aan te geven dat de overgelegde notulen wel volledig zijn, (iv) de zes bij brief van 11 december 1998 gestelde aanvullende vragen vrij eenvoudig te beantwoorden vragen betreffen met dien verstande dat de vraag omtrent het marktaandeel van Audax reeds op de hoorzitting van 7 december 1998 in procedure 803 is gesteld en overigens de onderbouwing van - een deel van - de door Audax verdedigde marktafbakening betreft, en ten slotte (v) verzuimd heeft na ontvangst van het verzoek om informatie van 11 december 1998 met de NMa contact op te nemen ter zake van een - zo wenselijk - mogelijke aanpassing van de termijn waarbinnen de gestelde vragen dienen te worden beantwoord.

17. Bij brief van 18 december 1998 heeft de directeur-generaal van de NMa Audax hernieuwd in de gelegenheid gesteld de verzochte informatie te verstrekken, en wel voor 23 december 1998, 12.00 uur. Hierbij is vermeld dat in geval de informatie op dat tijdstip niet is verstrekt, dit zal worden opgevat als een weigering als bedoeld in artikel 70 Mw, en alsdan een rapport zal worden opgemaakt ten behoeve van het opleggen van een boete krachtens artikel 70 Mw op grond waarvan de bovenstaande gegevens alsnog dienen te worden aangeleverd. Bij faxbericht van 23 december 1998, ontvangen om 10.49 uur heeft Audax in zeer algemene termen geantwoord op de in de brief van 18 december 1998 gestelde vragen. Voor de inhoudelijke beantwoording verwijst zij naar bijlagen, die de directeur-generaal van de NMa op 23 december 1998, om 11.45 uur, heeft ontvangen. Deze bleken echter verre van volledig te zijn.

De conclusies van de rapporteur

18. Audax heeft verzuimd desgevraagd de informatie te verschaffen in het kader van het onderzoek in de bodemprocedure in deze zaak. Binnen het tijdsbestek van een redelijke termijn heeft de Audax niet dan wel onvolledig de gevraagde informatie verschaft. Hiermee is Audax haar medewerkingsverplichting zoals neergelegd in artikel 5:20, eerste lid, Awb en artikel 5:17, eerste lid, Awb niet nagekomen. Aangezien Van Gelderen Import BV, Betapress BV en AKO BV volledige dochterondernemingen van Audax BV zijn, wordt de weigering mee te werken aan Audax BV toegerekend.

De voorgenomen sancties

19. Gezien het rapport van 24 december 1998 heeft de directeur-generaal van de NMa bij brief van 24 december 1998 het voornemen kenbaar gemaakt om:

1. met toepassing van artikel 69, eerste lid, Mw Audax BV, Van Gelderen Import BV, Betapress BV en AKO BV een boete op te leggen;
2. met toepassing van artikel 70, eerste lid, Mw Audax BV, Van Gelderen Import BV, Betapress BV en AKO BV een last onder dwangsom op te leggen die er toe strekt dat Audax BV, Van Gelderen Import BV, Betapress BV en AKO BV uitdrukkelijk aangeven aan de directeur-generaal van de NMa waarom in een bepaalde week niet is vergaderd als bedoeld in overweging 9 en 10 van het rapport alsmede inzicht geven in de vergaderfrequentie als bedoeld in overweging 11, voorzover het vergaderingen van de betreffende vennootschappen betreft;
3. met toepassing van artikel 70, eerste lid, Mw Audax BV, Van Gelderen Import BV, dan wel enige andere werkmaatschappij van Audax BV

een last onder dwangsom op te leggen die ertoe strekt dat Audax BV, Van Gelderen Import BV, dan wel enige andere werkmaatschappij van Audax BV, uitdrukkelijk en onderbouwd aangeeft aan de directeur-generaal van de NMa welke marge door Audax BV, Van Gelderen Import BV, dan wel enige andere werkmaatschappij van Audax BV is overeengekomen met de Italiaanse uitgever RCS Editori (hierna: RCS) vanaf september 1996 tot en met mei 1998;

4. met toepassing van artikel 70, eerste lid, Mw Audax BV, Van Gelderen Import BV, Betapress dan wel enige andere werkmaatschappij van Audax BV een last onder dwangsom op te leggen die ertoe strekt dat Audax BV, Van Gelderen Import BV, Betapress BV dan wel enige andere werkmaatschappij van Audax BV, uitdrukkelijk en onderbouwd aangeeft aan de directeur-generaal van de NMa:
 - het marktaandeel van Van Gelderen Import BV,
 - het marktaandeel van Betapress BV,

op de markt van import en distributie van buitenlandse dagbladen en tijdschriften bestemd voor losse verkoop en abonnementen in Nederland;

5. met toepassing van artikel 70, eerste lid, Mw Audax BV, Van Gelderen Import BV, AKO BV dan wel enige andere werkmaatschappij van Audax BV een last onder dwangsom op te leggen die ertoe strekt dat Audax BV, Van Gelderen Import BV, AKO BV dan wel enige andere werkmaatschappij van Audax BV, een duidelijk leesbare kopie verstrekt aan de directeur-generaal van de NMa van de tot nu toe ontbrekende facturen en debetnota's die op de drie betalingsspecificaties van Van Gelderen Import BV aan Edipress BV zijn vermeld, conform bijlage 4 van het rapport;

met dien verstande dat door voldoening van n van de bovengenoemde lasten door n der vennootschappen de andere vennootschap zal zijn gekweten van haar onder die betreffende last genoemde verplichtingen.

III. Schriftelijk en mondelinge zienswijze van Audax

20. Audax is conform het bepaalde in artikel 78, tweede lid, Mw in de gelegenheid gesteld schriftelijk of mondeling haar zienswijze omtrent het rapport kenbaar te maken.

A. Schriftelijke reactie van Audax

21. Bij brief van 8 januari 1999 heeft Audax schriftelijke opmerkingen naar aanleiding van het rapport van 24 december 1998 gemaakt. In essentie komen deze op het volgende neer.

Onjuiste weergave van de feiten

22. Audax is van mening dat de NMa niet bevoegd is inzage te verlangen van gegevens en bescheiden, die dateren van vóór de datum van inwerkingtreding van de Mededingingswet. Daarom zijn in eerste instantie bepaalde stukken achtergehouden en vervolgens na rappel van de NMa onder protest overgelegd.

23. Audax heeft bepaalde vragen niet kunnen beantwoorden omdat de vraag eenvoudigweg niet was gesteld of onvoldoende duidelijk was met welk doel de gegevens werden gevraagd.

24. De gestelde termijn van vijf werkdagen als redelijke termijn voor het overleggen van de stukken is volgens Audax in het algemeen niet haalbaar.

25. Uit het rapport zou volgens Audax evenmin blijken waarom de overgelegde stukken verre van volledig zouden zijn.

Het voornemen tot oplegging van een boete en last onder dwangsom wegens overtreding van de medewerkingsplicht

26. Oplegging van een boete of last onder dwangsom is volgens Audax volledig ongegrond. Wat betreft het opleggen van een boete of een last onder dwangsom kan daarvan volgens Audax om meerdere redenen geen sprake zijn. Audax motiveert dit als volgt.

(i) Met betrekking tot de oplegging van een last die ertoe strekt dat uitdrukkelijk wordt aangegeven waarom in een bepaalde week geen directievergaderingen heeft plaatsgevonden, alsmede met welke frequentie directievergaderingen plaatsvinden bij de betrokken vennootschappen.

- | Een last kan slechts worden opgelegd indien het een overtreding van art 5:17 Awb, dat wil zeggen een weigering tot het verstrekken van inzage in zakelijke gegevens en bescheiden betreft, zoals volgt uit artikel 69 jo. artikel 70 Mw. Onder zakelijke gegevens en bescheiden moet volgens Audax worden verstaan: "boeken en andere documenten, maar ook gegevens die langs elektronische weg zijn vastgelegd". Audax stelt dat de gevraagde informatie niet in zodanige vorm is vastgelegd, zodat dergelijke zakelijke gegevens en bescheiden niet beschikbaar zijn. Zij kunnen derhalve ook niet ter inzage worden gegeven.
- | Het verzoek om informatie behelst het verstrekken van inlichtingen als bedoeld in artikel 5:16 Awb. Een weigering tot het verstrekken van de gevorderde inlichtingen kan weliswaar worden beboet op grond van artikel 69, eerste lid, Mw, maar daarvan is in casu geen sprake. Naar de mening van Audax is aangegeven waarom geen deugdelijk antwoord kan worden gegeven. Daarmee is voldaan aan de medewerkingsverplichting van artikel 5:20, eerste lid, Awb. Deze bestaat immers uit het naar waarheid beantwoorden van een gestelde vraag.
- | Nu Audax uitdrukkelijk heeft aangegeven bepaalde inlichtingen niet te kunnen verschaffen, enerzijds omdat niet duidelijk is welke informatie de NMa verlangt en anderzijds omdat de informatie er niet is, wordt het opleggen van een last met die strekking onaanvaardbaar omdat daarmee per definitie de dwangsom wordt verbeurd.
- | De gevraagde informatie is volgens Audax niet redelijkerwijs noodzakelijk voor de vervulling van de taak van de NMa in het kader van het lopende onderzoek. Zij verwijst in dit verband naar het evenredigheidsbeginsel als neergelegd in artikel 5:13 Awb.

(ii) Met betrekking tot oplegging van een last onder dwangsom die ertoe strekt, dat uitdrukkelijk en onderbouwd wordt aangegeven welke marge is

overeengekomen met RCS vanaf september 1996 tot en met mei 1998.

- | Een dergelijke last zou in strijd zijn met het rechtszekerheidsbeginsel omdat niet duidelijk zou zijn op welke manier Audax aan de last uitvoering zou kunnen geven, gelet op de met betrekking tot dit punt reeds verstrekte informatie. Van overtreding van de medewerkingsplicht kan in dit licht ook geen sprake zijn, zodat oplegging van enige boete dan ook niet kan plaatsvinden. Voor het overige geldt ten aanzien van de last hier hetzelfde als in het voorgaande onder (i) is opgemerkt.

(iii) Met betrekking tot oplegging van een last onder dwangsom die ertoe strekt dat uitdrukkelijk en onderbouwd wordt aangegeven wat het marktaandeel van Van Gelderen Import, respectievelijk Betapress is op de markt van import en distributie van buitenlandse bladen en tijdschriften bestemd voor losse verkoop en abonnementen in Nederland.

- | Volgens Audax is ook in dit geval voldaan aan de medewerkingsplicht, zodat voor oplegging van een boete derhalve geen plaats is. Voor het overige geldt ten aanzien van de last hier hetzelfde als in het voorgaande onder (i) is opgemerkt.

(iv) Met betrekking tot de oplegging van een last die ertoe strekt dat een leesbare kopie wordt verstrekt van de tot nu toe ontbrekende facturen en debetnota's als vermeld op de daartoe opgestelde bijlage van het rapport.

- | Volgens Audax blijkt uit het overzicht dat aan het rapport is gehecht dat het grootste deel van de als niet ontvangen aangemerkte facturen wel degelijk aan de NMa zijn verzonden, maar vervolgens ten onrechte als niet ontvangen zijn aangemerkt. Ook voor oplegging van deze last bestaat derhalve naar de mening van Audax geen enkele grond. Voor het overige geldt ten aanzien van de last hier hetzelfde als in het voorgaande onder (i) is opgemerkt. Bovendien kan Audax niet verweten worden dat zij haar medewerkingsplicht niet is nagekomen. De oplegging van een boete is derhalve ongegrond.

B . De hoorzitting

27. Op de hoorzitting 13 januari 1999 is Audax in de gelegenheid gesteld mondeling haar zienswijze te geven over het rapport van 24 december 1998 in verband met een vermoeden van overtreding van artikel 52, eerste lid, Mw. Op de hoorzitting is (de vertegenwoordiger/gemachtigde van) Audax alsmede de rapporteur verschenen. Van de hoorzitting is verslag gelegd. Bij brief van 20 januari 1999 is het verslag voor commentaar aan Audax voorgelegd. Bij brief van 27 januari 1999 heeft Audax opmerkingen naar aanleiding van het verslag gemaakt. Het commentaar van Audax is aan het verslag gehecht en in het dossier gevoegd.

Termijnoverschrijding

28. Audax heeft zich ter hoorzitting in eerste instantie beroepen op onvoldoende duidelijkheid van de gestelde vragen. Audax heeft begrip gevraagd voor het feit dat de informatiestromen binnen het concern over een aantal schijven lopen, waardoor de gestelde termijnen niet of nauwelijks haalbaar zouden zijn. De overschrijdingen, waarvoor volgens Audax steeds de redenen zijn aangegeven, zouden 2-3 dagen betreffen. Audax meent dat dit

haar niet kan worden aangerekend.

29. Audax heeft gesteld dat zij in haar brief van 8 januari 1999 niet voor het eerst heeft aangegeven dat de termijnen te kort zijn en dat de vragen onduidelijk zijn. Al op 17 december 1998 heeft zij aangegeven dat het niet mogelijk was om de gestelde vragen op tijd te beantwoorden. Dit heeft geleid tot het verkregen uitstel tot 23 december 1998.

Vergaderfrequentie en notulen

30. Er zouden volgens Audax geen uitgebreide overzichten van redenen waarom niet wordt vergaderd, bestaan. Ook zouden niet van alle vergaderingen notulen aanwezig zijn. De notulen van de directieraad van Audax worden doorgenummerd, zodat men moet concluderen dat er geen tussenliggende vergaderingen hebben plaatsgevonden.

Marge, facturen en marktaandeel

31. Wat betreft de RCS-marge heeft Audax ter hoorzitting gesteld deze vraag op 23 december 1998 beantwoord te hebben. Aangegeven is dat de marges niet zijn gewijzigd en wat de marges waren, met facturen erbij. Het zou niet mogelijk zijn om in te schatten welke marge wordt verwacht. Er is geen verschil met het antwoord op de vraag over de marge van News International. Bij het antwoord van 23 december 1998 is verwezen naar de brief van 27 juli 1998 waarin voor beide betreffende kranten de verkoopprijs werd aangegeven, zodat de marge volgens Audax door de NMa berekend kon worden. Audax kon ter hoorzitting echter niet garanderen dat inderdaad met behulp van de twee bijgevoegde facturen de vraag over de marges beantwoord kan worden.

32. Wat betreft de facturen, heeft Audax aangegeven dat de NMa om facturen heeft gevraagd en dat die zijn opgestuurd. Het zou volgens Audax niet zijn uit te sluiten dat enkele facturen ontbreken.

33. Informatie omtrent het marktaandeel heeft Audax niet kunnen leveren bij gebrek aan de omzetcijfers van concurrenten. Voor zover haar bekend is er geen instantie die deze gegevens heeft. Er is getracht om de gegevens via de Kamer van Koophandel te verkrijgen, maar die gegevens maken geen onderscheid tussen omzet van binnenlandse en van buitenlandse bladen. Vervolgens is na enige aarzeling besloten om een brief op te stellen die op de 18 december 1998 is verstuurd. Audax is echter van mening dat de NMa zelf onderzoek naar de gegevens had moeten doen, omdat zij daar de bevoegdheid voor heeft.

JURIDISCHE BEOORDELING

IV. Het wettelijk kader

A. Algemene wet bestuursrecht

34. Hoofdstuk 5 van de Awb handelt onder meer over bestuursrechtelijke handhaving en toezicht. In afdeling 5.2 Awb wordt aan toezichthouders een aantal bevoegdheden verleend ter uitoefening van het toezicht op de naleving van specifieke wetten.

35. De krachtens artikel 50, eerste lid, Mw aangewezen ambtenaren zijn toezichthouder als bedoeld in artikel 5:11 Awb.

36. Artikel 5:16 Awb bepaalt dat een toezichthouder bevoegd is inlichtingen te vorderen.

37. Artikel 5:17 Awb bepaalt dat een toezichthouder bevoegd is inzage te vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden.

38. Artikel 5:20, eerste lid, Awb bepaalt dat een ieder verplicht is aan een toezichthouder binnen de door de toezichthouder gestelde redelijke termijn alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden. De in dit artikel opgenomen medewerkingsplicht maakt het toezichthouders mogelijk de hun toekomstige bevoegdheden daadwerkelijk te kunnen effectueren. Volgens de wetsgeschiedenis betekent in dit verband "een redelijke termijn" dat de toezichthouder omwille van de handhaafbaarheid de persoon tot wie hij zijn vordering richt een duidelijke termijn stelt binnen welke hij aan de toezichtvordering moet voldoen.^[1]

[1] Amendement Rehwinkel (TK 23 700, nr. 24)

B. De Mededingingswet

39. De Mededingingswet is in werking getreden op 1 januari 1998. De Mededingingswet kan alleen van toepassing zijn op afspraken en/of gedragingen van ondernemingen of ondernemersverenigingen die van kracht waren respectievelijk hebben plaatsgevonden op of na 1 januari 1998. De verweten gedragingen van Audax hebben plaatsgevonden na 1 januari 1998.

40. De Mededingingswet is van toepassing op ondernemingen en ondernemersverenigingen. Voor wat betreft beide begrippen wordt aangesloten bij artikel 85 van het EG-Verdrag. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen is een onderneming iedere entiteit, die ongeacht rechtsvorm of wijze van financiering, een economische activiteit vervult. Audax is een mediaconcern dat uitgeverij-activiteiten verricht en activiteiten op het gebied van import, distributie en wederverkoop van dagbladen, tijdschriften en boeken. Audax BV en haar dertien werkmaatschappijen, waaronder Van Gelderen Import BV, Betapress BV en AKO BV, zijn vennootschappen naar Nederlands recht. Deze ondernemingen verzorgen binnen Audax de import, distributie en wederverkoop van dagbladen en tijdschriften. Beslissingen ter zake worden door Audax BV en haar werkmaatschappijen genomen. Daarmee verricht Audax economische activiteiten en is Audax een onderneming in de zin van de Mededingingswet.

41. De conclusie is derhalve dat de Mededingingswet van toepassing is op de gedragingen van Audax.

42. Vervolgens bepaalt artikel 50 Mw dat met het toezicht op de naleving van de Mw zijn belast de door de directeur-generaal van de NMa bij besluit aangewezen ambtenaren van de NMa. Artikel 52 bepaalt dat diezelfde ambtenaren met het onderzoek zijn belast. Bij besluit van 2 januari 1998 heeft de directeur-generaal van de NMa uitvoering gegeven aan artikel 50, eerste lid, Mw.^[2]

43. Krachtens artikel 69 Mw kan de directeur-generaal van de NMa degene die in strijd handelt met artikel 5:20, eerste lid, Awb, een boete opleggen van ten hoogste f 10.000. In geval van weigering medewerking te verlenen in het kader van een inzage, kan de directeur-generaal van de NMa krachtens artikel 70 Mw een last onder dwangsom opleggen om alsnog inzage te verlenen in de in die last aangegeven zakelijke gegevens en bescheiden. Krachtens artikel 70, tweede lid, Mw kunnen een boete ex artikel 69 Mw en een last onder dwangsom ex artikel 70, eerste lid, Mw te zamen worden opgelegd. Volgens de memorie van toelichting bij artikel 69, eerste lid, Mw sluit de hoogte van boete aan bij de boete welke op grond van artikel 184 Wetboek van Strafrecht aan rechtspersonen kan worden opgelegd. Op overtreding van dit artikel staat een geldboete van f 5.000 voor natuurlijke personen en van f 10.000 voor rechtspersonen.

-

V. Beoordeling

44. Audax stelt dat in het rapport ten onrechte onvermeld is gelaten dat Audax bij brief van 20 oktober 1998 heeft geweigerd de gevraagde inlichtingen en inzage in zakelijke gegevens en bescheiden te verstrekken, omdat Audax van mening is dat niet duidelijk is wat het voorwerp en het doel van het onderzoek is alsmede dat de ambtenaren van NMa niet bevoegd zijn inzage te verlangen van gegevens en bescheiden, die dateren van vóór de datum van inwerkingtreding van de Mededingingswet. Het rapport laat volgens Audax tevens onvermeld dat bij brieven van 28 en 30 oktober 1998 Audax (een deel van) de gevraagde inlichtingen en gegevens en bescheiden alsnog onder protest heeft verstrekt.

45. Wat betreft het voorwerp en het doel van het onderzoek kan het volgende worden opgemerkt. Het voorwerp en het doel van het onderzoek blijken uit het tot Audax gerichte besluit van de directeur-generaal van de NMa in zaak 803 van 11 augustus 1998. Het onderzoek betreft de vraag of de gedragingen van Audax dan wel enige werkmaatschappijen van Audax - zoals ten aanzien van de hoogte van de marges, de overdracht van abonneebestanden - overtredingen in het kader van artikel 24 Mw opleveren. De reden en het doel van de in het kader van het onderzoek gevraagde inlichtingen en inzage in zakelijke gegevens en bescheiden waren Audax derhalve genoegzaam bekend.

46. Wat betreft de bevoegdheid van de ambtenaren van de NMa kan het volgende worden opgemerkt. De bij het onderhavige onderzoek betrokken ambtenaren zijn bij besluit van de directeur-generaal van de NMa aangewezen ambtenaren in de zin van artikel 50, eerste lid, Mw en derhalve bevoegd tot de uitoefening van het toezicht op de naleving van de Mededingingswet. Als toezichthouder in de zin van de Awb hebben de ambtenaren als bedoeld in artikel 50 Mw op grond van artikel 5:16 en artikel 5:17 van de Awb de bevoegdheid inlichtingen alsmede inzage in zakelijke gegevens en bescheiden te vorderen.

47. De directeur-generaal van de NMa oordeelt weliswaar over gedragingen die op 1 januari 1998 hebben plaatsgevonden, de bevoegdheid tot onderzoek van de ambtenaren als bedoeld in artikel 50, eerste lid, Mw is echter niet beperkt

tot het vorderen van inlichtingen en inzage in zakelijke gegevens en bescheiden van n die datum, indien het gevorderde betrekking heeft op gedragingen die vr 1 januari 1998 plaatsvonden en die na die datum voortduren. Dit geldt in casu te meer nu de eerder onder de Wet op de economische mededinging door de Minister van Economische Zaken gegeven aanwijzingen aan Betapress en AKO op grond van artikel 104, lid 1, Mw zijn aangemerkt als een last als bedoeld in artikel 56, eerste lid, sub b, Mw. De directeur-generaal van de NMa heeft ter zake dwangsommen vastgesteld.

48. Reeds uit het enkele feit dat Audax met zo veel woorden medewerking heeft geweigerd en vervolgens onder protest alsnog het gevorderde (gedeeltelijk) heeft verstrekt, moet worden geconcludeerd dat Audax niet aan de verplichting heeft voldaan om die medewerking te verlenen die redelijkerwijs van haar gevorderd kon worden. Het is tevens niet aan Audax om met een beroep op artikel 5:13 Awb de rechtmatigheid dan wel de redelijkheid te beoordelen van een verzoek van een toezichthouder om in het kader van een lopend onderzoek inlichtingen te verstrekken dan wel inzage in zakelijke gegevens of bescheiden te geven. Dit oordeel is aan de rechter voorbehouden. Dit klemt te meer nu de gevraagde gegevens notulen van directievergaderingen en correspondentie met een drietal uitgevers betroffen en als zodanig informatie is die in een niet zo ver verwijderd verband van het onderzoek geacht wordt te staan dat redelijkerwijs inzage zonder meer geweigerd kon worden.

49. Ten aanzien van de termijnoverschrijding kan het volgende worden opgemerkt. Audax heeft diverse malen eenzijdig, zonder enig vorm van (telefonisch) overleg termijnen verlengd en zelf nieuwe termijnen vastgesteld waarbinnen de gevraagde inlichtingen verstrekt zouden worden. Dit is onder meer in de brief van 28 oktober 1998 en de telefax van 17 december 1998 gebeurd. Aanzien deze aankondiging van de zijde van Audax op laatste moment voor het aflopen van de door de NMa vastgestelde redelijke termijn gebeurde en in het geval van de telefax van 17 december 1998 zelfs daarna, kan een dergelijke aankondiging niet als een verzoek tot termijnverlenging worden beschouwd. Immers, de onderzoeksambtenaar wordt door zo'n mededeling met een voldongen feit geconfronteerd. Om het onderzoek niet verder te vertragen zal hij - de omstandigheden in aanmerking nemende - noodgedwongen termijnoverschrijding gedogen terwijl er wel degelijk sprake is van niet-naleving van de medewerkingsplicht. Het feit dat volgens Audax de medewerkingsplicht op grond van artikel 5:16 jo. artikel 5:20 Awb er slechts uit zou bestaan dat van een geadresseerde verlangd kan worden naar waarheid gestelde vragen te beantwoorden doet hier niets aan af.

50. In reactie op de telefax van Audax van 17 december 1998 wordt bij brief van 18 december 1998 van de d-g NMa de termijn verlengd tot 23 december 1998 12.00 uur. Daarbij wordt geconstateerd dat Audax niet constructief en actief aan het onderzoek meewerkt. Audax meent dat deze constatering niet gedragen wordt door de feiten. Audax stelt in reactie hierop eens te meer dat de bevoegdheid van de NMa om inlichtingen te vorderen ontbreekt, dat het onvoldoende duidelijk is met welk doel de gegevens worden gevraagd, dat bepaalde vragen niet of nooit zijn gesteld, dat niet duidelijk is in welke informatie de NMa is genteresseerd en dat volstrekt niet duidelijk is waarom de informatie voor de NMa van belang is voor het onderzoek. Tot slot stelt Audax dat de informatie bij de verschillende bedrijfsonderdelen moet worden verzameld en dat daardoor termijnen niet haalbaar zijn en derhalve overschreden worden.

51. Ten aanzien van de bevoegdheid van de NMa alsmede het doel en de reden van het verzoek om inlichtingen dan wel inzage in de gevraagde gegevens wordt verwezen naar hetgeen hiervoor is gesteld. Ten overvloede zij nogmaals opgemerkt dat Audax nooit tijdig - dat wil zeggen ruim voor het verlopen van de redelijke termijn - de behandelend ambtenaar mondeling dan wel schriftelijk om uitstel heeft verzocht of om een nadere toelichting op het gevorderde heeft gevraagd, terwijl dat wel op haar weg had gelegen.

52. Vast staat derhalve dat Audax ten minste drie maal de door de behandelend ambtenaar gestelde redelijke termijn heeft overschreden: 20 oktober 1998 16.00 uur, 28 oktober 1998 16.00 uur en 17 december 1998 16.00 uur. Vast staat eveneens dat Audax niet steeds volledige informatie heeft verschaft. Zo zijn pas bij brief van 23 december 1998 notulen van vergaderingen overgelegd, die volgens Audax bij een eerdere gelegenheid over het hoofd waren gezien. Ook is na herhaald verzoek geen tijdig inzicht verschaft over de vergaderfrequentie van de betrokken vennootschappen, terwijl die vergaderfrequentie door Audax wordt aangevoerd als gegeven waarop de beweerdelijke volledigheid van de notulen is gebaseerd.

53. Voorts heeft Audax bij brief van 8 januari 1999, derhalve n de gestelde redelijke termijn waarvoor reeds uitstel was verleend en n de vaststelling van het rapport terzake van overtreding van de medewerkingsplicht, alsnog een aantal van de gevraagde gegevens en bescheiden verstrekt. Het betreft de notulen die in eerder instantie over het hoofd zijn gezien, verklaringen van medewerkers omtrent de vergaderfrequentie, de (wijziging van de) marges van News International en RCS, de vraag omtrent het marktaandeel van Betapress en Van Gelderen, een begeleidende brief van AKO bij het klachtenformulier, ontbrekende facturen van Edipress en debetnota's van Van Gelderen alsmede de statuten van Audax, Betapress, AKO en Van Gelderen.

54. Het feit dat Audax na het verstrijken van de termijn en na vaststelling van het rapport in dezen alsnog in staat bleek om de gevraagde inlichtingen voor een groot deel te verschaffen, bevestigt de conclusie dat Audax in een eerder stadium er niet alles aan heeft gedaan om binnen een redelijke termijn en naar waarheid aan de vordering van de NMa te voldoen.

55. In dit licht kan hetgeen Audax heeft aangevoerd tegen de voorgenomen oplegging van een last onder dwangsom hier onweersproken blijven aangezien de nuttige werking aan een dergelijke maatregel is komen te ontvallen, nu een groot deel van de inlichtingen door Audax alsnog is verschaft en het onderzoek - in welk kader de inlichtingen zijn gevraagd - is afgerond en het rapport in de bodemprocedure is opgemaakt.

-

VI. Conclusie

A. Conclusies ten aanzien van overtreding van de Algemene wet bestuursrecht

56. Het handelen van Audax is in strijd met artikel 5:20, eerste lid, Awb.

57. De overtreding van artikel 5:20, eerste lid, Awb kan worden toegerekend aan Audax. Er is geen reden de aan Audax verweten gedraging aan andere natuurlijke of rechtspersonen toe te rekenen dan aan haarzelf. Zulk een reden

is ook niet gesteld.

B. Sanctie

58. Ingevolge artikel 69, eerste lid, Mw kan de directeur-generaal van de NMa degene, die jegens de in artikel 50, eerste lid, of artikel 52, eerste lid, Mw bedoelde ambtenaren in strijd handelt met artikel 5:20, eerste lid, Awb een boete opleggen van ten hoogste f 10.000.

59. Ingevolge artikel 70, eerste lid, Mw kan de directeur-generaal van de NMa, ingeval de in artikel 69, eerste lid, Mw bedoelde overtreding een weigering inhoudt medewerking te verlenen aan de toepassing van artikel 5:17, eerste lid, Awb, een last onder dwangsom opleggen om inzage te verlenen in de in die last aangegeven zakelijke gegevens en bescheiden.

(i) Boete

60. Ten aanzien van de ernst en de aard van de niet-naleving in relatie met de (hoogte van de) boete die kan worden opgelegd aan Audax, wordt het volgende overwogen.

61. Audax heeft bij herhaling niet tijdig dan wel niet volledig voldaan aan de vordering om binnen een redelijke termijn bepaalde inlichtingen of inzage in gegevens en bescheiden te verstrekken. In ieder geval zijn de termijnen tijdens de NMa gesteld in de brieven van 5 en 22 oktober 1998 en 11 december 1998 ruim overschreden.

62. In geen van deze gevallen is door Audax met zo veel woorden tijdig en gemotiveerd om uitstel verzocht of zijn anderszins serieuze bezwaren aangevoerd dan wel dat door Audax om nadere toelichting op het gevorderde is gevraagd.

63. Aangenomen moet worden dat Audax goed op de hoogte is van de inhoud van de Mededingingswet en de Algemene wet bestuursrecht. Audax is een grote onderneming met een eigen juridische stafafdeling en beschikt tevens over een extern juridisch adviseur die in het onderzoek als gemachtigde heeft opgetreden. Bovendien is Audax eerder geconfronteerd geweest met vergelijkbare procedures, zowel onder de voorloper van de Mededingingswet (Wet economische mededinging) als onder de Mededingingswet zelf (zaak 803). Zij was derhalve langer bekend met de onderwerpen waarop de verzoeken betrekking hadden. In dit licht kan thans niet anders geconcludeerd worden dan dat Audax bewust, zo niet welbewust, het risico heeft genomen dat zij in strijd met de Algemene wet bestuursrecht respectievelijk de Mededingingswet handelde.

64. De naleving van de medewerkingsplicht is van wezenlijk belang voor de doeltreffendheid van de toepassing van de Mededingingswet en de controle op de naleving ervan. De gevorderde inzage en inlichtingen, zouden - naar Audax zich bewust kon zijn - dragend kunnen zijn voor de besluitvorming. Door haar vertragende en non-coöperatieve opstelling heeft Audax de doeltreffendheid in hoge mate gefrustreerd en de voortgang van het mededingingsrechtelijk onderzoek naar haar eigen gedragingen op de markt voor import en distributie van dagbladen en tijdschriften aanzienlijk bemoeilijkt. Dergelijk gedrag moet als een zeer ernstige inbreuk op de medewerkingsplicht worden beschouwd.

(ii) Last onder dwangsom

65. Inmiddels is op 8 februari 1999 het rapport ex artikel 59 Mw terzake van de bodemprocedure in zaak 802 vastgesteld. Bij brief van 9 februari 1999 is Audax het rapport toegezonden. Aan de eventuele oplegging van een last is, zoals hiervoor onder punt 19 genoemd is, derhalve de nuttige werking ontvallen. Oplegging van een last onder dwangsom zou in deze situatie niet proportioneel zijn.

BESLUIT

66. De directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit:

- a. stelt vast dat de onder punt 18 omschreven gedraging een overtreding oplevert van artikel 5:20, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht, en rekent deze toe aan Audax;
- b. legt op een boete van f 10.000 (zegge: tien duizend gulden) aan Audax, met dien verstande dat door voldoening van de boete door n der vennootschappen Audax BV, AKO BV, Van Gelderen BV en Betapress BV, de andere vennootschappen zullen zijn gekweten van de verplichting betreffende boete te voldoen.
- c. ziet af van de oplegging van een last onder dwangsom;
- d. bepaalt dat de onder b) vastgestelde geldboete overeenkomstig artikel 67, eerste lid, Mw binnen dertien weken na verzending van dit besluit in Nederlandse guldens moet worden betaald door storting op postbanknummer 133836 ten name van het Ministerie van EZ/NMA te Den Haag onder vermelding van het kenmerk van dit besluit. Na het verstrijken van bovengenoemde termijn wordt overeenkomstig artikel 67, tweede lid, Mw deze geldboete vermeerderd met de wettelijke rente.

Dit besluit is gericht tot: Audax BV, AKO BV, Van Gelderen BV en Betapress BV.

Datum: 24 maart 1999

w.g. A.W. Kist

Directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit

Tegen dit besluit kan degene wiens belang daarbij rechtstreeks is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking een bezwaarschrift indienen bij de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit. Een bezwaarschrift kan worden gezonden aan de Nederlandse mededingingsautoriteit, Sectie Beschikkingen, Bezwaar en Beroep, Postbus 16326, 2500 BH Den Haag.

Aan de inhoud van deze pagina's kunt u geen rechten ontlenen.