

Advies in zaak 2658, Mobiele operators

Subcommissie samengesteld uit leden prof. mr. J.H. Jans (voorzitter), mr. M.C.M. van Dijk en prof. dr. J.A.H. Maks.

Secretarissen van de subcommissie: mr. J.W. van de Gronden, mr. W. T. Algera en mr. H.H.B. Vedder.

1 Inleiding

1. Bij besluit in de zin van artikel 62, eerste lid, van de Mededingingswet van 30 december 2002 in zaaknummer 2658 stelde de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: “d-g NMa”) een inbreuk op artikel 6 Mededingingswet vast door vijf ondernemingen (hierna: het bestreden besluit):

Ben Nederland B.V. (hierna te noemen “Ben”),
Dutchtone N.V. (hierna te noemen “Dutchtone”),
KPN Mobile N.V. (hierna te noemen “KPN Mobile”),
O2 (Netherlands) B.V. (hierna te noemen “O2”) en
Vodafone Libertel N.V. (hierna te noemen “Vodafone”)

2. In het bestreden besluit heeft de d-g NMa vastgesteld dat Ben, Dutchtone, KPN Mobile, O2 en Vodafone betrokken zijn geweest bij een overeenkomst dan wel een onderling afgestemde feitelijke gedraging door tijdens een bijeenkomst op 13 juni 2001 bedrijfsvertrouwelijke informatie uit te wisselen op het gebied van het aanpassen van de prijzen en voorwaarden van prepaid pakketten en aanpassing van de standaardvergoedingen voor postpaid abonnementen. De betrokken ondernemingen hadden daarbij de bedoeling marktgedrag van elkaar te beïnvloeden en zijn ook over gegaan tot uitvoering van het besprokene door de standaardvergoedingen voor het afsluiten van mobiele telefonieabonnementen te verlagen. Daarmee hebben partijen een inbreuk gemaakt op artikel 6 Mw.
3. De d-g NMa heeft deze inbreuk als zeer ernstig gekwalificeerd. Op grond daarvan heeft de d-g NMa de volgende boetes opgelegd: Ben € 15.200.000, Dutchtone € 11.500.000, KPN Mobile € 31.300.000, O2 € 6.000.000 en Vodafone € 24.000.000.

2 Procedure

4. Tegen het bestreden besluit werd op 7 februari 2003 een pro forma bezwaarschrift ingediend door Ben. Bij brief van 24 februari 2003 heeft de d-g NMa Ben in de gelegenheid gesteld om tot uiterlijk 18 maart 2003 nadere gronden van bezwaar aan te voeren. Op 18 maart 2003 diende I.W. VerLoren van Themaat als gemachtigde van Ben (inmiddels T-Mobile Netherlands B.V.) aanvullende gronden van bezwaar in.
5. Door Dutchtone werd tegen het bestreden besluit pro forma bezwaar ingediend op 24 januari 2003. Bij brief van 11 maart 2003 stelde de d-g NMa Dutchtone

in de gelegenheid om tot uiterlijk 18 maart 2003 nadere gronden van het bezwaar naar voren te brengen. Op 18 maart 2003 diende D.P. Kuipers als gemachtigde van Dutchtone nadere gronden van het bezwaar in.

6. KPN Mobile heeft een pro forma bezwaarschrift ingediend tegen het bestreden besluit op 29 januari 2003. Bij brief van 11 maart 2003 stelde de d-g NMa KPN Mobile in de gelegenheid om tot uiterlijk 18 maart 2003 nadere gronden van het bezwaar naar voren te brengen. Op 18 maart 2003 heeft S.J. van der Voorde als gemachtigde van KPN Mobile een aanvullend bezwaarschrift ingediend.
7. Tegen het bestreden besluit diende O2 op 31 januari 2003 een pro forma bezwaarschrift in. Na hiertoe in de gelegenheid te zijn gesteld door de d-g NMa, dienden T.M. Snoep en S.E.J. Jansen op 18 maart 2003 als gemachtigden van O2 een aanvullend bezwaarschrift in.
8. Vodafone heeft op 23 januari 2003 een pro forma bezwaarschrift ingediend tegen het bestreden besluit. Bij brief van 11 maart 2003 stelde de d-g NMa Vodafone in de gelegenheid om tot uiterlijk 18 maart 2003 nadere gronden van het bezwaar naar voren te brengen. Op 18 maart 2003 zijn door G.W. van der Klis en J.M. Luycks, als gemachtigden van Vodafone aanvullende gronden ingediend.
9. Voorafgaand aan de hoorzitting stuurde de d-g NMa op 20 juni 2003 een schriftelijke toelichting op zijn standpunt in deze zaak toe aan Ben, Dutchtone, KPN Mobile, O2, Vodafone en de leden van de Adviescommissie in deze zaak.¹
10. Op 2 juli 2003 vond de hoorzitting van de Adviescommissie bezwaarschriften mededingingswet plaats ten kantore van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa). De sub-commissie bestond in deze zaak uit prof. mr. J.H. Jans (voorzitter), mr. M.C.M. van Dijk en prof. dr. J.A.H. Maks bijgestaan door mr. J.W. van de Gronden, mr. W. T. Algera en mr. H.H.B. Vedder (secretarissen). Het verslag van deze zitting werd op 13 augustus 2003 rondgestuurd.

3 Bestreden besluit

11. Het bestreden besluit is als bijlage aan dit advies gehecht.

4 Bezwaren en beoordeling

a) Ondertekening en motiveringsgebrek van het bestreden besluit

12. Volgens *Dutchtone* is er geen besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht tot stand gekomen, nu het besluit niet ondertekend is. Aangezien ondertekening een wezenlijk vormvoorschrift is, kan dit gebrek niet worden hersteld op grond van artikel 6:22 Awb, aldus *Dutchtone*. *Dutchtone* tekent

¹ NMa-nummer 2658-433.

bezwaar aan voor zover de d-g NMa het ontbreken van een handtekening zal passeren met een beroep op artikel 6:22 Awb. Dutchtone stelt voorts dat het bestreden besluit onvoldoende is gemotiveerd, zodat het in strijd is met de artikelen 3:46 en 3:47 Awb. Met name op de materiële punten schiet de motivering van het besluit in ernstige mate tekort. Daarnaast is in onvoldoende mate ingegaan op de kernargumenten van Dutchtone; deze kernargumenten hebben te maken met de aan- of afwezigheid van de heer D van Dutchtone tijdens de besprekingen van bepaald marktstrategische informatie, met het ontbreken van het oorzakelijke verband tussen de bijeenkomst van 13 juni 2001 en de verlagingen van de dealervergoedingen, de duur van de overtreding, de vermeende effecten van de overtreding op de markt en de invulling van het begrip ‘betrokken omzet’.

13. Ook *KPN Mobile* wijst erop dat het bestreden besluit niet is ondertekend. Het ondertekenen van een besluit is een constituerende handeling. Nu de ondertekening ontbreekt, moet de conclusie luiden dat in de onderhavige procedure nog geen rechtsgeldig besluit is genomen. Ook *KPN Mobile* is van mening dat het besluit in zijn algemeenheid onvoldoende is gemotiveerd.
14. Namens *O2* is zowel in de schriftelijke gronden van bezwaar als in de mondelinge behandeling gesteld dat in het besluit onvoldoende is gemotiveerd dat O namens *O2* heeft deelgenomen aan de beweerdelijke gedragingen tijdens de bijeenkomst op 13 juni 2001.
15. Van de zijde van *Ben* is in aanvulling op het schriftelijke bezwaar tijdens de mondelinge behandeling betoogd dat in zijn algemeenheid de motiveringslast uit art. 3:46 Awb door de d-g NMa in het besluit onvoldoende is nagekomen.
16. Van de zijde van de *d-g NMa* wordt ten aanzien van de ontbrekende ondertekening betoogd dat op de aan ieder van de partijen toegestuurde, afzonderlijk vertrouwelijk gemaakte versies van het besluit vermeld staat dat ondertekening heeft plaatsgehad door de plaatsvervangend d-g NMa. Uit het dossier blijkt dat het vertrouwelijke besluit is ondertekend. Van schending van een vormvoorschrift is dan ook geen sprake, en voorzover er wel sprake van zou zijn, zijn partijen daardoor niet benadeeld en hadden zij door inzage in het dossier de ondertekening van het besluit op 30 december 2002 kunnen vaststellen.
17. Met betrekking tot de onzorgvuldige voorbereiding en motivering stelt de d-g NMa dat de wettelijke plicht tot een deugdelijke motivering uit art. 3:46, 3:47 en art. 3:27 Awb niet zover gaat, dat de d-g NMa alle aangevoerde argumenten uitvoerig uiteen dient te zetten en daarop uitvoerig dient in te gaan. Gelijksortige bedenkingen kunnen gezamenlijk worden afgedaan en overwegingen kunnen impliciet worden meegenomen in de beoordeling. Van belang is dat het besluit inzicht biedt in de gedachtegang en overwegingen van de d-g NMa, waarbij de ingebrachte bedenkingen zijn meegenomen. Van het voorbijgaan aan kernargumenten is geen sprake.

Beoordeling

- Ondertekening

18. Het openbare besluit in deze zaak, waarvan afschriften aan partijen zijn toegezonden, bevat geen handtekening van de d-g NMa. De Adviescommissie heeft geconstateerd dat het originele, vertrouwelijke besluit, in tegenstelling tot de afschriften ervan aan partijen, wel een handtekening van de d-g NMa, dan wel van diens plaatsvervanger draagt. Het ontbreken van een handtekening van de d-g NMa of diens plaatsvervanger op het openbare besluit of de afschriften daarvan kan om die reden in de ogen van de Adviescommissie niet leiden tot de conclusie dat er geen sprake is van een besluit.
- Motiveringsgebrek

19. Het door Dutchtone gestelde motiveringsgebrek op materiële gronden acht de Adviescommissie geen zelfstandig bezwaar. De beoordeling van deze gronden valt samen met de beoordeling van de door partijen bestreden, gestelde overtreding van art. 6, eerste lid, Mededingingswet. Daar wordt derhalve in randnummers 31 en verder van dit advies nader op ingegaan.

b) Toerekening gedragingen aan KPN Mobile N.V.

20. Namens *KPN Mobile* is gesteld dat in het bestreden besluit ten onrechte ervan is uitgegaan dat zij de vermeende overtreding heeft gepleegd. Alle feitelijke gedragingen op de Nederlandse markt voor mobiele telefoondiensten, worden ontplooid door KPN Mobile The Netherlands B.V., een dochteronderneming van KPN Mobile N.V. Nu het bestreden besluit naar de mening van KPN Mobile ten onrechte tot haar is gericht kan het niet in stand blijven.
21. Van de zijde van de *d-g NMa* wordt ten aanzien van de toerekening aan KPN Mobile van beweerdelijke gedragingen van KPN Mobile The Netherlands B.V. betoogd, dat afgezien van het feit of de inbreukmakende gedragingen uitsluitend door KPN Mobile The Netherlands B.V. zijn verricht, het feit dat KPN Mobile N.V. enig aandeelhouder en bestuurder is van deze dochteronderneming, voldoende is om de inbreuk aan haar toe te rekenen.

Beoordeling

22. De Adviescommissie wijst erop dat voor de vraag aan wie de overtreding van een bepaling van de Mededingingswet kan worden toegerekend de Mededingingswet doorslaggevend is.² De Adviescommissie brengt in herinnering dat in de Toelichting bij het voorstel voor de Mededingingswet de Minister van Economische Zaken in het kader van de vraag van de toerekening betoogde dat ingeval van een groot industrieel concern, de boetebeschikking wordt gericht aan de houdstermaatschappij, vanwege de algemene verantwoordelijkheid die een dergelijk maatschappij pleegt te hebben voor het reilen en zeilen van een concern.

² Zie ook randnummers 118-122 van het advies van de Adviescommissie in zaak 757, Chilli en Basilicum versus G-Star/Secon Groep van 10 juli 2001.

23. Uit vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt overigens dat de omstandigheid dat een dochtermaatschappij juridisch formeel eigen verantwoordelijkheid bezit, niet voldoende is om de mogelijkheid uit te sluiten haar gedrag toe te rekenen aan de moedermaatschappij, met name wanneer de dochtermaatschappij niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt doch in hoofdzaak de aan haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt.³ In zijn arrest in de zaak Stora⁴ stelde het Hof dat, wanneer een moedermaatschappij 100% van de aandelen in een dochtermaatschappij bezit, ervan uitgegaan mag worden dat de moedermaatschappij metterdaad een beslissende invloed had op het gedrag van haar dochter, vooral wanneer de moedermaatschappij zich als enige onderhandelingspartner heeft opgesteld tegenover de Commissie ten aanzien van de in het geding zijnde inbreuken. Onder deze omstandigheden moet de moedermaatschappij een dergelijk vermoeden met voldoende bewijzen weerleggen.
24. In het licht van het bovenstaande is voldoende gesteld en gebleken dat de in het rapport en in het bestreden besluit genoemde, beweerdelijke gedragingen van KPN Mobile The Netherlands B.V. aan KPN Mobile N.V. kunnen worden toegerekend.

c) Toerekenbaarheid van het gedrag van B aan Ben

25. *Ben* voert aan dat zij als onderneming geen weet had van de bespreking van 13 juni 2001, zodat de verweten gedraging haar niet kan worden toegerekend. Daarbij komt dat *Ben* van mening is dat *Ben*, noch haar toenmalig commercieel directeur *B* het initiatief heeft genomen voor de bijeenkomst van 13 juni 2001. *Ben* wijst in dit verband onder meer op de verklaring van *B* dat hij (*B*) niet bevoegd was op het terrein van de fraudebestrijding aangezien dat niet in zijn functieomschrijving stond. *B* noemt in deze verklaring zijn aanwezigheid bij de bijeenkomst een persoonlijk initiatief. Tevens verklaart *B* dat de huidige directie van *Ben* niet op de hoogte was van de aanwezigheid van *B* bij deze bijeenkomst.⁵
26. Van de zijde van de d-g NMa wordt gesteld dat op basis van de verklaringen is komen vast te staan dat het initiatief voor de bijeenkomst van 13 juni 2001 bij *Ben* ligt. (rn. 44 bestreden besluit en rns. 73 e.v. schriftelijke toelichting) dat de heer *B* hier later enigszins op terug lijkt te willen komen is onvoldoende om die vaststelling te ontcrachten. Voor wat betreft de toerekening van het handelen van *B*. aan *Ben* doet het beweerde eigen initiatief van *B*. en het handelen tegen de interne gedragsregels in, geenszins af aan de verantwoordelijkheid van *Ben*.

Beoordeling

27. Het type gesprek en activiteiten waarbij *B* was betrokken tijdens de bijeenkomst van 13 juni 2001 behoren naar het oordeel van de Adviescommissie tot de zogenaamde area of competence van *B* als

³ Zie bijvoorbeeld zaak 48/69, ICI, *Jur.* 1972, p. 619 en zaak 6/72, Continental Can, *Jur.* 1973, p. 215.

⁴ Zaak C-286/98 P, Stora, *Jru.* 2000, p. I-9925.

⁵ Rn. 35 vertrouwelijk bezwaarschrift *Ben*.

commercieel directeur van Ben.⁶ Met name het spreken over en het (mede) bepalen van de standaardvergoedingen kan als (kern)onderdeel van de werkzaamheden van de commercieel directeur worden bestempeld. De stelling van Ben als zou B volgens zijn functieomschrijving niet bevoegd zijn over ‘fraudebestrijding’ te spreken doet aan die vaststelling niet af, omdat ervan uitgegaan mag worden dat hetgeen besproken is, namelijk onderwerpen betreffende de verhouding tussen de mobiele operators en hun dealers, tot de area of competence van een commercieel directeur van een mobiele operator behoort. Verder acht de Adviescommissie noch het door Ben aangevoerde ontbreken van het initiatief van B voor het bijeenroepen van de bijeenkomst, noch het gestelde persoonlijke initiatief van B voor de deelname aan de bijeenkomst in dat verband relevant voor de toerekenbaarheid van de beweerdelijke gedragingen van B aan Ben.

d) Art. 8 EVRM

28. Volgens *KPN Mobile* is artikel 8 EVRM geschonden, nu de uitoefening van de verificatiebevoegdheden door de ambtenaren van de NMa in de Nederlandse regelgeving onvoldoende is genormeerd, deze regelgeving niet voorziet in voorafgaande rechterlijke controle (terwijl ex post ook geen adequate rechtsbescherming bestaat) en de toepasselijke regelgeving ook niet voorziet in de aanwezigheid van een onafhankelijke functionaris. *KPN Mobile* verwijst in dit verband naar het arrest *Colas Est* van het EHRM. De stelling van de d-g NMa dat artikel 8 EVRM niet geschonden zou zijn omdat de functionarissen met voorafgaande toestemming van de onderneming hun bevoegdheden hebben uitgeoefend, treft geen doel volgens *KPN Mobile*, aangezien het feit van de verlening van toestemming in het arrest *Colas Est* irrelevant was en ondernemingen in Nederland die niet meewerken, een boete riskeren.
29. De stelling dat de ambtenaren van de NMa hun bevoegdheden in strijd met art. 8 EVRM hebben uitgeoefend wordt tijdens de mondelinge behandeling van de gronden van bezwaar eveneens aangevoerd van de zijde van *Ben*.
30. Van de zijde van de d-g NMa wordt opgemerkt dat zijn ambtenaren beschikken over toezicht- en onderzoeksbevoegdheden zoals neergelegd in de Mededingingswet. Voorts is op zijn handelen en dat van zijn ambtenaren de Algemene wet bestuursrecht van toepassing. Deze wet biedt voldoende waarborgen voor belanghebbenden en op grond van deze wetgeving kan de rechter het handelen van de d-g NMa en zijn ambtenaren toetsen. De Mededingingswet noch de Algemene wet bestuursrecht voorzien in een rechterlijke machtiging voorafgaand aan een bedrijfsbezoek. Uit het arrest *Colas Est* kan niet worden opgemaakt dat artikel 8 EVRM tot een dergelijke machtiging verplicht. Voorts hebben in casu de belanghebbenden toestemming verleend tot het onderzoek.

⁶ Zie ook de opmerkingen van de d-g NMa in randnummers 125-127 van het bestreden besluit en de daar aangehaalde rechtspraak van het EHRM en het HvJ EG.

Beoordeling

31. Het betoog van KPN Mobile en Ben met een beroep op het arrest Colas Est van het Europees Hof van de Rechten van de Mens, d.d. 16 april 2002, dat art. 8 EVRM (recht op eerbiediging van privé-leven, familie- en gezinsleven) is geschonden door een onvoldoende normering in de Mededingingswet en door de uitoefening van de verificatiebevoegdheden door de ambtenaren van de NMa, slaagt niet naar het oordeel van de Adviescommissie. Vast staat dat KPN Mobile en Ben de ambtenaren van NMa toestemming hebben verleend voor hun onderzoek. Door deze toestemming geschiedt het onderzoek niet tegen de wil van de belanghebbenden en bestaat er geen aanleiding om een schending van artikel 8 EVRM aan te nemen.

e) Onderscheid tussen prepaid en postpaid

32. De d-g NMa gaat er in het besluit van uit dat de vergoedingen voor postpaid abonnementen en de vergoedingen voor prepaid abonnementen als een geheel kunnen worden behandeld (rn. 26 in combinatie met voetnoot 20 van het bestreden besluit). De d-g NMa komt dan ook tot de conclusie dat er een overeenkomst dan wel onderling afgestemde feitelijke gedraging heeft plaatsgevonden met betrekking tot de vergoedingen in het algemeen. Daarbij verwijst de d-g NMa, ten bewijze van de tenuitvoerlegging van de onderling afgestemde feitelijke gedraging naar een drietal tabellen/grafieken die als bijlage bij het besluit zijn gevoegd (rn. 64 bestreden besluit).

33. *Dutchtone* en *KPN Mobile* voeren aan dat de d-g NMa gehouden is om een duidelijk onderscheid te maken tussen de postpaid en prepaid abonnementen. In dit verband merken zij op dat, als bewijs voor de daadwerkelijke tenuitvoerlegging van de onderling afgestemde feitelijke gedraging alleen grafieken bestaan die de hoogte van de standaardvergoeding voor postpaid abonnementen weergeven. Voor wat betreft prepaid aansluitingen is er dus geen bewijs. De d-g NMa had in dit verband dus een onderscheid aan moeten brengen.

34. Volgens *KPN Mobile* heeft het ontbreken van een duidelijk onderscheid tussen postpaid en prepaid tot gevolg dat het besluit onzorgvuldig en onduidelijk is geformuleerd.

35. *Dutchtone* is van mening dat aldus ten aanzien van prepaid niet is bewezen dat de operators hun marktgedrag hebben afgestemd (rn. 26 –31 vertrouwelijk bezwaarschrift *Dutchtone*).

Beoordeling

36. De Adviescommissie is van mening dat KPN Mobile het bezwaar dat het bestreden besluit door het ontbreken van een onderscheid tussen de vergoedingen voor postpaid en prepaid onzorgvuldig en onduidelijk is geformuleerd, onvoldoende heeft geadstrueerd. In hoeverre hetgeen de d-g NMa gesteld heeft over vergoedingen voor postpaid- en prepaidaansluitingen

de stelling kan dragen dat artikel 6, eerste lid, Mw, is overtreden komt hieronder aan de orde en behoeft hier geen zelfstandige beoordeling.

f) Ontbreken onderscheid tussen overeenkomst en onderling afgestemde feitelijke gedraging

37. De d-g NMa is in het besluit tot de slotsom gekomen dat de mobiele operators betrokken waren bij een overeenkomst dan wel onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 6 Mw maar heeft daarbij niet aangegeven of en voor welke periode er sprake was van een overeenkomst of een onderling afgestemde feitelijke gedraging (rn. 92, 99 bestreden besluit). De d-g NMa beroept zich in dit verband op de beschikking van de Commissie in de PVC-zaak (rn. 87 bestreden besluit) waarin de Commissie aangeeft dat de precieze vorm van de mededingingsbeperking voor de mededingingsrechtelijke beoordeling irrelevant is. In de visie van de d-g NMa is het niet nodig om het mededingingsbeperkend gedrag nader te definiëren als, hetzij overeenkomst, hetzij onderling afgestemde feitelijke gedraging.
38. *KPN Mobile* en *Vodafone* voeren aan dat de d-g NMa is gehouden om een duidelijk onderscheid te maken tussen de overeenkomst en de onderling afgestemde feitelijke gedraging.
39. *KPN Mobile* erkent het bestaan in het EG-mededingingsrecht van de algemene kwalificatie zoals die door de d-g NMa in deze zaak is toegepast (rn. 47 – 59). *KPN Mobile* wijst in dit verband op het arrest in het Hof in de polypropyleen-zaak en het arrest van het Gerecht van eerste aanleg in de PVC-zaak waarin de Commissie een reeks mededingingsbeperkingen met hetzelfde doel inderdaad kon kwalificeren als overeenkomst en onderling afgestemde feitelijke gedraging waarbij tevens kon worden gesproken van één inbreuk op artikel 81, eerste lid, EG-verdrag. Naar de mening van *KPN Mobile* verschillen deze twee zaken op twee punten essentieel van de onderhavige zaak. Ten eerste had de Commissie bewezen dat een deel van de gedragingen kon worden gekwalificeerd als overeenkomst, terwijl een ander deel van de gedragingen was aangemerkt als onderling afgestemde feitelijke gedraging. De ratio achter de algemene kwalificatie was in die zaken gelegen in het feit dat van de Commissie niet kan worden geëist dat zij elke afzonderlijke gedraging als overeenkomst of als onderling afgestemde feitelijke gedraging aanmerkt. Naar de mening van *KPN Mobile* staat in de onderhavige zaak geenszins vast dat er sprake is van een overeenkomst of een onderling afgestemde feitelijke gedraging. Ten tweede hebben het Hof en Gerecht de algemene kwalificatie alleen toegestaan in complexe zaken waarbij meerdere ondernemingen langdurig betrokken waren. In de onderhavige zaak is naar de mening van *KPN Mobile* geen sprake van een langdurige en complexe inbreuk aangezien het besluit betrekking heeft op slechts één bijeenkomst.
40. *Vodafone* merkt eveneens op dat de d-g NMa ten onrechte heeft volstaan met een algemene kwalificatie (rn. 5, 6 vertrouwelijk bezwaarschrift). *Vodafone* merkt in dit verband op dat de bewijslevering voor wat betreft de beide vormen van mededingingsbeperking verschillend is.

41. O2 voert aan dat het in het rapport alleen werd beschuldigd van het deelnemen aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging. Door de algemene kwalificatie die de d-g NMa hanteert in het bestreden besluit, is O2 niet gehoord ten aanzien van het deelnemen aan een overeenkomst. O2 geeft aan zich in haar zienswijze naar aanleiding van het rapport alleen te hebben verdedigd tegen de beschuldiging in verband met de onderling afgestemde feitelijke gedraging. Uit artikel 6 EVRM volgt volgens O2 dat de d-g NMa in zijn rapport had moeten aangeven of O2 werd beschuldigd van deelname aan een overeenkomst of een onderling afgestemde feitelijke gedraging of beide. Nu dit niet is gebeurd, kan de d-g NMa O2 geen boete opleggen ten aanzien van deelname aan een overeenkomst (rn. 6, 7, 8 vertrouwelijk bezwaarschrift O2).
42. De *d-g NMa* herhaalt in zijn schriftelijke toelichting op het bestreden besluit ten behoeve van de hoorzitting door de Adviescommissie de opvatting dat een onderscheid tussen de begrippen “overeenkomst” en “onderling afgestemde feitelijke gedraging” niet noodzakelijk is (rn. 33 schriftelijke toelichting, rn. 86, 87 bestreden besluit), aangezien beide vormen van onderling contact tussen concurrenten een inbreuk op artikel 6 Mw kunnen opleveren. Daarbij is het volgens de d-g NMa niet van belang of het gaat om meerdere bijeenkomsten gedurende een langere tijd of een enkele bijeenkomst zoals in de onderhavige zaak. Naar de mening van de d-g NMa is in ieder geval het bestaan van een onderling afgestemde feitelijke gedraging aangetoond (rn. 34 schriftelijke toelichting) zodat de vraag of het bestaan van een overeenkomst is bewezen, geen nadere bespreking behoeft.

Beoordeling

43. De d-g NMa heeft in het bestreden besluit gesteld dat de ondernemingen betrokken waren bij een overeenkomst dan wel een onderling afgestemde feitelijke gedraging zonder daarbij een nader onderscheid aan te brengen tussen het begrip overeenkomst en het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging. De jurisprudentie van het Hof van Justitie en Gerecht van eerste aanleg, alsmede de beschikkingenpraktijk van de Commissie op grond van artikel 81, eerste lid, EG-verdrag, waarbij aansluiting dient te worden gezocht bij de uitlegging van artikel 6 Mw, staat, naar het oordeel van de Adviescommissie, deze praktijk toe.⁷
44. Ten aanzien van het bezwaar van O2 dat in het rapport te harer aanzien alleen gewag is gemaakt van het deelnemen aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging overweegt de Adviescommissie dat, op grond van hetgeen in de paragraaf hierboven is overwogen, dit bezwaar geen doel treft. Aan O2 is een boete opgelegd wegens haar betrokkenheid bij bepaalde feitelijkeheden. Die feitelijkeheden zijn ook al genoemd in het rapport van de d-g NMa in deze zaak. Nu O2 ook al in het rapport werd beschuldigd van deze betrokkenheid, zijn de rechten van de verdediging niet geschaad en treft het bezwaar geen doel.

⁷ HvJEG zaak C-42/92 P, Commissie v. Anic Partecipazioni (Polypropyleen), ro. 111-114.

g) Geen bewijs voor het bestaan van een overeenkomst

45. Naar de mening van *KPN Mobile* is voor het bestaan van een overeenkomst in de zin van artikel 6 Mededingingswet een wilsovereenstemming ofwel een zekere vorm van een over en weer gegeven, op elkaar gerichte, binding vereist (rn. 61, vertrouwelijk bezwaarschrift KPN Mobile). KPN Mobile voert aan dat niet wordt gesteld, laat staan bewezen, dat er wilsovereenstemming is bereikt. Volgens KPN Mobile kan uit de feiten hoogstens worden afgeleid dat er met betrekking tot de vergoedingen voor postpaid van gedachten is gewisseld, terwijl met betrekking tot prepaid aansluitingen niet meer is gebeurd dan dat Ben haar plannen heeft gedeeld met de aanwezigen.
46. *Dutchtone* voert aan dat de d-g NMa niet heeft bewezen dat er enige vorm van wilsovereenstemming was tussen de operators (rn. 15 vertrouwelijk bezwaarschrift Dutchtone).
47. *Ben* is van mening dat zij volledig eenzijdig heeft uiteengezet wat haar plannen zijn met betrekking tot het NAW-registratiesysteem en haar voornemens heeft uitgesproken voor het geval de andere operators niet bereid zouden blijken te zijn tot het opzetten van een vergelijkbare NAW-registratie (rn. 55 vertrouwelijk bezwaarschrift Ben). Deze volledig eenzijdige mededelingen kunnen volgens Ben onmogelijk worden begrepen als wilsovereenstemming.
48. In zijn schriftelijke toelichting op het bestreden besluit ten behoeve van de hoorzitting door de Adviescommissie voert de *d-g NMa* aan dat het niet noodzakelijk is om nader in te gaan op de vraag of de voor het bestaan van een overeenkomst noodzakelijke wilsovereenstemming is bewezen (rn. 34 schriftelijke toelichting). De d-g NMa sluit evenwel niet uit dat er sprake is geweest van een wilsovereenstemming.

Beoordeling

49. Naar het oordeel van de Adviescommissie heeft de d-g NMa het bestaan van een overeenkomst tussen de mobiele operators onvoldoende aannemelijk gemaakt. In dit verband wijst de Adviescommissie op de rechtspraak van het Hof van Justitie EG en het Gerecht van eerste aanleg waaruit volgt dat voor het bestaan van een overeenkomst sprake dient te zijn van een gemeenschappelijke wilsovereenstemming (joint intention of joint objective).⁸ De MvT bij de Mededingingswet spreekt in dat verband van '[...] de bedoeling hebben om rekening te houden met [...]' de belangen van de bij de gedraging betrokken partijen.⁹ Deze op grond van het Europese en Nederlandse mededingingsrecht vereiste nagestreefde, feitelijke

⁸ HvJ EG, arrest van 29 oktober 1980, gev. zaken 209-215 en 218/78, Van Landewyck, Jur. 1980, p. 3125, RO 86; GvEA, arrest van 17 december 1991, zaak T-7/89, Hercules, Jur. 1991, II-1711, RO 256; HvJ EG, arrest van 8 juli 1999, zaak C-49/92P, Commissie v. Anic Partecipazioni (Polypropyleen), Jur. 1999, I-4125; HvJ EG, arrest van 8 juli 1999, zaak C-235/92P, Montecatini, Jur. 1999, p. I-4539, RO 162.

⁹ MvT Mw, kamerstukken II, 1995-1996, 24 707, p. 11.

wilsovereenstemming¹⁰ van partijen kan niet worden geacht aannemelijk te zijn gemaakt, aangezien de d-g NMa niet meer heeft aangetoond dan dat de partijen bedrijfsgevoelige informatie hebben uitgewisseld en dat dit tot een aanpassing van het gedrag van de partijen op de markt heeft geleid. Niet is aangetoond dat partijen elkaar te kennen hebben gegeven de bedoeling te hebben de dealervergoedingen te verlagen.

h) Geen bewijs voor een onderling afgestemde feitelijke gedraging

50. In het bestreden besluit geeft de d-g NMa aan dat voor het bestaan van een onderling afgestemde feitelijke gedraging de volgende drie elementen aannemelijk zullen moeten worden gemaakt (rn. 86 bestreden besluit):

1. Afstemming tussen de ondernemingen (afstemming)
2. Gevolgen voor het marktgedrag van de ondernemingen (feitelijk marktgedrag)
3. Causaal (oorzakelijk) verband tussen de afstemming en het marktgedrag (causaal verband)

De d-g NMa stelt in het bestreden besluit dat de feiten wijzen op het bestaan van een onderling afgestemde feitelijke gedraging. In het navolgende zullen de bezwaren met betrekking tot deze drie elementen worden besproken.

1 Afstemming

51. *Dutchtone* voert in dit verband aan dat de d-g NMa zal moeten bewijzen dat *Dutchtone* heeft deelgenomen aan de afstemming van het marktgedrag (rn. 19 vertrouwelijk bezwaarschrift *Dutchtone*). Naar de mening van *Dutchtone* komt dit erop neer dat de d-g NMa niet alleen zal moeten bewijzen dat D heeft deelgenomen aan het overleg van 13 juni 2001, maar ook dat in zijn aanwezigheid door Ben en Vodafone is gesproken over de plannen met betrekking tot de vergoedingen voor postpaid en prepaid aansluitingen.

52. Doordat het in deze zaak gaat om slechts één bijeenkomst, is de bewijslast die op de d-g NMa rust zwaarder. Volgens *Dutchtone* kan de d-g NMa er niet mee volstaan om alleen te bewijzen dat D op enig moment aanwezig was op de bijeenkomst. De d-g NMa zal moeten bewijzen dat d. aanwezig was op het moment waarop Ben en Vodafone hun plannen openbaarden. Daarbij zal D moeten hebben ingestemd met deze plannen zodat inderdaad zal kunnen worden gesproken van een afstemming. (rn. 20 vertrouwelijk bezwaarschrift *Dutchtone*). *Dutchtone* is van mening dat de d-g NMa geen concludent en sluitend bewijs heeft geleverd voor de aanwezigheid van d. tijdens het moment waarop Ben en Vodafone hun plannen openbaarden, alsmede voor het feit dat de aanwezigen daar hun gedrag op elkaar hebben afgestemd. *Dutchtone* voert in dit verband aan dat de bijeenkomsten, zoals die van de 13^e juni 2001 regulier plaatsvonden ter bestrijding van o.a. fraude. Verder voert *Dutchtone* aan dat d. laat kwam en vroeg is weggegaan bij de bespreking van 13 juni 2001. De stelling van de d-g NMa dat daarmee niet is bewezen dat d. er niet

¹⁰ Zie ook: GvEA zaak T-41/96, *Bayer v. Commissie*, Jur. 2000, II-3383, ro. 66 e.v.

bij was toen Ben en Vodafone hun plannen openbaarden, keert volgens Dutchtone de bewijslast om; het is immers aan de d-g NMa om te bewijzen dat d. erbij was op dat specifieke moment.

53. *Vodafone* is eveneens van mening dat de d-g NMa niet heeft bewezen dat er een afstemming heeft plaatsgevonden naar aanleiding van de bijeenkomst van 13 juni 2001.
54. *Ben* is van mening dat zij met betrekking tot NAW-registratie in verband met prepaid aansluitingen niet meer heeft gedaan dan het eenzijdig bekendmaken van haar plannen in het algemeen en haar voornemens voor het geval de andere operators niet bereid zouden zijn om NAW-registratie in te voeren. *Ben* is aldus van mening dat het geen bedrijfsvertrouwelijke informatie omtrent prijzen en vergoedingen heeft uitgewisseld.
55. In verband met postpaid abonnementen meent *Ben* dat de d-g NMa in het bestreden besluit doelt op de bekendmaking van de plannen van Vodafone met betrekking tot de standaardvergoedingen voor dergelijke abonnementen (rn. 60 vertrouwelijk bezwaarschrift *Ben*). Aangezien reeds lange tijd bekend was dat de vergoedingen te hoog waren en uit het jaarverslag van Vodafone kon worden afgeleid dat deze voornemens was de vergoedingen te verlagen, is *Ben* van mening dat er geen sprake was van uitwisseling van bedrijfsvertrouwelijke informatie waarvan het delen met concurrenten zou leiden tot een mededingingsbeperking (rn. 61 vertrouwelijk bezwaarschrift *Ben*).
56. Daarnaast is *Ben* van mening dat het initiatief van Vodafone niet kan worden aangemerkt als (aanzet tot) een prijsafsprake (paragraaf 3.4.3 vertrouwelijk bezwaarschrift *Ben*). Naar de mening van *Ben* is de situatie in de onderhavige zaak voor wat betreft de mededelingen van Vodafone over de standaardvergoedingen voor postpaid abonnementen niet vergelijkbaar met de zaken waarnaar de d-g NMa verwijst in het bestreden besluit (rn. 98, voetnoot 106 vertrouwelijke versie bestreden besluit). Naar de mening van *Ben* betreft de onderhavige zaak geen klassiek prijskartel (als in de in voetnoot 106 van het bestreden besluit genoemde zaken). Volgens *Ben* zijn de prijzen van de abonnementen niet ter sprake gekomen, zodat te dien aanzien evenmin een afstemming kan hebben plaatsgevonden of een overeenkomst tot stand kan zijn gekomen (rn. 72 vertrouwelijk bezwaarschrift *Ben*). Tijdens de bijeenkomst is volgens *Ben* niet gesproken over de (wederverkoop)prijzen van mobiele telefoontoestellen. De vergelijking van de onderhavige zaak met de door de d-g NMa genoemde zaken gaat ook niet op vanwege het eenmalige karakter van de bijeenkomst in de onderhavige zaak. In de door de d-g NMa genoemde zaken ging het immers om netwerken van bijeenkomsten (rn. 73 vertrouwelijk bezwaarschrift *Ben*).
57. *O2* voert aan dat de d-g NMa niet heeft bewezen dat *O2* heeft deelgenomen aan de coördinatie. Hiertoe wijst *O2* op het bestreden besluit waarin de d-g NMa stelt dat niet onomstotelijk is bewezen dat *O2* op de bijeenkomst van 13 juni 2001 vertegenwoordigd was (rn. 17 vertrouwelijk bezwaarschrift *O2* dat verwijst naar rn. 33 van het bestreden besluit). Verder constateert *O2* dat de d-g NMa aanwijzingen heeft dat *O2* heeft deelgenomen aan de informatie-

uitwisseling (rn. 18 vertrouwelijk bezwaarschrift O2). O2 is van mening dat deze aanwijzingen niet bewijzen dat O2 aan de bijeenkomst heeft deelgenomen. Daartoe stelt O2 het volgende (rnrs. 21 – 46 vertrouwelijk bezwaarschrift O2):

- het feit dat O2 werd uitgenodigd is geen bewijs dat de heer O aanwezig was bij de bijeenkomst van 13 juni 2001. In dit verband wijst O2 op de verklaringen van de heren B en V1 en V2. Ook is O2 van mening dat het feit dat de heer O nooit expliciet heeft aangegeven niet bij dergelijke bijeenkomsten aanwezig te willen niet bewijst dat O2 aanwezig was bij de bijeenkomst van 13 juni 2001.
- De reservering voor zeven personen wijst evenmin op deelname van O2 aan de bijeenkomst van 13 juni 2001. De verklaring van de directeur van de gelegenheid waar de bijeenkomst plaatsvond is speculatief en bewijst niet dat er ook daadwerkelijk zeven personen aanwezig zijn geweest waaronder een vertegenwoordiger van O2. Het aantal genuttigde consumpties kan evenmin als bewijs dienen.
- Het feit dat de heer O niet heeft verklaard waar hij was op 13 juni 2001 bewijst niet dat hij bij de bijeenkomst was. De heer O heeft in dit verband gebruik gemaakt van zijn zwijgrecht. In de agenda van de heer O stond een andere bijeenkomst (conference call voor een project) voor 18:00 uur genoteerd. De onschuldpresumptie alsmede het zwijgrecht mogen niet leiden tot een omkeren van de bewijslast zodat O2 zou moeten bewijzen dat het niet aanwezig was bij de bijeenkomst. Het is aan de d-g NMa om te bewijzen dat O2 wel degelijk aanwezig was.
- De samenvoegbrief van O2 die is aangetroffen bij Ben bewijst niet dat O2 de verlaging¹¹ van de vergoedingen wilde meedelen aan de andere operators. Naar de mening van O2 kan het door een dealer zelfstandig en op eigen initiatief doorgeven van informatie niet worden aangemerkt als onderling afgestemde feitelijke gedraging. Het is O2 immers toegestaan haar prijzen aan dealers bekend te maken. O2 kan niet bepalen wat deze dealers vervolgens met deze informatie doen. O2 heeft voor de verspreiding van deze informatie geen opdracht gegeven. Bovendien is de desbetreffende samenvoegbrief alleen bij Ben aangetroffen, zodat er geen bewijs is voor de stelling dat de informatie zou zijn medegedeeld aan alle operators. O2 is verder van mening dat de stelling van de d-g NMa dat de samenvoegbrief voor 23 augustus 2001 is verstuurd, onjuist is. O2 meent te hebben aangetoond, dat het besluit dat ten grondslag ligt aan de in de samenvoegbrief ten grondslag liggende gewijzigde vergoedingen, pas op 23 augustus is genomen terwijl, de samenvoegbrief pas om 13.27 uur op 23 augustus 2001 intern is verspreid.
- Ten slotte voert O2 aan dat de door de d-g NMa gestelde impliciete horizontale collusie als gevolg van de transparantie betreffende de vergoedingen geen opgeld doet. Naar de mening van O2 kan deze gedachte die afkomstig is uit de richtsnoeren inzake verticale besprekingen slechts worden toegepast, indien er sprake is van verticale prijsbinding. Aangezien in de onderhavige zaak geen sprake is van verticale prijsbinding kan de d-g NMa niet stellen dat de transparantie een horizontale collusie impliceert.

¹¹ Het bezwaarschrift van O2 spreekt in dit verband van *verhoging* van de vergoedingen. Bedoeld lijkt te zijn verlaging.

58. In zijn schriftelijke toelichting op het bestreden besluit ten behoeve van de hoorzitting door de Adviescommissie erkent de *d-g NMa* dat het uitwisselen van informatie tussen concurrenten alleen dan een overtreding van artikel 6 Mw oplevert als dit onderlinge contact gevolgen heeft voor het marktgedrag van de partijen, zodat de mededingingsvoorwaarden kunstmatig worden veranderd (rn. 36 schriftelijke toelichting). Naar de mening van de *d-g NMa* is voldaan aan deze criteria aangezien de partijen allen van mening waren dat de dealervergoedingen naar een lager niveau moesten. Het uitwisselen van informatie, zoals partijen hebben gedaan tijdens de bijeenkomst van 13 juni 2001 over het niveau van de verlaging en de tijdstippen waarop deze verlagingen zouden moeten plaatsvinden heeft de strekking de mededinging te beperken (rn. 37 schriftelijke toelichting, rn. 92 bestreden besluit). Het enkele feit dat de marktomstandigheden er ook zonder afstemming van de partijen wel toe zouden hebben geleid dat de dealervergoedingen verlaagd zouden worden doet hier niet aan af, aangezien niet kan worden uitgesloten dat de marktsituatie dan anders zou zijn. Juist door de afstemming hebben de partijen getracht de onzekerheid omtrent de mogelijke gevolgen voor het marktaandeel van degene die als eerste zijn vergoedingen zou verlagen, uit te sluiten. Aangezien er naar de mening van de *d-g NMa* direct bewijs is van de afstemming, is hij niet gehouden om eventuele andere verklaringen voor het parallelle marktgedrag uit te sluiten (rn. 39, 40 schriftelijke toelichting, rn. 95 bestreden besluit).

Beoordeling

59. Het is onbetwist dat op 13 juni 2001 een ontmoeting heeft plaatsgevonden tussen in ieder geval de (commercieel) directeuren van Ben, Dutchtone, KPN Mobile en Vodafone. Tijdens deze bijeenkomst is bedrijfsvertrouwelijke informatie uitgewisseld met betrekking tot de verlaging van de dealervergoedingen voor prepaid pakketten en postpaid abonnementen (rn. 77 en 78 bestreden besluit). Meer bepaald heeft Ben haar voornemens tot het invoeren van een NAW-registratiesysteem gedeeld met de andere aanwezigen en heeft Vodafone haar plannen met betrekking tot de verlaging van de standaardvergoedingen voor postpaid abonnementen geopenbaard. Ben heeft daarbij aangegeven dat zij, indien de andere operators niet eveneens een NAW-registratie systeem in zouden voeren, de minimumprijs van het pakket zou verhogen waarbij prikkels zouden worden ingebouwd voor de klant om alsnog NAW-gegevens te registreren. Vodafone heeft tijdens de bijeenkomst de andere aanwezigen op de hoogte gebracht van haar voornemen om de standaardbonus voor postpaid abonnementen te verlagen.

60. Naar de mening van de Adviescommissie is uit de feiten voldoende duidelijk gebleken dat de aanwezige partijen bedrijfsvertrouwelijke informatie hebben uitgewisseld met het doel de wederzijdse onzekerheid over het marktgedrag uit te sluiten ten aanzien van de verlaging van de dealervergoedingen voor zowel prepaid pakketten als postpaid abonnementen.

61. Voor deelname aan de afstemming is naar de mening van de Adviescommissie niet noodzakelijk dat aannemelijk wordt dat een vertegenwoordiger van een onderneming ook daadwerkelijk aanwezig is op het moment waarop de

bedrijfsvertrouwelijke informatie wordt gedeeld. Dutchtone heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat zij niet op de hoogte was van de voornemens van Ben en Vodafone. Het enkele feit dat D heeft verklaard dat hij laat is gekomen en vroeg is vertrokken bewijst niet dat hij niet op de hoogte was van de plannen van Ben en Vodafone en doet er niet aan af dat hij op die avond wel op de bijeenkomst aanwezig was. De bezwaren van Dutchtone in dit verband treffen aldus naar de mening van de Adviescommissie geen doel.

62. De bezwaren van Vodafone in dit verband zijn naar de mening van de Adviescommissie onvoldoende onderbouwd. Overigens falen zij gezien het vooroverwogene.
63. In verband met de bezwaren van Ben geldt dat het delen van bedrijfsvertrouwelijke gegevens niet als volledig eenzijdige actie kan worden aangemerkt, nu deze voornemens ook de reacties van de concurrenten betroffen. Juist doordat Ben heeft aangegeven wat zij van haar concurrenten verwachtte en wat haar plannen zouden zijn indien de andere operators niet eveneens een NAW-registratie systeem zouden invoeren, kan niet worden gesproken van een volledig eenzijdig openbaren van informatie. De informatie werd duidelijk gedeeld met als kennelijk doel de afstemming van het gedrag van de daar vertegenwoordigde ondernemingen. Daarenboven is, zelfs al zouden geen concrete bedragen zijn genoemd, het delen van informatie over het verhogen van minimumprijzen, gekoppeld aan het inbouwen van financiële prikkels voor het registreren van NAW-gegevens, aan te merken als het delen van bedrijfsvertrouwelijke informatie.
64. Ten aanzien van hetgeen door Ben is aangevoerd in verband met het ontbreken van afstemming met betrekking tot postpaid abonnementen overweegt de Adviescommissie dat het enkele feit dat uit een jaarverslag reeds kon worden opgemaakt dat Vodafone voornemens was de vergoedingen te verlagen, niet afdoet aan het feit dat bedrijfsvertrouwelijke informatie is gedeeld. Het in het jaarverslag bekendgemaakte algemene voornemen sluit immers geenszins uit dat er onzekerheid blijft bestaan met betrekking tot het gedrag van de andere marktdeelnemers wanneer dit voornemen ten uitvoer zou worden gelegd. Door het delen van dit voornemen tijdens de bijeenkomst waarbij tevens specifieke bedragen zijn genoemd, alsmede de periode waarin aan het besprokene uitvoering zou moeten worden gegeven, heeft wel degelijk een afstemming plaatsgevonden, doordat de onzekerheid ten aanzien van het gedrag van de concurrenten is weggenomen.
65. Ook de bezwaren van O2 in verband met het ontbreken van bewijs dat de heer O daadwerkelijk aanwezig was bij de bijeenkomst treffen geen doel. Om de vraag te beantwoorden of de d-g NMa voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat O2 heeft deelgenomen aan de onderling afgestemde feitelijke gedragingen, neemt de Adviescommissie de volgende aanwijzingen in aanmerking. Uit de samenvoegbrief van O2 die bij Ben is aangetroffen, blijkt dat op een of andere wijze informatie over dealervergoedingen is uitgewisseld tussen O2 en een andere operator. Achteraf is hierover derhalve contact geweest tussen O2 en een andere mobiele operator. Tevens staat vast dat vertegenwoordigers van de mobiele operators regelmatig gezamenlijke vergaderingen belegden in het

kader van de fraudebestrijding. Ook is gebleken dat O2, evenals de andere operators, zijn dealervergoedingen voor postpaid-afsluitingen heeft verlaagd met ingang van begin september 2001. Uit het samenstel van deze feiten, gecombineerd met het feit dat O. weigert te verklaren waar hij wel is geweest, hetgeen op zijn weg zou liggen ter ontzenuwing van het vermoeden dat hij zou (kunnen) hebben deelgenomen aan de bijeenkomst van 13 juni 2001 - aangezien hij de enige is die kennis draagt over de plaats waar hij zich bevond en de activiteiten die hij verrichtte ten tijde van de bijeenkomst - kon de d-g NMa naar het oordeel van de Adviescommissie afleiden dat O2 heeft deelgenomen aan de onderling afgestemde feitelijke gedraging.

2 Feitelijk marktgedrag en causaal verband tussen de afstemming en het marktgedrag

66. In dit verband wijst de d-g NMa op het mededingingsbeperkende doel van de bijeenkomst om voorts vast te stellen dat de partijen ook daadwerkelijk tot uitvoering van de plannen zijn overgegaan doordat zij tussen in ieder geval 1 augustus 2001 en begin september 2001 de standaardvergoedingen aan dealers voor mobiele telefonie abonnementen hebben verlaagd (rn. 64, 99 en 100 bestreden besluit). De d-g NMa wijst in dit verband naar de bijlage bij het bestreden besluit waarin zich drie grafieken bevinden die de hoogte van de standaardvergoedingen voor de diverse postpaidabonnementen (60, 120 en 300 belminuten) als functie van de tijd weergeven.
67. De d-g NMa voegt hier vervolgens aan toe dat uit de rechtspraak van het Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg in verband met artikel 81, eerste lid, EG-verdrag kan worden afgeleid dat een causaal verband tussen de afstemming en het marktgedrag aanwezig kan worden geacht bij parallel marktgedrag van de bij afstemming betrokken partijen die actief blijven op de markt na de afstemming.¹² Hierop bestaat echter een uitzondering voor die gevallen waarin de betrokken ondernemingen kunnen aantonen dat het marktgedrag andere oorzaken heeft. Het is aan de onderneming om te bewijzen dat het marktgedrag kan worden verklaard op andere gronden dan de afstemming. In het bestreden besluit stelt de d-g NMa dat het bewijs van de afstemming reeds voortvloeit uit de feiten. In die situatie, zo vervolgt de d-g NMa, kunnen de betrokken ondernemingen niet volstaan met het geven van een alternatieve verklaring voor het marktgedrag, maar dienen zij de door de d-g NMa aangetoonde afstemming gemotiveerd te weerleggen (rn. 94, 95 bestreden besluit). Verder voert de d-g NMa in het bestreden besluit aan dat het niet langer noodzakelijk is om de mededingingsbeperkende gevolgen van een onderling afgestemde feitelijke gedraging aan te tonen, indien deze onderling afgestemde feitelijke gedraging een mededingingsbeperkend doel heeft (rn. 97 bestreden besluit). Wanneer partijen aldus actief blijven op de markt nadat zij aan een afstemming hebben deelgenomen worden zij, behoudens tegenbewijs, vermoed rekening te hebben gehouden met deze afstemming bij het bepalen van hun marktgedrag. Aldus is het volgens de d-g NMa niet noodzakelijk om daadwerkelijk marktgedrag te bewijzen om het bestaan van een onderling afgestemde feitelijke gedraging aan te tonen.

¹² HvJEG zaak C-49/92 P, Commissie v. Anic Partecipazioni (Polypropyleen), Jur. 1999, I-4125, ro. 121.

68. *Dutchtone* voert in dit verband aan, als subsidiair argument, dat de d-g NMa niet heeft bewezen dat er een causaal verband bestaat tussen de afstemming en het (veranderde) marktgedrag van de partijen (rn. 23, 45 en 46 vertrouwelijk bezwaarschrift *Dutchtone*). Naar de mening van *Dutchtone* draait de bewijslast ten aanzien van het causale verband om zodra de betrokken onderneming een alternatieve verklaring voor het marktgedrag heeft gegeven. *Dutchtone* is van mening dat de besluiten omtrent haar Orange-rebranding een gesubstantiveerde alternatieve verklaring voor het marktgedrag van *Dutchtone* opleveren.
69. *Dutchtone* voert daarnaast aan dat de d-g NMa niet heeft bewezen dat de partijen hun marktgedrag ten aanzien van prepaid daadwerkelijk hebben afgestemd. In dit verband wijst *Dutchtone* op het feit dat de d-g NMa voor het bewijs van de uitvoering van het besprokene verwijst naar de grafieken die als bijlage aan het besluit zijn gehecht. Deze grafieken zien alleen op de standaardvergoedingen voor postpaid abonnementen en hebben dus geen betrekking op prepaid pakketten (rn. 27 bezwaarschrift *Dutchtone*).
70. *KPN Mobile* voert ten eerste aan dat het beroep van de d-g NMa op de omkering van de bewijslast ten aanzien van het causaal verband zoals die voortvloeit uit de arresten in de polypropyleen-zaak misplaatst is (rn. 67 – 70 vertrouwelijk bezwaarschrift *KPN Mobile*). In de polypropyleen-zaak ging het immers om een langdurige mededingingsbeperking (meer dan drie jaar) zodat er inderdaad eerder vanuit kan worden gegaan dat er een causaal verband is tussen de afstemming en het marktgedrag. In de onderhavige zaak is echter geen sprake van een langdurige mededingingsbeperkende praktijk. In het licht van de onschuldpresumptie zoals die is neergelegd in artikel 6, lid 2 van het EVRM, is *KPN Mobile* dan ook van mening dat het aan de d-g NMa is om te bewijzen dat er een causaal verband is tussen de afstemming en het marktgedrag.
71. Daarnaast draagt ook *KPN Mobile* een alternatieve verklaring voor haar marktgedrag aan. *KPN Mobile* is van mening dat zij gemotiveerd heeft aangevoerd dat er objectieve redenen waren voor haar marktgedrag, terwijl het beleid ten aanzien van vergoedingen reeds voor 13 juni 2001 is ingezet (rn. 71 vertrouwelijk bezwaarschrift *KPN Mobile*). Tevens is *KPN Mobile* van mening dat de d-g NMa zich, bij het ter zijde leggen van de alternatieve verklaringen, niet kon baseren op de polypropyleen- en PVC-zaken. In de PVC-zaak werd een alternatieve verklaring niet geaccepteerd, omdat uit stukken bleek dat de afstemming wel degelijk gevolgen had voor het marktgedrag.
72. Ook voert *KPN Mobile* aan dat de d-g NMa er in het bestreden besluit van uit lijkt te gaan dat het niet langer noodzakelijk is om het causaal verband te bewijzen wanneer het doel van de afstemming mededingingsbeperkend is (rn. 80 vertrouwelijk bezwaarschrift *KPN Mobile*). Deze opvatting is naar de mening van *KPN Mobile* onjuist.

73. KPN Mobile wijst er ten slotte op dat naar haar mening de d-g NMa zich niet gehouden heeft geacht om het feitelijke marktgedrag te bewijzen als gevolg van het mededingingsbeperkende doel van de afstemming (rn. 76 vertrouwelijk bezwaarschrift KPN Mobile). Naar de mening van KPN is dit een onjuiste opvatting van de rechtspraak van het Hof van Justitie. KPN Mobile is van mening dat deze rechtspraak (de polypropyleen-jurisprudentie) wel degelijk het bestaan van feitelijke marktgedrag eist, voordat er gesproken kan worden van een onderling afgestemde feitelijke gedraging. Daarbij zou het alleen niet noodzakelijk zijn om ook aan te tonen dat de gedraging de mededinging ook concreet beperkt, verhindert of vervalst.
74. *Vodafone* is van mening dat de d-g NMa er niet in is geslaagd om het vereiste causaal verband te bewijzen. *Vodafone* voert in dit verband aan dat zij reeds lange tijd voornemens was om de vergoedingen te verlagen.
75. *Ben* haalt in dit verband het arrest van het HvJEG in de zaak Hùls aan. Uit dit arrest zou blijken dat de bewijslast ten aanzien van het causaal verband tussen de afstemming en het marktgedrag zwaarder op de bij de afstemming betrokken partijen rust naarmate de duur en regelmaat van de afstemming toenemen (rn. 51 vertrouwelijk bezwaarschrift *Ben*). Uit het arrest Hùls leidt *Ben* eveneens af dat de d-g NMa is gehouden om een mededingingsbeperkend effect en een causaal verband tussen dit effect en het onderlinge contact aan te tonen waar de onderlinge contacten niet tot doel hebben de mededinging te beperken (rn. 52 vertrouwelijk bezwaarschrift *Ben*).
76. *Ben* acht een causaal verband niet aanwezig aangezien de onderneming *Ben* niet op de hoogte was van de acties van *B*. De betrokkenheid van *B* bij de bijeenkomst was immers een “persoonlijk initiatief”. Daarnaast heeft *Ben* een alternatieve verklaring voor het parallelle marktgedrag aangevoerd, zodat de d-g NMa is gehouden om het causaal verband te bewijzen. De d-g NMa kon dus niet de door *Ben* aangevoerde alternatieve verklaring ongemotiveerd passeren (rn. 91, 92 vertrouwelijk bezwaarschrift *Ben*).
77. Tijdens de hoorzitting is door *Ben* aangevoerd dat de d-g NMa geen parallel marktgedrag voor prepaid heeft aangetoond zodat het bestaan van een onderling afgestemde feitelijke gedraging voor wat betreft prepaid niet is aangetoond (rn. 19 mondelinge zienswijze *Ben*).
78. Ook *O2* voert aan dat er geen causaal verband is tussen de afstemming en het marktgedrag van *O2* en de andere operators. *O2* heeft aangetoond dat zij zelfstandig en onafhankelijk van de andere operators de vergoedingen heeft verlaagd (rn. 50 – 53 vertrouwelijk bezwaarschrift *O2*). Hiertoe wijst *O2* op het feit dat zij reeds voordat de afstemming plaatsvond had besloten om de vergoedingen te verlagen. De verlaging van de vergoedingen door *O2* vond plaats voordat de andere operators daartoe overgingen, terwijl daaraan interne redenen ten grondslag lagen (overschrijding van het budget in de eerdere periode). Als laatste voert *O2* aan dat het niet meer deed dan het volgen van de bewegingen in de markt.

79. Wat betreft het parallelle gedrag tussen de vijf operators in zijn algemeenheid wijst O2 erop dat het volgens de rechtspraak van HvJEG aan marktdeelnemers niet verboden is om hun beleid intelligent aan te passen aan het beleid van de concurrentie (rn. 55 vertrouwelijk bezwaarschrift O2). O2 is van mening dat de omstandigheden van de markt (vijf aanbieders, homogeen product, transparante, verzadigde markt) leiden tot oligopolistische interdependentie, waarbij Ben en Dutchtone – die een met O2 vergelijkbare kostenstructuur hebben – gaan fungeren als barometer. O2 reageerde dan ook op de aanpassingen van de vergoedingen door Ben en Dutchtone. De d-g NMa is naar de mening van O2 ten onrechte aan deze alternatieve verklaring voor het marktgedrag voorbij gegaan. Het is volgens O2 aan de d-g NMa om dit causaal verband te bewijzen.
80. In zijn schriftelijke toelichting op het bestreden besluit ten behoeve van de hoorzitting door de Adviescommissie geeft de *d-g NMa* aan dat partijen slechts tegenbewijs kunnen aanleveren ten aanzien van de onderlinge afstemming (rn. 45 schriftelijke toelichting, rn. 95 bestreden besluit). Naar de mening van de d-g NMa moet hetgeen door partijen is aangevoerd worden begrepen als bewijs van het feit dat zij geen uitvoering hebben gegeven aan het besprokene tijdens de bijeenkomst van 13 juni 2001 (rn. 46 schriftelijke toelichting). Dit is naar de mening van de d-g NMa irrelevant aangezien het mededingingsbeperkende doel van de afstemming met zich meebrengt dat het niet langer nodig is om aan te tonen dat de afstemming tot uitdrukking is gekomen in marktgedragingen (rn. 46 schriftelijke toelichting, rn. 97 - 99 bestreden besluit).
81. Verder gaat de d-g NMa er van uit dat relevante marktgedragingen en een causaal verband tussen de coördinatie en het daarop volgend marktgedrag vermoed worden aanwezig te zijn indien partijen actief blijven op de markt (rn. 42 schriftelijke toelichting, rn. 93 bestreden besluit). Naar de mening van de d-g NMa kan uit de door partijen aangehaalde jurisprudentie niet worden afgeleid dat dit vermoeden niet zou bestaan wanneer het – zoals in de onderhavige zaak – gaat om een eenmalige bijeenkomst (rn. 43 schriftelijke toelichting). Met name in het licht van de marktomstandigheden acht de d-g NMa het onwaarschijnlijk dat partijen geen rekening zouden hebben gehouden met de uitgewisselde informatie. Op grond van het mededingingsbeperkend doel van de afstemming komt de d-g NMa tot de conclusie dat er geen bewijs nodig is dat de afstemming tot uiting is gekomen in marktgedrag. Aldus betekent het ontbreken van zichtbaar parallel marktgedrag met betrekking tot prepaid pakketten niet dat hierover geen coördinatie heeft plaatsgevonden of geen onderling afgestemde feitelijke gedraging kan worden vastgesteld (rn. 45 schriftelijke toelichting).

Beoordeling

82. In essentie komen de bezwaren in dit verband er op neer dat partijen menen dat de d-g NMa er niet in is geslaagd om het bestaan van een causaal verband tussen de afstemming en het marktgedrag aannemelijk te maken, omdat zij alternatieve verklaringen voor hun marktgedrag hebben aangedragen. Verder

had de d-g NMa naar de mening van een aantal partijen daadwerkelijk marktgedrag moeten aantonen met betrekking tot prepaidpakketten.

83. De d-g NMa kon met een beroep op de uitlegging van het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging uit artikel 81, eerste lid, EG-verdrag, naar het oordeel van de Adviescommissie terecht stellen dat een causaal verband tussen de afstemming en het marktgedrag aanwezig kan worden geacht te zijn nu de partijen na de afstemming actief zijn gebleven op de markt.¹³ Dit vermoeden is naar het oordeel van de Adviescommissie niet weerlegd door de verklaringen die de partijen hebben aangedragen voor hun marktgedrag. In dit verband geldt dat het Hof in de polypropyleenzaak “tegenbewijs” eist om dit vermoeden te “weerleggen”. Een enkele gestelde alternatieve verklaring voor het marktgedrag zal in dit verband onvoldoende zijn, aangezien partijen gehouden zijn om tegenbewijs te leveren voor zowel de omvang van de verlaging van de standaardvergoedingen als het tijdstip waarop de verlaging heeft plaatsgevonden. Partijen dragen enkel alternatieve verklaringen aan zonder die nader te adstrueren met documenten of andere bewijsmiddelen die het vermoeden kunnen weerleggen. Dit vermoeden van een causaal verband tussen afstemming en marktgedrag bestaat des te sterker nu in de onderhavige zaak sprake is van een alom gedeeld gevoel dat de standaardvergoedingen te hoog waren gezien de ontwikkelingen in de markt, zoals die zijn beschreven in randnummers 14 tot en met 30 van het bestreden besluit.¹⁴ Juist in die omstandigheden kan een oorzakelijk verband tussen de afstemming met betrekking tot de verlaging van de dealersubsidies en het daarop volgende marktgedrag aanwezig worden geacht. In die marktomstandigheden zou een verlaging van de dealersubsidies (en dus een kostenbesparing) wellicht als intelligente aanpassing van het beleid aan het vastgestelde of te verwachten marktgedrag van de concurrenten¹⁵ kunnen worden aangemerkt. Daar staat echter tegenover dat de zelfstandigheidseis die artikel 81, eerste lid, EG-verdrag oplegt aan ondernemingen onverbiddelijk in de weg staat aan het rechtstreekse contact dat in de onderhavige zaak heeft plaatsgevonden tussen de mobiele operators en dat tot doel had het uitsluiten van onzekerheid omtrent het marktgedrag van deze concurrenten.¹⁶

84. De voortdurende aanwezigheid van de partijen op de markt, alsmede het niet weerlegde vermoeden dat partijen bij het bepalen van hun marktgedrag rekening hebben gehouden met hetgeen zij hebben afgestemd, maakt dan ook dat het niet langer noodzakelijk is om daadwerkelijk marktgedrag aan te tonen. De bezwaren met betrekking tot het ontbreken van zichtbaar marktgedrag ter zake van de dealervergoedingen voor prepaidpakketten treft dan ook geen doel.

¹³ HvJEG zaak C-49/92 P, Commissie v. Anic Partecipazioni (Polypropyleen), Jur. 1999, I-4125, ro. 121.

¹⁴ Schriftelijke zienswijze Ben 2658/281, rn. 16.

¹⁵ In de zin van het arrest Suiker Unie; aangehaald in HvJEG zaak C-49/92 P, Commissie v. Anic Partecipazioni (Polypropyleen), Jur. 1999, I-4125, ro. 117.

¹⁶ HvJEG gevoegde zaken 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, Suiker Unie e.a. v. Commissie, Jur. 1975, 1663, ro. 174.

85. Naar de mening van de Adviescommissie kan de onschuldpresumptie uit artikel 6 EVRM, zo die al van toepassing is op het vermoeden van het bestaan van een causaal verband, er niet toe leiden dat partijen kunnen volstaan met het enkele stellen van alternatieve verklaringen voor hun marktgedrag zonder die stellingen met concreet bewijsmateriaal te ondersteunen.
86. Zoals hierboven al is geconcludeerd, kan het enkele gegeven dat de directie van Ben niet op de hoogte was van het initiatief van B met betrekking tot de vergadering, alsmede het gegeven dat B met zijn aanwezigheid bij de bijeenkomst van 13 juni 2001 handelde buiten zijn bevoegdheden, niet afdoen aan de toerekenbaarheid van de gedragingen aan Ben. Dientengevolge kunnen deze gegevens ook niet afdoen aan het bestaan van een causaal verband tussen de afstemming en het daarop volgende marktgedrag van Ben. Ook voor Ben geldt dat zij actief is gebleven op de markt nadat de afstemming heeft plaatsgevonden, terwijl zij haar marktgedrag heeft aangepast met betrekking tot standaardvergoedingen voor postpaidabonnementen. Dat B zelf niet bevoegd was om de hoogte van de standaardvergoedingen aan te passen doet evenmin af aan het bestaan van een causaal verband aangezien niet kan worden uitgesloten dat de wel daartoe bevoegde personen, op instigatie van B, zijn overgegaan tot aanpassing van de vergoedingen. In randnummer 26 heeft de Adviescommissie reeds opgemerkt dat het gedrag van B moet worden toegerekend aan Ben.

i) Ontbreken mededingingsbeperkend doel

87. In het bestreden besluit overweegt de d-g NMa dat de overeenkomst dan wel onderling afgestemde feitelijke gedraging tot doel had de mededinging te beperken (rn. 105 bestreden besluit).
88. *Ben* betwist dat de overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging tot doel had de mededinging te beperken voor zover het prepaid aansluitingen betreft. Volgens *Ben* wilde B tijdens de bijeenkomst van 13 juni 2001 niet meer verwezenlijken dan draagvlak creëren voor de invoering van een systeem om grootschalige fraude tegen te gaan (rn. 56 vertrouwelijk bezwaarschrift *Ben*). Nu een mededingingsbeperkend doel ontbreekt had de d-g NMa volgens *Ben* een mededingingsbeperkend effect moeten aantonen. Ten aanzien van prepaid pakketten heeft de d-g NMa, naar de mening van *Ben* geen mededingingsbeperkend effect bewezen. Naar aanleiding van het arrest *Hüls* is *Ben* van mening dat, nu het hier gaat om een eenmalige bijeenkomst, de bewijslast sterker op de d-g NMa rust.
89. Ook met betrekking tot postpaid abonnementen kan naar de mening van *Ben* niet worden gesproken van een mededingingsbeperkend doel. Volgens *Ben* moet de uiteenzetting van Vodafone worden gezien in het licht van de algemeen gedeelde gevoelens dat de vergoedingen te hoog waren, waarbij de gehanteerde commissiestructuur volgens *Ben* dient te worden gekwalificeerd als een vorm van kruissubsidiëring of stimulans tot koppelverkoop die als negatief werd ervaren (rn. 74 vertrouwelijk bezwaarschrift *Ben*). De openbaringen van Vodafone en de bijeenkomst van 13 juni 2001 had volgens

Ben tot doel een einde te maken aan deze (mededingingsrechtelijk en algemeen zakelijk) ongewenst geachte praktijken c.q. deze te beperken.

90. In zijn schriftelijke toelichting op het bestreden besluit ten behoeve van de hoorzitting door de Adviescommissie voert de *d-g NMa* aan dat partijen informatie hebben uitgewisseld die niet anders kan worden begrepen dan strekkende tot beïnvloeding van het marktgedrag van elkaar (rn. 37 schriftelijke toelichting). Verder herhaalt de *d-g NMa* dat afstemming zoals die heeft plaatsgevonden tussen de partijen naar zijn aard mededingingsbeperkend is (rn. 49 schriftelijke toelichting, rn. 106 bestreden besluit).

Beoordeling

91. Zoals hier voor al overwogen blijkt uit de onbetwiste feiten die aan het bestreden besluit ten grondslag liggen, dat ten minste KPN Mobile, Dutchtone, Ben en Vodafone bijeen zijn gekomen op 13 juni 2001. Tijdens deze bijeenkomst hebben zij bedrijfsvertrouwelijke informatie uitgewisseld met als kennelijk doel het uitsluiten van de onzekerheid omtrent het marktgedrag van elkaar wanneer zij hun voornemens met betrekking tot de verlaging van de dealersubsidies zouden implementeren. Reeds hieruit kan naar de mening van de Adviescommissie een mededingingsbeperkend doel worden afgeleid. Dit geldt voor het delen van de plannen inzake NAW-registratie voor prepaidpakketten door Ben, aangezien Ben uitdrukkelijk heeft aangegeven wat haar acties zouden zijn voor het geval de andere operators niet eveneens een NAW-registratie systeem zouden opzetten. Ook voor postpaidabonnementen kan een mededingingsbeperkend doel worden vastgesteld, nu Vodafone haar voornemens tot verlaging van de standaardvergoedingen heeft bekendgemaakt met als doel het verminderen van de onzekerheid dat de andere operators haar zouden volgen.

j) Ontbreken van merkbare mededingingsbeperkende gevolgen

92. De *d-g NMa* overweegt in het bestreden besluit dat een onderling afgestemde feitelijke gedraging of een overeenkomst ook dan onder artikel 81, eerste lid, EG-verdrag valt wanneer de mededingingsbeperkende gevolgen ontbreken en is vastgesteld dat de gedraging of de overeenkomst tot doel hadden de mededinging te beperken (rn. 97 vertrouwelijke versie bestreden besluit). Volgens de *d-g NMa* is een overeenkomst dan wel onderling afgestemde feitelijke gedraging als die tussen de mobiele operators naar zijn aard mededingingsbeperkend zodat geen acht hoeft te worden geslagen op de eventuele mededingingsbeperkende gevolgen. Op grond van het mededingingsbeperkende doel van de bijeenkomst van 13 juni 2001 oordeelt de *d-g NMa* dat er sprake is van een verboden overeenkomst dan wel onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen Ben, Dutchtone, KPN Mobile en Vodafone. Ter zake van de merkbaarheid van deze mededingingsbeperking overweegt de *d-g NMa* dat sprake is van een horizontale overeenkomst dan onderling afgestemde feitelijke gedraging met betrekking tot de verlaging van de vergoedingen waarbij alle operators zijn betrokken. In het licht van deze mededingingsbeperkende strekking acht de *d-g NMa* het niet langer

noodzakelijk om een onderzoek te doen naar de concrete gevolgen (rn. 105 bestreden besluit). De d-g NMa verbindt hieraan de conclusie dat het niet noodzakelijk is om te bewijzen dat de gedragingen de mededinging ook merkbaar hebben beperkt. Naar de mening van de d-g NMa is het in beginsel aan de partijen om een beroep op het ontbreken van merkbaarheid te onderbouwen (rn. 106 bestreden besluit). Alleen al de marktpositie van de vijf deelnemende operators is voor de d-g NMa voldoende om te concluderen dat er wel degelijk een merkbare mededingingsbeperking is.

93. *KPN Mobile* is van mening dat de d-g NMa aldus ten onrechte de bewijslast ten aanzien van de merkbaarheid bij de partijen legt. Verder is de opvatting van de d-g NMa een onjuiste interpretatie van de rechtspraak van de gemeenschapsrechtshouders (rn. 88 vertrouwelijk bezwaarschrift *KPN Mobile*). *KPN Mobile* gaat in zijn bezwaarschrift niet nader in op dit punt (rn. 90 vertrouwelijk bezwaarschrift *KPN Mobile*)
94. Naar de mening van *Ben* heeft de bijeenkomst van 13 juni 2001 met betrekking tot prepaid geen mededingingsbeperkend doel, zodat de d-g NMa is gehouden om een mededingingsbeperkend effect aan te tonen. De d-g NMa heeft dergelijke gevolgen in de vorm van parallel marktgedrag volgens *Ben* niet gesteld noch hierover vermoedens uitgesproken (rn. 58 vertrouwelijk bezwaarschrift *Ben*).
95. Ook met betrekking tot postpaid is *Ben* om drie redenen van mening dat er niet kan worden gesproken van mededingingsbeperkende gevolgen. Naar de mening van *Ben* ontbreekt hiervoor ten eerste de hiervoor vereiste mededingingsrechtelijke analyse in het licht van de economische context. In het bijzonder ontbreekt een deugdelijke marktafbakening (rn. 75 en 77 vertrouwelijk bezwaarschrift *Ben*). Ten tweede stelt de d-g NMa, naar de mening van *Ben* ten onrechte, dat de afstemming heeft geresulteerd in duurdere abonnementen. *Ben* wijst in dit verband op twee verklaringen (van de Financial Director van *The Phone House* en de Marketing Director van *Talkline*) die er volgens *Ben* op wijzen dat het moeilijk is om te spreken van een algehele prijsstijging (rn. 82 vertrouwelijk bezwaarschrift *Ben*). Ten derde neemt de d-g NMa – ten onrechte – alleen de standaardvergoedingen in aanmerking en worden overige vergoedingen niet meegerekend. *Ben* hanteert naast de standaardvergoeding ook een promotievergoeding. *Ben* voert aan dat de d-g NMa ten onrechte niet de volledige vergoedingen heeft genomen om de effecten te analyseren.
96. *O2* is van mening dat de d-g NMa niet heeft bewezen dat de afstemming ook daadwerkelijke gevolgen heeft gehad (paragraaf 4.3 vertrouwelijk bezwaarschrift *O2*). In dit verband wijst *O2* erop dat de d-g NMa niet heeft bewezen dat de consumentenprijzen van abonnementen daadwerkelijk zijn gestegen als gevolg van de verlaging van de vergoedingen. Volgens *O2* is er nu geen merkbare mededingingsbeperking bewezen (rn. 78 vertrouwelijk bezwaarschrift *O2*).
97. In zijn schriftelijke toelichting op het bestreden besluit ten behoeve van de hoorzitting door de Adviescommissie geeft de *d-g NMa* aan dat het niet van

belang is voor de beoordeling van de inbreuk in hoeverre zich daadwerkelijk mededingingsbeperkende effecten hebben voorgedaan omdat het een afstemming betreft die naar zijn aard mededingingsbeperkend is (rn. 49, 50 schriftelijke toelichting, rn. 105 bestreden besluit). Naar de mening van de d-g NMa doet het feit dat de coördinatie niet rechtstreeks zag op de consumentenprijzen hier niet aan af (rn. 51 schriftelijke toelichting). Ten slotte voert de d-g NMa aan dat, gezien de marktposities van de partijen, niet kan worden gesproken van een uiterst zwakke marktpositie die met zich mee zou brengen dat de afstemming slechts een onbetekenend effect op de mededinging zou hebben (rn. 52 schriftelijke toelichting, rn. 107 bestreden besluit). Naar de mening van de d-g NMa kan een kwalitatieve opvatting van merkbaarheid niet uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG worden afgeleid, terwijl het ook in dit verband onaannemelijk is dat zich nauwelijks schadelijke effecten voor de mededinging zouden hebben voorgedaan.

Beoordeling:

98. Op grond van de door de d-g NMa in randnummer 97 van het bestreden besluit aangehaalde jurisprudentie naar aanleiding van artikel 81, eerste lid, EG-verdrag is het niet langer noodzakelijk om mededingingsbeperkende gevolgen vast te stellen zodra een mededingingsbeperkend doel is geconstateerd. Nu de d-g NMa kon concluderen dat de onderling afgestemde feitelijke gedraging een mededingingsbeperkend doel had, was zij naar de mening van de Adviescommissie niet gehouden om aannemelijk te maken dat de onderling afgestemde feitelijke gedraging ook gevolgen heeft gehad voor de mededinging. Reeds hierom treffen de bezwaren geen doel.
99. Waar de d-g NMa bij het beoordelen van de gevolgen voor de mededinging het bestaan van een niet-merkbare mededingingsbeperking uitsluit op grond van de positie van de vijf deelnemende operators,¹⁷ dan geeft zij daarmee naar het oordeel van de Adviescommissie geen blijk van een onjuiste opvatting ten aanzien van de gevolgen voor de mededinging.

k) Duur van de overtreding

100. In het bestreden besluit is gesteld dat de overtreding op 13 juni 2001 tijdens de bijeenkomst in Congres- en Partycentrum 't Veerhuis een aanvang nam. De overtreding ten aanzien van iedere operator afzonderlijk is beëindigd op het tijdstip, waarop de operator zelfstandig de standaardvergoedingen voor de dealers heeft gewijzigd. Voor Ben, Dutchtone en Vodafone is dit 31 december 2001. Voor KPN Mobile en O2 is dit 31 oktober 2001.
101. Door *Dutchtone* is gesteld dat nu zij op 1 september 2001 de dealervergoedingen voor 'postpaid-vergoedingen' heeft verlaagd, ervan uitgegaan mag worden dat zij niet eerder uitvoering heeft gegeven aan de

¹⁷ Rn. 107 bestreden besluit.

vermeende overtreding. In de Richtsnoeren boetetoemeting¹⁸ van de NMa zou ervan worden uitgegaan dat een overtreding pas begint op het moment dat er daadwerkelijk uitvoering aan wordt gegeven. In deze richtsnoeren is immers bij de boeteberekening sprake van de waarde van de transacties die behaald zijn nadat een onderneming daadwerkelijk uitvoering geeft aan de verboden afspraken. Ook in de besluiten van de d-g NMa in de zaak Tango¹⁹ en in de zaak Garnalen²⁰ wordt een overtreding pas geacht te zijn begonnen, op het moment dat de overtreding daadwerkelijk plaatsvindt in de praktijk.

102. Dutchtone heeft voorts gesteld dat zij op 2 oktober 2001 de dealervergoedingen heeft verlaagd (dus na 1 september 2001 op welke datum volgens de d-g NMa alle operators in overleg de vergoedingen verlaagden), zodat deze datum het eindpunt is van de overtreding. Subsidiair stelt Dutchtone dat haar overtreding op 1 november 2001 is beëindigd, omdat op deze datum twee van de vijf operators hun standaardvergoedingen hebben verlaagd, zodat gezien de afwijkingen in het gedrag van de vijf ondernemingen geen sprake meer kan zijn van parallelle gedragingen van de marktpartijen. Meer subsidiair stelt Dutchtone dat de overtreding is beëindigd op 5 november 2001, daar zij op deze datum de dealervergoedingen voor postpaid-abonnementen tijdelijk heeft verhoogd in verband met een actie. Uiterst subsidiair stelt Dutchtone dat er een einde is gekomen aan haar vermeende overtreding op 1 december 2001, daar op deze datum de incidentele bonus (niet de standaardbonus) is verhoogd, zodat de dealervergoedingen ook aanzienlijk omhoog zijn gegaan.
103. Ook door *KPN Mobile* is betoogd dat 13 juni 2001 niet de aanvangsdatum van de vermeende overtreding kan zijn, daar uit de rechtspraak blijkt dat voor de aanwezigheid van een onderlinge afgestemde feitelijke gedraging sprake moet zijn van afstemming, van een gedraging en van causaal verband, zodat een overtreding pas kan beginnen op het moment dat er daadwerkelijk uitvoering wordt gegeven aan het overleg. Door *KPN Mobile* is tevens gesteld dat de argumentatie van de d-g NMa in het bestreden besluit tegengesteld is aan zijn argumentatie in het besluit in de zaak Tango (reeds aangehaald). Daarnaast is door *KPN Mobile* gesteld dat voor het vaststellen van de duur van de overtreding moet worden gekeken naar het verschil tussen de feitelijke ingangsdatum van de verlaging en de te verwachten ingangsdatum, indien de vermeende overtreding niet had plaatsgevonden. Nu *Vodafone* wist dat *KPN Mobile* en de andere operators haar zouden volgen bij de verlaging van de dealervergoeding, kan het doel van de afstemming er alleen in gelegen zijn om de termijn waarbinnen zij gevolgd zou worden, te bekorten. De einddatum van de overtreding van *KPN Mobile* ligt derhalve enkele weken na 15 augustus 2001, daar zij na enkele weken toch *Vodafone* gevolgd zou hebben. Subsidiair stelt *KPN Mobile* dat in ieder geval op 1 oktober 2001 de vermeende overtreding gestopt is, daar zij op deze datum de aansluitvergoedingen voor

¹⁸ Richtsnoeren Boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 57 Mededingingswet, Stcrt. 2001, 248, p. 90. Deze richtsnoeren zijn tevens gepubliceerd op de website van de NMa (www.nmanet.nl).

¹⁹ Besluit van de d-g NMa in zaak 2498, Tango van 25 juni 2002.

²⁰ Besluit van de d-g NMa in zaak 2269, Garnalen van 14 januari 2003.

diverse postpaidvergoedingen en de hardware subsidies prepaid heeft gewijzigd.

104. *Vodafone* heeft eveneens naar voren gebracht dat de vermeende overtreding pas is begonnen op de dag waarop daadwerkelijk uitvoering is gegeven aan het overleg, nu bij het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging het causaal verband een essentieel onderdeel is. Daarnaast is door haar gesteld dat deze argumentatie uit het bestreden besluit niet in overeenstemming is met de argumentatie uit het besluit in de (reeds aangehaalde) zaak Tango. Tevens stelt *Vodafone* dat de d-g NMa bij de bepaling van de einddatum ten onrechte is uitgegaan van het gevolg van de vermeende overtreding. Voor de bepaling van de duur van de overtreding moet de overtreding zelf als uitgangspunt worden genomen. Nu op 1 november 2001 KPN Mobile, O2, Dutchtone en Ben zelfstandig hun subsidies hebben verlaagd respectievelijk hebben verhoogd, is op deze datum de overtreding beëindigd.
105. *Ben* heeft gesteld, onder andere door te verwijzen naar het besluit van de d-g NMa in de zaak Tango (reeds aangehaald), dat pas op het moment dat daadwerkelijk uitvoering is gegeven aan het overleg, de overtreding is begonnen. Daarnaast stelt *Ben* dat na oktober 2001 de overtreding is beëindigd, nu *Ben* een verhoging van ongeveer EUR 20 heeft doorgevoerd voor promotievergoedingen in de maand oktober. Verder is het onlogisch dat de duur van een afgestemde gedraging of overeenkomst tussen een aantal partijen ongelijk kan zijn door verschil in einddatum.
106. *O2* heeft ook betoogd dat pas wanneer er daadwerkelijk uitvoering is gegeven aan het overleg, de vermeende overtreding begonnen kan zijn, nu een onderling afgestemde feitelijke gedraging pas tot stand komt op het moment dat een afstemming daadwerkelijk wordt uitgevoerd. In casu ligt de begindatum op 1 september 2001.
107. Van de zijde van de d-g NMa is met betrekking tot de aanvangsdatum van de overtreding gesteld, dat indien sprake is van een onderlinge afstemming van een gedraging met een mededingingsbeperkend doel waarvoor direct bewijs bestaat, het niet noodzakelijk is om de mededingingsbeperkende effecten daarvan aan te tonen, noch dat uitvoering is gegeven aan de afstemming of dat dergelijke effecten zichtbaar zijn geweest in de markt. Omdat partijen na de afstemming actief zijn gebleven op de markt, wordt vermoed dat partijen bij het bepalen van hun marktgedrag rekening hebben gehouden met hetgeen is uitgewisseld of afgestemd, zodat vanaf de datum van afstemming, te weten 13 juni 2001, sprake zou zijn van overtreding.
108. Ten aanzien van de einddatum van de overtreding stelt de d-g NMa in haar toelichting dat indien afstemming heeft plaats gehad of afspraken zijn gemaakt het er niet meer toe doet hoe het was gelopen zonder die afspraken of afstemming. Gegeven deze overtreding dient de duur te worden bepaald. Dat wil zeggen dat de overtreding de periode vanaf de afstemming, totdat partijen hun gedrag weer unilateraal en zonder invloed van verkregen concurrentiegevoelige informatie van anderen zijn gaan bepalen, omvat. Ter vaststelling van dat laatste moment is gekozen voor het moment waarop ieder

van de partijen voor het eerst na september 2001 hun standaardvergoedingen aan dealers hebben gewijzigd. Wijziging van andere vergoedingen aan dealers of wijzigingen in het verschil tussen de laagste en de hoogste totale vergoeding leiden niet tot beëindiging van de afstemming met betrekking tot de standaardvergoeding. De beëindiging van de overtreding door twee van de vijf operators betekent evenmin dat de overige partijen de overtreding ook hebben beëindigd.

Beoordeling

- Datum begin van de overtreding
 109. De stelling van alle operators dat de datum van ingang van de overtreding eerst op of na 1 september 2001 zou liggen, wordt niet door de Adviescommissie gedeeld. De boete dient te worden gerelateerd aan de marktpositie die de afstemming beoogt te beschermen. Met name is daarbij van belang de zogenaamde ‘betrokken omzet’; dit is de omzet die de betrokken ondernemingen hebben geprobeerd te beschermen door een bevrozing van hun posities op de markt. Immers, een van de doelen van de onderhavige afstemming is de bescherming van de eigen positie op de markt. Na de afstemming, zoals die plaatsvond tijdens de bijeenkomst op 13 juni 2001 mag er, gelijk terecht door de d-g NMa is aangegeven, van worden uitgegaan dat ieder gedrag op de markt is beïnvloed geweest, tot het moment dat de marktpartijen weer onafhankelijk van elkaar hun eigen marktgedrag zijn gaan bepalen.
 110. De ingeroepen vergelijking met het besluit in de zaken Tango en Garnalen kan, anders dan partijen aanvoeren, niet zonder meer gemaakt worden. Zo is het feitencomplex rond de daadwerkelijke afstemming in de Tango en de Garnalen-zaak naar het oordeel van de Adviescommissie een afwijkende van die in de onderhavige zaak en treft dit argument daarom geen doel.
- Datum beëindiging van de overtreding
 111. De Adviescommissie is van oordeel dat beëindiging van de overtreding dient te worden vastgesteld door het moment te kiezen dat partijen opnieuw zelfstandig marktgedrag zijn gaan vertonen. De d-g NMa heeft daarbij terecht als uitgangspunt genomen het moment van aanpassing van de standaardvergoedingen aan dealers. Naar het oordeel van de Adviescommissie kunnen voor de bepaling van het tijdstip voor de beëindiging van de overtredingen, niet de wijziging van andere aan de dealers betaalde vergoedingen in aanmerking worden genomen. De marktpositie van de betrokken ondernemingen werd immers beschermd met betrekking tot de afstemming van de standaardvergoedingen. Zolang deze afstemming voortduurde, was er sprake van een overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw.
 112. Actieve beëindiging van deelname aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging door twee van de vijf partijen houdt naar het oordeel van de Adviescommissie allerm minst tegelijkertijd de beëindiging van de overtreding door de overige drie partijen in. De drie overblijvende partijen zijn na dat moment onderling, kennelijk bewust, hun afgestemde gedrag blijven voortzetten. De d-g NMa heeft daarom naar het oordeel van de

Adviescommissie voor Ben, Dutchtone en Vodafone terecht de datum van beëindiging van de overtreding op 31 december 2001 bepaald en voor KPN Mobile en O2 op 31 oktober 2001.

l) Ernst van de overtreding

113. In het bestreden besluit is de d-g NMa, mede op grond van de Richtsnoeren boetetoemeting, ervan uitgegaan dat er sprake is van een zeer zware overtreding, omdat hij de overtreding kwalificeert als een horizontale overeenkomst dan wel een horizontale afstemming met betrekking tot de prijs. Tevens heeft de overtreding een aanzienlijke economische weerslag gehad op de markt en is de (potentiële) schade navenant. De d-g NMa acht daarom een rekenfactor van 2 aangewezen.
114. Door *Dutchtone* is gesteld dat zij geen zware overtreding heeft gepleegd, daar op zijn hoogst kan worden gesteld dat de heer D en/of Dutchtone zich schuldig heeft gemaakt aan het aanhoren van strategische marktinformatie van twee van haar concurrenten. Hoewel een dergelijk aanhoren in strijd kan zijn met artikel 6, eerste lid, Mw (en met artikel 81, eerste lid, EG-verdrag), kan dit gedrag geen ‘zeer zware overtreding’ opleveren.
115. Voorts bestrijdt Dutchtone dat de vermeende overtreding geleid heeft tot ernstige verstoringen op de markt. De andere operators waren gezien de marktomstandigheden (verzadiging) Vodafone zeker op de kortst mogelijke termijn gevolgd in de verlaging van de standaardvergoedingen voor dealers. In het geval van Dutchtone was de koers gezien het proces van rebranding naar het merk Orange toch al bepaald. Dit betekent dat de verlaging op 1 september 2001 van de standaardvergoedingen voor dealers slechts vervroeging van één maand van het beleid van Dutchtone opleverde. Doordat de andere operators Vodafone toch wel zouden hebben gevolgd, leverde de afstemming met betrekking tot verlaging van de standaardvergoedingen maar een beperkt concurrentieel nadeel op. Daarnaast heeft de verlaging van de standaardvergoedingen slechts in beperkte mate gevolgen gehad voor de bandbreedte tussen de hoogste en laagste standaardbonussen. Evenmin is onderbouwd dat de eindgebruikers zijn geconfronteerd met duurdere abonnementen. De abonnementsstarieven zijn gelijk gebleven. Het feit dat de aanschaf van mobiele toestellen ten gevolge van de verlaging van de dealervergoedingen duurder is geworden, is niet van belang, nu dit ook zou zijn gebeurd zonder de vermeende overtreding (Vodafone zou immers toch gevolgd zijn in haar verlaging). De constatering van de d-g NMa dat de mededinging niet is *toegenomen*, is irrelevant, nu in het kader van artikel 6, eerste lid, Mededingingswet, de vraag centraal staat of de mededinging is *beperkt*.
116. Door *KPN Mobile* is eveneens opgemerkt dat de effecten van de mededinging van de vermeende overtreding gering zijn geweest, aangezien Vodafone door de andere operators toch zou zijn gevolgd bij de verlaging van de standaardvergoedingen voor de dealers. De beïnvloeding van het marktgedrag heeft op zijn hoogst betrekking gehad op de timing van de toch wel door de operators door te voeren verlagingen van de dealervergoedingen. Door KPN

Mobile wordt bestreden dat door de verlagingen van de dealervergoedingen een mobiel telefoonabonnement duurder is geworden. Het abonnementsgeld staat volledig los van de dealervergoedingen. Daarnaast is het aan de dealer om de hoogte van de prijs van een mobiel toestel te bepalen; hij houdt daarbij niet alleen rekening met de hoogte van de standaardvergoedingen maar ook met andere bonussen.

117. Ook is er volgens KPN Mobile geen sprake van een hard core prijsafsprake, aangezien de vermeende overtreding slechts betrekking heeft op een onderdeel van het product postpaid aansluiting (en mogelijk prepaid aansluiting). Op grond van de Richtsnoeren boetetoemeting zou de vermeende overtreding als een minder zware overtreding gekwalificeerd moeten worden (regelingen die de mededinging in beperkte mate verstoren) of hooguit als een zware overtreding (horizontale regelingen die niet kunnen worden aangemerkt als zeer zware overtreding).
118. *Vodafone* heeft eveneens betoogd dat gezien de marktomstandigheden (verzadiging) de effecten van de vermeende overtredingen uiterst gering waren. Met een penetratiegraad van 75% was het door Vodafone met de standaardvergoedingen beoogde doel (maximale groei van het klantenbestand) bereikt, zodat deze vergoedingen verlaagd konden worden. De standaardvergoedingen vormen slechts een van de vele factoren die de concurrentie op de markt bepalen. De prijs bestaat uit een groot aantal componenten.
119. Door *Ben* is gesteld dat een onderlinge afgestemde feitelijke gedraging, die uit niet meer dan één bijeenkomst heeft bestaan en betrekking heeft op commissies betaald aan agenten voor hun bemiddelingskosten, geen horizontale prijsafspraken in de zin van de Richtsnoeren boetetoemeting zijn. Indien evenwel uit deze Richtsnoeren zou voortvloeien dat een dergelijke gedraging wel een zeer zware overtreding zou opleveren, dan zijn zij in strijd met de beginselen van rechtszekerheid, proportionaliteit en non-discriminatie. Nu er geen sprake kan zijn van een zware of zeer zware overtreding is, moet uitgegaan worden van de neutrale zwaartefactor 1.
120. *Ben* bestrijdt dat door de verlaging van de standaardvergoedingen voor de dealer nadeel is ontstaan voor de gebruiker, nu deze vergoedingen niet de abonnementstarieven beïnvloeden en de dealer zelf bepaalt of hij de verlagingen wil doorberekenen. Tevens kan de eindgebruiker ook profiteren van de verlagingen van de dealervergoedingen, omdat door deze verlagingen bij de operators de ruimte bestaat de tarieven voor de abonnementen te verlagen.
121. Volgens *O2* heeft de d-g NMa niet bewezen dat consumenten zijn geconfronteerd met duurdere telefoonabonnementen. Een verlaging van de vergoedingen heeft geen invloed op de prijs van de belminuten gehad.
122. Van de zijde van de d-g NMa is opgemerkt dat de door partijen genoemde, beperkte effecten van de gedragingen voor de mededinging reeds eerder zijn behandeld en hier niet behoeven te worden herhaald. De d-g NMa stelt dat in

casu sprake is van een overtreding op horizontaal niveau betreffende prijsbeleid en andere contractuele voorwaarden, welke volgens de Richtsnoeren boetetoemeting als zeer zwaar wordt gekwalificeerd. Bovendien heeft de overtreding een aanzienlijke economische weerslag op de markt en is er (potentiële) schade voor concurrenten, afnemers en consumenten.

Beoordeling

- Kwalificatie van de gedraging (volgens de Richtsnoeren boetetoemeting)
 123. Volgens vaste rechtspraak van het Gerecht van eerste aanleg dienen bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk de daaruit voortvloeiende beperkingen van de mededinging in aanmerking te worden genomen.²¹ De Adviescommissie is van oordeel dat de gedragingen van partijen erop waren gericht via afstemming van het dealervergoedingenbeleid de kosten voor de standaardvergoedingen te verlagen, waardoor het rendement van de operators zou worden verhoogd en tegelijkertijd de posities van partijen op de markt zouden worden bevroren. Als gevolg van een dergelijke verlaging van de dealervergoedingen zullen dealers bepaalde kosten die zij maken niet meer kunnen dekken met de vergoedingen van de operators. Zij kunnen zich vanwege het gelijktijdige karakter van de gedragingen en de deelname van alle marktpartijen evenmin toeleggen op de verkoop van de producten van concurrenten, aangezien ook deze de standaard dealervergoedingen hebben verlaagd. Mogelijk gevolg daarvan is dan een prijsverhoging van de producten/diensten aan de consument, hetgeen overigens mede afhankelijk is van de economische context op de detailhandelsmarkt en de consumentenmarkt. De afgestemde gedragingen dragen derhalve zowel kenmerken van (indirecte) horizontale prijsafspraken als van horizontale marktbeschermingafspraken in zich.
 124. Het kenmerk van de marktbescherming rechtvaardigt niet zonder meer de gedragingen als zeer zware overtreding te typeren,²² omdat concrete afspraken over marktaandeelen niet zijn gemaakt. Wel lag het naar het oordeel van de Adviescommissie in de bedoeling van partijen om door het gelijktijdig karakter van de verlagingen van de dealervergoedingen de marktposities te behouden.
 125. De afstemming van het prijsbeleid is evenzeer op een dergelijke indirecte wijze tot stand gekomen. De afstemming omvat niet concrete verkoopprijzen, maar wel een gezamenlijke en min of meer gelijktijdige verlaging van de dealervergoedingen. De consequenties voor de prijzen op de detailhandelsmarkt en de mogelijke effecten voor de consumentenmarkt zijn hiervoor omschreven. De d-g NMa kwalificeert naar het oordeel van de Adviescommissie deze gedragingen terecht als een overtreding op horizontaal niveau betreffende prijsbeleid en andere contractuele voorwaarden,²³ gezien de in het bestreden besluit aangehaalde uitspraken uit de Europese en nationale jurisprudentie, welke afspraken over kortingen, marges en heffingen tot

²¹ Gerecht van eerste aanleg, arrest van 22 oktober 1997, T-213/95 en T-18/96, SCK en FNK/Commissie, *Jur.* 1997, p. II-1739, RO 246 en rechtspraak.

²² Horizontale marktverdeling in de zin van randnummer 11 van de Richtsnoeren boetetoemeting.

²³ Schriftelijke toelichting nr. 60.

onderwerp had. Evenals de laatstgenoemde handelsinstrumenten door ondernemingen kunnen worden ingezet ter vergroting van hun afzet en omzet, hebben de in het geding zijnde dealervergoedingen tot doel om de dealers te stimuleren een grotere omzet te realiseren van het product van de betrokken vergoedingbetalende onderneming op de detailhandelsmarkt en zal de dealer die producten en diensten willen verkopen die hem de beste (financiële) voorwaarden opleveren. Naar het oordeel van de Adviescommissie kunnen derhalve de betrokken afgestemde gedragingen als gedragingen worden gekwalificeerd die op gelijke wijze als horizontale afspraken over kortingen, marges en heffingen in zeer ernstige mate de mededinging beperken en op detailhandelsniveau voor ingrijpende consequenties kunnen zorgen, zoals uit de genoemde uitspraken volgt. Naar de opvatting van de Adviescommissie kunnen de afstemmingen derhalve worden aangemerkt als een horizontale prijsafspraken in de zin van randnummer 11 van de Richtsnoeren boetetoemeting en derhalve als een zeer zware overtreding.

- Gevolgen voor de mededinging / economische context

126. Partijen beroepen zich allen op de beperkte gevolgen van de gedragingen. Zij betogen kort gesteld, dat de effecten op de prijzen gering zijn geweest. De gevolgen van een overeenkomst die ertoe strekt de mededinging te beperken behoeven in beginsel echter geen nader onderzoek om strijd met art. 6 Mededingingswet te kunnen vast stellen. Deze gevolgen op de markt zijn echter wel van belang in verband met de economische context die in acht wordt genomen bij de vaststelling van de ernst van de overtreding:²⁴

127. Op de markt voor het aanbieden van mobiele telecommunicatiediensten zijn twee grote en drie minder grote operators actief. Met name vanwege dit oligopoloïde karakter en ook vanwege de deelname van alle vijf operators aan de gedragingen is de mededinging ten aanzien van een van de belangrijkste concurrentieparameters nagenoeg nihil geworden. Voor de afnemers leverde derhalve het overstappen naar een andere operator geen voordeel op. De potentiële schade voor afnemers op detailhandelsniveau en met name voor consumenten is aanzienlijk, zoals ook de afzetgrafieken uit het rapport aantonen.²⁵ Zoals uit de randnummers 42-44 van het rapport blijkt, leidde de verlaging van de vergoedingen voor postpaid-abonnementen door Vodafone in augustus 2001 direct tot sterke verschuivingen in het aankoopgedrag van consumenten (met name ten aanzien van de afname van Ben-abonnementen). Dit concurrentie-effect werd uiteindelijk geneutraliseerd doordat de andere operators als gevolg van de afstemming vrij spoedig volgden (september 2001). De stellingen van de operators met betrekking tot het beperkte (potentiele) effect van de afstemming worden dan ook niet door de Adviescommissie gevolgd. Ook gezien de soms aanzienlijke omvang van de verlagingen van de standaarddealervergoedingen heeft de Adviescommissie reden te veronderstellen dat er sprake is van niet-onaanzienlijke effecten voor de detailhandelsmarkt en de consumentenmarkt. Toepassing van Randnummer 14 van de Richtsnoeren boetetoemeting ondersteunt derhalve de bevinding van de d-g NMa dat sprake is van een zeer zware overtreding.

²⁴ Randnummer 14 (laatste volzin) in combinatie met Randnummer 9 van de Richtsnoeren Boetetoemeting.

²⁵ Rapport van 16 juli 2002 (vertrouwelijk) randnummers 42-44.

- Boetefactor

128. In de categorie zeer zware overtredingen in de zin van Randnummer 11 van de Richtsnoeren boetetoemeting geldt een rekenfactor tussen 1, 5 en 3, waar deze voor zware overtredingen ten hoogste 2 betreft en voor de minder zware overtredingen ten hoogste 1.²⁶ De Adviescommissie acht voldoende aannemelijk dat partijen gezamenlijk tot een verlaging van de dealervergoedingen zijn gekomen komen, teneinde een hoger rendement te realiseren en ondertussen de marktaandelen te bevriezen dan wel te beschermen. Zij is op basis van de voorgaande overwegingen dan ook van oordeel dat de gedragingen van ieder van de partijen als zeer zware overtreding dienen te worden aangemerkt. Daarbij is ook de economische context, waarin de overtreding heeft plaatsgevonden, dermate bezwarend dat met inachtneming van grenzen uit de Richtsnoeren boetetoemeting, de Adviescommissie de hantering van de rekenfactor twee (2) door de d-g NMa gerechtvaardigd acht.

m) Berekening boete

129. In het bestreden besluit is op grond van de Richtsnoeren boetetoemeting 10% van de betrokken omzet als grondslag genomen.²⁷ Omdat er volgens de d-g NMa sprake is van duurovereenkomsten bij postpaid-abonnementen, is ook rekening gehouden met de gevolgen nadat de overtreding was beëindigd. Als einddatum voor de gevolgen die verbonden zijn aan de duurovereenkomsten, wordt de datum van het rapport genomen, te weten 16 juli 2002. De betrokken omzet omvat daarmee in elk geval:

- de opbrengsten gegenereerd van 1 juli 2001 tot 1 juli 2002 uit de verkoop van nieuw afgesloten postpaidabonnementen gedurende de periode van 1 juli 2001 tot en met 31 december 2001 dan wel tot en met 31 oktober 2001;
- opbrengsten gegenereerd uit de verkoop van nieuw prepaidpakketten gedurende de periode van 1 juli 2001 tot en met 31 december 2001 dan wel tot en met 31 december 2001.

130. De opbrengsten zijn berekend aan de hand van de zogenoemde ‘Average Revenue Per User’ (hierna: ‘ARPU’), de gemiddelde maandomzet per klant, exclusief aansluitvergoedingen en omzet van separaat verkochte handsets en accessoires. De betrokken omzet wordt bepaald door het aantal post- en prepaid-klanten per operator gedurende de hiervoor genoemde perioden te vermenigvuldigen met de ‘ARPU’ van die maanden. Hierbij wordt nog opgeteld de aansluitvergoedingen die door de desbetreffende nieuwe klanten zijn betaald. De gegevens waarop de betrokken omzet is gebaseerd, zijn desgevraagd door de operators verschaft; waar de operators deze niet verstrekten of konden verstrekken, is geschat.

²⁶ Randnummer 20 van de Richtsnoeren boetetoemeting.

²⁷ Onder betrokken omzet wordt verstaan de waarde gerealiseerd tijdens de totale duur van de overtreding op het gebied van de verkoop van goederen en/of diensten waarop de overtreding betrekking heeft.

131. Door *Dutchtone* is gesteld dat de d-g NMa ten onrechte de verkopen van Dutchtone aan het zakelijk segment van de markt (die niet via het dealerkanaal lopen) meegerekend heeft in de berekening van de betrokken omzet. Verschillende malen is aangegeven bij de NMa welke onderdelen van de omzet toe te rekenen zijn aan de verkopen aan de consument en welke aan de verkopen in het zakelijk verkeer. Daarnaast heeft de d-g NMa er geen rekening mee gehouden dat lang niet alle ‘activaties’ daadwerkelijk tot omzet leiden voor Dutchtone vanwege de fraudeproblematiek.
132. Hoewel Dutchtone aan de d-g NMa geen actuele ARPU-cijfers heeft verstrekt, had de d-g NMa niet mogen uitgaan van de geschatte ARPU, daar deze geen recht doet aan de feitelijke situatie. Bij de ARPU wordt namelijk geen rekening gehouden met de wanbetalers. Tevens is het voor Dutchtone niet duidelijk op welke basis de d-g NMa het totaalbedrag van de aansluitkosten heeft vastgesteld.
133. Daarnaast moet de hoogte van de aan Dutchtone opgelegde boete worden verminderd, gezien een aantal boeteverlagende omstandigheden. Dutchtone heeft geen, dan wel een zeer passieve rol gespeeld bij de totstandkoming van de vermeende inbreuk. Dutchtone heeft op 1 september 2001 zelfstandig besloten de dealervergoedingen te verlagen. De mobiele telecommunicatiesector verkeert in moeilijke economische omstandigheden. De duur van de vermeende overtreding was kort, hooguit enkele maanden, terwijl de effecten op de markt beperkt waren.
134. *KPN Mobile* stelt dat de d-g NMa bij de berekening van de betrokken omzet ten onrechte heeft aangesloten bij de opbrengsten die zijn gegenereerd met het gebruik van de postpaid-abonnementen en de prepaid-pakketten, daar de vermeende overtreding slechts betrekking heeft op acquisitie gerelateerde omzet en derhalve slechts een bepaald element van het ‘product’ prepaid-en/of postpaid aansluitingen tot onderwerp heeft. Deze berekeningswijze is daarmee tevens in strijd met het evenredigheidsbeginsel, daar voor de bepaling van de betrokken omzet geen rekening wordt gehouden met de aard van de overtreding.
135. Voorts betoogt *KPN Mobile* dat de d-g NMa niet alleen uitgegaan is van de opbrengsten gerealiseerd met de verkoop aan nieuwe klanten, maar ook van de opbrengsten die het gevolg zijn van verlengingen van abonnementen. Tevens heeft de d-g NMa de ARPU-cijfers onjuist toegepast, daar hij geen rekening heeft gehouden dat klanten gespreid over de maand binnenkomen bij een mobiele operator. Daarnaast had de d-g NMa bij de bepaling van de betrokken omzet alleen de opbrengsten die toe te rekenen zijn aan de verkopen van dealers (extern distributiekanaal) en niet voor de verkopen via het interne distributiekanaal in aanmerking mogen nemen.
136. Tevens heeft *KPN Mobile* naar voren gebracht dat bij de berekening van de hoogte van de boete geen rekening is gehouden met het gegeven dat de effecten zich pas vanaf het moment waarop uitvoering aan het overleg is

gegeven op de markt hebben voorgedaan. Daarnaast had de d-g NMa de effecten van de postpaid-abonnementen die zich uitstrekten tot na beëindiging van de overtreding niet in aanmerking mogen nemen. Deze berekeningswijze is in strijd met de letter van de Richtsnoeren boetetoemeting. Voorts is volgens KPN Mobile ten onrechte de boeteverlagende omstandigheid dat zij zelfstandig de vermeende overtreding heeft beëindigd, buiten beschouwing gebleven in het bestreden besluit.

137. KPN Mobile en Vodafone hebben tijdens de hoorzitting gesteld bereid te zijn geweest de door de d-g NMa opgevraagde informatie aan te leveren. Als gevolg van de korte termijn die daarvoor werd gesteld, zijn zij echter van mening dat hen niet serieus de mogelijkheid is geboden om deze gegevens te leveren. Nadat contact over deze termijn was opgenomen, stellen partijen kort gezegd, van de zijde van de d-g NMa te hebben vernomen dat deze informatie niet meer noodzakelijk was. Zij leidden daaruit af dat de boete om publicitaire redenen reeds vaststond en hebben vervolgens afgezien van het voorzien van nadere informatie. Zij bestrijden nadrukkelijk de stelling dat zij niet bereidwillig zouden zijn die informatie te verschaffen.
138. Volgens *Vodafone* heeft de d-g NMa ten opzichte van haar ten onrechte de boeteverhogende omstandigheid dat V2 het initiatief zou hebben genomen om te overleggen over het verlagen van de postpaid subsidies, in aanmerking genomen. Noch uit de verklaring van V2 zelf noch uit de verklaringen van K en B volgt immers dat V2 de discussies over de verlagingen is begonnen. Uit de verklaringen die V2 heeft afgelegd, omdat Vodafone medewerking aan het onderzoek van de NMa wilde verlenen, terwijl anderen zich beriepen op hun zwijgrecht, heeft de d-g NMa afgeleid dat het initiatief bij Vodafone lag. Nu daarvoor geen andere bron bestaat, straft de d-g NMa Vodafone daarmee voor haar medewerking.
139. Vodafone stelt voorts dat de medewerking die zij aan het onderzoek van de d-g NMa heeft verleend, als boeteverlagende omstandigheid moet worden beschouwd. Deze boeteverlagende omstandigheid wordt naar haar stelling niet te niet gedaan doordat V2 in het begin van het onderzoek onjuiste informatie aan de NMa heeft verstrekt. Zodra Vodafone van deze handelwijze van V2 op de hoogte was, heeft zij de gegevens gerectificeerd en haar volledige medewerking aangeboden. De wijze waarop deze medewerking werd aangeboden voldoet aan de voorwaarden die de Richtsnoeren Clementietoezegging²⁸ stellen aan boetevermindering. De gegevens die Vodafone heeft verschaft zijn van additionele waarde, terwijl op het moment van deze informatieverschaffing nog geen rapport was opgemaakt en Vodafone zich verder onthouden heeft van enig gedrag dat het onderzoek verder zou belemmeren. De medewerking van Vodafone had moeten resulteren in een boeteverlaging van 10% tot 50%.
140. De hoogte van de opgelegde boete is daarbij onevenredig volgens Vodafone gezien de ernst van de overtreding. De d-g NMa heeft zich slechts laten leiden

²⁸ De Richtsnoeren Clementietoezegging zijn op de website van de NMa gepubliceerd (www.nmanet.nl).

door de wens om zijn invloed ten toon te spreiden om zo potentiële overtreeders af te schrikken.

141. Volgens *Ben* heeft de vermeende overtreding geen betrekking op de abonnementen, maar op de contacten die de operators met de dealers hebben. De d-g NMa kon daarom voor de berekening van de betrokken omzet niet uitgaan van de ARPU. Zelfs al zou ervan worden uitgegaan dat omzet gerealiseerd door verkopen aan eindgebruikers als uitgangspunt genomen dient te worden, dan nog vormt de ARPU geen juiste grondslag voor de berekening van de betrokken omzet. In de ARPU is namelijk, naast de omzet op detailhandelniveau, ook de omzet ten gevolge van de interconnectievergoedingen verdisconteerd. De omzet die is gerealiseerd door verkopen aan prepaid-klanten kan in ieder geval niet worden betrokken bij de berekening van de boetegrondslag, nu ten aanzien van deze activiteiten geen overtreding is vastgesteld in het bestreden besluit. Voorts maakt *Ben* er bezwaar tegen dat aansluitkosten worden meegerekend in de betrokken omzet. Deze kosten worden door *Ben* gegenereerd door een rechtstreeks contact tussen *Ben* en de eindgebruiker, waarop de dealer geen enkele invloed heeft. De vermeende overtreding heeft juist de vergoedingen aan de dealer betaald als onderwerp.
142. Tevens is door *Ben* aangegeven dat de d-g NMa ten onrechte het afleggen van een onjuiste verklaring door *B* aan *Ben* heeft toegerekend. Het individuele gedrag van een werknemer tijdens de onderzoeksfase kan niet eenvoudig aan de onderneming worden toegerekend, zeker niet wanneer deze werknemer in strijd met de bedrijfsinterne regels heeft gehandeld, deze werknemer als enige binnen de organisatie op de hoogte was van de feiten en de onderneming herhaaldelijk bij deze werknemer heeft aangedrongen op het afleggen van een juiste verklaring. Er is geen sprake van een boeteverzwarende omstandigheid, nu *Ben* zich zeer actief heeft opgesteld ten behoeve van de waarheidsvinding en haar volledige medewerking aan het onderzoek van de NMa heeft verleend. De medewerking van *Ben* moet zwaarder wegen dan de ‘foutieve’ verklaring van een (voormalige) werknemer.
143. Ook heeft, zo stelt *Ben*, de d-g NMa onvoldoende rekening gehouden met het binnen haar onderneming geldende compliance program. Indien *B* de vermeende overtreding heeft begaan, dan heeft hij in strijd met dit programma gehandeld. Een en ander betekent dat *Ben* beroep kan doen op niet-verwijtbaarheid.
144. Door *Ben* is gesteld dat zij geen initiatief heeft genomen ten aanzien van het overleg over de prepaid-activiteiten. Dit initiatief lag hooguit bij *B*. Zijn initiatief had daarbij hoogstens betrekking op het zoeken van draagvlak voor het invoeren van een NAW-registratiesysteem. In het bestreden besluit is daarom ten onrechte van een boeteverzwarende omstandigheid uitgegaan.
145. Door *Ben* is erop gewezen dat zij de hoogste omzet heeft gerealiseerd tijdens de periode die bij boeteberekening als uitgangspunt is genomen, daar zij toen de hoogste dealervergoedingen had. De gehanteerde berekeningsgrondslag

leidt ertoe dat de onderneming die zich het minste gelegen liet liggen aan vermeende afstemming, het zwaarst wordt beboet.

146. O2 stelt dat de d-g NMa ten onrechte rekening heeft gehouden bij de berekening van de betrokken omzet met de omzet die behaald is bij postpaid-abonnementen, nadat de vermeende overtreding is beëindigd. Deze berekeningsmethode strookt niet met de definitie van de betrokken omzet uit de Richtsnoeren boetetoemeting. Tevens is ten onrechte rekening gehouden met de omzet die behaald is door de verkoop van de abonnementen door de operators zelf. Nu de vermeende overtreding betrekking heeft op de dealervergoedingen kan alleen rekening gehouden worden met de omzet die het gevolg is van de verkoop van abonnementen door de dealers. De korte duur van de overtreding had, conform het beleid van de Europese Commissie, tot uitdrukking moeten komen in een lagere rekenfactor. Volgens O2 had de d-g NMa rekening moeten houden met de vrijwillige beëindiging van de overtreding door O2 als boeteverlagende omstandigheid.

147. Van de zijde van de *d-g NMa* wordt tegen de door de onderscheiden partijen aangevoerde punten van bezwaar, inzake de betrokken omzet, een in een achtstal onderwerpen te verdelen reacties ingebracht.

1) In antwoord op het bezwaar van KPN Mobile: in het besluit is uitgegaan van de omzet die is gegenereerd met alle nieuw afgesloten abonnementen, hetgeen inhoudt: alle nieuwe abonnees of eindgebruikers waarbij de zogenaamde automatische verlengingen niet zijn meegeteld. Deze potentiële churners zijn wel meegerekend voor zover zij een nieuw contract hebben afgesloten. Voor KPN is dat niet anders dan voor de andere operators.

2) In antwoord op Dutchtone, O2 en KPN Mobile: er is geen sprake van een te ruime interpretatie van het begrip betrokken omzet, zoals zou volgen uit de stelling van partijen dat alleen acquisitie gerelateerde omzet of omzet op wholesale niveau mee dient te worden gerekend. Onder verwijzing naar randnummer 15 van de Richtsnoeren boeterichtsnoeren, gaat het volgens de d-g NMa uiteindelijk om het afzetten van de prepaid-abonnementen of de verkoop van prepaid-pakketten. De daarmee te behalen omzet is dan ook de omzet die partijen beogen te beschermen.

3) Voor wat betreft de standaardvergoedingen maakt het geen verschil of deze vergoedingen via de eigen verkoopkanalen of via onafhankelijke dealers plaatsvinden. De operators hanteren immers in beginsel dezelfde voorwaarden en de afspraak of gedragsafstemming tussen de operators maakt daartussen ook geen onderscheid.

4) Het onderscheid tussen het consumentensegment en het zakelijke segment wordt in het besluit niet gemaakt voor zover sprake is van een transactie waarop standaardvergoedingen van toepassing zijn. De d-g NMa heeft desondanks partijen verzocht aan te geven welk gedeelte van de omzet kan worden toegerekend aan ieder van beide type marktsegmenten. Het verschil in effect staat geenszins vast, omdat onduidelijk is in hoeverre

de standaardvergoedingen ook werden toegepast voor kleine en/of grootzakelijke gebruikers. Partijen hebben hierover geen duidelijke informatie verschaft. Bovendien was het op basis van de gegevens (voor zover aangeleverd) niet mogelijk het grootzakelijk segment volledig af te zonderen bij de berekening van de betrokken omzet. Partijen gaven aan dat de gegevens niet of moeilijk uitgesplitst konden worden, en de wel gepresenteerde gegevens waren in dat opzicht niet helder.

5) In antwoord op Ben, Dutchtone en KPN Mobile: de ARPU-cijfers zouden volgens deze partijen te ruim zijn. Het is volgens de d-g NMa aan partijen om precies aan te geven welke elementen bij het berekenen van de betrokken omzet precies moeten worden meegenomen of welke correcties hier wellicht op zouden moeten worden toegepast. Indien op basis van de aangeleverde gegevens de betrokken omzet niet exact kan worden bepaald kan de d-g NMa een schatting maken, of met bepaalde aannames of gemiddeldes werken (zie randnummer 15 van de Richtsnoeren boeterichtsnoeren). Alleen met specifieke elementen of uitzonderingen die partijen aanleveren kan rekening worden gehouden.

6) In antwoord op Dutchtone: het is juist dat voor de ARPU-cijfers die Dutchtone heeft geweigerd aan te leveren een schatting is gemaakt op basis van de cijfers van andere operators in relatie tot de marktverhoudingen. De in bezwaar door Dutchtone aangeleverde cijfers worden alsnog verwerkt.

7) In antwoord op Ben, Dutchtone en KPN Mobile: het betoog dat de omzet van de prepaid-pakketten buiten de betrokken omzet moet worden gehouden, wordt door de d-g NMa niet gevolgd, omdat de tot een mededingingsbeperking strekkende afspraak ook op standaardvergoedingen voor deze pakketten zag.

8) In antwoord op KPN Mobile en O2: het is onjuist dat bij het berekenen van de boete een afwijkende duur van de overtreding zou zijn gehanteerd in het besluit. In de definitie van betrokken omzet ligt de duur van de overtreding besloten. De berekening van de omzet is gebaseerd op het aantal nieuwe abonnementen dat tijdens de duur van de overtreding is afgesloten. Deze abonnementen worden voor de duur van tenminste één jaar afgesloten, waarbij als uiterste termijn de datum van het uitbrengen van het rapport is gekozen.

148. Ten aanzien van de boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden voor Dutchtone, KPN Mobile en O2 stelt de d-g NMa zich op het standpunt dat zelfstandige beëindiging van de overtreding, de korte duur, de uitsluitend passieve rol en de medewerking aan het onderzoek van de NMa, alsmede de moeilijkheden in de sector - waarop ook Vodafone wijst - geen aanleiding vormen voor boeteverlaging. De overtreding is pas beëindigd nadat de NMa een onderzoek had ingesteld en niet is gebleken dat zulks het gevolg was van de eigen onafhankelijke wil. De medewerking is de wettelijke plicht van partijen. De gestelde passiviteit leidt louter niet tot een boeteverhoging, doch ook niet tot een verlaging. De duur is reeds meegenomen in de betrokken

omzet. Moeilijkheden in de sector kunnen op zichzelf geen boeteverlagende omstandigheid vormen.

149. Ten aanzien van de boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden voor Ben geldt volgens de d-g NMa dat op basis van de verklaringen is komen vast te staan dat Ben het initiatief heeft genomen, en dat een latere tegengestelde verklaring van B daaraan niet afdoet. Het eigen initiatief van B, contrair aan de interne gedragsregels, beïnvloedt niet de verantwoordelijkheid van Ben (zie ook de rn. 125-127 van het bestreden besluit). Dat is niet anders in het kader van de beoordeling van boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden. De wijze van berekening van de boetegrondslag is voor alle partijen gelijk. Een hogere omzet voor Ben is niet van belang, omdat Ben ook de voordelen daarvan heeft gehad.
150. Ten aanzien van de boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden voor Vodafone blijkt naar de mening van de d-g NMa uit het dossier dat naar aanleiding van de mededeling van Vodafone de discussie over de aanpassing van de standaardvergoedingen is begonnen. Zij heeft dan ook het initiatief gehad. Dat medewerking niet tot boeteverlaging heeft geleid, is onjuist, zoals uit randnummer 180 blijkt. Andere boeteverhogende omstandigheden zijn daarbij echter ook in aanmerking genomen. Dat Vodafone aangeeft dat zij geen profijt heeft gehad van de overtreding is op zichzelf geen reden om tot boeteverlaging over te gaan. Het is wel een aspect dat meegenomen wordt in de berekening van de betrokken omzet.
151. Met betrekking tot de disproportionaliteit van de boete wordt van de zijde van de d-g NMa gesteld dat een afwijkingsbevoegdheid bestaat, indien evidente onbillijkheid dreigt (rn. 29 van de Richtsnoeren boetetoemeting). In beginsel speelt de financiële positie van de onderneming geen rol, maar een boete mag niet het faillissement van een levensvatbare onderneming betekenen. In het onderhavige geval hebben partijen niet aannemelijk gemaakt dat van deze situatie sprake is.

Beoordeling

- betrokken omzet
152. De door partijen opgeworpen bezwaren met betrekking tot de betrokken omzet worden hieronder gezamenlijk behandeld. Eerst volgt de afbakening van de betrokken omzet en de ARPU, daarna volgt de duur van de overtreding.

Afbakening en ARPU

153. De Adviescommissie is van mening dat de vaststelling van de betrokken omzet (de met de afstemming of overeenkomst ‘te beschermen omzet’) door de d-g NMa op zo nauwkeurig mogelijke wijze dient te geschieden. De betrokken omzet vormt immers de basis waarover de boetegrondslag wordt berekend.²⁹ Als gevolg van eventuele rekenfactoren en de eventuele boeteverzwarende en boeteverlichtende omstandigheden kunnen onnauwkeurigheden in de vaststelling snel leiden tot aanzienlijke bedragen ten

²⁹ Zie Randnummer 18 Richtsnoeren Boetetoemeting.

nadele, maar ook ten voordele van de betrokken ondernemingen. De d-g NMa dient derhalve mede op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel neergelegd in artikel 3:2 Algemene wet bestuursrecht bij voorkeur zo veel mogelijk gegevens te verzamelen en waar mogelijk geen gebruik te maken van zijn bevoegdheid om een schatting te maken.³⁰ Ook met betrekking tot de schatting van de ARPU-cijfers verdient een dergelijke zorgvuldige vaststelling van de feiten aanbeveling.

154. De vaststelling van de met de onderlinge afstemming ‘te beschermen omzet’ omvat naar het oordeel van de Adviescommissie in de onderhavige markt, die omzet die het directe gevolg is of dan wel sterk samenhangt met de verkoop van producten waarover de standaarddealervergoedingen worden verleend. Het is naar het oordeel van de Adviescommissie aan de d-g NMa om, gemotiveerd, vast te stellen welke producten en diensten uit het assortiment van de ondernemingen in beginsel onder het bereik vallen van deze standaardvergoedingen.
155. Op basis van de stukken in het dossier is de Adviescommissie van oordeel dat daar in ieder geval zowel de omzet uit acquisitie en op wholesale-niveau, als de uit die groothandelsmarkt voortvloeiende omzet van prepaid-pakketten op consumentenniveau onder kunnen vallen. Naar het oordeel van de Adviescommissie kan daar ook de acquisitie van nieuwe abonnementen als gevolg van churning onder vallen. Het is daarbij niet van belang of de beschermde omzet wordt gerealiseerd via de externe dealer-kanalen, dan wel via de eigen verkoopkanalen. Ook de omzet die wordt behaald door het overstappen van gebruikers naar andere operators op basis van de zogenaamde interconnectie-tarieven dienen in beginsel mee te worden berekend voor zover zij voortvloeien uit verkopen, waarover standaardvergoedingen worden verleend. De betrokken omzet omvat derhalve dan ook niet het zakelijk gedeelte van de verkopen, voor zover de standaardvergoedingen daar niet worden toegepast, zoals ook de d-g NMa in zijn schriftelijke toelichting stelt.
156. Op basis van deze afbakening is de Adviescommissie van oordeel dat de d-g NMa van ieder van de te beboeten ondernemingen de vereiste omzet- en ARPU-gegevens dien te verzamelen en precies dient vast te stellen welk deel daarvan in de periode van de duur van de overtreding onder het bereik van deze standaarddealervergoedingen valt, waarbij rekening wordt gehouden met de periode waarover de ARPU-gegevens worden gemiddeld. Daarbij ligt het voor de hand gebruik te maken van gericht opgevraagde en aangeleverde bescheiden van de in overtreding zijnde ondernemingen, en ieder andere bron die zich daartoe leent, zoals marktstudies. Het is aan de d-g NMa om op basis van die gegevens een op de overtreding toegesneden boete op te leggen.
157. Voor het opvragen van voor het berekenen van de betrokken omzet noodzakelijke gegevens van de operators beschikt de d-g NMa over de bevoegdheden uit paragraaf. 5.2 Algemene wet bestuursrecht, die door middel van de medewerkingsplicht en de toepasselijke bepalingen uit de Mededingingswet kunnen worden afgedwongen (art. 5:17 jo 5:20 Algemene

³⁰ Zie Randnummer 15 Richtsnoeren Boetetoemeting.

wet bestuursrecht jo. 69 Mededingingswet), indien de ondernemingen weigeren deze gegevens aan te leveren. Naar het oordeel van de Adviescommissie is de d-g NMa eerst dan gehouden een schatting te maken indien de onderneming blijft weigeren deze gegevens aan te leveren. Ook in het geval de betrokken gegevens niet kunnen worden aangeleverd, dan wel de kosten voor aanlevering onredelijk hoog zijn kan de d-g NMa - na overleg met de betrokken onderneming - besluiten een schatting te maken. Evenwel dient daarbij te worden opgemerkt dat sommige ondernemingen zich sterk specialiseren op de zakelijke markt en derhalve bij gevolg een andere verhouding van de onderdelen van de betrokken omzet hebben dan die ondernemingen die met name zijn gericht op de consumentenmarkt.

158. De d-g NMa dient de ondernemingen in staat te stellen om de d-g NMa van afgewogen informatie te voorzien, waartoe zij een redelijke termijn beschikking dienen te krijgen, alsmede een redelijke gelegenheid tot aanvulling en aanpassing van die gegevens.
159. Uit het dossier kan worden afgeleid dat partijen tijdens de hoorzitting van 30 oktober 2002 is gevraagd de informatie met betrekking tot de betrokken omzet en de ARPU aan te leveren, waarbij de d-g NMa zich nadrukkelijk het recht voorbehield om bij gebrek aan adequate gegevens een schatting te maken over de betrokken omzet.³¹ De d-g NMa heeft vervolgens in een fax van 10 december 2002 aangegeven dat de aangeleverde gegevens in onvoldoende mate duidelijkheid hebben verschaft en heeft als gevolg daarvan verschillende partijen gevraagd om aanvullende informatie aan te leveren binnen een termijn van 2 dagen,³² hetgeen op de hoorzitting is bevestigd. Partijen tekenden daarbij aan dat dit niet meer nodig bleek te zijn, hetgeen van de zijde van de d-g NMa niet werd weerlegd.
160. De Adviescommissie is op basis van de correspondentie van de zijde van de d-g NMa van 10 december 2002 van oordeel, dat de d-g NMa kennelijk niet reeds op basis van de aangeleverde stukken een zorgvuldige vaststelling heeft kunnen maken van de betrokken omzet- en ARPU gegevens, waarop de boetgrondslag is gebaseerd. Naar het oordeel van de Adviescommissie is de d-g NMa - in ogenschouw genomen hetgeen de Adviescommissie hiervoor heeft overwogen met betrekking tot de bevoegdheidsuitoefening – er derhalve terecht toe overgegaan partijen te verzoeken de kennelijk onvolledige overgelegde gegevens aan te vullen.
161. De hiervoor weergegeven gang van zaken – en dan met name het feit dat de d-g NMa, nadat hij kennelijk had vastgesteld dat de aangeleverde gegevens onvoldoende waren, partijen niet een langere termijn heeft gegund dan twee dagen om de gegevens aan te vullen, waarna hij – bij gebreke aan die nadere gegevens – is overgegaan tot een schatting van de boetgrondslag – is naar het oordeel van de Commissie onvoldoende zorgvuldig, zoals vereist op grond van artikel 3:2 Algemene wet bestuursrecht. De bezwaren die zich hiertegen richten slagen derhalve en de d-g NMa zal de partijen alsnog een redelijke

³¹ Zie dossierstuk 2658/260.

³² Zie dossierstuk 2658/308.

termijn moeten gunnen om de nadere gegevens te leveren waarna op basis van die nadere gegevens de boetegrondslag opnieuw moet worden vastgesteld.

Duur

162. Volgens O2 dient als gevolg van de korte duur van de overtreding een lagere rekenfactor te worden toegepast op de boetegrondslag. Deze stelling kan geen stand houden nu de duur van de overtreding wordt betrokken in de boetegrondslag en voor de rekenfactor de ernst van de overtreding wordt gewogen.³³
163. De duur van de overtreding is hiervoor reeds vastgesteld (rn. 100 e.v.). Naar het oordeel van de Adviescommissie dient ten aanzien van de periode waarover de betrokken omzet met betrekking tot de prepaid-contracten is bepaald, de volledige omzet over het afgesloten contract te worden meegeteld. Deze contracten worden doorgaans voor de periode van een jaar afgesloten, hetgeen inhoudt dat de volledige jaaromzet uit dat contract dient te worden meegerekend. Dat als uiterste termijn de datum van bekendmaking van het rapport is gekozen, heeft aldus een boete-matigend effect waarop de Adviescommissie niet zal terugkomen. In ieder geval kon de d-g NMa naar het oordeel van de Adviescommissie de datum van het rapport hanteren als uiterste termijn.
- Boeteverzwarende en boeteverlichtende omstandigheden
 164. De door Dutchtone, KPN Mobile en O2 ingeroepen zelfstandige beëindiging van de overtreding, wat er gezien het ingestelde onderzoek ook zij van het zelfstandige karakter van die beëindiging, is naar het oordeel van de Adviescommissie geen boeteverlagende omstandigheid, daar een met de wet strijdig handelen hoe dan ook dient te worden gestaakt.
 165. De door Dutchtone en O2 ingeroepen korte duur van de overtreding vormt evenmin een boeteverlagende omstandigheid, maar dient te worden meegewogen bij de vaststelling van de boetegrondslag (zie hiervoor rn. 152 e.v.).³⁴
 166. De passieve rol die door Dutchtone als boeteverlagende omstandigheid wordt aangevoerd doet niet af aan de deelname van Dutchtone aan de afgestemde gedraging en deze kan weliswaar niet tot een boeteverhoging, maar evenmin tot een boeteverlaging leiden. Voor de door Dutchtone aangevoerde economische problemen van de sector verwijst de Adviescommissie naar het hierna te behandelen beweerdelijke disproportionele karakter van de boete.
 167. De bezwaren betreffende toerekenbaarheid van de gedraging van B aan Ben heeft de Adviescommissie reeds in randnummers 25 e.v. afgewezen en behoeft hier verder geen bespreking. Voor de overweging met betrekking tot de medewerking van Ben aan de waarheidsvinding, nadat B onjuiste informatie aan de d-g NMa heeft verstrekt, hetgeen niet door Ben wordt ontkend, verwijst de Adviescommissie naar de overwegingen die aan dat punt zijn gewijd onder

³³ Randnummers 9, 15 en 20 Richtsnoeren Boetetoemeting.

³⁴ Zie ook: Randnummers 9 en 15 Richtsnoeren Boetetoemeting.

de individuele boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden voor Vodafone (zie hierna rn. 171 e.v.).

168. Ten aanzien van de bewering dat B in strijd heeft gehandeld met het compliance program binnen Ben en Ben als gevolg daarvan geen verwijt valt te maken, is de Adviescommissie van oordeel dat de d-g NMa een dergelijk element niet als verzachtende omstandigheid in aanmerking behoeft te nemen, zolang hij daarbij wel het beginsel van gelijke behandeling in acht neemt ten aanzien van andere partijen. Van een verschil in behandeling is geen sprake. De stelling van de d-g NMa dat deze gedragsregels niet afdoen aan de verantwoordelijkheid van Ben, wordt dan ook door de Adviescommissie onderschreven. Zie in dat verband ook de reeds aangehaalde toerekenbaarheid in randnummers 25 e.v. van dit advies.
169. In het besluit wordt B het initiatief verweten voor het overleg op 13 juni 2001, alsmede het initiatief voor het overleg met betrekking tot de vergoedingen van de prepaid-pakketten.³⁵ De d-g NMa rekent deze gedraging aan Ben toe als een boeteverhogende omstandigheid.³⁶ Ben bestrijdt dat B dit initiatief heeft genomen. Naar aanleiding van het initiatief voor de bijeenkomst met betrekking tot het NAW-registratiesysteem is door B tijdens het overleg getracht de argumenten kracht bij te zetten door de suggestie van een prijsverhoging met een eventuele incentive, hetgeen door Ben is erkend.³⁷ Daarmee acht de Adviescommissie in voldoende mate bewezen dat Ben het initiatief voor het overleg over prepaidvergoedingen heeft genomen.
170. Het feit dat Ben naar eigen zeggen de hoogste omzet heeft weten te realiseren en daardoor ten onrechte extra zwaar gestraft wordt, ondanks dat zij zich in mindere mate dan de anderen aan de afspraak dan wel afstemming heeft gehouden, geeft naar het oordeel van de Adviescommissie geen juiste weergave van de consequenties van de gedragingen. Ben heeft deelgenomen aan de afstemming alsmede aan de uitvoering van de verlaging van de dealervergoedingen op 3 september 2001, zoals uit het bestreden besluit blijkt.³⁸ Het feit dat Ben een groter voordeel heeft weten te behalen, vanwege het op een later moment uitvoeren van de afgestemde gedragingen doet niet af aan het met wet strijdige karakter van de gedragingen, dan wel aan de juistheid van de boetegrondslag die mede op basis van dat voordeel is bepaald door de d-g NMa.
171. V2 heeft als medewerker van Vodafone in eerste instantie onjuiste informatie aan de d-g NMa verstrekt, hetgeen door Vodafone wordt bevestigd. Niet valt in te zien waarom onjuiste, het onderzoek belemmerende informatie die V2 als medewerker van Vodafone aan de d-g NMa verstrekt, niet als boeteverzwarende omstandigheid in de zin van randnummer 27, laatste streepje Richtsnoeren boetetoemeting kan worden meegewogen jegens Vodafone. De daaropvolgende neutralisering door de d-g NMa van deze

³⁵ Randnummer 158 van het bestreden besluit.

³⁶ Randnummer 27 Richtsnoeren Boetetoemeting.

³⁷ In die zin Randnummer 54 van het bestreden besluit en randnummer 36 van de schriftelijke zienswijze van Ben naar aanleiding van het rapport.

³⁸ Randnummer 64 van het bestreden besluit.

verzwaring, vanwege de goede medewerking van Vodafone gedurende het vervolg van de onderzoeken, in plaats van deze medewerking louter als een boeteverlichtende omstandigheid aan te rekenen, komt de Adviescommissie juist voor.

172. In het besluit wordt V2 het initiatief verweten van het overleg over het verlagen van de prepaid subsidies. ‘Vodafone heeft voorts aangezet tot de overtreding door tijdens de bijeenkomst [...] over te gaan tot het aldaar bespreken van bedrijfsvertrouwelijke informatie op het gebied van [...].’³⁹ De d-g NMa rekent dat initiatief aan Vodafone toe als een boeteverhogende omstandigheid.⁴⁰ Vodafone bestrijdt dat V2 dit initiatief heeft genomen.⁴¹ V2 heeft slechts verklaard dat hij de andere operators op de hoogte heeft gebracht van het voornemen van Vodafone de prepaid-vergoedingen te verlagen.⁴² De Adviescommissie is van oordeel dat op grond van die verklaring niet als automatisme kan worden geconcludeerd dat Vodafone ook het initiatief heeft genomen tot dat deel van het overleg. Uit de verklaringen van V2 en de toelichting van de zijde van Vodafone valt die conclusie van de d-g NMa naar het oordeel van de Adviescommissie niet te trekken. De juistheid van die conclusie kan op grond van de inhoud van het dossier niet worden vastgesteld. Slechts staat vast dat V2 op enig moment mededelingen over het voornemen om postpaid-vergoedingen te verlagen, heeft gedaan; niet staat vast dat hij dit voornemen als eerste van de bij de bijeenkomst van 13 juni 2001 aanwezigen heeft gedaan. De stelling dat V2 het initiatief tot dit overleg heeft genomen is onvoldoende aannemelijk, waardoor die omstandigheid dan ook niet als boeteverzwarende omstandigheid jegens Vodafone kan worden aangevoerd.

- Disproportionaliteit van de boete

173. De door Vodafone gestelde onevenredige hoogte van de boete beschouwt de Adviescommissie als een niet zelfstandig bezwaar, dan wel als een onvoldoende onderbouwd bezwaar. Voor de hoogte van de boete verwijst de Adviescommissie terug naar de relevante passages in dit advies met betrekking tot de boetegrondslag, de rekenfactor en de individuele boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden.

174. De door Dutchtone gestelde moeilijke economische omstandigheden voor de sector zijn naar het oordeel van de Adviescommissie geen zelfstandige boeteverlagende omstandigheid, daar deze worden meegewogen in het kader van de vaststelling van de economische context bij de vaststelling van de ernst van de overtreding, zoals in randnummers 113 e.v. van dit advies is betoogd.⁴³ De sanctie dient naar aanleiding van een vastgestelde overtreding niet zover te gaan dat voor een levensvatbare onderneming faillissement waarschijnlijk wordt.⁴⁴ Dat dit zich in de gegeven omstandigheden voordoet is op basis van

³⁹ Randnummer 182 van het bestreden besluit.

⁴⁰ Randnummer 27 Richtsnoeren Boetetoemeting.

⁴¹ Zie ook Randnummer 59 van het bestreden besluit.

⁴² In die zin Randnummer 57 en 58 van het bestreden besluit en randnummers 30, 50 en 52 van de schriftelijke zienswijze van Vodafone naar aanleiding van het rapport.

⁴³ Randnummer 14 Richtsnoeren Boetetoemeting.

⁴⁴ Randnummer 29 Richtsnoeren Boetetoemeting.

het dossier naar het oordeel van de Adviescommissie niet gebleken en onvoldoende onderbouwd gesteld.

n) Betaling boete en wettelijke rente

175. Door *Ben* is naar voren gebracht dat in het bestreden besluit ten onrechte is gesteld dat binnen dertien weken na verzending van dit besluit de opgelegde boetes dienen te worden betaald en dat na het verstrijken van deze termijn de geldboete wordt vermeerderd met de wettelijke renten. Primair stelt *Ben* zich op het standpunt dat hier sprake is van een onjuiste maar niet op rechtsgevolg gerichte mededeling die niet appellabel is. Subsidiair tekent *Ben* evenwel bezwaar aan tegen het onderdeel uit het bestreden besluit betreffende de betaling van de boete binnen een termijn van 13 weken en betreffende hetgeen gesteld is over de wettelijke rente. De boete hoeft pas te worden betaald nadat de beroepstermijn is verstreken, of, indien er beroep is ingesteld, op het hoger beroep is beslist. Tot die datum wordt de werking van een sanctiebeschikking geschorst. Hetzelfde geldt voor de wettelijke rente. Het onthouden van schorsende werking van bezwaar en beroep staat volgens *Ben* op gespannen voet met artikel 6 EVRM.

176. Van de zijde van de *d-g NMa* wordt ingebracht dat niet nodig is om op deze bezwaren in te gaan, aangezien het louter een verwijzing naar de toepasselijke artikelen van de Mededingingswet betreft, zonder dat hieraan enige consequentie is verbonden. Of deze artikelen door de *d-g NMa* juist worden uitgelegd of toegepast is in deze procedure niet aan de orde.

Beoordeling

177. De Adviescommissie is met de *d-g NMa* van oordeel dat niet nodig is om op deze bezwaren in te gaan, aangezien het louter een verwijzing naar de toepasselijke artikelen van de Mededingingswet betreft, zonder dat hieraan enig rechtsgevolg is verbonden. Of deze artikelen door de *d-g NMa* juist worden uitgelegd of toegepast is in deze procedure niet aan de orde.

5 Conclusie en advies

178. De Adviescommissie adviseert - na beoordeling van de bezwaren van partijen - de *d-g NMa* bij het nemen van het besluit op bezwaar het navolgende in overweging te nemen.

De bezwaren van partijen dat geen bewijs is voor het bestaan van een overeenkomst vanwege het ontbreken van wilsovereenstemming, worden gegrond verklaard.

De bezwaren van partijen, gericht op de berekening door de *d-g NMa* van de betrokken omzet dienen gegrond te worden verklaard, voor wat betreft de zorgvuldigheid van de gestelde termijnen en de werkwijze bij de verzameling van de noodzakelijke gegevens van de betrokken ondernemingen ter berekening van de individuele betrokken omzet. De Adviescommissie adviseert de *d-g NMa* ter voorbereiding van het besluit op bezwaar, met

inachtneming van het in randnummers 160 en 161 van dit advies gestelde, aanvullende gegevens op te vragen bij partijen.

Het bezwaar van Vodafone dat de d-g NMa onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat zij het initiatief heeft genomen zodat dit niet als boeteverzwarende omstandigheid kan worden aangemerkt dient gegrond te worden verklaard op grond van het in randnummer 172 van dit advies gestelde.

Voor het overige dienen de bezwaren ongegrond te worden verklaard.

Prof mr. J.H. Jans
Voorzitter
Subcommissie voor zaak 2658 van de Adviescommissie bezwaarschriften
Mededingingswet

Mr. H.H.B. Vedder
Secretaris
Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet