

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 62, eerste lid, van de Mededingingswet.

Nummer 2658-344

Betreft zaak: Mobiele operators

Inhoudsopgave

1. Feitelijke achtergrond

1.1 Het verloop van de procedure

1.2 De betrokken partijen

1.3 Kenmerken van de Nederlandse markt voor mobiele telecommunicatiediensten

1.3.1 *Het product*

1.3.2 *De ondernemingen*

1.3.3 *De ontwikkeling van de markt en het systeem van dealervergoedingen*

1.4 Het rapport

2. Beoordeling van de feiten

2.1 De gedragingen van partijen

2.1.1 *Het initiatief voor de bijeenkomst van 13 juni 2001*

2.1.2 *De aanwezigen bij de bijeenkomst van 13 juni 2001*

2.1.3 *Het besprokene tijdens de bijeenkomst van 13 juni 2001 - prepaid*

2.1.4 *Het besprokene tijdens de bijeenkomst van 13 juni 2001 - postpaid*

2.1.5 *De uitvoering van het besprokene tijdens de bijeenkomst van 13 juni 2001*

2.1.6 *De betrokkenheid van O₂*

2.2 Onbetwiste feiten

3. Juridische beoordeling

(i) Procedurele aspecten

3.1 Wijze van bewijsvergaring

(ii) Materiële aspecten

3.2 Artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet

3.2.1 *Het verbod op mededingingsafspraken*

3.2.2 *Onderneming*

3.2.3 *Overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen*

3.2.4 *De betrokkenheid van O₂*

3.2.5 *Mededingingsbeperking en merkbaarheid*

3.2.6 *Conclusie ten aanzien van artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet*

3.3 Het schadelijk karakter van de verboden gedragingen

3.4 De ondernemingen die de overtreding hebben begaan

3.5 De duur van de overtreding

3.6 De rechtspersonen aan wie de overtreding kan worden toegerekend

3.7 Conclusie

4. Sanctie

4.1 Boete

4.1.1 *Wettelijk kader*

4.1.2 *Boeterichtsnoeren*

4.2 Boetegrondslag en ernst van de overtreding

4.2.1 *Boetegrondslag*

4.2.2 *Ernst van de overtreding*

4.3 De vaststelling van de hoogte van de boete voor Ben

4.4 De vaststelling van de hoogte van de boete voor Dutchtone

4.5 De vaststelling van de hoogte van de boete voor KPN Mobile

4.6 De vaststelling van de hoogte van de boete voor O₂

4.7 De vaststelling van de hoogte van de boete voor Vodafone

5. Besluit

1. Feitelijke achtergrond

1.1 Het verloop van de procedure

1. Op 23 augustus 2001 heeft de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit ("d-g NMa") ambtshalve een onderzoek ingesteld naar een mogelijke overtreding van artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet ("Mw") door ondernemingen die actief zijn op de markt voor mobiele telecommunicatiediensten.
2. Het onderzoek heeft zich geconcentreerd op mogelijke mededingingsbeperkende overeenkomsten dan wel onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen operators van mobiele telefoonnetwerken ("operators") ten aanzien van het verlagen van de standaardvergoedingen¹ voor mobiele telefoonabonnementen², die deze operators verstrekken aan de detailhandel.³
3. Aanleiding voor dit onderzoek waren signalen, onder meer uit de media, dat de operators rond september 2001 hun standaardvergoedingen aan de detailhandel zouden gaan verlagen.
4. Op 28 en 29 augustus 2001 alsmede op 8 en 28 november 2001 hebben ambtenaren van de Nederlandse Mededingingsautoriteit ("NMa") die krachtens besluit van de d-g NMa zijn belast met het toezicht op de naleving van de bij of krachtens de Mededingingswet bepaalde wettelijke voorschriften ("ambtenaren van de NMa")⁴, bedrijfsbezoeken afgelegd bij vijf operators, twee onafhankelijke serviceproviders en drie dealers. De bezochte ondernemingen zijn:

¹ Ook wel genoemd bonussen, commissies, margekortingen of subsidies.

² In dit besluit wordt onder abonnement zowel een postpaidabonnement als een prepaidpakket verstaan, tenzij expliciet naar één van beide wordt verwezen.

³ In dit besluit worden de termen dealers en detailhandel door elkaar gebruikt.

⁴ Besluit aanwijzing toezichthoudende ambtenaren Mededingingswet van de d-g NMa van 2 januari 1998, Stcrt 1998, nr 1. Nadien gewijzigd door Besluit organisatie, mandaat, volmacht en machtiging NMa van de d-g NMa van 5 juli 2001, Stcrt 2001, nr 133.

<i>Mobiele netwerkers</i>	<i>Onafhankelijke serviceproviders</i>	<i>Dealers</i>
Ben	Debitel	BelCompany ⁵
Dutchtone	Talkline ⁶	T-for-Telecom ⁷
KPN		The Phone House ⁸
O ₂		
Vodafone		

5. Tijdens deze bedrijfsbezoeken is inzage verkregen in documenten en bescheiden. Tevens zijn door ambtenaren van de NMa diverse malen vragen gesteld aan (directeuren van) de vijf operators, bovenvermelde onafhankelijke serviceproviders en dealers alsmede aan andere derden.
6. Uit het onderzoek is een redelijk vermoeden gerezen dat artikel 6, eerste lid, Mw is overtreden door de vijf in Nederland werkzame operators, te weten Ben Nederland B.V. ("Ben"), Dutchtone N.V. ("Dutchtone"), KPN Mobile N.V. ("KPN Mobile"), O₂ (Netherlands) B.V. ("O₂")⁹ en Vodafone Libertel N.V. ("Vodafone")¹⁰ en dat daarvoor een boete dient te worden opgelegd.
7. Na afloop van het onderzoek heeft de d-g NMa op 16 juli 2002 een rapport, als bedoeld in artikel 59, eerste lid, Mw, ("rapport") doen opmaken, dat op dezelfde datum aan Ben, Dutchtone, KPN Mobile, O₂ en Vodafone (gezamenlijk ook "de vijf operators") is bekendgemaakt.
8. Gelet op het bepaalde in artikel 60, eerste lid, Mw hebben de vijf operators omtrent het rapport schriftelijk hun zienswijzen naar voren gebracht. Tevens vond, eveneens overeenkomstig het bepaalde in artikel 60, eerste lid, Mw, ten kantore van de NMa op 30 oktober 2002 een hoorzitting plaats. De vijf operators zijn hierbij in de gelegenheid gesteld hun zienswijze omtrent het rapport mondeling naar voren te brengen. Van de hoorzitting is

⁵ BelCompany is een detailhandelsorganisatie, gespecialiseerd in (mobiele) communicatieproducten.

⁶ Sinds 1 november 2001 maakt de serviceprovider Talkline deel uit van Debitel. Zie Besluit d-g NMa 16 oktober 2001, zaak 2697, Debitel-Talkline.

⁷ T-for-Telecom is een detailhandelsorganisatie voor communicatieproducten met als specialisatie de verkoop en distributie van mobiele telefoons, abonnementen en accessoires.

⁸ The Phone House is een detailhandelsketen voor (mobiele) communicatieproducten.

⁹ O₂ heette tot begin mei 2002 Telfort Mobiel B.V. ("Telfort"). Waar in dit besluit wordt gesproken van O₂ wordt daarmee tevens Telfort bedoeld en omgekeerd, tenzij uitdrukkelijk anders wordt vermeld.

¹⁰ Vodafone heette tot 28 januari 2002 Libertel-Vodafone N.V. ("Libertel"). Waar in dit besluit wordt gesproken van Vodafone wordt daarmee tevens Libertel bedoeld en omgekeerd, tenzij uitdrukkelijk anders wordt vermeld.

ingevolge artikel 61, tweede lid, Mw een verslag gemaakt dat op 3 december 2002 aan betrokkenen is toegezonden.

1.2 De betrokken partijen

9. Ben is een besloten vennootschap naar Nederlands recht, gevestigd te Den Haag. T-Mobile International AG (een dochteronderneming van Deutsche Telekom) heeft 100% van het aandelenkapitaal van Ben in handen. Ben biedt als telecommunicatie-exploitant in Nederland op de zakelijke en consumentenmarkt mobiele telecommunicatienetwerkdiensten en mobiele telecommunicatiediensten aan. Ben beheert en exploiteert in Nederland een DCS1800-netwerk.¹¹
10. Dutchtone is een naamloze vennootschap naar Nederlands recht, gevestigd te Den Haag. Dutchtone maakt onderdeel uit van Orange SA (een dochteronderneming van France Télécom) dat 100% van het aandelenkapitaal in Dutchtone houdt. Dutchtone biedt als telecommunicatie-exploitant in Nederland op de zakelijke en consumentenmarkt mobiele telecommunicatienetwerkdiensten en mobiele telecommunicatiediensten aan. Dutchtone beheert en exploiteert in Nederland een DCS1800-netwerk.
11. KPN Mobile is een naamloze vennootschap naar Nederlands recht, gevestigd te Den Haag. Zij is een dochteronderneming van KPN N.V. ("KPN")¹². KPN Mobile biedt via haar 100%-dochteronderneming KPN Mobile Nederland B.V. ("KPN Mobile Nederland") als telecommunicatie-exploitant in Nederland op de zakelijke en consumentenmarkt mobiele telecommunicatienetwerkdiensten en mobiele telecommunicatiediensten aan. KPN Mobile beheert en exploiteert in Nederland zowel een GSM900-netwerk als een DCS1800-netwerk.

¹¹ Binnen Nederland kan gebruik worden gemaakt van zowel digitale als analoge netwerken. De analoge netwerken (zoals NMT, Nordic Mobile Telephone) worden echter steeds minder gebruikt. Het meest gebruikte netwerk is het digitale GSM-netwerk, dat zendt met een frequentie van 900 MHz. GSM (Global System for Mobile communication) is een systeem voor een wereldwijd draadloos telefoonnetwerk. Het is van oorsprong een Europese standaard die inmiddels door meer dan honderd landen is overgenomen. GSM duidt dus niet op het telefoontoestel, maar op het systeem, alhoewel GSM in het spraakgebruik uiteraard wel op het toestel wijst. GSM is als een Europees initiatief in 1982 als Groupe Spéciale Mobile - overigens de oorspronkelijke betekenis van de afkorting - begonnen. GSM kan werken op drie verschillende frequenties: 900, 1800 en 1900 MHz. De explosieve groei van het aantal zendmasten is gerelateerd aan de opkomst van het nieuwe, eveneens digitale, GSM1800-netwerk, ook wel DCS1800 (Digital Communications System) genoemd, dat zendt met een frequentie van 1800 MHz. Sinds 2 november 1998 is het mogelijk via dit nieuwere netwerk telefoongesprekken te voeren.

¹² KPN houdt 85% van de aandelen in KPN Mobile.

12. O₂ is een besloten vennootschap naar Nederlands recht, gevestigd te Amsterdam. O₂ is een 100%-dochteronderneming van mmO₂ Groep B.V., voorheen British Telecom Wireless Netherlands B.V. O₂ biedt als telecommunicatie-exploitant in Nederland op de zakelijke en consumentenmarkt mobiele telecommunicatienetwerkdiensten en mobiele telecommunicatiediensten aan. O₂ beheert en exploiteert in Nederland een DCS1800-netwerk.
13. Vodafone is een naamloze vennootschap naar Nederlands recht, gevestigd te Maastricht. Vodafone Group Plc bezit 77,5% van de aandelen. Vodafone biedt als telecommunicatie-exploitant in Nederland op de zakelijke en consumentenmarkt mobiele telecommunicatienetwerkdiensten en mobiele telecommunicatiediensten aan. Vodafone beheert en exploiteert in Nederland zowel een GSM900- netwerk als een DCS1800-netwerk.

1.3 Kenmerken van de Nederlandse markt voor mobiele telecommunicatiediensten

1.3.1 Het product

14. Deze zaak heeft betrekking op mobiele telecommunicatiediensten. De vijf operators bieden mobiele telecommunicatiediensten aan op de Nederlandse markt. Zij verkopen aan zakelijke en particuliere gebruikers mobiele telefoondiensten en de daarbij behorende hardware, zoals mobiele telefoontoestellen ("handsets") en accessoires.
15. Binnen het aanbod van mobiele telefoondiensten bestaat het onderscheid tussen postpaid en prepaid. Postpaidabbonementen kennen een vaste abonnementsprijs (al dan niet in combinatie met "gratis" belminuten), waarbij het aantal gebelde minuten in een bepaalde (abbonements)periode achteraf in rekening wordt gebracht. Prepaidpakketten kenmerken zich door een betaling vooraf (van belminuten, via aanschaf van een prepaidkaart). Vervolgens kan men tot het aldus verkregen tegoed bellen. In dit besluit wordt onder (mobiele telefoon)abbonement zowel een postpaidabbonement als een prepaidpakket verstaan, tenzij expliciet naar één van beide wordt verwezen.
16. Binnen de postpaidabbonementen wordt een onderscheid gemaakt naar zogenoemde "low end"-, "mid end"- en "high end"-abbonementen.¹³ De "low end"-abbonementen zijn de abonnementspakketten, waarbij minder "gratis" belminuten worden geleverd dan bij de "mid end"- en de "high end"-abbonementen.

¹³ Met "low end"-abbonementen wordt bedoeld op de abonnementspakketten tot 120 belminuten per maand (Libertel 60, KPN Economy, HI 60, HI Profile 60/30, Dutchtone All-in 120, Ben Regelmatig, Telfort Clarity 120). "Mid end"-abbonementen hebben tussen de 120 en 180 belminuten per maand. De "high end"-abbonementen zijn abonnementspakketten met meer dan 180 belminuten per maand.

1.3.2 De ondernemingen

17. De vijf operators zijn de enige ondernemingen in Nederland die een eigen mobiel telefoonnetwerk beheren en exploiteren. Aanbieders van mobiele telecommunicatiediensten zijn de met de vijf operators geïntegreerde serviceproviders (Ben, Dutchtone, KPN Mobile, O₂ en Vodafone), Mobile Virtual Network Operators (“MVNO’s”)¹⁴ en onafhankelijke serviceproviders, zoals Debitel/ Talkline, die gebruik maken van de netwerken van de operators. Op de Nederlandse markt opereert slechts een klein aantal onafhankelijke serviceproviders. Zij zijn met name actief in “niches” en vervullen een beperkte rol.¹⁵
18. De vijf operators en de onafhankelijke serviceproviders bieden hun mobiele telecommunicatiediensten aan via eigen winkels en via andere, van de operators en onafhankelijke serviceproviders losstaande distributiekkanalen, zoals in telecommunicatiediensten gespecialiseerde dealers, als BelCompany, T-for-Telecom en The Phone House, en niet-gespecialiseerde dealers, als Albert Heijn en V&D. Ook zijn er dealers, als GSMWeb en GoMobile, die uitsluitend via Internet werken. Nagenoeg elke onafhankelijke dealer verkoopt op basis van dealerovereenkomsten met de operators mobiele telefoonabonnementen van alle vijf de operators.
19. Wat postpaidabonnementen betreft koopt de dealer zelf de mobiele telefoontoestellen in en levert de operator de SIM-kaart. De dealer fungeert wat betreft het abonnement als agent voor de operator. De operator sluit rechtstreeks een abonnement met de eindgebruiker, waarbij de dealer uit de transactie wegvalt.
20. Voor prepaidpakketten geldt dat de operator de mobiele telefoontoestellen inkoop en deze vervolgens tezamen met een SIM-kaart (voorzien van een bepaald beltegoed) in één pakket aan de dealer verkoopt. Ook prepaidklanten zijn, net zoals bij een postpaidabonnement, door middel van een SIM-lock voor een vooraf overeengekomen periode gebonden aan de operator waarbij de dealer het desbetreffende prepaidpakket heeft gekocht.

¹⁴ Tele2 is een zogenoemde MVNO. Dit is een aanbieder van mobiele telecommunicatiediensten die netwerkcapaciteit huurt van een operator. Een MVNO onderscheidt zich van een serviceprovider door het uitgeven van eigen SIM-kaarten. “SIM” staat voor Subscriber Identity Module. Een SIM-kaart is een chipkaart die de klant in staat stelt van zijn aansluiting met de desbetreffende operator gebruik te maken.

¹⁵ SEO, Toegang tot mobiele netwerken, Onderzoek in opdracht van OPTA, 12 september 2001, p.11 en 25. Zie ook de verklaringen van de [VERTR.] Directeur van Debitel, 2658/66, p.2, en de verklaring van de [VERTR.] Director van Talkline, 2658/19, p.2.

1.3.3 De ontwikkeling van de markt en het systeem van dealervergoedingen

21. De mobiele telecommunicatiediensten beslaan de gehele Nederlandse markt. De markt voor mobiele telefonie groeide in 2001, hoewel de groei is afgevlakt. De penetratiegraad steeg in 2001 naar ruim 75%. Dit betekent dat ruim 75% van de Nederlandse bevolking inmiddels mobiel belt en/of bereikbaar is. De algemene verwachting is dat de groei in 2002 verder afvlakt.¹⁶
22. Zoals aangegeven beschikken alleen de vijf operators over een eigen mobiele telefoonnetwerk. Het opbouwen van een zesde mobiele telefoonnetwerk behoort niet tot de mogelijkheden, omdat geen vergunningen meer worden uitgegeven. Voor elk mobiele telefoonabonnement wordt daarom gebruik gemaakt van het netwerk van één van de vijf operators. Op basis van het aantal netwerkaansluitingen is de markt voor mobiele telefonie als volgt verdeeld:

Netwerkaansluitingen mobiele telefonie op de Nederlandse markt, 1998-2001 (einde van het jaar, in duizenden, met daarnaast de marktaandelen) ¹⁷									
Aanbieder	1998		1999		2000		2001		Mutatie aantal abonnees 2000/2001
Ben	0		300	4,4%	600	6,0%	1.310	10,6%	+118%
Dutchtone	0		360	5,3%	900	8,9%	1.200	9,7%	+33%
KPN Mobile	2.220	64,3%	3.500	51,5%	4.702	46,8%	5.205	42,1%	+11%
O ₂	50	1,5%	450	6,6%	850	8,5%	1.405	11,4%	+65%
Vodafone	1.180	34,2%	2.180	32,1%	3.005	29,9%	3.232	26,1%	+8%

23. Toetreding tot de markt voor (het aanbieden van) mobiele telecommunicatiediensten is alleen mogelijk door een overeenkomst te sluiten met één of meer van de vijf operators. Vervolgens is een substantiële investering nodig om naamsbekendheid te verwerven en klanten aan te trekken.
24. De vijf operators (eerst alleen KPN Mobile en Vodafone, later kwamen achtereenvolgens O₂, Dutchtone en Ben erbij) hebben vanaf het begin van de ontwikkeling van de markt voor mobiele telecommunicatiediensten geprobeerd een zo groot mogelijk marktaandeel te verwerven, onder meer door het verstrekken van allerlei vergoedingen aan dealers. Zo werden vergoedingen verstrekt per gerealiseerde aansluiting (post- en prepaid) en bij het verlengen

¹⁶ OPTA, Marktmonitor telecommunicatie 2001, maart 2002, p.32.

¹⁷ Bron: OPTA, Marktmonitor telecommunicatie 2001, p.32

van postpaidabonnementen. De hoogte van dergelijke vergoedingen is veelal onder meer afhankelijk van het aantal belminuten dat aan het afgesloten abonnement is verbonden en de lengte van de periode waarvoor het abonnement is afgesloten. Het uiteindelijke doel van elke operator is zoveel mogelijk postpaidabonnementen af te sluiten en prepaidpakketten af te zetten om daarmee (voor de langere termijn) klanten te binden en zodoende belminuten (“airtime”) alsmede abonnementsgelden en beltegoeden te verkopen.

25. De dealers bepalen mede op basis van de door de operators verstrekte vergoedingen – ook wel genoemd bonussen, commissies, margekortingen of subsidies – de detailhandelsprijzen.¹⁸ Er bestaat een onderscheid tussen de vergoedingen voor postpaidabonnementen enerzijds en die voor prepaidpakketten anderzijds. Zoals aangegeven is typerend voor de afsluiting van postpaidabonnementen dat de dealer de mobiele telefoontoestellen inkoop en de operator de SIM-kaart levert. De operator verstrekt vervolgens aan de dealer een vaste standaardvergoeding per (nieuw) afgesloten mobiele telefoonabonnement. Deze vaste standaardvergoeding kan nog worden verhoogd met diverse aanvullende vergoedingen, afhankelijk van de dealer en het verkochte abonnement.¹⁹
26. Bij de verkoop van prepaidpakketten daarentegen worden door de operators aan de dealers in de vorm van margekortingen vergoedingen verstrekt. Voor prepaidpakketten geldt, zoals aangegeven, dat de operator de mobiele telefoontoestellen inkoop en deze vervolgens tezamen met een SIM-kaart, voorzien van een bepaald beltegoed, in één pakket aan een dealer verkoopt. De operator stelt voor een dergelijk pakket een adviesverkoopprijs vast en komt met de dealer een commissie overeen. Deze commissie is een percentage (bijvoorbeeld 25%; zie onderstaand voorbeeld) van de adviesverkoopprijs. In de praktijk koopt de dealer een pakket in bij de operator voor een bepaald percentage (in dit voorbeeld 75%) van de adviesverkoopprijs. De dealer kan vervolgens door het kiezen van de uiteindelijke wederverkoopprijs zijn marge bepalen. In het vervolg van dit besluit verstaat de d-g NMa onder vergoedingen voor de verkoop van mobiele telefoonabonnementen zowel feitelijke vergoedingen, bonussen, commissies en margekortingen.²⁰

¹⁸ Verklaring van de [VERTR.] Director van The Phone House, 2658/ 1, p.1 en verklaring van de [VERTR.] Director van Talkline, 2658/ 19, p.2.

¹⁹ Het totale bedrag aan vergoedingen dat rechtstreeks is gerelateerd aan de verkoop van het abonnement wordt de “SAC” (Subscriber Acquisition Cost) genoemd.

²⁰ Zoals aangegeven in randnummer 15 verstaat de d-g NMa in dit besluit onder (mobiele telefoon)abonnement zowel een postpaidabonnement als een prepaidpakket, tenzij expliciet naar één van de beide wordt verwezen.

Voorbeeld prepaidpakket (afgezien van BTW, fictieve bedragen/percentages)
 Een operator stelt een prepaidpakket samen, bestaande uit een mobiele telefoontoestel, ingekocht voor EUR 200, en een beltegoed van EUR 50, samen EUR 250. De operator stelt een adviesverkoopprijs van EUR 100 vast. De commissie voor de dealer is 25% van deze adviesverkoopprijs. De dealer koopt dit prepaidpakket aldus in voor EUR 75. De door de operator gemaakte kosten om dit prepaidpakket te verkopen bedragen aldus EUR 175, te weten EUR 250 (de waarde van het prepaidpakket) minus EUR 75 (de inkoopprijs voor de dealer).

27. De verdeling per type gebruiker (post- of prepaid) is als volgt:

Verdeling per type gebruiker op 1 januari 2001 ²¹				
	Absoluut		Procentueel	
	Postpaid	Prepaid	Postpaid	Prepaid
Ben	595.000	255.000	70%	30%
Dutchtone	300.000	700.000	30%	70%
KPN Mobile	1.700.000	3.100.000	35%	65%
O ₂	225.000	675.000	25%	75%
Vodafone	994.420	2.185.580	31%	69%
Totaal	3.814.420	6.915.580	36%	64%

28. De klanten van Ben, Dutchtone en O₂ zijn vooral particuliere gebruikers, KPN Mobile en Vodafone hebben ook veel zakelijke klanten.²²
29. De afgelopen jaren was sprake van een intensieve prijsconcurrentie tussen de vijf operators.²³ De gemiddelde inkomsten per klant (de zogenoemde "ARPU", "Average Revenue per User") dalen.²⁴
30. De hoge penetratiegraad betekent dat concurrentie om "first-time users" verschuift naar concurrentie om "churners" (eindgebruikers die van aanbieder veranderen) en het vergroten van het gebruik per klant. Het feit dat de winstgevendheid per klant onder druk staat, heeft de operators ertoe bewogen de (hoogte van de) vergoedingen aan de dealers te heroverwegen.²⁵

²¹ Bron: SEO, Toegang tot mobiele netwerken, Onderzoek in opdracht van OPTA, 12 september 2001, p.14. De verhouding tussen postpaid- en prepaidklanten van O₂ is geschat.

²² OPTA, Marktmonitor telecommunicatie 2001, maart 2002, p.32 en SEO, Toegang tot mobiele netwerken, Onderzoek in opdracht van OPTA, 12 september 2001, p.17.

²³ OPTA, Marktmonitor telecommunicatie 2001, maart 2002, p.33.

²⁴ PricewaterhouseCoopers, Ondernemingsanalyses 2002, Trends in de telecom, 2002, p.12.

²⁵ SEO, Toegang tot mobiele netwerken, Onderzoek in opdracht van OPTA, 12 september 2001, hoofdstuk 2.

1.4 Het rapport

31. Het rapport is opgemaakt, omdat uit het onderzoek een redelijk vermoeden is gerezen dat artikel 6, eerste lid, Mw is overtreden.
32. In het rapport van 16 juli 2002 worden – kort en zakelijk weergegeven – de volgende bevindingen uit het onderzoek vermeld.
33. Volgens het rapport zijn de Chief **[VERTR.]** Officer van Ben (“B”), de Directeur **[VERTR.]** van Dutchtone (“D”), de Director **[VERTR.]** van KPN Mobile (“K”), de **[VERTR.]** Directeur van Vodafone (“V1”) en de Directeur **[VERTR.]** van Vodafone (“V2”) op 13 juni 2001 bijeen geweest in Congres- en Partycentrum ’t Veerhuis te Nieuwegein.²⁶ Hoewel wordt aangegeven dat de **[VERTR.]** directeuren van alle vijf de operators hiervoor zijn uitgenodigd, is uit het onderzoek niet onomstotelijk gebleken dat de Chief **[VERTR.]** Officer van O₂ (“O”) ook op de bijeenkomst was vertegenwoordigd.
34. Het rapport vermeldt dat tijdens de bespreking tussen in ieder geval Ben, Dutchtone, KPN Mobile en Vodafone op 13 juni 2001 in Nieuwegein Vodafone haar scenario met betrekking tot de aanpassing van haar vergoedingen met haar concurrenten heeft gedeeld. Hierbij is gesproken over de verlaging (in absolute bedragen) van de standaardvergoedingen aan de dealers voor postpaidabbonnementen, extra promotionele acties en het tijdstip waarop Vodafone deze wijzigingen wilde doorvoeren. Hierover is door de operators gediscussieerd, waarbij de wenselijkheid de vergoedingen naar beneden aan te passen door iedereen werd gedeeld. Tevens is er gesproken over de bandbreedte waarbinnen de standaardvergoedingen dienden te liggen. Ben heeft haar plannen met betrekking tot de aanpassing van het systeem voor prepaidpakketten met de aanwezige operators besproken.
35. De d-g NMa concludeert in het rapport dat er sprake is van een overeenkomst dan wel een onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen de vijf in Nederland werkzame operators (Ben, Dutchtone, KPN Mobile, O₂ en Vodafone) omtrent aanpassingen van de (dealervergoedingen voor) mobiele telefoonabbonnementen.
36. De d-g NMa komt in het rapport tot de conclusie dat ook O₂ heeft deelgenomen aan de onderling afgestemde feitelijke gedraging. Hiertoe wijst het rapport onder meer op de samenvoegbrief van O₂ die is aangetroffen bij Ben²⁷, de reservering voor zeven personen voor

²⁶ De aangehaalde functionarissen van de operators worden aangeduid met de beginletter van het bedrijf waarvoor zij werkzaam waren/zijn. De functionarissen zijn, met uitzondering van de Chief **[VERTR.]** Officer van O₂ (“O”) en voor zover bekend, inmiddels niet meer bij de desbetreffende operator werkzaam.

²⁷ Zie verder over de samenvoegbrief par. 2.1.6.

de bijeenkomst van de operators in Nieuwegein, de agenda van O en op het feit dat Ben, Dutchtone en Vodafone diverse malen hebben aangegeven dat alle operators voor dergelijke overleggen worden uitgenodigd.

37. De overeenkomst dan wel onderling afgestemde feitelijke gedraging strekt er volgens het rapport naar haar aard toe de mededinging te beperken en vormt derhalve een inbreuk op artikel 6, eerste lid, Mw.
38. De overtreding is begonnen op 13 juni 2001 en de verlagingen van de vergoedingen zijn in ieder geval tot 31 december 2001 geëffectueerd, aldus het rapport.
39. Volgens het rapport heeft Vodafone aan deze overeenkomst dan wel onderling afgestemde feitelijke gedraging uitvoering gegeven op 15 augustus 2001, Dutchtone, KPN en O₂ op 1 september 2001 en Ben op 3 september 2001, doordat zij respectievelijk op die data hun standaardvergoedingen hebben verlaagd. O₂ heeft tevens haar standaardvergoeding eerder op 1 augustus 2001 verlaagd, aldus het rapport.
40. De overeenkomst dan wel onderling afgestemde feitelijke gedraging had tot doel en tot gevolg dat een intensivering van de concurrentie tussen de concurrerende operators, die bij niet-gelijktijdige verlaging was ontstaan, is voorkomen. De consument is hierdoor, aldus het rapport, binnen kort tijdsbestek geconfronteerd met duurdere mobiele telefoonabonnementen. Deze concrete gevolgen waren op het moment van het uitbrengen van het rapport, 16 juli 2002, nog steeds in de markt zichtbaar.
41. Volgens het rapport zijn de ondernemingen die bovenstaande overtreding hebben begaan en aan wie de overtreding is toe te rekenen Ben, Dutchtone, KPN Mobile, O₂ en Vodafone.

2. Beoordeling van de feiten

2.1 De gedragingen van partijen

43. In deze paragraaf gaat de d-g NMa na in hoeverre de in het rapport vermelde feiten als vaststaand zijn aan te nemen. Hierbij beziet de d-g NMa vooral het tijdens het onderzoek verzamelde bewijsmateriaal met betrekking tot de in het rapport vermelde gedragingen en de door partijen ten aanzien daarvan ingebrachte zienswijzen. De mededingingsrechtelijke kwalificatie komt in hoofdstuk 3 aan de orde.

2.1.1 Het initiatief voor de bijeenkomst van 13 juni 2001

44. De Chief **[VERTR.]** Officer van Ben ("B") heeft verklaard dat hij de bijeenkomst van 13 juni 2001 in Congres- en Partycentrum 't Veerhuis te Nieuwegein heeft geïnitieerd, omdat Ben als enige een fraudeprogramma in de vorm van de registratie van NAW-gegevens²⁸ bij de verkoop van prepaidpakketten heeft. Ben wilde hier met de andere operators over spreken. Het fraudeprogramma heeft Ben in een nadelige concurrentiepositie gebracht. Ben wilde - zo volgt uit de verklaringen van B - een lobby naar de andere aanbieders met als doel dat zij zich aan het fraudeprogramma van Ben zouden conformeren. B heeft verklaard dat hij onder "een bijeenkomst initiëren" verstaat de genodigden (telefonisch) benaderen. De locatie - Congres- en Partycentrum 't Veerhuis te Nieuwegein - is volgens B op zijn verzoek door Vodafone geboekt. B heeft ten overstaan van ambtenaren van de NMa nogmaals verklaard dat hij voornoemde bijeenkomst van 13 juni 2001 heeft geïnitieerd, het was zijn initiatief, hij heeft de concurrenten gebeld.²⁹
45. B heeft aldus verklaard dat hij het initiatief voor de bijeenkomst van 13 juni 2001 heeft genomen. Aangezien de verklaringen van de **[VERTR.]** Directeur van Vodafone ("V1")³⁰ en zijn secretaresse³¹ ook wijzen op een initiatief van B, gaat de d-g NMa ervan uit dat Ben het initiatief heeft genomen voor het overleg tussen de operators op 13 juni 2001. Dat de secretaresse van V1 de reservering feitelijk heeft gemaakt, doet hier niet aan af.

2.1.2 De aanwezigen bij de bijeenkomst van 13 juni 2001

46. B heeft verklaard dat hij op 13 juni 2001 tijdens de bijeenkomst in Nieuwegein heeft gesproken met vertegenwoordigers van de andere operators.³² Over de aanwezigen bij dit overleg heeft B verklaard dat hij zeker weet dat hij heeft gesproken met V1, met de Director **[VERTR.]** van KPN Mobile ("K"), met de **[VERTR.]** Directeur van Dutchtone ("D") en de Directeur **[VERTR.]** van Vodafone ("V2"). Hij heeft verklaard niet meer zeker te weten of de Chief **[VERTR.]** Officer van O₂ ("O") aanwezig is geweest.³³
47. D heeft verklaard aanwezig te zijn geweest bij het overleg van 13 juni 2001.³⁴ Dutchtone geeft aan dat uit de door de NMa gepresenteerde bewijzen blijkt dat Dutchtone in de persoon van

²⁸ NAW staat voor Naam, Adres, Woonplaats.

²⁹ 2658/48, p.1-2 en p.6.

³⁰ 2658/56, p.9.

³¹ 2658/56, p.31.

³² 2658/48, 2658/58. Zie ook schriftelijke zienswijze Ben, 2658/281, randnummer 16.

³³ 2658/58, p.2-4.

³⁴ 2658/38. Zie ook schriftelijke zienswijze Dutchtone, 2658/251, randnummer 22.

D heeft deelgenomen aan dit overleg.³⁵ Over de aanwezigen bij dit overleg heeft D verklaard dat in ieder geval B en K er waren. Verder heeft hij verklaard dat V1 zeker is geweest. Later geeft hij aan dat hij met dit laatste bedoelt dat er bij dergelijke overleggen zeker Vodafone-leiding aanwezig is, maar dat hij zich niet kan herinneren of het in dit geval V1 of V2 is geweest.³⁶

48. KPN Mobile erkent dat één van haar directeurs, K, aanwezig is geweest bij en heeft deelgenomen aan de bewuste ontmoeting in Congres- en Partycentrum 't Veerhuis te Nieuwegein.³⁷
49. O beroept zich op zijn zwijgrecht ten aanzien van de vraag of hij op 13 juni 2001 aanwezig is geweest in Congres- en Partycentrum 't Veerhuis te Nieuwegein.³⁸
50. V2 heeft verklaard dat hij aanwezig is geweest bij het overleg van 13 juni 2001.³⁹ Vodafone erkent dat een voormalige directeur, V2, de bijeenkomst heeft bijgewoond en heeft deelgenomen aan een discussie tussen concurrenten die "wellicht ongepast" is geweest.⁴⁰ V1 zou Congres- en Partycentrum 't Veerhuis te Nieuwegein vóór aanvang van de bijeenkomst met de andere operators hebben verlaten.⁴¹ Over de aanwezigen bij het overleg heeft V2 verklaard dat in ieder geval aanwezig waren B en V1, hij meent zich te herinneren D en nog iemand. Ook heeft hij verklaard daar even met V1 samen te zijn geweest.⁴²
51. Over de bijeenkomst verklaart de directeur van de Stichting Sociaal Cultureel Centrum Vreeswijk, exploitant van Congres- en Partycentrum 't Veerhuis te Nieuwegein, dat de vergadering op 13 juni 2001 heeft plaatsgevonden en dat er op de avond zelf in de op naam van Libertel geboekte zaal Pinguïn van 19.00 uur tot "sluit" diverse consumpties zijn gebruikt.⁴³
52. Op grond van bovenstaande feiten en het onderliggende dossier concludeert de d-g NMa dat in Congres- en Partycentrum 't Veerhuis te Nieuwegein op 13 juni 2001 vanaf 19.00 uur een

³⁵ Schriftelijke zienswijze Dutchtone, 2658/251, randnummer 26.

³⁶ 2658/38, p.2.

³⁷ Schriftelijke zienswijze KPN Mobile, 2658/282, randnummers 3 en 6.

³⁸ 2658/82, p.2.

³⁹ 2658/43.

⁴⁰ Schriftelijke zienswijze Vodafone, 2658/252, randnummers 2 en 44.

⁴¹ Schriftelijke zienswijze Vodafone, 2658/252, randnummer 41.

⁴² 2658/55, p.5 en 7.

⁴³ 2658/28, p.1.

bijeenkomst heeft plaatsgevonden tussen (de **[VERTR.]**) directeuren van in ieder geval Ben, Dutchtone, KPN Mobile en Vodafone.

53. Weliswaar heeft D verklaard laat te zijn gekomen, een broodje te hebben gegeten en vroeg te zijn vertrokken⁴⁴, uit niets blijkt dat hij niet aanwezig is geweest bij de inhoudelijke bespreking. B vond het belangrijk dat ook D hierbij aanwezig zou zijn. Uit de verklaring van D blijkt dat B hiertoe D nog eens uitdrukkelijk telefonisch heeft benaderd.⁴⁵ Ook heeft B aangegeven dat er buiten is gewacht tot iedereen aanwezig was, om vervolgens binnen een aantal onderwerpen te bespreken, onder gebruik van consumpties.⁴⁶ Verder heeft D aangegeven dat het overleg niet lang heeft geduurd.⁴⁷ Het is dus aannemelijk dat hij tot het eind aanwezig is geweest.

2.1.3 Het besprokene tijdens de bijeenkomst van 13 juni 2001 - prepaid

54. Ben concludeert uit de verklaring van B dat B het initiatief heeft genomen om een laatste poging te doen een NAW-registratiesysteem voor prepaidpakketten van de grond te krijgen.⁴⁸ Ben geeft aan dat B heeft verklaard dat, indien de operators niet bereid zouden zijn om een vergelijkbaar systeem te gaan hanteren ten behoeve van de registratie van de NAW-gegevens van prepaidklanten, Ben dit registratiesysteem per 1 september 2001 zou stoppen en dat de consequentie hiervan zou zijn dat Ben voor prepaidpakketten haar minimumprijs zou moeten verhogen tot NLG **[VERTR.]** (ca EUR **[VERTR.]**).⁴⁹ B heeft ook verklaard daarbij een "incentive" in het pakket te willen doen om een klant ertoe te brengen toch NAW-gegevens aan te leveren.⁵⁰ Volgens Ben heeft V2 in dezelfde zin verklaard.⁵¹ V2 heeft verklaard dat de operators tijdens de bijeenkomst op 13 juni 2001 hebben gesproken over het verdwijnen van prepaidpakketten van de Nederlandse markt en mogelijke maatregelen daartegen, of het probleem algemeen gold en zo ja, welke maatregelen daar door de diverse partijen tegen werden of zouden worden genomen.⁵²
55. De d-g NMa concludeert op grond van bovenstaande feiten en het onderliggende dossier dat Ben niet alleen het initiatief heeft genomen tot het bespreken van het door alle operators

⁴⁴ 2658/38, p.2.

⁴⁵ 2658/38, p.2.

⁴⁶ 2658/58, p.2.

⁴⁷ 2658/38, p.2.

⁴⁸ Schriftelijke zienswijze Ben, 2658/281, randnummer 38.

⁴⁹ Schriftelijke zienswijze Ben, 2658/281, randnummer 36.

⁵⁰ 2658/58, p.8.

⁵¹ Schriftelijke zienswijze Ben, 2658/281, randnummer 37.

⁵² 2658/55, p.7.

invoeren van een NAW-registratiesysteem voor prepaidpakketten, maar ook haar plannen heeft geschetst indien de concurrenten niet mee wilden doen met een dergelijk registratiesysteem. Dan zou Ben haar registratiesysteem per 1 september 2001 stoppen, haar minimumprijs voor prepaidpakketten verhogen tot NLG [VERTR.] (ca EUR [VERTR.]) en “incentives” in het pakket doen om een klant toch NAW-gegevens aan te laten leveren.

56. Of de aantekeningen van B met betrekking tot prepaid op de routebeschrijving naar Congres- en Partycentrum 't Veerhuis te Nieuwegein⁵³ nu voorafgaand of tijdens de bijeenkomst op 13 juni 2001 zijn gemaakt, doet hierbij niet ter zake. Evenmin is relevant dat KPN Mobile aangeeft niet te weten wat, en in welke mate, is besproken over de vergoedingen ten aanzien van prepaiddaansluitingen en dat K desgevraagd heeft verklaard zich de inhoud van het besprokene niet te kunnen herinneren. Hetzelfde geldt voor Vodafone, die ook heeft aangegeven niet te hebben kunnen achterhalen of en in hoeverre tijdens de bijeenkomst prepaidsubsidies (prepaidvergoedingen) en -verkooprijzen zijn besproken. Vast staat dat Ben met de aanwezige operators bedrijfsvertrouwelijke en dus concurrentiegevoelige informatie heeft uitgewisseld op het gebied van het (aanpassen van) prijzen en voorwaarden van prepaidpakketten.

2.1.4 Het besprokene tijdens de bijeenkomst van 13 juni 2001 – postpaid

57. Vodafone geeft aan dat V2 heeft verklaard dat hij de andere operators op de hoogte heeft gebracht van de mate van verlaging van de subsidies (vergoedingen) voor nieuwe postpaidabbonementen die door Vodafone zou gaan worden doorgevoerd. Ook B erkent volgens Vodafone in zijn verklaring dat informatie met betrekking tot de aanpassingen van de hoogte van de subsidies tussen de operators is uitgewisseld.⁵⁴ Volgens Ben heeft B verklaard dat hij op 13 juni 2001 tijdens een bijeenkomst in Nieuwegein met vertegenwoordigers van de andere operators heeft gesproken over een verlaging van de dealercommissies (vergoedingen), dat tijdens deze bijeenkomst alle aanwezigen van mening waren dat de dealercommissies op een te hoog niveau lagen en dat zij tot een lager niveau zouden moeten worden gebracht en dat er vervolgens is gesproken over een alom gedeeld gevoel over de bandbreedte waarbinnen de dealercommissies zouden moeten liggen.⁵⁵ B heeft verklaard dat er is gesproken over een soort wenselijke bandbreedte om ook, gezien de omgekeerde sentimenten in de markt, een bedrijfseconomisch wat aantrekkelijker commissieniveau neer te zetten. B heeft verklaard dat als één partij het initiatief zou nemen, men bereid of

⁵³ 2658/24, document B.2.8.

⁵⁴ Schriftelijke zienswijze Vodafone, 2658/252, randnummer 50.

⁵⁵ Schriftelijke zienswijze Ben, 2658/281, randnummer 16.

welwillend zou zijn dat te volgen. Geen enkele partij stond afwijzend tegenover een commissieverlaging.⁵⁶

58. Vodafone specificeert dat tijdens de bijeenkomst de standaardbonussen (standaardvergoedingen) voor nieuwe abonnementen werden besproken.⁵⁷ Vodafone betwist aldus niet dat tijdens de bijeenkomst informatie betreffende de voorgenomen verlaging van de standaardbonus voor postpaidabonnements is uitgewisseld.⁵⁸ Vodafone geeft hierbij aan dat het feit dat Vodafone haar standaardbonus zou verlagen waarschijnlijk niets nieuws was voor de bij de bijeenkomst aanwezigen, maar dat de exacte details met betrekking tot de mate van verlaging niet algemeen bekend waren.⁵⁹ V2 heeft verklaard dat is gesproken over de absolute bedragen, die diezelfde middag in een vergadering van de Management Board van Vodafone waren besproken en vermeld staan in zijn interne e-mail van 14 juni 2001.⁶⁰ Verder heeft hij verklaard dat er vervolgens is gesproken over wat de wijziging van Vodafone voor de andere operators zou kunnen betekenen.⁶¹
59. Vodafone betwist dat zij het initiatief zou hebben genomen om samen te spannen. Ook geeft Vodafone aan niet te hebben kunnen achterhalen of en in hoeverre tijdens de bijeenkomst verkooppromoties zijn besproken. V2 heeft verklaard dat hij denkt met de concurrentie te hebben gesproken over additionele promotieacties voor de detailhandel.⁶²
60. Ambtenaren van de NMa hebben B gevraagd naar de betekenis van zijn, gedeeltelijk vooraf en gedeeltelijk tijdens de bijeenkomst, gemaakte aantekeningen.⁶³ B heeft onder meer verklaard dat “post” staat voor postpaid en dat “[VERTR.] gulden (ca EUR [VERTR.]) max extra commissie op 2 jaar contract” één van de dingen is die op 13 juni 2001 in Nieuwegein is besproken, inclusief de invoeringsdatum van 1 september 2001.⁶⁴ Ook heeft hij verklaard dat de actie “één maand één jaar, twee maanden twee jaar” is besproken, eveneens inclusief de invoeringsperiode, te weten tussen 15 augustus en 1 september 2001.⁶⁵ Uit de verklaring van B blijkt verder dat onderwerp van gesprek is geweest welke tarieven de operators wenselijk vinden voor de “low”-, “mid”- en “high end”-abonnementen. Hierbij is, aldus B, gesproken

⁵⁶ 2658/58, p.3. Zie ook p.10.

⁵⁷ Schriftelijke zienswijze Vodafone, 2658/252, randnummer 30.

⁵⁸ Schriftelijke zienswijze Vodafone, 2658/252, randnummer 52.

⁵⁹ Schriftelijke zienswijze Vodafone, 2658/252, randnummer 53.

⁶⁰ 2658/20, documenten A.3.11 en A.3.16.

⁶¹ 2658/55, p.12.

⁶² 2658/55, p.13.

⁶³ 2658/24, document B.2.8.

⁶⁴ 2658/58, p.9.

⁶⁵ 2658/58, p.17.

over bandbreedtes waarbinnen de tarieven van de verschillende operators zouden moeten komen te liggen. Deze bandbreedtes zijn door B aangetekend op een routebeschrijving naar Congres- en Partycentrum 't Veerhuis te Nieuwegein.⁶⁶ B heeft verklaard dat is gesproken over invoeringsdata, te weten tussen 1 augustus en 1 september 2001.⁶⁷

61. Dutchtone geeft aan dat niet uit te sluiten valt dat Dutchtone bij de bijeenkomst op 13 juni 2001 door Vodafone is geïnformeerd over het besluit van Vodafone om per 15 augustus 2001 de dealervergoedingen voor postpaidabonnementen te verlagen.⁶⁸ KPN Mobile heeft van K vernomen dat tijdens de ontmoeting door de aanwezige vertegenwoordigers van de operators informatie is uitgewisseld over dealervergoedingen voor postpaidaansluitingen en bepaalde extra verkooppromoties voor postpaidaansluitingen, waarbij over het laatste in de herinnering van K slechts “in de marge van de ontmoeting” zou zijn gesproken.⁶⁹ KPN Mobile geeft aan dat K zich niet kan herinneren wat over de overige vergoedingen precies zou zijn besproken.
62. De d-g NMa concludeert op grond van bovenstaande feiten en het onderliggende dossier dat Vodafone haar plannen voor de aanpassing van de standaardvergoedingen voor nieuwe postpaidabonnementen, zoals op 13 juni 2001 's middags in de vergadering van de Management Board van Vodafone besproken, diezelfde avond met de aanwezige operators heeft gedeeld. Vodafone noemde hierbij de absolute bedragen van de bonusaanpassingen (aanpassingen van de standaardvergoedingen). Vervolgens is er besproken wat de wijziging van Vodafone voor de andere operators zou kunnen betekenen. Alle aanwezigen waren van mening dat de dealercommissies (vergoedingen) op een te hoog niveau lagen en dat zij tot een lager niveau zouden moeten worden gebracht. Niemand heeft hier afstand van genomen. Gesproken is over een bedrijfseconomisch aantrekkelijker commissieniveau, inclusief bandbreedtes waarbinnen de dealervergoedingen van de verschillende operators voor “low”-, “mid”- en “high end”-abonnementen zouden moeten komen te liggen en de data om de verlagingen van de vergoedingen door te voeren. Het gehele scenario van Vodafone, waaronder ook additionele promotionele acties voor de detailhandel, is aan de orde geweest. Gesproken is over een maximumbedrag van NLG [VERTR.] (ca EUR [VERTR.]) als extra vergoeding voor tweejarige abonnementen, inclusief de invoeringsdatum, en over de actie “één maand één jaar, twee maanden twee jaar”, eveneens inclusief invoeringsdata.

⁶⁶ 2658/24, document B.2.8.

⁶⁷ 2658/58, p.6, 14, 16-17, 20-21. Zie ook onder andere p.8-9 en 18-20.

⁶⁸ Schriftelijke zienswijze Dutchtone, 2658/251, randnummer 26.

⁶⁹ Schriftelijke zienswijze KPN Mobile, 2658/282, randnummer 4.

63. Of de aantekeningen van B met betrekking tot postpaid op de routebeschrijving naar Congres- en Partycentrum 't Veerhuis te Nieuwegein⁷⁰ en de aantekeningen van K⁷¹ nu voorafgaand of tijdens de bijeenkomst op 13 juni 2001 zijn gemaakt doet hierbij niet ter zake. Evenmin is relevant dat Vodafone aangeeft niet te hebben kunnen achterhalen of en in hoeverre verkooppromoties zijn besproken. Hetzelfde geldt voor KPN Mobile die aangeeft dat de Director [VERTR.] zich niet kan herinneren wat over de overige vergoedingen precies zou zijn afgesproken.

2.1.5 Uitvoering van het besprokene tijdens de bijeenkomst van 13 juni 2001

64. De operators hebben niet alleen bedrijfsvertrouwelijke informatie over het verlagen van de dealervergoedingen voor mobiele telefoonabonnementen uitgewisseld, maar zijn ook tot uitvoering van het besprokene overgegaan, zo blijkt onder meer uit de in het rapport opgenomen grafieken.⁷² Vodafone heeft op 15 augustus 2001 haar standaardvergoedingen verlaagd, Dutchtone, KPN en O₂ op 1 september 2001 en Ben op 3 september 2001.
65. De operators hebben de juistheid van de gegevens waarop de grafieken zijn gebaseerd niet betwist. Wel zijn Ben, Dutchtone, KPN en Vodafone van mening dat niet alleen de standaardvergoedingen hadden moeten worden opgenomen, maar ook de niet-standaardvergoedingen en acties. Door Dutchtone is voorts aangegeven dat de totale dealervergoeding niet de enige concurrentieparameter is. Kwaliteit, dekking, bel- en SMS-tarieven, etc. zouden van even groot belang zijn. Hierbij merkt Dutchtone op dat de NMa soms juist weer te weinig onderscheid maakt, zoals tussen de verschillende bestanddelen van de dealervergoedingen. De d-g NMa merkt dienaangaande op dat de standaardvergoedingen onderwerp van de onderhavige procedure zijn en niet de andere genoemde elementen. De grafieken maken vooral inzichtelijk dat de operators tot uitvoering van het besprokene, te weten het verlagen van de standaardvergoedingen, zijn overgegaan.

2.1.6 De betrokkenheid van O₂

66. De d-g NMa concludeert op grond van het navolgende dat hij voor deelname van O₂ aan de informatie-uitwisseling tussen de operators op het gebied van het verlagen van de standaardvergoedingen voor mobiele telefoonabonnementen over de volgende aanwijzingen beschikt.

⁷⁰ 2658/24, document B.2.8.

⁷¹ 2658/2, document D.1.20.

⁷² Zie de bijlage bij het onderhavige besluit. Zie ook het rapport, randnummer 42 en de bijlage.

67. Als eerste wijst de d-g NMa op het feit dat O₂ klaarblijkelijk altijd wordt uitgenodigd voor overleggen tussen de **[VERTR.]** directeuren van de operators en ook voor de bijeenkomst van 13 juni 2001 was uitgenodigd. Zo heeft D verklaard dat voor het ICT-fraude-overleg de **[VERTR.]** directeuren van de vijf operators worden uitgenodigd en dat hij bij overleggen in ICT-verband de **[VERTR.]** directeuren van de operators, waaronder O, heeft ontmoet.⁷³ Ook V2 heeft verklaard dat voor het ICT-overleg alle vijf de operators worden uitgenodigd en dat hij in ICT-verband O een aantal keer heeft gezien.⁷⁴ B heeft met betrekking tot de genodigden voor de bijeenkomst aangegeven dat het niet zo moeilijk is: “er zijn 5 operators en die hebben 5 vertegenwoordigers”.⁷⁵ Zoals aangegeven wilde Ben spreken met “de andere operators”, wilde Ben een lobby naar “de andere aanbieders”. De bijeenkomst van 13 juni 2001 is in de agenda’s van Ben, Dutchtone, KPN Mobile en Vodafone aangeduid als “fraude-overleg”, het soort overleg waarbij O₂ eerder aanwezig is geweest.⁷⁶ De operators hebben zelf aangegeven elkaar veelvuldig in formeel en informeel verband te ontmoeten, waarbij O₂ nooit expliciet heeft aangegeven niet aanwezig te willen zijn bij dergelijke ontmoetingen tussen de operators of dergelijke uitnodigingen niet op prijs te stellen.⁷⁷
68. Ten tweede wijst de d-g NMa op de reservering voor (uiteindelijk) zeven personen voor de bijeenkomst tussen de operators. Dit duidt erop dat ook op de aanwezigheid van O₂ werd gerekend. De directeur van Stichting Sociaal Cultureel Centrum, exploitant van Congres- en Partycentrum 't Veerhuis te Nieuwegein, heeft verklaard dat van Vodafone op 12 juni 2001 per fax een bevestiging van de reservering is ontvangen, waarbij het aantal deelnemers was gewijzigd van zes naar zeven. Ook heeft de directeur verklaard dat er door zeven personen is geconsumeerd.⁷⁸ D heeft verklaard dat er in principe vijf mensen aanwezig zijn, namelijk de **[VERTR.]** directeuren van de operators, maar dat er heel goed zeven personen zouden kunnen zijn: K zou worden geïntroduceerd door zijn voorganger en bij Vodafone is er geen **[VERTR.]** directeur die “alleenheerser” is, zoals onder meer B bij Ben en D bij Dutchtone, maar een **[VERTR.]** Directeur én een Directeur **[VERTR.]**.⁷⁹ De vier operators (zonder O₂) zouden aldus slechts behoefte hebben gehad aan een reservering voor zes (in plaats van zeven) personen.

⁷³ 2658/38, p.1-2.

⁷⁴ 2658/55, p.6 en 11-12.

⁷⁵ 2658/58, p.2.

⁷⁶ 2658/24, document B.2.1, 2658/15, document C.3.6, 2658/2, document D.1.6, 2658/20, document A.2.2 (V1; in de agenda van V2 staat vanaf 18.30 uur “auto”, 2658/3, document K.1.1).

⁷⁷ Zie onder andere de volgende verklaringen: 2658/3, 2658/27, 2658/38, 2658/48, 2658/54, 2658/58. Zie ook pleitnota Dutchtone hoorzitting, 2658/301, bijlage 2, randnummer 7.

⁷⁸ 2658/28, p.1-2.

⁷⁹ 2658/38, p.2.

69. Als derde wijst de d-g NMa op het feit dat O₂ niet heeft willen verklaren waar O zich op het moment van de bijeenkomst bevond. In de agenda van O staat op 13 juni 2001 na 18.00 uur een “conference call” ingeboekt.⁸⁰ O₂ heeft aangegeven dat O in de desbetreffende periode veel “conference calls” had. O₂ heeft niet willen aangeven of dat op het moment van de bijeenkomst ook het geval was, waar, met wie en waarover. Ook hierin zijn geen aanknopingspunten te vinden om de betrokkenheid van O₂ bij de informatie-uitwisseling tussen de operators uit te sluiten.
70. Ten vierde wijst de d-g NMa op een samenvoegbrief van O₂ aan haar contactpersonen tot verlaging van de standaardcondities Clarity voor september 2001, die is aangetroffen bij Ben.⁸¹ Een samenvoegbrief is een brief waarvan de adresvelden nog niet zijn ingevuld en die voor verzending kan worden gekoppeld aan een adressenbestand. De samenvoegbrief van O₂ heeft als (ingetypte) datum 23 augustus 2001 en bevat onder meer de (lagere) standaardvergoedingen voor postpaidabonnementen van O₂ aan dealers, zoals van toepassing van 1 september 2001 tot en met 30 september 2001. Officiële brieven van dezelfde datum, gemaakt op basis van bedoelde samenvoegbrief, met de adresvelden ingevuld, zijn aangetroffen bij de dealers T-for-Telecom en The Phone House.⁸²
71. Zoals bij de juridische beoordeling zal worden aangegeven, is niet bepalend of de samenvoegbrief van O₂ rechtstreeks of niet-rechtstreeks bij Ben terecht is gekomen.⁸³ O₂ heeft in haar zienswijze aangegeven dat O₂ de samenvoegbrief niet zelf aan Ben heeft gestuurd, maar dat deze door bijvoorbeeld een accountmanager van O₂ aan een dealer is gestuurd. En dat vervolgens deze dealer de samenvoegbrief naar Ben heeft gestuurd. De lezing van O₂ wordt door Ben met zoveel woorden bevestigd.⁸⁴ O₂ heeft de samenvoegbrief aan T-for-Telecom gestuurd. T-for-Telecom heeft de brief vervolgens aan Ben gestuurd. T-for-Telecom had O₂ namelijk medegedeeld dat zij niet langer op bericht van O₂ over de nieuwe dealervergoedingen kon wachten, omdat haar nieuwe brochures met prijzen moesten worden gedrukt. Ben spreekt in dit verband over T-for-Telecom als het “lek” dat de brief aan haar heeft doorgespeeld.
72. Een en ander duidt erop dat de samenvoegbrief in elk geval (ruim) vóór 23 augustus 2001, de datum waarop O₂ haar dealers officieel berichtte over de verlaging van haar standaardvergoedingen, aan T-for-Telecom is verstrekt en dat deze ook weer vóór 23 augustus 2001 door T-for-Telecom is doorgespeeld aan Ben. Dit verklaart ook waarom Ben

⁸⁰ 2658/14, document E.2.1.

⁸¹ 2658/68, document B.6.

⁸² 2658/5, document H.1.2 en 2658/26, document J.1.20.

⁸³ Zie par. 3.2.4.

⁸⁴ Schriftelijke zienswijze Ben, 2658/281, randnummer 43.

spreekt van het “lek” T-for-Telecom. Vóór 23 augustus 2001 is immers door O₂ met behulp van T-for-Telecom in die periode bedrijfsvertrouwelijke, concurrentiegevoelige informatie uitgewisseld (“gelekt”). Pas vanaf 23 augustus 2001 is de desbetreffende informatie “officieel” en niet langer bedrijfsvertrouwelijk. Dat er op de samenvoegbrief al een (getypte) datum, te weten 23 augustus 2001, stond, de datum waarop ook de officiële brieven, met de adresvelden ingevuld, zijn verstuurd, doet hier niet aan af. Het ligt in de rede te veronderstellen dat O₂ reeds eerder had besloten op deze datum de verlagingen van de dealervergoedingen te communiceren en daarom al een brief met daarop de beoogde verzenddatum had geconcipeerd.

73. Volgens alle vijf de operators sturen dealers veelvuldig informatie over prijswijzigingen van operator A door aan operator B, etc.⁸⁵ Ook Talkline, een serviceprovider, heeft verklaard dat informatie over de bonussen van de operators tot hen komt via de salesmanagers van Talkline – die dealers bezoeken en daar die informatie krijgen – of rechtstreeks van de dealers zelf (bijvoorbeeld per fax), maar niet rechtstreeks van de operators.⁸⁶
74. Op grond van bovenstaande is de d-g NMa van oordeel dat het aannemelijk is dat de desbetreffende samenvoegbrief van O₂ vóór 23 augustus 2001, de datum waarop O₂ haar dealers officieel berichtte over de verlaging van haar standaardvergoedingen, door O₂ (via T-for-Telecom) aan Ben is gestuurd, waarmee O₂ bedrijfsvertrouwelijke, concurrentiegevoelige informatie heeft “gelekt”.
75. Ten slotte wijst de d-g NMa op het feit dat, overeenkomstig de afstemming tussen de bij de bijeenkomst aanwezige operators, ook O₂ op 1 september 2001 haar standaardvergoedingen heeft verlaagd, zoals weergegeven in de in het rapport opgenomen grafieken.⁸⁷

2.2 Onbetwiste feiten

76. Door de vijf operators zijn in de loop van de procedure de volgende feiten erkend dan wel niet betwist. Deze feiten kunnen derhalve als vaststaand worden aangenomen.
77. In Congres- en Partycentrum 't Veerhuis te Nieuwegein heeft op 13 juni 2001 vanaf 19.00 uur een bijeenkomst plaatsgevonden tussen in ieder geval (de **[VERTR.]** directeuren van Ben, Dutchtone, KPN Mobile en Vodafone).

⁸⁵ Zie bijvoorbeeld Schriftelijke zienswijze Ben, 2658/281, randnummer 44, Schriftelijke zienswijze, O₂ 2658/247, randnummers 32 en 46. Zie ook antwoorden op vragen hoorzitting, 2658/270 (Ben), 2658/267 (Dutchtone), verslag hoorzitting, 2658/301 (KPN p.8, O₂ p.8, Vodafone p.9).

⁸⁶ 2658/19, p.2.

⁸⁷ Zie de bijlage bij het onderhavige besluit. Zie ook het rapport, randnummer 42 en de bijlage.

78. Door de aldaar aanwezige operators is bedrijfsvertrouwelijke en concurrentiegevoelige informatie uitgewisseld over het verlagen van de standaardvergoedingen aan dealers voor mobiele telefoonabonnementen.
79. Alle vijf de operators hebben tussen 1 augustus 2001 en begin september 2001 de standaardvergoedingen aan dealers voor het afsluiten van mobiele telefoonabonnementen verlaagd.

3. Juridische beoordeling

(i) Procedurele aspecten

3.1 Wijze van bewijsvergaring

80. Tijdens de hoorzitting heeft O₂ opgemerkt dat bij het eerste bedrijfsbezoek van de NMa aan O₂ op 28 augustus 2001 de cautie niet zou zijn gegeven. Uit het verslag van verrichte ambtshandelingen blijkt dat de cautie wel is gegeven.⁸⁸ Van onrechtmatig verkregen bewijs is om deze reden geen sprake.
81. Volgens Ben geschiedde het bedrijfsbezoek van 28 augustus 2001 door ambtenaren van de NMa in strijd met artikel 8 van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten voor de mens en de fundamentele vrijheden ("EVRM"). Ben baseert zich hierbij op een uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ("EHRM")⁸⁹, waarvan de omstandigheden in hoge mate vergelijkbaar zouden zijn met de omstandigheden in de onderhavige zaak. Vanwege de beweerde strijd met artikel 8 EVRM zijn volgens Ben de documenten die in het kader van dit bedrijfsbezoek zijn ingezien en gekopieerd onrechtmatig verkregen en dient als gevolg daarvan te worden aangenomen dat deze documenten niet tegen Ben mogen worden gebruikt. Volgens Ben zou dit eveneens gelden voor verklaringen die door personeel van Ben op 28 augustus 2001 zijn afgelegd. Hetzelfde geldt, aldus Ben, voor materiaal dat is verkregen als gevolg van het feit dat de NMa beschikte over de op 28 augustus 2001 verkregen documenten en afgelegde verklaringen. KPN Mobile heeft zich tijdens de hoorzitting bij de zienswijze van Ben aangesloten.
82. De d-g NMa is van oordeel dat dit betoog geen doel treft. Een belangrijk verschil tussen de omstandigheden die hebben geleid tot de voornoemde uitspraak van het EHRM en die van de onderhavige zaak is gelegen in het feit dat in de Franse zaak die voor het EHRM diende de

⁸⁸ Verslag van verrichte ambtshandelingen d.d. 31 augustus 2001, Bezoek d.d. 28 augustus 2001 van NMa aan O₂, Prisma-nummer 2658/14.

⁸⁹ EHRM 16 april 2002, zaak 37971/97, Colas Est e.a. vs Frankrijk.

ambtenaren zijn binnengetreden zonder toestemming van de vertegenwoordigingsbevoegden van de desbetreffende ondernemingen.⁹⁰ In onderhavige zaak hebben de betrokken ondernemingen de ambtenaren van de NMa toestemming gegeven documenten in te zien en te kopiëren. Als gevolg daarvan hebben de NMa-ambtenaren op dit punt geen verdergaand gebruik hoeven maken van hun bevoegdheden en kan van onrechtmatig verkregen bewijs geen sprake zijn. Strijdigheid met artikel 8 EVRM doet zich reeds om deze reden hier niet voor.

(ii) Materiële aspecten

3.2 Artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet

3.2.1 Het verbod op mededingingsafspraken

83. Artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet ("Mw") verbiedt overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Blijkens de parlementaire geschiedenis van de Mededingingswet sluit artikel 6, eerste lid, Mw zoveel mogelijk aan bij artikel 81, eerste lid, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap ("EG-Verdrag"). Ten aanzien van de toepasselijkheid van het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw dient derhalve aansluiting te worden gezocht bij de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie ("Commissie") en de jurisprudentie van het Gerecht van Eerste Aanleg ("GvEA") en het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen ("HvJEG").

3.2.2 Onderneming

84. Ben, Dutchtone, KPN Mobile, O₂ en Vodafone verrichten economische activiteiten en zijn derhalve aan te merken als ondernemingen in de zin van artikel 1, aanhef en onder f, Mw.

3.2.3 Overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen

85. Ingevolge artikel 1, aanhef en onder e, Mw wordt onder "overeenkomst" verstaan een overeenkomst in de zin van artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag. In de parlementaire geschiedenis van de Mededingingswet is aangegeven dat de vorm waarin de afspraken zijn neergelegd niet bepalend is voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een

⁹⁰ EHRM 16 april 2002, zaak 37971/97, Colas Est e.a. vs Frankrijk, r.o.10-11.

overeenkomst in de zin van artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag.⁹¹ Volgens vaste rechtspraak van het Hv. EG kan het bestaan van een overeenkomst reeds worden aangenomen indien de betrokken ondernemingen hun gemeenschappelijke wil tot uitdrukking hebben gebracht om zich op een bepaalde wijze op de markt te gedragen.⁹² Het bestaan van de overeenkomst kan uitdrukkelijk of stilzwijgend uit het gedrag van de partijen blijken.⁹³

86. Ingevolge artikel 1, aanhef en onder h, Mw worden onder “onderling afgestemde feitelijke gedragingen” verstaan onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag. Een onderling afgestemde feitelijke gedraging is een vorm van coördinatie tussen ondernemingen, die, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's van de onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking.⁹⁴ De termen coördinatie en samenwerking dienen te worden verstaan in het licht van de in de EG-Verdragsbepalingen inzake de mededinging besloten voorstelling, dat iedere ondernemer zelfstandig moet bepalen welk beleid hij op de gemeenschappelijke markt zal voeren. Deze zelfstandigheidseis ontnemt de ondernemer niet het recht zijn beleid intelligent aan het vastgestelde of te verwachten marktgedrag van de concurrenten aan te passen. Daarentegen staat deze eis echter wel onverbiddelijk in de weg aan enigerlei al dan niet rechtstreeks contact tussen ondernemers, waardoor hetzij het marktgedrag van een bestaande of potentiële concurrent wordt beïnvloed, hetzij die concurrent op de hoogte wordt gebracht van het aangenomen of voorgenomen marktgedrag, wanneer dat contact tot doel of ten gevolge heeft dat mededingingsvoorwaarden ontstaan die, gelet op de aard van de producten of verleende diensten, de grootte en het aantal van de ondernemingen en de omvang van de relevante markt, niet met de normaal te achten voorwaarden van die markt overeenkomen.⁹⁵ Het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging vereist, behalve

⁹¹ Kamerstukken II, 1995/1996, 24 707, nr 3, p.57, waarin wordt aangehaald Hv. EG 20 juni 1978, zaak 28/77, Tepea vs Commissie. Zie ook Kamerstukken II, 1995/1996, 24 707, nr 3, p.11.

⁹² Hv. EG 15 juli 1970, zaak 41/69, ACF Chemiefarma vs Commissie r.o.112, Hv. EG 29 oktober 1980, zaak 209-215 en 218/78, Heintz van Landewyck e.a. vs Commissie, r.o. 86, Hv. EG 8 juli 1999, C-49/92 P, Commissie vs Anic Partecipazioni (Polypropyleen), r.o.130.

⁹³ Commissie 21 oktober 1998, Kartel voor voorgeïsoleerde buizen, Pb L024, p.1, r.o.129.

⁹⁴ Hv. EG 14 juli 1972, zaak 48/69, Imperial Chemical Industries vs Commissie, r.o.64, Hv. EG 16 december 1975, gevoegde zaken 40-48, 50, 54-56, 111 en 113-114/73, Suiker Unie e.a. vs Commissie, r.o.26, Hv. EG 31 maart 1993, zaak C-89, 104, 114, 116-117 en 125-129/85, Ahlström Osakeyhtiö e.a. vs Commissie, r.o.63, Hv. EG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, Commissie vs Anic Partecipazioni (Polypropyleen), r.o.115.

⁹⁵ Hv. EG 16 december 1975, gevoegde zaken 40-48, 50, 54-56, 111 en 113-114/73, Suiker Unie e.a. vs Commissie, r.o.173-174, Hv. EG 14 juli 1981, zaak 172/80, Züchner vs Bayerische Vereinsbank, r.o.13-14, Hv. EG, Ahlström Osakeyhtiö e.a. vs Commissie, r.o.63, Hv. EG 28 mei 1998, zaak C-7/95 P, John Deere vs Commissie (UK Agricultural Tractor Registration Exchange), r.o.86-87, Hv. EG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, Commissie vs Anic Partecipazioni (Polypropyleen), r.o.116-117.

afstemming tussen de ondernemingen en een daarop volgend marktgedrag, een oorzakelijk verband tussen beide.

87. Door hantering van de begrippen “overeenkomst tussen ondernemingen” én “onderling afgestemde feitelijke gedraging” wordt voorkomen dat ondernemingen de toepassing van de mededingingsregels ontlopen door in het geheim, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, op een concurrentieverstorende manier samen te werken door (bijvoorbeeld) elkaar vooraf van hun beleidsintenties in kennis te stellen, zodat ieder van hen haar commercieel gedrag kan bepalen in de wetenschap dat zijn concurrenten zich op dezelfde wijze zullen gedragen.⁹⁶ Voor de mededingingsrechtelijke beoordeling is de precieze vorm van de heimelijke afspraken derhalve niet relevant.⁹⁷
88. Op grond van de feiten stelt de d-g NMa vast dat in Congres- en Partycentrum 't Veerhuis te Nieuwegein op 13 juni 2001 vanaf 19.00 uur een bijeenkomst heeft plaatsgevonden tussen (de **VERTR.**) directeurs van in ieder geval Ben, Dutchtone, KPN Mobile en Vodafone.
89. De d-g NMa stelt op grond van de feiten vast dat, wat het tijdens de bijeenkomst van 13 juni 2001 met betrekking tot prepaidpakketten besprokene betreft, Ben niet alleen het initiatief heeft genomen tot het bespreken van het door alle operators invoeren van een NAW-registratiesysteem voor prepaidpakketten, maar ook haar plannen heeft geschetst indien de concurrenten niet mee wilden doen met een dergelijk registratiesysteem. Dan zou Ben haar registratiesysteem per 1 september 2001 stoppen, haar minimumprijs voor prepaidpakketten verhogen en “incentives” in het pakket doen om een klant toch NAW-gegevens aan te laten leveren. Op initiatief van Ben is aldus tussen de aanwezige operators bedrijfsvertrouwelijke informatie uitgewisseld op het gebied van het (aanpassen van) prijzen en voorwaarden van prepaidpakketten.
90. Op grond van de feiten stelt de d-g NMa, met betrekking tot hetgeen tijdens de bijeenkomst van 13 juni 2001 is besproken over postpaidabbonnementen, vast dat Vodafone haar plannen voor de aanpassing van de standaardvergoedingen voor nieuwe postpaidabbonnementen, zoals op 13 juni 's middags in een vergadering van de Management Board van Vodafone besloten, diezelfde avond met de in Congres- en Partycentrum 't Veerhuis te Nieuwegein aanwezige operators heeft gedeeld. Vodafone noemde hierbij de absolute bedragen van de aanpassing van de vergoedingen. Vervolgens is er gesproken over wat de wijziging van Vodafone voor de andere operators zou kunnen betekenen. Alle aanwezigen waren van

⁹⁶ Commissie 21 oktober 1998, Kartel voor voorgeïsoleerde buizen, Pb Lo24, p.1, r.o.130.

⁹⁷ Commissie 27 juli 1994, PVC, Pb L239, p.14, r.o.34, Richtsnoeren Samenwerking Bedrijven van de d-g NMa van 29 mei 2001, Stcrt 2001, nr 108, p.28, randnummer 22. Deze Richtsnoeren staan ook op de website van de NMa, www.nma-org.nl.

mening dat de dealercommissies op een te hoog niveau lagen en dat zij tot een lager niveau zouden moeten worden gebracht. Geen van de aanwezigen heeft hier afstand van genomen. Gesproken is over commissieniveaus, bandbreedtes waarbinnen de dealervergoedingen van de verschillende operators voor “low”-, “mid”- en “high end”-abonnementen zouden moeten komen te liggen, additionele promotieacties en invoeringsdata.

91. Uit de feiten blijkt dat van de bij de bijeenkomst in Nieuwegein op 13 juni 2001 aanwezige operators niemand zich van het besprokene heeft gedistantieerd.⁹⁸
92. De feiten wijzen op het bestaan van een overeenkomst dan wel onderling afgestemd feitelijk gedrag tussen de op 13 juni 2001 op de bijeenkomst in Nieuwegein aanwezige operators om, onder meer, de standaardvergoedingen aan de dealers voor het afsluiten c.q. verkopen van mobiele telefoonabonnementen te verlagen. Er is contact geweest tussen concurrenten, strekkende tot wederzijdse onthulling van voorgenomen marktgedrag en beïnvloeding van elkaars marktgedrag.
93. De aanwezige operators zijn tot op heden op de markt actief. De d-g NMa mag er daarom vanuit gaan dat de aanwezige operators bij de bepaling van hun gedrag op de markt rekening hebben gehouden met de met hun concurrenten uitgewisselde informatie.⁹⁹
94. De operators hebben hier tegenin gebracht dat zij hun prijsgedrag op de markt onafhankelijk van het resultaat van de bijeenkomst van 13 juni 2001 hebben bepaald en dat, voor zover er een zekere mate van gelijkheid tussen hun reacties kon worden geconstateerd, dit was toe te schrijven aan het normale gedrag van de operators.
95. Deze stelling kan geen stand houden. Het bewijs van de afstemming tussen de op de bijeenkomst aanwezige operators vloeit reeds voort uit de hiervoor weergegeven verklaringen en documenten. In deze situatie kunnen de operators niet volstaan met het geven van een alternatieve uitlegging voor gelijklopend marktgedrag, maar dienen zij de door de d-g NMa aan de hand van verklaringen en documenten aangetoonde afstemming gemotiveerd te weerleggen.¹⁰⁰ Uit het onderzoek van de feiten blijkt onbetwist dat (de **[VERTR.]**) directeurs van Ben, Dutchtone, KPN Mobile en Vodafone op 13 juni 2001 vanaf 19.00 uur bijeen zijn geweest in Congres- en Partycentrum 't Veerhuis te Nieuwegein en daar bedrijfsvertrouwelijke

⁹⁸ Zie hiertoe ook Hv.EG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, Commissie vs Anic Partecipazioni (Polypropyleen), r.o.95, GvEA 20 maart 2002, zaak T-23/99, LR AF 1998 A/S (Kartel voor voorgeïsoleerde buizen), r.o.39, 47, 87 en 342.

⁹⁹ Hv.EG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, Commissie vs Anic Partecipazioni (Polypropyleen), r.o.118-124.

¹⁰⁰ GvEA 20 april 1999, gevoegde zaken T-305-307, 313-316, 318, 325, 328, 329, 335/94, PVC, r.o.726-728, Hv.EG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, Commissie vs Anic Partecipazioni, r.o.121-128.

informatie hebben uitgewisseld over het verlagen van de standaardvergoedingen aan dealers voor mobiele telefoonabonnementen.

96. Tevens merkt de d-g NMa op dat, ondanks dat onder meer Ben aangeeft dat al vóór de bijeenkomst bekend zou zijn dat Vodafone haar standaardbonus zou verlagen, Vodafone zelf aangeeft dat het feit dat Vodafone haar standaardbonus zou verlagen waarschijnlijk niets nieuws was voor de bij de bijeenkomst aanwezigen, maar dat de exacte details met betrekking tot de mate van verlaging niet algemeen bekend waren. Met deze informatie hebben de overige partijen aldus hun voordeel kunnen doen.
97. Een onderling afgestemde feitelijke gedraging kan ten slotte, net als een overeenkomst tussen ondernemingen, zelfs dan onder artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag vallen, wanneer mededingingsbeperkende gevolgen ontbreken.¹⁰¹ Volgens vaste Europese rechtspraak hoeft bij de toepassing van artikel 81, eerste lid, EG geen acht meer te worden geslagen op de concrete gevolgen van een overeenkomst wanneer eenmaal is vastgesteld dat deze tot doel had de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt te verhinderen, te beperken of te vervalsen.¹⁰² Op gelijke wijze heeft het Hv. EG geoordeeld over onderling afgestemde feitelijke gedragingen.¹⁰³
98. Artikel 6, eerste lid, Mw sluit zoveel mogelijk aan bij artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag. Dit geldt ook voor de in artikel 81, eerste lid, sub a, EG-Verdrag gegeven voorbeelden van verboden concurrentiebeperkende gedragingen.¹⁰⁴ Uit de Europese rechtspraak volgt dat overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen met betrekking tot het vaststellen van prijzen naar hun aard een beperking van de concurrentie zoals bedoeld in artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag vormen.¹⁰⁵ Hetzelfde geldt voor het op andere wijze beperken

¹⁰¹ Zie onder meer Hv. EG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, Commissie vs Anic Partecipazioni (Polypropyleen), r.o.118-124.

¹⁰² Met name Hv. EG 13 juli 1966, Consten en Grundig vs Commissie, gevoegde zaken 56 en 58/64. Zie ook GvEA 15 september 1998, gevoegde zaken T-374-375, 384 en 388/94, European Night Services vs Commissie, r.o.136 en bijvoorbeeld Hv. EG 15 oktober 2002, gevoegde zaken C-238, 244-245, 247, 250-252 en 254/99 P, PVC, r.o.491-493.

¹⁰³ Hv. EG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, Commissie vs Anic Partecipazioni (Polypropyleen), r.o.121-123.

¹⁰⁴ De voorbeelden zijn niet overgenomen in artikel 6, eerste lid, Mw, maar zijn blijkens het gestelde in de parlementaire geschiedenis van de Mededingingswet naar analogie van toepassing. Zie Kamerstukken II, 1995-1996, 24 707, nr. 3, p.61.

¹⁰⁵ GvEA 17 december 1991, zaak T-6/89, Enichem Anic vs Commissie (Polypropyleen), r.o.214-215 (zie ook Commissie 23 april 1986, Polypropyleen, Pb L230, p.1, r.o.89), GvEA 12 juli 2001, gevoegde zaken T-202, 204 en 207/98, Tate & Lyle e.a. vs Commissie, r.o.42-68, GvEA 20 maart 2002, zaak T-23/99, LR AF 1998 A/ S (Kartel voor voorgeïsoleerde buizen), r.o.47 (zie ook Commissie 21 oktober 1998, Kartel voor voorgeïsoleerde buizen, Pb L024, p.1, r.o.146-148). Zie ook Richtsnoeren van de Commissie inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten van 6 januari 2001, Pb C3/2, randnummers 18 en 25 en Richtsnoeren Samenwerking

van prijsconcurrentie, zoals informele afstemming van data en omvang van prijswijzigingen, met inbegrip van afstemming over kortingen, heffingen en marges.¹⁰⁶ Dergelijke overeenkomsten kunnen slechts in het kader van een ontheffing op eventuele beweerde gunstige gevolgen voor de mededinging worden beoordeeld.¹⁰⁷

99. Aangezien de bijeenkomst tot doel had door een coördinatie van prijsbeleid en andere contractuele voorwaarden de mededinging te beperken, kan reeds worden geoordeeld dat op deze bijeenkomst een verboden overeenkomst dan wel onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen in ieder geval Ben, Dutchtone, KPN Mobile en Vodafone in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw tot stand is gekomen.
100. De d-g NMa stelt voorts vast dat onbetwist is dat partijen tot uitvoering van het besprokene zijn overgegaan door tussen in elk geval 1 augustus 2001 en begin september 2001 de standaardvergoedingen aan dealers voor het afsluiten van mobiele telefoonabonnementen te verlagen.¹⁰⁸

3.2.4 De betrokkenheid van O₂

101. Zoals hiervoor aangegeven concludeert de d-g NMa op grond van de feiten dat O₂ heeft deelgenomen aan de informatie-uitwisseling tussen de operators op het gebied van het verlagen van de standaardvergoedingen voor mobiele telefoonabonnementen.
102. Zo wijst de bij Ben aangetroffen samenvoegbrief van O₂ op coördinatie van marktgedrag van O₂ richting haar concurrenten over de aanpassing van standaardvergoedingen van postpaidabonnementen nu deze brief vóór de datum waarop O₂ haar dealers officieel berichtte over de verlaging van haar standaardvergoedingen door Ben is ontvangen. Of de

Bedrijven van de d-g NMa van 29 mei 2001, Stcrt 2001, nr 108, randnummer 25. Deze laatste Richtsnoeren staan ook de website van de NMa, www.nma-org.nl.

¹⁰⁶ HvJEG 14 juli 1972, zaak 48/69, Imperial Chemical Industries vs Commissie, r.o.118, HvJEG 11 juli 1989, zaak 246/86, Belasco e.a. vs Commissie, r.o.12, GvEA 21 februari 1995, zaak T-29/92, SPO e.a. vs Commissie, zie onder meer r.o.119-123, 145-158 en 178-187, GvEA 20 april 1999, gevoegde zaken T-305-307, 313-316, 318, 325, 328-329 en 335/94, PVC, r.o.637-661, HvJEG 29 oktober 1980, gevoegde zaken 209-215 en 218/78, Heintz van Landewyck e.a. vs Commissie, r.o.94-112, Commissie 9 december 1998, Griekse veerdienstmaatschappijen, Pb L109, p.24, r.o.140-142. Zie ook Rechtbank Rotterdam 23 oktober 2001, MEDED 00/910-SIMO, Centrale Organisatie voor de Vleesgroothandel vs d-g NMa.

¹⁰⁷ GvEA 15 september 1998, gevoegde zaken T-374-375, 384 en 388/94, European Night Services e.a. vs Commissie, r.o.136, GvEA 18 september 2001, zaak T-112/99, Métropole e.a. vs Commissie, r.o.72-80, Rechtbank Rotterdam 23 oktober 2001, MEDED 00/910-SIMO, Centrale Organisatie voor de Vleesgroothandel vs d-g NMa.

¹⁰⁸ Zie de bijlage bij het onderhavige besluit. Zie ook het rapport, randnummer 42 en de bijlage. Zie wat de merkbaarheid en schadelijkheid van de (verboden) gedragingen betreft de paragrafen 3.2.5 en 3.3.

samenvoegbrief van O₂ rechtstreeks of niet-rechtstreeks bij Ben terecht is gekomen is niet bepalend. Ook is niet relevant of bij O₂ al dan niet sprake is van opzet om informatie over voorgenomen prijswijzigingen (in dit geval standaardvergoedingen aan dealers), zoals in samenvoegbrieven, via dealers bij andere operators terecht te laten komen. De d-g NMa is van oordeel dat het aannemelijk is dat de desbetreffende samenvoegbrief (met op dat moment bedrijfsvertrouwelijke, concurrentiegevoelige informatie) vóór 23 augustus 2001, de datum waarop O₂ haar dealers officieel berichtte over de verlaging van haar standaardvergoedingen, door O₂ (via T-for-Telecom) aan Ben is gestuurd. Onbetwist is dat het staande praktijk is, waar O₂ dan ook vanuit kon gaan, dat de dealers veelvuldig informatie over prijswijzigingen van operators doorspelen aan andere operators.

103. Zoals aangegeven is ook niet-rechtstreeks contact tussen ondernemers, waardoor hetzij het marktgedrag van een bestaande of potentiële concurrent wordt beïnvloed, hetzij die concurrent op de hoogte wordt gebracht van het aangenomen of voorgenomen marktgedrag, verboden. Hiervan is in casu sprake geweest. O₂ bedient zich, door bedrijfsvertrouwelijke, concurrentiegevoelige informatie aan dealers te communiceren, in de wetenschap dat deze informatie naar de andere operators wordt “doorgespeeld”, van dealers om met de andere operators samen te spannen betreffende de marketingstrategie of om gevoelige marktinformatie uit te wisselen, hetgeen binnen het toepassingsgebied van artikel 6, lid 1, Mw valt. Transparantie betreffende voorgenomen prijzen (in dit geval standaardvergoedingen aan dealers) impliceert horizontale collusie tussen de operators, zeker gezien de marktconcentratie.¹⁰⁹

104. Op basis van bovenstaande komt de d-g NMa, mede gezien de beoordeling van de eerder vermelde feiten¹¹⁰, tot de conclusie dat O₂ betrokken is bij de overeenkomst dan wel onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen de bij de bijeenkomst van 13 juni 2001 aanwezige operators.

3.2.5 Mededingingsbeperking en merkbaarheid

105. In casu is sprake van een horizontale overeenkomst dan wel onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen alle operators op de markt voor telecommunicatiediensten met betrekking tot, onder meer, het verlagen van de standaardvergoedingen aan dealers voor mobiele

¹⁰⁹ Zie Richtsnoeren van de Commissie inzake verticale beperkingen van 13 oktober 2002, Pb C291/1, randnummers 20 en 112.

¹¹⁰ Het betreft, naast meergenoemde samenvoegbrief, het feit dat O₂ klaarblijkelijk altijd wordt uitgenodigd voor overleggen tussen de [VERTR.] directeurs en ook voor de bijeenkomst van 13 juni 2001 was uitgenodigd, de reservering voor (uiteindelijk) zeven personen voor de bijeenkomst tussen de operators en het feit dat O₂ niet heeft willen verklaren waar de Chief [VERTR.] Officer van O₂ (“O”) zich op het moment van de bijeenkomst bevond. Zie paragraaf 2.1.6.

telefoonabonnementen. De overeenkomst dan wel onderling afgestemde feitelijke gedraging had aldus de strekking de mededinging te beperken en valt hiermee reeds binnen het bereik van artikel 6, eerste lid, Mw, zonder dat onderzoek naar de concrete gevolgen nodig is.

106. Voor de toepassing van artikel 6, eerste lid, Mw wordt voorts niet het bewijs verlangd dat dergelijke gedragingen de mededinging inderdaad merkbaar hebben beïnvloed, doch voldoende is dat deze gedragingen een dergelijk gevolg kunnen hebben.¹¹¹ Van regelingen die naar hun aard mededingingsbeperkend zijn, moet worden aangenomen dat de mededinging merkbaar wordt beperkt in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw. Slechts indien de betrokken gedragingen niet meer dan in geringe mate afbreuk kunnen doen aan de mededinging kunnen zij van het verbod van artikel 6, eerste lid, worden uitgesloten. Wanneer partijen een beroep doen op het ontbreken van een merkbare mededingingsbeperking, is het, gezien de aard van de regeling, in beginsel aan partijen om dit nader te onderbouwen.¹¹²

107. Alleen al gezien de deelname aan de mededingingsregeling van alle vijf de operators en de beperkte rol van onafhankelijke serviceproviders op de Nederlandse markt voor mobiele telecommunicatiediensten kan niet worden geoordeeld dat sprake is van een dermate zwakke positie van de betrokken partijen op de markt voor de betrokken producten dat moet worden aangenomen dat meergenoemde betrokken ondernemingen slechts een minieme invloed kunnen uitoefenen op de concurrentie en hun overeenkomst en/of onderling afgestemd feitelijk gedrag buiten het bereik van artikel 6, eerste lid, Mw valt.¹¹³

3.2.6 Conclusie ten aanzien van artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet

108. De d-g NMa concludeert dat de betrokken gedragingen de mededinging merkbaar beperken en derhalve in strijd zijn met het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw.

3.3. Schadelijk karakter van de verboden gedragingen

109. Afnemers van mobiele telecommunicatiediensten zijn eindgebruikers, zowel particuliere als zakelijke. De markt voor mobiele telecommunicatiediensten heeft een aanzienlijke omvang. Zo beschikt in 2001 ruim 75% van de Nederlandse bevolking over een mobiele telefoon.

¹¹¹ Vergelijk HvJEG 1 februari 1978, zaak 19/77, Miller International Schallplatten vs Commissie, r.o.15, Besluit d-g NMa 17 december 2001, zaak 2414, Vereniging Belangen Behartiging Schildersbedrijf, r.o.78-82, Besluit d-g NMa 18 maart 2002, zaak 2333, Modint, r.o.107-112.

¹¹² Rechtbank Rotterdam 23 oktober 2001, MEDED 00/910-SIMO, Centrale Organisatie voor de Vleesgroothandel vs d-g NMa.

¹¹³ HvJEG 9 juli 1969, zaak 5/69, Völk vs Vervaecke, r.o.7. Zie ook Rechtbank Rotterdam 11 september 2002, MEDED 00/2176, 2177, 2190-SIMO, Libertel en Unipart vs d-g NMa.

Mobiele telecommunicatiediensten worden door de vijf operators en onafhankelijke serviceproviders aangeboden op de gehele Nederlandse markt. De vijf operators zijn allen grote ondernemingen, dochterondernemingen van grote, internationale telecommunicatiebedrijven. De overtreding – begaan door de vijf op de Nederlandse markt werkzame operators – heeft betrekking op de verstrekking van standaardvergoedingen aan dealers ten behoeve van aansluitingen op de gehele Nederlandse markt voor mobiele telecommunicatiediensten. Op basis van het aantal netwerkaansluitingen hebben de vijf operators eind 2001 een gezamenlijk marktaandeel van 100%. Er is sprake van een geconcentreerde, verzadigde markt, met sterke (prijs-)concurrentie tussen de vijf operators en dalende gemiddelde inkomsten per klant (ARPU).

110. Hoe sterker de markt geconcentreerd is, des te nuttiger is de informatie over prijzen of marktstrategie om concurrentiële onzekerheden te verminderen en des te groter wordt de stimulans voor de partijen om dergelijke informatie uit te wisselen.¹¹⁴ Uit de feiten blijkt dat de tijdens de bijeenkomst van 13 juni 2001 aanwezige operators hebben gesproken over een bedrijfseconomisch aantrekkelijker commissieniveau, te bereiken door, onder andere, hun standaardvergoedingen aan de dealers voor mobiele telefoonabonnementen te verlagen. In ieder geval beogen zij hiermee ten opzichte van elkaar hun marktposities bestendigen.
111. Zoals aangegeven betekent de hoge penetratiegraad dat concurrentie om “first-time users” verschuift naar concurrentie om “churners” (eindgebruikers die van aanbieder veranderen) en het vergroten van het gebruik per klant. Het feit dat de winstgevendheid per klant onder druk staat en de markt verzadigd is, heeft de operators ertoe bewogen de (hoogte van de) standaardvergoedingen aan de dealers te heroverwegen en substantieel te verlagen, zoals onder meer blijkt uit de in het rapport opgenomen grafieken.¹¹⁵ Jaarlijks stap een groot aantal klanten over naar een andere operator. Het overstappercentage, de zogenoemde “churn rate”, bedroeg in 2001 25%.¹¹⁶ Degene van de vijf operators die als eerste de stap tot het verlagen van de vergoedingen aan de dealers zou (moeten) zetten, zou hierdoor direct het risico lopen minder “churners” aan te trekken.¹¹⁷ Door de gedragingen van de vijf operators is het concurrentiële risico, om van deze omvangrijke groep overstappers een deel mis te lopen en daardoor marktaandeel te verliezen, weggenomen dan wel verkleind.
112. Daarnaast is sprake van een vermindering van de concurrentie, nu het verschil tussen de standaardvergoedingen van de operators aan de dealers minder is geworden, zoals onder

¹¹⁴ Richtsnoeren van de Commissie inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten van 6 januari 2001, Pb C 3/2, randnummer 150.

¹¹⁵ Zie de bijlage bij het onderhavige besluit. Zie ook het rapport, randnummer 42 en de bijlage.

¹¹⁶ SEO, Toegang tot mobiele netwerken, Onderzoek in opdracht van OPTA, 12 september 2001, hoofdstuk 2, p.6.

¹¹⁷ SEO, Toegang tot mobiele netwerken, Onderzoek in opdracht van OPTA, 12 september 2001, hoofdstuk 2, p.6.

meer blijkt uit de in het rapport opgenomen grafieken.¹¹⁸ Hieruit blijkt tevens dat de operators niet alleen bedrijfsvertrouwelijke informatie over, onder meer, het verlagen van de dealervergoedingen voor mobiele telefoonabonnementen hebben uitgewisseld, maar ook tot uitvoering zijn overgegaan.

113. In het licht van het voorgaande concludeert de d-g NMa dat als gevolg van de uitvoering van de overtreding de eindgebruiker is geconfronteerd met duurdere mobiele telefoonabonnementen. De d-g NMa vindt hiervoor ook steun in verklaringen van respectievelijk een dealer en een serviceprovider, waaruit naar voren komt dat de dealers de vergoedingen die zij van de operators ontvangen rechtstreeks aan de eindgebruiker doorberekenen.¹¹⁹ Ook hebben Ben, Dutchtone, O₂ en Vodafone na de afgesproken verlaging van de standaardvergoedingen aan de dealers van augustus/september 2001 tot het einde van 2001 geen wijzigingen in de standaardvergoedingen doorgevoerd en KPN en O₂ voor het eerst per 1 november 2001. De d-g NMa ziet hierin aanwijzingen dat de concrete gevolgen van de overtreding in ieder geval eind 2001 nog in de markt zichtbaar waren.
114. De onderlinge concurrentie tussen de operators is als gevolg van de betrokken gedragingen voorts niet toegenomen. De consument, die in het algemeen profiteert van deze concurrentie, heeft mogelijk voordelen niet kunnen genieten.
115. Gezien het bovenstaande heeft de overtreding, anders dan de operators aangeven, een aanzienlijke economische weerslag op de markt en is de (potentiële) schade als gevolg van deze overtreding voor concurrenten, afnemers en consumenten navenant.

3.4 De ondernemingen die de overtreding hebben begaan

116. De d-g NMa concludeert dat de overtreding is begaan door Ben, Dutchtone, KPN Mobile, O₂ en Vodafone.

3.5 De duur van de overtreding

117. De overtreding nam een aanvang bij de bijeenkomst in Congres- en Partycentrum 't Veerhuis te Nieuwegein op 13 juni 2001. Daarbij is, anders dan de operators aangeven, irrelevant of

¹¹⁸ Zie de bijlage bij het onderhavige besluit. Zie ook het rapport, randnummer 42 en de bijlage.

¹¹⁹ Verklaring van de [VERTR.] Director van The Phone House, 2658/ 1, p.1 en verklaring van de [VERTR.] Director van Talkline, 2658/ 19, p.2.

deze overtreding eerst later of überhaupt in daden werd omgezet.¹²⁰

118. De ondernemingen hebben de overtreding niet expliciet beëindigd. Bijgevolg kan een nauwkeurig tijdstip voor het einde van de overtreding moeilijk worden vastgesteld.¹²¹ Ook wanneer de ondernemersafspraken wel expliciet zouden zijn beëindigd, worden deze geacht hun werking nog uit te oefenen, indien de handelwijze van betrokkenen impliciet van de aan ondernemersafspraken eigen afstemmings- en coördinatie-elementen doet blijken en hetzelfde resultaat oplevert als met de ondernemersafspraken werd beoogd.¹²²

119. Onderstaande tabel bevat het eerste moment in 2001 waarop de operators ná begin september 2001 zelfstandig en, voor zover de d-g NMa heeft kunnen bepalen, zonder afstemming met anderen, de standaardvergoeding aan dealers hebben gewijzigd. Tot deze tijdstippen heeft de voorafgaande prijsafstemming door de betrokken ondernemingen naar de mening van de d-g NMa in elk geval haar concurrentiebeperkende uitwerking gehad.¹²³ Andere tijdstippen, zoals de datum waarop de operators oorspronkelijk hun vergoedingen zouden verlagen, de datum waarop één van de vele andere vergoedingen aan dealers – dus niet de standaardvergoeding, waarop onderhavige zaak betrekking heeft – is gewijzigd of de datum waarop het verschil tussen de hoogste en de laagste totale subsidie (vergoeding) toenam, zijn voor het einde van de overtreding niet relevant.

¹²⁰ Commissie 6 augustus 1984, Zinc Producer Group, Pb L220, p.27, r.o.89, Hv.EG 11 juli 1989, zaak 246/86, Belasco e.a. vs Commissie, r.o. 15.

¹²¹ Zie ook GvEA 20 april 1999, gevoegde zaken T-305-307, 313-316, 318, 325, 328-329 en 335/94, PVC, r.o. 1125.

¹²² Hv.EG 15 juni 1976, zaak 51/75, EMI Records vs CBS United Kingdom, r.o.30-31, Hv.EG 3 juli 1985, zaak 243/83, Binon vs Messageries de la Presse, r.o. 17.

¹²³ Commissie 6 augustus 1984, Zinc Producer Group, Pb L220, p.27, r.o.93. Zie ook het rapport, randnummer 130: "(...) De verlagingen zijn in ieder geval tot 31 december 2001 geëffectueerd."

Eerste wijziging van de standaardvergoeding van de operators aan de dealers in 2001 ná begin september 2001 ¹²⁴		
	Benaming standaardvergoeding	1 ^e wijziging in 2001 ná begin september 2001
Ben	Activatiecommissie	In ieder geval tot en met 31 december 2001 ongewijzigd
Dutchtone	Basisvergoeding	In ieder geval tot en met 31 december 2001 ongewijzigd
KPN	Aansluitvergoeding	1 november 2001
O ₂	Standaardbonus	1 november 2001
Vodafone	Standaardvergoeding	In ieder geval tot en met 31 december 2001 ongewijzigd

120. De d-g NMa gaat daarom voor wat de duur van de verboden gedragingen betreft voor Ben, Dutchtone en Vodafone uit van de periode vanaf 13 juni 2001 tot en met in ieder geval 31 december 2001. Voor KPN Mobile en O₂ gaat de d-g NMa uit van de periode vanaf 13 juni 2001 tot en met 31 oktober 2001.

3.6 De rechtspersonen aan wie de overtreding kan worden toegerekend

121. Ben is van mening dat het gedrag van de Chief **[VERTR.]** Officer van Ben ("B") niet aan Ben kan worden toegerekend, omdat hij heeft gehandeld op eigen initiatief, zonder anderen binnen Ben daarvan op de hoogte te stellen en tegen de toepasselijke en hem bekende gedragsregels van Ben in. Ook Vodafone stelt dat de Directeur **[VERTR.]** ("V2") op eigen initiatief en zonder wetenschap en goedkeuring van de Management Board de bijeenkomst heeft bijgewoond en ook niet bevoegd was om over aanpassing van het subsidieniveau beslissingen te nemen.

122. Artikel 56, eerste lid, Mw geeft de d-g NMa onder meer de bevoegdheid aan de natuurlijke of rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend een boete op te leggen. Het aspect van de toerekening is opgenomen, omdat de verbodsbepalingen in artikel 6, eerste lid en 24 Mw zich richten tot ondernemingen. Het gaat hierbij om het economisch begrip "onderneming". Dit begrip valt niet samen met het juridische begrip "natuurlijke of rechtspersoon". Van geval tot geval moet daarom worden bezien aan welke natuurlijke persoon of "rechtspersoonlijkheid bezittende eenheid" een boete moet worden opgelegd.¹²⁵

¹²⁴ Bron: Antwoorden op vragen ten behoeve van rapport, 2658/74-81.

¹²⁵ Kamerstukken II, 1995-1996, 24 707, nr. 3, p.86.

123. De overtreding is begaan door en kan worden toegerekend aan Ben N.V., Dutchtone N.V., KPN Mobile N.V., O₂ (Netherlands) B.V. en Vodafone Libertel N.V.
124. Mochten Ben en Vodafone hebben bedoeld te stellen dat de rechtspersonen Ben Nederland B.V. respectievelijk Vodafone Libertel N.V., aan wie de overtreding kan worden toegerekend, van de overtreding geen verwijt kan worden gemaakt, dan volgt de d-g NMa deze zienswijze niet.
125. Ingevolge artikel 56, derde lid, Mw legt de d-g NMa geen boete op indien de natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend aannemelijk maakt dat hem van de overtreding geen verwijt kan worden gemaakt. Volgens de parlementaire geschiedenis van de Mededingingswet hoeft de d-g NMa niet aan te tonen dat verwijtbaar is gehandeld, maar mag hij binnen redelijke grenzen uitgaan van een objectief vermoeden van schuld, mits de betrokkene de gelegenheid krijgt aannemelijk te maken dat hem van de overtreding geen verwijt kan worden gemaakt. Wanneer hiervan sprake is hangt af van de overtreden norm. Zoals aangegeven zijn de verbodsbepalingen in artikel 6, eerste lid, en 24 Mw gericht op ondernemingen. De daar bedoelde rechtshandelingen en feitelijke handelingen zullen in de praktijk altijd geschieden door iemand die gerechtigd is voor de onderneming te handelen. Een situatie dat de betrokken onderneming geen verwijt kan worden gemaakt, is daarom nauwelijks voorstelbaar.¹²⁶
126. Voor verwijtbaar handelen is het voldoende dat sprake is van gedrag door een persoon die in het algemeen bevoegd is namens de onderneming op te treden. Het is niet noodzakelijk dat “the partners or principal managers” zelf actie hebben ondernomen noch dat zij op de hoogte waren van de gedraging van de desbetreffende werknemer.¹²⁷
127. De d-g NMa is van mening dat Ben niet heeft aangetoond dat de Chief [VERTR.] Officer van Ben de hem toegekende algemene bevoegdheid heeft overschreden¹²⁸, mede gezien de inhoud en het niveau van de functie.¹²⁹ De omstandigheid dat hij zou hebben gehandeld op

¹²⁶ Kamerstukken II, 1995-1996, 24 707, nr. 3, p.87-88, waarin wordt aangehaald EHRM 7 oktober 1988, NJ 1999/351.

¹²⁷ Hv.EG 7 juni 1983, gevoegde zaken 100-103/80, Musique Diffusion Française e.a. vs Commissie, r.o.97.

¹²⁸ Hv.EG 7 juni 1983, gevoegde zaken 100-103/80, Musique Diffusion Française e.a. vs Commissie, r.o.98. Zelf geeft de Chief [VERTR.] Officer aan dat hij volgens zijn functiebeschrijving operationeel verantwoordelijk is voor alle [VERTR.] aangelegenheden in het bedrijf. Zie Verslag van verrichte ambtshandelingen d.d. 21 december 2001, Verslag van gesprek met de Chief [VERTR.] Officer van Ben op 28 november 2001, Prisma-nummer 2658/58, p.5.

¹²⁹ Zie ook Hv.EG 17 december 1991, zaak T-7/89, Hercules Chemicals vs Commissie (Polypropyleen), r.o.104. Zelf heeft de Chief [VERTR.] Officer van Ben verklaard dat hij volgens zijn functiebeschrijving operationeel verantwoordelijk is voor alle [VERTR.] aangelegenheden in het bedrijf. Zie 2658/58, p.5. Voor de Directeur [VERTR.] van Vodafone zij ook gewezen op zijn interne e-mail van 14 juni 2001 (zie 2658/20, documenten A.3.11 en A.3.16), waarin hij schrijft: “(...) Na een lange

eigen initiatief, zonder anderen binnen Ben daarvan op de hoogte te stellen en tegen de interne gedragsregels van Ben in beïnvloedt geenszins de verantwoordelijkheid van Ben.¹³⁰ Hetzelfde geldt voor de Directeur **[VERTR.]** van Vodafone.¹³¹

3.7 Conclusie

128. Ben, Dutchtone, KPN Mobile, O₂ en Vodafone hebben artikel 6, eerste lid, Mw overtreden door met elkaar een overeenkomst te sluiten dan wel hun feitelijke gedragingen onderling af te stemmen met betrekking tot mobiele telefoonabonnementen. Onder meer zijn onderwerp van de overeenkomst dan wel het onderling afgestemd feitelijk gedrag geweest de verlaging van de standaardvergoedingen aan dealers voor mobiele telefoonabonnementen.

129. De d-g NMa concludeert dat de betrokken gedragingen de mededinging merkbaar beperken en derhalve in strijd zijn met het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw.

130. De d-g NMa gaat voor wat de duur van de verboden gedragingen betreft voor Ben, Dutchtone en Vodafone uit van de periode vanaf 13 juni 2001 tot en met in ieder geval 31 december 2001. Voor KPN en O₂ gaat de d-g NMa uit van de periode vanaf 13 juni 2001 tot en met 31 oktober 2001.

discussie gisteravond hebben wij besloten om de volgende SAC verlagende maatregelen door te voeren: (...)”, gevolgd door aanpassingen van prijzen en voorwaarden voor pre- en postpaidabonnementen. Blijkbaar was hij als Directeur **[VERTR.]** dus toch (mede)bevoegd met betrekking tot dergelijke SAC-verlagende maatregelen. Volgens de Directeur **[VERTR.]** slaat “wij” op de Management Board van Vodafone. Zie 2658/ 24, p.22.

¹³⁰ Commissie 15 juli 1992, VIHO/ Parker Pen, Pb L233, p.27, r.o.16.

¹³¹ Voor de Directeur **[VERTR.]** van Vodafone zij ook gewezen op zijn interne e-mail van 14 juni 2001 (zie 2658/ 20, documenten A.3.11 en A.3.16), waarin hij schrijft: “(...) Na een lange discussie gisteravond hebben wij besloten om de volgende SAC verlagende maatregelen door te voeren: (...)”, gevolgd door aanpassingen van prijzen en voorwaarden voor pre- en postpaidabonnementen. Blijkbaar was hij als Directeur **[VERTR.]** dus toch (mede)bevoegd met betrekking tot dergelijke SAC-verlagende maatregelen. Volgens de Directeur **[VERTR.]** slaat “wij” op de Management Board van Vodafone. Zie 2658/ 54, p.22. Ook heeft de Directeur **[VERTR.]** verklaard op verzoek van de **[VERTR.]** Directeur van Vodafone naar de bijeenkomst te zijn gegaan. Zie 2658/ 55, p.4.

4. Sanctie

4.1 Boete

4.1.1 Wettelijk kader

131. Ingevolge artikel 56, eerste lid, Mw kan de d-g NMa ingeval van overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw of van artikel 24, eerste lid, Mw een boete opleggen.
132. Krachtens artikel 57, eerste lid, Mw bedraagt de in artikel 56, eerste lid, onder a, Mw bedoelde boete ten hoogste EUR 450 000, of, indien dat meer is, 10% van de omzet van de onderneming in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking.
133. Bij de vaststelling van de hoogte van de boete houdt de d-g NMa overeenkomstig het bepaalde in artikel 57, tweede lid, Mw in ieder geval rekening met de ernst en de duur van de overtreding. Blijkens de parlementaire geschiedenis van de Mededingingswet kunnen afhankelijk van het geval ook andere factoren een rol spelen, zoals mogelijke recidive, de bereidheid van de betrokken ondernemers om mee te werken aan het beëindigen van de overtreding, het behaalde voordeel, en dergelijke. De financiële positie van de onderneming speelt daarentegen volgens de parlementaire geschiedenis in beginsel geen rol bij de vaststelling van de hoogte van de boete. Bij iedere boetebeschikking moet worden afgewogen hoe hoog de boete in dat concrete geval moet zijn.¹³²
134. De hoogte van de boete dient behalve te worden afgestemd op de concrete omstandigheden van het geval ("maatwerk")¹³³ ook bij te dragen aan een doeltreffende toepassing van de Mededingingswet. Als algemene maatstaf daarbij geldt dat de hoogte van de boete in ieder geval zodanig dient te zijn dat deze de overtreder(s) weerhoudt van nieuwe overtredingen (speciale preventie) en ook in algemene termen een afschrikkende werking heeft (generale preventie).

4.1.2 Boeterichtsnoeren

135. Met het oog op een transparante toepassing van zijn in artikel 56 Mw neergelegde discretionaire bevoegdheid, heeft de d-g NMa richtsnoeren vastgesteld ("Boeterichtsnoeren").¹³⁴

¹³² Kamerstukken II, 1995/1996, 24 707, nr 3, p. 88.

¹³³ Rechtbank Rotterdam 26 november 2002, NEA (rechtsopvolgster van Sep) vs d-g NMa, MEDED 00/1002-SIMO.

¹³⁴ Richtsnoeren boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 57 van de Mededingingswet van de d-g NMa van 21 december 2001 ("Boeterichtsnoeren"), Stcrt 2001, nr 248.

136. Op grond van de Boeterichtsnoeren dient ter berekening van de hoogte van de op te leggen boete eerst de boetegrondslag te worden bepaald. Deze bedraagt 10% van de betrokken omzet van de onderneming. De betrokken omzet is gelijk aan de waarde van alle transacties die door de onderneming tijdens de totale duur van de overtreding zijn verricht op het gebied van de verkoop van goederen en/of diensten waarop de overtreding betrekking heeft. De duur van de overtreding komt aldus tot uitdrukking in de gekozen boetegrondslag. Indien op basis van de verstrekte informatie de betrokken omzet niet kan worden bepaald, kan deze worden geschat.¹³⁵

137. De hoogte van de boete wordt bepaald door de boetegrondslag te vermenigvuldigen met een rekenfactor. Per type overtreding is voor deze rekenfactor in de Boeterichtsnoeren een bandbreedte vastgesteld (van 0 tot 3). Hierdoor kan de boete worden gedifferentieerd naar gelang de ernst van de overtreding.¹³⁶ Uit het oogpunt van de gewenste preventieve werking kan het verkregen resultaat worden aangepast in verband met het gewicht van de onderneming, uitgedrukt in de totale omzet van deze onderneming in Nederland in het jaar voorafgaand aan het opmaken van het rapport, hetgeen kan leiden tot een verveelvoudiging van de eerdere uitkomst.¹³⁷ Ter bepaling van de uiteindelijke hoogte van de boete kunnen nog boeteverhogende en/of boeteverlagende omstandigheden in aanmerking worden genomen.¹³⁸ De d-g NMa stelt de boete vast conform de Boeterichtsnoeren met inachtneming van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.¹³⁹

4.2 Boetegrondslag en ernst van de overtreding

4.2.1 Boetegrondslag

138. Op grond van de Boeterichtsnoeren dient bij de vaststelling van de boetegrondslag te worden uitgegaan van de betrokken omzet van de onderneming die de overtreding heeft begaan. De boetegrondslag bedraagt 10% van de betrokken omzet. De betrokken omzet ziet op 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. In tegenstelling tot wat enkele operators lijken te betogen, is het begrip “betrokken omzet” geen synoniem van het begrip “omzet op de relevante markt”, welke wel in het kader van andere mededingingsrechtelijke vraagstukken speelt. De vraag of de overtreding zich uitstrekt over

¹³⁵ Boeterichtsnoeren, randnummers 15 – 18.

¹³⁶ Boeterichtsnoeren, randnummers 20 – 22.

¹³⁷ Boeterichtsnoeren, randnummer 23.

¹³⁸ Boeterichtsnoeren, randnummers 26 – 28.

¹³⁹ Boeterichtsnoeren, randnummers 7 en 29. De d-g NMa kan van de Boeterichtsnoeren afwijken indien onverkorte toepassing ervan tot evidente onbillijkheid leidt.

een bepaalde (relevante) markt is niet van belang bij de bepaling van de betrokken omzet. Slechts de omvang van de verboden regeling of praktijk is bepalend.

139. Ter bepaling van de betrokken omzet is het wat betreft postpaidabbonnementen van belang dat de dealer, zoals aangegeven, feitelijk als agent fungeert voor de operator en er rechtstreeks een overeenkomst tot stand komt tussen de operator en de eindgebruiker, in de regel voor de duur van één of twee jaar. Voor de verkoop van prepaidpakketten (mobiel telefoontoestel in combinatie met prepaidkaart/beltegoed) door operators aan dealers geldt dat de dealers deze pakketten in eigen naam weer doorverkopen aan eindgebruikers. Bij de wederverkoop wordt de afnemer door de SIM-lock vervolgens wel gebonden aan de desbetreffende operator (meestal voor tenminste één jaar), dat wil zeggen dat het toestel alleen werkt op vooruitbetaalde belminuten (beltegoed of prepaidkaart) over het netwerk van de operator die het desbetreffende prepaidpakket heeft aangeboden (al dan niet met tussenkomst van een dealer). Een prepaidklant kan op elk moment overstappen naar een andere operator zonder dat hij daarvoor aan zijn huidige operator nog kosten verschuldigd is, behoudens eventuele kosten voor het ongedaan maken van de SIM-lock dan wel de kosten van een nieuwe aansluiting (inclusief mobiel telefoontoestel met SIM-lock) bij een andere operator.

140. Het verlagen van de standaardvergoedingen (post- en prepaid) heeft betrekking en is gericht op de verkoop van mobiele telefoonabbonnementen en beltegoeden aan de eindgebruiker al dan niet door middel van een tussenschakel in de bedrijfskolom (de dealers) en beïnvloedt deze ook. De vergoedingen, en dan met name de standaardvergoedingen waar het hier om gaat, zijn immers een “incentive” van de operators voor de tussenhandel in de strijd om de klant. De (standaard)vergoedingen hebben rechtstreeks invloed op de consumentenprijs. De standaardvergoedingen zijn voorts indifferent, in die zin dat het de operator in de meeste gevallen niet uitmaakt welke dealer zijn prepaidpakket dan wel postpaidabbonnement aan de consument verkoopt.¹⁴⁰ Het uiteindelijke doel van de operator is zoveel mogelijk mobiele telefoonabbonnementen af te sluiten dan wel af te zetten om daarmee (voor de langere termijn, doch tenminste één jaar) klanten te binden en zodoende voor die periode belminuten (“airtime”) alsmede abonnementsgelden te genereren en beltegoeden te verkopen.¹⁴¹

141. Zoals hiervoor reeds aangegeven gaat de d-g NMa voor wat betreft de duur van de overtreding in het kader van artikel 6, eerste lid, Mw voor Ben, Dutchtone en Vodafone uit

¹⁴⁰ Dit kan anders zijn voor specifieke vergoedingen. Deze zijn echter geen onderwerp van de onderhavige procedure.

¹⁴¹ Ook prepaidklanten zijn zoals gezegd net als bij een postpaidabbonnement door middel van een SIM-lock voor een vooraf overeengekomen periode gebonden aan de operator die het prepaidpakket heeft aangeboden en van wiens netwerk de beller met het beltegoed verplicht gebruik maakt.

van de periode vanaf 13 juni 2001 tot en met in ieder geval 31 december 2001. Voor KPN Mobile en O₂ gaat de d-g NMa uit van de periode vanaf 13 juni 2001 tot en met 31 oktober 2001. In het kader van de boetetoemeting dienen in beginsel voor de bepaling van de betrokken omzet de gedurende die periode afgesloten mobiele telefoonabonnementen in aanmerking te worden genomen. De d-g NMa houdt vervolgens in het licht van het navolgende rekening met het feit dat - voor zover het postpaidabonnementen betreft - deze voor een bepaalde duur zijn afgesloten (tenminste één jaar).

142. De periode waarop de betrokken omzet betrekking heeft, hoeft niet per se parallel te lopen met de duur van de overtreding zoals die in het kader van artikel 6, eerste lid, Mw wordt vastgesteld. Dit speelt met name indien er sprake is van transacties die gedurende de duur van de overtreding zijn verricht, maar die na de beëindiging van de overtreding doorlopen (duurovereenkomsten). In casu gaat het onder meer om duurovereenkomsten (postpaidabonnementen) die gedurende de duur van de overtreding zijn afgesloten, maar die na het beëindigen van de overtreding doorlopen en als zodanig ook daarna nog opbrengsten genereren die tot de betrokken omzet behoren.

143. Wat betreft de periode waarop de betrokken omzet ziet, gaat de d-g NMa uit van de duur van de overtreding in het kader van artikel 6, eerste lid, Mw, dat wil zeggen vanaf 13 juni 2001 tot en met in ieder geval 31 december 2001 dan wel 31 oktober 2001. De waarde van de transacties, in die periode gegenereerd, is de betrokken omzet. Aangezien het onder meer duurovereenkomsten (postpaidabonnementen) betreft die tenminste voor één jaar zijn afgesloten, omvat de betrokken omzet de opbrengsten van deze duurovereenkomsten gegenereerd tot één jaar na het sluiten van de overeenkomst in de periode die ligt tussen 13 juni 2001 en in ieder geval 31 december 2001 dan wel 31 oktober 2001. Onverminderd het voorgaande, kiest de d-g NMa er in dit geval voor de door de duurovereenkomsten gegenereerde opbrengsten slechts in de betrokken omzet mee te nemen tot de datum van het rapport, te weten 16 juli 2002. In het hierna volgende heeft de d-g NMa hieraan als volgt invulling gegeven: voor zover het duurovereenkomsten betreft neemt de d-g NMa voor de berekening van de betrokken omzet in aanmerking alle omzet met die overeenkomsten gegenereerd vanaf de datum van afsluiting van het contract (tussen 1 juli 2001 en 31 december 2001 dan wel 31 oktober 2001) tot 1 juli 2002; voor zover het geen duurovereenkomsten betreft, neemt de d-g NMa in aanmerking alle omzet met deze overeenkomsten gegenereerd vanaf de datum van afsluiting van het contract (tussen 1 juli 2001 en 31 december 2001 dan wel 31 oktober 2001) tot en met 31 december 2001 dan wel 31 oktober 2001.

144. De betrokken omzet bestaat in het onderhavige geval uit zowel de omzet die door de desbetreffende operator is gegenereerd met de verkoop aan nieuwe eindgebruikers¹⁴² van goederen (de mobiele telefoons in combinatie met een prepaidkaart dan wel beltegoed van de operator) als de omzet die is gegenereerd met de verkoop aan nieuwe eindgebruikers van diensten (belminuten via postpaidabonnementen en beltegoeden via prepaidkaarten al dan niet in combinatie met de verkoop van een mobiel telefoontoestel). Het maakt daarbij niet uit of de opbrengsten via het eigen verkoopkanaal van de operator worden gegenereerd of via een onafhankelijke dealer. Het maakt evenmin uit of de eindgebruiker behoort tot de (privé-)consumentenmarkt of tot de (klein-)zakelijke markt, zolang sprake is van een transactie gedurende de duur van de overtreding waarop standaardvergoedingen van toepassing zijn (geweest).

145. De betrokken omzet omvat aldus in elk geval de volgende opbrengsten:

- 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 nieuwe prepaidpakketten gedurende de periode van 1 juli 2001 tot en met 31 december 2001 dan wel tot en met 31 oktober 2001.

146. Deze opbrengsten of omzetbestanddelen komen tot uitdrukking in de "ARPU" ("Average Revenue Per User": de gemiddelde maandomzet per klant, exclusief aansluitvergoedingen en omzet van separaat verkochte handsets en accessoires). De betrokken omzet wordt vervolgens bepaald door het aantal nieuwe post- en prepaidklanten per operator gedurende de hiervóór genoemde perioden te vermenigvuldigen met de "ARPU" van die maanden. De betrokken omzet ziet dan op de totaal gegenereerde opbrengsten uit de gedurende die perioden afgesloten transacties (post- en prepaid). Vervolgens worden hier de aansluitvergoedingen die door deze nieuwe klanten worden betaald nog bij opgeteld. De gegevens waarop de betrokken omzet is gebaseerd zijn desgevraagd door de operators verstrekt. Waar de operators gegevens niet verstrekten of konden verstrekken, is geschat.

147. Met inachtneming van het voorgaande gaat de d-g NMa voor de onderscheiden operators in het onderhavige geval uit van de volgende betrokken omzet:

¹⁴² Zoals aangegeven is door de gedragingen van de vijf operators het concurrentiële risico om van de omvangrijke groep "churners" (overstappers) een deel mis te lopen en daardoor marktaandeel te verliezen weggenomen dan wel verkleind. De mogelijk gegenereerde opbrengsten door de potentiële "churners", die als gevolg van de gedragingen van de operators niet zijn overgestapt, zijn niet bij de betrokken omzet meegenomen.

Betrokken omzet in Euro's ¹⁴³					
	Ben	Dutchtone	KPN Mobile	O ₂	Vodafone
Postpaid	[VERTR.]	[VERTR.]	[VERTR.]	[VERTR.]	[VERTR.]
Prepaid	[VERTR.]	[VERTR.]	[VERTR.]	[VERTR.]	[VERTR.]
Aansluitkosten	[VERTR.]	[VERTR.]	[VERTR.]	[VERTR.]	[VERTR.]
Betrokken omzet	[VERTR.]	[VERTR.]	[VERTR.]	[VERTR.]	[VERTR.]

4.2.2 Ernst van de overtreding¹⁴⁴

(a) Zwaarte van de overtreding

148. Ben, Dutchtone, KPN Mobile, O₂ en Vodafone hebben een horizontale overeenkomst gesloten dan wel hun feitelijk gedrag onderling afgestemd met betrekking tot, onder meer, het verlagen van de standaardvergoedingen aan de dealers voor mobiele telefoonabonnementen. Zoals aangegeven is volgens vaste Europese jurisprudentie artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag overtreden in geval van een overeenkomst of onderling afgestemd feitelijk gedrag om prijzen en andere contractuele voorwaarden vast te stellen of op andere wijze prijsconcurrentie te beperken, zoals informele afstemming van data en omvang van prijswijzigingen of de uitwisseling van prijsinformatie, met inbegrip van afstemming over kortingen, heffingen en marges. Artikel 6, eerste lid, Mw sluit zoveel mogelijk bij dit artikel aan. Dergelijke horizontale prijsafspraken worden in de Boeterichtsnoeren genoemd als voorbeeld van zeer zware overtredingen. Voor deze soort overtreding geldt een rekenfactor van 1,5 tot 3.

(b) Economische context waarin de overtreding heeft plaatsgevonden

149. Bij het bepalen van de ernst van de overtreding houdt de d-g NMa, naast de zwaarte van de overtreding, rekening met de economische context waarin de overtreding heeft plaatsgevonden. In dit verband komt onder andere betekenis toe aan de aard van de betrokken producten of diensten, de omvang van de markt, de grootte van de betrokken ondernemingen(en) alsmede het (gezamenlijk) marktaandeel, de structuur van de markt en

¹⁴³ Zie voor de vindplaatsen van de gegevens waarop de betrokken omzet is gebaseerd de desbetreffende voetnoten in de paragrafen 4.3-4.7.

¹⁴⁴ Zie ook hetgeen bij de juridische beoordeling is opgemerkt over het mededingingsbeperkende karakter van de gedragingen van Ben, Dutchtone, KPN Mobile, O₂ en Vodafone alsmede over de merkbaarheid en schadelijkheid ervan, paragrafen 3.2.5 en 3.3.

de geldende regelgeving. Tevens kent de d-g NMa gewicht toe aan de (potentiële) schade die als gevolg van de overtreding wordt toegebracht aan concurrenten, afnemers en consumenten.

150. Gezien hetgeen hiervoor reeds in dit verband onder “Mededingingsbeperking en merkbaarheid” en “Schadelijk karakter van de verboden gedragingen” is opgemerkt en vastgesteld, heeft de overtreding een aanzienlijke economische weerslag op de markt en is de (potentiële) schade als gevolg van deze overtreding voor concurrenten, afnemers en consumenten navenant.

(c) Conclusie ten aanzien van de ernst van de overtreding

151. De d-g NMa concludeert dat er, gelet op de aard van de overtreding en de economische context waarin deze heeft plaatsgevonden, sprake is van een zeer ernstige overtreding. In het onderhavige geval acht de d-g NMa een rekenfactor van **[1,5 – 3]** aangewezen.

4.3 De vaststelling van de hoogte van de boete voor Ben

152. Uit de door Ben in het kader van deze procedure verschaft informatie blijkt dat de betrokken omzet zoals hiervoor omschreven EUR **[VERTR.]** bedroeg.¹⁴⁵ De boetegrondslag is 10% van de betrokken omzet. Een en ander resulteert in een boetegrondslag voor Ben van EUR **[VERTR.]** (= 0,1 x betrokken omzet).

153. Hiervóór is reeds vastgesteld dat, gelet op de zwaarte van de overtreding en de economische context waarbinnen deze heeft plaatsgevonden, er sprake van een zeer ernstige overtreding van de Mededingingswet alsmede dat de d-g NMa in casu een vermenigvuldigingsfactor van **[1,5 – 3]** aangewezen acht. Een en ander resulteert ten aanzien van Ben in een bedrag van EUR **[VERTR.]** (= **[1,5 – 3]** x boetegrondslag).

154. Ter bepaling van de hoogte van de boete voor Ben ziet de d-g NMa voorts aanleiding om de volgende boeteverhogende en/of -verlagende omstandigheden in aanmerking te nemen.

155. Ben heeft in eerste instantie de NMa relevante informatie onthouden, hoewel door ambtenaren van de NMa juist nadrukkelijk en expliciet om deze specifieke informatie werd gevraagd. De ambtenaren van de NMa hebben de betrokkenen er voortdurend op moeten wijzen dat de verplichting bestaat naar waarheid te antwoorden. Desalniettemin is er op meerdere momenten aantoonbaar onjuiste en verkeerde informatie verstrekt.¹⁴⁶ Dit

¹⁴⁵ 2658/277, 290, 307 en 309.

¹⁴⁶ Zie bijvoorbeeld het rapport, randnummers 68, 71, 72, 83 en 84.

misleidend gedrag dat Ben aanvankelijk bij het afleggen van de verklaringen aan de dag legde, heeft het onderzoek onnodig bemoeilijkt dan wel vertraagd en vormt een verzwarende omstandigheid waarmee bij het opleggen van een boete rekening moet worden gehouden.¹⁴⁷

156. Naarmate het onderzoek vorderde, heeft de Chief [VERTR.] Officer van Ben ("B"), althans Ben, zich steeds coöperatiever opgesteld en uiteindelijk constructief en vergaand aan het onderzoek meegewerkt. Ben heeft door actief optreden ten opzichte van de betrokken medewerker mede bewerkstelligd dat B eerdere onvolledige of onjuiste uitspraken gedurende het onderzoek heeft herroepen, aangevuld en/ of gewijzigd, zodat er kan worden gesproken van medewerking die verder gaat dan waartoe Ben wettelijk verplicht is. Aldus is er (in combinatie met de uiteindelijke verklaringen van de Directeur [VERTR.] van Vodafone, "V2") een waarheidsgetrouw en redelijk compleet beeld verkregen van wat er zich gedurende de bijeenkomst van 13 juni 2001 te Nieuwegein heeft afgespeeld. Dit vormt een verlichtende omstandigheid waarmee bij het opleggen van een boete rekening moet worden gehouden.

157. Naar het oordeel van de d-g NMa vallen voornoemde boeteverhogende en -verlagende omstandigheden tegen elkaar weg, zodat er op deze punten per saldo geen gevolgen zijn voor de hoogte van de boete.

158. Ben heeft voorts het initiatief genomen tot de bijeenkomst in Congres- en Partycentrum 't Veerhuis te Nieuwegein op 13 juni 2001 alsmede tot het aldaar bespreken van bedrijfsvertrouwelijke informatie op het gebied van (het aanpassen van) prijzen en voorwaarden voor prepaidpakketten. Ben heeft haar plannen hieromtrent tijdens voornoemde bijeenkomst gedeeld met in ieder geval Dutchtone, KPN Mobile en Vodafone. Ook dit vormt een verzwarende omstandigheid waarmee bij het opleggen van een boete rekening moet worden gehouden.¹⁴⁸

159. De d-g NMa ziet hierin in het onderhavige geval ten aanzien van Ben reden tot verhoging van eerdergenoemd bedrag met 10%. Het voorgaande resulteert in een bedrag van EUR [VERTR.] (= 1,1 x EUR [VERTR.]).

160. Ben heeft daarnaast nog een beroep gedaan op de boeteverlagende omstandigheid dat B volgens Ben heeft gehandeld in strijd met de hem bekend zijnde en toepasselijke

¹⁴⁷ Boeterichtsnoeren, randnummer 27.

¹⁴⁸ Boeterichtsnoeren, randnummer 27.

Gedragscode van Ben (gedragsregels of “compliance programme” voor de werknemers van Ben). Ben heeft naar eigen zeggen haar Gedragscode inmiddels aangescherpt en nogmaals uitgebreider onder de aandacht van het relevante personeel gebracht. Naar het oordeel van Ben vormen dit boeteverlagende omstandigheden.

161. De d-g NMa merkt dienaangaande op dat het hanteren van een “compliance programme” onder bijzondere omstandigheden als boeteverlagend element kan worden aangemerkt. Het moet dan in ieder geval gaan om een onderneming met een daadwerkelijk geïmplementeerd, werkend en voldoende effectief bedrijfscontrolesysteem met scherpe interne procedures om naleving van de Mededingingswet te bevorderen. Daarnaast geldt met name dat er geen hooggeplaatste vertegenwoordigers van de onderneming bij de desbetreffende overtreding betrokken mogen zijn.
162. In casu is het nu juist een hooggeplaatste vertegenwoordiger, de Chief [VERTR.] Officer van Ben, die de overtreding heeft geïnitieerd, ertoe heeft aangezet en/of eraan heeft deelgenomen. Bovendien kan in een dergelijke situatie bezwaarlijk van een werkend en voldoende effectief “compliance programme” worden gesproken. De d-g NMa ziet derhalve in de Gedragscode van Ben in dit geval geen boeteverlagende factor.
163. In het licht van het voorgaande legt de d-g NMa in het onderhavige geval aan Ben een boete op ten bedrage van (afgerond) EUR 15.200.000 voor het geheel van de overtredingen door Ben begaan.¹⁴⁹

4.4 De vaststelling van de hoogte van de boete voor Dutchtone

164. Uit de door Dutchtone in het kader van deze procedure verschaft informatie blijkt dat de betrokken omzet zoals hiervoor omschreven EUR [VERTR.] bedroeg.¹⁵⁰ De boetegrondslag is 10% van de betrokken omzet. Een en ander resulteert in een boetegrondslag voor Dutchtone van EUR [VERTR.] (= 0,1 x betrokken omzet).
165. Hiervóór is reeds vastgesteld dat, gelet op de zwaarte van de overtreding en de economische context waarbinnen deze heeft plaatsgevonden, er sprake is van een zeer ernstige overtreding van de Mededingingswet waarvoor de d-g NMa in casu een vermenigvuldigingsfactor van [1,5– 3] aangewezen acht. Een en ander resulteert ten aanzien van Dutchtone in een bedrag van EUR [VERTR.] (= [1,5– 3] x boetegrondslag).

¹⁴⁹ Het wettelijk boetemaximum bedraagt 10 % van de netto-omzet. De netto-omzet van Ben over het jaar 2001 bedraagt EUR [VERTR.]. Het wettelijk maximum is derhalve ruim EUR [VERTR.]. Zie 2658/100.

¹⁵⁰ 2658/276 en 311.

166. Ter bepaling van de hoogte van de boete voor Dutchtone ziet de d-g NMa voorts geen aanleiding om boeteverhogende en/of -verlagende omstandigheden in aanmerking te nemen.

167. In het licht van het voorgaande legt de d-g NMa in het onderhavige geval aan Dutchtone een boete op ten bedrage van (afgerond) EUR 11.500.000 voor het geheel van de overtredingen door Dutchtone begaan.¹⁵¹

4.5 De vaststelling van de hoogte van de boete voor KPN Mobile

168. Uit de door KPN Mobile in het kader van deze procedure verschaft informatie blijkt dat de betrokken omzet zoals hiervoor omschreven EUR [VERTR.] bedroeg.¹⁵² De boetegrondslag is 10% van de betrokken omzet. Een en ander resulteert in een boetegrondslag voor KPN Mobile van EUR [VERTR.] (= 0,1 x betrokken omzet).

169. Hiervóór is reeds vastgesteld dat, gelet op de zwaarte van de overtreding en de economische context waarbinnen deze heeft plaatsgevonden, er sprake van een zeer ernstige overtreding van de Mededingingswet alsmede dat de d-g NMa in casu een vermenigvuldigingsfactor van [1,5– 3] aangewezen acht. Een en ander resulteert ten aanzien van KPN Mobile in een bedrag van EUR [VERTR.] (= [1,5– 3] x boetegrondslag).

170. Ter bepaling van de hoogte van de boete voor KPN Mobile ziet de d-g NMa voorts geen aanleiding om boeteverhogende en/of -verlagende omstandigheden in aanmerking te nemen.

171. In het licht van het voorgaande legt de d-g NMa in het onderhavige geval aan KPN Mobile een boete op ten bedrage van (afgerond) EUR 31.300.000 voor het geheel van de overtredingen door KPN Mobile begaan.¹⁵³

4.6 De vaststelling van de hoogte van de boete voor O₂

172. Uit de door O₂ in het kader van deze procedure verschaft informatie blijkt dat de betrokken omzet zoals hiervoor omschreven EUR [VERTR.] bedroeg.¹⁵⁴ De boetegrondslag is 10% van de betrokken omzet. Een en ander resulteert in een boetegrondslag voor O₂ van EUR [VERTR.] (= 0,1 x betrokken omzet).

¹⁵¹ Het wettelijk boetemaximum bedraagt 10% van de netto-omzet. De netto-omzet van Dutchtone over het jaar 2001 bedraagt EUR [VERTR.]. Het wettelijk maximum is derhalve EUR [VERTR.]. Zie 2658/98.

¹⁵² 2658/312 en 315.

¹⁵³ Het wettelijk boetemaximum bedraagt 10% van de netto-omzet. De netto-omzet van KPN Mobile over het jaar 2001 bedraagt EUR [VERTR.]. Het wettelijk maximum is derhalve EUR [VERTR.]. Zie 2658/94.

¹⁵⁴ 2658/283, 310 en 313.

173. Hiervóór is reeds vastgesteld dat, gelet op de zwaarte van de overtreding en de economische context waarbinnen deze heeft plaatsgevonden, er sprake van een zeer ernstige overtreding van de Mededingingswet alsmede dat de d-g NMa in casu een vermenigvuldigingsfactor van **[1,5– 3]** aangewezen acht. Een en ander resulteert ten aanzien van O₂ in een bedrag van EUR **[VERTR.]** (= **[1,5– 3]** x boetegrondslag).
174. Ter bepaling van de hoogte van de boete voor O₂ ziet de d-g NMa voorts geen aanleiding om boeteverhogende en/ of –verlagende omstandigheden in aanmerking te nemen.
175. In het licht van het voorgaande legt de d-g NMa in het onderhavige geval aan O₂ een boete op ten bedrage van (afgerond) EUR 6.000.000 voor het geheel van de overtredingen door O₂ begaan.¹⁵⁵

4.7 De vaststelling van de hoogte van de boete voor Vodafone

176. Uit de door Vodafone in het kader van deze procedure verschaft informatie blijkt dat de betrokken omzet zoals hiervoor omschreven EUR **[VERTR.]** bedroeg.¹⁵⁶ De boetegrondslag is 10% van de betrokken omzet. Een en ander resulteert in een boetegrondslag voor Vodafone van EUR **[VERTR.]** (= 0,1 x betrokken omzet).
177. Hiervóór is reeds vastgesteld dat, gelet op de zwaarte van de overtreding en de economische context waarbinnen deze heeft plaatsgevonden, er sprake van een zeer ernstige overtreding van de Mededingingswet alsmede dat de d-g NMa in casu een vermenigvuldigingsfactor van **[1,5– 3]** aangewezen acht. Een en ander resulteert ten aanzien van Vodafone in een bedrag van EUR **[VERTR.]** (= **[1,5– 3]** x boetegrondslag).
178. Ter bepaling van de hoogte van de boete voor Vodafone ziet de d-g NMa voorts aanleiding om de volgende boeteverhogende en/ of –verlagende omstandigheden in aanmerking te nemen.
179. Vodafone heeft, evenals Ben, in eerste instantie de NMa al dan niet opzettelijk relevante informatie onthouden, hoewel nadrukkelijk en expliciet om deze specifieke informatie werd gevraagd door ambtenaren van de NMa. De ambtenaren van de NMa hebben de betrokkenen er voortdurend op moeten wijzen dat de verplichting bestaat naar waarheid te antwoorden. Desalniettemin is er op bepaalde momenten aantoonbaar onjuiste en verkeerde informatie

¹⁵⁵ Het wettelijk boetemaximum bedraagt 10% van de netto-omzet. De netto-omzet van O₂ over het jaar 2001 bedraagt **[VERTR.]**. Het wettelijk maximum is derhalve ruim EUR **[VERTR.]**. Zie 2658/ 108.

¹⁵⁶ 2658/ 275 en 314.

verstrekt.¹⁵⁷ Dit misleidend gedrag dat Vodafone bij het afleggen van de verklaringen aan de dag heeft gelegd, heeft het onderzoek onnodig bemoeilijkt dan wel vertraagd en vormt een verzwarende omstandigheid waarbij bij het opleggen van een boete rekening zou moeten worden gehouden.¹⁵⁸

180. Naarmate het onderzoek vorderde, heeft de Directeur **[VERTR.]** ("V2"), althans Vodafone, zich steeds coöperatiever opgesteld en uiteindelijk constructief en vergaand aan het onderzoek meegewerkt. Vodafone heeft door actief optreden ten opzichte van de betrokken medewerker mede bewerkstelligd dat V2 eerdere onvolledige of onjuiste uitspraken gedurende het onderzoek heeft herroepen, aangevuld en/of gewijzigd, zodat er kan worden gesproken van medewerking die verder gaat dan waartoe Vodafone wettelijk verplicht is. Aldus is er (in combinatie met de uiteindelijke verklaringen van de Chief **[VERTR.]** Officer van Ben, "B") een waarheidsgetrouw en redelijk compleet beeld verkregen van wat er zich gedurende de bijeenkomst van 13 juni 2001 te Nieuwegein heeft afgespeeld. Dit vormt een verlichtende omstandigheid waarmee bij het opleggen van een boete rekening moet worden gehouden.

181. De d-g NMa ziet per saldo in bovenstaande ten aanzien van de boete voor Vodafone in het onderhavige geval geen reden tot verhoging of verlaging van eerdergenoemd bedrag.

182. Vodafone heeft voorts aangezet tot de overtreding door tijdens de bijeenkomst in Congres- en Partycentrum 't Veerhuis te Nieuwegein op 13 juni 2001 over te gaan tot het aldaar bespreken van bedrijfsvertrouwelijke informatie op het gebied van (de verlaging van) dealervergoedingen voor postpaidabonnementen. Vodafone heeft haar plannen hieromtrent tijdens voornoemde bijeenkomst gedeeld met in ieder geval Ben, Dutchtone en KPN Mobile. Ook dit vormt een verzwarende omstandigheid waarmee bij het opleggen van een boete rekening moet worden gehouden.¹⁵⁹

183. De d-g NMa ziet hierin in het onderhavige geval ten aanzien van Vodafone reden tot verhoging van eerdergenoemd bedrag met 10%. Het voorgaande resulteert in een bedrag van EUR **[VERTR.]** (= 1,1 x EUR **[VERTR.]**).

¹⁵⁷ Zie bijvoorbeeld het rapport , randnummer 64 en 65.

¹⁵⁸ Boeterichtsnoeren, randnummer 27.

¹⁵⁹ Boeterichtsnoeren, randnummer 27.

184. Tot slot doet Vodafone nog een beroep op onder meer het hanteren van een programma tot naleving van de mededingingsregels (gedragsregels of “compliance programme” voor de werknemers van Vodafone) als boeteverlagende omstandigheid. Hiervoor geldt mutatis mutandis wat in dit verband in paragraaf 4.3 over de Gedragscode van Ben is opgemerkt. Dit kan derhalve niet als boeteverlagende omstandigheid worden gekwalificeerd. Ook andere door Vodafone aangevoerde omstandigheden geven geen aanleiding om tot een ander oordeel te komen.

185. In het licht van het voorgaande legt de d-g NMa in het onderhavige geval aan Vodafone een boete op ten bedrage van (afgerond) EUR 24.000.000 voor het geheel van de overtredingen door Vodafone begaan.¹⁶⁰

¹⁶⁰ Het wettelijk boetemaximum bedraagt 10% van de netto-omzet. De netto-omzet van Vodafone over het jaar 2001 bedraagt EUR [VERTR.]. Het wettelijk maximum is derhalve EUR [VERTR.]. Zie 2658/ 111.

5. Besluit

186. De directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:

- a) stelt vast dat de gedragingen van Ben, Dutchtone, KPN Mobile, O₂ en Vodafone, zoals beschreven in het onderhavige besluit, en die in ieder geval hebben plaatsgevonden gedurende de periode van 13 juni 2001 tot en met 31 december 2001 (Ben, Dutchtone, Vodafone) respectievelijk tot en met 31 oktober 2001 (KPN Mobile, O₂), een zeer ernstige overtreding vormen van artikel 6, eerste lid, Mw;
- b) rekent de onder a) bedoelde overtreding toe aan de volgende rechtspersonen:
 - Ben Nederland B.V. ("Ben"), statutair gevestigd te Den Haag,
 - Dutchtone N.V. ("Dutchtone"), statutair gevestigd te Den Haag,
 - KPN Mobile N.V. ("KPN Mobile"), statutair gevestigd te Den Haag,
 - O₂ (Netherlands) B.V., statutair gevestigd te Amsterdam, en
 - Vodafone Libertel N.V. ("Vodafone"), statutair gevestigd te Maastricht;
- c) legt wegens de onder a) bedoelde overtreding:
 - aan Ben een boete op van EUR 15.200.000,
 - aan Dutchtone een boete op van EUR 11.500.000,
 - aan KPN Mobile een boete op van EUR 31.300.000,
 - aan O₂ een boete op van EUR 6.000.000 en
 - aan Vodafone een boete op van EUR 24.000.000.

187. Deze beschikking is gericht tot elk van de vijf in randnummer 186, onder b) genoemde rechtspersonen afzonderlijk.

188. De hierboven in randnummer 186, onder c) vastgestelde geldboeten dienen overeenkomstig het bepaalde in artikel 67, eerste lid, Mw binnen dertien weken na verzending van dit besluit in Euro's te worden betaald door storting op bankrekeningnummer 19.23.24.233 ten name van de Nederlandse Mededingingsautoriteit te Den Haag onder vermelding van het kenmerk van dit besluit. Na het verstrijken van bovengenoemde termijn worden, overeenkomstig artikel 67, tweede lid, Mw, deze geldboeten vermeerderd met de wettelijke rente.

189. Overeenkomstig het bepaalde in artikel 65 Mw, wordt van deze beschikking, nadat zij is bekendgemaakt, mededeling gedaan in de Staatscourant en wordt zij ter inzage gelegd ten kantore van de Nederlandse Mededingingsautoriteit.

Openbaar

Datum: 30 december 2002

De directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit,
voor deze:

w.g. Drs. R.J.P. Jansen
Plv. directeur-generaal

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking een bezwaarschrift indienen bij de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit. Een bezwaarschrift kan worden gezonden aan de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet, Postbus 16326, 2500 BH DEN HAAG

Bijlage

Standaardvergoedingen postpaidabonnementen 60 belminuten (in Euro's; juni-december 2001)

[VERTR.]

Standaardvergoedingen postpaidabonnementen 120 belminuten juni-december 2001 (in Euro's; juni-december 2001)

[VERTR.]

Standaardvergoedingen postpaidabonnementen 300 belminuten juni-december 2001 (in Euro's; juni-december 2001)

[VERTR.]

Bron (voor alle drie de grafieken): Antwoorden op vragen ten behoeve van het onderzoek, 2658/74-81.