

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 2658 / 553

Betreft zaak: Mobiele operators

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit op de bezwaren tegen zijn besluit van 30 december 2002, nummer 2658/ 344, als bedoeld in artikel 62, eerste lid, van de Mededingingswet.

I. Het verloop van de procedure

1. Bij besluit van 30 december 2002, nummer 2658/ 344 (hierna ook: het bestreden besluit) heeft de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit (hierna ook: d-g NMa) met toepassing van artikel 6, eerste lid, juncto artikel 56, eerste lid, van de Mededingingswet (hierna: Mw) aan vijf ondernemingen (hierna gezamenlijk: de operators) boetes opgelegd wegens een inbreuk op artikel 6 Mw:
 - Ben Nederland B.V., thans T-Mobile Netherlands B.V., (hierna ook: T-Mobile), EUR 15.200.000;
 - Dutchtone N.V., thans Orange Nederland N.V., (hierna ook: Orange), EUR 11.500.000;
 - KPN Mobile N.V. (hierna ook: KPN Mobile), EUR 31.300.000;
 - O2 (Netherlands) B.V., thans Telfort B.V., (hierna ook: Telfort), EUR 6.000.000;
 - Vodafone Libertel N.V. (hierna ook: Vodafone), EUR 24.000.000.
2. De operators zijn actief op de markt voor mobiele telecommunicatiediensten. De overtreding bestaat volgens het bestreden besluit uit het betrokken zijn van de operators bij een overeenkomst dan wel een onderling afgestemde feitelijke gedraging met betrekking tot mobiele telefoonabonnementen (zowel *postpaid* als *prepaid*), betreffende onder meer de verlaging van de standaardvergoedingen aan dealers voor mobiele telefoonabonnementen.
3. T-Mobile heeft op 7 februari 2003 bezwaar gemaakt tegen het bestreden besluit. Orange heeft op 24 januari 2003 bezwaar gemaakt tegen het bestreden besluit. KPN Mobile heeft op 29 januari 2003 bezwaar gemaakt tegen het bestreden besluit. Telfort heeft op 31 januari 2003 bezwaar gemaakt tegen het bestreden besluit. Vodafone heeft op 23 januari 2003

bezwaar gemaakt tegen het bestreden besluit. De operators hebben, na daartoe door de d-g NMa in de gelegenheid te zijn gesteld, op 18 maart 2003 ieder afzonderlijk de gronden van bezwaar aangevuld.

4. Overeenkomstig het bepaalde in artikel 92, eerste lid, juncto artikel 62, eerste lid, Mw heeft de d-g NMa de bezwaren tegen voornoemd besluit voor advies voorgelegd aan de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: Adviescommissie).
5. Overeenkomstig het bepaalde in artikel 7:2, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) zijn op 2 juli 2003 partijen naar aanleiding van de ingediende bezwaren ten kantore van de Nederlandse Mededingingsautoriteit door de Adviescommissie gehoord. Van het horen is een verslag gemaakt dat op 13 augustus 2003 aan partijen is rondgestuurd. Partijen zijn in de gelegenheid gesteld opmerkingen over het verslag te maken.

II. Het Advies van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet

6. Op 7 oktober 2003 heeft de Adviescommissie haar advies vastgesteld en bij brief van dezelfde datum aan de d-g NMa uitgebracht.
7. Het advies van de Adviescommissie luidt als volgt¹:
 - *De Adviescommissie adviseert - na beoordeling van de bezwaren van partijen - de d-g NMa bij het nemen van het besluit op bezwaar het navolgende in overweging te nemen.*
 - *De bezwaren van partijen dat geen bewijs is voor het bestaan van een overeenkomst vanwege het ontbreken van wilsovereenstemming, worden gegrond verklaard.*
 - *De bezwaren van partijen, gericht op de berekening door de d-g NMa van de betrokken omzet dienen gegrond te worden verklaard, voor wat betreft de zorgvuldigheid van de gestelde termijnen en de werkwijze bij de verzameling van de noodzakelijke gegevens van de betrokken ondernemingen ter berekening van de individuele betrokken omzet. De Adviescommissie adviseert de d-g NMa ter voorbereiding van het besluit op bezwaar, met inachtneming van het in randnummers 160 en 161 van dit advies gestelde, aanvullende gegevens op te vragen bij partijen.*

¹ Zie randnummer 178 van het advies.

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

III. Verwijzing naar het Advies

8. Na zich ervan te hebben vergewist dat het advies zorgvuldig tot stand is gekomen en te hebben vastgesteld dat het advies naar zijn oordeel inhoudelijk concludent is, heeft de d-g NMa besloten conform het advies te beslissen. Ten aanzien van de weerlegging van het vermoeden van afstemming wijkt de d-g NMa af van de motivering van het advies.
9. Conform het advies van de Adviescommissie heeft de d-g NMa op 25 november 2003 schriftelijk aanvullende informatie bij de afzonderlijke operators opgevraagd, welke binnen een termijn van zes weken verstrekt dienden te worden. Op 6 januari 2004 hebben de operators de opgevraagde informatie (grotendeels) verstrekt. Vervolgens heeft de d-g NMa op 17 februari 2004 schriftelijk nadere aanvullende gegevens opgevraagd bij KPN Mobile. Op 9 maart 2004 heeft KPN Mobile deze gegevens verstrekt. Mede met het oog op de gelijke behandeling van de operators en ter vaststelling van de juistheid van de door de operators verstrekte gegevens heeft de d-g NMa de afzonderlijke operators op 29 april 2004 verzocht de eerder verstrekte gegevens omtrent de betrokken omzet nader te bevestigen, dan wel aan te vullen onderbouwd met een verklaring van een externe registeraccountant. De operators hebben respectievelijk op 19 mei 2004 (Orange, KPN Mobile en Vodafone), 25 mei 2004 (Telfort) en 4 juni 2004 (T-Mobile), de verzochte bevestigingen, dan wel aanvullingen, verstrekt. De operators hebben deze bevestigingen dan wel aanvullingen niet onderbouwd met een verklaring van een externe registeraccountant. Bij brief van 30 juli 2004 heeft de d-g NMa aan de operators model-tabellen met een invulinstructie en een auditinstructie met een model accountantsverklaring voorgelegd en de operators in de gelegenheid gesteld zich daaromtrent uit te laten. Op 20 augustus 2004 heeft de d-g NMa de definitieve invulinstructie aan de operators toegezonden met het verzoek binnen vier weken de gevraagde verklaring te verstrekken. Op respectievelijk 17, 20, 21 en 22 september 2004 heeft de d-g NMa van T-Mobile, Telfort, KPN Mobile en Vodafone een verklaring ontvangen. Orange heeft te kennen gegeven geen accountantsverklaring te zullen verstrekken. Aan de hand van de door de operators verstrekte gegevens (en verklaringen) heeft de d-g NMa de individuele betrokken omzet van de operators opnieuw vastgesteld en worden conform het hierna onder randnummers 64 en verder bepaalde de in het bestreden besluit opgelegde boetes opnieuw vastgesteld.

10. Gelet op vorenstaande en het bepaalde in artikel 3:49 van de Awb kan de d-g NMa volstaan om ter motivering van de beslissing op de bezwaarschriften conform het advies te verwijzen naar het met het oog daarop uitgebrachte advies. Ingevolge artikel 7:13, zevende lid, Awb wordt in geval van afwijking van het advies in het besluit de reden voor de afwijking gemeld.
11. Het advies is aan dit besluit gehecht en maakt integraal deel ervan uit. Ter motivering van de afwijking van het advies op de hierboven aangehaalde punten overweegt de d-g NMa het volgende.

IV. Toelichting op afwijkende motivering

Weerlegging van het vermoeden van afstemming

12. De Adviescommissie is in haar advies van oordeel dat de d-g NMa terecht kon stellen dat een causaal verband tussen de afstemming door de operators en hun marktgedrag aanwezig kan worden geacht nu de operators na de afstemming actief zijn gebleven op de markt. De Adviescommissie stelt vervolgens dat dit vermoeden niet is weerlegd door de (alternatieve) verklaringen die de operators hebben aangedragen voor hun marktgedrag. Volgens de Adviescommissie eist het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, (hierna: het Hof) in de Polypropyleenzaak “tegenbewijs” om dit vermoeden te “weerleggen”. Dit “tegenbewijs” moet volgens de Adviescommissie worden geleverd voor zowel de omvang van de verlaging van de standaardvergoedingen als het tijdstip waarop de verlaging heeft plaatsgevonden. Het “tegenbewijs” dient verder te gaan dan een enkele alternatieve verklaring voor het marktgedrag en nader te worden geadstrueerd met documenten of andere bewijsmiddelen die het vermoeden kunnen weerleggen.²
13. Hoewel de d-g NMa het eindoordeel van de Adviescommissie dat de bezwaren van de operators op dit punt ongegrond zijn volgt, wenst de d-g NMa op de gevolgde redenering van de Adviescommissie en haar uitleg van de beslissing van het Hof in de Polypropyleenzaak enige nuances aan te brengen.
14. Allereerst geeft de Adviescommissie in haar advies het standpunt van de d-g NMa aangaande de afstemming niet juist weer. De Adviescommissie geeft het standpunt van de d-g NMa als volgt weer: “ *De d-g NMa voegt hier vervolgens aan toe dat uit de rechtspraak (...) kan worden afgeleid dat een causaal verband tussen de afstemming en het marktgedrag aanwezig kan worden geacht bij parallel marktgedrag van de bij afstemming betrokken partijen die actief blijven op de markt na afstemming. Hierop bestaat echter een uitzondering*

² Zie randnummer 83 van het advies.

voor die gevallen waarin de betrokken ondernemingen kunnen aantonen dat het marktgedrag andere oorzaken heeft.”³

15. In het bestreden besluit stelt de d-g NMa hieromtrent, onder meer, het volgende: “ *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*” en de d-g NMa stelt voorts: “ *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.*”⁴
16. De d-g NMa is van oordeel dat eventueel tegenbewijs in de zin van de Polypropyleenzaak dient te zien op weerlegging van deelname aan de afstemming tussen de operators, in die zin dat dient te worden aangetoond dat vanuit een andere optiek aan de bijeenkomst(en) werd deelgenomen dan de andere ondernemingen, dit aan de andere deelnemende ondernemingen duidelijk is gemaakt en publiekelijk afstand is genomen van de inhoud van het besprokene. Dit standpunt vloeit voort uit de vaste (Europese) rechtspraak.⁵
17. Volgens het Hof zijn onderling afgestemde feitelijke gedragingen en overeenkomsten, ongeacht het gevolg ervan, verboden wanneer zij een mededingingsbeperkend doel hebben. Een onderling afgestemde feitelijke gedraging met een mededingingsbeperkend doel valt zelfs dan onder artikel 81, eerste lid, van het EG-verdrag, wanneer daadwerkelijke mededingingsbeperkende gevolgen op de markt ontbreken.⁶ Om van een onderling afgestemde feitelijke gedraging te kunnen spreken moet weliswaar sprake zijn van marktgedrag van de deelnemende ondernemingen, maar niet hoeft te worden aangetoond dat dit daadwerkelijk de mededinging beperkte noch dat dit marktgedrag rechtstreeks voortvloeit uit, dan wel (geheel)in overeenstemming is met de (aanvankelijke) afstemming

³ Zie randnummer 67 van het advies.

⁴ Zie randnummers 93 en 95 van het bestreden besluit.

⁵ Zie HvJEG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, Commissie vs Anic Partecipazioni SpA (Polypropyleen), r.o. 108-131, m.n. 127, GvEA 20 april 1999, gev. zaken T-305-307, 313-316, 318, 325, 328, 329, 335/94, PVC, r.o. 720-729, m.n. 727 en 728 en HvJEG 7 januari 2004, gev. zaken C-204, 205, 211, 213, 217 en 219/00 P, Aalborg Portland A/S e.a. vs Commissie, n.n.g., r.o. 81-83.

⁶ Zie HvJEG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, Commissie vs Anic Partecipazioni SpA (Polypropyleen), r.o. 122 en 123.

tussen partijen.⁷ Indien de betrokken ondernemingen na de afstemming actief blijven op de markt is het marktgedrag gegeven en worden zij vermoed bij de bepaling van dit gedrag rekening te houden met de met hun concurrenten uitgewisselde informatie.⁸ Dit vermoeden kan uitsluitend worden weerlegd met bewijs dat niet is deelgenomen aan de afstemming, dan wel dat publiekelijk afstand is genomen van de inhoud van de afstemming. Met onderbouwde alternatieve verklaringen voor het marktgedrag van partijen of onderbouwingen dat niet is gehandeld conform de afstemming, kan niet worden aangetoond dat het marktgedrag in het geheel niet is beïnvloed door de in het kader van de afstemming uitgewisselde informatie. De door deelname aan de afstemming onvermijdelijk ontstane transparantie omtrent het aangenomen of voorgenomen gedrag van de andere ondernemingen kan hiermee immers niet worden weggenomen.

18. Ten aanzien van de overtreding van de operators was, tenminste ten aanzien van *postpaid*-aansluitingen, sprake van - zoals de Adviescommissie het noemt - "daadwerkelijk" of "zichtbaar" (afgestemd) marktgedrag. Echter indien vorenbedoeld zichtbaar marktgedrag zou hebben ontbroken, zou toch sprake zijn geweest van een overtreding door de operators, hetgeen door de Adviescommissie in haar advies wordt onderschreven⁹. Uit het voorgaande volgt naar het oordeel van de d-g NMa dat, ook al hadden de operators hun alternatieve verklaringen voor hun "zichtbare marktgedrag" nader onderbouwd en aannemelijk gemaakt, dit geen gevolg heeft voor de geconstateerde overtreding van artikel 6 Mw. Immers "daadwerkelijke mededingingsbeperkende gevolgen op de markt" noch "zichtbaar (afgestemd) marktgedrag" zijn gezien het voorgaande noodzakelijke voorwaarden om een verboden onderling afgestemde feitelijke gedraging vast te stellen. Zoals ook de Adviescommissie aanhaalt staat de zelfstandigheids die artikel 81, eerste lid, EG-verdrag oplegt aan ondernemingen onverbiddeijk in de weg aan het rechtstreekse contact dat in de onderhavige zaak heeft plaatsgevonden tussen de mobiele operators en dat tot doel had het uitsluiten van onzekerheid omtrent het marktgedrag van deze concurrenten.¹⁰ Het eventueel door de ondernemingen te leveren tegenbewijs dient volgens de d-g NMa dan ook te zien op deelname aan de afstemming tussen de operators en deze afstemming is naar het oordeel van de d-g NMa niet door de operators weerlegd.
19. Op dit punt volgt de d-g NMa de door de Adviescommissie in haar Advies verwoorde redenering niet, doch wel de conclusie van de Adviescommissie dat het vermoeden van causaal verband tussen de afstemming en het daaropvolgende marktgedrag niet is weerlegd

⁷ Zie HvJEG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, Commissie vs Anic Partecipazioni SpA (Polypropyleen), r.o. 124 en 127.

⁸ Zie HvJEG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, Commissie vs Anic Partecipazioni SpA (Polypropyleen), r.o. 121.

⁹ Zie randnummer 84 van het advies.

¹⁰ Zie randnummer 83 van het advies.

door de verklaringen die de operators hebben aangedragen voor hun marktgedrag en ook de overige door de operators aangevoerde bezwaren aangaande het bestaan van een onderling afgestemde feitelijke gedraging ongegrond zijn.

V. Toepasselijkheid artikel 81 EG

20. Ingevolge artikel 81, lid 1, EG zijn onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden alle overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen Lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst.
21. Artikel 88 Mw kent de d-g NMa de bevoegdheid toe artikel 81, lid 1, toe te passen in overeenstemming met de uitvoeringsverordeningen op grond van artikel 83 EG en artikel 84 EG.
22. Op 1 mei 2004 is in werking getreden Verordening (EG) nr. 1/2003.¹¹ Artikel 3, eerste lid, van deze verordening verplicht een nationale mededingingsautoriteit wanneer zij nationaal mededingingsrecht toepast op overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde gedragingen, artikel 81 EG toe te passen indien deze overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde gedragingen de handel tussen de lidstaten kunnen beïnvloeden.
23. Met betrekking tot de kwalificaties onderneming, overeenkomst, onderling afgestemde feitelijke gedraging en mededingingsbeperking is de toetsing aan artikel 81, eerste lid, EG niet anders dan die aan artikel 6 Mw. Waar het gaat om artikel 81, eerste lid, EG moet bovendien getoetst worden aan het criterium van ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de Lidstaten. Hieronder worden de in het geding zijnde gedragingen aan dit vereiste getoetst. Bij deze toetsing neemt de d-g NMa als uitgangspunt de Mededeling van de Europese Commissie van 27 april 2004, Richtsnoeren betreffende het begrip "beïnvloeding van de handel" in de artikelen 81 en 82 van het EG,¹² In deze Richtsnoeren is de jurisprudentie van het Hof en Gerecht verwerkt.
24. Het begrip "handel tussen de lidstaten" is niet beperkt tot het traditionele grensoverschrijdende handelsverkeer. Het is een ruimer begrip dat alle grensoverschrijdende

¹¹ Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, Pb. EG L 1/1.

¹² Mededeling van de Europese Commissie van 27 april 2004 Richtsnoeren betreffende het begrip "beïnvloeding van de handel" in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, PbEU 2004 C 101/81.

activiteiten omvat, onafhankelijk van de afbakening van de relevante markt.¹³ Het begrip “kunnen beïnvloeden” wordt conform de jurisprudentie van het Hof eveneens ruim opgevat.¹⁴

25. In het onderhavige geval acht de d-g NMa het niet uitgesloten dat de onderhavige gedragingen indirect gevolgen hebben voor de afzet van mobiele telefoonabonnementen (*prepaid* en *postpaid*) en voor de investerings- en vestigingsbeslissingen van dealers (winkelketens). De collectieve wijziging in de toe te kennen standaardvergoedingen zullen immers kunnen doorwerken in de marges van de dealers, in de consumentenprijs voor mobiele telefoonabonnementen en/of in het aantal consumenten dat een bestaand abonnement bij een bepaalde operator inwisselt voor een abonnement bij een andere operator (“*churn*”). Dit is tevens van invloed op de investerings- en vestigingsbeslissingen van dealers met een hoofdvestiging buiten Nederland en op het mobiele telefoonverkeer (nationaal maar ook internationaal) van de respectievelijke mobiele operators. Derhalve moet worden aangenomen dat het hiermee gemoede handelsverkeer potentieel kan worden beïnvloed in de zin van artikel 81 EG.¹⁵
26. De mate waarin de hierboven genoemde indirecte gevolgen optreden, is afhankelijk van de feitelijke marktsituatie, waarbij moet worden opgemerkt dat op de beslissingen van consumenten en dealers tegelijkertijd nog vele andere factoren van invloed zijn. Niettemin acht de d-g NMa ook van een merkbaar (potentieel) effect sprake, nu de drempelwaarden van de Richtsnoeren betreffende het begrip “merkbare beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag ruimschoots worden overschreden,¹⁶ het betrokken handelsverkeer niet onaanzienlijk is en er bovendien dealerketens zijn die in internationaal verband opereren.
27. Gezien het bovenstaande is de d-g NMa van oordeel dat de betrokken gedragingen de handel tussen lidstaten merkbaar kunnen beïnvloeden in de zin van artikel 81, lid 1, EG.
28. De d-g NMa stelt vast dat de in het bestreden besluit omschreven gedragingen naast een inbreuk op artikel 6, eerste lid, Mw tevens een inbreuk op artikel 81, eerste lid, EG vormen.

¹³ Richtsnoeren betreffende het begrip “beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, nrs. 19-22.

¹⁴ Richtsnoeren betreffende het begrip “beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, nr. 23; Hv.EG 11 juli 1985, zaak 42/84, Remia e.a. vs. Commissie, Jur. 1985, p. 2545, r.o. 22.

¹⁵ Zie ook Hv.EG 30 januari 1985, zaak 123/83, BNIC vs. Clair, Jur. 1985, p. 391, r.o. 29 en Hv.EG 3 december 1987, zaak 136/86, BNIC II, Jur. 1987, p. 4789, r.o. 16-18.

¹⁶ Richtsnoeren betreffende het begrip “beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, nr. 52.

29. Overeenkomstig het bepaalde in artikel 11 lid 4 Verordening (EG) nr. 1/2003 heeft de d-g NMa de Commissie in kennis gesteld van het concept besluit op bezwaar. De Commissie heeft te kennen gegeven geen schriftelijke opmerkingen te zullen maken.

VI. Berekening boete

A. Inbreuk artikel 6 Mw en artikel 81 EG

30. De d-g NMa heeft vastgesteld dat de onderhavige gedragingen zowel inbreuk maken op artikel 6, eerste lid, Mw als op artikel 81, eerste lid, EG. In het arrest in de zaak *Walt Wilhelm*¹⁷ heeft het Hof uitgesproken dat parallelle procedures wegens gelijktijdige overtreding van zowel nationale als Europese mededingingsregels in beginsel toegestaan zijn, mits geen afbreuk wordt gedaan aan de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht en mits bij de oplegging van sancties het evenredigheidsbeginsel door de betrokken autoriteiten in acht wordt genomen ten aanzien van het geheel van de op te leggen boetes. Het betrof in deze zaak weliswaar een geval waarbij het nationale recht door de nationale mededingingsautoriteit werd toegepast terwijl de Commissie de zaak zelf in onderzoek had, maar naar de strekking gaat de uitspraak van het Hof ook op voor de situaties van decentrale toepassing van artikel 81, eerste lid, EG.
31. In het licht van het evenredigheidsbeginsel, zoals vastgelegd in artikel 3:4, tweede lid, Awb en onderstreept door het Hof in de zaak *Walt Wilhelm*, dient de d-g NMa bij gelijktijdige toepassing van artikel 6 Mw en artikel 81 EG hetzij één of beide van de twee opgelegde boetes te matigen, hetzij zich te beperken tot het opleggen van één boete.
32. De d-g NMa kiest in dit geval voor het laatste. Om te beginnen ligt in het onderhavige geval aan de overtreding van het nationale en Europese kartelverbod hetzelfde feitencomplex ten grondslag, zodat de boetes wegens overtreding van artikel 6, eerste lid Mw en artikel 81, eerste lid, EG aan dezelfde partijen dienen te worden opgelegd. Voorts is – op basis van de bewuste keuze van de Nederlandse wetgever – de normstelling van artikel 6, eerste lid, Mw inhoudelijk dezelfde als die van artikel 81, eerste lid, EG, met uitzondering van het element van de ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten.
33. Bij de handhaving van het gemeenschapsrecht op nationaal niveau zijn de lidstaten krachtens artikel 10 EG verplicht “alle passende maatregelen te nemen om de doeltreffende toepassing van het gemeenschapsrecht te verzekeren. Daartoe dienen de lidstaten er met name op toe te zien, dat overtredingen van het gemeenschapsrecht onder gelijke materiële

¹⁷ HvJEG 13 februari 1969, zaak 14/68, *Walt Wilhelm e.a. vs. Bundeskartellamt*, Jur. 1969, p.1.

en formele voorwaarden worden bestraft als vergelijkbare en even ernstige overtredingen van het nationale recht. Zij zijn daarbij vrij in hun keuze van de op te leggen straffen, maar deze moeten wel doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn.”¹⁸

34. In zijn besluit van 14 januari 2003 in zaak 2269, Noordzeegarnalen, stelde de d-g NMa dat ervan mag worden uitgegaan dat indien een boete wordt opgelegd die een passende reactie vormt op de schending van de communautaire rechtsorde en die uit een oogpunt van specifieke en generale preventie toereikend is voor de handhaving van artikel 81, eerste lid, EG, deze boete tevens toereikend is voor de effectieve handhaving van artikel 6, eerste lid, Mw. Het opleggen van een afzonderlijke sanctie wegens schending van artikel 6 Mw aan de betrokken partijen dient dan geen doel meer en kan achterwege blijven.
35. Daar in de onderhavige zaak in het bestreden besluit een sanctie is opgelegd wegens overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw, terwijl thans, na het van toepassing worden van Verordening 1/2003 tevens de schending artikel 81, eerste lid, EG aan de orde is, ziet de d-g NMa zich gesteld voor de vraag of ook het omgekeerde opgaat, namelijk of de in het onderhavige geval aan de operators opgelegde boetes voor de overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw tevens toereikend kunnen worden geacht voor de bestraffing van de overtreding van artikel 81, eerste lid, EG. Het antwoord luidt bevestigend, om de volgende redenen.
36. Bij een decentrale toepassing van de mededingingsregels van het EG-verdrag, zoals in het onderhavige geval artikel 81, eerste lid, EG, past de mededingingsautoriteit van de betrokken lidstaat de eigen, nationale procedures en regels toe op het punt van de handhaving door middel van sancties. Dat wil zeggen dat het boven weergegeven wettelijke kader ook van toepassing is op de door de d-g NMa op te leggen boete in verband met de overtreding van artikel 81, eerste lid, EG, zoals ook blijkt uit artikel 89 Mw. De Boeterichtsnoeren¹⁹, in beginsel toegesneden op overtredingen van artikel 6 en 24 Mw, worden zoveel mogelijk op overeenkomstige wijze toegepast.
37. Voorts acht de d-g NMa het resultaat van een beboeting volgens het systeem van de Boeterichtsnoeren volledig passend voor bestraffing van overtredingen van het Europese kartelverbod in overeenstemming met de hierboven (randnummer 33) reeds aangehaalde algemene criteria die het Hof heeft geformuleerd voor nationaalrechtelijke handhaving van Europeesrechtelijke voorschriften.

¹⁸ Zie o.m. Hv.JEG 21 september 1989, zaak 68/88, Commissie/Griekenland, Jur. 1989, 2965 en Hv.JEG 10 juli 1990, zaak 326/88, Hansen en Soen, Jur. 1990, I-2911.

¹⁹ 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.

38. Ten slotte wijst de d-g NMa erop dat het criterium "beïnvloeding van de handel" een autonoom criterium uit het Gemeenschapsrecht is, dat vooral moet worden gezien als een bevoegdheidscriterium, dat het toepassingsbereik van het communautaire mededingingsrecht bepaalt.²⁰ Zoals eerder gesteld (randnummer 32) is de materiële normstelling in artikel 6 van de Mededingingswet voor het overige geheel identiek aan die van artikel 81 EG. De d-g NMa leidt uit een en ander af dat het enkele feit dat voldaan is aan het criterium van beïnvloeding van de handel op zich zelf geen strafverzwaring rechtvaardigt.²¹ Bovendien zijn in het onderhavige geval slechts effecten op de Nederlandse markt aan de orde en betreft de betrokken omzet uitsluitend in Nederland gerealiseerde omzet.
39. Nu de d-g NMa als gevolg van het van toepassing worden van Verordening 1/2003 geen zwaardere sanctie oplegt dan reeds op grond van het nationale recht in het bestreden besluit het geval was, voldoet de heroverweging in bezwaar tevens aan het vereiste dat de afweging niet zo mag uitvallen dat degene die het bezwaarschrift heeft ingediend, er slechter van wordt.²²

B. Advies BAC en aanvullende gegevens

40. De Adviescommissie is het eens met de uitgangspunten die door de d-g NMa voor berekening van de betrokken omzet in het bestreden besluit zijn gehanteerd. De Adviescommissie is echter van oordeel dat de d-g NMa voorafgaand aan het nemen van het bestreden besluit onvoldoende zorgvuldig heeft gehandeld door de operators niet een langere termijn te gunnen dan twee dagen om de verstrekte gegevens aan te vullen, waarna hij is overgegaan tot een schatting van de boetegrondslag. In verband daarmee is de Adviescommissie van oordeel dat de d-g NMa alsnog een redelijke termijn aan de operators

²⁰ Mededeling van de Commissie, Richtsnoeren betreffende het begrip "beïnvloeding van de handel" in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (2004/C101/07), PbEU 2004, C 101/81, nummer 12, onder verwijzing naar Hv. EG 13 juli 1966 in gevoegde zaken 56 en 58/64, Consten en Grundig, Jur. 1966, blz. 450, en Hv. EG 6 maart 1974 in gevoegde zaken 6 en 7/73, Commercial Solvents, Jur. 1974, blz. 223.

²¹ Dit laat onverlet dat, in andere zaken onder omstandigheden die zich in de onderhavige zaak niet voordoen, ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten een factor kan vormen die in aanmerking wordt genomen bij de beoordeling van de ernst van de overtreding.

²² Voor zover er sprake zou kunnen zijn van nadelige civielrechtelijke consequenties van de "dubbele grondslag" van de normschending, vloeien deze rechtstreeks uit Verordening 1/2003 voort en niet uit de beoordeling in het onderhavige besluit.

moet gunnen om de nadere gegevens te leveren en dat vervolgens de boetegrondslag opnieuw moet worden vastgesteld.²³

41. In verband met het voorgaande wenst de d-g NMa te benadrukken dat hij bij vaststelling van de boetegrondslag in het bestreden besluit slechts zeer beperkt gebruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheid om een schatting te maken. Bij vaststelling van de betrokken omzet in het bestreden besluit heeft de d-g NMa uitsluitend gebruik gemaakt van deze bevoegdheid ten aanzien van de aansluitkosten van Vodafone en de *prepaid* en *postpaid* ARPU²⁴ alsmede de aansluitkosten van Orange. Dit betrof gegevens die de betreffende operators niet wensten te verstrekken. Deze schattingen houden derhalve geen verband met de door de d-g NMa gestelde termijn van twee dagen. Bij de schattingen heeft de d-g NMa zorgvuldig gehandeld door aan te sluiten bij de gegevens die door de overige operators waren verstrekt.
42. De operators hebben door het verstrekken van aanvullende informatie en de verklaringen inzichtelijk gemaakt welke omzet tot de betrokken omzet behoort. Aan de hand van de door de operators nader verstrekte informatie heeft de d-g NMa de individuele betrokken omzet van de operators opnieuw vastgesteld en worden in onderhavig besluit de in het bestreden besluit opgelegde boetes opnieuw vastgesteld.
43. Ten aanzien van de operators die conform het verzoek een verklaring van een accountant hebben verstrekt acht de d-g NMa gezien de bijzonderheden van dit geval termen aanwezig voor verlaging van de boete. De d-g NMa neemt daarbij de volgende omstandigheden in aanmerking. In het onderhavige geval is gebleken dat de voor berekening van de relevante betrokken omzet benodigde gegevens niet (rechtstreeks) zijn af te leiden uit de (door een accountant goedgekeurde) jaarcijfers of daaraan ten grondslag liggende financiële administraties. Dit vormt enerzijds een belangrijke reden voor de d-g NMa om een verklaring van een accountant te vragen over de verstrekte (omzet)gegevens en betekent anderzijds dat het traceren en controleren van de relevante gegevens de nodige inspanning van de betrokken operators en hun accountant heeft gevergd. De operators hebben genoemde inspanningen ook voldoende aannemelijk kunnen maken. Dit blijkt onder meer uit het feit dat door de operators uitvoerig overleg is gepleegd met hun accountants en de NMa over de inhoud en vorm van de verklaring. Tenslotte is het verzoek tot het afgeven van een verklaring in dit geval pas in een laat stadium van de bezwaarprocedure gedaan en nadat al verschillende malen aanvullende omzetgegevens door de operators waren verstrekt. Een en ander rechtvaardigt in dit geval een boeteverlaging van 2%.

²³ Zie randnummer 161 van het advies.

²⁴ Average Revenue Per User.

C. Betrokken omzet

44. Volgens de Adviescommissie omvat de betrokken omzet, ofwel “de met de afstemming of overeenkomst te beschermen omzet”: “*die omzet die het directe gevolg is of dan wel sterk samenhangt met de verkoop van producten waarover de standaarddealervergoedingen worden verleend*”²⁵. In het bestreden besluit heeft de d-g NMa dit eveneens als uitgangspunt gehanteerd. Naar het oordeel van de Adviescommissie dient de d-g NMa gemotiveerd vast te stellen welke producten of diensten uit het assortiment van de operators onder het bereik vallen van de standaardvergoedingen.²⁶ De d-g NMa heeft de operators in de gelegenheid gesteld de eerdere verstrekte gegevens aan te vullen, op basis waarvan de betrokken omzet opnieuw wordt vastgesteld.
45. Bij bepaling van de betrokken omzet handhaaft de d-g NMa dan ook de uitgangspunten zoals gehanteerd in het bestreden besluit²⁷. Alvorens de betrokken omzet van de individuele operators vast te stellen zal de d-g NMa kort ingaan op een aantal door één of meerdere operators aangevoerde argumenten om bepaalde bestanddelen niet tot de betrokken omzet te rekenen.
- (i) **Gespreide abonnementen**
46. Ten aanzien van de *postpaid*-aansluitingen wordt door een aantal van de operators aangevoerd dat de abonnementen gespreid gedurende de maand worden aangegaan en dat in verband daarmee een correctie dient plaats te vinden, inhoudende dat het aantal nieuwe aansluitingen waarmee in de eerste maand wordt gerekend dan wel de ARPU over de eerste maand dient te worden gehalveerd. De d-g NMa is van oordeel dat een dergelijke correctie niet hoeft plaats te vinden, aangezien ook voor abonnementen die na aanvang van een maand worden aangegaan geldt dat zij worden aangegaan voor de bepaalde duur van ten minste één jaar. Dergelijke abonnementen genereren, evenals abonnementen die per de eerste van een maand wordt aangegaan, gedurende de aangegeven duur, van ten minste 12 maanden, omzet.
47. Bovendien houdt de d-g NMa bij vaststelling van de betrokken omzet reeds rekening met een beperktere duur van de overtreding dan de daadwerkelijk vastgestelde duur van de overtreding. De aanvangsdatum van de overtreding is immers 13 juni 2001 doch bij vaststelling van de betrokken omzet wordt slechts rekening gehouden met de omzet vanaf 1 juli 2001. Voorts heeft de d-g NMa ervoor gekozen om de omzet van de *postpaid*-

²⁵ Zie randnummers 153 en 154 van het advies.

²⁶ Zie randnummer 154 van het advies.

²⁷ Zie randnummers 138-146 van het bestreden besluit.

aansluitingen slechts tot en met 30 juni 2002 mee te nemen en niet tot de datum van het rapport, 16 juli 2002.

48. Concluderend is de d-g NMa op grond van het voorgaande van oordeel dat bij vaststelling van de betrokken omzet ten aanzien van alle aansluitingen die tijdens de duur van een maand binnenkomen rekening gehouden dient te worden met de volledige ARPU over die maand.

(ii) Vermindering ARPU

49. Ten aanzien van de hoogte van de ARPU wordt door een aantal van de operators aangevoerd dat daarop de omzet uit hoofde van interconnectieovereenkomsten, de zogeheten *Mobile Terminating Access* tarieven (hierna: MTA-omzet), in mindering dient te worden gebracht. Voorts zou volgens een aantal van de operators een correctie op de ARPU plaats dienen te vinden in verband met oninbare omzet of omzet die op frauduleuze wijze totstandkomt, ook wel "*costs of bad debt*" of "*fraud*".

50. Ten aanzien van de MTA-omzet is de d-g NMa van oordeel dat deze omzet tevens tot de betrokken omzet behoort. Het betreft immers omzet die - ten minste - sterk samenhangt met de aansluitingen waarover standaardvergoedingen worden verleend. Het maakt niet uit of de omzet afkomstig is van consumenten of van derden, de interconnectiepartners, als de omzet maar samenhangt met de desbetreffende aansluitingen. De Adviescommissie onderschrijft dit oordeel van de d-g NMa²⁸.

51. In verband met "*costs of bad debt*" of "*fraud*" hoeft volgens de d-g NMa eveneens geen vermindering van de ARPU plaats te vinden. De ARPU-cijfers worden immers door alle operators gebruikt om hun gemiddelde inkomsten (omzet) per aansluiting in een bepaalde maand weer te geven, ongeacht of de omzet daadwerkelijk wordt geïncasseerd. De d-g NMa is van oordeel dat geen correctie van de ARPU in verband met "*costs of bad debt*" of "*fraud*" hoeft plaats te vinden.

52. Concluderend is de d-g NMa op grond van het voorgaande van oordeel dat bij vaststelling van de betrokken omzet rekening gehouden dient te worden met de ARPU inclusief MTA-omzet en dat geen vermindering van de ARPU in verband met de "*costs of bad debt*" of "*fraud*" hoeft plaats te vinden.

(iii) Distributiekanaalen

53. De Adviescommissie heeft in haar advies ten aanzien van vaststelling van de betrokken omzet bepaald dat het niet van belang is of de beschermde omzet via de externe

²⁸ Zie randnummer 155 van het advies.

dealerkanalen, dan wel via de eigen verkoopkanalen wordt gerealiseerd. Doorslaggevend is of de omzet het directe gevolg is van dan wel sterk samenhangt met de verkoop van producten waarover de standaardvergoedingen worden verleend.²⁹

54. De d-g NMa is, conform het bestreden besluit, van oordeel dat omzet uit aansluitingen waarvoor geen standaardvergoeding geldt niet gerekend dient te worden tot de betrokken omzet. Om dit nader te (kunnen) preciseren heeft de d-g NMa in de brief van 25 november 2003 de operators uitdrukkelijk verzocht om een overzicht van alle (*postpaid*) aansluitingen van abonnementsvormen waarop de standaardvergoedingen van toepassing zijn. Vervolgens heeft de d-g NMa de operators bij brief van 29 april 2004 in de gelegenheid gesteld de juistheid van de voor de vaststelling van de betrokken omzet verstrekte feitelijke (omzet)gegevens ten aanzien van de te onderscheiden distributiekkanalen te bevestigen, dan wel aan te vullen.
55. KPN Mobile heeft thans uitdrukkelijk aangegeven dat voor abonnementen die via een intern kanaal worden verkocht geen standaardvergoedingen gelden en heeft in de door haar verstrekte gegevens onderscheid gemaakt naar omzet via interne en externe kanalen.³⁰ Onder externe kanalen verstaat KPN Mobile alle distributiekkanalen die geen deel uitmaken van het KPN-concern. Volgens de opgave van KPN Mobile maakt zij ten aanzien van de interne distributiekkanalen onderscheid tussen: Primafoon (met uitzondering van franchise), Business Center, directe verkoop, telefonische verkoop en internet verkoop. Primafoon Franchise behoort tot het externe kanaal. KPN Mobile voldoet aan de Primafoon-franchisenemers standaardvergoedingen.³¹ De d-g NMa is van oordeel dat de omzet die wordt gerealiseerd met de aansluitingen (*postpaid* en *prepaid*) die zijn verkocht via Primafoon-franchisenemers behoren tot de betrokken omzet.
56. Vodafone heeft in de brief van 6 januari 2004 uitdrukkelijk aangegeven dat standaardvergoedingen niet van toepassing zijn op *corporate* aansluitingen en aansluitingen via serviceproviders en dit bevestigd in de brief van 19 mei 2004.
57. T-Mobile heeft bij brief van 4 juni 2004 uitdrukkelijk aangegeven dat voor de kanalen *direct-sales* en *internet-sales* geen standaardvergoeding van toepassing is.
58. Orange heeft bij brief van 19 mei 2004 uitdrukkelijk aangegeven dat ten aanzien van “zakelijke” distributiekkanalen (OT 2000 en Direct) geen standaardvergoedingen werden verstrekt.

²⁹ Zie randnummers 154 en 155 van het advies.

³⁰ Zie brieven d.d. 6 januari 2004 (2658/466) en 19 mei 2004 (2658/473).

³¹ 2658/286.

59. Telfort heeft bij brief van 25 mei 2004 uitdrukkelijk aangegeven dat niet op alle aansluitingen standaardvergoedingen, of daaraan gerelateerde vergoedingen, van toepassing waren.

60. Uit de door de operators verstrekte gegevens blijkt dat ten aanzien van abonnementen die worden verkocht via de zogenaamde “interne” en/of “directe” distributiekkanalen geen standaardvergoedingen of daaraan gerelateerde vergoedingen werden voldaan. Bij vaststelling van de betrokken omzet wordt de omzet via vorenbedoelde distributiekkanalen buiten beschouwing gelaten.

(iv) Verlengingen

61. Bij brief van 19 mei 2004 heeft KPN Mobile bevestigd dat bij verlengingen van de *postpaid*-aansluitingen een vergoeding verstrekt werd die vergelijkbaar is met de standaardvergoeding. De overige operators hebben aangegeven dat verlengingen van de *postpaid*-aansluitingen geen standaardvergoedingen van toepassing waren. Bij vaststelling van de betrokken omzet worden de verlengingen van de *postpaid*-aansluitingen waarvoor geen standaardvergoedingen gelden door de d-g NMa buiten beschouwing gelaten.

(v) Betrokken omzet

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

Betrokken omzet in Euro's ³²					
	T-Mobile	Orange	KPN Mobile	Telfort	Vodafone
Postpaid	[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]
Prepaid	[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]
Aansluitkosten	[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]
Betrokken omzet	[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]

D. Vaststelling hoogte boete

(i) T-Mobile

³² Zie voor de vindplaatsen van de gegevens waarop de betrokken omzet is gebaseerd de desbetreffende voetnoten in de randnummers 64, 67, 70, 73 en 76

63. Uit de door T-Mobile in het kader van de primaire procedure en de bezwaarprocedure verschaft informatie, en met inachtneming van het hiervoor bepaalde in randnummers 45 tot en met 63, blijkt dat de betrokken omzet EUR [VERTROUWELIJK] bedroeg.³³ De boetegrondslag is 10% van de betrokken omzet, te weten: EUR [VERTROUWELIJK].
64. Overeenkomstig het advies van de Adviescommissie handhaaft de d-g NMa de vermenigvuldigingsfactor van 2 en de boeteverhoging van 10%. Aangezien T-Mobile een verklaring van een accountant heeft verstrekt wordt de boete verlaagd met 2%. Het voorgaande resulteert in een bedrag van EUR [VERTROUWELIJK] (EUR [VERTROUWELIJK] x 2 + 10% -/- 2%).
65. In het licht van het voorgaande verlaagt de d-g NMa de aan T-Mobile opgelegde boete van EUR 15.200.000 tot (afgerond) EUR 14.828.000,00.

(ii) Orange

66. Uit de door Orange in het kader van de primaire procedure en de bezwaarprocedure verschaft informatie, en met inachtneming van het hiervoor bepaalde in randnummers 45 tot en met 63, blijkt dat de betrokken omzet EUR [VERTROUWELIJK] bedroeg.³⁴ De boetegrondslag is 10% van de betrokken omzet, te weten: EUR [VERTROUWELIJK].
67. Overeenkomstig het advies van de Adviescommissie handhaaft de d-g NMa de vermenigvuldigingsfactor van 2. Het voorgaande resulteert in een bedrag van EUR [VERTROUWELIJK] (EUR [VERTROUWELIJK] x 2).
68. In het licht van het voorgaande verlaagt de d-g NMa de aan Orange opgelegde boete van EUR 11.500.000 tot (afgerond) EUR 9.898.000,00.

(iii) KPN Mobile

69. Uit de door KPN Mobile in het kader van de primaire procedure en de bezwaarprocedure verschaft informatie, en met inachtneming van het hiervoor bepaalde in randnummers 45

³³ 2658/ 277, 290, 307, 309, 402 (aanvullend bezwaarschrift d.d. 18 maart 2003), 468 (brief d.d. 6 januari 2004), 490 (brief d.d. 4 juni 2004), 504 (brief d.d. 9 augustus 2004) en 518 (verklaring accountant, brief d.d. 17 september 2004).

³⁴ 2658/ 276, 311, 399 (aanvullend bezwaarschrift d.d. 18 maart 2003), 464 (brief d.d. 6 januari 2004) en 484 (brief d.d. 19 mei 2004).

tot en met 63, blijkt dat de betrokken omzet EUR [VERTROUWELIJK] bedroeg.³⁵ De boetegrondslag is 10% van de betrokken omzet, te weten: EUR [VERTROUWELIJK].

70. Overeenkomstig het advies van de Adviescommissie handhaaft de d-g NMa de vermenigvuldigingsfactor van 2. Aangezien KPN Mobile een verklaring van een accountant heeft verstrekt wordt de boete verlaagd met 2%. Het voorgaande resulteert in een bedrag van EUR [VERTROUWELIJK] (EUR [VERTROUWELIJK] x 2 -/- 2%).
71. In het licht van het voorgaande verlaagt de d-g NMa de aan KPN Mobile opgelegde boete van EUR 31.300.000 tot (afgerond) EUR 12.630.000,00.

(iv) Telfort

72. Uit de door Telfort in het kader van de primaire procedure en de bezwaarprocedure verschaft informatie, en met inachtneming van het hiervoor bepaalde in randnummers 45 tot en met 63, blijkt dat de betrokken omzet EUR [VERTROUWELIJK] bedroeg.³⁶ De boetegrondslag is 10% van de betrokken omzet, te weten: EUR [VERTROUWELIJK].
73. Overeenkomstig het advies van de Adviescommissie handhaaft de d-g NMa de vermenigvuldigingsfactor van 2. Aangezien Telfort een verklaring van een accountant heeft verstrekt wordt de boete verlaagd met 2%. Het voorgaande resulteert in een bedrag van EUR [VERTROUWELIJK] (EUR [VERTROUWELIJK] x 2 -/- 2%).
74. In het licht van het voorgaande verlaagt de d-g NMa de aan Telfort opgelegde boete van EUR 6.000.000 tot (afgerond) EUR 4.492.000,00.

(v) Vodafone

75. Uit de door Vodafone in het kader van de primaire procedure en de bezwaarprocedure verschaft informatie, en met inachtneming van het hiervoor bepaalde in randnummers 45 tot en met 63, blijkt dat de betrokken omzet EUR [VERTROUWELIJK] bedroeg.³⁷ De boetegrondslag is 10% van de betrokken omzet, te weten: EUR [VERTROUWELIJK].

³⁵ 2658/286, 315, 400 (aanvullend bezwaarschrift d.d. 18 maart 2003), 466 (brief d.d. 6 januari 2004), 473 (brief d.d. 9 maart 2004), 483 (brief d.d. 19 mei 2004) en 519 (verklaring accountant, brief d.d. 21 september 2004).

³⁶ 2658/283, 310, 313, 403 (aanvullend bezwaarschrift d.d. 18 maart 2003), 465 (brief d.d. 6 januari 2004), 488 (brief d.d. 25 mei 2004) en 520 en 523 (verklaring accountant, brief d.d. 20 september 2004).

³⁷ 2658/312, 314, 401 (aanvullend bezwaarschrift d.d. 18 maart 2003), 467 (brief d.d. 6 januari 2004), 485 (brief d.d. 19 mei 2004) en 522 (verklaring accountant, brief d.d. 22 september 2004)

76. Overeenkomstig het advies van de Adviescommissie handhaaft de d-g NMa de vermenigvuldigingsfactor van 2 en wordt ten aanzien van Vodafone geen rekening gehouden met een boeteverhoging. Aangezien Vodafone een verklaring van een accountant heeft verstrekt wordt de boete verlaagd met 2%. Het voorgaande resulteert in een bedrag van EUR [VERTROUWELIJK] (EUR [VERTROUWELIJK] x 2 -/- 2%).
77. In het licht van het voorgaande verlaagt de d-g NMa de aan Vodafone opgelegde boete van EUR 24.000.000 tot (afgerond) EUR 10.320.000,00.

VII. Besluit

De directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:

- Neemt het advies van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet van 7 oktober 2003 gedeeltelijk over en wijkt daarvan op grond van het vorenstaande gedeeltelijk af;
- Verklaart de bezwaren van T-Mobile, Orange, KPN Mobile, Telfort en Vodafone tegen zijn besluit van 30 december 2002, nummer 2658/344, gegrond voor zover betrekking hebbende op het ontbreken van wilsovereenstemming, de zorgvuldigheid van de gestelde termijnen en de werkwijze bij de verzameling van gegevens ter berekening van de individuele betrokken omzet en het ontbreken van een boeteverzwarende omstandigheid voor Vodafone en ongegrond voor het overige;
- Legt met toepassing van artikel 62 van de Mededingingswet in bezwaar de volgende boetes op:
 - aan T-Mobile Netherlands B.V., voorheen geheten, Ben Nederland B.V., een boete van EUR 14.828.000,00;
 - aan Orange Nederland N.V., voorheen geheten, Dutchtone N.V., een boete van EUR 9.898.000,00;
 - aan KPN Mobile N.V. een boete op van EUR 12.630.000,00;
 - aan Telfort B.V., voorheen geheten, O2 (Netherlands) B.V., een boete van EUR 4.492.000,00;
 - aan Vodafone Libertel N.V. een boete van EUR 10.320.000,00.
- Dit besluit is gericht tot de rechtspersonen T-Mobile Netherlands B.V., statutair gevestigd te Den Haag, Orange Nederland N.V., statutair gevestigd te Den Haag, KPN Mobile N.V., statutair gevestigd te Den Haag, Telfort B.V., statutair gevestigd te Amsterdam, en Vodafone Libertel N.V., statutair gevestigd te Maastricht.

Datum: 27 september 2004

Wg.

Mr. P. Kalbfleisch

Directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit

Openbaar

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking een gemotiveerd beroepschrift indienen bij de rechtbank te Rotterdam, sector bestuursrecht, Postbus 50 951, 3007 BM Rotterdam.