

B e s c h i k k i n g e n

Nr. B152

PNEM TILBURG, zaaknr. 173, 19-11-1998 – Gedeeltelijke
gegrondverklaring bezwaar

Op basis van artikel 104 Mw worden reeds opgelegde definitieve maatregelen tegen misbruik van een economische machtspositie in de zin van artikel 24 lid 1 sub b Wet Economische Mededinging (Wem) gecontinueerd na inwerkingtreding van de Mw. Definitieve maatregelen blijven van kracht door ze aan te merken als last in de zin van artikel 56 Mw, opgelegd wegens overtreding van het verbod van mis-

B e s c h i k k i n g e n

bruik van machtspositie in de zin van artikel 24 Mw.

De Minister van Economische Zaken (hierna: de minister) heeft bij beschikking van 23 april 1996 aan NV Regionaal Distributiebedrijf PNEM Tilburg (hierna: PNEM) en aan de gemeente Tilburg (hierna: de gemeente) onder toepassing van artikel 24 lid 1, onder b van de Wem een aanwijzing gegeven. De aanwijzing strekt tot het verlenen van toegang tot en doorgifte via de kabel aan de kabelkrant van Visie Marketing en Media B.V. te Tilburg. Tegen die beschikking hebben PNEM en de gemeente bij de minister bezwaarschriften ingediend. Dit besluit is genomen op het bezwaar van PNEM; zaaknr. 205 bevat het besluit op het bezwaar van de gemeente. Ten tijde van de datum van het besluit, waartegen bezwaar wordt aangevoerd, heeft de Minister nog geen besluit genomen op de ingediende bezwaarschriften.

Artikel 104 lid 1 Mw bepaalt dat de D-G NMa binnen zes weken na inwerkingtreding van de Mw moet beslissen welke dwangsom opgelegd wordt voor overtreding van het verbod. Bij besluit van 10 februari 1998 heeft de D-G NMa aan de aanwijzing, die dus krachtens artikel 104 Mw van rechtswege is omgezet in een last, een dwangsom verbonden van vijftienduizend gulden per dag of deel daarvan waarop PNEM en de gemeente de last niet uitvoeren welke is verwoord in de beschikking van de minister van 23 april 1996. De D-G NMa heeft bij dat besluit tevens bepaald dat de door PNEM en de gemeente te verbeuren dwangsommen maximaal 15 miljoen gulden zullen bedragen en dat de beschikking in werking treedt op 1 januari 1998 en afloopt op 23 april 2001. De aanwijzing van de minister bevatte echter niets omtrent de duur van de aan PNEM opgelegde verplichting. Een van de bezwaren van PNEM richt zich tegen de duur van de nu, door de D-G NMa genomen, beschikking met een looptijd van 1 januari 1998 tot 23 april 2001.

Maatregelen in de zin van artikel 24 lid 1 Wem zijn van kracht gedurende een periode van ten hoogste vijf jaar (artikel 24 lid 1 Wem). Om die reden is artikel 58 lid 2 Mw, dat de looptijd van lasten met dwangsom onder die wet stelt op ten hoogste twee jaar, in de in artikel 104 bedoelde gevallen niet van toepassing.

In het bestreden besluit wordt erop gewezen dat in de meeste gevallen van toepassing van artikel 24 Wem niets is bepaald over de looptijd van de desbetreffende beschikkingen en dat zij expireerden van rechtswege na vijf jaar. In het besluit wordt er daarom vanuit gegaan dat de aanwijzing van 23 april 1996 en dus de last die die aanwijzing van rechtswege vervangt voor vijf jaren geldt, derhalve tot 23 april 2001.

Ten slotte wordt er in de bestreden beschikking op gewezen dat artikel 104 Mw geen verschil maakt tussen toepassingen van artikel 24 Wem die op 1 januari 1998 onherroepelijk waren en beschikkingen waartegen op die datum geen rechtsmiddel meer openstaat.

In bezwaar stelt de NMa vast dat de omzetting van de onder het regime van de Wem gegeven aanwijzing in een last in de zin van artikel 56 lid 1 Mw, rechtstreeks voort-

vloeit uit artikel 104 Mw. De D-G NMa kan, behalve in het geval van gewijzigde omstandigheden als bedoeld in artikel 66 Mw, dan ook geen wijziging brengen in de inhoud van de beslissing van de minister.

Indien de D-G NMa thans een standpunt zou innemen over de vraag welke uitleg moet worden gegeven aan de aanwijzing van de minister voor wat betreft de termijn waarvoor zij geldt, terwijl de minister nog dient te beslissen op een daartegen gericht bezwaarschrift, zou de D-G NMa de regeling van het overgangsrecht doorkruisen. Derhalve dient in het midden te worden gelaten of de aanwijzing van de minister een looptijd heeft van vijf jaar, een looptijd ter lengte van de gebruikelijke looptijd van contracten betreffende de terbeschikkingstelling van doorgiftecaciteit op de kabel, dan wel enige andere looptijd.

Waar in het primaire besluit de D-G NMa uitsprekt dat er vanuit moet worden gegaan dat de beschikking van de minister van 23 april 1996 voor vijf jaren geldt, heeft de D-G NMa zijn in het kader van artikel 104 lid 1 Mw beperkte bevoegdheden overschreden. In zoverre moet het bezwaar worden gehonoreerd. Consequentie hiervan is dat niet kan worden bepaald dat de beschikking waarbij de dwangsom wordt opgelegd, afloopt op 23 april 2001. De directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit verklaart dan ook de bezwaren gegrond voorzover zij betogen dat hij – door een looptijd te noemen in zijn dwangsombeschikking – de inhoud van de beschikking van de minister van 23 april 1996 heeft gewijzigd. Zijn besluit heroverwegend, besluit de D-G NMa dat de beschikking afloopt op de datum waarop de beschikking van de minister van 23 april 1996 afloopt.

Het bezwaar van PNEM tegen de hoogte van de dwangsom wordt niet gehonoreerd. Uit jurisprudentie van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State blijkt volgens de D-G NMa dat een bepaling als artikel 5:32 vierde lid Awb naar haar strekking ruimte biedt voor een bestuurlijke afweging van belangen bij het bepalen van de hoogte van de dwangsom. Het financiële belang van de klager kan wellicht mede richtinggevend zijn voor de hoogte, maar de D-G NMa is niet gehouden bij dat specifieke belang aan te sluiten. Misbruik van economische machtspositie moet in de omstandigheden van dit geval als een zware inbreuk op een van de grondslagen van de Wem, artikel 24 van die wet, worden beschouwd. De D-G NMa acht de dwangsom dan ook redelijk en de hoogte ervan aldus voldoende gemotiveerd.

Voor een uitgebreid overzicht van overgangspereken van Wem naar Mw zij verwezen naar 'Van oud naar nieuw, de overgangsbepalingen in de Mededingingswet' van mr H.H.P. Lugard en mr E.H. Pijnacker Hordijk, *M&M* 1998, p. 7-14.