



Het eerste jaar van ontheffingsaanvragen, bezwaren en klachten in Nederland

Mr Ch.R.A. Swaak

In deze bijdrage wordt een overzicht gegeven van de vele besluiten van de (Directeur-Generaal van de) Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), niet zijnde besluiten in het kader van het toezicht op concentraties, die in 1998 zijn gepubliceerd op de homepage.¹ In de praktijk blijkt toegang tot deze homepage een belangrijk instrument om op de hoogte te blijven van de laatste ontwikkelingen. Het is dan ook van groot belang dat de NMa *alle* besluiten zo spoedig mogelijk publiceert op deze homepage. In dit overzicht wordt de indeling aangehouden die de NMa gebruikt op genoemde homepage en komen uiteenlopende onderwerpen aan bod. In de respectieve volgende paragrafen wordt aandacht besteed aan besluiten inzake aanvraag ontheffing, besluiten inzake bezwaar, besluiten inzake klachten en, ten slotte, besluiten inzake de organisatie van de NMa. Van iedere categorie besluiten zal een bondig overzicht worden gegeven. Met het oog op de noodzaak om de omvang van deze bijdrage enigszins binnen de perken te houden, kan niet bij ieder onderwerp een korte inleiding tot de relevante bepalingen van de Mw worden gegeven en kunnen slechts enkele besluiten die worden aangestipt in dit overzicht tevens van commentaar worden voorzien.² In de slotparagraaf van deze bijdrage zal een conclusie worden getrokken.

Mr Ch.R.A. Swaak is advocaat bij Stibbe Simont Monahan Duhot te Amsterdam en universitair hoofddocent Economisch Bestuursrecht, Universiteit Leiden.

Met dank aan mr drs P. Kuipers voor haar bijdrage aan de paragrafen 'Besluiten inzake klachten' en 'Besluiten inzake de organisatie van de NMa'.

Besluiten inzake aanvraag ontheffing

Onvoldoende gegevens en bescheiden

Het is opvallend dat van de 33 op Internet gepubliceerde besluiten inzake aanvraag ontheffing maar liefst 19 aangeven dat de NMa tot de conclusie is gekomen dat de verstrekte gegevens en bescheiden onvoldoende waren voor de beoordeling van de aanvraag en op grond van artikel 4:5 lid 1 Awb niet verder behandeld konden worden. Artikel 4:5 lid 1 Awb bepaalt onder meer dat indien de verstrekte gegevens en bescheiden onvoldoende zijn voor de beoordeling van de aanvraag of voor de voorbereiding van de beschikking, het bestuursorgaan kan besluiten de aanvraag niet te behandelen, mits de aanvrager de gelegenheid heeft gehad binnen een door het bestuursorgaan gestelde termijn de aanvraag aan te vullen. In deze gevallen heeft de NMa het niet bij een eenmalig verzoek om aanvullende informatie met een termijn van vier weken gelaten; een tweede verzoek is uitgegaan.³ In een klein aantal gevallen heeft de NMa 'bij hoge uitzondering' de termijn nogmaals verlengd.⁴ In een toespraak tijdens een lunch van de

1 In *M&M* 1999, pag. 3, werd gemeld dat er in totaal 1130 aanvragen om ontheffing zijn ingediend, 253 klachten zijn binnengekomen, in vijftig gevallen bezwaar is aangetekend, er zes beroepen (bodempcedures) en drie verzoeken om een voorlopige voorziening bij de bestuursrechter aanhangig zijn gemaakt. Zie voor de integrale tekst van de in dit overzicht genoemde besluiten tevens CD-ROM Jurisprudentie en *Beschikkingen Mededingingsrecht* (Ch.R.A. Swaak, Y.A.G.M. Verleisdonk en M.H. van der Woude red.), 1999, Kluwer.

2 Voor uitgebreider commentaar op de besluiten die in dit overzicht worden genoemd, wordt verwezen naar bijdragen in eerdere nummers van dit tijdschrift, opmerkingen in de *Nieuwsbrief Mededingingsrecht* en natuurlijk de beschouwingen van M.R. Mok in *TVVS* dat enige tijd geleden is opgegaan in het tijdschrift *Ondernemingsrecht*.

3 Zie bijvoorbeeld het besluit Apotheek Schothorst B.V. (zaak 756).

4 Zie bijvoorbeeld het besluit Berghorst Hengelo B.V. (zaak 657).

A r t i k e l e n

Nederlandse Vereniging voor Mededingingsrecht in december 1998, heeft mr A.W. Kist, de D-G NMa zich kritisch uitgelaten over de vele gevallen waarin onvoldoende gegevens en bescheiden worden ingestuurd. De NMa zou in de toekomst wel eens nader onderzoek kunnen verrichten in sectoren met ondernemingen die in 1998 zijn opgevallen door zelfs na herhaaldelijk verzoek niet voldoende gegevens en bescheiden aan te dragen.

Perikelen omtrent voorlopige geldigheid

Ingevolge artikel 100 Mw kunnen overeenkomsten, besluiten en gedragingen waarvoor een ontheffingsaanvraag is ingediend vóór 1 april 1998, tijdens een bepaalde periode profiteren van een voorlopige geldigheid 'voorzover die overeenkomst, dat besluit of die gedraging niet onverbindend of verboden was op grond van het bepaalde bij en krachtens de Wet economische mededinging'. Tijdens de eerste drie maanden van 1998 zijn zeer vele ontheffingsaanvragen ingediend in een poging te profiteren van deze voorlopige geldigheid. In het vorige nummer van dit tijdschrift werd gemeld dat maar liefst 1040 aanvragen zijn gedaan in het kader van het overgangsregime. In een aantal besluiten heeft de NMa geconstateerd dat er geen sprake kon zijn van voorlopige geldigheid aangezien er strijd was met de Wet Economische Mededinging (WEM). Bijvoorbeeld, in het besluit Nederlandse Omroep Programma Stichting (zaak 459) concludeerde de NMa dat enkele bepalingen van de op 31 maart 1998 aangemelde regeling in strijd waren met de WEM en in het bijzonder het Besluit Horizontale Prijsbinding. Volgens de NMa was de overgangsregeling zoals voorzien in artikel 100 Mw op deze bepalingen derhalve niet van toepassing en waren de bepalingen nietig met ingang van 1 januari 1998. Een ander voorbeeld is het besluit KNMvD (zaak 379) waaruit blijkt dat de NMa naar aanleiding van de eveneens op 31 maart 1998 aangemelde regelingen, de KNMvD reeds in een vroeg stadium bij brief informeerde dat 'de aangemelde regelingen geen voorlopige geldigheid zouden genieten'. In het besluit concludeerde de NMa vervolgens dat voorzover de regelingen al in strijd waren met de WEM en verboden waren voor 1 januari 1998, de overgangsregeling van artikel 100 Mw op de desbetreffende regelingen niet van toepassing is.

Afwijzing aanvraag: geen inbreuk op artikel 6 Mw

'Buitentoeponingverklaring' van de Mw

In tegenstelling tot het EG-mededingingsrecht⁵ kent de Mw niet de mogelijkheid om aan de relevante mededingingsautoriteit een verzoek te richten om een zogenaamde 'negatieve verklaring'. In een dergelijke verklaring stelt de autoriteit dat, op basis van de gegevens die aan de autoriteit bekend zijn, er geen aanleiding bestaat om tegen een overeenkomst, besluit dan wel onderling afgestemde feitelijke gedraging op te treden, omdat die niet onder het bereik valt van het kartelverbod. Het besluit Nationale

Regiopers (zaak 567) illustreert dat dit partijen er niet van weerhoudt om bij de NMa aan te vragen, primair, de buiten toepassing verklaring van de Mw en, subsidiair, ontheffing van het verbod op grond van artikel 17 Mw. De afwijzing van de ontheffingsaanvraag met als reden dat er geen inbreuk wordt gemaakt op artikel 6 Mw, lijkt de Nederlandse tegenhanger te worden van de negatieve verklaring. Dit is interessant aangezien uit de wetsgeschiedenis kan worden opgemaakt dat het eigenlijk de bedoeling was om een ontheffingsaanvraag niet ontvankelijk te verklaren indien de aangemelde afspraak niet onder het verbod van artikel 6 lid 1 Mw valt⁶. In het besluit Nationale Regiopers met betrekking tot de samenwerking tussen de regionale dagbladen ter zake van de verkoop van advertentieruimte in de door hen uitgegeven dagbladen aan landelijke adverteerders, werd geconstateerd dat de regionale dagbladen geen concurrenten van elkaar zijn 'in de relevante markt van landelijke advertenties in dagbladen, aangezien hun verspreidingsgebieden nauwelijks overlappen'. Geconcludeerd werd dat de samenwerking inzake Regiopers buiten artikel 6 lid 1 Mw valt; de aanvraag voor ontheffing werd afgewezen.

'Rule of reason'-redenering in het kader van artikel 6 lid 1 Mw

In de afgelopen jaren heeft het EG Hof van Justitie een aantal uitspraken gedaan die er op wijzen dat er in het kader van de afweging onder artikel 85 lid 1 EG ruimte is voor de toepassing van een zogenaamde 'rule of reason'-redenering. Daarbij wordt aandacht besteed aan de sociaal-economische context van een overeenkomst, besluit of gedraging en wordt een afweging gemaakt tussen mededingingsbeperkende en mededingingsversterkende effecten teneinde te bepalen of er strijd is met artikel 85 lid 1 EG. Deze 'rule of reason'-redenering is enigszins omstreden.⁷

Het besluit Interpolis & Cobac (zaak 21) laat zien dat de NMa er niet voor terugschrikt om in het kader van artikel 6 lid 1 Mw een redenering te kiezen die past in de 'rule of reason'-benadering. De NMa werd gevraagd om een ontheffing te verlenen voor overeenkomsten die de basis vormen voor de samenwerking op het gebied van kredietverzekeringen in Nederland tussen Interpolis en een tweetal Cobac-ondernemingen. Alvorens te beoordelen of ontheffing kon worden verleend, stond de NMa stil bij de vraag (1) of er sprake was van een gemeenschappelijke onderneming met het karakter van een concentratie dan wel met het karakter van een samenwerkingsverband, en in dit laatste geval, (2) of er inbreuk werd gemaakt op artikel 6 lid 1 Mw. Voor wat betreft de eerste vraag stelde de NMa vast dat de joint venture voor belangrijke en essentiële

5 Zie artikel 2 van Verordening 17/62.

6 Zie Adviesaanvraag aan de SER en de Commissie economische mededinging inzake een nieuwe mededingingswet, 16 februari 1994, par. 4.6

7 Zie onder meer M.R. Mok, *Kartelrecht I - Nederland*, 1998, W.E.J. Tjeenk Willink, p. 199-200, en W. van Gerven e.a., *Kartelrecht II - Europese Gemeenschap*, 1997, W.E.J. Tjeenk Willink, p. 181-188.

Artikelen

delen van haar werkzaamheden afhankelijk was van de moederondernemingen. Aangezien de joint venture niet duurzaam alle functies kon vervullen die noodzakelijk zijn om het kredietverzekeringsbedrijf zelfstandig uit te oefenen, constateerde de NMa dat er sprake was van een samenwerkingsverband te beoordelen in het kader van artikel 6 lid 1 Mw.

Met het oog op de tweede vraag bekeek de NMa eerst of de oprichting en de instandhouding van de joint venture in strijd waren met artikel 6 lid 1 Mw om vervolgens te onderzoeken of de bijkomende afspraken in het kader van het samenwerkingsverband in strijd waren met artikel 6 lid 1 Mw. In dit kader is met name van belang dat de NMa eerst wees op het feit dat afspraken inzake de inbreng van de betrokken moederondernemingen in het functioneren van de joint venture in het kader van de oprichting en instandhouding van een gemeenschappelijke onderneming of een daarmee vergelijkbaar vergaand samenwerkingsverband, noodzakelijk waren en in beginsel gericht op het goed functioneren van het samenwerkingsverband. Vervolgens onderzocht de NMa 'of de afspraken ook daadwerkelijk rechtstreeks verbonden zijn aan de oprichting en het functioneren van de gezamenlijke onderneming en/of de samenwerking toch geen negatieve effecten heeft of zou kunnen hebben voor de mededinging op de relevante markt en/of tussen de moederondernemingen'. De NMa benadrukte dat daartoe rekening moest worden gehouden met de economische context en met name 'de specifieke kenmerken van het product ... waarop de samenwerking van partijen betrekking heeft, de structuur van de relevante markt, de eventuele barrières om tot de relevante markt toe te treden en de positie van de bij de overeenkomst betrokken partijen op de relevante markt'. De NMa voegde daaraan toe dat er tevens een vergelijking diende te worden gemaakt 'tussen de mededingingssituatie op de relevante markt voorafgaand aan de oprichting van de gezamenlijke onderneming met de situatie daarna'. De NMa stelde vast dat er slechts één dominante marktpartij (met een marktaandeel van meer dan 80%) aanwezig was op de relevante markt van kredietverzekeringen in Nederland, dat er zware toetredingsbarrières bestonden en dat een vergelijking tussen de situatie op de markt van vóór en na de oprichting van de joint venture duidelijk maakte dat de toetreding van een nieuwe onderneming tot de relevante markt in beginsel positieve effecten zou hebben op de mededinging op die markt. Volgens de NMa kon er geen marktcoördinatie plaatsvinden tussen de moederondernemingen die eventueel tot negatieve effecten zou leiden voor de mededinging, aangezien zij geen concurrenten waren (ook niet potentieel) op de relevante markt. De NMa concludeerde dat de oprichting en instandhouding van de joint venture verenigbaar waren met artikel 6 lid 1 Mw.

Ten slotte beoordeelde de NMa de bijkomende afspraken die partijen in het kader van hun samenwerkingsverband hadden gemaakt. De NMa benadrukte dat indien deze afspraken rechtstreeks verbonden waren aan de oprichting

en instandhouding van de joint venture en niet verder gingen dan hetgeen daarvoor strikt noodzakelijk was, deze als nevenrestricties konden worden gekwalificeerd en niet meer apart onder artikel 6 lid 1 Mw hoefden te worden beoordeeld. Ook in de context van artikel 6 lid 1 Mw wordt door de NMa het concept en de term 'nevenrestrictie' gebruikt.

Geen merkbare gevolgen voor de mededinging

Het besluit Magazijn de Bijenkorf/Hema/Esso (zaak 301) laat zien dat de NMa in het kader van artikel 6 lid 1 Mw nagaat of de overeenkomst tot doel heeft de mededinging te beperken dan wel tot welke gevolgen de overeenkomst leidt, waarbij het noodzakelijk is dat uit de gezamenlijke bestanddelen van de overeenkomst valt af te leiden, dat de mededinging in feite in *merkbare* mate is verhinderd, dan wel beperkt of vervalst. Dit besluit betrof de aanvraag voor een ontheffing voor een samenwerkingsovereenkomst met betrekking tot de uitgifte van cadeaucheques door Esso die in de winkels van De Bijenkorf en Hema verzilverd kunnen worden. In dit geval stelde de NMa vast dat artikel 6 Mw niet van toepassing is aangezien de samenwerking niet zou leiden tot een merkbare aantasting van de mededinging. De aanvraag tot ontheffing werd afgewezen.⁸

Vrijstelling: Nederlandse groepsvrijstelling

Nadat de NMa heeft vastgesteld dat er strijd is met artikel 6 lid 1 Mw wordt nagegaan of het aangemelde arrangement wellicht valt onder een vrijstelling. Zo kunnen naast de EG-groepsvrijstellingen ook Nederlandse groepsvrijstellingen een belangrijke rol spelen. In het besluit Smit Mode Alblasterdam B.V. (zaak 416) stelde de NMa vast dat een huurovereenkomst ter zake van een bedrijfsruimte in het winkelcentrum 'Makado' te Alblasterdam, waarin een clause betreffende branchebescherming was opgenomen, de mededinging beperkte in de zin van artikel 6 Mw. Vervolgens constateerde de NMa dat de overeenkomst niet viel onder het Besluit Vrijstelling Branchebeschermingsovereenkomsten, aangezien deze slechts geldt gedurende zes jaar na de datum waarop de huur is aangevangen van de eerste zich in het desbetreffende winkelcentrum vestigende onderneming. Dit laatste was niet het geval. Het spreekt voor zich dat indien de overeenkomst wel van een EG dan wel Nederlandse groepsvrijstelling had geprofiteerd, er geen ontheffing nodig zou zijn geweest. De aanvraag zou dan waarschijnlijk zijn afgewezen.

Vrijstelling: artikel 16 Mw

Uit besluit SPRN (zaak 139) blijkt dat een ontheffingsaanvraag wordt afgewezen indien de aangemelde regeling valt onder artikel 16 Mw. De NMa komt in een dergelijk geval niet toe aan toetsing van de regeling aan

⁸ Zie voor een ander voorbeeld van de toepassing van het criterium 'merkbaarheid' het besluit Escensum Holland I (zaak 1072).

Artikelen

artikel 6 lid 1 Mw. Het betrof de aanmelding door SPRN van het PRN-recyclingsysteem waarvan deel uitmaakt de Overeenkomst Verwijderingsbijdrage Papier en Karton 1997 (Overeenkomst) en de algemeenverbindendverklaring daarvan krachtens artikel 15.36 Wet Milieubeheer (AVV). Volgens de NMa leidde de AVV ertoe dat de tijdelijke vrijstelling van artikel 16 Mw van toepassing was op het PRN-systeem. De NMa merkte op dat voor degenen die nog niet bij de Overeenkomst betrokken waren, deze door de AVV een wettelijke verplichting wordt terwijl voor de partijen bij de Overeenkomst de AVV een goedkeuring krachtens de Wet Milieubeheer inhoudt. De NMa constateerde in het besluit dat in het kader van de AVV een beoordeling van de zogenaamde verwijderingsstructuur had plaatsgevonden, waaronder een mededingingsrechtelijke toetsing door het Ministerie van Economische Zaken.

In genoemd besluit Nederlandse Omroep Programma Stichting benadrukte de NMa dat artikel 16 Mw ten aanzien van de goedkeuring door een bestuursorgaan aldus moet worden uitgelegd 'dat deze bij of krachtens enige andere wet een voorwaarde vormt voor de gelding en/of inwerkingtreding van een overeenkomst of een besluit'. In het betreffende geval was geen sprake van een overeenkomst in de zin van artikel 16 Mw, aangezien de (concept) licentieovereenkomst niet krachtens de Mediawet was onderworpen aan de goedkeuring door het Commissariaat voor de Media. In de situatie die leidde tot het besluit Stibat (zaak 51), kon volgens de NMa geen beroep worden gedaan op artikel 16 Mw aangezien de minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer haar goedkeuring aan het Stibat-plan had gegeven onder meer onder de voorwaarde dat voorzover nodig ontheffing zou worden gevraagd aan de NMa voor de daarin voorkomende mededingingsbeperkingen. De NMa merkte op dat '[d]e situatie waarop artikel 16 ziet, het voorkomen van collisie van toezicht', zich in dit geval derhalve niet voordeed.

Ontheffing: artikel 17 Mw

Vier cumulatieve voorwaarden

Indien de NMa heeft vastgesteld dat er strijd is met artikel 6 lid 1 Mw en het aangemelde arrangement niet onder een vrijstelling valt, wordt gekeken of er wordt voldaan aan de vier cumulatieve voorwaarden van artikel 17 Mw voor een ontheffing. Indien aan één van de voorwaarden niet wordt voldaan, kan de aanvraag worden afgewezen zonder dat de NMa verder hoeft in te gaan op de overige voorwaarden van artikel 17 Mw. Toch blijkt de neiging groot om in een dergelijke situatie ook naar andere voorwaarden te kijken. Zo constateerde de NMa bijvoorbeeld in voornoemd besluit Smit Mode Alblasterdam B.V., onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis van het Besluit Vrijstelling Branchebeschermingsovereenkomsten, dat de betreffende overeenkomst niet voldeed aan de eerste voorwaarde aangezien er geen bijdrage werd geleverd tot verbetering van de productie, de distributie of de technische of

economische vooruitgang. De NMa ging vervolgens '[t]en overvloede' nog in op twee van de drie overige voorwaarden. De NMa constateerde dat '[a]angezien aan alle voorwaarden cumulatief moet worden voldaan en reeds geconstateerd is dat niet aan de eerste drie is voldaan' niet nader hoefde te worden ingegaan op de vierde voorwaarde. Andere voorbeelden zijn de besluiten Van Ditmar Boekenimport B.V. (zaak 450), Roodveldt Import B.V. (zaak 199), Stichting Uitgeverij en Boekhandel Pegasus (zaak 209), en Nilsson & Lamm B.V. (zaak 227) waarin de NMa het door de aanvragers gehanteerde systeem van individuele verticale prijsbinding kwalificeerde als een inbreuk op artikel 6 lid 1 Mw en vervolgens de ontheffingsaanvraag afwees. De NMa stelde vast dat aan de eerste drie criteria van artikel 17 Mw niet was voldaan en merkte op dat een antwoord op het argument van verzoekster betreffende de vierde voorwaarde achterwege kon blijven, daar aan de eerste drie criteria voor ontheffing niet was voldaan. In het besluit Nederlandse Omroep Programma Stichting werd op alle vier de voorwaarden van artikel 17 Mw ingegaan ondanks het feit dat er volgens de NMa aan geen enkele voorwaarde werd voldaan.

Samenloop van ontheffingsaanvraag en klacht(en)

Het kan voorkomen dat een aanvraag voor een ontheffing wordt beoordeeld terwijl er een onderzoek loopt naar aanleiding van een klacht. Zo wordt door de NMa in voornoemd besluit KNMvD opgemerkt dat er in het kader van een aantal klachten tegen de KNMvD verschillende onderzoeken gaande waren en dat 'hiertoe ... verschillende documenten overgelegd [zijn] die het voorwerp uitmaken voor onderhavig ontheffingsverzoek'. In het besluit gaf de NMa aan dat deze in de beoordeling van het ontheffingsverzoek voor een aantal KNMvD-regelingen meegenomen waren. Hierop wordt niet nader ingegaan. In dit besluit stelde de NMa vast dat de aangemelde KNMvD-regelingen kwalificeerden als besluiten van een ondernemingsvereniging, in strijd waren met artikel 6 Mw en 'van rechtswege nietig ten minste sinds de inwerkingtreding van de Mededingingswet, op 1 januari 1998'. De NMa constateerde dat aan de voorwaarden van artikel 17 Mw niet werd voldaan. Met een zeker gevoel voor humor reageerde de NMa op de stelling van de KNMvD dat 'de tariefopbouw een onderdeel is van praktijkmanagement, ... die een afgestudeerde dierenarts niet beheerst' met de opmerking dat 'de horizontale prijsbinding een verboden 'praktijkmanagement' [is], die geen dierenarts (ervaren noch afgestudeerde) zou moeten leren of praktiseren'. De aanvraag om ontheffing werd afgewezen.

Uit het besluit Erasmus Muziekproducties (zaak 155) blijkt dat het indienen van een ontheffingsaanvraag in deze zaak werd gebruikt om de NMa een kritisch licht te laten schijnen over (de gevolgen van) het dictum van een vonnis gedateerd 16 september 1997, van de President Rechtbank te Rotterdam en bekrachtigd door Gerechtshof te Den Haag. In dit dictum werd aangegeven dat het

Artikelen

gedaagden, waaronder Erasmus, niet was toegestaan om van een bepaalde opname van een concert door Soerjadi, cd's in de handel te brengen 'anders dan ... tegen een prijs van f 14,95, zulks op straffe van een ... dwangsom'. De aanvraag voor een ontheffing betrof onder meer de bepaling in een standaardovereenkomst waarin de verkoopprijs van de cd met het oog op voornoemde gerechtelijke uitspraken, werd vastgesteld op f 14,95. Tegen deze verticale prijsbinding door Erasmus was ook een klacht ingediend. Uit het besluit blijkt dat de NMa '[d]e bij de behandeling van voornoemde klacht vergaarde gegevens' in aanmerking heeft genomen bij de behandeling van het ontheffingsverzoek. Ook in dit besluit worden op dit punt geen nadere details gegeven. De NMa stelde vast dat er geen sprake was van een bagatel in de zin van artikel 7 Mw en dat de verplichte wederverkooopprijs in strijd was met artikel 6 lid 1 Mw. Over de ontheffingsaanvraag kon de NMa kort zijn aangezien Erasmus zelf had aangegeven dat de aangemelde regeling geen bijdrage leverde tot de verbetering van de productie, van de distributie of bevordering van de technische of economische vooruitgang. De aanvraag om ontheffing werd afgewezen.

Een ontheffingsaanvraag kan tegelijk worden behandeld met een klacht. Een voorbeeld is het besluit ASV Diensten (zaak 681) en klacht Adecco Nederland e.a. (zaak 979). Het betrof het ontheffingsverzoek voor overeenkomsten waarbij een nieuwe onderneming ASV Diensten B.V. werd opgericht met als doel het tegen betaling aanbieden van diensten gericht op in-, door- en uitstroom van arbeidskrachten en het creëren van plaatsen voor moeilijk plaatsbare werkzoekenden. Tegen de oprichting werd onder meer een klacht ingediend met een verzoek het ontheffingsverzoek af te wijzen en de overeenkomsten te verbieden. Uit het besluit blijkt dat de oprichters aan de NMa hadden toegezegd om bepaalde non-concurrentieverplichtingen te wijzigen en daarnaast bepaalde garanties te geven. Het verzoek van klagers aan de NMa om deze garanties op te leggen als voorwaarde werd afgewezen. Volgens de NMa waren de garanties onderdeel van de ontheffingsaanvraag en als zodanig onderworpen aan artikel 23 Mw, op grond waarvan de NMa een ontheffing kan intrekken bij onjuistheid van verstrekte gegevens. In het besluit kwam de NMa tot de conclusie dat er strijd is met artikel 6 Mw maar dat aan de voorwaarden voor een ontheffing is voldaan. De klacht werd afgewezen en een ontheffing verleend.

Effect van een 'gedoogbrief' van de Europese Commissie

In het besluit Stibat heeft de NMa een mening gegeven over het effect van een zogenaamde gedoogbrief (ook wel 'troostbrief' of 'comfort letter') van de Europese Commissie. Dit onderwerp kwam aan de orde omdat het aangemelde plan reeds was aangemeld bij de Europese Commissie die in een gedoogbrief had laten weten dat 'niet [is] gebleken dat er voor de Commissie uit hoofde van artikel 85 lid 1 van het EG-Verdrag redenen bestaan om met betrekking tot de aangemelde overeenkomst verdere stap-

pen te ondernemen'. De NMa merkte echter op: 'In het geval van een administratieve brief waarin de Commissie het standpunt inneemt dat er voor haar ... geen aanleiding is om op te treden uit hoofde van artikel 85 lid 1 EG-Verdrag kan deze omstandigheid op zichzelf niet beletten dat de nationale autoriteiten op deze overeenkomst de bepalingen van intern mededingingsrecht toepassen, die eventueel strenger zijn dan het gemeenschapsrecht op dit gebied'. Hieraan werd toegevoegd dat '[h]et feit dat de Commissie heeft geoordeeld dat een bepaalde praktijk niet valt onder het verbod van artikel 85 lid 1 en 2 EG-Verdrag waarvan de werkingssfeer is beperkt tot kartels die de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden, ... er geenszins aan in de weg [staat] dat deze praktijk door de nationale autoriteiten wordt gezien vanuit het oogpunt van beperkende gevolgen die zij in het nationale kader kan veroorzaken'. Het lijkt erop dat de NMa de handen wil vrij houden om in te grijpen op grond van 'bepalingen van intern mededingingsrecht ...', die eventueel strenger zijn dan het gemeenschapsrecht op dit gebied' in situaties waarin de Commissie geen aanleiding ziet om op te treden op grond van artikel 85 EG. Het gebruik van de term 'strenger' veroorzaakt enige verwarring. Het moet worden afgewacht of de NMa genoemde mogelijkheid van ingrijpen wil reserveren voor gevallen waarin geen sprake is van kartels die de handel tussen lidstaten ongunstig beïnvloeden. Het zou wel eens zo kunnen zijn dat de NMa ook wil kunnen ingrijpen in gevallen, waarin bijvoorbeeld de Commissie van mening is dat de mededinging in de zin van artikel 85 lid 1 EG, in het geheel niet wordt beperkt. Indien dit laatste het geval is kunnen allerlei moeilijke vragen over de verhouding tussen EG en nationaal mededingingsrecht opdoemen aan de horizon.

Besluiten inzake bezwaar

Bezwaar mogelijk?

Ingevolge artikel 8:1 lid 1, juncto artikel 7:1 lid 1 Awb kan een belanghebbende bezwaar en beroep instellen tegen een besluit. Maar wat is een besluit? Artikel 1:3 lid 1 Awb omschrijft een besluit als een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling. In het besluit Hap Snap Horeca Franchising B.V. (zaak 698) voegde de NMa hier aan toe dat met het begrip rechtshandeling wordt bedoeld een handeling gericht op rechtsgevolg; de beslissing moet gericht zijn op externe rechtsgevolgen, die ontstaan in de verhouding van het bestuursorgaan tot één of meer anderen. In het besluit oordeelde de NMa dat een bevestiging van de ontvangst van een ontheffingsaanvraag waarin werd medegedeeld dat de aanvraag was binnengekomen *na 31 maart 1998*, kon worden aangemerkt als een besluit. Volgens de NMa bracht de mededeling dat de overeenkomsten niet in aanmerking komen voor de voorlopige geldigheid ingevolge artikel 100 Mw, een extern rechtsgevolg teweeg aangezien deze mededeling tot gevolg heeft dat de werking van arti-

Artikelen

kel 6 Mw ten aanzien van deze overeenkomsten niet wordt opgeschort waardoor de overeenkomsten van rechtswege nietig zijn. De NMa wees erop dat derden de nietigheid kunnen inroepen voor de civiele rechter en dat de overeenkomsten, totdat op de aanvraag om ontheffing is beslist, evenmin boete-immuniteit kennen. De NMa concludeerde dat daarmee sprake was van een belastende beslissing waardoor de aanvrager rechtstreeks in haar belang werd getroffen. Naar de mening van de NMa kon '[e]n en ander' worden aangemerkt 'als een extern rechtsgevolg dat ontstaat in de verhouding van het bestuursorgaan (D-G NMa) ten opzichte van Hap Snap'.

Dit is volgens de NMa in het besluit NWI tegen PCM en De Telegraaf (zaak 89) niet het geval bij de *kennisgeving van een redelijke termijn* in de zin van artikel 4:14 Awb, waarop de aanvrager een beslissing op zijn verzoek om een onderzoek en optreden op grond van de artikelen 6 en 24 Mw, tegemoet kan zien. Er wordt voor een dergelijke redelijke termijn gekozen indien het voor de NMa niet mogelijk is om binnen de in artikel 4:13 Awb (en niet artikel 3:13 Awb zoals per abuis in par. 7.1 en 7.2 van het besluit staat) gestelde termijn van acht weken te beslissen en een bij wettelijk voorschrift bepaalde termijn ontbreekt. Volgens de NMa staat tegen een dergelijke kennisgeving van redelijke termijn als zodanig geen bezwaar of beroep open aangezien het geen besluit in de zin van artikel 1:3 Awb betreft. Ten overvloede merkte de NMa nog op dat de op 24 maart 1998 medegedeelde termijn tot 2 oktober 1998, met het oog op het belang van een zorgvuldige voorbereiding van het besluit, 'alleszins redelijk is'. Het ingediende bezwaar werd niet-ontvankelijk verklaard.

Verschoonbare overschrijding van artikel 100 Mw-termijn

Zoals reeds werd opgemerkt in de paragraaf 'Perikelen omtrent voorlopige geldigheid' kunnen overeenkomsten, besluiten en gedragingen waarvoor een ontheffingsaanvraag is ingediend '[g]edurende drie maanden na het tijdstip van inwerkingtreding' van artikel 6 Mw, ingevolge artikel 100 Mw tijdens een bepaalde periode profiteren van een voorlopige geldigheid voorzover deze niet onverbindend of verboden waren op grond van het bepaalde bij en krachtens de WEM. Om van deze voorlopige geldigheid te kunnen profiteren moet er op tijd een ontheffingsaanvraag zijn ingediend. Uit voornoemd besluit Hap Snap Horeca Franchising B.V. blijkt dat een ontheffingsaanvraag met het oog op de voorlopige geldigheid slechts tijdig is gedaan indien de aanvraag werd ingediend voor 0.00 uur in de ochtend van 1 april 1998. Volgens de NMa is de berichtgeving ter zake duidelijk geweest en kan de verzendtheorie van artikel 6:9 Awb voor de indiening van bezwaar- en beroepschriften, niet analoog worden toegepast. In het besluit stelde de NMa vast dat de ontheffingsaanvraag niet tijdig was ingediend maar voegde daar wel aan toe dat er sprake was van een verschoonbare termijnoverschrijding. De NMa merkte op dat '[h]oewel de wet geen gewag maakt van de mogelijkheid om een overschrijding van de termijn

zoals genoemd in artikel 100 Mw verschoonbaar te achten, volgt uit de rechtspraak dat deze bevoegdheid wel bestaat, voorzover in redelijkheid niet geoordeeld kan worden dat de indiener in verzuim is geweest'. Uit de feiten van het geval (waaronder verwarrende telefonische inlichtingen door diverse medewerkers van de NMa) meende de NMa te kunnen afleiden dat er sprake was van dusdanige omstandigheden dat in redelijkheid niet aan de aanvrager tegenovergenomen kon worden dat zij de aanvraag om ontheffing niet binnen de termijn had ingediend.

Moment van terinzagelegging dossier

Artikel 18 lid 2 Mw bepaalt dat op de voorbereiding van een beschikking op een ontheffingsaanvraag de in afdeling 3.4 Awb geregelde openbare voorbereidingsprocedure (artikelen 3:10-3:13 Awb) van toepassing is. Op grond van artikel 3:11 Awb wordt de aanvraag tot het nemen van het besluit of het ontwerp van het te nemen besluit, met de daarop betrekking hebbende stukken voor een periode van ten minste vier weken ter inzage gelegd voor hen aan wie ingevolge artikel 3:13 Awb de gelegenheid wordt geboden om hun zienswijze naar voren te brengen. Volgens de NMa in het besluit Stichting Schadegarant (zaak 597) dient deze gelegenheid blijkens artikel 3:13 lid 1 Awb in elk geval aan belanghebbenden te worden geboden.

De NMa benadrukte in dit besluit dat de *Wet openbaarheid van bestuur* (WOB) een algemene openbaarmakingsregeling biedt, welke terugtreedt wanneer elders in de wet een bijzondere regeling is getroffen. In het besluit maakte de NMa duidelijk geen reden te zien 'niet ook de thans in de openbare voorbereidingsprocedure getroffen regeling voor terinzagelegging te beschouwen als een aan de WOB derogerende regeling' en stelde vast afdeling 3.4 Awb als 'het in casu relevante wettelijke kader' te beschouwen.

De NMa meende uit de tekst van artikel 3:11 Awb te kunnen opmaken dat er voorschriften worden gegeven voor de tijdsduur maar dat het *moment van terinzagelegging* is overgelaten aan de discretionaire bevoegdheid van de NMa. Dit laatste was voor het besluit van belang aangezien de Nederlandse Vereniging van Ondernemers in het Carrosseriebedrijf (FOCWA) had verzocht om inzage of kennisneming van de documenten die zich bevonden in het NMa-dossier dat was geopend naar aanleiding van de ontheffingsaanvraag ex artikel 17 juncto artikel 100 Mw van Stichting Schadegarant. FOCWA stelde onder meer belang te hebben bij inzage van het dossier aangezien 'in verband met artikel 100 Mw, de weg naar de civiele rechter praktisch gesproken gedurende lange tijd (maximaal achttien maanden) is geblokkeerd en dat het in de rede ligt aan de WOB en de Mw een uitleg te geven die het 'chilling effect' van het overgangsrecht niet onnodig vergroot en de toegang tot de civiele rechter niet onnodig blokkeert'. FOCWA stelde dat er plannen bestonden om bij de NMa een klacht tegen Stichting Schadegarant in te dienen en werd onderzocht of een kort geding zinvol was. FOCWA stelde voor de uitoefening van deze rechten aangewezen te zijn op een

Artikelen

snelle kennisneming van de ontheffingsaanvraag en de onderliggende afspraken. In eerste instantie had de NMa dit verzoek afgewezen.

In het bezwaar benadrukte de NMa van oordeel te zijn de bevoegdheid te hebben om bij de beslissing inzake terinzagelegging rekening te houden met andere belangen dan uitsluitend belangen die de behandeling van het ontheffingsverzoek betreffen. De civielrechtelijke handhaving van de Mw waarbij ondernemingen zelf actie ondernemen en dat niet aan de verantwoordelijkheid van de overheid overlaten, is een dergelijk belang. Volgens de NMa is het moment waarop een dossier ter inzage wordt gelegd in beginsel afhankelijk van de interne voortgang van de behandeling van het desbetreffende dossier. Ondanks het feit dat de NMa voornemens is om een terughoudend beleid te voeren ter zake van terinzagelegging van dossiers op verzoek van belanghebbenden, kan een uitzondering worden gemaakt indien een belanghebbende aannemelijk maakt op grond van bijzondere omstandigheden een zwaarwegend spoedeisend belang bij inzage te hebben. De NMa concludeerde dat FOCWA voldoende aannemelijk had gemaakt ten behoeve van civiele handhaving van de Mw een zwaarwegend belang te hebben bij inzage op korte termijn.

Wanneer voorlopige last onder dwangsom?

In een aantal besluiten inzake bezwaar werd nader ingegaan op de voorwaarden waaronder de NMa een voorlopige last onder dwangsom kan opleggen. Ingevolge artikel 83 lid 1 Mw kan de D-G NMa een voorlopige last onder dwangsom opleggen indien naar zijn voorlopig oordeel aannemelijk is dat artikel 6 lid 1 of artikel 24 lid 1 Mw is overtreden, en onverwijld spoed, gelet op de belangen van de door de overtreding getroffen ondernemingen of het belang van instandhouding van een daadwerkelijke mededinging, dat vereist. Uit de besluiten NWI tegen PCM en De Telegraaf, klacht Bookbridge tegen PTT Post (zaak 490) en Holdingmaatschappij De Telegraaf tegen NOS en HMG (zaak 1) is duidelijk geworden dat de NMa in de praktijk voornemens is om een terughoudend gebruik te maken van deze bevoegdheid. De NMa stelt als hoofdregel dat aan de oplegging van een sanctie een onderzoek vooraf gaat dat uitmondt in een rapport. De mogelijkheid om een voorlopige last onder dwangsom op te leggen is daarop een uitzondering. De NMa zal slechts om zwaarwegende redenen op de resultaten van de zorgvuldige besluitvorming in het kader van het opleggen van een last onder dwangsom, vooruit lopen. Volgens de NMa dient de vraag of zich zwaarwegende redenen voordoen telkens te worden beantwoord met inachtneming van de specifieke omstandigheden van het geval waarbij allerlei factoren een rol kunnen spelen. In genoemde besluiten licht de NMa toe wanneer factoren zwaarwegende redenen opleveren.

Bijvoorbeeld, in het besluit NWI tegen PCM en De Telegraaf⁹ betreffende de weigering om een landelijke advertentie van NWI te plaatsen in de landelijke dagbladen, maakte de NMa duidelijk dat uit oogpunt van *over-*

wijlde spoed geldt 'dat met name sprake zal zijn van zwaarwegende redenen, indien het tijdsverloop dat met de normale procedure is gemoeid naar verwachting tot gevolg zal hebben dat de alsdan te treffen maatregel niet meer het daarmee beoogde effect zal hebben'. Volgens de NMa zal het beoogde effect in het bijzonder worden gemist 'indien inmiddels – na verloop van de normale procedure – onomkeerbare gevolgen zijn ontstaan'. In het besluit gaf de NMa aan dat van dergelijke onomkeerbare gevolgen in ieder geval sprake is 'wanneer een onderneming definitief van de markt zal zijn verdrongen en de continuïteit van de onderneming onbetwist in het geding is'. Echter, de NMa voegde hier aan toe dat het feit dat de continuïteit van een onderneming *niet* onbetwist in het geding is, onverlet laat 'dat onder specifieke omstandigheden sprake kan zijn van onomkeerbare gevolgen die met zich brengen dat een eventueel door de D-G NMa te treffen maatregel niet meer de daarmee beoogde effecten zal hebben'. Dit brengt met zich mee dat onder die specifieke omstandigheden ook een financieel gezonde onderneming met succes een beroep op artikel 83 Mw zou kunnen doen. Uit de besluiten komt naar voren dat bij de beoordeling of schade kwalificeert als een onomkeerbaar gevolg door de NMa wordt gekeken naar de draagkracht van de ondernemingen die mogelijk in strijd handelen met de Mw. In het besluit klacht Bookbridge tegen PTT Post¹⁰ met betrekking tot de introductie van een jaarlijks tarief van f 250,- aan gebruikers van postbussen, reageerde de NMa op de stelling dat belanghebbenden geen kans zullen zien dit betrekkelijk geringe bedrag terug te vorderen wanneer achteraf komt vast te staan dat dit bedrag ten onrechte in rekening is gebracht, met de opmerking dat de NMa wel degelijk in een dergelijk geval maatregelen kan treffen die de restitutie of verrekening van deze bedragen verzekeren. De NMa was van mening dat er ook om deze reden geen sprake was van dreigende onomkeerbare gevolgen die het opleggen van een voorlopige last onder dwangsom rechtvaardigden.

Overigens is het enigszins curieus om te lezen in besluit Holdingmaatschappij De Telegraaf tegen NOS en HMG dat de NMa 'zich in zijn oordeel over het gestelde spoedeisend belang gesterkt ziet doordat de Telegraaf ook zelf geen aanleiding heeft gevonden onmiddellijk na inwerkingtreding van de Mw al het mogelijke te doen' om het gewenste resultaat te bereiken door in het bijzonder een civiel kort geding te beginnen. De NMa stelt van marktpartijen die stellen een (spoedeisend) belang te hebben bij beëindiging van een handelen dat indruist tegen de Mw, binnen redelijke grenzen te kunnen vergen dat zij gebruikmaken van de civielrechtelijke instrumenten die hen daartoe ter beschikking staan. Opgemerkt kan worden dat een marktpartij nu juist naar de NMa en niet naar de

9 Zie tevens besluit Klacht NWI tegen Perscombinatie/De Telegraaf (zaak 89).

10 Zie tevens besluit Diverse klagers tegen PTT Post inzake introductie vergoeding postbus, nummer 13, en besluit klacht Bookbridge tegen PTT Post (zaak 490).

Artikelen

President van een Arrondissementsrechtbank stap met het verzoek om voorlopige maatregelen omdat de NMa zich (ook publiekelijk) presenteert als de deskundige bij uitstek en een tweede, nu civielrechtelijke procedure vanuit die optiek derhalve vaak niet voor de hand ligt.

Perikelen van overgangsrecht

Er is in 1998 een aantal besluiten inzake bezwaar verschenen die betrekking hebben op het overgangsrecht. Aangezien deze besluiten zeer specifiek van aard zijn, zal in dit overzicht slechts bij een aantal overwegingen van de NMa worden stilgestaan. In het besluit Gemeente Tilburg (zaak 205) werd door de NMa een bij besluit van de minister van Economische Zaken van 23 april 1996 aan de Gemeente Tilburg opgelegde aanwijzing ingetrokken. Deze aanwijzing kon volgens de NMa op grond van artikel 104 Mw vanaf 1 januari 1998 als een last worden aangemerkt. Ook de bij besluit van 10 februari 1998 door de NMa opgelegde dwangsom werd ingetrokken. Ingevolge artikel 66 lid 1 Mw kan de NMa een last onder dwangsom wijzigen of intrekken. Verder kan de NMa als bestuursorgaan op grond van artikel 58 lid 3 Mw, juncto artikel 5:34 lid 1 Awb, de last onder dwangsom opheffen ingeval van blijvende of tijdelijke gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid voor de overtreder om aan zijn verplichtingen te voldoen. In het besluit werd vastgesteld dat Tilburg onder meer door het afsluiten van een overeenkomst geen beslissende invloed meer had op de toelating tot de kabel zodat zij moest worden geacht de opgelegde last niet langer te kunnen uitvoeren. Over het besluit PNEM Tilburg (zaak 173) wordt slechts opgemerkt dat de NMa heeft gewezen op het feit dat ingevolge artikel 58 lid 3 Mw, juncto artikel 5:32 lid 4 Awb, het vastgestelde bedrag van een dwangsom in redelijke verhouding dient te staan tot de zwaarte van het geschondden belang en de beoogde werking van de dwangsomoplegging. In dit geval was sprake van een volledig monopolie oftewel 'de grootst mogelijke economische machtspositie' en de NMa onderstreepte eraan te hechten dat de hoogte van de dwangsom er geen misverstand over zou laten bestaan dat de inbreuk op het verbod van misbruik van een economische machtspositie moest worden beëindigd. In het besluit Panheel (zaak 95) ging de NMa met name in op de betekenis van artikel 103 Mw.

Besluiten inzake klachten

Onvoldoende gegevens en bescheiden

In twee besluiten kwam de NMa tot de conclusie dat ondanks herhaald verzoek, de verstrekte gegevens en bescheiden onvoldoende waren (en bleven) om naar aanleiding van de klacht een onderzoek te starten. Op grond van artikel 4:5 lid 1 Awb werden beide klachten niet verder behandeld.¹¹

Feiten voor of na 1 januari 1998?

Uit een aantal besluiten blijkt dat de NMa uitdrukke-

lijk onderzoekt of de feiten waarover wordt geklaagd wel hebben plaatsgevonden na de inwerkingtreding van de Mw op 1 januari 1998. Er is nog geen duidelijke lijn te ontwaren in de wijze waarop de NMa omgaat met klachten over feiten die niet na 1 januari 1998 hebben plaatsgevonden dan wel voortduren. Er zijn aanwijzingen dat de NMa dergelijke klachten niet ontvankelijk zal verklaren en er zijn voorbeelden waarin klachten simpelweg werden afgewezen. Zo lijkt het besluit H. van Gelder tegen Gemeente Heiloo (zaak 571) erop te duiden dat de NMa een klacht niet ontvankelijk zal verklaren indien de feiten voor 1 januari 1998 hebben plaatsgevonden. Het betrof een klacht omtrent de weigering van de gemeente Heiloo om inzage te verlenen in een lijst van potentiële afnemers voor twee bouwprojecten te Heiloo. In het besluit stond de NMa stil bij de toepasselijkheid van de Mw en verklaarde vervolgens de klacht oftewel het verzoek om toepassing van de Mw, ontvankelijk. De NMa stelde vast dat de feiten betreffende het eerste bouwproject plaatsvonden na 1 januari 1998 en dat dit niet helemaal het geval was bij het tweede project 'in zoverre het besluit tot het weigeren ... dateert van 17 december 1997'. De NMa merkte in dit verband vervolgens op dat Van Gelder niettemin nog een nieuw besluit in bezwaar d.d. 14 januari 1998 van het college van B&W had gekregen. Verder werd benadrukt dat klager de NMa expliciet had verzocht om de gemeente Heiloo 'a) te dwingen *alsnog* bedoelde lijsten aan [zijn] bedrijf ter beschikking te stellen en b) haar te verbieden *in de toekomst* in vergelijkbare gevallen, te handelen, zoals zij nu gehandeld heeft, inclusief de weigering bedoelde gegevens te verstrekken'. Daarentegen werden in de besluiten Samson tegen Ohra (zaak 26), International Electronics Service tegen NOB (zaak 14) en Van Vollenhoven Olie tegen Gemeente Venlo en/of Schreurs Oliemaatschappij (zaak 183) klachten afgewezen omdat bewijs ontbrak dat de gedragingen en overeenkomsten waarover geklaagd werd, na 1 januari 1998 bestonden, plaatsvonden dan wel voortduurden.

Wie kan klagen?

Een klacht is in feite een aanvraag om toepassing van de Mw. Ingevolge artikel 1:3 lid 3 Awb kan slechts een belanghebbende een (dergelijke) aanvraag indienen (bij de NMa) om een besluit (op grond van de Mw) te nemen. In een aantal besluiten is door de NMa de vraag gesteld of de klager in kwestie wel als belanghebbende in de zin van artikel 1:2 lid 1 Awb kon worden gezien.

In besluit Bonuskaart Albert Heijn (zaak 377) stelde de NMa deze vraag zonder er verder op in te gaan. De klacht werd afgewezen omdat het betreffende bonuskaartstelsel volgens de NMa geen afspraak tussen ondernemingen was in de zin van artikel 6 lid 1 Mw en Albert Heijn verder niet in strijd handelde met artikel 24 Mw.¹² In

¹¹ Zie besluiten Window Washer tegen Nolly's Comby Diensten (zaak 969) en Farmia (zaak 993).

¹² Zie tevens besluit Helperi Kimm tegen Albert Heijn (zaak 171).

Artikelen

het besluit Tandprothesespecialist tegen Zorgverzekeraars (zaak 104) werd het eerste onderdeel van de klacht afgewezen omdat de NMa van mening was dat er met Meynster geen overeenkomst werd afgesloten vanwege het feit dat hij geen tandprotheticus was hetgeen niet in strijd is met de Mw; deze weigering was gebaseerd 'op een objectief gerechtvaardigde reden, welke in onderhavig geval op non-discriminatoire wijze wordt toegepast'. Het tweede deel van de klacht werd 'niet in behandeling genomen' aangezien de klager volgens de NMa met betrekking tot dit onderdeel geen belanghebbende was in de zin van artikel 1:2 lid 1 Awb. De klacht was derhalve met betrekking tot dit onderdeel geen aanvraag in de zin van artikel 1:3 lid 3 Awb waarop een besluit moet volgen. Overigens valt op dat de NMa het in dit besluit slechts heeft over 'strijd met de Mededingingswet' zonder te specificeren over welke specifieke bepaling van de Mw het nu eigenlijk gaat.

In het besluit inzake bezwaar Janknegt (zaak 61) stond de vraag centraal of de natuurlijke persoon Janknegt die klaagde over de certificeringseisen van de Stichting Drogistenfederatie Pharmacon, moest worden aangemerkt als belanghebbende. Op zoek naar een antwoord stond de NMa eerst stil bij artikel 1:2 Awb (niet artikel 2:1 Awb zoals per abuis wordt vermeld in paragraaf 5.3 van het besluit) waarin onder 'belanghebbende' wordt verstaan degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken. Wil een natuurlijk persoon met zijn belang rechtstreeks bij een besluit betrokken zijn dan moet volgens de NMa sprake zijn van (1) een eigen belang, (2) dat objectief bepaalbaar is, (3) actueel is, (4) een persoonlijk belang vormt, en (5) dat rechtstreeks is betrokken bij het besluit. In eerste instantie had de NMa geconcludeerd dat de klager niet als belanghebbende kwalificeerde aangezien hij niet werkzaam zou zijn als drogist en als zodanig geen eigen belang (noch persoonlijk en voldoende actueel) had bij het verzochte besluit. In het bezwaar kwam echter vast te staan dat klager wel degelijk als drogist werkzaam was en de NMa concludeerde in heroverweging dat Janknegt een eigen belang had dat tevens voldoende actueel en persoonlijk was. Het bezwaar werd gegrond verklaard, het eerdere besluit herroepen en de aanvraag van Janknegt werd in behandeling genomen. Voor een uitgebreidere toelichting op de noodzaak om als klager tevens te kwalificeren als belanghebbende in de zin van artikel 1:2 lid 1 Awb moet worden gekeken naar het besluit Essers tegen Telekabel (zaak 130). Het betrof een klacht van Essers wonende te Nijmegen, over een tariefsverhoging van Telekabel van f 1,50 voor het ontvangen van radio- en televisieprogramma's via de kabel in de gemeente Nijmegen ('klacht 1') alsmede een klacht over de Telekabel-tarieven in naburige gemeenten ('klacht 2'). In het besluit stelde de NMa dat '[d]e enkele aanwezigheid van het belang van de klager als consument en abonnee van NV Telekabel' niet zonder meer de conclusie wettigde dat Essers een belanghebbende is in de zin van artikel 1:2 lid 1 Awb. Volgens de NMa voldeed Essers niet aan voornoemde voorwaarden van artikel 1:2

lid 1 Awb. De NMa wees in de context van klacht 2 op het feit dat Essers geen 'eigen belang' had aangezien de betreffende tarieven niet op hem, wonende te Nijmegen, van toepassing waren. Met betrekking tot klacht 1 meende de NMa dat het belang van Essers niet voldoende 'persoonlijk' was aangezien 'klager zich in een positie bevindt, waarin nagenoeg iedere in het Nijmeegse aangesloten abonnee verkeert'. De NMa stelde zich op het standpunt dat de klacht niet kwalificeerde als aanvraag in de zin van artikel 1:3 lid 3 Awb en dat er derhalve geen wettelijke plicht bestond om in te gaan op het verzoek van Essers. Om mogelijke teleurstelling bij consumenten enigszins te verzachten voegde de NMa hier echter aan toe dat de NMa 'gelet op zijn wettelijke bevoegdheden, gevolg kan geven aan klachten van consumenten op eigen initiatief en dat ook zeker niet zal nalaten als de (algemene) belangen die gemoeid zijn bij de toepassing en handhaving van de Mededingingswet dit rechtvaardigen'. In andere woorden, dank voor de klacht maar de NMa stelt zelf wel zijn prioriteiten! Een consument die niet kwalificeert als belanghebbende fungeert eigenlijk als tipgever.

NMa stelt prioriteiten

In een aantal besluiten wordt benadrukt dat de NMa beleidsvrijheid toekomt bij de afweging of een verzoek wordt gehonoreerd voor een onderzoek omtrent een vermeende inbreuk op de Mw. In het besluit Sala tegen AT5 (zaak 908) betreffende de advertentietarieven van AT5, constateerde de NMa dat op het eerste gezicht niet aanneemelijk was dat er in dit specifieke geval sprake was van overtreding van artikel 24 Mw. De NMa benadrukte dat deze constatering werd gedaan 'zonder een diepgravend(er) economisch en juridisch onderzoek te verrichten'. De NMa achtte een dergelijk onderzoek ook niet gerechtvaardigd (a) aangezien op grond van de beschikbare informatie het niet redelijkerwijs was te verwachten dat er een grote kans bestond dat een nader onderzoek een overtreding van artikel 24 Mw zou laten zien, (b) aangezien de eventuele 'baten' van een nader onderzoek (preventieve effecten van eventueel te treffen maatregelen) niet in verhouding stonden tot de 'kosten' voor de NMa (inzet van mensen en middelen), en (c) met het oog op 'naar de huidige stand van zaken' het zeer groot aantal ontheffingsverzoeken en de uitdrukkelijke termijnen die de Mw stelt voor de behandeling van deze verzoeken. Volgens de NMa was en is 'prioritering een noodzaak om de vereiste balans te bewaren tussen de beschikbaarheid van mensen en middelen voor onderzoek en voor de behandeling van de genoemde ontheffingsverzoeken, binnen de daartoe gestelde termijnen'. Vergelijkbare overwegingen zijn te vinden in de besluiten De Joode tegen A2000 (zaak 1048) en Max L. Wolters tegen Niesje Wolters van Bommel (zaak 788). In dit laatste besluit is tevens te lezen dat de NMa als een soort vrederechter aan partijen in overweging heeft gegeven te proberen om onderling een oplossing te vinden. Toen bleek dat partijen hier niet in waren geslaagd, werd de klacht uiteindelijk

Artikelen

zonder nader onderzoek afgewezen.

In voornoemd besluit Essers tegen Telekabel gaf de NMa aan dat bij beslissingen om al dan niet een nader onderzoek in te stellen naar aanleiding van klachten van consumenten, de uiteindelijke richtsnoer ligt in een afweging van de NMa die strookt met 'het (algemene) belang dat moet worden toegekend aan werkzame concurrentie en de daaruit voortvloeiende (potentiële) welvaartsverbetering, alsmede de effectieve bestrijding van onaanvaardbare beperkingen daarvan'. Volgens de NMa diende er in dit kader gelet te worden op 'de mate waarin een behandeling van een klacht beslag legt op arbeidscapaciteit en middelen met het oog op de afhandeling van andere ter beslissing voorgelegde of ambtshalve ondernomen of te ondernemen onderzoeken naar inbreuken'. Kortom, de NMa is genoodzaakt prioriteiten te stellen. Uit het besluit blijkt dat de NMa in dit specifieke geval geen gegronde aanleiding zag noch gegronde bijkomende aanwijzingen had om verder onderzoek naar de beweerde inbreuk op de Mw te rechtvaardigen. Het was volgens de NMa onvoldoende aannemelijk dat er sprake was van een inbreuk op artikel 24 Mw.

Inbreuk op artikelen 6 en/of 24 Mw?

Het komt voor dat indien er in een klacht slechts verzocht wordt om toepassing van de Mw zonder dat er een specifieke bepaling wordt genoemd, de NMa zelf nagaat welke bepaling relevant is. Zo stelde de NMa vast in besluiten CVAH tegen VBA (zaak 1028), Huis tegen VBA (zaak 1029) en Mulder tegen VBA (zaak 1030) dat voorgenomen tariefmaatregelen van de Verenigde Bloemenveilingen Aalsmeer moesten worden aangemerkt als 'maatregelen van de VBA in het kader van de uitoefening van haar economische activiteiten als een onderneming die veilingdiensten aanbiedt' en derhalve niet in het kader van artikel 6 maar wel 24 Mw getoetst dienden te worden. Uit besluit dhr. Hindriks tegen Noordhollandsche van 1816 blijkt dat aangezien klager niet specificeerde op welke manier hetgeen waarover hij klaagde in strijd was met de Mw, de NMa zelf bekeek of artikel 6 en/of 24 Mw van toepassing was. Het overgrote deel van de besluiten inzake klachten betreffen klachten over misbruik van machtspositie. Bij de behandeling van een klacht lijkt de NMa allereerst stil te staan bij de vraag of er wel sprake is van gedrag door een onderneming. In het kader van artikel 24 Mw wordt vervolgens stilgestaan bij de afbakening van de relevante markt en wordt gekeken of er sprake is van een machtspositie op die relevante markt. Ten slotte komt aan de orde of er misbruik is gemaakt van de vastgestelde machtspositie.

Het begrip 'onderneming'

De NMa heeft in een aantal besluiten onder verwijzing naar het EG-mededingingsrecht, een nadere invulling gegeven van het begrip onderneming.¹³ Uitgangspunt is dat een onderneming elke eenheid is die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm of de wijze waarop zij wordt gefinancierd. In het besluit Bloemen-

markt Amsterdam (zaak 101) gaf de NMa aan dat overheidsinstanties zoals gemeenten ondernemingen in de zin van artikel 85 lid 1 EG kunnen zijn 'in zoverre ze economische activiteiten ontplooiën'. Volgens de NMa kan een gemeente soms wel als onderneming worden beschouwd en soms niet 'volgens de functionele benadering van het begrip "onderneming"'. In dit geval stelde de NMa vast dat de gemeente Amsterdam bij de uitgifte van grond in erfpacht eventueel als onderneming zou kunnen handelen. Echter, de NMa beschouwde de opname van een zogenaamd assortimentsvoorschrift in de erfpachtovereenkomst als 'ter uitvoering van een overheidstaak' aangezien 'het handhaven van een bloemenmarkt ... in diverse regelingen en in het huidige van kracht zijnde bestemmingsplan opgenomen [is]'. In voornoemd besluit H. Van Gelder tegen Gemeente Heiloo kwalificeerde de NMa de gemeente Heiloo als onderneming voor wat betreft haar activiteit in de vastgoedsector als aanbieder van kavels. Verder gedroeg de gemeente Heiloo zich volgens de NMa niet als onderneming 'op de eventuele markt voor het verstrekken van informatie', aangezien er geen sprake was van handel in gegevens en het betreffende verzoek om toegang tot de informatie werd geweigerd via een formele beschikking op grond van de WOB. In besluit Hotel Zuiderduin tegen brandweer (zaak 52) constateerde de NMa dat de eis van de Egmonder brandweer om de brandmeldingsinstallatie van Hotel Zuiderduin rechtstreeks door te melden naar de regionale brandmeldcentrale van de brandweer, niet het gevolg was van een gedraging van de brandweer maar rechtstreeks voortvloeide uit de bouwverordening van de gemeente Egmond. De NMa benadrukte dat de gemeente in dit geval niet als onderneming handelde aangezien zij bij het vaststellen van de bouwverordening handelde als bestuursorgaan en de verplichting vervulde die krachtens de Woningwet op de gemeente rust.

Gemeentelijke scholen die muziekonderwijs en kunstzinnige vorming aanbieden kunnen volgens het besluit Kunstzinnige vorming en onderwijs (zaak 5) worden aangemerkt als ondernemingen aangezien deze activiteit ook door andere privaatrechtelijke partijen op commerciële basis wordt aangeboden. De NMa benadrukte dat '[d]e omstandigheid dat dit onderwijs is toevertrouwd aan publiekrechtelijke organen ... niet af[doet] aan het economische karakter van deze activiteit'. Volgens besluit Loke tegen CBR (zaak 119) kan de Stichting Centraal Bureau Rijvaardigheidsbewijzen (CBR) handelende in de uitoefening van overheidsprerogatieven neergelegd in de Wegenverkeerswet en het Reglement Rijbewijzen, niet worden aangemerkt als een onderneming. De NMa gaf in het bijzonder aan dat het CBR geen onderneming is 'wanneer zij toetst of een bestuurder in aanmerking komt voor een verklaring van rijvaardigheid'. Overigens volgt uit besluit Dhr. Hindriks tegen Noordhollandsche van 1816 (zaak 131) dat de

13 Artikel 1(f) Mw omschrijft 'onderneming' als een onderneming in de zin van artikel 85 lid 1 EG.

Artikelen

NMa 'een particulier' die een contract voor een opstalverzekering afsluit met een verzekeringsmaatschappij niet kwalificeert als een onderneming.

Artikel 24 Mw: misbruik van machtspositie?

Slechts in een klein aantal besluiten was het antwoord op de vraag of er sprake was van een machtspositie, relatief makkelijk te beantwoorden. Dit was bijvoorbeeld het geval bij de beschikbaarheid van programmeergegevens in besluit Holdingmaatschappij De Telegraaf tegen NOS en HMG (zaak 1) en van gegevens van telefoonabonnees in Denda e.a. tegen KPN (zaak 16), de toegang tot de kabel in onder meer besluit De Joode tegen A2000 en het aanbieden van postbussen in Nederland in besluit Diverse klagers tegen PTT Post (zaak 13). De NMa kwam om allerlei redenen in vele besluiten helemaal niet toe aan een gedetailleerde afbakening van de relevante markt om te bepalen of de betreffende onderneming een machtspositie heeft. Vaak keek de NMa eerst naar de waarschijnlijkheid van misbruik. Zo constateerde de NMa in genoemd besluit Kunstzinnige vorming en onderwijs dat in feite de lestarieven van de scholen bij besluit van de gemeenteraad werden vastgesteld en dat er dus geen sprake was van 'misbruikelijk gedrag' aangezien de scholen bij de tarifiering niet autonoom konden handelen. De NMa vond het vervolgens niet meer nodig om vast te stellen of er sprake was van een machtspositie. Een vergelijkbare strategie werd gevolgd door de NMa in besluiten Regio Radio & T.V. Happy Radio tegen Stichting APR (zaak 6) en Stichting Radio Octaaf tegen Stichting APR (zaak 9), Platvoet tegen Lodder (zaak 117) en Gruijters tegen Kamer van Koophandel Haarlem (zaak 408). In deze besluiten keek de NMa naar de waarschijnlijkheid van misbruik alvorens te kijken of er wel sprake was van een machtspositie.

In de gevallen dat de NMa na enig onderzoek een relevante markt vaststelde, werd vervolgens gekeken of er sprake was van een machtspositie op die relevante markt. In veel besluiten was dat niet het geval. Zo stelde de NMa vast in voornoemde besluiten CVAH tegen VBA, Huis tegen VBA en Mulder tegen VBA dat de onderneming slechts beschikte over een aandeel van ongeveer 8% op de markt voor de totale inkoop van de detailhandel in bloemen en planten. Onder het kopje 'Verdere overwegingen' merkte de NMa op dat '[o]k indien er een aparte markt voor vraag en aanbod van goedkope bloemen en planten zou worden onderscheiden ... de VBA geen economische machtspositie [zou] innemen'. Ook in besluit Lambo tegen Groep Educatieve Uitgeverijen (zaak 28) constateerde de NMa dat er zelfs op de meest eng omschreven relevante dienstenmarkt geen sprake was van een economische machtspositie.

Besluiten als De Joode tegen A2000 en Essers tegen Telekabel laten zien dat indien de NMa constateert dat het in het specifieke geval niet aannemelijk is dat er sprake is van misbruik in de zin van artikel 24 Mw, niet het nader onderzoek wordt ingesteld dat eigenlijk nodig is om een gefundeerd antwoord te geven op de vraag of er sprake is

van misbruik. Dit was weer wel het geval in besluit Diverse klagers tegen PTT Post. Een landenvergelijking van tarieven voor postbussen was voor de NMa aanleiding om een externe adviseur in te schakelen om nader gedetailleerd onderzoek naar de vaststelling van de betreffende tarieven te doen. De NMa concludeerde dat de vergoeding voor een postbus niet als buitensporig hoog kon worden aangemerkt. Echter, de vergoeding voor 'PostApart' leek de NMa wel te hoog; een nadere rapportage door PTT Post werd toegezegd en het definitieve oordeel van de NMa op dit punt opgeschort.

In besluit Edipress tegen Audax (zaak 803) ging de NMa in het kader van een verzoek om een voorlopige last onder dwangsom wel uitgebreid in op zowel de vaststelling van de machtspositie als het misbruik. De NMa kwam tot het voorlopige oordeel dat Audax misbruik maakte van de machtspositie op de markt voor import en distributie van buitenlandse dagbladen en tijdschriften voor de losse verkoop in Nederland. Ook in genoemd besluit Holdingmaatschappij De Telegraaf tegen NOS en HMG stond de NMa uitgebreid stil bij de bepaling van de machtspositie en het misbruikmakende gedrag alvorens te concluderen dat 'de verweten gedragingen van de NOS en HMG ertoe strekken de afgeleide markt van op Nederland gerichte wekelijkse programmabladen, voor te behouden aan omroepen' waardoor 'de mededinging op deze markt van programmabladen aanzienlijk belemmerd' wordt omdat 'op die manier toetreding van derden systematisch wordt uitgesloten'. De NMa kwalificeerde dit als misbruik van machtspositie aangezien er geen objectieve noodzaak dan wel een andere rechtvaardiging voor zou kunnen worden aangewezen. De NMa concludeerde dat de inbreuk op artikel 24 Mw diende te worden beëindigd en dat '[d]aartoe ... elk van beiden het licentiebeleid inzake wekelijkse programmaoverzichten zodanig [dient] te wijzigen' dat een door de NMa in het besluit omschreven feitelijk resultaat zou worden bereikt.

Overigens bepaalde de NMa in besluit Robin Media Producties tegen Kabel Haarlem (zaak 103) dat niet met succes geklaagd kon worden in het kader van artikel 24 Mw over een weigering tot toegang tot de kabel, aangezien de besluitvorming waaruit die weigering zou voortvloeien nog niet was afgerond.

Artikel 25 Mw: dienst van algemeen economisch belang

In besluit Holdingmaatschappij De Telegraaf tegen NOS en HMG benadrukte de NMa dat artikel 25 Mw is ontleend aan artikel 90 lid 2 EG en dat deze bepaling moet worden uitgelegd conform het EG-mededingingsrecht. Dit betekent dat voor de uitleg van het begrip 'taak van algemeen economisch belang', alsmede voor de vraag of de mededingingsbeperkingen voldoen aan te stellen eisen van noodzakelijkheid en proportionaliteit, rekening gehouden moet worden met EG-mededingingsrecht. In het besluit stelde de NMa vast dat de NOS kon worden aangemerkt als een onderneming waaraan (ingevolge de Mediawet) een

Artikelen

dienst van algemeen economisch belang is opgedragen. De NMa voegde hier aan toe dat '[d]e toepassing van artikel 24 lid 1 Mw op de verweten gedragingen ... echter niet [verhindert] de vervulling van de bovengenoemde publieke taak van de NOS of de omroepverenigingen die zendantijd hebben gekregen'. Volgens de NMa geeft het EG-mededingingsrecht aan dat niet volstaat 'te constateren dat de verweten gedraging de uitoefening van de taak gemakkelijker maakt, doch moet getoetst worden of de verweten gedraging werkelijk onmisbaar is voor die taakvervulling, in die zin dat er geen alternatieve wegen zouden zijn om ook zonder de verweten gedraging tot een goede taakvervulling te komen'. De vraag dient zich aan of de NMa hiermee niet strenger is dan het EG-mededingingsrecht (zie bijvoorbeeld Zaak C-157/94, Europese Commissie tegen Nederland, Jur. 1997, I-5699). De aanvraag om toepassing van artikel 25 Mw werd in dit geval door de NMa afgewezen.

Voorlopige last onder dwangsom

In een groot aantal klachten werd door de klager verzocht om een voorlopige maatregel in de vorm van een voorlopige last onder dwangsom. Zoals reeds werd opgemerkt in de paragraaf 'Wanneer voorlopige last onder dwangsom?' van dit overzicht, is de NMa op grond van artikel 83 lid 1 Mw bevoegd om een voorlopige last onder dwangsom op te leggen indien naar zijn voorlopig oordeel aannemelijk is dat artikel 6 lid 1 of artikel 24 lid 1 Mw is overtreden en onverwijlde spoed, gelet op de belangen van de door de overtreding getroffen ondernemingen of het belang van de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging, dat vereist. In de gememoreerde paragraaf is reeds uitgebreid ingegaan op de terughoudende wijze waarop de NMa met deze competentie omgaat.¹⁴ Hier wordt opgemerkt dat de NMa slechts in één besluit inzake een klacht de voorwaarden van artikel 83 lid 1 Mw vervuld achtte. In voornoemd besluit Edipress tegen Audax legde de NMa een voorlopige last onder dwangsom op aan Audax nu aannemelijk was dat deze misbruik maakte van haar machtspositie op de markt voor de distributie en verkoop van buitenlandse dagbladen en tijdschriften. De NMa achtte onverwijlde spoed geboden (waarbij aardig is op te merken dat het wel een aantal maanden duurde voordat de NMa tot dit besluit kwam) gezien de mogelijk onomkeerbare gevolgen van Audax' handelen voor het voortbestaan van Edipress en daarmee voor de daadwerkelijke mededinging op de betreffende markt.

Over boete, last onder dwangsom en schorsende werking

Het besluit Holdingmaatschappij De Telegraaf tegen NOS en HMG lijkt aan te geven dat aangezien pas vanaf 1 januari 1998 sprake kan zijn van overtreding van de Mw, er slechts een *boete* kan worden opgelegd ingevolge artikel 56 lid 1 Mw voor gedragingen die na die datum hebben plaatsgevonden. De NMa legde in dit geval geen boete op aangezien de duur van de overtreding nauwelijks de duur van de procedure te boven ging; de ernst van de overtre-

ding werd geacht beperkt te zijn. De NMa weigerde tevens om ingevolge artikel 56 lid 1 Mw een *last onder dwangsom* op te leggen. Dit verzoek werd aangehouden aangezien een 'onmiddellijke inwilliging' volgens de NMa (1) een onnodig vergaande beperking van de contractsvrijheid van partijen zou opleveren, (2) het nog niet mogelijk was om een marktconform tarief vast te stellen, en (3) het beëindigen van de overtreding niet noodzakelijkerwijs impliceerde dat wilsovereenstemming tussen partijen zou worden bereikt over levering van de programmagegevens, over de prijs of over bijkomende voorwaarden. Overigens merkte de NMa op dat de bevoegdheid op grond van artikel 63 lid 2 Mw om te bepalen dat aan het instellen van rechtsmiddelen *schorsende werking* wordt onthouden, slechts bestaat wanneer een last onder dwangsom wordt opgelegd. De NMa voegde hier '[t]en overvloede' aan toe dat artikel 63 lid 1 Mw 'niet meebrengt dat aan de verweten gedragingen het karakter van overtreding van de Mededingingswet ontvalt voor de duur van een eventuele vervolprocedure'. Volgens de NMa wordt '[d]it karakter ... bij dit besluit immers slechts geconstateerd, niet tot stand gebracht'.

Decentrale toepassing van artikelen 85 lid 1 EG en 86 EG

In een klacht kan ook worden verzocht om decentrale toepassing van artikelen 85 lid 1 EG en 86 EG. Uit voornoemd besluit Van Vollenhoven Olie tegen Gemeente Venlo en/of Schreurs Oliemaatschappij blijkt dat ook een verzoek tot decentrale toepassing van artikelen 85 lid 1 EG en 86 EG gemotiveerd moet zijn. Indien niets dan wel onvoldoende is aangevoerd omtrent eventuele inbreuk op deze verboden concludeert de NMa dat er onvoldoende aanwijzingen zijn om te overwegen gebruik te maken van de in artikelen 88 en 89 Mw neergelegde bevoegdheden.

De NMa, OPTA en de civiele rechter

In december 1998 werd gepubliceerd een voorlopige beoordeling van de NMa en OPTA in het kader van een onderzoek naar aanleiding van klachten van Denda International en Topware CD-Service tegen KPN, onder meer over de hoogte van de licentievergoeding van f 0,85 die door KPN werd gevraagd voor gegevens van telefoonabonnees. Deze samenwerking tussen de NMa en OPTA was informeel en laat zien dat toezichthouders kunnen samenwerken. Naast het indienen van klachten hebben partijen een aantal procedures tegen elkaar gevoerd. Zo oordeelde het Gerechtshof te Arnhem op 5 augustus 1997 dat 'de onredelijkheid van een bedrag van (thans) f 0,85 per basisgegeven onvoldoende [is] gebleken'. De NMa en OPTA oordeelden echter dat de gevraagde vergoeding 'exorbitant hoog is en derhalve misbruikelijk is'. Daaraan werd door de

¹⁴ Een verzoek om een voorlopige last onder dwangsom werd onder meer afgewezen in de navolgende besluiten inzake klachten: Klacht Polectro Plaza tegen Bang & Olufsen Nederland (zaak 134); Chilly tegen G-Star (zaak 758); Escensum Hollan I (zaak 1072); Klacht Bookbridge tegen PTT Post (zaak 490) en Holdingmaatschappij De Telegraaf tegen NOS en HMG (zaak 1).

Artikelen

toezichthouders toegevoegd dat berekeningen uitwijzen 'dat de prijs lager dient te zijn dan f 0,005 per gegeven'. Niet alleen KPN en het Gerechtshof te Arnhem zullen met enige verbazing hebben kennisgenomen van dit oordeel. Aangenomen mag worden dat hierover het laatste woord nog niet is gezegd. De relatie tussen beslissingen van toezichthouders als de NMa en OPTA enerzijds, en de Nederlandse civiele rechter anderzijds, komt hiermee aan de orde. In het EG-mededingingsrecht beheerst artikel 5 EG de relatie tussen de Europese Commissie en de nationale rechters onder meer met als doel om tegenstrijdige uitspraken te voorkomen. Is er behoefte aan een vergelijkbaar beginsel bij de toepassing van de Nederlandse (Mededingings)wet?

Overigens is de wijze waarop de NMa en de OPTA van plan zijn in de toekomst te gaan samenwerken inmiddels formeel vastgelegd in een protocol.

Besluiten inzake de organisatie van de NMa

Na de inwerkingtreding van de Mededingingswet heeft de NMa in 1998 een aantal besluiten genomen met betrekking tot haar eigen organisatie. Op 2 januari 1998 heeft de NMa twee besluiten uitgevaardigd. Het *Besluit mandaat en volmacht Nederlandse Mededingingsautoriteit* is gebaseerd op de Mandaatregeling 1988 en verleent de sectiehoofden van de secties Onderzoek, Toezicht en Ontheffingen (OTO), Concentratiecontrole (CoCo) en Beschikkingen, Bezwaar en Beroep (BBB) mandaat voor aangelegenheden op hun werkterrein ter uitvoering van de Mw. Op dezelfde dag heeft de NMa een *Besluit aanwijzing toezichthoudende ambtenaren Mededingingswet* uitgevaardigd. In dit besluit worden de ambtenaren van de secties OTO en CoCo aangewezen als toezichthouders op de naleving van het bepaalde bij of krachtens de Mw. Op 1 juli 1998 trad in werking een *wijziging* van het Besluit mandaat en volmacht Nederlandse Mededingingsautoriteit waarbij aan de sectiehoofden het mandaat wordt verleend om aangelegenheden op andere secties waar te nemen bij gelijktijdige afwezigheid van de Directeur-Generaal, het betrokken sectiehoofd en hun respectieve plaatsvervangers. Ten slotte is in 1998 het *Besluit tot instelling Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet* uitgevaardigd waarbij conform artikel 92 lid 1 Mw een adviescommissie is ingesteld die de NMa zal adviseren over te nemen beslissingen op bezwaarschriften tegen beschikkingen van de NMa.¹⁵

Conclusie: een voortvarende start!

Dit overzicht van het eerste jaar van ontheffingsaanvragen, bezwaren en klachten in Nederland kan niet anders dan tot de conclusie leiden dat de NMa in 1998 een voortvarende start heeft gemaakt. Een aantal ontwikkelingen valt op. Zowel aanvragers van ontheffingen als klagers zullen eraan moeten wennen dat zij hun huiswerk moeten doen door de NMa van voldoende gegevens en bescheiden te voorzien. De NMa zal te maken krijgen met ondernemingen die arrangementen 'voor zover nodig' aanmelden. In de praktijk blijkt er nu eenmaal behoefte aan een gerust-

stellend oordeel van de NMa dat er geen strijd is met artikel 6 lid 1 Mw. De 'rule of reason'-redenering en de impliciete voorwaarde van merkbaarheid in artikel 6 lid 1 Mw kunnen de toepassing van dit verbod compliceren.

Uit de besproken besluiten blijkt nog niet of de NMa de voorwaarden van artikel 17 Mw soepel zal interpreteren en toepassen. Het ligt voor de hand dat ook in dit opzicht zal worden aangesloten bij de EG-praktijk. De NMa heeft reeds in een aantal besluiten aangegeven dat er kritisch wordt gekeken naar de voorlopige geldigheid ingevolge artikel 100 Mw. Er wordt duidelijk een poging gedaan om misbruik van de voorlopige geldigheid tegen te gaan. De verwachting lijkt gerechtvaardigd dat er in 1999 vele besluiten zullen worden gepubliceerd waarin de NMa inzicht geeft in de wijze waarop de voorwaarden van artikel 17 Mw zullen worden toegepast in de Nederlandse praktijk. De toekomst zal leren op welke wijze de opmerkingen die de NMa heeft gemaakt over de verhouding van de Mw tot het EG-mededingingsrecht moeten worden geïnterpreteerd. Verder laat het overzicht zien dat het belang van de Awb voor de toepassing van de Mw groot is. Het wordt tijd om in de literatuur nog meer aandacht te besteden aan het belang van dit onderwerp voor het mededingingsrecht. Juristen die zich bezighouden met de toepassing van de Mw zullen zich niet alleen moeten bekwaamen in het EG-mededingingsrecht maar ook in de toepassing van de Awb. Overigens zal met name in bezwaar- en beroepsprocedures moeten blijken of de NMa het EG-mededingingsrecht wel altijd juist interpreteert in het kader van de toepassing van de Mw. Ook de verhouding tussen de NMa, de bijzondere toezichthouders als OPTA en de Nederlandse civiele rechter zal zich in de toekomst verder moeten uitkristalliseren. Idealiter wordt het aantal gevallen waarin beslissingen worden genomen die te ver uiteenlopen zo beperkt mogelijk gehouden.

Het is goed te constateren dat klagers, waaronder consumenten, de NMa hebben gevonden. De wijze waarop de NMa zich in de pers als energieke toezichthouder heeft geprofileerd zal hiertoe hebben bijgedragen. Het is echter te hopen dat de NMa de verwachtingen die deze strijdbare opstelling oproept, in de komende tijd ook kan waarmaken. Ontwikkelingen als de zeer terughoudende wijze waarop de NMa omgaat met de mogelijkheid om een voorlopige last onder dwangsom op te leggen, de manier waarop de NMa prioriteiten stelt en de motivering daarvan, de definitie van 'belanghebbende' en de nadruk die wordt gelegd op de mogelijkheid om Mw-recht te halen bij de civiele rechter, lijken aan te geven dat ook voor de NMa wel eens kan opgaan: 'de ogen zijn groter dan de maag'. Desondanks is de voortvarende start in 1998 reden om vertrouwen te hebben in deze nieuwe toezichthouder.

¹⁵ Zie voor de besluiten die reeds in 1997 werden genomen *De Nederlandse Mededingingswet, Deel 2 - Uitvoeringsbesluiten* (Ch.R.A. Swaak en M.H. van der Woude red.), 1998, Kluwer, Deventer.