

Het tweede jaar van ontheffingsaanvragen, bezwaren en klachten in Nederland

mr Ch.R.A. Swaak, mr L. Bakers en mr R. Davidse

In deze bijdrage wordt een bondig overzicht gegeven van een groot aantal besluiten inzake ontheffingsaanvragen, bezwaren en klachten die in het jaar 1999 zijn gepubliceerd op de NMa-homepage. Net als vorig jaar, wordt in dit overzicht aangesloten bij de indeling die de NMa op de homepage hanteert en wordt wederom voor (al dan niet kritische) commentaren verwezen naar publicaties in *Ondernemingsrecht*, *Nieuwsbrief Mededingingsrecht* en natuurlijk dit tijdschrift.¹ In tegenstelling tot het jaar 1998, heeft de NMa in 1999 geen besluiten inzake de organisatie van de NMa gepubliceerd. Dientengevolge is deze categorie besluiten in deze bijdrage komen te vervallen. Met het oog op het beperkt aantal pagina's dat voor dit overzichtsartikel beschikbaar was, is een selectie gemaakt uit het grote aantal besluiten van de NMa in 1999.

Besluiten inzake aanvraag ontheffing

Onvoldoende gegevens en bescheiden

Op grond van artikel 4:5 lid 1 Awb behoeft een bestuursorgaan een aanvraag bij onvoldoende gegevens en bescheiden niet in behandeling te nemen, mits de aanvrager door het bestuursorgaan in de gelegenheid is gesteld om binnen een bepaalde termijn de aanvraag aan te vullen. De NMa aarzelt niet om aanvullende vragen te stellen. Zo kwam de NMa in zaak 678, Creafort/Steenkamer meubelfabrieken B.V. eerst tot een besluit nadat maar liefst vijf keer aanvullende vragen gesteld waren. Aangezien dergelijke aanvullende vragen in de praktijk tot aanzienlijk tijdsverlies kunnen leiden met alle gevolgen van dien, verdient het de voorkeur dat de NMa een poging doet om vragen zoveel mogelijk in één keer te stellen.

Afwijzing aanvraag: geen inbreuk op artikel 6 lid 1 Mw

'Buitentoe passingverklaring' van de Mw

In tegenstelling tot het EG-mededingingsrecht voorziet de Mw niet in de mogelijkheid van het geven van een zogenaamde 'negatieve verklaring'.² Ook in 1999 werd in deze lacune voorzien door indiening van verzoeken bij de NMa *primair* om buitentoe passingverklaring van de Mede-

dingingswet, en *subsidiair*, om een individuele ontheffing van het verbod op grond van artikel 17 Mw. Er wordt 'voor zover nodig' verzocht om een ontheffing van het verbod van artikel 6 lid 1 Mw (zie bijvoorbeeld zaak 471, BP Nederland B.V. en Shell Nederland Chemie B.V.).

Er zijn een aantal gevallen waarin de NMa het verzoek om ontheffing heeft afgewezen; niet omdat niet was voldaan aan artikel 17 Mw, maar simpelweg omdat de aangemelde overeenkomst niet valt onder het verbod van artikel 6 lid 1 Mw. Dit was bijvoorbeeld het geval in zaak 524, Postkantoren B.V. betreffende een arrangement ten behoeve van de exploitatie van minipostagentschappen tussen Postkantoren enerzijds en 412 minipostagentschappen anderzijds. Deze postagenten handelen voor rekening en risico van Postkantoren en kunnen niet worden beschouwd als economisch zelfstandige handelaren die een autonome dienstverlening uitoefenen. Zij handelen als een met Postkantoren geïntegreerd hulporgaan met wiens onderneming zij een economische eenheid vormen; het arrangement valt niet onder artikel 6 lid 1 Mw.

Een ander voorbeeld is zaak 427, KO Busbedrijven Groep Nederland B.V. (KOBUS) waarin de NMa concludeerde dat aan de toetsing van artikel 17 Mw niet werd toegekomen omdat er geen strijd is met artikel 6 lid 1 Mw. De NMa oordeelde dat het aangemelde samenwerkingsverband de concurrentie verhoogt in plaats van beperkt aangezien KOBUS-leden individueel niet in staat zijn om de nationale markt te betreden. Verder concludeerde de NMa dat er gezien de geringe marktaandelen, geen sprake was van een merkbare beperking van de mededinging. Ook in zaak 734, Stichting Schilders Arbo Flexi Plan en zaak 224, Inkooporganisatie Multizorg, werd de aanvraag om een ontheffing afgewezen aangezien geen sprake was van merkbaar beperkende gevolgen voor de mededinging.

Overigens lijkt uit de besluiten naar voren te komen dat de NMa zich op het standpunt stelt dat indien het doel of de strekking van de afspraak mededingingsbeperkend is, niet meer gekeken hoeft te worden naar de gevolgen van een afspraak c.q. overeenkomst.³

mr Ch.R.A. Swaak, mr L. Bakers en mr R. Davidse zijn advocaat bij Stibbe Simont Monahan Duhot te Amsterdam. Mr Swaak is tevens universitair hoofddocent aan het Europa Instituut van de Universiteit Leiden.

1 Zie Ch.R.A. Swaak, Het eerste jaar van ontheffingsaanvragen, bezwaren en klachten in Nederland, *M&M* 1999, nr. 2, p. 59.

2 Zie artikel 2 van Verordening 17/62.

3 Zie in 1998: zaak 155, Erasmus Muziekproducties B.V.; zaak 416, Smit Mode Alblasserdam; zaak 51, Stibat. Zie in 1999: zaak 209, Stichting Uitgeverij en Boekhandel Pegasus; zaak 985/16, BV Exploitatiemaatschappij A.J. Hafkamp en Erma BV/Vendex Food Groep B.V. en zaak 172, Ontheffingsaanvraag Drs. Hans Schreuder Laboratoria B.V.

Europese groepsvrijstelling

Ingevolge artikel 13 Mw geldt artikel 6 lid 1 Mw niet voor overeenkomsten tussen ondernemingen die de handel tussen de lidstaten van de Europese Gemeenschap niet ongunstig kunnen beïnvloeden doch die, indien dat wel het geval zou zijn, zouden zijn vrijgesteld van het verbod van artikel 81 lid 1 EG krachtens een verordening van de Europese Commissie. In zaak 678, Creafort, beoordeelde de NMa op grond van artikel 13 Mw, een alleenverkoopovereenkomst aan de hand van de Europese groepsvrijstelling 1983/83 inzake alleenverkoop overeenkomsten.

Nederlandse groepsvrijstelling

In de zaken 704, ING Vastgoed Belegging B.V., en vof Caves Deli Palace Scheveningen, Shitrit/Masade en Le Drugstore B.V. werd een beroep gedaan op de toepasselijkheid van de Nederlandse groepsvrijstelling: het Besluit Vrijstelling Branche beschermingsovereenkomsten (hierna: de Vrijstelling). In de huurovereenkomst werd onder meer bepaald dat verhuurder ING zich jegens de huurder verplichtte gedurende de duur van de overeenkomst geen onderneming binnen het winkelcentrum als huurder te accepteren die dezelfde activiteiten uitvoerde als de huurder. In beginsel viel het winkelcentrum onder de vrijstelling. Echter, toepassing van de vrijstelling bleef achterwege omdat er niet werd voldaan aan de voorwaarde dat de vrijstelling slechts geldt gedurende 6 jaar na de datum waarop de huur is aangevangen van de eerste zich in het desbetreffende winkelcentrum vestigende onderneming. Ook het ontheffingsverzoek op grond van artikel 17 Mw werd afgewezen; er werd niet voldaan aan de voorwaarden van artikel 17 Mw. De NMa kwam tot eenzelfde vaststelling in zaak 466, Ontheffingsaanvraag ingediend door VastNed Groep B.V.

Vrijstelling: artikel 16 Mw

In 1998 heeft de NMa in zaak 139, SPRN aangegeven dat ingeval een aangemelde regeling valt onder artikel 16 Mw, de ontheffingsaanvraag afgewezen dient te worden, aangezien in een dergelijk geval artikel 6 lid 1 Mw niet van toepassing is.

In zaak 741 werd een ontheffing aangevraagd voor de Overeenkomst van Samenwerking (OvS) tussen de N.V. Samenwerkende Elektriciteitsproductiebedrijven (SEP) en vier Nederlandse elektriciteitsproductiebedrijven. De OvS had betrekking op de planning, het doen van investeringen in productiemiddelen, de exploitatie van het hoogspanningsnet, de inkoop van brandstoffen, de productie van elektriciteit en het delen van de import- en productiekosten. De NMa beschouwt de verschillende elektriciteitsproductiebedrijven niet als één onderneming; de OvS is een overeenkomst tussen zelfstandige ondernemingen. Alvoers te toetsen aan artikel 6 lid 1 Mw, ging de NMa na of de OvS valt onder artikel 16 Mw. De NMa is hierbij van mening dat dit laatste het geval is. Zo merkt de NMa op dat de gewijzigde Elektriciteitswet 1998 de verplichting bevat

om de OvS – die reeds een wettelijke basis had – in stand te houden als overgangssituatie. Tevens constateert de NMa dat de OvS in feite onderworpen is aan de goedkeuring van de Minister van Economische Zaken. Dit is voldoende voor de NMa om te besluiten dat artikel 16 Mw van toepassing is en dat de OvS dus niet valt onder artikel 6 lid 1 Mw.

Overigens lijkt de NMa zich in zaak 617, Samenwerkingsovereenkomst 'Heeswijkse Kampen' aan te sluiten bij de vaste rechtspraak van het EG Hof van Justitie waaruit volgt dat het kartelverbod niet van toepassing is in een situatie waarin betrokken ondernemingen als gevolg van wettelijke regelingen of een door een wettelijke regeling gecreëerd rechtskader niet meer in vrijheid hun gedrag kunnen bepalen. Dit is ook het geval indien als gevolg van een dergelijk wettelijke regeling geen noemenswaardige concurrentie meer mogelijk is. De NMa stelt de voorwaarde dat de mededingingsbepalende regeling of overeenkomst onontkoombaar en rechtstreeks voortvloeit uit concrete dwang uitgeoefend door de betrokken overheid. In de zaak 'Heeswijkse Kampen' concludeert de NMa uiteindelijk dat de betreffende samenwerkingsovereenkomst tot stand is gekomen door autonome gedragingen van de betrokken ondernemingen en niet is afgedwongen door de overheid. De NMa dichtte de overheid in de hoedanigheid van de provincie, een opvallend bescheiden rol toe. De provincie had weliswaar geen verplichting opgelegd aan partijen om tot een samenwerking te komen, maar had duidelijk aangegeven dat in geval van een dergelijke samenwerking de kans op toekenning van de betreffende aanbesteding zou toenemen. De overheid speelde daarmee een belangrijke rol bij de totstandkoming van de samenwerkingsovereenkomst. De NMa ging hier echter zonder enige aarzeling aan voorbij en constateerde dat geen sprake was geweest van enige druk op partijen van overheidswege.

Individuele ontheffing: artikel 17 Mw*Vier cumulatieve voorwaarden*

Indien komt vast te staan dat een aangemeld arrangement valt onder het verbod van artikel 6 lid 1 Mw, wordt vervolgens nagegaan of wordt voldaan aan de vier cumulatieve voorwaarden van artikel 17 Mw. Ook in 1999 kan de NMa de neiging niet onderdrukken om na de constatering dat niet is voldaan aan één voorwaarde, toch andere voorwaarden te bekijken.

In besluiten wordt vaak uitgebreid stilgestaan bij de eerste ontheffingsvoorwaarde: de regeling dient bij te dragen tot een verbetering van de productie of distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang. In zaak 374, SSV (Stichting Saneringsfonds Varkenslachterijen) werd over de saneringsregeling betreffende definitieve uitkoop gesteld dat een dergelijke regeling kan bijdragen aan een gezonde ontwikkeling van de varkensslachtsector. In zaken 447, Fleurop, en 189, Teleflora, stond het opzetten van een systeem voor het op afstand bezorgen van bloemstukken centraal. Volgens de NMa vormden de

bezorgtarieven, de vaste vergoeding voor de administratiekosten en een vast provisiepercentage voor de bemiddelen-de bloemist een onlosmakelijk deel van de regeling, die de afwikkeling van de transacties zo efficiënt mogelijk laat verlopen en bijdragen aan de verbetering van de distributie. In deze zaak werd ook geconstateerd dat een billijk aandeel in de voordelen aan gebruikers ten goede komt; de regeling resulteerde in een besparing van transactiekosten. In zaak 553, Federatie van Amsterdamse Woningcorporaties, werd overwogen dat door de samenwerking tussen de corporaties voor A- en B-gebieden voorkomen kan worden dat er stagnatie van stadsvernieuwing en herstructurering plaatsvindt.

Een aardig voorbeeld wordt gevormd door de zaken 38, 39, 40 en 41, Takel en Berging, betreffende bergingsregelingen. De negen alarmcentrales in Nederland hadden gezamenlijk een rayonerings vastgelegd, waarbinnen zij één berger hadden gecontracteerd en geselecteerd, waardoor een situatie ontstond dat elke alarmeringsdienst dezelfde rayonindeling hanteerde en voor ieder rayon dezelfde berger contracteerde. De 'eerste' bergingsregeling had betrekking op het vrijmaken van de rijbaan en het afvoeren van het voertuig na een ongeluk. Deze vorm van berging is een spoedeisende berging en is vanuit het oogpunt van veiligheid van cruciaal belang. De 'tweede' berging betrof het op de eerste berging volgend 'doortransport' naar een bestemming, meestal zijnde een schadeherstelbedrijf in de omgeving van de woonplaats van de eigenaar van het voertuig. Volgens de NMa is de 'eerste' berging wel, en de 'tweede' berging niet noodzakelijk voor de verkeersveiligheid en het tegengaan van filevorming.

In zaak 12, Vereniging van Fabrikanten van Kunststofleidingsystemen, kwam de NMa toe aan de toetsing van alle voorwaarden van artikel 17 Mw. Na te hebben geconstateerd dat de aangemelde overeenkomst viel binnen het bereik van artikel 6 lid 1 Mw, ging de NMa over tot toetsing aan de voorwaarden van artikel 17 Mw. De overeenkomst voldeed in de ogen van de NMa aan alle voorwaarden van artikel 17 Mw en de ontheffing kon worden verleend. Ook in zaak 228, Vebidak, kwam de NMa toe aan de toetsing aan de bepalingen van artikel 17 Mw. Hierbij ging het om een aanvraag voor ontheffing voor een overeenkomst die moest voorkomen dat dakbedekkers bedrijfseconomisch onverantwoord lange garantietermijnen gaan hanteren; deze overeenkomst zou bijdragen aan een bedrijfseconomisch gezonde bedrijfstak. De NMa concludeerde echter dat niet voldaan was aan de eerste voorwaarde van artikel 17 Mw. De NMa ging niet mee in de stelling dat individuele ondernemers niet in staat zouden zijn om op het vlak van garantietermijnen bedrijfseconomisch verantwoorde beslissingen te nemen. Ondanks het feit dat hiermee een nadere toetsing aan de overige drie voorwaarden van artikel 17 Mw overbodig was geworden, gaat de NMa toch in op twee van de drie overige voorwaarden. Het is opvallend te lezen dat er vervolgens niet wordt ingegaan op de vierde voorwaarde op grond van het feit dat niet is voldaan aan de eerste drie voorwaarden.

De NMa heeft zich in zaak 1011, Telecom Teleservices B.V. gebogen over het verzoek een ontheffing toe te kennen aan de samenwerking tussen KPN Telecom en SNT Holding B.V. die moet resulteren in de oprichting van de gemeenschappelijke onderneming Telecom Teleservices B.V. Het doel van de joint venture was het verlagen van productiekosten op de markt van de teleservices, hetgeen zou leiden tot lagere prijzen. Er zouden *economies of scale* gerealiseerd kunnen worden, bundeling van kennis van partijen en grotere efficiëntie bij de productie. Voordat de NMa oordeelt of de joint venture voldoet aan de voorwaarden voor ontheffing, onderzoekt zij eerst of er sprake is van een onderneming met het karakter van een concentratie, dan wel met het karakter van een samenwerkingsverband en indien dit laatste het geval is of het verbod van artikel 6 lid 1 Mw van toepassing is. De NMa concludeerde dat de joint venture niet duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid zou gaan vervullen. Daarnaast bleven de moederondernemingen van de joint venture actief op de markt voor het aanbieden van teleservices waarop ook de joint venture actief zou zijn, zodat niet kon worden uitgesloten dat de moeders via de joint venture hun marktgedrag zouden coördineren. De gemeenschappelijke onderneming met het karakter van een samenwerkingsverband moest dan ook worden beoordeeld in het kader van de artikelen 6 lid 1 en 17 Mw.

De NMa constateerde dat de bijkomende bepalingen (de zogenaamde 'nevenrestricties') waren te beschouwen als noodzakelijk voor het welslagen van de joint venture, en om die reden niet afzonderlijk onder artikel 6 en 17 Mw beoordeeld behoeften te worden. Deze bepalingen hielden onder meer in dat KPN Telecom als wederverkoper van diensten van Telecom Teleservices niet actief klanten van SNT zou benaderen en dat SNT niet actief klanten van KPN Telecom zou benaderen die teleservices van Telecom Teleservices zouden afnemen. De restricties die betrekking hadden op de positie van SNT en KPN Telecom als *preferred supplier* van Teleservices, werden beoordeeld in het kader van artikel 6 lid 1 Mw. De NMa concludeerde dat vanwege het feit dat er geen sprake was van absolute exclusiviteit, de restricties slechts voor één jaar zouden gelden en de behaalde omzetten van SNT en KPN Telecom op de desbetreffende markten zeer beperkt van omvang zijn, zij niet zouden leiden tot een *merkbare* mededingingsbeperking in de zin van artikel 6 lid 1 Mw.

De rest van de samenwerking voldeed aan de voorwaarden van artikel 17 Mw. De ontheffing werd niet voor de gevraagde 15 jaar maar slechts voor een periode van 5 jaar verleend. Als reden werd door de NMa aangevoerd dat de markt voor het aanbieden van teleservices in Nederland een relatief jonge en dynamische markt is die zich snel ontwikkelt. Volgens de NMa zou het mogelijk zijn dat over een paar jaar de toetredingsdrempels hoger liggen.

Het is duidelijk dat de NMa het concept 'nevenrestricties' niet alleen hanteert bij de beoordeling van concentraties maar ook in het kader van artikel 6 lid 1 Mw. Ook in

zaken 447, Fleurop en 189, Teleflora, bepaalde de NMa dat een non-concurrentiebeding dat was opgelegd aan de leden van een samenwerkingsverband, niet in strijd was met artikel 6 lid 1 Mw, voorzover het noodzakelijk was voor de goede werking en de concurrentiepositie van de vereniging.

Samenloop van ontheffingsaanvraag en klacht

Evenals in 1998 is het in 1999 een aantal keren voorgekomen dat ten tijde van de behandeling van de ontheffingsaanvraag een onderzoek naar een klacht werd verricht. In dergelijke gevallen worden de ontheffing en de klacht veelal tegelijkertijd behandeld door de NMa. Zo werd het ontheffingsverzoek in zaak 882, Amicon Zorgverzekeraar, samen met de klacht in zaak 407, Texincare en Tevic, behandeld; de door Texincare ingediende klacht had betrekking op een deel van de door Amicon ingediende ontheffingsaanvraag. In de klacht stelde Texincare onder meer dat Amicon een economische machtspositie had en dat zij in staat was zich onafhankelijk van haar afnemers te gedragen. Door het feit dat Amicon een merkenvoorkeurslijst hanteert zouden andere leveranciers van hulpmiddelen feitelijk van levering worden uitgesloten. De NMa ging hierin niet mee en wees zowel de klacht als de ontheffingsaanvraag af; de door Amicon gehanteerde merkenvoorkeurslijst was niet in strijd met artikel 6 lid 1 Mw. Volgens de NMa was de totstandkoming van de merkenvoorkeurslijst het gevolg van unilateraal gedrag van Amicon, hetgeen niet onder artikel 6 lid 1 Mw valt. Amicon heeft het recht om te kiezen met welke ondernemers zij een contractuele relatie wil aangaan.

Effect van een 'comfort letter' van de Europese Commissie

In diverse zaken werd de NMa geconfronteerd met een administratief schrijven oftewel '(dis)comfort letter' van de Europese Commissie waarin op informele wijze wordt aangegeven of een bepaalde regeling al dan niet valt onder het verbod van artikel 81 lid 1 EG en eventueel voor een individuele ontheffing op grond van artikel 81 lid 3 EG in aanmerking komt. In zaak 471, BP Nederland B.V. en Shell Nederland Chemie B.V., kwam bijvoorbeeld naar voren dat de Europese Commissie reeds informeel een 'comfort letter' met een zogenaamde 'negatieve verklaring' aan partijen had toegestuurd. Uit onderzoek van de Europese Commissie zou voorsnog geen overtreding van artikel 81 lid 1 EG blijken. De NMa geeft aan in het besluit dat er vanwege de samenloop tussen de Europese Commissie en de NMa diverse contacten zijn geweest om een consistente mededingingsrechtelijke analyse te verzekeren.

In zaak 172, Drs. Hans Schreuder Laboratoria B.V., stond een ontheffingsverzoek voor algemene verkoopvoorwaarden met een verticale prijsbinding voor Biodermal-producten centraal. Schreuder had deze algemene voorwaarden aangemeld bij de Europese Commissie. Deze autoriteit had Schreuder bij brief laten weten dat zij voornemens was een 'discomfort letter' af te geven; volgens de

Commissie komt verticale prijsbinding niet voor vrijstelling in aanmerking. De Commissie stelde wel dat de verbodsbepaling van artikel 81 lid 1 EG slechts zou gelden indien er sprake was van een merkbare beperking van de concurrentie en effect op de handel tussen de lidstaten. Gezien het marktaandeel leek dit het geval te zijn voor Biodermal-zoncosmeticaproducten. De Commissie gaf een 'comfort letter' toen Schreuder aangaf de Biodermal-zoncosmeticaproducten in de algemene voorwaarden uit te zonderen van verticale prijsbinding. Vervolgens verzocht Schreuder aan de NMa om verticale prijsbinding toe te staan, aangezien de Commissie een 'comfort letter' had gegeven. De NMa merkt hier echter over op dat de 'comfort letter' onverlet laat dat het systeem van verticale prijsbinding van Schreuder met betrekking tot de overige producten als zodanig een mededingingsbeperking vormt en onder het verbod van artikel 6 lid 1 Mw valt. De Commissie had immers reeds aangegeven dat verticale prijsbinding niet voor vrijstelling in aanmerking komt.

Ook in zaak 461, Federatie Agrotechniek, houdt de NMa rekening met de administratieve geschriften van de Europese Commissie. De NMa geeft aan dat 'rekening [dient] gehouden te worden met het feit dat de Europese Commissie door middel van een administratief schrijven [...] heeft laten weten dat het Tontoonstellingsreglement prima facie voor een ontheffing in aanmerking kwam'. Vervolgens stelt de NMa echter vast dat de situatie sinds het schrijven van de 'comfort letter' is veranderd; zij het miniem. Hierdoor creëert de NMa ruimte voor een 'eigen' besluitvorming.

Ook in afwezigheid van brieven lijkt de NMa de Commissie scherp in de gaten te houden om te voorkomen dat zij uit de pas loopt. Er wordt, indien nodig, overleg gevoerd. Zo voerde de NMa in zaak 572, Messer Nederland B.V., intensief overleg met de Commissie over een door de Commissie verricht onderzoek in de sector industriële gasen. Als gevolg van dit onderzoek waren de belangrijkste ondernemingen op de Europese en wereldmarkt van industriegassen, waaronder Messer, akkoord gegaan met de wijziging van hun verkoopvoorwaarden. De NMa volgt in het besluit uiteindelijk de lijn van het Commissieonderzoek en de in die context gemaakte afspraken.

Besluiten inzake bezwaar

Enkele uitzonderingen daargelaten, dient tegen besluiten van de NMa eerst bezwaar te worden gemaakt op grond van artikel 8:1 lid 1 Awb, jo. artikel 7:1 lid 1 Awb, alvorens tegen het besluit beroep mogelijk is bij de Rotterdamse rechter. Deze tussenstap op weg naar de onafhankelijke rechter kost tijd en geeft – volgens critici – de NMa de kans om de onderbouwing van een besluit aan te scherpen voordat een rechter zich over het besluit gaat buigen.

In 1999 heeft de NMa 24 besluiten op bezwaar genomen. In geen van de gevallen werden de gronden voor bezwaar volledig gegrond beschouwd. Slechts in drie gevallen achtte de NMa de gronden (en dan nog gedeelte-

lijk) gegrond. De kans op succes bij bezwaar lijkt daarmee wel erg klein.

Gedeeltelijke gegrondheid van bezwaar

In zaak 995, Vereniging Organisatie van Nederlandse Tandprothetici (hierna: ONT), had de NMa schriftelijk aan ONT medegedeeld dat uiterlijk acht maanden na ontvangst van de klacht een besluit zou worden genomen. Nadat de NMa na de termijn van acht maanden niets van zich liet horen maakte ONT bezwaar op grond van artikel 6:2 onder b Awb; bezwaar tegen het niet tijdig nemen van een besluit. In het besluit op bezwaar wordt het bezwaar van ONT dat de gestelde termijn van acht maanden was overschreden, gegrond geacht. Vervolgens wordt te kennen gegeven dat het, gezien met name 'de complexe feitelijke situatie', redelijk was dat de NMa binnen zes maanden na het besluit op bezwaar over de uitkomst van het onderzoek zou berichten. Ook in zaak 5, Kunstzinnige vorming en Onderwijs komt de NMa tot een gedeeltelijke grondverklaring van de gronden van bezwaar tegen de afwijzing van een klacht. Het besluit op bezwaar hield echter niet meer in dan een lichte aanscherping van het eerder genomen besluit. Ook in zaak 681 en 979, ASV Diensten kwam de NMa slechts tot een dergelijke lichte aanscherping.

In zaak 379, Koninklijke Nederlandse Maatschappij voor Diergeneeskunde (KNMvD), gaat de NMa een stap verder. In haar besluit had de NMa een ontheffingsaanvraag afgewezen ten aanzien van een aantal KNMvD-regelingen. De KNMvD maakte bezwaar op grond van het feit dat de NMa niet voldoende onderzoek zou hebben verricht naar de relevante feiten. Daarnaast was volgens de KNMvD de motivering 'onnodig algemeen'. De NMa gaat in het besluit op bezwaar over tot een tweede uitgebreide beoordeling van het betreffende reglement. Aan de hand van deze laatste beoordeling komt de NMa tot de conclusie dat het reglement met uitzondering van één artikel geen inbreuk maakt op artikel 6 lid 1 Mw. Een ontheffing blijkt derhalve niet nodig daar waar de NMa in eerste instantie juist kwam tot een afwijzing, omdat ten aanzien van het reglement niet voldaan was aan de cumulatieve voorwaarden van artikel 17 Mw.

Kennelijk niet-ontvankelijk bezwaar

In 1999 kwam de NMa in 6 besluiten op bezwaar tot de niet-ontvankelijkheid van de bezwaar makende partij. De NMa kwam hiertoe op grond van uiteenlopende gronden.

Bezwaar is mogelijk tegen een *besluit* in de zin van artikel 1:3 Awb. Conform dit artikel is een besluit een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling. In zaak 381, Vereniging Belangen Behartiging Schilderbedrijven ('BBS'), kwam de NMa in een besluit op bezwaar tot de kennelijke niet-ontvankelijkheid aangezien het ging om bezwaar tegen een voorlopig oordeel van de NMa. In eerste instantie had de NMa, in een voorlopig oordeel, aangege-

ven dat de ontheffing zou worden afgewezen en dat een rapport conform artikel 59 Mw zou worden opgemaakt, tenzij partijen binnen vijf weken de aangemelde regeling zouden intrekken. Een dergelijk voorlopig oordeel kwalificeerde de NMa in bezwaar niet als besluit aangezien het was 'bedoeld om partijen in de gelegenheid te stellen, ervoor te kiezen de beoordeelde overeenkomsten en het daarop betrekking hebbende ontheffingsverzoek in te trekken, zodat hun verzoek niet tot een procedure hoeft te leiden, met alle daarmee gemoeide tijd en kosten van dien'.

Een bezwaarschrift moet tevens voldoen aan bepaalde andere eisen. Met name de artikelen 6:4 lid 1 Awb (absolute bevoegdheid), 6:5 lid 1 Awb (inhoud van bezwaarschrift), en 6:7 Awb (termijn voor indiening) spelen hierbij een belangrijke rol. In zaak 155, Erasmus Muziekproducties B.V., gaf de NMa tot tweemaal de mogelijkheid om de verzuimen in het bezwaar ten aanzien van artikel 6:5 Awb te herstellen. In eerste instantie gaf zij daartoe een termijn van vier weken en in tweede instantie één week onder de voorwaarde dat bij het achterwege blijven van de benodigde aanvullingen de niet-ontvankelijkheid zou worden uitgesproken. Bij de beoordeling van het bezwaar achtte de NMa de termijnen zoals gehanteerd in deze zaak redelijk. Ook in zaak 118, Ontwikkelingsbedrijf Rotterdam vs. NOZEMA, kwam de NMa tot niet-ontvankelijkheid omdat het bezwaarschrift niet binnen de gestelde termijn (nader) werd gemotiveerd. In dit geval ging de NMa op verzoek van de partij zelfs over tot verlenging van de termijn na vier weken met nog eens 30 dagen. Ondanks het feit dat dit gebeurde op eigen verzoek van de betreffende partij kwam er echter nimmer een gemotiveerd bezwaarschrift.

Ook moet er in geval van bezwaar sprake zijn van een belanghebbende in de zin van de Awb. In zaak 130, Essers vs. NV TeleKabel, nam de NMa het standpunt in dat Essers geen belanghebbende was. Essers maakte bezwaar en werd niet-ontvankelijk verklaard terwijl hij zelf geadresseerde was van het bestreden besluit. Volgens de NMa was zijn belang niet rechtstreeks en niet individualiseerbaar. De andere partij in deze zaak, NV TeleKabel werd ook niet-ontvankelijk verklaard, echter op basis van andere gronden. In het bestreden besluit had de NMa het aannemelijk geacht dat geen sprake was van een inbreuk op artikel 24 Mw, dat nader onderzoek niet gerechtvaardigd was en dat het verzoek van Essers (de klacht) werd afgewezen. De NMa zag geen mogelijkheid dat NV TeleKabel door het bezwaar een verbetering van rechtspositie zou kunnen bereiken en concludeerde tot niet-ontvankelijkheid op grond van de afwezigheid van materieel belang.

Er moet overigens wel sprake zijn van bezwaar en bijvoorbeeld niet van een nieuwe klacht. Naar aanleiding van zaak 1092, IT Holland vs. Microsoft, waarin de klacht van IT Holland werd afgewezen, maakte IT Holland bezwaar binnen de gestelde termijn van zes weken. Echter, bij de beoordeling van de gronden werd geconstateerd door de NMa dat in het bezwaar een andere klacht was voorge-

legd dan die welke in het bestreden besluit was beoordeeld. De NMa verklaarde vervolgens het bezwaar ongegrond maar stelde wel vast dat de daartoe competente afdeling van de NMa, de sectie Onderzoek, Toezicht en Ontheffingen, de klacht zoals geformuleerd tijdens de bezwaarprocedure, in behandeling zou nemen.

Overheid als onderneming?

In drie besluiten op bezwaar gaat de NMa dieper in op het handelen van overheidsorganen als onderneming in de zin van artikel 6 Mw. Artikel 1 sub f Mw verwijst voor een uitleg van het begrip 'onderneming' naar het ondernemingsbegrip van artikel 81 lid 1 EG. Het Hof van Justitie van de EG heeft dit begrip uitgelegd als elke eenheid die economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvormen en de wijze waarop zij wordt gefinancierd. Het Hof maakt in rechtspraak een verschil tussen de handelingen die door een overheidsorgaan worden verricht in het kader van de uitoefening van overheidsgezag en die waarin economische activiteiten van industriële of commerciële aard worden verricht. Hierbij is onder meer van belang of het overheidsorgaan een taak opgedragen heeft gekregen op grond van een wettelijke bepaling of een daarvan afgeleide regeling.

In zaak 119, Loke e.a. vs. CBR, werd in bezwaar gesteld dat de NMa het Centraal Bureau voor Rijvaardigheid ten onrechte niet heeft gekwalificeerd als 'onderneming' in de zin van artikel 6 lid 1 Mw. In de beoordeling op bezwaar kijkt de NMa specifiek naar het wettelijk kader waarbinnen het CBR opereert. De NMa stelt hierbij vast dat de taak die het CBR wettelijk opgedragen heeft gekregen betrekking heeft op het uitoefenen van overheidsgezag. De NMa stelt: 'De zorg voor de veiligheid van het wegverkeer moet immers worden beschouwd als een taak van algemeen belang die behoort tot de kerntaken van de Staat'. In zaak 101, Bloemenmarkt Amsterdam, moest de NMa eveneens oordelen over bepaalde activiteiten van een overheidsorgaan, in dezen de gemeente Amsterdam: het in erfpacht geven van een perceel gelegen aan de Singel in Amsterdam. De Gemeente stelde daarbij als eis dat geen andere economische activiteiten werden verricht op het perceel dan de verkoop van bloemen, planten, struiken, etc. De NMa kwalificeerde de 'commerciële exploitatie van grond door een gemeente, of het nu verkoop, verhuur of uitgifte in erfpacht betreft niet [...] als een overheidsprerogatief'. Het opnemen van het assortimentsvoorschrift in de erfpachtovereenkomst kwam echter niet voort uit ondernemersoverwegingen. Volgens de NMa vervulde de gemeente hiermee geen andere rol dan wanneer zij als overheidsorgaan zou optreden. De NMa zag in het assortimentsvoorschrift een bepaling die het algemeen en publiek belang diende te beschermen, namelijk het behoud van het karakter en aanzien van de bloemenmarkt aan welke het betreffende perceel gelegen was.

In zaak 6, Happy Radio, kwalificeerde de NMa de Stichting Algemene Programma Raad ('APR') als een bij

wet verplicht adviesorgaan dat geen economische activiteiten uitoefent. De APR werd in deze niet aangemerkt als een onderneming en hierbij nam de NMa het volgende in overweging. Het advies van de APR ziet enkel toe op de pluri-forme samenstelling van het pakket omroepprogramma's dat een zender aanbiedt. Derhalve worden de beslissingen ten aanzien van het uiteindelijke commerciële beleid door de zenders zelf, onafhankelijk van de APR, genomen.

Wet openbaarheid van bestuur

In een aantal besluiten inzake bezwaar werd nader ingegaan op het belang van de Wet openbaarheid van bestuur (WOB). Artikel 2 WOB biedt een algemene openbaarmakingsregeling, welke terugtreedt wanneer elders in of krachtens de wet een bijzondere regeling is getroffen. Daarbij geldt dat een eventuele bijzondere regeling zoveel mogelijk WOB-conform moet worden geïnterpreteerd.

In verschillende zaken heeft de NMa aangegeven de Mededingingswet te beschouwen als een aan de WOB derogerende uitputtende openbaarmakingsregeling. In zaak 882, Amicon Zorgverzekeraars werd bezwaar gemaakt tegen het niet openbaar maken in het besluit van de ratio achter een merkenvoorkeurlijst, welke door verzekeraar Amicon werd gehanteerd. De NMa stelt in haar beoordeling dat uit de toelichting op artikel 44 Mw blijkt dat juist met het oog op de bescherming van vertrouwelijke gegevens is afgezien van het van toepassing verklaren van de voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb. Er is voor gekozen om geen toepassing te geven aan artikel 3:11 Awb, dat in het geval van een openbare voorbereidingsprocedure ter inzage legging van de op de aanvraag betrekking hebbende gegevens voorschrijft. Artikel 44 lid 3 Mw bepaalt dat een beschikking bij de NMa ter inzage wordt gelegd, met uitzondering van de gegevens die op grond van artikel 10 WOB niet voor verstrekking in aanmerking komen. De NMa onderschrijft dan ook, zoals hierboven reeds gesteld, dat de Mededingingswet een aan de WOB derogerende uitputtende openbaarmakingsregeling is.⁴

(Voorlopige) last onder dwangsom

Een voorlopige last onder dwangsom kan worden opgelegd op grond van artikel 83 lid 1 Mw indien aanneemelijk is dat artikel 6 lid 1 Mw of artikel 24 Mw is overtreden, en onverwijlde spoed, gelet op de belangen van de door de overtreding getroffen ondernemingen of het belang van instandhouding van een daadwerkelijke mededinging, dat vereist. Het begrip onverwijlde spoed is nog niet volledig uitgekristalliseerd. In ieder geval kan onder onverwijlde spoed worden verstaan de situatie waarin een enige concurrent op de relevante markt, van die markt verdrongen dreigt te worden. In een dergelijk geval is sprake van een onomkeerbaar gevolg voor zowel de getroffen

⁴ Zie tevens zaak 1231, Vendex/KBB (inzage EIM-rapport).

onderneming als voor de mededinging in de markt. In zaak 803, Edipress vs. Audax, was sprake van een dergelijke situatie en in deze zaak oordeelde de NMa dan ook resoluut dat voldaan was aan het vereiste van voldoende spoedeisend belang.

Artikel 58 lid 3 Mw bepaalt onder meer dat artikel 5:34 lid 1 Awb van toepassing is op de oplegging van een last onder dwangsom. Als gevolg heeft de NMa de mogelijkheid om de last onder dwangsom op te heffen indien sprake is van blijvende of tijdelijke, gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid voor de overtreder om aan zijn verplichtingen te voldoen. In zaak 1175, Visie Marketing en Media moest de NMa een dergelijke intrekking van een last onder dwangsom beoordelen. De NMa stelt vast dat onderzocht dient te worden of de geadresseerde van de last nog in staat mag worden geacht zijn verplichtingen na te komen. Het is in deze niet relevant of de overtreder een verwijt kan worden gemaakt van het feit dat hij zijn verplichtingen niet meer kan nakomen. Volgens de NMa waren de omstandigheden dusdanig veranderd dat van nakoming geen sprake meer kon zijn. Verder vreesde de NMa niet voor herhaling van de overtreding. De NMa achtte de intrekking van de last onder dwangsom in dit besluit derhalve gerechtvaardigd.

Besluiten inzake klachten

Feiten voor of na 1 januari 1998?

Evenals in 1998 heeft de NMa in 1999 klachten afgewezen omdat de feiten waarover werd geklaagd plaatsvonden voor de inwerkingtreding van de Mw. Zo besloot de NMa in zaak 49, Triple A Trading vs. Veenman, de klacht af te wijzen omdat de relevante gedragingen van het bedrijf Veenman hadden plaatsgevonden vóór de inwerkingtreding van de Mw op 1 januari 1998. Er was sprake van een eenmalige gedraging, die niet na de inwerkingtreding van de Mw was voortgezet. Desondanks nam de NMa toch de moeite om na te gaan of Veenman artikel 24 Mw zou hebben overschreden indien de bestreden gedraging zou hebben plaatsgevonden na inwerkingtreding van de Mw en kwam tot de conclusie dat dit niet het geval zou zijn geweest.

In zaak 802, Edipress vs. Audax, werd gesteld dat de NMa weliswaar oordeelt over gedragingen die na 1 januari 1998 hebben plaatsgevonden, maar dat de bevoegdheid tot onderzoek niet beperkt is tot het vorderen van inlichtingen en inzage in zakelijke gegevens en bescheiden van na die datum, indien het gevorderde betrekking heeft op gedragingen die vóór 1 januari 1998 plaatsvonden en na die datum voortduren. De NMa wees voorts op het feit dat eerder onder de Wet op de economische mededinging door de Minister van Economische Zaken gegeven aanwijzingen aan Betapress en AKO (werkmaatschappijen van Audax) op grond van artikel 104 lid 1 Mw, konden worden aange-merkt als een last als bedoeld in artikel 56 lid 1 sub b Mw.

Wie kan klagen?

Het indienen van een klacht kan worden gezien als een verzoek aan een bestuursorgaan tot het nemen van een besluit in de zin van artikel 1:3 lid 3 Awb. Volgens deze bepaling moet degene die een dergelijk verzoek doet een belanghebbende zijn. De NMa heeft in haar korte bestaan reeds enkele malen een dergelijk verzoek afgewezen omdat de klager niet als belanghebbende kon worden beschouwd.⁵

In zaak 1225, Unipart vs. Libertel, besloot de NMa het verzoek van Unipart om artikel 56 Mw toe te passen niet in behandeling te nemen omdat Unipart niet als belanghebbende kon worden beschouwd in de zin van artikel 1:2 lid 1 Awb. Unipart, de moederonderneming van UniqueAir, gevestigd te Oxford, was actief op het gebied van mobiele telecommunicatiediensten. Unipart is een 'service provider' die haar mobiele telecommunicatiediensten ook aanbiedt in Nederland via een nevenvestiging en heeft om die reden tevens een Service Provider Overeenkomst (hierna:SPO) afgesloten met Libertel. Volgens Unipart waren een aantal bepalingen in de SPO in strijd met artikel 6 Mw. De reden van indiening van de klacht was de weigering van Libertel om medewerking te verlenen aan het voornemen van Unipart haar klantenbestand aan een derde onderneming over te dragen. De bewuste bepalingen in de SPO beoogden volgens Unipart dat het klantenbestand van de Service Provider slechts aan Libertel overgedragen mocht worden en vormden volgens UniqueAir een mededingingsbeperking in de zin van artikel 6 Mw. Enkele maanden later werd door Talkline Benelux B.V. het Nederlandse klantenbestand van UniqueAir overgenomen. De SPO met Libertel werd opgezegd. Als gevolg van deze handelingen was UniqueAir niet meer actief op de Nederlandse markt voor mobiele telecommunicatiediensten en UniqueAir werd om die reden door de NMa niet meer als belanghebbende beschouwd.

NMa stelt prioriteiten

Het aantal besluiten waarin de NMa heeft benadrukt dat zij beleidsvrijheid heeft om na ontvangst van een klacht al dan niet een nader onderzoek in te stellen naar een mogelijke inbreuk op de Mededingingswet, is aanzienlijk toegenomen. De argumenten om een klacht niet verder in behandeling te nemen, zijn steeds nagenoeg hetzelfde. In de meeste besluiten zijn vergelijkbare, zo niet dezelfde, redenen aangevoerd. Voorbeelden zijn zaak 34, Datacom vs. E-Trade, zaak 280, W.H.P. van Veldhuysen – Voorburgse huisartsen, zaak 1006, 'X' vs. BP Nederland vof, en zaak 1031, Vak-fotografie Nederland vs. VNU Tijdschriften.

Vaak stelt de NMa vast dat er twijfel is of nader onderzoek zal leiden tot de conclusie dat er sprake is van een overtreding van artikel 24 Mw. Ook weegt duidelijk mee dat de eventuele 'baten' van een nader onderzoek (preventieve effecten van eventueel te treffen maatregelen)

⁵ Zaak 130, Essers-NV Telekabel en zaak 104, Tandprothesespecialist tegen Zorgverzekeraars.

niet in verhouding lijken te staan met de 'kosten' die met een dergelijk nader onderzoek gepaard zouden gaan, gelet op de benodigde middelen en mensen van de NMa. Ten derde is van belang de omstandigheid dat naar de huidige stand van zaken, als gevolg van de inwerkingtreding van de Mw, een zeer groot aantal ontheffingsverzoeken bij de NMa is ingediend en dat de Mw uitdrukkelijke termijnen stelt voor de behandeling van deze verzoeken. Derhalve is volgens de NMa het stellen van prioriteiten 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.

Dat de NMa haar prioriteiten bij de behandeling van ontheffingsverzoeken heeft liggen, moge inmiddels duidelijk zijn. Of het een wenselijke ontwikkeling is dat klachten op deze manier niet in behandeling worden genomen valt echter te betwijfelen. Voorzover bekend is deze stelling van prioriteiten nog niet onderworpen geweest aan bezwaar en beroep. Het zou interessant zijn om te bezien of de NMa in bezwaar deze argumentatie handhaaft en hoe de rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het Bedrijfsleven oordelen over deze motivering van de NMa.

Inbreuk op artikelen 6 en/of 24 Mw?

Het begrip 'onderneming'

In eerdere besluiten is de NMa ingegaan op het begrip onderneming, en heeft onder verwijzing naar het EG-mededingingsrecht nadere invulling gegeven aan het begrip onderneming.⁶ Vermeldenswaard is in dit kader de zaak 952, notarissen te Breda, waarin de NMa besloot dat notarissen ondernemingen zijn in de zin van de Mw en dat niet slechts de maatschap als zodanig kan worden aangemerkt. De NMa volgt en verwijst naar het EG-mededingingsrecht waarin het begrip onderneming wordt omschreven als iedere entiteit die, ongeacht de rechtsvorm of wijze van financiering, een economische activiteit vervult. Notarissen bieden zelfstandig juridische diensten aan die door afnemers worden gekozen. De NMa verwees naar een beschikking van de Commissie⁷ waarin werd bepaald dat octrooi- en merkgemachtigden als onderneming kunnen worden aangemerkt omdat zij op duurzame grondslag tegen beloning hun diensten verlenen. Het feit dat hun beroep ook bij wet gereguleerd is doet niet af aan de aard van de economische activiteit.

Artikel 6 Mw: verbod van mededingingsafspraken

In diverse klachten stond centraal of door de beklagde het verbod van artikel 6 Mw was geschonden. In zaak 413, Leidse Stripshop vs. PS Games, bleek dat winkeliers onderling prijsafspraken hadden gemaakt met betrekking tot een bepaald product, en dat deze afspraken in principe onder het verbod van artikel 6 Mw vielen. Echter, het aantal betrokken bedrijven en de omzetten van de desbetreffende winkels waren zo laag dat er hoogstwaarschijnlijk sprake was van een bagatel in de zin van artikel 7

Mw. De NMa merkt wel op dat de afwijzing niet wegneemt dat indien er nieuwe feiten boven tafel komen, er, mede afhankelijk van de prioritering van de NMa, een nieuw onderzoek kan worden ingesteld.

In zaak 280/9 Van Velthuysen vs. Voorburgse Huisartsen, stelde de heer Van Velthuysen dat er tussen de huisartsen in Voorburg een overeenkomst zou bestaan die in zou houden dat huisartsen in principe niet elkaars patiënten zullen overnemen. De NMa stelt dat indien er in casu een inbreuk is op artikel 6 Mw er niet alleen een onderzoek dient te worden ingesteld naar de afspraken tussen de Voorburgse huisartsen, maar ook naar de door de Landelijke Huisartsen Vereniging (LHV) genomen besluiten. Een dergelijk onderzoek is zeer arbeidsintensief en door klager was te weinig nadere onderbouwing aangedragen om zijn stelling te staven; de NMa zag (nog) geen aanleiding om een nader onderzoek in te stellen.

In zaak 1561, Free Record Shop vs. KVB, werd bepaald dat de klacht van Free Record Shop tegen de vaste boekenprijs moest worden afgewezen omdat hierop een ontheffing van toepassing is tot 2005. De Europese Commissie had de KVB (Koninklijke Vereeniging ter bevordering van de belangen des Boekhandels) te kennen gegeven dat het Reglement Handelsverkeer niet onder de toepassing van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag valt, omdat de prijsvaststelling van geïmporteerde boeken was verwijderd. Onder de WEM was door de Minister van Economische Zaken een ontheffing verleend, waardoor deze ontheffing doorwerft onder de Mw op grond van artikel 102 Mw. Op grond daarvan is de NMa niet bevoegd de verleende ontheffing van het verbod van verticale prijsbinding geheel of gedeeltelijk in te trekken of te wijzigen. De wijzigingen die de KVB had doorgevoerd in het Reglement Handelsverkeer nadat de ontheffing was verleend, hebben geen gevolgen met betrekking tot de geldigheid, aangezien deze wijzigingen hebben geleid tot een versoepeling van de mededingingsrechtelijke gevolgen.

Artikel 24 Mw: misbruik van machtspositie

In verreweg de meeste klachten die gaan over misbruik van machtspositie werd geconcludeerd dat het niet aannemelijk was dat er sprake is van schending van artikel 24 Mw.⁸ In vele zaken komt de NMa niet toe aan het afbakenen van de relevante markt. De NMa gaat desondanks soms wel in op de gedraging waarover wordt geklaagd, hetgeen een afwijking inhoudt van de gebruikelijke toetsing door de Europese Commissie en het Hof. Zo gaat de NMa in zaak 118, Ontwikkelbedrijf Rotterdam (OBR) vs.

6 Zie onder meer zaak 10, Bloemenmarkt Amsterdam; zaak 52, Hotel Zuiderduin vs. Brandweer; zaak 5 Kunstzinnige vorming en onderwijs, en zaak 119 Loke vs. CBR.

7 Beschikking van 30 januari 1995 (Pb. EG L122, inzake Coapi).

8 Zie onder meer zaak 1060, Van Wieringen vs. Zorg en Zekerheid; zaak 34, Datacon vs. E-Trade; zaak 1031, Stichting Vakfotografie Nederland vs. VNU Tijdschriften.

Nozema, in op de mogelijkheid van excessieve prijsstelling door Nozema. De klacht van OBR richtte zich tegen de tariefstelling van Nozema voor het verzenden c.q. distribueren van verkeersinformatie door middel van Radio Data System/Traffic Message Channel. OBR stelde dat de bedragen die Nozema vroeg voor de jaarlijkse bijdrage, de basisprijs en de abonnementskosten buiten alle proporties zijn. De NMa gaat uitgebreid in op de kostenberekening van Nozema en neemt vervolgens de prijsstelling van Nozema onder de loep. De NMa achtte het zeer aannemelijk dat het startbedrag dat Nozema hanteert correct is en een juiste basis is voor de daadwerkelijke berekening van de kosten. Opvallend is dat de NMa ten slotte ook nog aan 'benchmarken' doet. De NMa stelt dat de prijs die BP voor het verzenden van verkeersinformatie heeft berekend soortgelijk is aan de prijs en berekeningsmethode van Nozema. Dit zou erop kunnen duiden, aldus de NMa, dat de prijs gesteld door Nozema een marktconforme prijs is en er derhalve geen sprake is van een excessief hoge prijs.

In zaak 1114, Dutch Farm vs. Dopharma, stelde Dutch Farm dat Dopharma misbruik maakte van haar machtspositie vanwege de leveringsweigering en de doorhaling dan wel niet-verlenging van de registratie van het diergeneesmiddel Levamisol Oraal. De NMa stelde dat het niet aannemelijk was dat er sprake was van misbruik op grond van het doorhalen c.q. niet-verlengen van de registratie van het geneesmiddel, dan wel het niet-verlenen van een licentie voor het productie- en/of verkooprecht. Volgens de NMa moeten er andere omstandigheden zijn die maken dat er sprake is van misbruik. Zo was er niet aangetoond dat Dopharma opzettelijk tot doorhaling was overgegaan om Dutch Farm te benadelen.

Voorlopige last onder dwangsom

In 1999 heeft de NMa twee klachten ontvangen waarin werd verzocht om een voorlopige last onder dwangsom op grond van artikel 83 Mw. Dit verzoek werd gedaan in zaak 1114, Dutch Farm Veterinary Pharmaceuticals B.V. tegen Dopharma International B.V., en zaak 1365, WilMar Press and Productions tegen NOS. De NMa wees in beide gevallen het verzoek af. Ingevolge artikel 83 lid 1 Mw kan de NMa een voorlopige last onder dwangsom opleggen indien 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 instandhouding van een daadwerkelijke mededinging, dat vereist. In deze zaken stelde de NMa voorop dat de NMa terughoudend gebruikmaakt van deze bevoegdheid. Deze praktijk lijkt aan te sluiten bij hetgeen de wetgever met artikel 83 Mw heeft beoogd. Slechts in die gevallen waarin een overtreding van zodanige aard is dat niet gewacht kan worden op het nemen van een (boete)beschikking of het opleggen van een last kan worden overgegaan tot het opleggen van een voorlopige last onder dwangsom. De hoofdregel in het systeem van de Mw is immers dat aan de oplegging van een sanctie een

onderzoek voorafgaat, dat uitmondt in een rapport. In 1999 lijkt de NMa de in 1998 ingeslagen weg te volgen.⁹

In Dutch Farm geeft de NMa expliciet aan, naast het vereiste van onverwijlde spoed, waarom geen voorlopige last onder dwangsom wordt opgelegd. Ten eerste betrof het slechts één diergeneesmiddel uit een pakket van diergeneesmiddelen van een onderneming met activiteiten die bestaan uit meerdere productcategorieën. Daarnaast noemde de NMa het feit dat er andere diergeneesmiddelen bestaan die gedeeltelijk en zelfs geheel substitueerbaar zijn met het betreffende middel. Ten derde werd het geneesmiddel op de markt verhandeld; het was derhalve verkrijgbaar voor dierenhouders en veehouders.

In zaak 1365, WilMar Press, was het volgens de NMa zeer aannemelijk dat er sprake was van een prima facie overtreding van artikel 24 Mw, maar dat aan het vereiste van onverwijlde spoed niet was voldaan. Ten eerste had WilMar Press onvoldoende aannemelijk gemaakt dat er zich ingrijpende onomkeerbare gevolgen dreigden voor te doen, indien de uitkomst van een onderzoek zou moeten worden afgewacht. De NMa zag zich gesterkt in dit oordeel door het feit dat WilMar Press zelf geen aanleiding zag om onmiddellijk na het besluit in zaak 1, De Telegraaf/NOS van 10 september 1998, al het mogelijke te doen om de programmagegevens te verkrijgen. Zo had WilMar Press geen gebruikgemaakt van de mogelijkheid om een kort geding te voeren. Volgens de NMa kan van een partij die stelt een spoedeisend belang te hebben bij de beëindiging van een handelen dat indruist tegen de Mw, binnen redelijke grenzen worden geveerd dat zij gebruikmaakt van de mogelijke civielrechtelijke instrumenten.

In zaak 803, Edipress vs. Audax, besloot de NMa bij besluit van 11 augustus 1998 om Audax een voorlopige last onder dwangsom op te leggen, omdat aannemelijk was dat Audax misbruik maakte van haar machtspositie op de markt voor de distributie en verkoop van buitenlandse dagbladen en tijdschriften. Audax diende een bezwaarschrift in. Dit bezwaarschrift werd ongegrond verklaard en het besluit van 11 augustus 1998 werd gehandhaafd. Bij besluit van 21 december 1999 heeft de NMa de voorlopige last onder dwangsom opgeheven. De reden voor opheffing was dat de voorlopige last was opgelegd ten behoeve van Edipress en dat deze haar activiteiten had gestaakt. Van de zijde van Edipress was meegedeeld dat de last correct was nageleefd en er derhalve geen dwangsommen waren verbeurd.

Boete

In het jaar 1999 heeft de NMa drie keer een boete opgelegd. Eén boete wegens het schenden van de medewerkingsplicht en twee boetes wegens materiële gronden.

⁹ Zaak 1, Holdingmaatschappij De Telegraaf vs. NOS en HMG, ov. 6.3; zaak 134, Pollectro Plaza vs. Bang & Olufsen Nederland; zaak 758, Chilly vs. G-Star; zaak 1072, Escensum Holland en zaak 490, Bookbridge vs. PIT Post.

In voornoemde zaak 802, Edipress tegen Audax, heeft de NMa aan Audax een bestuurlijke boete opgelegd op grond van artikel 69 Mw, omdat Audax weigerde gehoor te geven aan de medewerkingsplicht van artikel 5:20 Awb. Audax had volgens de NMa geen medewerking verleend door vragen niet te beantwoorden en geen gehoor te geven aan herhaalde verzoeken van de NMa om ontbrekende stukken over te leggen. De NMa stelde een rapport op waarvan de conclusie luidde dat Audax de medewerkingsverplichting van artikel 5:20 Awb niet was nagekomen. Vervolgens maakte de NMa aan Audax haar voornemen kenbaar om Audax een boete en een last onder dwangsom op te leggen. De NMa handhaafde, na opmerkingen van Audax, haar conclusie dat Audax in strijd handelde met artikel 5:20 Awb en legde Audax een boete op van f 10.000.

Op 26 augustus 1999 werd SEP een boete opgelegd. Dit besluit kreeg veel aandacht in de pers, temeer omdat er een relatief hoge boete werd opgelegd, te weten f 14 miljoen. Er werd zelfs gesuggereerd dat het om een publiciteitsstunt zou gaan en dat de NMa zich met een dergelijk bedrag wilde profileren. Het is niet verwonderlijk dat dit besluit reeds uitgebreid is besproken in diverse vaktijdschriften.¹⁰

Aanleiding van deze procedure vormde een klacht tegen SEP van Norsk Hydro Energy (namens haar dochter Hydro Agri). De klacht had betrekking op de weigering van SEP om een aanbod te doen voor het transport van door Hydro Agri te importeren elektriciteit vanaf de Nederlandse grens naar Borsele. SEP stelde als voorwaarde vooraf dat Hydro Agri moest bewijzen dat zij geen elektriciteit zou doorleveren aan distributiebedrijven. Het stellen van deze voorwaarde zou niet aanvaardbaar zijn aangezien SEP deze voorwaarde niet stelt aan andere ondernemingen. Volgens de NMa heeft SEP op de Nederlandse markt een economische machtspositie met betrekking tot het interregionaal transport van elektriciteit. Het koppelnet van SEP (220/380kV) vormde de enige reële mogelijkheid voor Hydro Agri om geïmporteerde elektriciteit te laten transporteren; zowel voor wat betreft transport over de grenzen als transport binnen Nederland. Ondanks een beroep door SEP op de Elektriciteitswet 1989 werden de leveringsweigering en de door SEP gestelde voorwaarde voor levering, aangemerkt als misbruik van een economische machtspositie.

Bij de vaststelling van de hoogte van de boete werd ingevolge artikel 27 lid 2 Mw, met name rekening gehouden met de ernst en de duur van de overtreding. De NMa was van mening dat de weigering en het stellen van voorwaarden om transportdiensten te verrichten een zeer ernstige inbreuk opleverden. Het koppelnet van SEP was immers een 'essential facility'. De inbreuk duurde van 9 april 1998 (brief van SEP waarin transport werd geweigerd) tot 1 oktober 1998 (overdracht door SEP van alle activa aan TenneT, de nieuwe landelijk netbeheerder). Daarmee kwam de duur van de inbreuk op ongeveer zes maanden

hetgeen volgens de NMa een indicatie is voor een lagere boete. Voorts hield de NMa rekening met het feit dat SEP niet eerder met vergelijkbare klachten was geconfronteerd. Daarnaast was het niet aannemelijk dat Hydro rechtstreekse schade als gevolg van de gedraging had geleden. Voorts werd overwogen dat de elektriciteitsmarkt zich in een bijzondere overgangssituatie van publieke naar private sector bevindt. De NMa besloot dan ook dat het boetebedrag een relatief licht karakter zou moeten hebben in verhouding tot de mogelijke maximaal op te leggen boete. De NMa komt tot een bedrag van f 14 miljoen gulden, hetgeen weliswaar gerelateerd aan de omzet van SEP laag is, maar in absolute termen toch een aardig bedrag vormt.

Kort daarna werden in zaak 952 'de Bredase notarissen' bestraft, wegens een inbreuk op het verbod van artikel 6 lid 1. Volgens de NMa bestond er sinds 1947 een overeenkomst tussen alle notarissen te Breda met betrekking tot een verdeling per toerbeurt van opdrachten tot het passeren van akten afkomstig van de gemeente Breda. Tevens bleek dat er een afspraak bestond inzake het niet overnemen van personeel van elkaar zonder elkaars toestemming. De NMa kwalificeerde deze overeenkomst als een marktverdelingsovereenkomst hetgeen een zeer ernstige overtreding opleverde van het verbod van artikel 6 lid 1 Mw. Dit heeft de NMa dan ook laten meewegen in de beoordeling van de hoogte van de boete. Echter, omdat de Mw pas op 1 januari 1998 in werking is getreden, kan de overeenkomst pas vanaf die datum worden aangemerkt als een overtreding waarop het sanctie-instrumentarium van de Mw van toepassing is. De duur van de overtreding bedroeg dus in totaal 15 maanden. Ook hield de NMa rekening met het feit dat de notarissen de overtreding na de constatering ervan in het NMa-rapport niet hebben voortgezet; de notarissen maakten er 'zelfstandig' een einde aan. Voorts had de afspraak slechts betrekking op een gedeelte van de activiteiten van de notarissen. De NMa kwam uit op een bedrag van f 20.000 per notaris, met uitzondering van drie notarissen die een lagere boete kregen opgelegd omdat zij niet voor de volle duur aan de overeenkomst hadden deelgenomen.

De criteria die de NMa hanteert bij het bepalen van de hoogte van de boete, lijken aan te sluiten bij de beschikingspraktijk van de Commissie. Het is evenwel moeilijk uit de bewoordingen van de NMa af te leiden hoe de NMa nu op een bedrag van respectievelijk f 14 miljoen en f 20.000 is uitgekomen. Het is te hopen dat de NMa in de toekomst gedetailleerder zal aangeven op welke wijze de hoogte van de boete in bepaalde zaken wordt bepaald. Voorkomen zou moeten worden dat de indruk ontstaat dat de hoogte van de boete ondanks een referentie aan abstracte termen als zwaarte en duur van de inbreuk, eigenlijk uit de lucht komt vallen.

10 Zie onder meer F.J. Leeftang, *Nieuwsbrief Mededingingsrecht* 1999, nr. 8 en M.M. Slotboom, *M&M* 1999, nr. 5, p. 151.

De NMa en de civiele rechter

Er hebben zich zaken voorgedaan waarin ten tijde van het indienen van de klacht bij de NMa, een civiele procedure bij de rechter in volle gang was. De NMa gebruikt dit gegeven in haar prioriteitstelling hetgeen meestal leidt tot de beslissing om de klacht niet verder in behandeling te nemen. Een voorbeeld is zaak 1006, 'X' tegen BP Nederland waarin de NMa tevens opmerkt dat civielrechtelijke handhaving een reëel alternatief is voor bestuursrechtelijke handhaving voor de gevallen waarin individuele belangen van justitiabelen in het geding zijn. Het algemeen belang vereist de mogelijkheid van publiekrechtelijke handhaving, aldus de NMa en in casu stonden de individuele belangen van twee partijen centraal. Het zou niet efficiënt zijn, aldus de NMa, dat twee instanties zich zonder objectieve noodzaak met hetzelfde onderzoek zouden bezighouden.

In de al eerder besproken zaak 1114, Dutch Farm Veterinary Pharmaceuticals vs. Dopharma International werd Dopharma door Dutch Farm onder meer beschuldigd van het misbruik maken van haar machtspositie door een bepaald diergeneesmiddel niet meer te leveren. In een eerder stadium had Dutch Farm in kort geding leveringen proberen af te dwingen. De President wees de gevraagde voorzieningen af. Tegen deze uitspraak stelde Dutch Farm geen hoger beroep in omdat zij van mening was dat met het voeren van een civiele procedure geen enkele tijdwinst zou worden geboekt. Dutch Farm koos daarom voor het benaderen van de NMa met het verzoek om toepassing van artikel 83 Mw, het opleggen van een voorlopige last onder dwangsom. Zoals reeds is aangegeven, stelde de NMa dat van de bevoegdheid tot het opleggen van een voorlopige last onder dwangsom zeer terughoudend gebruik wordt gemaakt. Volgens de NMa was het niet aannemelijk dat er een prima facie overtreding van artikel 24 Mw was. Verder was er geen sprake van onverwijlde spoed. Het bestaan van een onherroepelijk vonnis in kort geding werd als onderdeel van de feitelijke en juridische context door de NMa meegenomen in de beoordeling van het verzoek om toepassing van artikel 83 Mw. De NMa werd in deze zaak geconfronteerd met een klager die wel van (een deel van) de civielrechtelijke mogelijkheden gebruik had gemaakt, maar daar een onbevredigend resultaat had behaald.

Soms zit er duidelijk een spanning tussen uitspraken van de civiele rechter en de NMa. Een goed voorbeeld is zaak 570, Free Record Shop vs. Erasmus Muziekproducties. In deze zaak verbood de President van de rechtbank om live-opnamen van Soerjadi in de handel te brengen en te vermenigvuldigen tegen een prijs minder dan f 14,95. Dit vonnis heeft het Gerechtshof te 's-Gravenhage in hoger beroep bevestigd. Naar aanleiding van deze uitspraken heeft Erasmus aan 200 afnemers meegedeeld dat de desbetreffende cd alleen tegen een prijs van f 14,95 per stuk mocht worden doorverkocht. De Free Record Shop die de cd tegen een lagere prijs dan f 14,95 verkocht, werd om deze reden niet meer door Erasmus beleverd. Aan Erasmus werd een dwangsom opgelegd voor elke dag waarop zij

niet aan de last voldeed, welke inhield de bedoelde leveringsovereenkomst ter zake van voornoemde cd te wijzigen door het beding inzake de verplichte wederverkoopprijs door te halen. Erasmus diende tevens ontheffingsaanvraag in die door de NMa werd afgewezen, omdat de overeenkomsten een ernstige inbreuk opleverden op artikel 6 Mw. Hiermee ontstond de situatie waarin aan de ene kant Erasmus door de burgerlijke rechter een vonnis met dwangsom krijgt opgelegd op grond waarvan zij niet onder een bepaalde prijsgrens mag leveren. Aan de andere kant verbiedt de NMa een wederverkoopprijs vast te stellen, omdat dat een ernstige inbreuk vormt op artikel 6 Mw. De NMa achtte zich overigens bevoegd, ondanks de uitspraken van de civiele rechter, om de Mw in deze zaak toe te passen. Een dergelijke situatie is onbevredigend. Deze zaak illustreert (naast onder meer de Denda-zaken) dat er behoefte is aan regels over de wijze waarop toezichthouders als de NMa rekening (moeten) houden met rechterlijke uitspraken.

Conclusie

In het overzichtsartikel van 1998 werd de conclusie getrokken dat de NMa een voortvarende start heeft gemaakt. Deze voortvarende start is doorgetrokken naar het tweede jaar. Wel moet worden geconstateerd dat er nog steeds enkele problemen zijn die moeten worden opgelost. Zo worden veel klachten nog steeds met een onbevredigende redenering die invulling geeft aan de discretionaire bevoegdheid van de NMa, afgewezen. Het wachten is op uitspraken van rechters over de wijze waarop de NMa omgaat met deze discretionaire bevoegdheid. Redenen als gebrek aan arbeidskracht en werklust, dienen op zich geen belangrijke reden te zijn voor het besluit om een klacht niet in behandeling te nemen.

Ook de bezwaarprocedure dient zijn belang nog te bewijzen. Het lijkt er vooralsnog op dat deze tweede ronde eerder in het belang is van de NMa dan van de rechtzoekende. De NMa krijgt de gelegenheid om de argumentatie aan te scherpen terwijl de rechtzoekende kostbare tijd verliest in het nemen van de drempel naar de rechter. De neiging is groot om in een bezwaarprocedure het spreekwoordelijke kruit droog te houden voor de onafhankelijke rechter.

In de praktijk heeft de NMa wel bewezen oog te hebben voor de behoefte aan informeel overleg. Dit kan leiden tot een informele zienswijze. Een aantal ongelukkige incidenten over berichtgeving door de NMa in lopende zaken en over informele zienswijzen waarvan journalisten lucht hadden gekregen, lijkt aan te tonen dat de NMa de publicitaire teugels dient aan te trekken. Publiciteit en met name onjuiste en onvolledige publiciteit, kan zeer schadelijk zijn voor lopende procedures of informeel overleg.

Nog steeds wordt het wapen van de voorlopige last onder dwangsom met wel zeer grote terughoudendheid gehanteerd. Dit is te betreuren aangezien de realiteit is dat een rechter in kort geding vaak geen alternatief is voor de

NMa, de expert bij uitstek, met een voorlopige last onder dwangsom. Wel zijn de eerste boetes uitgedeeld in 1999. De besluiten waarin deze boetes worden opgelegd geven nog geen gedetailleerd raamwerk aan de hand waarvan de hoogte van de boete is vastgesteld. Aan een dergelijk raamwerk is echter wel degelijk behoefte.

Tot slot is in 1999 gebleken dat er regels moeten komen om te voorkomen dat de NMa en Nederlandse rechters tot tegenstrijdige uitspraken komen. Gezien het feit dat beide competent zijn naast elkaar, is er grote behoefte aan enige spelregels, zodat ook rechtzoekenden niet met lege handen blijven staan. Voor de toepassing van het mededingingsrecht kan spanning tussen deze twee belangrijke 'toepassers' zeer schadelijk zijn.