

scherwijze in een productieverhoging van ruwe benzol.<sup>13</sup> Daarnaast ontbreken negatieve gevolgen voor de mededingingsverhoudingen op het relevante markt. De productiestop van ACZ is niet het gevolg van de concurrentiedruk van Hoogovens op het Nederlandse deel van de markt, maar het logische gevolg van de bedrijfseconomische beslissing van ACZ de productie van cokes te staken. Ten derde leidt de overeenkomst niet tot coördinatie van marktgedrag tussen de partijen op de relevante markt, omdat Hoogovens niet actief is op de 'down stream'-markt van ruwe benzol.

In navolging van de Europese Commissie benadrukte de NMa expliciet de noodzaak van afwezigheid van exclusieve dan wel minimumafnameverplichtingen in *Messer*.<sup>14</sup> Gezien de marktsituatie is het onderhavige besluit mededingingsrechtelijk te billijken. In tijden van een dalende prijs van ruwe benzol was Hoogovens nooit overgegaan tot productie van ruwe benzol als Ruhrkohle niet met bepaalde langlopende zekerheden, zoals de minimumafnameverplichting en de financieringsregeling voor de verwerkingsinstallatie over de brug was gekomen. Verder biedt de overeenkomst Hoogovens een constante additionele inkomstenbron in een periode die gekenmerkt wordt door een dalende vraag naar cokesproducten. Daarnaast leidt de overeenkomst niet tot een productiebeperking van ruwe benzol of het terugtrekken uit de productie door Ruhrkohle: integendeel, de productiecapaciteit neemt juist toe. Daarnaast wordt de commerciële vrijheid van Ruhrkohle niet aangetast aangezien de ruwe benzol nog steeds bij andere aanbieders afgenomen kan worden. Onder deze omstandigheden kent de leveringsovereenkomst geen mededingingsbeperkende effecten.<sup>15</sup>

Een schoonheidsfout is de schijnbare *de minimis*-verwijzing in het besluit.<sup>16</sup> Het kartelverbod is alleen van toepassing ten aanzien van afspraken die een merkbaar mededingingsbeperkend effect hebben. Dogmatisch gezien hoeft de NMa niet naar merkbaarheid te kijken als de mededinging niet beperkt wordt.

Een laatste korte kanttekening kan geplaatst worden bij de afwijzing van de toepassing van artikel 81 EG in het kader van de decentrale werking van het Europese mededingingsrecht. Het besluit van de NMa is in dat opzicht logisch en voorspelbaar: indien er geen sprake is van een mededingingsbeperkend effect onder de Mw, dan zijn er ook geen negatieve effecten onder het Europees kartelverbod betreffende het Nederlandse deel van de Europese markt voor ruwe benzol te verwachten. In mijn ogen kan de cryptische motivering van de NMa bekritiseerd worden. Het gebruikte voorbeeld betreffende een Italiaans-Belgische overeenkomst is verwarrend.<sup>17</sup>

14 Zie voor het standpunt van de Europese Commissie onder andere het 19e Mededingingsverslag over 1989, punt 62.

15 Vgl. wat betreft het mededingingsbeperkende effect het onderhavige besluit met de uitkomsten in *BP – Shell* en Europese zaak IV/31.055, ENI/Montedison, 1987.

16 Zie punten 48-49 van het besluit.

17 Zie punt 59 van het besluit.

## ONTHEFFINGSVERZOEK METRO HOLLAND B.V. EN NS-STATIONS B.V., KLACHT SPITS B.V., ZAAKNRS. 1405 EN 1584

Besluit van de d-g NMa d.d. 11 augustus 2000

Overeenkomst tot exclusieve verspreiding landelijk gratis dagblad, beoordeling exclusiviteitsbeding, noodzakelijkheidstoetsing ex artikel 6 Mw, merkbaarheid, misbruik economische machtspositie in de zin van artikel 24 Mw. (m.nt. mr H.H.P. Lugard)

Deze zaak nam een aanvang met de op 7 juli 1999 door Metro Holland B.V. ('Metro') en NS-Stations B.V. ('NS-Stations') ingediende ontheffingaanvraag, die ziet op de door Metro en NS-Stations op 23 juni 1999 gesloten overeenkomst op grond waarvan Metro het exclusieve recht is verleend om een gratis landelijk dagblad in tabloidformaat te verspreiden op de NS-stations. Metro maakt deel uit van het Kinnevik-concern en is ook in andere landen actief in de mediasector. Op grond van de overeenkomst weigert NS-Stations BasisMedia, behorend tot het Telegraaf-concern, dat het concurrerende blad Spits uitgeeft, toegang te verlenen tot haar stations. Op 13 oktober 1999 diende deze onderneming een klacht in. De NMa besloot daarop de klacht te behandelen in het kader van de ontheffingaanvraag.

### Feiten

De overeenkomst bepaalt onder andere dat Metro het recht verleend wordt een gratis landelijke, dagelijkse krant te verspreiden op de door de NS in Nederland geëxploiteerde stations. De overeenkomst heeft een looptijd van vijf jaar en voorziet in de mogelijkheid tot verlenging. De door Metro uitgegeven krant 'Metro' verschijnt elke werkdag en wordt landelijk verspreid via bakken op ongeveer 200 van de 375 NS-stations in Nederland.<sup>1</sup> De krant is gratis en wordt gefinancierd door advertentie-inkomsten. Het blad wordt ook verspreid op de 43 metrostations in Rotterdam. Het concurrerende blad Spits verschijnt eveneens dagelijks, is ook gratis en wordt ook landelijk verspreid. De distributiemethoden van Spits wijken echter deels af van die van Metro. Weliswaar wordt het grootste deel van de oplage van Spits ook onder treinreizigers verspreid (met dien verstande dat Spits door uitdelers verspreid wordt op het voorplein van 120 van de 375 NS-stations in Nederland), maar daarnaast wordt Spits verspreid op 32 stations van de Amsterdamse metro, voor 8 metrostations in Rotterdam, in 42 op de NS-stations gevestigde AKO- en Bruna-vestigingen en op verscheidene andere afzetpunten, zoals ziekenhuizen.

1 Metro heeft tevens met de RET een exclusieve overeenkomst gesloten met een duur van vijf jaar voor de 43 metrostations van de RET in Rotterdam. Zie punt 21 van het besluit. Die overeenkomst is niet aan de NMa voorgelegd.

## A n n o t a t i e s

De markt voor landelijke, dagelijks verschijnende gratis tabloids is, aldus de NMa, nieuw. Metro en Spits zijn momenteel de enige twee uitgevers van dergelijke landelijke kranten.<sup>2</sup> Beide bladen worden sinds juni 1999 verspreid. De oplages van Metro en Spits zijn sindsdien geleidelijk gestegen tot 296.500 resp. 294.000 in juni 2000. Hoewel het besluit geen details bevat omtrent de kostenstructuur van beide bladen, suggereert het besluit dat Metro nog niet winstgevend is, hoewel de advertentieopbrengsten aanzienlijk stijgen.<sup>3</sup>

De inzet van de bij het geschil betrokken partijen betreft de weigering van NS-Stations Spits toegang te verlenen tot haar stations, waardoor Spits verhinderd wordt om haar tabloid binnen de stations uit te delen of om bakken op de NS-stations te plaatsen en haar toevlucht moet nemen tot het handmatig uitdelen van het tabloid voor de ingang van de NS-stations. Spits stelt dat zij daardoor grote hinder ondervindt bij het op de markt brengen van een krant aan treinreizigers en dat zij als gevolg van het in de overeenkomst opgenomen exclusiviteitsbeding allerlei minder toereikende, duurdere en kunstmatige initiatieven moet ontplooiën en enorme (financiële) inspanningen moet leveren om haar doelgroep te bereiken, hetgeen volgens Spits ook leidt tot nadelige effecten op de advertentiemarkt.<sup>4</sup> Voorts stelt Spits dat geen alternatief distributienetwerk voorhanden is dat als volwaardig substituut kan dienen voor het distributienetwerk van de NS en dat dat netwerk derhalve essentieel is.

### Beoordeling door de NMa

De beoordeling van het ontheffingsverzoek door de NMa richt zich allereerst op de relevante productmarkt. Evenals in zaken als *De Telegraaf-De Limburger*<sup>5</sup> en *Wegener Arcade-VNU Dagbladen*<sup>6</sup> oordeelt de NMa dat twee aparte relevante markten dienen te worden onderscheiden, lezersmarkten en adverteerdersmarkten. Hoewel de NMa zich niet definitief lijkt te willen uitspreken over de exacte relevante lezersmarkt, oordeelt zij dat landelijke, dagelijks te verschijnen tabloids qua inhoud afwijken en complementair zijn aan traditionele landelijke dagelijkse dagbladen en dat – gelet op het geringe effect van de introductie van dergelijke tabloids op de (losse) verkopen en abonnementen van landelijke dagbladen – de markt voor landelijke, dagelijks te verschijnen tabloids de meest enge relevante lezersmarkt is. De NMa verwerpt daarmee de stelling van Spits als zou de relevante lezersmarkt de (veel engere) markt zijn voor de afzet van gratis kranten voor treinreizigers. Onder verwijzing naar haar besluit in de zaak 788<sup>7</sup> overweegt de NMa daarbij dat de beoogde doelgroep slechts een van de indicatoren is die zou kunnen leiden tot de bepaling van de relevante markt, doch dat de wijze van verspreiden, de inhoud van Spits en de daarin opgenomen advertenties niet specifiek gericht zijn op treinreizigers.

Als relevante adverteerdersmarkt merkt de NMa aan de markt voor de verkoop van advertenties in landelijke dagelijkse tabloids aan landelijke adverteerders.

De toetsing van de afspraak aan de vereisten van artikel 6 Mw verloopt enigszins opvallend. Alvorens de effecten van de overeenkomst op de relevante lezersmarkt aan een nader onderzoek te onderwerpen, staat de NMa stil bij de vraag of het door Metro bedongen exclusiviteitsbeding van vijf jaar noodzakelijk is. De reden daarvoor ontleent zij aan de jurisprudentie van het Hof van Justitie, waaruit, aldus de NMa, blijkt dat de exclusiviteitsregelingen die noodzakelijk zijn voor het betreden van de markt niet zonder meer strijdig met het kartelverbod zijn. De NMa maakt korte metten met de door Metro aangevoerde noodzakelijkheid van de exclusiviteitsregeling en de duur daarvan. Van een dergelijke noodzakelijkheid kan volgens de NMa geen sprake zijn, aangezien Spits zonder een dergelijke regeling een met Metro vergelijkbare oplage heeft behaald en Metro zelf al binnen een jaar een aanzienlijke oplage heeft gerealiseerd. Ook suggereren de financiële resultaten van vergelijkbare buitenlandse tabloids van het Kinnevik-concern dat een periode van vijf jaar niet noodzakelijk is om een landelijk dagelijks tabloid op de markt te brengen.<sup>8</sup>

Niettemin oordeelt de NMa dat de exclusiviteitsregeling niet in strijd is met artikel 6 Mw. De NMa komt tot dit oordeel na de beoordeling van de toegangsmogelijkheden voor Spits en nieuwe concurrenten, alsmede de aard en structuur van de markt en de aard van het product. De NMa concludeert dat Spits, ondanks het bestaan van het exclusiviteitsbeding, op vergelijkbare wijze als Metro de relevante markt voor landelijke tabloids in Nederland heeft weten te betreden, zij het met gebruik van andere distributiemethoden. Voorts is aannemelijk dat toetreding of uitbreiding mogelijk is door het voorhanden zijn van potentiële nieuwe afzetpunten, zoals benzinstations, supermarkten en tabakswinkels.

Naast het bestaan van voldoende reële en concrete mogelijkheden om de markt te betreden, acht de NMa de volgende factoren van belang. De Nederlandse markt voor landelijke, dagelijks verschijnende tabloids is nieuw en dynamisch en de NMa acht het aannemelijk dat bereik, oplage, distributie en verkooppunten wijziging kunnen ondergaan. Voorts is geen sprake van 'gebonden' consumenten aangezien een overstap naar een concurrerend product eenvoudig is. Bovendien bestaan geen (andere) toetredingbarrières, aangezien het opzetten van een landelijk dagelijks

2 Blijkens punt 50 van het besluit wordt onder een landelijk dagelijks tabloid verstaan een landelijke krant die vijf dagen per week wordt verspreid met een kleiner formaat dan een gewone krant/dagblad, die (bijna) geheel wordt gefinancierd uit advertenties, met het accent op de weergave van persberichten en weinig redactionele inbreng.

3 Zie punt 72 van het besluit.

4 Zie resp. punten 40, 42, 43, 98 en 100 van het besluit. Zie voorts punt 27 van het besluit.

5 Besluit van 12 mei 2000 in zaak 1538, *De Telegraaf-De Limburger*.

6 Besluit van 13 maart 2000 in zaak 1528, *Wegener Arcade-VNU Dagbladen*.

7 Besluit van 13 april in zaak 788, M.L. Wolters – Uitgeverij Nijje Wolters van Bommel.

8 Zie punt 72 van het besluit.

## A n n o t a t i e s

tabloid geen grote investeringen vergt en de toegang tot adverteerders niet belemmerd wordt. Die omstandigheden brengen de NMa tot de slotsom dat de exclusiviteitsregeling niet leidt tot een merkbare beperking van de mededinging op de relevante markt. Derhalve wordt de overeenkomst geacht niet strijdig met artikel 6 Mw te zijn.

Ook van strijdigheid met artikel 24 Mw is, aldus de NMa, geen sprake. Hiertoe had Spits aangevoerd dat NS-Stations als eigenaar en in haar hoedanigheid van beheerder van de NS-stations de bevoegdheid heeft om te beslissen welke ondernemingen diensten mogen leveren (met inbegrip van het ter beschikking stellen van gratis kranten voor treinreizigers) op de NS-stations en derhalve op die 'upstream'-markt een economische machtspositie heeft. Het misbruik zou volgens Spits bestaan in de niet gerechtvaardigde weigering Spits toegang te verlenen tot die dienstenmarkt, waardoor de concurrentie beperkt wordt op de 'downstream'-markt voor de afzet van gratis kranten voor treinreizigers.

De NMa schenkt geen aandacht aan de vraag of sprake is van een economische machtspositie op de door Spits aangeduide dienstenmarkt en oordeelt uitsluitend dat de relevante downstream-markt niet de markt voor de afzet van gratis kranten aan treinreizigers is, maar als breder moet worden aangemerkt, namelijk als de markt voor landelijke, dagelijkse tabloids. De distributie van dergelijke bladen via NS-Stations is niet noodzakelijk om die laatstgenoemde markt te betreden. Aangezien Spits derhalve niet afhankelijk is van NS-Stations kan laatstgenoemde niet geacht worden over een machtspositie te beschikken. De vraag of NS-Stations misbruik maakt van een economische machtspositie behoeft derhalve niet te worden beantwoord.

Aangezien de overeenkomst niet strijdig is met het verbod van artikel 6 Mw wijst de NMa de ontheffingsaanvraag af. De klacht van Spits wordt eveneens afgewezen.

### Commentaar

Het eerste punt van aandacht betreft de toetsing van de noodzakelijkheid van het exclusiviteitsbeding. De NMa stelt dat betwijfeld kan worden of de exclusiviteitsregeling in strijd met het kartelverbod is, indien het beding noodzakelijk is om het betreffende product op de markt te brengen.<sup>9</sup> Die stelling is op zich juist, maar lijkt (onbedoeld) voorbij te gaan aan de meer universele toepassingsgeldigheid die de Europese gerechten aan een noodzakelijkheidstoets onder artikel 81 lid 1 EG toekennen. De Europese gerechten en de Europese Commissie hebben verscheidene malen in meer algemene zin geoordeeld dat de commerciële vrijheid beperkende clausules – opgenomen in een op zich geoorloofde overeenkomst – aan het kartelverbod ontsnappen mits die bepalingen objectief noodzakelijk zijn om de totstandkoming van de betreffende overeenkomst te bewerkstelligen. Die rechtspraak en beschikkingspraktijk beperken zich niet tot in verticale overeenkomsten opgenomen exclusiviteitsregelingen<sup>10</sup>, maar betreffen ook andere gevallen waarin de samenwerking als zodanig tot een meer concurrerende marktstructuur leidt<sup>11</sup> of tot gevolg heeft

dat een product of dienst op de markt verschijnt dat geen van de betrokken partijen op zich kan aanbieden.<sup>12</sup> Er lijkt niets in de weg te staan aan de toepassing van deze benadering op in beginsel elke willekeurige overeenkomst, zolang die overeenkomst niet de strekking heeft de mededinging te beperken.<sup>13</sup> De in deze gevallen verrichte toetsing van de noodzakelijkheid van de betrokken afspraak onder artikel 81 lid 1 EG is overigens strikt genomen van een andere aard dan de noodzakelijkheidstoetsing onder de derde voorwaarde van artikel 81 lid 3 EG c.q. 17 Mw, hoewel de beoordeling onder beide toetsen deels kan samenvallen. Onder artikel 81 lid 1 EG gaat het om de vraag of de restrictie noodzakelijk is om het (niet-mededingingsbeperkende) doel van de overeenkomst te bewerkstelligen. De noodzakelijkheidstoets onder artikel 81 lid 3 EG heeft daarentegen betrekking op de vraag of de clausule noodzakelijk is om de voordelen in de zin van de eerste voorwaarde van artikel 81 lid 3 EG te bereiken.

Door sommigen wordt de hierboven genoemde rechtspraak wel aangeduid als de leer van de nevenrestricties of 'ancillary restrictions', maar de aanduiding is op zijn minst onduidelijk, met name nu die aanduiding een onderscheid suggereert tussen (noodzakelijke en proportionele) restricties van wel en niet ondergeschikte aard.<sup>14</sup> Dat onderscheid lijkt – zeker in geval van niet-Covo-gevallen – niet altijd zinvol. Teneinde de toch al ingewikkelde discussie omtrent dit soort restricties niet nog meer te compliceren, is het wellicht aangewezen om in niet-Covo-situaties te spreken van 'inherente' beperkingen.<sup>15</sup>

De NMa behoeft *in casu* niet in te gaan op de algemene vraag naar de toetsing van het noodzakelijkheidsvereiste onder het kartelverbod. Anderzijds is het jammer dat de NMa dat achterwege liet, aangezien thans niet zonder meer duidelijk is in hoeverre de NMa de bovengenoemde benadering omarmt of de noodzakelijkheidstoets onder artikel 6 Mw beperkt tot exclusiviteitsregelingen ten behoeve van de introductie van een product op de markt.<sup>16</sup>

9 Zie punt 70 van het besluit, waarin de NMa verwijst naar HvJ EG zaak 56/65 Société Technique Minière vs. Maschinenbau Ulm, Jur. 1966, p. 391. Zie bijvoorbeeld ook HvJ EG, zaak 258/78, Nungesser en Eisele vs. Commissie, Jur. 1982, p. 2015 en HvJ EG zaak 161/84, Pronuptia vs. Schillgalis, Jur. 1986, p. 353.

10 Zie, *infra*, noot 9.

11 Zie bijvoorbeeld HvJ EG zaak 250/92, Gottrup-Klim vs. DLG, Jur. 1994, p. 5641.

12 Zie bijvoorbeeld P&I Clubs, IGA & P&I Clubs, Pooling Overeenkomst, Pb. EG 1999, L 125/12 en Elopak/MetalBox-Odin, Pb. EG 1990, L 209/15.

13 Indien het doel wel mededingingsbeperkend is lijkt minder ruimte te bestaan voor de toets.

14 Zie Mededeling betreffende nevenrestricties bij concentraties, mededeling van 1990, Pb. EG 1990, C 230/5. In geval van concentraties is er minder bezwaar tegen het ondergeschiktheids criterium omdat de aard van de (hoofd)transactie eenduidiger is.

15 Zie ook P&I Clubs, IGA & P&I Clubs, Pooling Overeenkomst, *supra*, noot 12, punten 65-67.

16 Vergelijk echter het besluit van 10 augustus 1999 in zaken 1157 en 1096, Millenniumbeleid van het Verbond van Verzekeraars. Zie voorts het besluit van 19 oktober 1998 in zaak 21, Interpolis & Cobac en besluit van 25 oktober 1999 in zaak 224, Inkooporganisatie MultiZorg.

## A n n o t a t i e s

De conclusie van de NMa inhoudende dat het exclusiviteitsbeding – in tegenstelling tot hetgeen Metro beoogde – niet noodzakelijk is, lijkt mij tot slot op het eerste gezicht te worden gedragen door de feiten.<sup>17</sup> De omstandigheid dat, naar het oordeel van de NMa, het concurrerende blad Spits zonder exclusiviteitsregeling in staat bleek een vrijwel even grote oplage te realiseren, heeft Metro in dat verband zonder twijfel voor de voeten gelopen.

De exclusiviteitsregeling ontsnapt aan het verbod van artikel 6 Mw, aangezien de regeling 'vooralsnog' niet leidt tot een merkbare beperking van de mededinging op de meest enge lezersmarkt. De NMa acht daarvoor redengevend dat – kort gezegd – geen toetredingsbelemmeringen bestaan en er voldoende reële en concrete afzetpunten aanwezig zijn om de markt voor landelijke tabloids in Nederland te betreden.<sup>18</sup>

Deze vaststelling illustreert in de eerste plaats het belang van de afbakening van de productmarkt; indien de NMa tot de slotsom gekomen was dat er sprake zou zijn geweest van een engere – door Spits beargumenteerde – markt voor de afzet van gratis kranten aan treinreizigers, is het niet onaannemelijk dat de exclusiviteitsregeling wel degelijk de toegang tot de markt had belemmerd, met als mogelijk gevolg dat de overeenkomst in strijd met artikel 6 Mw zou zijn geoordeeld.<sup>19</sup> De NMa oordeelt echter dat de markt voor landelijke dagelijkse tabloids de meest enge relevante lezersmarkt is.<sup>20</sup> Hoewel op die markt thans slechts twee partijen actief zijn, bestaan, als gezegd, volgens de NMa voldoende uitbreidings- en toetredingsmogelijkheden.

De vraag rijst of de NMa terecht geen aandacht heeft geschonken aan het argument van Spits dat zij geconfronteerd wordt met intrinsiek hogere (distributie) kosten. Dat daarvan sprake is lijkt duidelijk. Weliswaar beschikt Spits over alternatieve, niet NS-gerelateerde verkooppunten, maar het overgrote deel van de oplage lijkt toch gegeneerd te worden door treinpassagiers; juist ten aanzien van die groep wordt Spits met hogere kosten geconfronteerd. Hoe dit zij, de benadering van de NMa ligt in de lijn van het recente Pavlov-arrest.

Ook op een ander punt zou een nadere analyse wellicht verhelderend zijn geweest. De NMa stelt dat – nu geen sprake is van een merkbare beperking op de relevante lezersmarkt – niet meer behoeft te worden ingegaan op de gevolgen van de exclusiviteitsregeling op de (afgeleide) adverteerdersmarkt.<sup>21</sup> Het volledig achterwege laten van een analyse van de gevolgen van de afspraak op de adverteerdersmarkt wekt enige bevreemding, temeer nu de NMa eerder in het besluit aankondigt dat beide markten in hun onderlinge samenhang beschouwd zullen worden.<sup>22</sup> Immers, indien het juist is dat er een specifieke vraag van landelijke adverteerders naar advertentieruimte in landelijke dagelijkse tabloids bestaat<sup>23</sup>, is niet zonder meer uit te sluiten dat Metro (met een marktaandeel van 50% op de lezersmarkt) geacht moet worden een niet onaanzienlijke positie op de relevante adverteerdersmarkt te hebben. Gegevens daarover ontbreken, maar de mogelijkheid dat Metro op die markt marktmacht bezit kan op voorhand niet

worden uitgesloten. Bovendien stelde Spits dat zij door de overeenkomst nadelige gevolgen ondervond op de adverteerdersmarkt, hoewel uit het besluit niet blijkt welke gevolgen dat zijn en hoe ernstig Spits op die markt belemmerd meent te worden. In die optiek zou het interessant geweest zijn indien de NMa onderzocht zou hebben of en, zo ja, op welke wijze de positie van beide partijen op de relevante adverteerdersmarkt op de korte en middellange termijn beïnvloed wordt door de exclusiviteitsregeling op de lezersmarkt. De NMa meent echter dat het ontbreken van een merkbare beperking van de mededinging op de lezersmarkt een onderzoek naar de gevolgen van de afspraak op de adverteerdersmarkt overbodig maakt. Die blote stelling is onbevredigend.

Tot slot enkele opmerkingen over artikel 24 Mw. Spits meende dat de machtspositie van NS-Stations op de markt voor het leveren van diensten op NS-stations, haar de toegang tot de downstream-markt voor de afzet van gratis bladen voor treinreizigers blokkeerde. Dit argument gaat, aldus de NMa, niet op, aangezien de relevante markt haars inziens niet beperkt is tot treinreizigers. In die optiek is toegang tot de NS-stations geen essentiële faciliteit. Deze gedachtegang lijkt mij op voorhand juist. Overigens kan betwijfeld worden of, indien de NMa de markt voor tabloids voor treinpassagiers wel als relevante markt zou hebben aangemerkt, het beroep van Spits op artikel 24 Mw kans van slagen zou hebben gehad. Immers, ingevolge het Bronner-arrest<sup>24</sup> is, alvorens gesproken kan worden van een essentiële faciliteit waartoe ingevolge artikel 82 EG c.q. 24 Mw aan concurrenten toegang verleend moet worden, in de eerste plaats vereist dat de weigering toegang te verlenen tot de upstream-markt elke mededinging door de verzoeker op de downstream- of afgeleide markt kan uitsluiten en niet objectief gerechtvaardigd kan worden. Bovendien dient die dienst onontbeerlijk te zijn voor de uitoefening van de werkzaamheid van de verzoeker, in de zin dat er geen reël of potentieel alternatief voor die dienst bestaat. In het onderhavige geval staat echter vast dat Spits toegang heeft tot de treinpassagiers, zij het dat zij daarbij een concurrentienadeel lijkt te hebben. Een dergelijk concurrentienadeel voldoet echter niet aan de (hoge) Bronner-norm.

17 Zie punten 70-73 van het besluit.

18 Zie punten 77-87 van het besluit. Vgl. de (afwijkende) Delimitis-toets.

19 In dat geval is het twijfelachtig of de exclusiviteitsregeling met een looptijd van vijf jaar aan de derde voorwaarde van artikel 17 Mw zou hebben voldaan.

20 Klaarblijkelijk teneinde de exclusiviteitsregeling te sauveren beargumenteerde Metro dat de markt voor landelijke dagbladen als relevante markt moest worden aangemerkt. Zie punt 28 van het besluit.

21 Zie punt 90 van het besluit.

22 Zie punt 47 van het besluit.

23 Zie punt 60 van het besluit.

24 Zie HvJ EG zaak 7/97, Oscar Bronner GmbH & Co. KG en Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG e.a., Jur. 1998, p. 7791. Zie Hancher en Lugard, De essential facilities doctrine. Het Bronner arrest en vragen van mededingingsbeleid., *SEW* 1999, nr. 9, p. 323-334.