



A r t i k e l e n

## Mededingingsafspraken, machtsposities en procedures: NMa-besluiten in 2000

mr C.T. Dekker

Het jaarverslag van de NMa over 1999 maakte melding van een werkvoorraad aan ontheffingsverzoeken van 460. Voor wat betreft klachten bedroeg dat aantal 130. Gezien het feit dat er in 2000 slechts op circa 30 ontheffingsaanvragen en circa 25 klachten een besluit is genomen, moet de werkvoorraad van de NMa aanzienlijk zijn, dan wel moet er ook in 2000 een groot aantal zaken informeel zijn afgedaan. Het zou goed zijn als de NMa in haar jaarverslag over 2000, evenals in dat over 1999, aandacht zou besteden aan deze informele afdoening.

Hieronder zal een overzicht worden gegeven van de formele afdoening in 2000, dat wil zeggen van de afdoening middels besluiten op ontheffingsverzoeken, klachten en bezwaarschriften. Tevens worden besluiten op organisatorisch vlak besproken. Zoals gebruikelijk zal het concentratietoezicht onderwerp zijn van een apart jaaroverzicht. Besluiten op het gebied van DTe blijven eveneens buiten dit overzicht.

Wat uitgebreider zal worden stilgestaan bij twee categorieën waarin in 2000 meerdere besluiten zijn genomen: certificerings- en erkenningsregelingen en de zorgsector.

### Organisatorische besluiten

Op 17 december 2000 heeft de NMa het Besluit Werkwijze NMa vastgesteld, betreffende bijvoorbeeld de bereikbaarheid van de NMa, de indiening van stukken, de termijnen voor indiening, het inzien van dossiers, etc. Het besluit geeft daarmee regels voor een praktische gang van zaken,

maar schept mijns inziens geen verplichtingen voor partijen. Hetgeen in de werkwijze is aangegeven omtrent de indiening van stukken is derhalve niet bepalend voor de vraag of een stuk tijdig is ingediend of niet. Dit doet er niet aan af dat de werkwijze de communicatie tussen NMa en partijen stroomlijnt, hetgeen in ieders belang is.

Uit het op 19 december 2000 vastgestelde nieuwe Besluit Vaststelling Formulieren blijkt dat het formulier A/B voor ontheffingsaanvragen is vervallen. Er kan nu met één formulier worden volstaan. De aan een mededingingsafpraak deelnemende ondernemingen die de ontheffingsaanvraag ondersteunen, dienen de aanvrager te machtigen hen te vertegenwoordigen. Hieruit blijkt ook dat de aanvrager niet verplicht is de aanvraag mede namens de deelnemende ondernemingen in te dienen. Overigens moeten ontheffingsaanvragen nu in drievoud worden ingediend.

De taak van de krachtens artikel 92 Mw ingestelde Adviescommissie bezwaarschriften<sup>1</sup> is bij besluit van 27 juni 2000 uitgebreid tot advisering over de door de directeur-generaal te nemen beslissingen op bezwaarschriften tegen een beschikking waarbij een overtreding als bedoeld in artikel 56 lid 1 Mw wordt vastgesteld en waarbij *geen* boete of last onder dwangsom wordt opgelegd. Deze taakuitbreiding is kennelijk ingegeven door het standpunt van de Adviescommissie dat zij niet bevoegd was te adviseren over een bezwaar tegen een besluit waarin slechts werd vastgesteld dat NOS en HMG artikel 24 Mw overtraden, zonder dat een boete werd opgelegd.<sup>2</sup> Eveneens heeft de

<sup>1</sup> Besluit tot instelling Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet van 4 augustus 1998.

<sup>2</sup> Besluit 17 februari 2000, zaak 1, de Telegraaf t. NOS en HMG, randnr. 14.

mr C.T. Dekker is advocaat bij Plas & Bossinade te Groningen.

Adviescommissie tot taak gekregen te adviseren over te nemen beslissingen op bezwaarschriften tegen een beschikking als bedoeld in artikel 79 lid 1 Mw, waarbij op grond van een overtreding als bedoeld in artikel 73, 74 lid 1 en 2 of 75 lid 1 en 2, Mw een boete en/of last onder dwangsom wordt opgelegd.

## Algemene begrippen

### Belanghebbende

Een bezwaarschrift van een niet-belanghebbende wordt niet-ontvankelijk verklaard. Een klager dient belanghebbende te zijn in de zin van artikel 1:2 lid 1 Awb, wil zijn klacht als een aanvraag in de zin van artikel 1:3 lid 3 Awb gekwalificeerd worden.

Niet altijd gaat de NMa expliciet na of iemand een belanghebbende is in de zin van artikel 1:2 lid 1 Awb. Het statutaire doel van 'behartiging van de sociaal-economische en vakbelangen van haar leden' van een beroepsorganisatie lijkt in ieder geval voldoende voor een organisatie om als belanghebbende te worden aangemerkt.<sup>3</sup>

Ontbreekt een persoonlijk belang – een belang waarin men zich onderscheidt van anderen – dan wordt men niet als belanghebbende aangemerkt.<sup>4</sup> Een afnemer die met een leveringsweigerings wordt geconfronteerd, blijkt wel – en mijns inziens terecht – belanghebbende in de zin van de Awb.<sup>5</sup> Een apotheker die een medewerkersovereenkomst heeft met een ziekenfonds ook.<sup>6</sup> Waar de grens voor de NMa ligt, is echter nog niet duidelijk. Het zou daarom goed zijn als de NMa in de toekomst ook motiveert waarom iemand *wel* als belanghebbende wordt aangemerkt.

Een bezwaarde moet eveneens een direct belang hebben. Avebe, tezamen met elektriciteitsdistributeur – toen nog – Edon, vennoot in een v.o.f. die een warmtekrachtcentrale exploiteerde, en klagend over de afspraken van de elektriciteitsproducenten en -distributeurs inzake de lage terugleveringsvergoedingen, had dat volgens de NMa niet. De NMa stelde dat Avebe opkwam voor een belang van de vennootschap terwijl de vennootschap zelf niet klaagde. Een van de vennootschap afgeleid belang is volgens de NMa geen belang in de zin van artikel 1:2 lid 1 Awb.<sup>7</sup> Een andere oplossing was wellicht ook mogelijk geweest. Indien de vennoot juist een partij is bij de overeenkomst waartegen men bezwaren heeft, is het immers een eigen belang van de vennoot, te laten vaststellen dat de andere vennoot deelneemt aan een kartelovereenkomst. De klacht (en de feitelijke situatie) moeten daar dan wel mee in overeenstemming zijn.

### Begrip onderneming

In 2000 zijn geen schokkende besluiten genomen ten aanzien van het begrip 'onderneming'. Zoals verwacht kon worden zijn zelfstandige beroepsbeoefenaren in de zorg als ondernemer aangemerkt, en hun beroepsverenigingen als ondernemersvereniging.<sup>8</sup> Dat ziekenfondsen en ziekenhuizen als ondernemingen worden beschouwd, is dit jaar

bevestigd in onder andere besluiten inzake inkoopcombinaties.<sup>9</sup> Uitvoeringsorganen AWBZ zijn daarentegen slechts als ondernemingen te beschouwen voor wat betreft hun inkoopactiviteiten *en voorzover zij over voldoende vrijheid beschikken om daarmee de prestaties van zorgaanbieders te beïnvloeden*.<sup>10</sup> Overheidsorganen, maar ook overigens als ondernemingen opererende entiteiten, die een publieke taak uitoefenen, vallen niet onder het begrip. Het verstrekken van subsidies door gemeenten is zo'n publieke taak. Voor het verstrekken van subsidies is een gemeente derhalve niet aan te merken als onderneming in de zin van de Mw.<sup>11</sup> Dit geldt ook voor ondernemingen die op grond van een wet de bevoegdheid hebben subsidiegelden te verdelen.<sup>12</sup>

Anderzijds vallen overheidsorganen die op de markt opereren *wél* onder het begrip 'onderneming'.<sup>13</sup>

### Afbakening relevante markt

In zaken betreffende een economische machtspositie is de afbakening van het relevante product en geografische markt essentieel. Maar ook bij de beoordelingen in het kader van artikel 6 beoordeelt de NMa in de meeste gevallen de relevante markt, teneinde de gevolgen van een overeenkomst te bepalen.

Niet verrassend is dat de NMa de door een uitgever van een tabloid beoogde doelgroep niet bepalend achtte voor de afbakening van de markt.<sup>14</sup> Gezien de inhoud van de krant en de (non-)substitutie tussen landelijke dagbladen en gratis verspreide tabloids beschouwde de NMa de markt voor landelijke dagelijkse tabloids als 'meest enge relevante markt'.

Bij inkoopcombinaties neemt de NMa zowel de inkoopmarkt van de deelnemende ondernemingen in ogenschouw als hun verkoopmarkt. In zaak 346, Intrakoop, betrof die laatste markt bijvoorbeeld de (aanbodzijde van de) markt voor gezondheids- en seniorenzorg door instellingen.

Vrijwel standaard overweegt de NMa dat de relevante productmarkt de producten betreft ten aanzien waarvan de mededingingsrechtelijk te beoordelen gedragingen van

3 Zaak 995, Organisatie van Nederlandse Tandprothetici.

4 Zaak 1903, Van Marion. Zie ook: zaken 274 en 906, Vereniging Vrije Vogel en Swart t. KLM.

5 Zaak 1114, Dutch Farm Veterinary Pharmaceuticals.

6 Zaak 882, Amicon zorgverzekeraar (bezwaar).

7 Zaak 771, SEP/Protocol en zaak 1150, Avebe t. SEP.

8 Zie bijv. zaak 767, Zorg en Zekerheid (opticiens); zaak 1570, (fysiotherapeuten); zaken 1131, 1151 en 1250 (psychologen). Zie overigens ook zaak 25, Koninklijke Nederlandse Maatschappij voor diergeneeskunde (dierenartsen).

9 Voor wat betreft ziekenhuizen: zaak 346, Intrakoop, en voor wat betreft ziekenfondsen: zaken 652 en 145, VGZ, OZ en CZ.

10 Zaak 181, Zorgkantoren.

11 Zaak 1337, Wilders.

12 Idem.

13 Bijv. als uitbater van gemeentelijke gronden: zaak 1010, BNA/Den Haag.

14 Zaken 1405 en 1584, Metro/NS-Stations (ontheffingsverzoek) en Spits t. Metro/NS-Stations (klacht).

ondernemingen zich afspelen. Evenzeer zal voor de beoordeling van het effect van een mededingingsafpraak de geografische markt moeten worden bepaald. Waar de NMa overwoog dat de geografische markt in beginsel beperkt is tot Nederland, aangezien de te beoordelen algemene voorwaarden alleen gelden voor leveranties aan afnemers in Nederland, lijkt mij echter dat de vraag naar de relevante markt ten onrechte wordt verweven met die naar het effect van de mededingingsregeling.<sup>15</sup>

## Artikel 6 Mw

### Overeenkomst

Voor de toepasselijkheid van artikel 6 Mw moet er ofwel sprake zijn van een overeenkomst, ofwel van een onderling afgestemde feitelijke gedraging ofwel van een besluit van een ondernemersvereniging.

Het is bekend dat met name in verticale verhoudingen eenzijdig opgestelde voorwaarden als overeenkomst tussen leverancier en afnemer worden gezien, indien uit de voortzetting van de relatie door de afnemer een stilzwijgende instemming mag worden afgeleid.

In zaak 701, Kamerbeek tegen Koster (klacht) en zaak 1122, Breitling-horloges (onthefing) oordeelde de NMa dat het regionale spreidingsbeleid in een selectief distributiestelsel binnen de contractuele betrekkingen van de distributeur en de detailhandel viel, nu de detailhandelaren hadden aangegeven op de hoogte te zijn van het regionale spreidingsbeleid en derhalve hun commerciële beslissingen hierop af konden stemmen. Met de opmerking dat dit beleid wordt geacht te vallen binnen de contractuele betrekkingen, duidt de NMa er kennelijk op dat er sprake is van een overeenkomst in de zin van artikel 6 Mw.

In zaak 757, Chilly en Basilicum tegen G-Star/Secon Groep oordeelde de NMa dat een prijsbinding die voorkomt in algemene voorwaarden die op facturen worden gebruikt, ook al wijken zij af van de algemene voorwaarden die door de onderneming zijn gedeponneerd, in strijd is met artikel 6 Mw. Door dergelijke vermeldingen wordt een optisch en psychologisch klimaat geschapen dat aanzet tot en bijdraagt aan onderlinge prijsafstemming.

Uit dezelfde zaak blijkt dat als advies ingeklede clausules wel degelijk bindend kunnen zijn: een advies om artikelen niet af te prijzen zonder toestemming van de leverancier, impliceert een controle van de leverancier vooraf en is derhalve als prijsbinding te beschouwen.

### Besluit van een ondernemersvereniging

Niet bindende besluiten die de ondubbelzinnige uitdrukking vormen van de wil van de vereniging om het gedrag van hun leden te coördineren, worden begrepen onder het begrip 'besluit van een ondernemersvereniging' in de zin van artikel 6 Mw. Daaronder valt ook het aanbieden van de mogelijkheid om door een vereniging opgestelde algemene voorwaarden te hanteren, ook al is het hanteren ervan niet verplicht. Daarbij acht de NMa kennelijk wel

relevant dat de vereniging haar leden adviseert de voorwaarden te hanteren en dat het overgrote deel van de leden dat ook daadwerkelijk doet.<sup>16</sup> Indien de voorwaarden clausules bevatten die betrekking hebben op de prijsvorming ontstaat er een probleem.<sup>17</sup> De vraag blijft hoever een brancheorganisatie wél mag gaan in het verlenen van service aan haar leden middels het opstellen van algemene voorwaarden.

### Beperking van de mededinging

Een voor het bereiken van een niet-mededingingsbeperkend doel van een overeenkomst noodzakelijke mededingingsbeperking behoeft niet in strijd te zijn met artikel 6 Mw.

De mededingingsbeperking moet wel *noodzakelijk* zijn om het gestelde doel te bereiken. Het exclusiviteitsbeding van 5 jaar in de overeenkomst tussen Metro en NS-Stations was dat niet. De marktontwikkelingen toonden dat aan: concurrent Spits kende zonder exclusiviteitsbeding een stijgende oplage, terwijl Metro zelf binnen één jaar al een substantiële oplage bereikte. Het exclusiviteitsbeding werd gezien de duur van 5 jaar daarom niet als 'inherent' aan het doel van de overeenkomst gezien,<sup>18</sup> zodat het mededingingsbeperkende effect onder artikel 6 Mw moest worden beoordeeld. De NMa oordeelde wederom, gezien de (mogelijke) ontwikkelingen op de markt, dat de clause de mededinging niet merkbaar beperkt.

Het feit dat partijen iets anders met een overeenkomst beogen dan het beperken van de mededinging, doet er overigens niet aan af dat de overeenkomst ertoe kan *strekken* de mededinging te beperken.<sup>19</sup>

Een minimale afnameverplichting *strekt* er niet toe de mededinging te beperken, maar kan dat wel als gevolg hebben (zaak 426, Hoogovens/Ruhrkohle). Hoogovens, dat alleen ten behoeve en op verzoek van Ruhrkohle ruwe benzol (als bijproduct) produceerde in door Ruhrkohle ter beschikking gestelde installaties, terwijl Ruhrkohle tevens de risico's van prijsfluctuaties droeg, kon door deze overeenkomst als nieuwe leverancier van ruwe benzol tot de markt toetreden. De overeenkomst had dan ook een pro-competitief karakter. Dat was in wezen ook aan de orde bij een samenwerkingsverband van accountantskantoren dat de kantoren de mogelijkheid gaf grotere opdrachten te verwerven dan zij alleen aan zouden kunnen, maar die zij ook buiten het samenwerkingsverband mochten uitvoeren. De samenwerkingsovereenkomst werd evenmin mededingingsbeperkend geacht.<sup>20</sup>

15 Zaak 272, Nederlandse Kleding Conventie.

16 Zaak 272, Nederlandse Kleding Conventie.

17 Idem.

18 Vgl. hierover ook: H.H.P. Lugard in zijn annotatie onder dit besluit, M&M 2000, p. 230.

19 Zaak 272, Nederlandse Kledingconventie.

20 Zaak 429, Samenwerkingsmaatschap Accountantskantoren.

In zaak 1715, Libertel Mantelovereenkomst, oordeelde de NMa voorts dat het verbod van Libertel aan grootzakelijke eindgebruikers om door Libertel geleverde producten weder te verkopen aan derden, de mededinging niet beperkt. De NMa stelde wel vast dat de mogelijkheid van de grootzakelijke eindverbruiker om als wederverkoper te concurreren op detailhandelniveau wordt uitgesloten, maar dat de concurrentie tussen ondernemingen die op hetzelfde handelniveau opereren gehandhaafd blijft.

In tegenstelling tot hetgeen in het rapport was vastgesteld, werd in het besluit inzake de Koninklijke Nederlandse Maatschappij voor Diergeneeskunde<sup>21</sup> (hierna: KNMvD) geoordeeld dat de richtlijnen van de KNMvD over goodwillbetaling bij het overdragen van een praktijk, niet mededingingsbeperkend zijn. Hierbij werd in ogenschouw genomen dat de KNMvD alleen op verzoek van leden in individuele gevallen goodwillbedragen berekent. Kennelijk zijn dierenartsen niet verplicht hun praktijk over te dragen conform de goodwillregeling. Voor wat betreft de regelingen inzake het inrichten van declaraties en de door de KNMvD opgestelde algemene betalingsvoorwaarden kon geen mededingingsbeperkend effect worden vastgesteld, zodat ook daar geen strijdigheid met artikel 6 Mw kan worden geconstateerd. Uit de formulering van het besluit lijkt afgeleid te kunnen worden dat het rapport over deze effecten niets zegt en dat men dit na de opstelling van het rapport dan ook niet meer onderzoekt.

Wel werden in deze zaak in strijd met artikel 6 Mw geacht: de verplichte melding van een voornemen zich te vestigen, het verbod een praktijk uit te oefenen op een locatie indien men voorziet een andere dierenarts daar onevenredig nadeel mee te berokkenen (bijvoorbeeld indien een ander al een voornemen tot vestiging heeft gemeld) en beperkingen op het gebied van publiciteit.

### Merkbaarheid

Een overeenkomst die op zichzelf mededingingsbeperkend is, behoeft de mededinging nog niet *merkbaar* te beperken. Indien dat niet het geval is, is de overeenkomst niet in strijd met artikel 6 Mw. De NMa lijkt de merkbaarheidstoets niet te willen uitvoeren bij overeenkomsten die naar hun aard de mededinging beperken, zoals in het geval van verticale prijsbinding.<sup>22</sup>

De NMa zaait echter verwarring waar zij eveneens opmerkt dat het aan partijen is te onderbouwen dat de mededinging niet merkbaar wordt beperkt, indien de betreffende overeenkomst naar haar aard de mededinging beperkt.<sup>23</sup> De vraag is derhalve of de NMa in dat geval zo'n onderbouwing accepteert. In ieder geval staat wel vast dat de NMa de bewijslast terzake van het ontbreken van een *merkbare* beperking bij partijen legt.

Of de mededinging merkbaar wordt beperkt, hangt af van de concrete situatie op de markt waarbinnen de regeling fungeert, alsmede de economische en juridische context waarin de ondernemingen opereren. Voorts moeten bijvoorbeeld mede in aanmerking worden genomen: spe-

cialisatie van de onderneming in een bepaald segment, het feit dat de overeenkomst deel uitmaakt van een reeks van overeenkomsten, het bestaan van gelijksoortige overeenkomsten.<sup>24</sup>

Tevens is vast beleid dat een regeling wordt geacht de mededinging merkbaar te beperken indien de bij de regeling betrokken ondernemingen een zeer aanzienlijk deel van de betreffende markt innemen.<sup>25</sup> Dit bleek ook in de beslissing op bezwaar inzake de slachtkorting die de Centrale Organisatie voor de vleesgroothandel aan haar leden adviseerde.<sup>26</sup> Opmerkelijk is overigens dat de NMa in dat besluit vaststelde dat de adviesregeling 'berenkorting' door 'niet meer dan 40% van de leden' wordt gevolgd en vervolgens concludeerde 'dat er sprake is van een merkbare mededingingsbeperking'. Moet hieruit afgeleid worden dat ook bij een deelname aan een bepaalde regeling door 40% van een sector, de NMa een merkbare mededingingsbeperking aanwezig acht?<sup>27</sup>

Bij inkoopcombinaties moet worden bekeken welke de effecten van de gecombineerde inkoop op de onderlinge concurrentieruimte (door uniforme inkoopkosten) van de leden op hun verkoopmarkten zijn en welke gevolgen er optreden op de inkoopmarkt (blijven er genoeg alternatieve afnemers over), teneinde te bepalen of de mededinging merkbaar wordt beperkt.<sup>28</sup>

### Certificerings- en erkenningsregelingen

In 2000 heeft de NMa meerdere certificerings-, erkennings-, kwaliteitsregelingen en dergelijke beoordeeld. Zulke regelingen kunnen een marktafsluitend effect hebben, maar zijn verenigbaar met artikel 6 Mw indien zij voldoen aan de criteria openheid, onafhankelijkheid, transparantie en aanvaarding van door andere systemen geboden gelijkwaardige waarborgen en bovendien geen mededingingsbeperkingen bevatten die de belangrijkste concurrentieparameters beïnvloeden.<sup>29</sup>

Openheid en transparantie kunnen worden bereikt door het schriftelijk vastleggen van de kwaliteitseisen alsmede van de verschillende procedures.<sup>30</sup>

21 Zaak 25.

22 Zie zaak 199, Roodveldt; zaak 209, Pegasus; zaak 227, Nilsson en Lamm. Zie ook zaak 757, Chilly en Basilicum tegen G-Star/Secon Groep.

23 Idem.

24 Idem.

25 Zaak 28, VEBIDAK (bezwaar); zaak 115, Stichting Auto & Recycling; zaak 235, Gedragscode Hypothecaire Financieringen.

26 Zaak 374, Stichting Saneringsregeling Varkensslachterijen.

27 Zie ook zaak 767, Zorg en Zekerheid (opticiens) waarin de NMa oordeelde dat aangezien 44% van de opticiens in de afgebakende geografische markt deelnemen aan de regeling en 36% van de personen in dat gebied van de regeling kunnen profiteren deze de mededinging *merkbaar* beperkt.

28 Zaak 197, ADMES.

29 Zaak 456, VNI; zaak 715 Drogistenfederatie Pharmacon; zaak 1145, Stichting Kwaliteitsborging Preventie; zaak 120, Vereniging van Keur-slagers.

30 Zaak 715, Stichting Drogistenfederatie Pharmacon.



In zaak 456, VNI, merkt de NMa op dat het voor ieder potentieel lid duidelijk is aan welke eisen hij dient te voldoen en dat de aanvraagprocedure transparant is. Toch merkt de NMa op dat het mededingingsrechtelijke oordeel verandert indien zou blijken dat de toepassing van de lidmaatschapsvereisten op een wijze plaatsvindt die niet open of objectief is. Niet duidelijk is of de NMa de lidmaatschapsvereisten zodanig ruim geformuleerd vindt, dat zij een dergelijke niet-objectieve toepassing mogelijk maken. In dat geval kan men zich afvragen of de regeling niet potentieel mededingingsbeperkend is. Een andere benadering zou zijn dat men de regeling als zodanig goedkeurt, maar van geval tot geval – naar aanleiding van klachten – de toepassing beoordeelt. De benadering van de NMa in dit soort gevallen is mij niet geheel duidelijk. Bij de doelstelling van de VNI – het bestrijden van oneerlijke concurrentie in en buiten rechte – oordeelt de NMa namelijk dat een dergelijke bepaling de mededinging beperkt, kennelijk omdat zij de mogelijkheid geeft tot een toepassing die in strijd komt met de Mededingingswet.

Onafhankelijkheid wordt bereikt door de beoordeling over te laten aan onafhankelijke organen. Een beroepsmogelijkheid op een orgaan dat is samengesteld uit concurrenten wordt niet als onmisbaar beschouwd onder artikel 17 Mw, aangezien een minder beperkend alternatief voorhanden is, namelijk een onafhankelijk orgaan.<sup>31</sup> Kennelijk mogen er wel personen uit de eigen organisatie zitting nemen in een beroepsinstantie zolang de meerderheid is samengesteld uit ‘externe’ personen.<sup>32</sup> In dit verband is ook van belang het besluit in zaken 1131, 1151 en 1250, Vestigingsbeleid Eerstelijns Psychologen. Het besluit vermeldt dat zorgverzekeraars doorgaans als eis voor vergoeding van therapie eisen dat de behandelend psycholoog is ingeschreven in het kwalificatieregister van psychologen van het NIP en aangesloten is bij een regionaal orgaan eerstelijns psychologen (hierna: ROEP). Om ingeschreven te kunnen worden in het kwalificatieregister moest men aangesloten zijn bij een ROEP, waarvoor men echter gevestigd moest zijn conform het vestigingsbeleid dat door het ROEP was vastgesteld. Dit vestigingsbeleid beoogde een goede spreiding van eerstelijns psychologen over Nederland en werd uitgevoerd door vestigingscommissies, die uit ten minste drie gevestigde ROEP-leden bestonden. Met andere woorden: de gevestigde ondernemers oordeelden of er plaats was voor een nieuwkomer. De NMa oordeelde dat deze regeling in strijd was met artikel 6 Mw.<sup>33</sup>

In zaak 1237, Keten Kwaliteit Melk (hierna KKM), verplichtten de aangesloten melkverwerkende bedrijven (98% van de verwerkingscapaciteit in Nederland vertegenwoordigend) alleen melk te verwerken van erkende veehouderijbedrijven. Deze bedrijven moesten aan eisen voldoen die hoger waren dan de wettelijke. Nog tijdens de ontheffingsprocedure heeft men dit onderdeel van de regeling ingetrokken. De NMa hechtte er echter aan ‘uit het oogpunt van duidelijkheid voor de betrokken partijen’ een oordeel te geven over de ingetrokken bepalingen en oor-

deelde in dat verband dat de afspraak in strijd was met artikel 6 Mw, aangezien zij de verwerkende bedrijven beperkte in hun keuze voor melkleveranciers en die leveranciers, gezien het marktaandeel van de aangesloten verwerkers de facto de mogelijkheid ontnam te leveren, terwijl hun melk voldeed aan de wettelijke eisen. De NMa merkte voorts op dat ‘[i]ndien één of meerdere melkverwerkende bedrijven hun marktgedrag, dat aanvankelijk was gebaseerd op de mededingingsbeperkende [...] na beëindiging daarvan zou voortzetten, [...] dit een inbreuk op het verbod van artikel 6 lid 1 Mw [vormt]’. Leeftlang wees er in dit tijdschrift al op dat dat nog maar de vraag is.<sup>34</sup>

Enigszins vergelijkbaar met een certificeringssysteem, maar ook gelijkend op een franchisesysteem, is het fenomeen ‘Keurslager’ (de NMa duidde een en ander aan als een ‘samenwerkingsverband ter exploitatie van een commerciële formule’). Toelating geschiedt op grond van objectieve criteria onder andere betreffende productkwaliteit, outillage en aantrekkelijkheid van het vestigingspunt. Het systeem voorziet voorts in onder andere een systeem van uniforme aanbiedingen (waarvan de leden wel mogen afwijken). De NMa overwoog dat een samenwerkingsverband als dit een prijstransparantie tot gevolg kan hebben die mededingingsbeperkend werkt, maar constateerde dat de leden volledig vrij zijn in hun prijsstelling en dat de reclameacties slechts een klein deel van het assortiment betreffen. Voor wat betreft de lidmaatschapsprocedure merkte de NMa op dat gezien het geringe gezamenlijke marktaandeel van de leden, de mededinging niet merkbaar wordt beperkt.<sup>35</sup> De vraag is of de NMa hier niet, op dezelfde wijze als bij de erkenningsregelingen, had kunnen vaststellen dat de toelatingsregeling objectief en transparant is, en daarom de mededinging in het geheel niet beperkt.

## Artikel 11 Mw

Artikel 11 Mw bepaalt dat artikel 6 Mw op overeenkomsten waarbij ten minste een onderneming of ondernemersvereniging betrokken is die bij wettelijk voorschrift of door een bestuursorgaan is belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, slechts van toepassing is voorzover de toepassing van dat artikel de vervulling van de toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. Er moet sprake zijn van een verhindering van de bijzondere taak indien artikel 6 Mw wel van toepassing zou zijn. De mededingingsbeperking in de betreffende regeling mag niet verder gaan dan noodzakelijk voor de vervulling van de taak. (Collectieve) tariefafspraken die een organisatie van apothekers met een ziekenfonds heeft gemaakt, achtte de NMa niet noodzakelijk voor de taak van het ziekenfonds

31 Zaak 456, VNI.

32 Zaak 715, Stichting Drogistenfederatie Pharmacon.

33 Zaak 456, VNI.

34 Annotatie bij dit besluit, M&M 2000, p. 150.

35 Zaak 120, Vereniging van Keurslagers.

om ex artikel 8 Ziekenfondswet de verstrekking van hulpmiddelen aan ziekenfondsverzekerden te waarborgen. Evenmin hield de afspraak verband met het handhaven van het financiële evenwicht van de ziekenfondsverzekering.<sup>36</sup>

### Artikel 16 Mw

Overeenkomsten die krachtens een andere wet onderworpen zijn aan goedkeuring of door een bestuursorgaan onverbindend verklaard, verboden of vernietigd kunnen worden, dan wel op grond van enige wettelijke verplichting tot stand zijn gekomen, ontsnappen voorlopig nog aan het verbod van artikel 16 Mw.

De verplichting moet betrekking hebben op de mededingingsbeperkende bepaling. De verplichting om een overeenkomst aan te gaan, betekent niet dat men vervolgens naar hartelust mededingingsbeperkende clausules kan opnemen.<sup>37</sup> Ook in het geval van overeenkomsten die door een ander bestuursorgaan moeten worden goedgekeurd, ontsnappen alleen die bepalingen aan de toepassing van artikel 6 Mw, waarop de goedkeuring betrekking heeft en alleen voorzover de goedkeuring betreft. Zo is de goedkeuring door het College Tarieven Gezondheidszorg van maximumtarieven geen vrijbrief voor het afspreken van vaste tarieven.<sup>38</sup>

De aard en reikwijdte van de goedkeuring blijkt ook goed in zaak 115, Stichting Auto & Recycling. De NMa achtte in die zaak, geheel in lijn met de beslissing in zaak 51, Stibat, uit 1998, dat de afspraak om de verwijderingsbijdrage autorecycling door te berekenen aan de consument mededingingsbeperkend is. In tegenstelling tot in Stibat bleef het verbod van artikel 6 in dit geval echter buiten toepassing, omdat de minister van VROM de doorberekening van de verwijderingsbijdrage in dit geval had goedgekeurd en in het geval van Stibat niet.

### Ontheffingen

Ontheffingsverzoeken worden, zonder toetsing aan artikel 17 Mw, afgewezen indien zij overeenkomsten betreffen die niet onder het verbod van artikel 6 Mw vallen, omdat bijvoorbeeld de mededinging niet wordt beperkt.<sup>39</sup> Opvallend is dat dit in circa 40% van de gevallen de reden voor afwijzing van het verzoek is. Kennelijk wensen ondernemingen (en hun gemachtigden) zekerheid. Volgt er wel een toetsing aan artikel 17 Mw, dan dient voor het verkrijgen van een ontheffing aan de cumulatieve voorwaarden van artikel 17 Mw te worden voldaan. De NMa heeft de neiging om ook als geoordeeld is dat niet is voldaan aan een van de voorwaarden – vaak: verbetering van productie of distributie – toch nog aan de andere voorwaarden van artikel 17 Mw te toetsen. Dat zal zijn ingegeven door procestechnische overwegingen. In die zin moet de toetsing aan de andere voorwaarden worden gezien als ‘subsidiare’ grond voor de afwijzing van het ontheffingsverzoek, die ervoor kan zorgen dat het besluit in bezwaar of beroep overeind kan blijven.<sup>40</sup>

Een vraag bij ontheffingsverzoeken is: wie moet aan-

tonen dat aan de voorwaarden van artikel 17 Mw is voldaan? Als uitgangspunt kan gelden dat de aanvrager de positieve voorwaarden van artikel 17 Mw dient te bewijzen en de NMa de negatieve (niet-onmisbaarheid van de beperkingen en uitschakeling van de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen en diensten). In dit verband is het juist dat de NMa overweegt dat de bij een inkoopcombinatie betrokken partijen niet voldoende hebben aangetoond dat de mogelijkheid tot verlaagde inkooprijzen aanwezig is.<sup>41</sup> Toch is dit opmerkelijk daar er in het algemeen bij inkoopcombinaties van wordt uitgegaan dat zij economische voordelen ten gevolge hebben, omdat de hogere onderhandelingskracht van de combinatie doorgaans tot lagere inkooprijzen leidt.

### Verbetering van de productie of distributie; economische vooruitgang

In geval van overcapaciteit in een sector kan een, sectorbrede, capaciteitsreductie de productie of distributie verbeteren, doordat inefficiënte ondernemingen de markt verlaten. Een loutere productiebeperking is daarvoor niet voldoende,<sup>42</sup> net zoals een initiatief tot ‘sanering’ van de exploitanten van stortplaatsen van afval (niet van de stortplaatsen zelf).<sup>43</sup>

Evenmin werd als een verbetering van de productie en distributie gezien het plan van een aantal slachterijen om zeggenschap te verkrijgen in een economisch gezonde en technisch op peil zijnde concurrent om die vervolgens van de markt te laten verdwijnen.<sup>44</sup>

Gezamenlijke reclame van een zorgverzekeraar en opticiens die met hem een overeenkomst hebben gesloten, kan de concurrentie (met niet deelnemende ondernemingen) stimuleren. Bovendien kunnen door gezamenlijke reclameacties efficiencyvoordelen behaald worden. Een degelijke afspraak verbetert derhalve de distributie.<sup>45</sup> De met opticiens afgesproken prijzen en kortingen ten behoeve van aanvullend verzekerden op een bepaald aantal monturen, brengen als zodanig echter geen verbetering van de productie en distributie teweeg. De NMa achtte de afspraken over prijzen en kortingen in hun voorgelegde vorm overigens niet onmisbaar voor de gezamenlijke reclameactie.

36 Zaak 882, Amicon zorgverzekeraar (bezwaar).

37 Zaak 275a, Libertel (bezwaar). De NMa oordeelde in dit verband overigens dat de Telecommunicatiewet geen bijzonder mededingingstoezicht inhoudt dat aan de toepassing van de Mededingingswet in de weg staat.

38 Zaken 590 en 1972, Amicon Zorgverzekeraar – vrijgevestigd fysiotherapeut.

39 Zie onder andere zaak 120, Vereniging van Keurslagers.

40 Zie bijv. zaak 272, Nederlandse Kleding Conventie. Zie ook: P. Glazener en T.S. Jansen, Kroniek Mededingingsrecht; anderhalf jaar NMa, SEW 2000, p. 26.

41 Zaak 652, Inkoopcombinatie VGZ, OZ en CZ.

42 Zaak 374, Stichting sanering Varkensslachterijen (bezwaar).

43 Zaak 294, Ontheffingsverzoek Gedragscode Herstructurering.

44 Zaak 357, Unieholding Nimwegen.

45 Zaak 767, Zorg en Zekerheid (opticiens).

Het hanteren van een toetsrente ter bepaling van de leencapaciteit bij hypothecaire leningen verbetert de distributie omdat het een bijdrage levert aan het voorkomen van financiële problemen voor individuele huishoudens.<sup>46</sup> De bepalingen inzake de minimaal mogelijke extra aflossingen op de hypothecaire lening werden eveneens geacht de distributie te verbeteren, aangezien zij een grotere transparantie van de aangeboden producten bewerkstelligen. Dit geldt ook voor de maximale vergoeding (boete) bij vervroegde algehele aflossing. Het maximaliseren van het aflossingsvrij gedeelte van een hypotheek werd echter niet onmisbaar geacht als middel tegen overcreditering, omdat minder vergaande middelen mogelijk werden geacht (verhoogde rente en voorlichting) en bovendien de nationale hypotheekgarantie en het toezicht van DNB het risico van overcreditering beperken.

In zaak 1122, Breitling horloges (onthefing) verleende de NMa een ontheffing voor een selectief distributiestelsel, waarbij tevens een kwantitatief selectiecriteria werd gehanteerd. De NMa stelde zich op het standpunt dat een regionaal spreidingsbeleid, gezien de beperkte leveringen door Breitling aan de importeur voor Nederland, en de beperking van het aantal Breitling-verkopers, leidt tot een verbetering van de distributie van de betreffende producten, omdat daardoor elke Breitling-verkoper voldoende horloges heeft om een representatief assortiment en een bepaalde minimumvoorraad te voeren, welke in overeenstemming is met het gewenste imago van Breitling.

### Billijk aandeel

Interessant is dat bij de vraag of een billijk aandeel van de voordelen die uit de betreffende afspraak ten goede komen aan de gebruikers, de NMa ook laat meewegen dat een afspraak bijdraagt aan een stabiele economische ontwikkeling die ten goede komt aan alle consumenten.<sup>47</sup> Wel wordt dit voordeel tezamen met de voordelen voor de individuele consument meegewogen.

### Misbruik van een economische machtspositie

Het blijkt niet eenvoudig te zijn de NMa te laten uitspreken dat een onderneming misbruik van een economische machtspositie maakt. De NMa heeft zich in 2000 in totaal 13 besluiten uitgesproken over een klacht dat misbruik van een machtspositie wordt gemaakt. In één geval was er op het moment van de vaststelling van de sanctiebeschikking geen sprake meer van misbruik.<sup>48</sup> Een ander geval betrof het vervolg op de klacht van De Telegraaf tegen NOS en HMG (programmagegevens). In alle andere 11 zaken werd de klacht afgewezen, ofwel omdat er geen sprake was van een economische machtspositie, ofwel omdat er geen sprake was van misbruik, dan wel omdat de NMa vanuit opportuniteitsoverwegingen geen (nader) onderzoek instelde.

Soms tonen de feitelijke ontwikkelingen op een markt al aan dat geen sprake is van een machtspositie. Aardig is

het als de ontwikkeling van de marktpositie van de klager dat op zichzelf al aantoonbaar.<sup>49</sup>

Bij de vraag of sprake is van een machtspositie moet ook de positie van de wederpartijen van de betrokken onderneming in ogenschouw worden genomen. Indien de wederpartijen zich als collectief opstellen kunnen zij een *countervailing power* vormen. Dat is zelfs zo indien het collectieve optreden in strijd is met artikel 6 Mw. De economische werkelijkheid prevaleert hier – terecht – boven de mededingingsrechtelijke wenselijkheid.<sup>50</sup>

Ten aanzien van de vraag of KLM op de lijn Amsterdam-Curaçao misbruik van een machtspositie maakte, nam de NMa als uitgangspunt dat KLM een machtspositie innam. Om misbruik, bestaande uit het in rekening brengen van excessieve prijzen, aan te tonen was een onderzoek naar de kostenstructuur van de betreffende onderneming nodig. De NMa liet een uitgebreid onderzoek uitvoeren in de boeken van KLM naar de kosten van en kostentoekening aan de betreffende lijn, waarbij de NMa een *benchmarking* uitvoerde ten opzichte van vergelijkbare lijnen waarop KLM in ieder geval geen monopolie bezit. Tevens werd onderzoek verricht naar het verschil in tarieven voor tickets bij de verschillende verkooppunten (binnen en buiten Nederland) en werd nagegaan of er een excessief rendement op de lijn werd verkregen. Op basis van deze onderzoeken en omdat overigens geen onredelijke voorwaarden werden geconstateerd, concludeerde de NMa dat er geen sprake was van misbruik.

Als het gedrag waarover geklaagd wordt door de overheid is voorgeschreven, is een ingewikkeld onderzoek niet nodig: het gaat hier niet om een gedraging waartoe de onderneming op eigen initiatief heeft besloten, zodat artikel 24 Mw niet van toepassing is.<sup>51</sup>

### Zorgsector

Uit de jaarverslagen van NMa komt naar voren dat een groot aantal ontheffingsverzoeken dat onder de overgangsregeling van artikel 100 Mw is ingediend, afkomstig was uit de zorgsector. Tegen die achtergrond is het aantal besluiten dat in 2000 met betrekking tot deze sector is genomen wellicht teleurstellend. Enkele van de afgehandelde ontheffingsaanvragen zullen echter ongetwijfeld richtinggevend zijn voor de lijn die de NMa in deze sector verder zal volgen.

Zaak 767, Zorg en Zekerheid<sup>52</sup> betrof een overeenkomst tussen een zorgverzekeraar en een aantal opticiens,

46 Zaak 235, Gedragscode Hypothecaire Financieringen.

47 Zie noot 46.

48 Zaken 121, 127, 128, 1057, 1185, Carglass.

49 Zaak 1405, Metro Holland/NS-Stations en zaak 1584, Spits t. Metro Holland/NS-Stations.

50 Zaken 590 en 1972, Amicon zorgverzekeraar- vrijgevestigd fysiotherapeut (onthefing), en 1570, Sanders t. Amicon (klacht).

51 Zaak 274, Nawijn t. SRGN.

52 Gevoegd met zaak 141, Theo de Graaf Brillen en contactlenzen/Zorg en Zekerheid (klacht).

inhoudende dat aanvullend verzekerden voor een vaste prijs een keuze konden maken uit een bepaald assortiment brillen en een korting kregen op andere brillen. De overeenkomst werd mededingingsbeperkend geacht en kwam niet voor een ontheffing in aanmerking. In het licht van de marktanalyses in de overige zorgzaken is het opmerkelijk dat op geen enkele wijze aandacht wordt besteed aan de vraag of de kortingsregeling als een inkoop van zorgmiddelen ten behoeve van de consumenten/aanvullend-verzekerden kan worden gezien. Het verschil tussen inkoop van zorgmiddelen (volgens het pure 'natura'-stelsel) enerzijds en het bedingen van bepaalde prijzen ten behoeve van verzekerden, lijkt mij – als de redenering van de NMa in de overige zorgzaken wordt gevolgd – nogal klein.

De NMa stelt zich (vooralsnog) op het standpunt dat ziekenfondsen op hun inkoopmarkt geen machtspositie innemen, ondanks hun soms grote marktaandeel op die markt, daar zij bij hun inkoop geconfronteerd worden met een collectieve opstelling van beroepsbeoefenaren.<sup>53</sup> Gezien de afwijzing van de ontheffingsverzoeken voor de collectief gesloten medewerkerovereenkomsten (fysiotherapeuten) kan dat oordeel in de toekomst veranderen.

In 2000 is eveneens een aantal inkoopcombinaties in de zorgsector beoordeeld. Zoals in andere sectoren werd daarbij bekeken welke effecten de gecombineerde inkoop op de onderlinge concurrentieruimte van de leden heeft en welke gevolgen er optreden op de inkoopmarkt. In zaak 346, Intrakoop (een inkoopcombinatie van een aantal ziekenhuizen en zorginstellingen op het vlak van zorgproducten en facilitaire producten) was het aandeel van de betrokken instellingen op de inkoopmarkt zeer gering. Voorts achtte de NMa de mededinging niet beperkt op de markt voor zorgdiensten, aangezien de betrokken instellingen onder de vigeur van de Zfw en de AWBZ werken en derhalve nauwelijks of niet met elkaar kunnen concurreren, zodat de gecombineerde inkoop de mededinging ook niet kan beperken. De NMa oordeelde dan ook dat de overeenkomst niet onder artikel 6 Mw viel.

De inkoopcombinatie van zorgverzekeraars VGZ, OZ en CZ beperkte daarentegen de aanbieders van extramurale zorg in sterke mate in hun (alternatieve) afzetmogelijkheden, gezien het marktaandeel van de combinatie (94,3%). In wezen inherent hieraan, kon geen ontheffing worden verkregen, daar er te weinig restconcurrentie zou restereren.

Op het punt van medewerkerovereenkomsten in het kader van de Ziekenfondswet heeft de NMa zich tweemaal uitgesproken: met betrekking tot apothekers en met betrekking tot fysiotherapeuten. Op twee hoofdpunten had de NMa kritiek op deze laatste overeenkomst: het collectief onderhandelde resultaat en de rol van de paritair uit vertegenwoordigers van de beroepsgroep en het ziekenfonds samengestelde Commissie van Overleg (CvO) in het vestigings- en spreidingsbeleid. Het collectief onderhandelde resultaat is met name mededingingsbeperkend daar waar is afgesproken dat het ziekenfonds het maximum tarief dat op grond van de Wet Tarieven Gezondheidszorg is toege-

staan, zal hanteren. Er is dan geen ruimte voor het ziekenfonds om tegen een lager tarief te contracteren. De verlaging van de transactiekosten die door collectieve onderhandelingen zou worden veroorzaakt leidde volgens de NMa niet tot een verbetering van de productie of consumptie. Daaronder valt immers niet, aldus de NMa met een beroep op het arrest *Grundig/Consten*, het voordeel dat partijen zelf aan de overeenkomst ontleen. Het is mij niet duidelijk of de NMa in dit verband partijen nog zou toelaten aan te tonen dat de voordelen – verminderde transactiekosten – worden doorgegeven aan afnemers, zodat de afspraak een ontheffing zou kunnen verkrijgen.<sup>54</sup>

Voor wat betreft de CvO achtte de NMa een taak mogelijk op het gebied van kwaliteitsbevordering, de uitwisseling van (geanonimiseerde) gegevens en het maken van afspraken over administratieve procedures. Deze taken leiden niet tot een beperking van de mededinging. Anders ligt dat met de bemoeienissen van de CvO met het vestigings- en spreidingsbeleid. Daarbij is de betrokkenheid van een paritair samengesteld orgaan, dat derhalve ook concurrenten van de toetreders tot de markt bevat, wel een belemmering van de mededinging. De NMa achtte beweerde voordelen van deze bemoeienissen met de vestiging van nieuwkomers niet aangetoond, terwijl de markt mogelijk wel wordt afgeschermd voor efficiëntere nieuwkomers. Een ontheffing kon dus evenmin worden verkregen.<sup>55</sup>

## Handhaving

Klachten – of zoals de NMa ze doorgaans, correcter, aanduidt: aanvragen tot het nemen van een besluit op grond van artikel 56 lid 1 Mw – of ambtshalve onderzoeken leiden bij succes tot een rapport ex artikel 59 Mw en vervolgens tot een vaststelling dat de Mededingingswet is overtreden, al dan niet met oplegging van een boete of last onder dwangsom. Dit soort besluiten wordt hierna aangeduid als 'sanctiebeschikking' (ook al wordt er niet altijd een sanctie opgelegd).

In 2000 is in 4 zaken zo'n sanctiebeschikking vastgesteld, voor wat betreft overtredingen van materiële voorschriften. In één daarvan werd een boete opgelegd van f 500.000,-.<sup>56</sup> In deze zaak, betreffende een verticale prijsbinding, werd tevens een last opgelegd de afnemers op de hoogte te stellen dat het doorleveringsverbod en het gebruik van minimumadviesprijzen is beëindigd, onder uitzetting van de consequentie daarvan voor de afnemers, en met oplegging van een dwangsom van f 10.000,- per dag, met een maximum van f 200.000,-. De NMa legde deze last op omdat niet gesteld of gebleken was dat de betrokken onderneming het gebruik van die algemene voorwaarden had gestaakt. Dit is enigszins opmerkelijk

53 Zie zaak 995, Organisatie van Nederlandse Tandprotheticici; zaak 1517, Fysiotherapeuten.

54 Vgl. Van Gerven e.a., Kartelrecht II, p. 188.

55 Zie ook de beslissing in bezwaar in zaak 882, Amicon Zorgverzekeraar.

56 Zaak 757, Chilly en Basilicum t. G-Star/Seco Groep.



aangezien de NMa voor wat betreft de duur van de inbreuk had vastgesteld dat deze 'in ieder geval' tot 11 oktober 1998 had geduurd. Toch is de oplossing van de NMa wel te billijken omdat zij wellicht niet voldoende kon bewijzen dat na die datum nog sprake was van een inbreuk, maar tegelijkertijd ook niet kon uitsluiten dat de inbreuk nog werd voortgezet.

In verband met overtredingen van procedurevoorschriften in het kader van het concentratietoezicht heeft de NMa tweemaal een boete opgelegd: eenmaal de maximale boete van f 50.000,- wegens het niet in acht nemen van de wachttijd<sup>57</sup> en eenmaal van f 40.000,- wegens het niet tijdig melden van de concentratie.<sup>58</sup> De meldende ondernemingen werden deze boetes ieder afzonderlijk opgelegd.

Er is in 2000 ook een aantal sanctiebeschikkingen vastgesteld waarbij noch een boete, noch een last onder dwangsom werd opgelegd.

In zaak 25, KNMvD, achtte de NMa het niet opportuun een boete op te leggen, omdat de KNMvD direct na inwerkingtreding van de Mededingingswet met de NMa in contact was getreden over aanpassing van de regelgeving en bij de eerstvolgende ledenvergadering de regelingen had gewijzigd. Voor wat betreft een regeling die, met een gewijzigde toelichting, opnieuw ter ontheffing was voorgelegd, maar waarop de NMa reeds afwijzend had beschikt, achtte de NMa het evenmin opportuun een boete op te leggen, omdat de KNMvD tegen deze afwijzing beroep had ingesteld en 'gezien de bijzondere omstandigheden van het onderhavige geval.' Welke die bijzondere omstandigheden zijn, werd niet uitgewerkt.

De NMa verdedigde het nemen van een besluit als bedoeld in artikel 62 lid 1 Mw in deze zaak met de stelling dat daarmee inzicht kan worden gegeven in de wijze waarop de NMa regelingen als de onderhavige in het licht van artikel 6 Mw beoordeelt. Ik meen dat een dergelijke verdediging niet nodig was, aangezien de NMa blijkens de MvT op artikel 62 Mw *altijd* een beschikking moet vaststellen nadat een rapport is opgemaakt, ook al wordt geen boete of last onder dwangsom opgelegd.<sup>59</sup>

Een wat vreemd besluit is genomen in zaak 1184, Carglass. Nadat, zoals blijkt uit het besluit, in het rapport in deze zaak was vastgesteld dat Carglass misbruik maakte van een economische machtspositie door bepaalde kortingsystemen te hanteren, oordeelde de NMa het uiteindelijk niet opportuun nader onderzoek te verrichten naar de positie van Carglass op de markt teneinde vast te stellen of sprake was van een economische machtspositie. Vervolgens luidt het dictum dat de NMa 'besluit om wat betreft de gedragingen die onderwerp hebben gevormd van het rapport van 16 juni 1999, af te zien van het opleggen van een boete of een last onder dwangsom aan Carglass'. De vraag is of onder de omstandigheden van het geval een dergelijk dictum gebruikt kon worden. De NMa had vastgesteld dat – onder andere door wijzigingen in de regelingen – in ieder geval per 1 januari 2001 geen sprake meer was van gedragingen die als misbruik van een economische machtsposi-

tie te kwalificeren zouden zijn, mocht Carglass al een economische machtspositie innemen. Nu dat laatste niet vaststaat had de NMa mijns inziens moeten constateren dat misbruik van een economische machtspositie niet kon worden aangetoond, althans niet zonder verder onderzoek. Van dat nadere onderzoek kon dan om redenen van opportuniteit worden afgezien. Afzien van het opleggen van een boete impliceert echter dat de NMa wel de *bevoegdheid* zou hebben om een boete op te leggen. Indien een overtreding niet is aangetoond, bestaat die bevoegdheid echter niet.

Nog steeds niet tot een einde gekomen is zaak 1, De Telegraaf tegen de NOS en de HMG, maar in 2000 is wel weer een nieuw hoofdstuk geschreven in de zaak betreffende de programmagegevens. De NMa constateerde dat de NOS en de HMG de leveringweigering continueren en geen gebruik hebben gemaakt van de door de NMa geboden gelegenheid door onderhandeling met gegadigden te komen tot beëindiging van de overtreding van de Mededingingswet. Daarop legde de NMa de NOS en de HMG de last op programmaoverzichten te leveren, op straffe van een dwangsom van f 50.000,- voor iedere week waarin niet wordt geleverd overeenkomstig de last, met een maximum van 2,5 miljoen per jaar en 5 miljoen in totaal. Bovendien besliste de NMa de schorsende werking van bezwaar en beroep tegen dit besluit op te heffen op basis van artikel 63 lid 2 Mw. In zijn uitspraak van 22 juni 2000 schorste de President van de Rechtbank Rotterdam het besluit tot opheffing van de opschortende werking van bezwaar en beroep ex artikel 63 lid 2 Mw. Kort gezegd stelde de President dat de financiële nadelen voor de Telegraaf door niet-levering van de programmagegevens niet opwegen tegen de financiële nadelen van de NOS en de HMG indien de levering wel zou plaatsvinden.<sup>60</sup>

### Klachten

Klachten zijn een belangrijke informatiebron voor de NMa in verband met de handhaving van de Mededingingswet. Dat staat er niet aan in de weg dat in 2000 veruit de meeste beslissingen op klachten afwijzend waren. Vaak worden klachten gezamenlijk behandeld met ontheffingsverzoeken voor de mededingingsafpraak waarop de klacht betrekking heeft. Een afwijzing van het ontheffingsverzoek hoeft dan nog niet een toewijzing van een klacht te betekenen. Of anders gezegd: niet elke afwijzing van een ontheffingsverzoek leidt tot een sanctiebeschikking.

Zo werd op 7 mei 1998 een klacht ingediend tegen het selectieve distributiesysteem van Breitling Nederland. Voor dit systeem werd op 20 oktober 1998 een ontheffingsaanvraag ingediend. De ontheffing werd verleend op

57 Zaak 1774, Verkerk/Horn, M&M 2000, p. 234, m.nt. S.J. van der Voorde.

58 Zaak 1316, Heywood Williams/Scheuten.

59 Zie PG Mw, p. 691 e.v.

60 Zie tevens de noot van P.J.M. Koning bij deze uitspraak in M&M 2000-5, p. 191.

9 februari 2000 met terugwerkende kracht tot 20 oktober 1998. De NMa achtte het niet opportuun om een rapport op te maken, terwijl voor de periode tot 10 oktober 1998 toch sprake was van een overtreding van artikel 6 Mw.<sup>61</sup>

Ook met betrekking tot het Vestigingsbeleid eerste-lijns psychologen, achtte de NMa het niet opportuun een rapport op te maken, ondanks het feit dat het vestigingsbeleid voor eerstelijns psychologen in strijd was met artikel 6 Mw.<sup>62</sup> Hierbij woog de NMa mee dat het NIP op 21 november 1998 op eigen initiatief en zonder op de hoogte te zijn van ingediende klachten, de NMa van de regeling op de hoogte heeft gesteld en na kennisname van de bezwaren van de NMa het vestigingsbeleid heeft ingetrokken. Tevens liet de NMa meespelen dat de zaak zich afspeelde in de zorgsector waar een complexiteit van wet- en regelgeving geldt, binnen welk kader de op de markt opererende partijen een groot aantal onderling samenhangende, veelal meer-partijenovereenkomsten, gesloten hebben welke historisch gezien in de sector gebruikelijk, algemeen bekende en openlijk toegepaste handelwijze betreffen.<sup>63</sup> Niet duidelijk wordt overigens wanneer het NIP het beleid heeft ingetrokken. Kennelijk is dit pas gebeurd ná 16 februari 1999, de dag waarop NMa de laatste klacht tegen dit vestigingsbeleid ontving. Opgemerkt moet worden dat niet blijkt waarom het NIP niet eerder een ontheffingsverzoek heeft ingediend.

### Bezwaarprocedure

In 2000 zijn 20 beslissingen op bezwaar genomen waarvan veruit de meeste afwijzend waren. Voorop staat dat een bezwaarde een rechtens relevant belang moet hebben bij de uitkomst van de bezwaarprocedure.<sup>64</sup> Voorts moeten bezwaren tegen verleende ontheffingen goed gemotiveerd worden. De analyse die de NMa heeft gemaakt bij de beoordeling of aan de ontheffingscriteria is voldaan (voordelen van de afspraken, onmisbaarheid, restconcurrentie) zal moeten worden weerlegd of in ieder geval onderbouwd in twijfel moeten worden getrokken.<sup>65</sup>

Van belang is ook een bezwaarschrift *tijdig* in te dienen, dit is 6 weken na de *bekendmaking* van de verleende ontheffing. Bij twijfel is het raadzaam te informeren bij de NMa naar de aanvang van de bezwaartermijn.<sup>66</sup>

Voorts moet een bezwaarschrift gericht zijn tegen het primaire besluit. Als in dat besluit een ontheffing is verleend voor een overeenkomst, kan in bezwaar niet worden geklaagd over misbruik van een economische machtspositie.<sup>67</sup>

Een curieuze beslissing op bezwaar is die in zaak 1777, UTC-Holland Heating. Het bezwaarschrift richtte zich hier tegen de mededeling dat een bepaalde transactie niet binnen het bereik van het concentratietoezicht viel. Dit is geen beslissing als bedoeld in artikel 37 lid 1 of artikel 44 lid 1 Mw, zodat niet op grond van artikel 93 Mw direct beroep bij de Rechtbank Rotterdam kan worden ingesteld. Men kan zich afvragen of een dergelijke beslissing gericht is op rechtsgevolg en derhalve een besluit is in

de zin van de Awb, maar de NMa heeft hier geen strikte interpretatie aangehouden. Zonder overwegingen terzake heeft zij het bezwaarschrift in behandeling genomen (en voorts ongegrond verklaard).

### Verhouding tot EG-recht

Ten aanzien van de verhouding tussen de bevoegdheden van de Commissie en de NMa geeft zaak 374, Stichting saneringsfonds varkensslachterijen (hierna: SSV) (bezwaar) duidelijkheid over de visie van de NMa op dit probleem. In casu had de directeur-generaal Mededinging van de Commissie partijen laten weten bezwaren tegen de saneringsregeling (die ook onder de Wem bij de minister van EZ ter ontheffing was aangemeld) te hebben en de Commissie te zullen adviseren een negatief standpunt in te nemen ten opzichte van de regeling, tenzij de regeling zou worden gewijzigd. Hij deelde voorts mee dat de oplossing ook in het kader van de nationale wetgeving zou kunnen worden gevonden, mits het beleid van de Commissie inzake vermindering van structurele overcapaciteit zou worden gerespecteerd. De NMa leidde hieruit af dat de directeur-generaal daarmee aangaf dat de nationale mededingingsautoriteit het ontheffingsverzoek kon behandelen en achtte zich derhalve bevoegd. Uit het besluit blijkt niet dat de SSV het ontheffingsverzoek bij de Commissie had ingetrokken. Dat was derhalve nog steeds aanhangig. Uit het besluit blijkt voorts niet dat er overleg is geweest tussen de NMa en de Commissie. Op grond van de Mededeling van de Commissie inzake de samenwerking met nationale autoriteiten<sup>68</sup> kan betoogd worden dat de NMa had moeten wachten totdat de Commissie een beslissing had genomen (omdat immers ook nog steeds de toepassing van artikel 81 lid 3 in geding was).<sup>69</sup> De NMa wees hierbij mijns inziens overigens ten onrechte op de bevoegdheid van artikel 9 lid 3 Vo. 17 (de parallelle bevoegdheid om artikel 81 lid 1 EG-Verdrag toe te passen), aangezien er immers een ontheffingsverzoek bij de Commissie aanhangig is (of was).

In zaak 115, Stichting Auto & Recycling, meldde de NMa dat over de eveneens bij de Europese Commissie ter ontheffing aangemelde overeenkomst 'overleg' is geweest met de Commissie. Uit het besluit blijkt niet wat dat over-

61 Zaak 701, Kamerbeek t. Koster.

62 Zaken 1131, 1151, 1250.

63 Zie ook zaak 995, Organisatie van Nederlandse Tandprotheticci.

64 Zaak 275b, Libertel (bezwaar Unipart). Zie ook zaak 1225, Unipart t. Libertel.

65 Hoewel de vraag blijft in hoeverre de NMa in het besluit de bezwaren volledig weergeeft, moet de buitenstaander ten aanzien van een zaak ervan uitgaan dat bij gebreke van een beroep, het besluit die bezwaren kennelijk juist weergeeft.

66 Zaak 1400, Van Nellen Seeds.

67 Zaak 461, Federatie Agrotechniek (bezwaar).

68 Pb. EG 1997, C313/3.

69 Dat doet er overigens niet aan af dat de Commissie de mededeling in die zin zou moeten vernieuwen dat er meer armslag aan de nationale autoriteiten kan worden gegeven voor de toepassing van het nationale mededingingsrecht, zolang Vo. 17 nog niet is gewijzigd.

leg inhoud en of de Commissie hiermee de melding bij haar eveneens als afgehandeld beschouwde, dan wel het oordeel van de NMa overneemt.

Voor wat betreft haar bevoegdheid om artikel 81 lid 1 EG toe te passen, merkt de NMa op in een wat omslachtige overweging in zaak 426, Hoogovens/Ruhrkohle, dat zij niet de aangewezen instantie is om te oordelen over de strijdigheid met artikel 81 lid 1 van een overeenkomst die de mededinging op althans de Nederlandse markt niet beperkt. De NMa acht dan ook geen grond aanwezig voor een verder onderzoek naar de toepasselijkheid van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag op deze overeenkomst. Dat lijkt mij een juiste toepassing van het opportuniteitsbeginsel.

De verhouding tussen communautair en nationaal mededingingsrecht kwam zeer pregnant naar voren in de behandeling van het bezwaarschrift tegen de eerdere afwijzing van een klacht van Free Record Shop tegen de Koninklijke Vereeniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels (KVB).<sup>70</sup> Het Reglement van de KVB, althans een eerdere versie ervan, was reeds vóór 1 november 1962 bij de Commissie aangemeld en op grond van artikel 5, Vo. 17 derhalve voorlopig (d.w.z. totdat de Commissie een definitief oordeel zou hebben uitgesproken) geldig. Op 24 april 1998 (meer dan 25 jaar later – wie durft er te beweren dat de NMa ontheffingsverzoeken niet voortvarend afhandelt?) had de Commissie punten van bezwaar terzake van het Reglement vastgesteld. De minister van EZ had, mede namens de staatssecretaris van OCW, in 1997 een ontheffing verleend onder de Wem tot 2005, onder het voorbehoud dat de ontheffing zou komen te vervallen voor die bepalingen die op grond van artikel 81 EG nietig zouden blijken te zijn. Op 2 september 1999 heeft de Commissie middels een *comfort letter* de KVB laten weten dat het Reglement, nadat de collectieve verticale prijsbinding voor geïmporteerde boeken was verwijderd, niet valt onder de reikwijdte van artikel 81 EG. Met een beroep op *Haecht II*,<sup>71</sup> waarin het Hof van Justitie oordeelde dat de nationale rechter de nietigheid van voorlopig geldige overeenkomsten pas kan vaststellen *nadat* de Commissie een (verbods)beschikking heeft gegeven, betoogde NMa dat de ontheffing op grond van de Wem nog steeds geldt (en overigens is gegeven voor het hele stelsel van collectieve verticale prijsbinding). Voorts wees de NMa het verzoek om artikel 81 EG direct toe te passen, af. Dat lag voor de hand omdat de Commissie artikel 81 EG nu juist niet van toepassing achtte, omdat het gewijzigde Reglement de tussenstaatse handel niet beïnvloedt. Ten slotte wijst de NMa een beroep op de toepasselijkheid van artikel 6 Mw af op grond van artikel 102 Mw volgens welke bepaling een onder de Wem verleende ontheffing doorwerkt tot de datum waarop de ontheffing expireert.

### Slotopmerkingen

De NMa lijkt soms een onneembaar bastion: de meeste ontheffingsverzoeken, klachten en bezwaarschriften worden afgewezen. Bij ontheffingsverzoeken is dit beeld

echter vertekenend, omdat veel afwijzingen juist een positieve uitkomst hebben voor de aanvrager: de overeenkomst valt niet onder het verbod van artikel 6 Mw. Voor klachten lijkt het echter wel op te gaan. Indien men voorts bedenkt dat de formele besluiten het topje van de ijsberg van zaken vormen – de meeste zaken worden kennelijk informeel afgehandeld – dan ontstaat een beeld van een NMa die vooral gericht is op het conformeren van het ondernemersgedrag aan de Mededingingswet, meer dan op het straffen van overtredingen. Zeker in de beginjaren kan dat beleid effectief zijn en het beste het resultaat bereiken dat de Mededingingswet voor ogen heeft: het tegengaan van mededingingsverstoring gedrag. Op den duur kan echter de gedachte ontstaan dat met de NMa de soep niet zo heet wordt gegeten als hij in 1998 werd opgediend. Dat zal ten koste gaan van de drang tot naleving. Een goede dosering van informeel en formeel beleid zal die gedachte moeten voorkomen. Maakt de NMa echter waar wat eerder werd voorspeld – na het wegwerken van de berg ontheffingsverzoeken zal het accent verschuiven naar toezicht en onderzoek – dan zal dat ongetwijfeld gebeuren.

<sup>70</sup> Zaak 1561.

<sup>71</sup> HvJ EG 6 februari 1973 (Brasserie De Haecht, 48/72), Jur. 1973, 77, r.o. 9.