

# Mededingingsafspraken, machtsposities en procedures: NMa-besluiten in 2001

mr C.T. Dekker

Het gebruikelijke jaaroverzicht van besluiten van de NMa (met uitzondering van die inzake concentratiebesluiten) leent zich doorgaans voor het signaleren van tendensen in de besluitvorming. Naar mijn smaak is de tendens van 2001 er vooral een van consolidatie en verdere uitwerking van de lijnen die in 2000 zijn uitgezet. Het verslagjaar kenmerkt zich niet door schokkende nieuwe wegen die zijn ingeslagen. Dat doet er niet aan af dat er veel besluiten zijn genomen waarvan een korte bespreking de moeite waard is. Daarbij heb ik, zoals gebruikelijk in een jaaroverzicht, een selectie gemaakt. Bij die selectie is de vraag of een besluit iets toevoegt aan de eerdere beschikkingenpraktijk, een leidraad geweest. Om die reden besteed ik in het algemeen weinig aandacht aan beslissingen op bezwaar wanneer het bezwaar ongegrond wordt verklaard, zonder dat begrippen nader worden uitgewerkt ten opzichte van het primaire besluit. In 2001 heeft de d-g NMa een groot aantal adviezen uitgebracht aan derden. Omwille van de ruimte laat ik deze adviezen buiten beschouwing evenals de gezamenlijk met de OPTA opgestelde Richtsnoeren inzake prijsstijgingen. Wel ga ik kort in op de Richtsnoeren boetetoemeting en de Richtsnoeren samenwerking bedrijven.

## Organisatorische en niet-zaaksgebonden besluiten

In 2001 heeft de d-g NMa zijn eerdere Besluit mandaat en volmacht vervangen door een Besluit organisatie, mandaat, volmacht en machtiging NMa.<sup>1</sup> Afgezien van een mandaatverlening voor bepaalde besluiten aan directeuren en aan clustermanagers, voorziet dit besluit in artikel 21 ook in de aanwijzing van onderzoeksambtenaren. Het vangt daarmee het besluit aanwijzing toezichthoudende ambtenaren van 2 januari 1998.

Voorts heeft de d-g NMa in december beleidsregels inzake boetetoemeting ('boeterichtsnoeren') vastgesteld,<sup>2</sup> waarvan wat mij betreft het meest opvallende element is, dat de duur van de overtreding in de boetegrondslag wordt meegenomen, door over de betreffende periode de betrokken omzetten bij elkaar op te tellen en daar vervolgens 10% van te nemen. Ik verwijs naar de uitgebreide bespreking door Van Oers en Van der Meulen in een eerdere uitgave van dit tijdschrift.<sup>3</sup>

mr C.T. Dekker is advocaat bij Plas & Bossinade te Groningen en universitair docent aan de Universiteit van Amsterdam.

## Algemene begrippen

### Begrip onderneming

Een gemeente die op grond van een overeenkomst met een projectontwikkelaar verplicht is grond in erfpacht uit te geven, baat die grond commercieel uit en is in die functie als onderneming te beschouwen.<sup>4</sup> Daarentegen gaf de d-g NMa in het verslagjaar als zijn voorlopig oordeel dat een gemeente als overheid optreedt en niet als onderneming wanneer zij een afspraak maakt met een projectontwikkelaar inzake de maximering van de verkoopprijs van nieuwbouwwoningen door de laatste.<sup>5</sup>

Een Kamer van Koophandel valt niet onder het begrip 'onderneming' voor wat betreft haar rol – tot 1 maart 2001 – bij de beëdiging van iemand tot makelaar in onroerende zaken, omdat deze rol een wettelijke taak betreft.<sup>6</sup> Dat het feit dat de Kamer bij de uitoefening van die taak geen eigen beleidsvrijheid heeft, betekent dat de gedragingen van de Kamer in dit geval niet binnen het toepassingsbereik van de Mededingingswet vallen – zoals de d-g NMa stelt – lijkt mij niet juist. Dat suggereert dat wanneer er wel zo'n vrijheid bestaat er wel sprake zou zijn van een gedraging van een onderneming. Ik neem aan dat de d-g NMa dat niet bedoeld heeft.

De Pensioen- en Verzekeringskamer (PVK) werd, ten aanzien van haar besluit waarbij een Pensioenfonds de verplichting werd opgelegd om tot herverzekering over te gaan van het uit haar aangegane verplichtingen voortspruitende risico, niet beschouwd als een onderneming.<sup>7</sup> Het besluit werd genomen in het kader van de toezichthoudende taken die de PVK zijn verleend krachtens de Wet toezicht verzekeringen en de Pensioen- en spaarfondsenwet. Deze taken moeten worden aangemerkt als opgedragen wettelijke taken van algemeen publiek belang en kunnen derhalve niet worden aangemerkt als activiteiten van commerciële of industriële aard.

1 Besluit van 5 juli 2001, Stcrt. 2001, 133, gewijzigd bij besluit van 23 januari 2002, Stcrt. 2002, 17.

2 Stcrt. 2001, 248.

3 M.T.P.J. van Oers en B.M.J. van der Meulen, Het NMa boetebeleid, *M&M* 2002, p. 18-28.

4 Besluit 6 april 2001, zaak 58, Architectenkeuze Leidsche Rijn.

5 Besluit 12 september 2001, zaak 1655, Onvolkomen marktwerking op Vinex-lokaties. Men kan overigens twijfelen aan het besluitkarakter van deze beslissing (het ging hier om een brief aan de naar mijn inschatting niet als belanghebbende te beschouwen heer Duivesteyn).

6 Besluit 19 januari 2001, zaak 1669, X vs. NVM en KvK.

7 Besluit 15 juni 2001, zaak 2295, Pensioenfonds NIGOCO vs. de Verzekeringskamer.

### Afbakening relevante markt

In het besluit Avandis diende de d-g NMa de relevante productmarkt af te bakenen in verband met de samenwerking van een aantal producenten van gedistilleerde en andere alcoholhoudende dranken.<sup>8</sup> Op grond van het feit dat vanuit het perspectief van de gebruiker grote verschillen bestaan in smaak en andere producteigenschappen, die er niet toe zouden leiden dat consumenten bij een prijsstijging van de ene drank over zouden stappen op een andere, en wegens het gebrek van substitutie aan de aanbodzijde (gezien de verschillende productiemethoden, uiteenlopende ingrediënten en rijpingsprocessen), oordeelde de d-g NMa dat elke type sterke drank een afzonderlijke productmarkt vormt.<sup>9</sup> De geografische markt achtte de d-g NMa beperkt tot Nederland. Hij baseerde dit op het feit dat consumptiepatronen voor gedistilleerde en andere alcoholhoudende dranken per land verschillen. Ook de consumptie in Nederland van internationaal bekende dranken verschilt met die in andere landen. Voorts wordt de verkoop, productie en distributie per land verzorgd en verschillen de belastingtarieven.

Voordat in het kader van artikel 24 Mw kan worden bepaald of een gedraging misbruik van een economische machtspositie oplevert, moet de relevante markt worden bepaald. De geografische dimensie van die relevante markt wordt niet (zonder meer) bepaald door het feit dat de ter discussie staande gedraging tot een bepaald geografisch gebied beperkt is, aldus de d-g NMa. Volgens de d-g NMa zou dat automatisch leiden tot het aannemen van een machtspositie van die onderneming.<sup>10</sup> De eerste opmerking lijkt me juist, de tweede gaat voorbij aan andere criteria waaraan voldaan moet zijn om te kunnen spreken van een economische machtspositie.

In het besluit inzake de gemeenschappelijke stortingsacceptgiroprocedure<sup>11</sup> sloot de d-g NMa zich voor wat betreft de afbakening van de relevante markt aan bij een beslissing hierover van de Europese Commissie en kwam hij aldus tot de conclusie dat de relevante markt zowel het acceptgirosysteem als het systeem van automatische incasso omvat.<sup>12</sup>

In de zaak Innocom vs. Nira Nederland was een beoordeling van een markt voor reparatie en onderhoud van personenzoeksystemen ('piepers') aan de orde.<sup>13</sup> Volgens Innocom maakte Nira misbruik van haar machtspositie door de weigering van Nira om servicedocumenten ter beschikking te stellen, door de lange levertijden van onderdelen van Nira-piepers en de hoge prijs van die onderdelen. De d-g NMa achtte het aannemelijk dat de concurrentie op de primaire markt en de opkomst van andere technologieën tot dusdanige gedragsbeperkingen op de secundaire markt leiden, dat geen sprake is van een afzonderlijke markt. Hij voerde daarbij aan dat afnemers zich bij de aanschaf in de primaire markt een goed beeld kunnen vormen van de latere kosten op de secundaire markt, waardoor de aanbieder beperkt is in zijn mogelijkheden om in de secundaire markt zijn prijzen te verhogen. De d-g NMa sprak echter geen

definitief oordeel uit omdat voorshands niet aannemelijk was dat er sprake was van misbruik.

Althans voor wat betreft (personen)vervoer (over de weg) vanaf de luchthaven Schiphol, merkte de d-g NMa taxivervoer aan als aparte productmarkt, omdat dit niet substitueerbaar is met ander vervoersmodaliteiten: taxivervoer betreft vervoer van deur tot deur, naar alle bestemmingen, zonder overstappen, zonder vervolgttransport, is snel en individueel vervoer, en werkt niet volgens een dienstenschema, maar kan worden gebruikt op het moment waarop de consument dat wil.<sup>14</sup> Volgens de d-g NMa is het taxivervoer dat door de exclusief daartoe gerechtigde taxivervoerders wordt verricht van de zogenoemde 'Opstelstrook' evenmin substitueerbaar door taxivervoer vanaf andere plaatsen op het terrein van Schiphol, maar voert daarvoor alleen aan dat de bewijzing met betrekking tot taxivervoer binnen Schiphol alleen naar de 'Opstelstrook' verwijst. Dat lijkt mij een wat magere motivering.

Hiervoor werd aangegeven dat een gemeente voor wat betreft de activiteit van gronduitgifte wordt aangemerkt als onderneming. Uit de zaak Buitenman vs. Leerdam blijkt dat een gemeente zich met die activiteit op een regionale dan wel nationale markt begeeft (en derhalve niet snel een economische machtspositie zal innemen).<sup>15</sup>

### Artikel 6 Mw

Een overeenkomst waarbij de betrokken ondernemingen een gezamenlijke onderneming oprichten waarin zij zeggenschap verkrijgen kan een concentratie opleveren in de zin van artikel 27 Mw, zodat artikel 6 Mw niet van toepassing is. Wordt geen gezamenlijke zeggenschap uitgeoefend dan wordt de samenwerking niet beoordeeld in het kader van het concentratietoezicht, maar als overeenkomst in de zin van artikel 6 Mw.<sup>16</sup>

Bij de beoordeling van horizontale samenwerkingsovereenkomsten dienen de richtsnoeren van de Europese Commissie<sup>17</sup> terzake als leidraad voor de beoordeling van de d-g NMa.<sup>18</sup>

Subsidies voor opleidingen van werknemers in een bepaalde branche dragen rechtstreeks bij aan de arbeidsvoorwaarden van die werknemers. Wanneer voor die subsidies bij (een algemeen verbindend verklaarde) CAO een

8 Besluit 29 maart 2001, zaak 1891, Avandis.

9 Derhalve zijn er aparte markten voor jenever, vieux, bitters, rum, brandewijn, wodka, gin en advocaat.

10 Besluit 15 januari 2001, zaak 407, Texincare vs. Amicon.

11 Besluit 4 juli 2001, zaak 81.

12 Beschikking Commissie 8 september 1999, Pb. EG 1999, L271/28.

13 Besluit 20 december 2001, zaak 144.

14 Besluit 30 oktober 2001, zaak 1539, Samenwerkingsovereenkomst Taxivervoer Schiphol.

15 Besluit 25 juli 2001, zaken 184 en 804.

16 Besluit 29 maart 2001, zaak 1891, Avandis.

17 Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Pb. EG 2001, C 3, p. 2.

18 Besluit 29 maart 2001, zaak 1891, Avandis.

fonds is opgericht waaraan de werkgevers in de branche moeten bijdragen, beschouwt de NMa een regeling voor de verdeling van deze subsidies als betrekking hebbend op arbeids- en werkgelegenheidsvoorwaarden. De subsidieregeling valt daarom buiten de werkingssfeer van artikel 6 Mw.<sup>19</sup>

Buiten de reikwijdte van het verbod vallen overeenkomsten van ondernemingen die zozeer het gevolg zijn van overheidsinvloed dat zij niet als gevolg van autonome gedragingen van die ondernemingen kunnen worden beschouwd. Die regel toepassend was de d-g NMa in een aantal primaire besluiten ten aanzien van overeenkomsten met betrekking tot zandwinningsprojecten tot het oordeel gekomen dat de benodigde overheidsinvloed niet aanwezig was. In het verslagjaar heeft de d-g NMa die beoordeling in een aantal gevallen heroverwogen: in bezwaar kwam vast te staan dat de colleges van Gedeputeerde Staten van de betrokken provincies geen ontgrondingsvergunning zouden verlenen tenzij de betrokken ondernemingen bij de ontgroning zouden samenwerken.<sup>20</sup> Tevens, zo blijkt uit de besluiten, stelden GS de winrechten voor althans een gedeelte van het project vast. De d-g NMa acht daarom alsnog artikel 6 Mw niet van toepassing op de overeenkomsten met betrekking tot de verschillende projecten. Deze overheidsinvloed was echter niet aanwezig ten aanzien van de algemene, projectoverstijgende samenwerkingsovereenkomst van zandwinningsbedrijven ('Nederzand').<sup>21</sup>

Een opzienbarende overweging gaf de d-g NMa in een oordeel over de marktwerking op Vinex-locaties: hij merkte op dat gemeenten en projectontwikkelaars overeenkomsten zijn aangegaan in een periode waarop nauwelijks het besef zal hebben bestaan dat de overheid mogelijk als onderneming optrad. Projectontwikkelaars konden erop vertrouwen dat zij met de overheid tot afspraken waren gekomen, zonder zich af te hoeven vragen of dergelijke handelingen mogelijk later als strijdig met de mededingingswetgeving zouden kunnen worden gekwalificeerd.<sup>22</sup> Mijns inziens geldt dat voor alle overeenkomsten die (ver) voor de inwerkingtreding van de Mededingingswet zijn gesloten. Afgezien van de overgangstermijn van artikel 100 Mw, is echter de Mededingingswet ten volle van toepassing, ongeacht of men bij het sluiten van een overeenkomst er rekening mee moest houden dat er op een gegeven moment mededingingswetgeving op de overeenkomst van toepassing zou worden of niet. Dat men er niet bij stond dat de overheid als onderneming kon handelen, mag naar mijn opvatting dan ook geen reden zijn om de Mededingingswet niet toe te passen.

### Besluit van een ondernemersvereniging

Het is evident dat besluiten van een algemene vergadering die mededingingsbepalende bepalingen bevatten en waarvan de naleving met sancties (ontzetting, boeten) wordt afgedwongen, als besluiten van een ondernemersvereniging in de zin van artikel 6 Mw worden gezien.<sup>23</sup>

Er is sprake van een besluit van een ondernemersvereniging indien de vereniging een bepaald gedrag aanbe-

veelt voorzover het de bedoeling c.q. de wil is van de betrokken ondernemersvereniging dat de aanbeveling wordt opgevolgd.<sup>24</sup> Tegen die achtergrond kan er sprake zijn van een mededingingsbeperkend besluit van een brancheorganisatie in geval deze informatie over kostenstijgingen vaststelt en verspreidt, met name wanneer deze vergezeld gaat van de mededeling dat de brancheorganisatie het van belang acht dat haar leden goede tarieven berekenen en het advies om kritisch te bekijken of de gehanteerde tarieven alle kosten dekken.<sup>25</sup>

### Beperking van de mededinging

In zijn Richtsnoeren samenwerking bedrijven heeft de d-g NMa aangegeven dat bij erkenningsregelingen geen sprake is van een mededingingsbeperkend effect indien het marktaandeel van de deelnemende ondernemingen minder is dan 20%. In de zaken PVV/IKB Vleeskalveren<sup>26</sup> werd dit marktaandeel overschreden en diende derhalve een nadere beoordeling plaats te vinden. De d-g NMa achtte de verplichting van de IKB-erkende vleeskalverhouder om uitsluitend IKB-vleeskalveren te produceren/houden, (merkbaar) mededingingsbeperkend. De regeling verkreeg overigens een ontheffing omdat een effectieve en efficiënte controle op het naleven van de eisen inzake de kwaliteit van het drinkwater, ruwvoer en het gebruik van medicijnen onmogelijk zou zijn wanneer de vleeskalverhouder ook andere dan IKB-vleeskalveren zou houden. De verplichting voor de IKB-erkende detailhandelaar om geen ander dan IKB-kalfsvlees te verkopen, beperkt de mededinging niet merkbaar, aangezien 0% van de detaillisten IKB-erkend is, zo oordeelde de d-g NMa.

In de zaak Stichting Schadegarant beoordeelde de d-g NMa een samenwerking van een groot aantal verzekeraars, welk samenwerkingsverband standaardovereenkomsten sluit met dealerbedrijven en autoschadeherstelbedrijven en erop gericht is bepaalde voordelen te bereiken ten behoeve van de verzekerde.<sup>27</sup> De d-g NMa beschouwde het samenwerkingsverband als een inkoopverband, gericht op de gezamenlijke inkoop van autoschadehersteldiensten ten behoeve van verzekerden, tegen maximumtarieven en met een zekere kwaliteit. Bij gezamenlijke

19 Besluit 24 september 2001, Zaak 1587 ATG vs. St. OOMT. Zie ook Besluit 12 juli 2001, zaak 1216, Stichting Bevordering Vakbekwaamheid Beroepsgoederenvervoer vs. Stichting Opleidings- en Ontwikkelingsfonds Beroepsgoederenvervoer.

20 Besluit 21 augustus 2001, zaak 507, Geertjesgolf; Besluit 21 augustus 2001, zaak 568, Kraaijenbergse Plassen; Besluit 21 augustus 2001, zaak 617, Heeswijkse Kampen. Tussen de besluiten bestaan enige nuanceverschillen, maar de strekking is dezelfde.

21 Besluit 21 augustus 2001, zaak 620, Nederzand.

22 Besluit 12 september 2001, zaak 1655, Marktwerking op Vinex-locaties.

23 Besluit 19 februari 2001, zaak 381, VBBS.

24 Besluit 13 februari 2001, zaak 203, Nederlandse Textiel Conventie.

25 Besluit 21 december 2001, zaak 2234, ANKO.

26 Besluiten van 25 oktober 2001, zaak 305, PVV/IKB Rosé Vleeskalveren en zaak 317, PVV/IKB Blanke Vleeskalveren.

27 Besluit 15 november 2001, zaak 597, Stichting Schadegarant. Zie ook: Besluit 15 november 2001, zaak 469, Topherstel.

inkoop moet voor de vraag of de mededinging wordt beperkt onder andere worden gekeken in welke mate de kosten van de deelnemende ondernemingen worden geüniformeerd. Op dat punt constateerde de d-g NMa dat circa 50-60% van de bruto-premie van verzekeraars op directe wijze beïnvloed wordt door de gezamenlijke inkoop, maar hij nuanceert die constatering tegelijkertijd door op te merken dat de werkelijke invloed van de gezamenlijke inkoop veel geringer is omdat de gezamenlijke inkoop alleen maar betrekking heeft op schades die onder een cascoschadeverzekering vallen, terwijl de relevante markt alle motorrijtuigenverzekeringen omvat en cascoverzekeringen in combinatie met WA-verzekeringen worden aangeboden. Het besluit is ietwat verwarrend daar waar vervolgens wordt opgemerkt dat toch een aanzienlijk gedeelte van de kosten wordt geüniformeerd. Welke gedeelte dit nu uiteindelijk is, maakt het besluit niet duidelijk. Desondanks wordt volgens de d-g NMa de mededinging op de markt voor motorrijtuigenverzekeringen merkbaar beperkt. Dit geldt niet voor de markt voor (inkoop van) autoschadehersteldiensten. Op deze markt hebben de deelnemers aan de Stichting Schade-garant een aandeel van minder dan 15%. Dat leidt voor wat betreft gezamenlijke inkoopovereenkomsten in het algemeen tot de conclusie dat de mededinging op die inkoopmarkt niet merkbaar wordt beperkt. Evenmin achtte de d-g NMa een merkbare mededingingsbeperking aanwezig in de verticale verhouding tot de autoschadehersteldiensten; de overeenkomsten in die relatie worden aange-gaan voor de duur van één jaar en zijn niet-exclusief. Voorzover het samenwerkingsverband mededingingsbeperkende gevolgen heeft, verleende de d-g NMa een ont-heffing voor een periode van vijf jaar.

Het recht van grondeigenaren en projectontwikke-laars om architecten te selecteren, strekt er niet toe de mededinging te beperken.<sup>28</sup> In het verslagjaar oordeelde de d-g NMa ook over de verschillende verplichtingen voor de leden van de Vereniging Belangen Behartiging Schilders-bedrijf in verband met de door die Vereniging opgestelde anti-leurregeling<sup>29</sup> en het stelsel van inschrijfvergoedin-gen.<sup>30</sup> De d-g NMa oordeelde dat deze verplichtingen ertoe strekten de mededinging te beperken en bevestigde dat oordeel in bezwaar.<sup>31</sup> Hetzelfde geldt voor het systeem van aanwijzing van een 'rechthebbende' op een opdracht door een vertrouwensman: dit systeem doorkruist de mogelijk-heid van de aanbesteder om aan de hand van de verschil-lende concurrentieparameters zijn keuze te bepalen. Het feit dat de aanbesteder formeel de mogelijkheid heeft om aan een ander te gunnen dan de aangewezen rechthebben-de, doet hieraan niet af, aldus de d-g NMa, aangezien hij hiervoor toestemming moet verkrijgen van de vertrou-wensman, deze zijn toestemming kan weigeren indien hij van mening is dat er wordt geleurd en de andere deelne-mers aan de aanbesteding het werk slechts kunnen aanne-men in de vorm waarin het in hun prijsaanbieding is opge-nomen.<sup>32</sup> Aan het primaire besluit was reeds een 'voorlopig oordeel' voorafgegaan dat veel stof in de literatuur deed

opwaaien over het besluitkarakter van dit voorlopig oor-deel en reeds tot een beslissing op bezwaar en een uit-spraak van de Rechtbank Rotterdam leidde.<sup>33</sup>

In navolging van de Europese Commissie beschouwt de d-g NMa de (branchebrede) toepassing van uniforme voorwaarden op het gebied van maximum betalingskortin-gen, delcredere kortingen en maximum-omzetstimulering als ertoe strekkend de mededinging te beperken.<sup>34</sup>

Ten einde te bepalen of de eerdergenoemde samen-werking tussen een drietal producenten van gedistilleerde en andere alcoholhoudende dranken de medewerking beperkte, ging de d-g NMa in de zaak Avandis na, conform de richtsnoeren van de Commissie inzake horizontale over-eenkomsten, of de betrokken partijen over marktmacht beschikten.<sup>35</sup> Daarbij nam de d-g NMa als uitgangspunt dat wanneer het gecombineerde marktaandeel van de par-tijen groter is dan 20%, de waarschijnlijke gevolgen van de samenwerking voor de markt zouden moeten worden beoordeeld, waarbij zowel de concentratiegraad op de markt als de marktaandelen een belangrijke factor zouden vormen. Deze marktaandelen moesten worden beoordeeld naar de verschillende relevante markten, waarbij de d-g NMa ervan uitging dat de verschillende typen sterke drank, ieder een afzonderlijke markt vormen. Ten aanzien van een aantal markten (advocaat, jenever, vieux en brandewijn) constateerde de d-g NMa een gecombineerd marktaandeel van meer dan 30%, terwijl de mate van uniformering van de kosten door de samenwerking uitkwam op tussen de 20 en 30%. Daarbij kwam nog een middelmatige concentratie-grad, berekend aan de hand van de Herfindahl-Hirshman Index voor de verschillende markten op een waarde tussen 1000 en 1800. Ten slotte constateerde de d-g NMa dat de laatste tien jaar geen toetreding tot de markt had plaatsge-vonden. Op die gronden constateerde hij dat een coördina-tie van het concurrentiegedrag van partijen op deze mark-ten aannemelijk was en dat de samenwerking derhalve mededingingsbeperkende gevolgen had.

In de zaak Gemeenschappelijke stortingsacceptgiro-procedure<sup>36</sup> oordeelde de d-g NMa dat een afspraak tussen banken over het maximumbedrag dat de ene aan de andere bank in rekening kan brengen voor de interbancaire afhan-deling van acceptgiro's, mededingingsbeperkend is. De afspraak beperkt de mogelijkheden van banken om in bila-terale overeenkomsten met bepaalde andere banken zo

28 Besluit 6 april 2001, zaak 58, Architectenkeuze Leidsche Rijn (er was overigens geen sprake van een merkbare mededingingsbeperking).

29 De d-g NMa merkt fijntjes op: 'hetgeen aanvraagsters aanmerken als "leuren" is feitelijk niets anders dan een normale vorm van concurrentie.'

30 Besluit 19 februari 2001, zaak 381, VBBS.

31 Besluit 17 december 2001, zaak 2414-43, VBBS.

32 Idem.

33 J.G. Brouwer & A.E. Schilder, Het voorlopig oordeel van de NMa, *NJB* 1999, p. 1417-1422.

34 Besluit 13 februari 2001, zaak 203, Nederlandse Textiel Conventie.

35 Besluit 29 maart 2001, zaak 1891, Avandis.

36 Besluit 4 juli 2001, zaak 81.



gunstig mogelijke voorwaarden te verkrijgen en hun cliënten daarvan te laten profiteren. Hierdoor wordt de mededinging tussen de betrokken banken om de gunsten van de cliënten indirect beperkt, aldus de d-g NMa. Weliswaar kan bilateraal een lagere vergoeding worden afgesproken, maar voor een efficiënt werkende onderneming kent de overeenkomst geen stimulans om het verkregen kostenvoordeel aan de cliënt door te geven. De overeenkomst verkreeg overigens een ontheffing (zie hieronder).

Met betrekking tot de Reclame Code oordeelde de d-g NMa dat de in deze code opgenomen bepalingen inzake vergelijkende reclame niet mededingingsbeperkend zijn omdat zij de tekst van EG-Richtlijn 97/55 inzake misleidende reclame hebben overgenomen.<sup>37</sup> Evenmin zijn de in de code neergelegde fatsoensnormen mededingingsbeperkend; zij zijn als algemene aanvaarde ethische en oorbare beginselen voor reclame te beschouwen. De d-g NMa tekent hier overigens bij aan dat dit blijkt uit het feit dat alle bij het ontwerpen, aanbieden, maken, uitgeven of gebruiken van reclame betrokkenen, bij de regeling zijn aangesloten, evenals verschillende beroeps- en belangenorganisaties. De inhoud van het begrip 'fatsoen' is daarmee niet door één beroepsorganisatie vastgesteld en dus niet in het belang van die beroepsgroep, maar van het publiek in het algemeen. Nu de materiële regels niet mededingingsbeperkend zijn, zijn de regels inzake de Reclame Code Commissie en het College van Beroep dat, op zichzelf beschouwd, ook niet, zo oordeelt de d-g NMa. Hij geeft echter aan dat dit anders kan zijn wanneer die regels niet objectief of willekeurig zouden zijn of zo zouden worden toegepast.

In de zaak Algemene voorwaarden consumentenwerk VNI<sup>38</sup> besliste de d-g NMa dat de door de Vereniging van Nederlandse Installatiebedrijven (VNI) opgestelde, en door de leden van de VNI verplicht toe te passen algemene voorwaarden, niet (merkbaar) mededingingsbeperkend zijn. In tegenstelling tot in zijn eerdere besluit inzake VEBIDAK<sup>39</sup> oordeelde de d-g NMa in dit geval dat de uniforme garantiëvoorwaarden niet onder de reikwijdte van artikel 6 Mw vallen, omdat de garantieregeling slechts betrekking heeft op de installatiewerkzaamheden en daarom van veel minder belang zou zijn voor de consument dan de fabrieksgarantie op de geïnstalleerde apparatuur. Er zou derhalve geen sprake zijn van een belangrijke zelfstandige concurrentieparameter. Uit het besluit blijkt niet dat de d-g NMa hier zelfstandig onderzoek naar gedaan heeft of dat door de aanvrager van de ontheffing terzake empirisch materiaal is overgelegd. Mede gezien de eerdere beslissing in VEBIDAK was naar mijn smaak een uitgebreider onderzoek op zijn plaats geweest.

In een aantal besluiten met betrekking tot de gezondheidszorg heeft de d-g NMa dit jaar de lijn doorgezet die vorige jaar reeds met enkele besluiten was uitgezet, die in het overzichtsartikel van vorig jaar uitgebreid aan de orde zijn gekomen.<sup>40</sup>

Wanneer afspraken in een beroepsgroep kwaliteitsbevordering betreffen, zoals in de zaak Landelijke Huisartsen Vereniging, worden zij niet als mededingingsbeperkend beschouwd.<sup>41</sup> Ook samenwerking op administratief gebied, zoals met betrekking tot het declaratie- en betalingsverkeer is in de zorgsector toegestaan. Vestigingsregels en regels inzake uniformering van het aanbod en te hanteren tarieven gaan echter verder dan kwaliteitsbevordering en samenwerking op het gebied van administratieve aangelegenheden. Dit geldt bijvoorbeeld ook voor de eis dat een apotheek in staat moet zijn zelf zijn geneesmiddelen te bereiden, omdat de toegang tot de markt voor apotheken die op andere wijze hun distributie willen regelen daardoor wordt beperkt.<sup>42</sup> Mededingingsbeperkend zijn evenzeer de verplichting voor de apotheek om geopend te zijn gedurende nader bepaalde openingstijden en de verplichting om bij een Regionaal Apotheek Laboratorium aangesloten te zijn. Die laatste verplichting leidt tot een mededingingsbeperking op de markt voor laboratoriumdiensten, omdat de apotheker niet vrijelijk kan kiezen van welk laboratorium hij zijn diensten wenst af te nemen; dat beperkt de mededinging tussen de bestaande laboratoria en de toetreding tot de markt door nieuwe laboratoria. Of de beroepsgroep dergelijke regels als gedragsregels betitelt, is voor de toepassing van artikel 6 Mw vanzelfsprekend niet relevant.<sup>43</sup>

Eveneens in de zaak Landelijke Huisartsenvereniging komen wij een 'gedoogsituatie' tegen. Uit de beslissing op bezwaar blijkt dat de LHV een overgangperiode is gegund voor de uitvoering van het primaire besluit tot 1 januari 2002.<sup>44</sup> Gezien de overgangsregeling van artikel 100 Mw waren de overeenkomsten waarover de d-g NMa zich had uitgesproken met de inwerkingtreding van zijn primaire besluit van 11 april 2001, ongeldig voorzover zij in strijd waren met artikel 6 Mw. De d-g NMa had ervoor kunnen kiezen zijn primaire besluit in werking te laten treden per 1 januari 2002 of de LHV erop kunnen wijzen dat schorsing van het primaire besluit kon worden verzocht in een voorlopige voorzieningsprocedure. Dat had mij procedureel zuiverder geleken.

De mededinging wordt niet beperkt door een exclusiviteitsbeding dat inherent is aan de overige onderdelen van de betrokken overeenkomst. Zo oordeelde de d-g NMa in de zaak Monuta vs. Schieland Ziekenhuis dat het feit dat aan mortuariumbeheerder Matrice het exclusieve recht was verleend om in het ziekenhuis mortuariumwerkzaamheden te verrichten inherent was aan het laten uitvoeren van de

37 Besluit 12 juli 2001, zaak 502, Stichting Reclame Code Commissie.

38 Besluit 25 oktober 2001, zaak 266.

39 Besluit 22 juli 1999, zaak 228.

40 C.T. Dekker, Mededingingsafspraken, machtsposities en procedures: NMa-besluiten 2000, *M&M* 2000, p. 49-59.

41 Besluit 21 december 2001, zaak 2513, LHV. Zie ook Besluit 6 juli 2001, zaak 912, CZ-Apotheker.

42 Besluit 6 juli 2001, zaak 912, CZ-Apotheker.

43 Besluit 21 december 2001, zaak 2513, LHV.

44 Idem.

in de overeenkomst genoemde werkzaamheden ten einde een goede laatste verzorging van overledenen te garanderen.<sup>45</sup>

Dat lag anders in het geval van de voorrang die Schiphol verleende aan een aantal taxiondernemingen om van de 'Opstelstrook' op de luchthaven gebruik te maken, tegenover de verplichting van deze ondernemingen om voor een 24-uurs beschikbaarheid te zorgen en aan bepaalde kwaliteitseisen te voldoen.<sup>46</sup> Wel werd hier een ont-heffing voor verleend.

### Merkbaarheid

Wanneer een regeling ertoe strekt de mededinging te beperken, hoeft geen onderzoek meer te worden gedaan naar de concrete gevolgen van die regeling; slechts wanneer de betrokken regeling niet meer dan in geringe mate afbreuk doet aan de mededinging kan zij van het verbod worden uitgesloten.<sup>47</sup> Ook bij overeenkomsten die ertoe strekken de mededinging te beperken, dient derhalve nog steeds een 'merkbaarheidstoets' te worden uitgevoerd. Wanneer de bij de regeling aangesloten ondernemingen circa 15% van de omzet van de markt vertegenwoordigen, kan ervan worden uitgegaan dat de beperking van de mededinging merkbaar is.<sup>48</sup>

In de zaak Geneesmiddelenformularium Kennemerland oordeelde de d-g NMa over een zogenoemd formularium: een samenvatting van adviezen over het voorschrijven van geneesmiddelen die bij een bepaalde diagnose de voorkeur hebben, eventueel in combinatie met een advies over de behandelstappen.<sup>49</sup> Dit formularium wordt vastgesteld in het farmacotherapeutisch transmuraal overleg (FTTO), bestaande uit (ziekenhuis-)apothekers, huisartsen en medisch specialisten, met ondersteuning van de ziektekostenverzekeraar. De d-g NMa achtte geen merkbare beperking van de mededinging op de markt voor de inkoop van geneesmiddelen als gevolg van dit formularium aanwezig. Daartoe bracht hij naar voren dat het formularium slechts betrekking heeft op een klein gedeelte van de relevante (geografische) markt (minder dan 5%), dat het slechts stofnamen en geen merknamen bevat en dat het elke twee jaar wordt herzien, terwijl bovendien met geen enkele leverancier exclusiviteit is overeengekomen. Over de feitelijke uitwerking en het mogelijke keteneffect wanneer dergelijke formularia in alle regio's in Nederland worden toegepast, laat de d-g NMa zich niet uit. De d-g NMa ging ook na of het formularium de mededinging merkbaar beperkt op de markt voor het aanbieden van ziekenfondsverzekeringen. Hij stelde vast dat een goed formularium direct en indirect een positief effect op de kosten kan hebben, zodat het zich in lagere verzekeringspremies zou kunnen vertalen. Daarmee zou een 'verzekeraarsformularium' de prijsconcurrentie op de markt voor ziektekostenverzekeringen kunnen stimuleren. Die concurrentie treedt echter niet op omdat alle zorgverzekeraars die werkzaam zijn in Kennemerland zich bij hetzelfde formularium hebben aangesloten en de zorgverleners het formularium toepassen, ongeacht bij

welke verzekeraar de patiënt staat ingeschreven. Desondanks achtte de d-g NMa geen merkbare mededingingsbeperking aanwezig. Volgens de d-g NMa vormen de kosten voor geneesmiddelen in de regio slechts een klein deel van de totale landelijke kosten voor geneesmiddelen van de zorgverzekeraars. Voorts heeft het formularium slechts betrekking op drie ziektebeelden en kunnen de zorgverzekeraars zich nog door verschillen met betrekking tot de inkoop van geneesmiddelen van elkaar onderscheiden, bijvoorbeeld door het aanbesteden van de inkoop van geneesmiddelen. Ten slotte kunnen zij aanvullende afspraken maken met de zorgverleners over het voorschrijven en afleveren ervan.

De merkbaarheid van een mededingingsbeperking kan ook bepaald worden door het marktaandeel van de ondernemingen die bij de afspraak zijn betrokken, zo blijkt uit het besluit inzake de Verwijderingsstructuur naai-, brei, borduur- en lockmachines.<sup>50</sup> De d-g NMa vervolgt daarmee overigens de lijn die reeds in eerdere jaren werd gevolgd.

### Artikel 11 Mw

Artikel 6 Mw is volgens artikel 11 Mw, kort gezegd, slechts van toepassing op overeenkomsten waarbij ten minste een onderneming of ondernemersvereniging betrokken is die is belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, voorzover de toepassing van artikel 6 de vervulling van die bijzondere taak niet verhindert.

Huisartsen vallen niet onder de reikwijdte van dit artikel, aldus de d-g NMa.<sup>51</sup> De toegankelijkheid van de huisartsenzorg is niet gewaarborgd door enige specifieke publiekrechtelijke taakstelling aan de huisartsen. Evenmin bestaat er een wettelijk voorschrift of een besluit van een bestuursorgaan met betrekking tot beschikbaarheid en bereikbaarheid op basis waarvan huisartsen uitdrukkelijk belast zijn met bepaalde vormen van dienstverlening. Overigens achtte de d-g NMa in ieder geval niet aangetoond dat de toepassing van artikel 6 Mw de vervulling van de door de Landelijke Huisartsen Vereniging geschetste bijzondere taak verhindert.

45 Besluit 30 maart 2001, zaak 1437.

46 Besluit 30 oktober 2001, zaak 1539, Samenwerkingsovereenkomst Taxi- vervoer Schiphol.

47 Besluit 13 februari 2001, zaak 203, Nederlandse Textiel Conventie.

48 Besluit 13 februari 2001, zaak 203, Nederlandse Textiel Conventie.

49 Besluit 23 augustus 2001, zaak 1915, Zilveren Kruis-Genesmiddelenformulair Kennemerland.

50 Besluit 1 oktober 2001, zaak 1754. Zie ook de besluiten van dezelfde datum op de ontheffingsverzoeken van dezelfde Stichting Metalelektro Recycling in de zaken 1751, 1752, 1753 en 1755, voor verwijderingssy-temen voor verschillende productgroepen. Zie voorts Besluit 18 april 2001, zaak 1153, Wit- en bruingoed.

51 Besluit 11 april 2001, zaak 537, Landelijke Huisartsen Vereniging en Besluit 21 december 2001, zaak 2513 (beslissing op bezwaar).

## Artikel 16 Mw

In het verslagjaar heeft de d-g NMa een aantal besluiten genomen inzake verwijderingsstructuren.<sup>52</sup> Deze (nagenoeg) branchebreed opgezette verwijderingsstructuren vinden hun oorsprong in de Wet Milieubeheer en de op grond van die wet vastgestelde verwijderingsbesluiten. Ingevolge deze regelgeving dient de minister van VROM instemming te verlenen aan een gezamenlijke mededeling van ondernemingen over de wijze waarop zij aan hun verwijderingsverplichtingen voldoen. In de door de d-g NMa beoordeelde gevallen was de instemming aan de verwijderingsstructuur door de minister gegeven, maar onder het uitdrukkelijke voorbehoud dat de d-g NMa voorzover nodig ontheffing verleent uit hoofde van de Mededingingswet en de structuur geen strijdigheid oplevert met Europese mededingingsregels. Daarmee, zo stelt de d-g NMa, bestaat er voor hem ruimte om de mededingingsrechtelijke aspecten van de afspraken te beoordelen. Wel moet men zich afvragen of de d-g NMa bij zijn beoordeling nog mag ingaan op de vraag of aan de eerste voorwaarde van artikel 17 Mw is voldaan: moet de d-g NMa dat met de goedkeuring van de minister van VROM niet als gegeven aanvaarden?

Het is overigens niet altijd noodzakelijk dat de overeenkomst die ter beoordeling staat, als zodanig aan een bestuursorgaan ter goedkeuring is voorgelegd. In de zaak *Shiva vs. KLM* oordeelde de d-g NMa dat de goedkeuring door de luchtvaartautoriteiten van Nederland en Suriname van de door de KLM en SLM op de route Amsterdam-Paramaribo te hanteren tarieven, de vluchtfrequentie en de in te zetten capaciteit geacht moest worden tevens betrekking te hebben op de samenwerkingsovereenkomst tussen beide maatschappijen, nu de goedgekeurde elementen zodanig verweven waren met de inhoud van die overeenkomst, dat deze niet los van elkaar konden worden gezien.<sup>53</sup>

## Ontheffingen

Wil men een ontheffing verkrijgen, dan zal men aanmerkelijk moeten kunnen maken dat de productie en/of distributie door de mededingingsbeperkende afspraak worden verbeterd. Uniforme voorwaarden in een branche kunnen wellicht de distributie verbeteren, maar maximumkortingen dragen daar in ieder geval niet toe bij: aangezien onder het maximum variatie in korting mogelijk is, leidt een systeem van maximumkortingen niet tot helderheid in en vergelijkbaarheid van het aanbod.<sup>54</sup> Met verbetering van de productie wordt vanzelfsprekend evenmin gedoeld op het tegengaan van overmatige concurrentie en structurele overcapaciteit.<sup>55</sup>

In de eerdergenoemde zaak *Avandis* oordeelde de d-g NMa dat de samenwerking op het punt van productie van gedistilleerde en andere alcoholhoudende dranken tot efficiëntieverbeteringen zou leiden, aangezien de productiefaciliteiten van twee van de drie partners grotendeels zouden verdwijnen en de productiecapaciteit van de derde partner mede voor de eerste twee zou worden aangewend.<sup>56</sup> Partij-

en hadden de jaarlijkse besparing becijferd. Partijen toonden voor de bundeling van de productiecapaciteit voor advocaat geen kostenbesparingen aan, zodat de d-g NMa voor de samenwerking op het gebied van bottelarij, opslag en distributie van die drank(?) de ontheffingsaanvraag afwees. In bezwaar kwamen partijen alsnog met de bewijzen, zodat het primaire besluit werd herroepen en de ontheffing ook werd verleend voor de samenwerking op het gebied van advocaat.<sup>57</sup>

Aangezien de afnemers van de partners in het *Avandis*-samenwerkingsverband een *countervailing power* vormen ten opzichte van partijen, achtte de d-g NMa aanmerkelijk dat de bij de samenwerking behaalde voordelen zullen worden doorgegeven. Ten aanzien van het punt van de onmisbaarheid, merk ik op dat de d-g NMa erop wijst dat partijen zich hebben verplicht maatregelen te nemen, met name ten aanzien van de automatisering, welke noodzakelijk zijn om enige informatie-uitwisseling te voorkomen.

In de zaak *Gemeenschappelijke stortingsacceptgiro-procedure* oordeelde de d-g NMa dat de in de tussen de banken gesloten overeenkomsten inzake genoemde procedure opgenomen maximumtarieven voor interbancaire transacties, een besparing van de transactiekosten oplevert: bij bilaterale onderhandelingen zouden, zo heeft de d-g NMa berekend, 4115 bilaterale overeenkomsten moeten worden gesloten. Een nieuwkomer op de markt kan zich bovendien beperken tot het toetreden tot de collectieve overeenkomst, zodat hij niet met alle andere banken behoeft te onderhandelen. De lagere transactiekosten zouden op deze manier de toetreding tot de markt vergemakkelijken. De d-g NMa was voorts van oordeel dat deze lagere transactiekosten, die tot lagere kosten van de verwerking van acceptgiro's leiden, naar verwachting zouden worden doorgegeven aan de gebruikers, gezien de concurrentiedruk van de automatische incasso en de concurrentie voor wat betreft de cliëntentarieven. Bovendien beschouwt de d-g NMa dit collectieve maximum interbancaire tarief als noodzakelijk om de doelstelling van de overeenkomst – de verlaging van transactiekosten – te bereiken. De d-g NMa constateerde verder dat dit collectieve maximumtarief niet verder gaat dan noodzakelijk, aangezien het de deelnemende banken vrijlaat in de tariefstelling ten opzichte van hun cliënten, terwijl bovendien de aanpassing van het maximumtarief plaatsvindt op basis van een verklaring van een onafhankelijke deskundige, zodat geen uitwisseling van kostengegevens behoeft plaats te vinden.

Doorgaans verkrijgen afspraken die ertoe strekken de mededinging te beperken, geen ontheffing, zo merkt de d-g

52 Besluit 1 oktober 2001, zaak 1754, Verwijderingsstructuur naai-, brei-, borduur- en lockmachines.

53 Besluit 8 oktober 2001, zaak 11, *Shiva vs. KLM*.

54 Besluit 13 februari 2001, zaak 203, Nederlandse Textiel Conventie.

55 Besluit 21 mei 2001, zaak 602, Koninklijk Nederlands Busvervoer.

56 Besluit 29 maart 2001, zaak 1891, *Avandis*.

57 Besluit 14 december 2001, zaak 2491-8, *Bols/Avandis*.

58 Besluit 16 oktober 2001, zaak 1654.

NMa op in de zaak Far West.<sup>58</sup> Dat is wel logisch omdat de mededingingsbeperking nodig moet zijn om een bepaald doel, namelijk de verbetering van de productie en/of distributie te realiseren. Wanneer de strekking van de afspraak is, de mededinging te beperken, is die mededingingsbeperking derhalve niet een 'bijproduct' van een afspraak die een ander doel nastreeft. In de genoemde zaak verleende de d-g NMa een ontheffing voor een samenwerkingsverband van woningbouwcorporaties, dat erop gericht was woningen onder gezamenlijk beheer te brengen. De d-g NMa constateerde dat de corporaties ten aanzien van de in het samenwerkingsverband ingebrachte woningen elke mogelijkheid zouden verliezen om elkaar te beconcurreren; onder andere zouden de huurprijzen worden geüniformeerd. Voor wat betreft de voorwaarden van artikel 17 Mw merkte de d-g NMa op dat de samenwerking leidt tot een kwaliteitsverbetering van het woningbestand, een meer evenwichtige spreiding van het woningbezit van de corporaties en, opvallend, tot een verbetering van de sociale structuur van de westelijke tuinsteden in Amsterdam. Gezien de zeer specifieke kenmerken van de betrokken markt en de evidente voordelen van het integrale karakter van het samenwerkingsverband, achtte de d-g NMa de beperking van de mededinging niet onevenredig groot en werd zij als noodzakelijk beschouwd om de voordelen in volle omvang tot uitdrukking te laten komen.

Is aangetoond dat de productie en/of distributie wordt verbeterd, dan zal aannemelijk moeten worden gemaakt dat een billijk aandeel in de uit de regeling voortvloeiende voordelen ten goede komt aan de gebruikers. Een regeling die voorkomt dat een werk tegen een 'te lage' prijs wordt uitgevoerd, brengt dat natuurlijk niet teweeg.<sup>59</sup>

### Voorschriften

Artikel 20 lid 2 Mw bepaalt dat aan een ontheffing beperkingen en voorschriften kunnen worden verbonden.

In de besluiten inzake recyclesystemen die onder de Wet Milieubeheer door de minister van VROM zijn goedgekeurd, verbond de d-g NMa steeds het voorschrift dat hij onverwijld op de hoogte wordt gesteld van de periodieke evaluaties van de respectievelijke verwijderingsplannen. Aan de ontheffing in de zaak Wit- en Bruingoed verbond de d-g NMa tevens het voorschrift dat de betrokken stichtingen binnen acht weken na bekendmaking van het besluit alle bij haar aangesloten ondernemingen mee zouden delen dat men niet langer gehouden is de verwijderingsbijdrage door te berekenen aan de volgende schakels in de distributiekolom, en dat men niet langer gehouden is de verwijderingsbijdrage apart op de factuur te vermelden. Bovendien moesten zij binnen acht weken na bekendmaking van het besluit hun publieksuitingen zodanig hebben aangepast, en moesten zij er zorg voor dragen dat de NVMP (Nederlandse Vereniging Verwijdering Metalektro Producten) haar publieksuitingen zodanig zou aanpassen, dat niet langer de suggestie zou worden gewekt dat de consument verplicht is een verwijderingsbijdrage te betalen.<sup>60</sup>

### Wijzigingen in een aanvraag gedurende de procedure

Het is niet uitgesloten dat tijdens een ontheffingsprocedure een aanvraag wordt gewijzigd. Wanneer de regeling waarop de ontheffingsaanvraag betrekking heeft in haar kern mededingingsbeperkend is, zoals een antileurregeling, is het niet te verwachten dat een wijziging in de regeling alsnog ertoe leidt dat zij niet meer onder artikel 6 Mw valt of voor een ontheffing in aanmerking komt. Men kan er niet van uitgaan dat de d-g NMa in een dergelijk geval zal instemmen met een wijziging van de aanvraag.<sup>61</sup> In beginsel sluit dit nog niet uit dat tijdens de bezwaarprocedure alsnog wijzigingen worden aangebracht. In de bezwaarfase dient immers ex nunc te worden getoetst. Uit de zaak VBBS (bezwaar) blijkt dat de d-g NMa in dat verband geen engeligeduld heeft: gezien de aard van de regelingen en de verstrekkende bezwaren van de d-g NMa hiertegen en gezien het feit dat de behandeling van het bezwaar door het optreden en veranderingen van de zijde van VBBS reeds meerdere malen sterke vertragingen had opgelopen, hechtte de d-g NMa aan besluitvorming in deze zaak en legde hij onvoldoende concrete wijzigingsvoorstellen terzijde.<sup>62</sup> Dit doet er overigens niet aan af dat men een nieuwe aanvraag voor een gewijzigde regeling kan indienen.

### Misbruik van een economische machtspositie

Bij misbruik van een economische machtspositie moet het gaan om gedrag van degene die de machtspositie zou hebben en niet van een ander. Dat maakte de d-g NMa duidelijk in de zaak Von Quast: het feit dat de overheid reeds meerdere malen de landsadvocaat heeft aangewezen binnen het kantoor Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn, kan natuurlijk bezwaarlijk als misbruik van een machtspositie door de laatste worden gezien.<sup>63</sup> Ook kon de d-g NMa in de prijsstelling van Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn geen misbruik zien, noch jegens de overheid, noch jegens andere cliënten (als gevolg van kruissubsidiëring).

Wanneer men stelt dat een onderneming excessieve prijzen voor vervangingsonderdelen (i.c. batterijen) hanteert met een beroep op het feit dat dat onderdeel elders voor een lagere prijs verkrijgbaar is, blijkt daaruit dat het onderdeel niet specifiek is voor de beklagde onderneming en lijkt er geen sprake te kunnen zijn van misbruik van een machtspositie.<sup>64</sup>

Sprak de d-g NMa vorig jaar nog een oordeel uit over een beweerd misbruik van een economische machtspositie door KLM op de lijn Amsterdam-Curaçao v.v., dit jaar was de lijn Amsterdam-Paramaribo aan de beurt.<sup>65</sup> Daarbij was niet alleen een mogelijk misbruik aan de orde, maar ook

59 Besluit 19 februari 2001, zaak 381, VBBS.

60 Besluit 18 april 2001, zaak 1153, Stichting Wit- en Bruingoed.

61 Besluit 19 februari 2001, zaak 381, VBBS.

62 Idem.

63 Besluit 13 april 2001, Baron Von Quast-Juchter vs. Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn.

64 Besluit 20 december 2001, zaak 144, Innocom vs. Nira Nederland.

65 Besluit 8 oktober 2001, zaak 11, Shiva vs. KLM.



een samenwerkingsovereenkomst tussen KLM en SLM (zie daarover hierboven). De d-g NMa beschouwde de rechtstreekse verbinding tussen eerdergenoemde plaatsen als relevante markt, aangezien op die route geen daadwerkelijke concurrentiedruk uitgaat van indirecte vluchten. Op deze route bezit KLM een monopolie en derhalve een machtspositie. Ter bepaling of KLM misbruik van deze machtspositie maakt door het hanteren van excessieve prijzen, heeft de d-g NMa beoordeeld of de kosten en de rendementen van KLM op de betreffende route niet excessief hoog zijn. Daartoe heeft de d-g NMa de kosten van deze route vergeleken met 'benchmark'-bestemmingen van KLM op routes die worden geacht aan concurrentie bloot te staan. Voor de beantwoording van de vraag of het gerealiseerde rendement excessief is, heeft de d-g NMa het rendement op de route vergeleken met een redelijk (bruto) rendement op het eigen en vreemd vermogen van KLM. Men moet zich afvragen of de d-g NMa zich met een dergelijke rendementsvergelijking niet te veel de rol van regulator aanmeet.<sup>66</sup> Zou het in het kader van een beoordeling op de voet van artikel 24 Mw niet meer op zijn plaats zijn als een vergelijking werd gemaakt met het rendement dat KLM behaalt op routes waarop zij wel concurrentie ondervindt? Wat hiervan zij, de d-g NMa kwam tot de conclusie dat, wanneer naar het gemiddelde rendement over een drietal jaren werd gekeken, het rendement van KLM net iets boven het door hem vastgestelde normrendement van 11,5% lag. Hij vond dat onvoldoende reden om de prijsstelling van KLM als misbruik te kwalificeren.

In de zaak Telegraaf vs. NOS en HMG, een continue factor in de NMa-praktijk, welke in elk jaaroverzicht kan terugkomen, probeert de d-g NMa te ontkomen aan de rol van prijsbepaler in een klacht over de weigering van levering van programmeergevens. HMG heeft kennelijk reeds meerdere malen de Telegraaf een offerte gedaan, maar deze voldoet niet aan de voorwaarden die de d-g NMa eerder heeft gesteld. Heeft de d-g NMa de offerte juist geïnterpreteerd dan leidde de tweede offerte overigens tot een hogere prijs dan de eerste. Dat de d-g NMa die laatste offerte nog steeds als misbruik bestempelde, lijkt dan ook niet zo vreemd.<sup>67</sup> De d-g NMa handhaafde in zijn beslissing op bezwaar overigens zijn standpunt uit zijn primaire besluit. Het voert te ver om in dit overzicht hier diep op in te gaan. Ongetwijfeld zal het besluit de nodige aandacht in dit tijdschrift krijgen. Opvallend is wel dat de d-g NMa in ruime mate afwijkt van het toch bepaald ruim onderbouwde advies van zijn bezwaaradviescommissie. Evenzeer is opvallend dat de d-g NMa zijn besluit, ondanks de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 22 juni 2000, waarin zij het primaire besluit op dit punt schorste, wederom met toepassing van artikel 63 lid 2 Mw, terstond van toepassing verklaart.

## Handhaving (toezicht en onderzoek)

### Voorlopige last onder dwangsom

De d-g NMa zette in het verslagjaar zijn terughoudende lijn bij de toepassing van artikel 83 Mw voort: hij nam twee afwijzende besluiten naar aanleiding van verzoeken om toepassing van dit artikel.

In de zaak Jeugd tandverzorging<sup>68</sup> liet de d-g NMa in het midden of er sprake was van een economische machtspositie (hoewel hij suggereerde dat deze wel aanwezig was door vast te stellen dat het marktaandeel van het Zilveren Kruis boven de 80% lag en te refereren aan de jurisprudentie van het Hof en de memorie van toelichting op de Mededingingswet waaruit zou volgen dat in een dergelijk geval een machtspositie in de regel aanwezig geacht mag worden), omdat hij *prima facie* geen overtreding aannemelijk achtte. De weigering van de ziekenfondsverzekeraar om geen medewerkersovereenkomst, als bedoeld in de ziekenfondswet, met de Stichting Jeugd tandverzorging te sluiten kwam voort uit het feit dat de verzekeraar van mening was dat de Stichting in de toekomst niet in de door de verzekeraar gewenste omvang jeugd tandzorg zou kunnen garanderen en dat een andere tandarts dat wel kon. Op het eerste gezicht was er volgens de d-g NMa daarom een objectieve rechtvaardiging voor de verzekeraar om geen overeenkomst met de Stichting aan te gaan. Uit het besluit komt niet naar voren op basis waarvan de verzekeraar zijn twijfels had en of deze gerechtvaardigd waren. Evenmin blijkt waarom de verzekeraar niet met meerdere aanbieders overeenkomsten zou hebben kunnen sluiten. Ik meen dan ook dat de d-g NMa de weigering van de verzekeraar wel erg marginaal toetst,<sup>69</sup> temeer daar de d-g NMa wel opmerkt dat er sprake was van onverwijlde spoed, aangezien het uitblijven van een nieuwe medewerkersovereenkomst voor de Stichting ingrijpende onomkeerbare gevolgen met zich zou meebrengen (de Stichting had aangegeven haar medewerkers te moeten ontslaan en dat haar patiënten zich bij een andere zorgverlener zouden moeten inschrijven). Onverwijlde spoed achtte de d-g NMa niet aanwezig in de zaak Alles over Wonen Lokaal (AOWL) vs. Wegener.<sup>70</sup> AOWL kon niet aantonen dat door de weigering van Wegener om advertenties van AOWL te plaatsen, de laatste haar contractuele verplichtingen jegens haar afnemers niet kon nakomen. Evenmin bleek dat de exploitatie van de inter-site van AOWL achterbleef bij de verwachtingen (in het licht van het criterium dat de onderneming in haar bestaan

66 De d-g NMa verwijst overigens in verband met zijn methodiek van rendementsbepaling ook naar de OPTA/NMa richtsnoeren met betrekking tot geschillen over toegang tot omroepnetwerken.

67 Besluit 3 oktober 2001, zaak 1.

68 Besluit 8 juni 2001, zaak 2455, Stichting Regionale Instelling voor Jeugd tandverzorging vs. Zilveren Kruis Achmea.

69 Vgl. ook P. Glazener e.a., Kroniek Mededingingsrecht, Beschikkingspraktijk van de NMa in het eerste halfjaar 2001, *SEW* 2002, p. 15.

70 Besluit 17 januari 2001, zaak 2219/13.

wordt bedreigd). De d-g NMa achtte derhalve geen onverwilde spoed aanwezig.

### Sanctiebesluiten

In 2001 heeft de d-g NMa zich in een achttal besluiten uitgesproken over een overtreding van de Mededingingswet. In geen van deze besluiten is een boete opgelegd voor overtreding van artikel 6 of artikel 24 Mw, wel voor overtreding van de medewerkingsplicht in het kader van de uitoefening van toezichts- en onderzoeksbevoegdheden en voor het niet (tijdig) melden van een concentratie. Tevens heeft de d-g NMa in vier zaken beslist over bezwaarschriften die tegen de oplegging van een boete waren gericht.

In de zaak Texaco Nederland legde de d-g NMa een boete van f 10.000,- op wegens de weigering van Texaco om medewerking te verlenen aan een onderzoek naar aanleiding van de klacht van Tango over overtreding van artikel 6 Mw door vier exploitanten van Texaco-benzinestations. In verband hiermee 'verzocht' de d-g NMa 'om enkele vragen te stellen' aan twee rayonmanagers en een clustermanager van Texaco, zo stelt het besluit. Gezien het feit dat hier een boete is opgelegd wegens niet-medewerking aan het onderzoek, moet het ervoor worden gehouden dat de d-g NMa inlichtingen heeft 'gevorderd' (en niet verzocht). Texaco stelde zich op het standpunt dat alleen personen die de vennootschap kunnen vertegenwoordigen tot medewerking kunnen worden verplicht. De d-g NMa meende echter dat Texaco op grond van haar medewerkingsplicht verplicht is om de genoemde personen te laten horen, omdat deze werknemers direct betrokken waren (zo bleek uit eerder onderzoek) bij de gedragingen waarop het onderzoek betrekking had. Hij oordeelde dat artikel 53 Mw zich er niet tegen verzet dat individuele werknemers worden gehoord. Voorts stelde hij, in navolging van de jurisprudentie van het Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg, dat de toezichthouder vragen kan stellen van puur feitelijke aard zonder dat betrokkene zich kan beroepen op het zwijgrecht.<sup>71</sup> Wat opvalt is dat de d-g NMa geen beroep doet op artikel 5:20 Awb, dat 'een ieder' verplicht om medewerking te verlenen aan toezichthouders, om de werknemers direct aan te spreken; de d-g NMa ziet de onderneming als 'adressaat' van de vordering en als degene die moet voldoen aan de medewerkingsplicht, zo bevestigde hij in zijn beslissing op bezwaar.<sup>72</sup>

In de zaak Verkerk/Horn<sup>73</sup> richtten de bezwaren zich met name tegen de wijze van bewijsverkrijging (uit een telefoongesprek met de gemachtigde van partijen bleek de d-g NMa dat de concentratie tot stand was gebracht voordat de wachttijd van artikel 34 Mw was verstreken). De bezwaaradviescommissie ging er hierbij van uit dat krantenberichten 'zoals die de aanleiding vormden voor het stellen van vragen aan de gemachtigde raadsman van partijen in de onderhavige zaak, onvoldoende zijn voor het doen ontstaan van een overtreding van de Mw.'<sup>74</sup> Het is mij niet bekend wat de precieze inhoud is geweest van de genoemde krantenberichten, dus het valt niet te beoordelen

of zij aanleiding konden geven voor een 'redelijk vermoeden'. In zijn algemeenheid lijkt mij de stelling dat uit krantenberichten geen redelijk vermoeden kan ontstaan<sup>75</sup> echter te ver gaan. Overigens is opmerkelijk dat de d-g NMa in deze procedure heeft betoogd dat in het kader van toezicht geen cautie als bedoeld in artikel 53 Mw hoeft te worden gegeven.<sup>76</sup> Of dat standpunt juist is, valt nog te bezien. Wat hiervan zij, de d-g NMa verwierp de ingebrachte bezwaren.

Een opmerkelijke coulance legde de d-g NMa aan de dag in de zaak Taxi Rotterdam, waarin hij afzag van het opleggen van een sanctie.<sup>77</sup> De d-g NMa had in deze zaak weinig overwegingen nodig om te constateren dat er sprake was van een horizontale prijsafpraak tussen ondernemingen die een aandeel van 75% op de relevante markt hadden, gedurende bijna een jaar. Desondanks legde de d-g NMa geen boete op. Hij baseert deze beslissing op het feit dat (een van de) partijen zelf contact op (heeft) hebben genomen met de d-g NMa om over de taxitarieven te overleggen, op het feit dat zij naar aanleiding van het rapport hebben afgezien van het opnieuw maken van gezamenlijke tariefafspraken voor 2001 en dat zij van meet af aan bereid zijn geweest om de overtreding te beëindigen. Voorts overwoog de d-g NMa dat met ingang van 1 januari 2000 de Wet personenvervoer voor het taxivervoer in werking is getreden, dat in dit kader geen overgangsregeling gold en dat de voorlichting van de zijde van het ministerie van Verkeer en Waterstaat over de gevolgen van die wetgeving op een laat tijdstip werd gegeven.

Eveneens coulant was de d-g NMa in de zaak ANKO. Hoewel de d-g NMa constateerde dat de kappersorganisatie artikel 6 Mw had overtreden door de leden zodanig te adviseren over hun tarifiering dat gesproken kon worden van een mededingingsbeperkend besluit van een ondernemersvereniging, zag hij ook in deze zaak af van het opleggen van een boete.<sup>78</sup> Hij legde daaraan ten grondslag dat het rapport in deze zaak op dezelfde dag is uitgebracht als de Richtsnoeren inzake samenwerking tussen ondernemingen, dat ANKO zonder restricties volledige openheid heeft gegeven over haar wijze van communiceren over kostenstijgingen en daarmee verband houdende zaken. Daarnaast achtte de d-g NMa van belang dat ANKO zich jegens de d-g NMa verbonden heeft andere mededingingsbeperkende praktijken, die tijdens het onderzoek aan het licht kwamen, direct te beëindigen, daarvan in de toekomst af te zien 'en in de toekomst hieromtrent te communiceren op een wijze zoals

71 Besluit 6 juli 2001, zaak 2463, Texaco Nederland.

72 Besluit 14 december 2001, zaak 2463-23, Texaco Nederland.

73 Besluit 28 juni 2001, zaak 1774, Verkerk/Horn (advies Bezwaaradviescommissie 9 mei 2001).

74 Idem, advies Bezwaaradviescommissie, par. 60.

75 Zoals de d-g NMa stelt: Advies Bezwaaradviescommissie, par. 40.

76 Idem, par. 39.

77 Besluit 23 mei 2001, zaak 2228.

78 Besluit 21 december 2001, zaak 2234, ANKO.

in de beslissing aangegeven en nader uitgewerkt in de communicatie tussen de d-g NMa en ANKO.

In bezwaar bevestigde de d-g NMa grotendeels zijn beslissing een boete op te leggen aan de Bredase Notarissen, maar stelde hij de hoogte van de boete bij, gezien het feit dat met de overeenkomst die de overtreding opleverde, slechts een gering percentage gemoeid was van de omzet die als grondslag voor de boeteberekening was gebruikt.<sup>79</sup> De boeterichtsnoeren die de d-g NMa in december publiceerde nemen net als deze beslissing in bezwaar de 'betrokken omzet' als uitgangspunt voor de berekening van de boetegrondslag. Overigens valt op in deze zaak dat de d-g NMa, nadat de bezwaaradviescommissie advies heeft uitgebracht, informatie heeft ingewonnen bij de gemeente Breda over de aantallen door de betrokken notarissen verleden aktes met bijbehorende transactiewaarden, de notarissen daarop heeft laten reageren en vervolgens nog een kadastraal onderzoek heeft laten uitvoeren, waarop de notarissen eveneens hebben kunnen reageren. Het verzoek van de notarissen om hierna nog weer te worden gehoord door de bezwaaradviescommissie, wees de d-g NMa af. Wel werden zij in de gelegenheid gesteld hun standpunt nog eens voor een commissie van NMa-ambtenaren mondeling naar voren te brengen.

Ook in de zaak *Chilly & Basilicum vs. Secon Group/G-Star* handhaafde de d-g NMa zijn primaire besluit, zij het in dit geval geheel.<sup>80</sup> De d-g NMa week in zijn beslissing op bezwaar af van het advies van de bezwaaradviescommissie, daar waar deze commissie zich op het standpunt stelde dat een doorleveringsverbod in de context van het Nederlandse mededingingsregime, waarin de doelstelling van marktintegratie geen rol zou spelen, zoals in het communautaire regime, geen overtreding van artikel 6 Mw zou opleveren. De d-g NMa motiveerde uitgebreid waarom hij afwijkt van dit punt van het advies. Kernachtig stelt de d-g NMa in dit kader: mededingingsbeleid en marktintegratie zijn feitelijk twee zijden van dezelfde medaille en zijn beide noodzakelijk voor het optimaal functioneren van iedere openmarkteconomie.

## Procedurele aspecten

### Belanghebbende

Het is inmiddels naar ik aanneem bekend dat men belanghebbende moet zijn om een klacht te kunnen indienen die als aanvraag kwalificeert. Iemand die regelmatig vliegt op de route Amsterdam-Paramaribo onderscheidt zich niet van willekeurig ieder andere afnemer van vliegtickets op de route Amsterdam-Paramaribo, Amsterdam-Nederlandse Antillen en Nederlandse Antillen-Paramaribo, en is derhalve geen belanghebbende.<sup>81</sup> Een vereniging met als doelstellingen zich in te zetten voor de economie en de bereikbaarheid van de Nederlandse Antillen en Aruba in de ruimste zin des woords; het verbeteren en vergroten van de luchtvaartverbindingen van en naar de Nederlandse Antillen en Aruba; het bevorderen van de kwaliteit van de

dienstverlening van luchtvaartmaatschappijen in verhouding tot de prijs der vluchten en het behartigen van de belangen van haar leden, werd wel als belanghebbende aangemerkt.<sup>82</sup>

Is men belanghebbende, dan moet men ook nog een procesbelang hebben. Wanneer een door een klager ingediend bezwaarschrift strekt tot heroverweging van het bestreden besluit op het punt van het niet-opleggen van een last onder dwangsom, is een procesbelang in beginsel aanwezig.<sup>83</sup>

Wanneer de d-g NMa concludeert dat de Mededingingswet is overtreden, maar afziet van het opmaken van een rapport omdat de betreffende regeling inmiddels is ingetrokken, gaat hij ervan uit dat er in bezwaar geen procesbelang (meer) bestaat.<sup>84</sup> Ik betwijfel of dat een juiste benadering is. Gaat een en ander niet in tegen de geest van artikel 62 Mw, dat er van uitgaat dat bij beschikking wordt geoordeeld over overtreding van artikel 6 of artikel 24 Mw, ook als geen boete wordt opgelegd? Dat voorschrift is er nu net voor bedoeld ook rechtsbescherming te bieden wanneer geen sanctie wordt opgelegd. Dat een overtreding intussen is beëindigd maakt in dat verband geen verschil. Het is in ieder geval duidelijk dat in een zaak als deze in een eventuele latere civiele procedure de betrokken onderneming niet voor de voeten kan worden geworpen dat het besluit formele rechtskracht verkregen heeft en daarom als gegeven moet worden aanvaard. Overigens stelt de d-g NMa zich in dit besluit wel erg bescheiden op als hij stelt dat de civiele rechter zich niet gebonden hoeft te achten aan het besluit van de d-g NMa. Dat moge formeel zo zijn, maar ik voorspel dat men er een zware dobber aan zal hebben de civiele rechter zo ver te krijgen dat hij anders oordeelt dan de d-g NMa.

### Inzage in het dossier

In de zaken *Vebega* en *Klaas Puul* wees de d-g NMa verzoeken af van genoemde partijen, om kopieën van correspondentie tussen de d-g NMa en de Commissie, alsmede tussen de d-g NMa en de Duitse en Deense mededingingsautoriteiten.<sup>85</sup> Deze correspondentie was door de d-g NMa als vertrouwelijk aangemerkt op de inventarislijst van dossierstukken die tegelijk met het rapport als bedoeld in artikel 59 lid 1 Mw ter inzage had gelegen.

De d-g NMa handhaaft in deze beslissingen zijn visie dat de Wet openbaarheid bestuur in het kader van de

79 Besluit 12 februari 2001, zaak 952/112, Bredase Notarissen.

80 Besluit 21 december 2001, zaak 757.

81 Besluit 14 december 2001, zaak 11/66, Janki vs. KLM.

82 Besluit 30 oktober 2001, zaak 2260/48, Vereniging De Vrije Vogel vs. KLM.

83 Besluit 16 oktober 2001, zaak 2227, Carglass.

84 Besluit 23 januari 2001, zaak 1861, Nederlands Instituut van Psychologen; Besluit 16 oktober 2001, zaak 2227, Carglass.

85 De primaire besluiten zijn, voorzover mij bekend, niet gepubliceerd. De besluiten op bezwaar wel: Besluiten van 21 december 2001, zaak 2705, Klaas Puul en zaak 2705-19, Vebega.

Mededingingswet niet van toepassing is en wijst in zoverre de bezwaren af. Voorzover de bezwaren zijn gericht tegen de beslissing van de d-g NMa om de bedoelde stukken niet ter inzage te leggen, verklaart hij ze niet-ontvankelijk, omdat die beslissing een zogenaamde voorbereidingshandeling is in de zin van artikel 6:3 Awb, die de betrokkene niet los van de voor te bereiden sanctiebeschikking rechtstreeks in zijn belang treft.

#### Hoor en wederhoor naar aanleiding van een rapport

In de zaak Carglass<sup>86</sup> overwoog de bezwaaradviescommissie, en de d-g NMa nam het advies op dit punt over, dat artikel 61 lid 1 Mw, in tegenstelling tot artikel 60 lid 1 Mw, de d-g NMa een discretionaire bevoegdheid toekomt met betrekking tot de vraag of hij een belanghebbende laat reageren op de zienswijze van een andere belanghebbende. Wanneer tijdens de hoorzitting over het rapport geen nieuwe feiten over de markt naar voren kwamen die noopten tot een nader onderzoek. De wijzigingen die Carglass aanbracht in haar werkwijze betroffen enerzijds wijzigingen die niet leidden tot een aanpassing van het kortingsstelsel als zodanig, terwijl een andere wijziging conform de wens van de klagende onderneming werd doorgevoerd. Daarover hoefde de klager derhalve niet te worden gehoord. Opmerkelijk is voorts dat de adviescommissie ten aanzien van andere wijzigingen aangeeft dat deze volledig bedrijfsvertrouwelijke informatie betroffen en dat daarom de d-g NMa ingevolge artikel 90 Mw deze niet voor wederhoor aan de klager mocht voorleggen. Het ging hier om wijzigingen in het stelsel van volumekortingen op het punt van de opbouw van staffels, het kortingspercentage en de met deze percentages gemoeide kostenbesparingen. Ik meen dat de d-g NMa dergelijke gegevens op een dusda-

nige manier zal moeten omschrijven dat de klager daarover wel zijn zienswijze kan geven, mits een afweging van de (materiële) belangen daartoe aanleiding geeft. Het feit dat de verstrekte informatie als zodanig bedrijfsvertrouwelijk is, kan op zichzelf niet afdoen aan het recht om een zienswijze naar voren te brengen. Daarbij moet worden opgemerkt dat de zienswijze niet per se betrekking hoeft te hebben op de exacte hoogte van de staffels en dergelijke, maar op het systeem als zodanig. Treedt in dat systeem geen wijziging op, dan is dat wellicht een reden om niet te horen.

#### Samenwerking met de OPTA

Conform het protocol NMa-OPTA schortte de NMa de behandeling van een klacht en een verzoek om een voorlopige last onder dwangsom op, aangezien de OPTA had laten weten terzake een besluit en zo nodig een voorlopig besluit te zullen nemen. Omdat de klager zijn klacht en verzoek bij de OPTA introk, diende de NMa de klacht en het verzoek zelfstandig af te handelen.<sup>87</sup> Gezien echter de intrekking door de klager van de klacht bij de OPTA en gezien de achtergrond van het sectorspecifieke toezicht in de telecommunicatiesector, waarvoor de OPTA het aangewezen orgaan is, achtte de d-g NMa het niet opportuun een onderzoek te verrichten naar een mogelijke overtreding van de Mededingingswet. Met die opstelling van de d-g NMa is de mogelijkheid tot forumshopping danig beperkt.

Toepassing van het protocol kan er ook toe leiden dat beide toezichthouders zich met een klacht bezighouden. Dit gebeurde in de zaak Talkline vs. KPN, waarbij de OPTA de redelijkheid van de tarieven van KPN Telecom voor toegang tot het mobiele netwerk beoordeelde en de d-g NMa de klacht dat KPN haar eigen serviceprovider mobiel beoordeelde.<sup>88</sup>

86 Besluit 16 oktober 2001, zaak 2227.

87 Besluit 15 februari 2001, zaken 2039 en 2040, EuroNet Internet vs. KPN Telecom.

88 Besluit 12 maart 2001, zaak 1657.