

# Rechtspraak over de Mededingingswet in 2004

mr M.A. de Jong en mr M.L. Pigmans

In deze kroniek worden de rechterlijke uitspraken uit 2004 met betrekking tot de Mededingingswet besproken. Het artikel behandelt alle ons bekende uitspraken van Nederlandse rechters waarin het Nederlandse of Europese mededingingsrecht aan de orde is gekomen. Een overzicht van alle vonnissen en arresten met vindplaatsen is te vinden in de bijlage bij dit artikel.

## Inleiding

In 2004 zijn, voor zover ons bekend, in totaal 47 rechterlijke uitspraken gedaan waarin het mededingingsrecht aan de orde komt. Na enkele jaren van daling van het aantal uitspraken is dit weer een flinke stijging.<sup>1</sup> Deze toename vindt zowel plaats bij de bestuursrechtelijke uitspraken als bij de civielrechtelijke uitspraken.

De stijging van het aantal bestuursrechtelijke uitspraken wordt met name veroorzaakt doordat het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) meer uitspraken heeft gedaan. Dit aantal is ten opzichte van 2003 gestegen van twee naar acht. Het aantal uitspraken van de Rechtbank Rotterdam als beroepsinstantie in eerste aanleg voor besluiten van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (d-g NMa) is vergelijkbaar met voorgaande jaren.

Bij de civiele rechtspraak vertegenwoordigen de kort gedingen, al dan niet in hoger beroep of cassatie, weer het grootste deel van de uitspraken met mededingingsrechtelijke aspecten. Het aantal bodemprocedures waarin mededingingsrecht aan de orde komt is echter wel toegenomen.

Opvallend is dat het aantal vernietigingen van besluiten van de d-g NMa zowel absoluut als relatief toeneemt. In de jaren 1998 tot en met 2002 werden per jaar niet meer dan een of twee NMa-besluiten (gedeeltelijk) vernietigd door de Rechtbank Rotterdam of het CBB. In 2003 loopt dit aantal op tot vier, en in 2004 loopt het verder op tot acht.<sup>2</sup> Dit komt overeen met ongeveer de helft van alle besluiten die vorig jaar zijn getoetst door de bestuursrechters.<sup>3</sup>

Het is de vraag of de toename van het aantal vernietigingen het gevolg is van bepaalde ontwikkelingen in de wijze waarop de NMa tot besluiten komt en/of van de wijze van rechterlijke toetsing.

Sommige vernietigingen zijn zonder meer het gevolg van het feit dat de NMa de grenzen van haar bevoegdheden heeft opgezocht, dan wel heeft overschreden. In de zaak Nuon/Reliant heeft de NMa bijvoorbeeld ongebruikelijke methodes toegepast om een voorgenomen concentratie te

beoordelen. De NMa heeft daarbij bovendien gekozen voor een omstreden oprekking van het toetsingscriterium voor concentraties. In een voorlopig oordeel uit de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam dan ook grote twijfels over de rechtmatigheid daarvan.<sup>4</sup> In de NOS-zaak over levering van programmagegevens heeft de NMa gekozen voor een (te) ruime interpretatie van het begrip 'misbruik' door een dominante onderneming, welke uitleg uiteindelijk geen stand houdt bij het CBB.

Het relatief grote aantal vernietigingen houdt ook verband met de strenge toetsing door de bestuursrechters. De Rechtbank Rotterdam en het CBB onderzoeken doorgaans grondig of de NMa op zorgvuldige wijze en met juiste toepassing van de mededingingsrechtelijke begrippen tot het besluit is gekomen.

In 2004 werd de NMa in meerdere zaken op de vingers getikt omdat het onderzoek niet voldoende zorgvuldig zou zijn verricht. In een enkel geval gaat het om meer formele punten, zoals het al dan niet meenemen van bepaalde documenten in de besluitvorming.<sup>5</sup> In andere zaken zijn meer materiële punten aan de orde. Zo wijst de rechter in de zaak UNETO-VNI/d-g NMa op de verplichting voor de NMa de concrete effecten van een lidmaatschapsregeling op de betrokken markt te onderzoeken.<sup>6</sup> En in de reeds genoemde Nuon/Reliant-zaak toetst de voorzieningenrechter kritisch de door de NMa gehanteerde onderzoeksmethoden. De rechtspraak verzwaart daarmee op een aantal punten de eisen die aan het onderzoek en de besluitvorming door de NMa worden gesteld.

Of deze factoren de toename van het aantal vernietigingen van de afgelopen jaren volledig verklaren is de vraag. De verwachting is in ieder geval niet dat het aantal vernietigingen weer zal afnemen. Integendeel. Dit heeft echter te

- 1 In 2003 waren er slechts 34 uitspraken. Zie E.D. Elias en T.O.E. Pekelhaar, 'Kroniek Mededingingsrecht 2003', *M&M* 2004, nr. 5, p. 170.
- 2 Anderzijds krijgt de d-g NMa in de *Bredase notarissen*-zaak weer gelijk van het CBB, nadat zijn besluit eerder was vernietigd door de Rechtbank Rotterdam. Bovendien moet worden opgemerkt dat in de zaak *Nuon/Reliant* slechts sprake is van een voorlopige beoordeling door de voorzieningenrechter.
- 3 Daarnaast stelt de rechter in enkele uitspraken dat de NMa niet voldoende zorgvuldig heeft gehandeld zonder dat dit uiteindelijk leidt tot vernietiging van het besluit. Zie bijvoorbeeld de zaken *Carglass en Glasgarage/d-g NMa* en *Vereniging van Reizigers en Shiva/d-g NMa*, welke worden besproken in het onderdeel 'Rechtsbescherming'.
- 4 Zie voor een verdere bespreking de zaken *Nuon/d-g NMa* en *Essent/d-g NMa* in het onderdeel 'Concentratietoezicht'.
- 5 Zie de zaken *Jankie & SHIVA/d-g NMa* en *Vereniging van Reizigers en SHIVA/d-g NMa*. Deze zaken worden besproken in het onderdeel 'Rechtsbescherming'.
- 6 De zaak *UNETO-VNI/d-g NMa* wordt verder besproken in het onderdeel 'Verbod van mededingingsafspraken'.

mr M.A. de Jong en mr M.L. Pigmans zijn advocaten bij Allen & Overy te Amsterdam.

maken met een ingrijpende wijziging van het aantal en de aard van de beroepszaken die de komende jaren zal plaatsvinden. Beroepen tegen boetebesluiten zullen naar verwachting sterk toenemen, terwijl beroepen tegen ontheffingsbesluiten zullen uitsterven als gevolg van het vervallen van artikel 17 Mw. Gelet op de Europese en Nederlandse rechtspraak met betrekking tot boetebesluiten – waarbij ‘vol’ wordt getoetst en de hoogte van de boetes regelmatig wordt bijgesteld – is te verwachten dat het aantal (gedeeltelijke) vernietigingen de komende jaren zal toenemen.

De rechtspraak in 2004 laat weer een verschil zien tussen de toepassing van het mededingingsrecht door de bestuursrechters en door de civiele rechters. De uitspraken van de Rechtbank Rotterdam en het CBB zijn gewoonlijk van hoog niveau, terwijl de uitspraken van de civiele rechters van wisselende kwaliteit zijn. Een deel van de civiele rechters blijft moeite hebben met het mededingingsrecht. Er ontstaat daardoor soms de neiging de toepassing van het mededingingsrecht zo veel mogelijk te vermijden.<sup>7</sup> De rechtspraak in 2004 laat echter ook zien dat sommige civiele rechters inmiddels bedreven raken in de omgang met het mededingingsrecht. Het Hof Den Haag heeft zich bijvoorbeeld niet bevreesd getoond diep in de mededingingsrechtelijke zaken te duiken en met goed gemotiveerde arresten te komen.<sup>8</sup>

De hervorming van het Europese mededingingsrecht per 1 mei 2004 en de vergelijkbare hervorming van het Nederlandse mededingingsrecht per 1 augustus 2004 zijn nog te recent om waar te nemen in de rechtspraak.<sup>9</sup> In 2004 zijn door civiele rechters nog geen uitspraken gedaan waarin een toetsing aan de uitzonderingsvoorwaarden aan de orde komt. Hier zullen we nog even op moeten wachten.

### Verbod van mededingingsafspraken

De rechterlijke uitspraken in 2004 met betrekking tot het verbod van mededingingsafspraken van artikel 6 Mw hebben onder meer betrekking op distributie-overeenkomsten, regelingen met betrekking tot zuivelcoöperaties, licentieovereenkomsten, merkbaarheid en nevenrestricties.

### Distributieovereenkomsten

De zaak *Secon/d-g NMa*<sup>10</sup> heeft betrekking op de algemene voorwaarden van het merkkledingbedrijf Secon. In deze algemene voorwaarden, die Secons dochterondernemingen hanteerden bij hun verkoop aan detaillisten, waren onder meer een doorleveringsverbod en een bepaling inzake minimumadviesprijzen opgenomen. Het doorleveringsverbod hield in dat de afnemers de kleding niet mochten doorverkopen aan andere filialen dan wel aan andere detaillisten of (groot)handelaren.

De Rechtbank Rotterdam is van mening dat het doorleveringsverbod en de minimumadviesprijzen een verboden verticale (prijz)binding inhouden. Deze bepalingen worden gezien als ‘hardcore’-beperkingen die naar hun aard mededingingsbeperkend zijn. De rechtbank passeert daarmee het standpunt van de bezwaardviescommissie dat het doorleveringsverbod niet kan worden aangemerkt als hardcore. Vol-

gens de rechtbank heeft het verbod betrekking op een essentieel aspect van de handelingsvrijheid van de onderneming.

Omdat het gaat om afspraken die de strekking hebben de mededinging te beperken hoeven de concrete effecten niet te worden onderzocht.<sup>11</sup> Volgens de rechtbank is denkbaar dat zelfs in geval van een hardcore-beperking het effect op de mededinging niet merkbaar is. Secon had echter onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de inbreuk niet merkbaar was.

De rechtbank geeft hiermee een strenge beoordeling van het doorleveringsverbod. Door het aan te merken als een hardcore-beperking is de beoordelingsruimte voor dergelijke clausules nog maar zeer beperkt. In de praktijk zal er rekening mee gehouden moeten worden dat deze (bijna) altijd verboden zijn.

Secon had zich daarnaast op het standpunt gesteld dat geen sprake was van een overeenkomst omdat de algemene voorwaarden eenzijdig waren opgelegd door Secon. Dit argument wordt niet aanvaard. Doordat sprake was van een jarenlange cyclus van orders en leveringen met toepassing van de algemene voorwaarden, kon ervan uit worden gegaan dat de afnemers van Secon hier (stilzwijgend) mee in hadden gestemd. De omstandigheid dat Secon niets zou hebben ondernomen om de mededingingsbeperkende bepalingen te laten naleven is daarbij niet relevant.<sup>12</sup>

Uiteindelijk wordt het besluit van de d-g NMa slechts op een ondergeschikt punt vernietigd. De NMa had volgens de rechtbank geen rekening gehouden met het overgangsrecht van de Mededingingswet.<sup>13</sup> Hierdoor was ten onrechte tevens een boete opgelegd voor de eerste drie maanden van 1998.

In *Vodafone Libertel/d-g NMa*<sup>14</sup> beoordeelt het CBB de Service Provider Overeenkomsten (SPO's) van Libertel op grond van de groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten.<sup>15</sup> Het gaat hierbij met name om de verplichting voor de service providers om bij beëindiging van de SPO hun abon-

7 Zie bijvoorbeeld de zaak *Bike Motion/Batavus* van de Rechtbank Leeuwarden van 25 november 2004, overzicht nr. 41.

8 Zie de zaken *KPN/EducatiefNet*, *PO Mosselcultuur/Praet* en *Dekker/Sunfield*. Anderzijds oordeelde de Hoge Raad dat het Hof Den Haag in de zaak *Bloemenveiling FloraHolland* en de zaak over de Rotterdamse zeehaventarieven een beroep op het mededingingsrecht onvoldoende gemotiveerd had verworpen.

9 Alleen kan worden vermeld dat het Hof Den Haag in de zaak *PO Mosselcultuur/Praet* heeft besloten op grond van artikel 15 lid 1 Verordening 1/2003 vragen te stellen aan de Europese Commissie. Zie Hof Den Haag, 1 juli 2004, Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Mosselcultuur U.A. tegen N.L. Praet en Zonen B.V., overzicht nr. 27.

10 Rechtbank Rotterdam, 13 februari 2004, *Secon Group B.V. en G-Star International B.V. tegen d-g NMa*, overzicht nr. 4.

11 De rechtbank verwijst hierbij naar HvJ EG, 13 juli 1966, gevoegde zaken 56/64 en 58/64, *Consten-Grundig*, Jur. 1966, 429.

12 De rechtbank verwijst hierbij naar HvJ EG, 21 februari 1984, zaak 86/82, *Hasselblad*, Jur. 1984, 883.

13 Artikel 100 Mw.

14 CBB, 26 mei 2004, *Vodafone Libertel N.V. tegen d-g NMa*, overzicht nr. 15.

15 Verordening (EG) Nr. 2790 van de Commissie van 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 81 lid 3 van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, *Pb. EG* 1999, L 336/21.

nees over te dragen aan Libertel of aan een (andere) door Libertel goedgekeurde service provider. Het CBB gaat er vanuit dat dit goedkeuringsvereiste de mededinging merkbaar beperkt.<sup>16</sup> Het volgt daarmee het standpunt dat eerder door de NMa en de Rechtbank Rotterdam was ingenomen. Het CBB komt echter tot een ander oordeel over de wijze waarop de groepsvrijstelling dient te worden toegepast.

Bij de toepassing van de groepsvrijstelling dient eerst te worden beoordeeld of de overeenkomst valt binnen de toepassingsvoorwaarden (verticale overeenkomst, marktaandeel onder 30% e.d.). Is dit het geval en bevat de overeenkomst geen 'hardcore'-beperkingen zoals genoemd in artikel 4 van de groepsvrijstelling, dan is artikel 6 Mw niet van toepassing op de gehele overeenkomst. Dit betekent volgens het CBB dat ook een mededingingsbeperkende bepaling die van een dergelijke overeenkomst deel uitmaakt, zelfs als daar geen ontheffing op grond van artikel 17 Mw voor mogelijk is, buiten het verbod van artikel 6 Mw valt.

Het CBB is van mening dat het genoemde goedkeuringsvereiste niet kan worden losgekoppeld van de SPO. De beperking met betrekking tot de overdracht van het abonneebestand heeft volgens het CBB wel degelijk betrekking op de voorwaarden voor koop, verkoop of wederverkoop. Ook deze bepaling is derhalve automatisch vrijgesteld krachtens de groepsvrijstelling. Dit oordeel wijkt af van het standpunt van de NMa en de Rechtbank Rotterdam. Het CBB wijst nog wel op de mogelijkheid voor de NMa en de Europese Commissie om in individuele gevallen de groepsvrijstelling in te trekken.

In Van der Sluijs/Autobedrijf X<sup>17</sup> stond de duur van een exclusieve afnameovereenkomst voor de beleving van een tankstation centraal. De overeenkomst was eind 1998 aangegaan voor een duur van acht jaar, met stilzwijgende verlenging voor telkens acht jaar. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem stelt vast dat de toegestane duur op grond van de groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten maximaal vijf jaar is.<sup>18</sup> De overeengekomen duur was derhalve niet toegestaan. Omdat de wel toegestane termijn inmiddels was verstreken, kon conversie geen uitkomst bieden. De tankstationexploitant was daardoor niet meer gebonden aan de overeenkomst.

De Nederlandse Textiel Conventie-zaak<sup>19</sup> heeft betrekking op het systeem van maximumkortingen dat deel uitmaakte van de algemene voorwaarden van de Nederlandse Textiel en Kleding Conventies (NTKC-voorwaarden). De NTC had aangevoerd dat geen sprake was van een 'hardcore'-beperking, zodat de NMa de gevolgen van de regeling op de mededinging had moeten onderzoeken. De Rechtbank Rotterdam deelt deze mening niet. Het systeem van maximumkortingen is een vorm van horizontale prijsbinding die de strekking heeft de mededinging te beperken. Het feit dat de NTC-leden op zich niet verplicht waren de NTKC-voorwaarden toe te passen maakt dit niet anders.

De rechtbank bevestigt dat in het geval van een hardcore-beperking geen onderzoek hoeft te worden gedaan naar de concrete effecten van de betrokken regeling. Evenals in Secon/d-g NMa, merkt de rechtbank daarbij op dat de effec-

ten van hardcore-beperkingen desalniettemin niet merkbaar kunnen zijn. NTC had echter niet aannemelijk gemaakt dat van dergelijke bijzondere omstandigheden sprake was.

De rechtbank overweegt daarnaast dat bij de beoordeling van een overeenkomst onder het verbod van mededingingsafspraken geen 'rule of reason' kan worden toegepast. Een mededingingsbeperking kan niet buiten het verbod van artikel 6 lid 1 Mw blijven doordat het meer positieve dan negatieve gevolgen op de markt zou hebben.<sup>20</sup> Deze afweging kan uitsluitend onder artikel 17 Mw (thans artikel 6 lid 3 Mw) plaatsvinden.

De zaak X/Deawoo Motor Benelux<sup>21</sup> heeft betrekking op de vraag of er in geval van een selectief distributiestelsel een verplichting bestaat een contract aan te gaan met elke partij die aan de kwalitatieve selectiecriteria voldoet en om toelating tot het stelsel verzoekt.<sup>22</sup> De voorzieningenrechter van de Rechtbank Haarlem beantwoordt deze vraag ontkennend. Volgens de rechter kan noch uit de groepsvrijstelling voor de motorvoertuigensector<sup>23</sup>, noch uit de daarbij behorende verklarende brochure, worden afgeleid dat voor Daewoo een contracteerplicht zou bestaan ten aanzien van derden die aan de door Daewoo gehanteerde selectiecriteria voldoen.<sup>24</sup> Indien Daewoo niet aan de voorwaarden van de groepsvrijstelling voldoet, dan heeft dat slechts tot gevolg dat de groepsvrijstelling niet van toepassing is. Dit houdt echter niet in dat een contracteerplicht bestaat.<sup>25</sup>

### Zuivelcoöperaties

In 2004 zijn wederom enkele rechterlijke uitspraken gedaan die verband houden met de erkenningsregeling van de Stichting Keten Kwaliteit Melk (KKM). Voor deze KKM-regeling is door de NMa ontheffing verleend in 2000.<sup>26</sup>

16 Dit aspect wordt verder besproken onder 'merkbaarheid' van dit onderdeel 'Verbod van mededingingsafspraken'.

17 Rechtbank Arnhem, 19 mei 2004, Van der Sluijs Retail B.V. tegen Autobedrijf X e.a., overzicht nr. 14.

18 Artikel 5 Vo. 2790/1999.

19 Rechtbank Rotterdam, 17 augustus 2004, X tegen d-g NMa, overzicht nr. 32.

20 De rechtbank verwijst daarbij naar GvEA EG, 18 september 2001, zaak T-112/99, Métropole Télévision M6 e.a. tegen Commissie, Jur. 2001, II-2459.

21 Voorzieningenrechter Rechtbank Haarlem, 28 september 2004, X tegen Daewoo Motor Benelux B.V., overzicht nr. 33.

22 Ook de zaak *Bike Motion/Batavus* heeft betrekking op een selectief distributienetwerk. Bike Motion verzet zich tegen uitsluiting van het nieuwe selectieve distributiestelsel van Batavus. De voorzieningenrechter komt echter niet tot een inhoudelijke mededingingsrechtelijke beoordeling. Zie Voorzieningenrechter Rechtbank Leeuwarden, 25 november 2004, X VOF, h.o.d.n. Bike Motion, tegen Batavus B.V., overzicht nr. 41.

23 Verordening (EG) Nr. 1400/2002 van de Commissie van 31 juli 2002 betreffende de toepassing van artikel 81, derde lid, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de motorvoertuigensector, *Pb. EG* 2002, L 203/30.

24 De voorzieningenrechter ondersteunt dit standpunt met een door Daewoo genoemde uitspraak van het Duitse Bundesgerichtshof van 12 mei 1988, KZR 23/96.

25 Hierbij wordt verwezen naar HvJ EG, 18 december 1986, zaak 10/86, V.A.G. France S.A. tegen Etablissements Magne S.A., Jur. 1986, 4071.

26 Besluit d-g NMa, 14 maart 2000, zaak nr. 1237, Stichting Keten Kwaliteit Melk.

Hierbij is door de NMa aangegeven dat de verplichting voor de aangesloten melkverwerkende bedrijven om van de melkveehouders te eisen dat zij over een KKM-erkenning beschikken, niet in aanmerking kwam voor onthefing. Een aantal melkverwerkende bedrijven hebben daarop de eis van KKM-erkenning laten vervallen, maar hanteren voor niet-KKM-erkende melkveehouders een korting op de melkprijs. Deze korting houdt verband met de extra kosten als gevolg van de gescheiden inzameling en verwerking van de melk van de bedrijven zonder KKM-erkenning. Over de mededingingsrechtelijke toelaatbaarheid van deze korting op de melkprijs zijn de afgelopen jaren meerdere procedures gevoerd.

In de zaak X/Campina Melkunie<sup>27</sup> is de Rechtbank Arnhem van mening dat Campina voldoende aannemelijk had gemaakt dat de korting op de melkprijs bij niet-KKM-erkende melkveehouders overeen kwam met de extra kosten als gevolg van de gescheiden inzameling en verwerking. Vervolgens wordt ingegaan op de vraag of de melkveehouders zonder KKM-erkenning door het in rekening brengen van de extra kosten als het ware worden gedwongen zich neer te leggen bij de eis van KKM-erkenning. De rechtbank sluit in haar vonnis aan bij het oordeel van de Hoge Raad, die over een vergelijkbare kwestie in 2003 al uitspraak had gedaan.<sup>28</sup> De rechtbank stelt dat de omstandigheid dat zonder KKM-erkenning voor de eiser geen rendabele bedrijfsvoering mogelijk zou zijn niet betekent dat het systeem mededingingsrechtelijk ontoelaatbaar zou zijn. Dit is immers niet het gevolg van een aan Campina te verwijten mededingingsbeperking, maar houdt verband met de concurrentie tussen melk die wél en melk die niet volgens het KKM-systeem is geproduceerd.<sup>29</sup>

Met de uitspraken van de Hoge Raad en de Rechtbank Arnhem leek de mededingingsrechtelijke beoordeling van de kortingen op de melkprijs duidelijk te zijn: zuivelcoöperaties mogen geen KKM-erkenning eisen, maar zij mogen wel de daadwerkelijke kosten van gescheiden inzameling en verwerking in rekening brengen.<sup>30</sup> Later in het jaar worden echter vervolgens door twee rechtbanken uitspraken gedaan die van deze lijn afwijken.

De voorzieningenrechter van de Rechtbank Assen trekt in zijn vonnis van 17 november 2004 in twijfel of onder alle omstandigheden de kosten van gescheiden inzameling in rekening mogen worden gebracht.<sup>31</sup> In deze zaak ging het om een niet-KKM-erkende melkveehouder die als enige niet-gecertificeerde melk leverde aan het melkverwerkende bedrijf. De in rekening gebrachte extra kosten waren daardoor substantieel. De voorzieningenrechter oordeelt dat in dit geval de extra kosten niet in rekening mogen worden gebracht. De rechter wijst erop dat de hoeveelheid melk van de niet-erkende melkveehouder, en de extra transportkosten als gevolg van de aparte inzameling daarvan, relatief gering zijn in verhouding tot de totale activiteiten van het melkverwerkende bedrijf.

Het oordeel van de voorzieningenrechter zou inhouden dat een zuivelcoöperatie op grond van artikel 6 Mw verplicht kan zijn met verlies bepaalde activiteiten te verrichten. Dat

lijkt ons te ver gaan. Zelfs ondernemingen die beschikken over een economische machtspositie kunnen niet worden verplicht onder de kostprijs diensten te leveren of anderszins met verlies transacties aan te gaan. Het feit dat er slechts één melkveehouder is die niet is erkend, zodat de extra kosten gering zijn in verhouding tot de totale activiteiten van de zuivelcoöperatie, lijkt ons daarbij niet relevant.

De andere afwijkende uitspraak is het oordeel van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Haarlem in de zaak N.A.L./Cono Kaas.<sup>32</sup> De voorzieningenrechter is van mening dat het verplicht stellen van een KKM-erkenning door het melkverwerkende bedrijf niet strijdig is met artikel 6 Mw. In het ontheffingsbesluit voor de KKM-regeling had de d-g NMa echter gesteld dat elke voortzetting van de verplichtstelling van KKM-erkenning door de aangesloten melkverwerkende bedrijven aangemerkt zou worden als een inbreuk op artikel 6 Mw.<sup>33</sup> Volgens de voorzieningenrechter zou de d-g NMa dit oordeel later hebben genuanceerd in de 'Richtsnoeren samenwerking bedrijven'.<sup>34</sup> De voorzieningenrechter toetst vervolgens zelf de KKM-regeling aan de criteria die in de richtsnoeren worden genoemd ten aanzien van erkenningsregelingen en komt tot de conclusie dat de KKM-regeling niet strijdig is met artikel 6 Mw. Cono Kaas had naar het oordeel van de rechter dan ook niet onrechtmatig gehandeld door de melk van de niet-KKM-erkende melkveehouders te weigeren of door een korting op de melkprijs te hanteren.

Deze uitspraak wijkt af van de eerdere standpunten van de NMa en hogere rechters. Enkele weken na het vonnis heeft de NMa echter een informele zienswijze gepubliceerd die de conclusies van de Haarlemse voorzieningenrechter ondersteunen.<sup>35</sup> De NMa komt in de informele zienswijze terug op haar eerdere standpunt dat voortzetting door individuele melkverwerkende bedrijven van de eis van KKM-erkenning aangemerkt dient te worden als een overtreding van artikel 6 Mw. Bovendien stelt de NMa, onder verwijzing naar het Haarlemse kort geding-vonnis, dat melkverwerkende bedrijven niet-erkende melk kunnen weigeren, indien deze wei-

27 Rechtbank Arnhem, 4 februari 2004, X tegen Zuivel Coöperatie Campina Melkunie U.A., overzicht nr. 3.

28 Hoge Raad, 19 september 2003, Zuivel Coöperatie Campina U.A. tegen Wijnhoven en Meulepas, RvdW 2003, p. 145.

29 Dit oordeel wordt bevestigd in hoger beroep. Zie Hof Arnhem, 18 januari 2005, X tegen Zuivel Coöperatie Campina Melkunie U.A., zaak nr. 2004/229 KG.

30 Op 21 januari 2005 wordt dit nog eens door de Hoge Raad bevestigd in de zaak De Zeven Provinciën/Hobbeling (RvdW 2005, 16). Dit arrest wordt niet verder besproken omdat het buiten het bestek van deze kroniek valt.

31 Voorzieningenrechter Rechtbank Assen, 17 november 2004, X tegen Y, overzicht nr. 40.

32 Voorzieningenrechter Rechtbank Haarlem, 28 december 2004, N.A.L. e.a. tegen Coöperatie Zuivelonderneming Cono B.A., overzicht nr. 47.

33 Besluit d-g NMa, 14 maart 2000, zaak nr. 1237, Stichting Keten Kwaliteit Melk, par. 28. Dit standpunt is later bevestigd door de Hoge Raad. Zie HR 19 september 2003, Zuivelcoöperatie Campina U.A. tegen Wijnhoven en Meulepas, RvdW 2003, 145.

34 Richtsnoeren samenwerking bedrijven, *Stcrt.* 8 juni 2001, nr. 108, p. 28.

35 Informele zienswijze borgingssysteem kwaliteit productie melk, zaak nr. 4258, te vinden op [www.nmanet.nl](http://www.nmanet.nl).

gering is gebaseerd op bedrijfseconomische overwegingen. Enigszins verrassend lijkt het vonnis daardoor een andere wending te geven aan de mededingingsrechtelijke beoordeling van de verplichtstelling van KKM-erkenning.<sup>36</sup>

### Licentieovereenkomsten

In de zaak *MDI/Van Raalte*<sup>37</sup> oordeelt de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag over een exequaturverzoek van MDI met betrekking tot een arbitraal vonnis. In het arbitrale vonnis was geoordeeld dat Van Raalte een met MDI gesloten octrooilicentieovereenkomst had geschonden. Van Raalte tracht met een beroep op artikel 81 EG tenuitvoerlegging van het vonnis te voorkomen.<sup>38</sup>

De voorzieningenrechter toetst de licentieovereenkomst vrij uitgebreid op mededingingsrechtelijke gronden. Volgens de rechter is de bagatelbepaling van de Europese Commissie niet van toepassing.<sup>39</sup> Op de betrokken markt was MDI immers marktleider in Europa, met een marktaandeel dat ruim boven de 15% lag. De licentieovereenkomst wordt vervolgens beoordeeld op basis van de oude groepsvrijstelling voor technologieoverdracht.<sup>40</sup>

De voorzieningenrechter is van mening dat de octrooi-aanvraag, waarop de licentieovereenkomst was gebaseerd, slechts voor de vorm was gedaan en niet serieus werd ondersteund door MDI. Een dergelijke octrooiaanvraag kan volgens de rechter geen objectieve rechtvaardiging bieden voor de mededingingsbeperkingen die waren opgenomen in de overeenkomst. De licentieovereenkomst wordt om deze reden geacht strijdig te zijn met artikel 81 EG en het exequaturverzoek wordt daarom afgewezen.<sup>41</sup>

In de zaak *Dekker/Sunfield*<sup>42</sup> oordeelt het Hof Den Haag over de vraag of Dekker als licentiegever een licentieovereenkomst voor vermeerdering van chrysanthen mag beëindigen. Licentienemer Sunfield verweert zich daartegen met een beroep op het mededingingsrecht. Het hof komt tot een uitgebreide mededingingsrechtelijke analyse. In zijn beoordeling overweegt het hof in het algemeen dat rechten van intellectuele eigendom een exclusieve bevoegdheid tot exploitatie van die rechten inhouden. Deze exclusieve rechten brengen evenwel niet mee dat de uitoefening van het recht onttrokken is aan het mededingingsrecht.<sup>43</sup> Vervolgens toetst het hof de licentieovereenkomst aan zowel de oude als de nieuwe groepsvrijstelling voor technologieoverdrachtsovereenkomsten.<sup>44</sup>

Bij de toetsing gaat het met name om een productiebeperking en een afzetbeperking die aan Sunfield waren opgelegd. Op basis van de nieuwe groepsvrijstelling, in tegenstelling tot de oude groepsvrijstelling, zijn productiebeperkingen in niet-wederkerige licentieovereenkomsten toegestaan. Afzetbeperkingen tussen concurrerende partijen worden daarentegen ook onder de nieuwe groepsvrijstelling aangemerkt als 'hardcore'-beperkingen. Dekker had daardoor in strijd met het mededingingsrecht gehandeld. Uiteindelijk kan dit Sunfield echter niet baten. Volgens het hof heeft de overtreding niet tot gevolg dat Dekker in geval van niet-overeenstemming met de contractuele bepalingen de licentieovereenkomst zou kunnen opzeggen.

### Merkbaarheid

In een aantal rechterlijke uitspraken wordt ingegaan op de vraag of de afspraken een merkbaar effect hebben op de mededinging. Opvallend blijft de verschillende wijze waarop de rechters met het merkbaarheidsvereiste omgaan. Sommige rechters besteden in het geheel geen aandacht aan de merkbaarheid, sommige rechters kijken met name naar de Nederlandse en Europese bagatelregelingen<sup>45</sup> en sommige rechters hanteren een meer kwalitatieve toets. Geen van de rechters komt tot de conclusie dat betreffende afspraken geen merkbaar effect zouden hebben.

De Hoge Raad benadrukt in *Bloemenveiling FloraHolland*<sup>46</sup> de noodzaak van feitelijk onderzoek naar de gevolgen van de overeenkomst. De Hoge Raad zet uiteen dat voor toepassing van artikel 81 EG en artikel 6 Mw onderzocht dient te worden of de overeenkomst, indien deze niet een mededingingsbeperkende strekking heeft, mededingingsverstorende gevolgen heeft. Dit vergt volgens de Hoge Raad feitelijk onderzoek in de vorm van een marktanalyse, waaraan hoge eisen worden gesteld.<sup>47</sup> Ook de merkbaarheid van de mededingingsbeperking moet worden vastgesteld, al wijst

- 
- 36 Voor een verdere bespreking van de informele zienswijze van de NMA en rechtspraak over de KKM-problematiek wordt verwezen naar B. Nijs en M. van Ravenstein, 'De toelaatbaarheid van kwaliteitseisen door zui-velondernemingen: een uitgemolken onderwerp?', *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2005, nr. 2, p. 28.
- 37 Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag, *Marketing Displays International Inc. tegen VR Van Raalte Reclame B.V.*, overzicht nr. 17.
- 38 Ingevolge de Europese rechtspraak moeten nationale rechters wanneer zij volgens de regels van nationaal procesrecht een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis op grond van strijd met nationale regels van openbare orde moeten toewijzen, dit ook doen wanneer dat vonnis in strijd is met artikel 81 EG. Zie HvJ EG, 1 juni 1999, zaak C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd tegen Benetton International N.V.*, Jur. 1999, p. I-3055.
- 39 De voorzieningenrechter toetst aan de oude bagatelbepaling van 3 september 1986 (*Pb. EG* 1986, C 231/2) omdat ten tijde van het arbitrale vonnis de huidige bagatelbepaling nog niet in werking was getreden.
- 40 Verordening Nr. 240/96 van 31 januari 1996 inzake de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen overeenkomsten betreffende technologieoverdracht, *Pb. EG* L-31/2.
- 41 Voor een kritische bespreking van dit vonnis zie annotatie E. Vollebregt, *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2004, nr. 6, p. 128.
- 42 Hof Den Haag, 16 december 2004, *Dekker Breeding B.V. tegen Sunfield Holland B.V.*, overzicht nr. 45.
- 43 Het hof verwijst naar HvJ EG, 8 juni 1982, zaak 258/78, *Nungesser e.a. tegen Commissie*, Jur. 1982, 2015, en HvJ EG, 19 april 1988, zaak 27/87, *Erauw-Jacquery tegen La Hesbinonne*, Jur. 1988, 1919.
- 44 Zie voetnoot 40 hiervoor en Verordening (EG) Nr. 772/2004 van de Commissie van 27 april 2004 betreffende de toepassing van artikel 81, derde lid, EG op groepen overeenkomsten inzake technologieoverdracht, *Pb. EG* 2004, L 123/11.
- 45 De Nederlandse bagateldrempel wordt vermeld in artikel 7 Mw. De Europese bagateldrempels worden uiteengezet in de *Bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81 lid 1 van het Verdrag* (*Pb. EG* 2001, C 368/07).
- 46 Hoge Raad, 3 december 2004, *X tegen Coöperatieve Bloemenveiling FloraHolland U.A.*, overzicht nr. 42.
- 47 De Hoge Raad verwijst hierbij naar HvJ EG, 15 september 1998, gevoegde zaken T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94, *European Night Services*, Jur. 1998, p. II-3141.

de Hoge Raad daarbij met name naar de Europese en Nederlandse bagatelregelingen. De beoordeling van het Hof Den Haag voldeed naar de mening van de Hoge Raad niet aan de eis van een uitvoerige marktanalyse. De Hoge Raad vernietigt daarom het arrest van het hof en verwijst de zaak naar het Hof Amsterdam.

Het CBB gaat in de hiervoor reeds genoemde zaak Vodafone Libertel/d-g NMa<sup>48</sup> ook in op het merkbaarheidsvereiste. In deze zaak toetst het CBB op basis van de criteria genoemd in het European Night Services-arrest<sup>49</sup> of de Rechtbank Rotterdam tot een juist oordeel ten aanzien van de merkbaarheid was gekomen. De rechtbank had bij haar beoordeling betekenis toegekend aan het beperkte aantal spelers op de betrokken markt, het feit dat Libertel op deze markt een niet onbeduidende positie inneemt en het feit dat Libertel niet alleen actief is als aanbieder van mobiele telecommunicatiediensten, maar ook beschikt over een eigen mobiel telecommunicatienetwerk. Op grond van deze feiten bevestigt het CBB de conclusie van de rechtbank dat het door Libertel gehanteerde goedkeuringsvereiste merkbaar de mededinging beperkte.

In Bredase notarissen<sup>50</sup> ging het om afspraken die een aantal notarissen hadden gemaakt om de opdrachten van de gemeente Breda tot het passeren van akten en de inkomsten die daaruit voortvloeiden onderling te verdelen. Het CBB oordeelt dat deze afspraken de mededinging merkbaar beperkten. De stelling van de notarissen dat de marktverdelingsafspraken geen merkbaar effect op de mededinging hadden omdat zij slechts circa 1% van de totale jaaromzet van de notarissen betroffen werd niet geaccepteerd.

In UNETO-VNI/d-g NMa<sup>51</sup> beoordeelt de Rechtbank Rotterdam of de NMa voldoende had onderzocht wat de concrete effecten waren van bepaalde lidmaatschapsregelingen van de brancheorganisatie VNI. De rechtbank stelt dat bij de toetsing van een regeling aan artikel 6 lid 1 Mw in het bijzonder rekening moet worden gehouden met de economische en juridische context waarin de betrokken ondernemingen opereren, de aard van de diensten, de structuur van de markt en de werkelijke omstandigheden waaronder deze functioneert.<sup>52</sup> In zijn besluit had de d-g NMa echter onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de betreffende lidmaatschapsregelingen concrete effecten hadden op de mededinging.<sup>53</sup>

De NMa had de relevante markt niet afgebakend en niet helder gemaakt welke waarde (potentiële) afnemers aan het lidmaatschap hechten. De NMa had met name gekeken naar het feit dat een zeer groot deel van de Nederlandse installateurs lid is van VNI. De rechtbank stelt echter dat zelfs indien 80% of 90% van de installateurs lid is, maar de (potentiële) afnemers vrijwel geen belang hechten aan een dergelijk lidmaatschap, het twijfelachtig is of dit als een factor van belang kan worden aangemerkt. Het lijkt de rechtbank bijvoorbeeld onwaarschijnlijk dat het lidmaatschap van de specifieke bedrijfspgroepen een relevante factor in de markt was omdat deze lidmaatschappen niet kenbaar worden gemaakt aan klanten door middel van bijvoorbeeld een logo. Ook had de NMa niet aangetoond dat concurrenten waren uitgesloten

van het lidmaatschap van VNI. Volgens de rechtbank had de NMa niet mogen volstaan met het wijzen op een theoretische mogelijkheid van uitsluiting.

Het besluit van de d-g NMa wordt om deze redenen vernietigd. Inmiddels heeft de NMa de concrete gevolgen van de lidmaatschapsregelingen onderzocht en is zij tot de conclusie gekomen dat de lidmaatschapsregelingen geen mededingingsbeperkend effect hebben.<sup>54</sup>

In BasisMedia/d-g NMa<sup>55</sup> oordeelt de Rechtbank Rotterdam over de vraag of de overeenkomst tussen NS Stations en de uitgever Metro Holland onder het verbod van artikel 6 lid 1 Mw valt. Op grond van deze overeenkomst heeft Metro het exclusieve recht verkregen op de NS-stations haar gratis ochtendblad te verspreiden. Een klacht hierover van BasisMedia, uitgever van het gratis ochtendblad Spits!, was door de NMa afgewezen.<sup>56</sup> Volgens de NMa waren er voor BasisMedia voldoende andere mogelijkheden beschikbaar om Spits! onder de lezers te verspreiden.

De rechtbank volgt het oordeel van de NMa. Op basis van de arresten Delimitis en Société Technique Minière<sup>57</sup> zet de rechtbank uiteen wanneer een exclusiviteitsbeding een mededingingsbeperkend effect kan hebben. De rechtbank stelt vast dat de NMa had aangetoond dat er in afdoende mate alternatieve verspreidingsmogelijkheden bestaan. De NMa heeft hiervoor terecht grote betekenis toegekend aan de sterke marktpositie die BasisMedia heeft weten op te bouwen, waardoor Spits! zelfs een hogere oplage heeft dan Metro. De rechtbank voegt daaraan toe dat zelfs indien BasisMedia door de uitsluiting van de NS-stations hogere kosten heeft dan Metro, dit nog niet betekent dat het exclusiviteitsbeding strijdig zou zijn met artikel 6 Mw.

In de zaak Van der Sluijs/Autobedrijf X<sup>58</sup> buigt de voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem zich over de merkbaarheid van een exclusieve afnameovereenkomst met betrekking tot een tankstation.<sup>59</sup> Gelet op het geringe marktaandeel van de leverancier Van der Sluijs acht de voorzieningenrechter een beroep op de bagatelbepaling van de

48 CBB, 26 mei 2004, Vodafone Libertel N.V. tegen d-g NMa, overzicht nr. 15.

49 Zie voetnoot 47.

50 CBB, 12 maart 2004, J.H. Linders e.a. tegen d-g NMa, overzicht nr. 9.

51 Rechtbank Rotterdam, 25 maart 2004, UNETO-VNI tegen d-g NMa, overzicht nr. 10.

52 Evenals de Hoge Raad in *Bloemenveiling FloraHolland* en het CBB in *Libertel-Vodafone/d-g NMa*, verwijst ook de rechtbank hierbij naar het European Night Services-arrest.

53 Besluit d-g NMa, 25 september 2000, VNI, zaak nr. 530, 456 en 534.

54 Besluit d-g NMa, 22 juli 2004, VNI, zaak nr. 2157.

55 Rechtbank Rotterdam, 8 juni 2004, BasisMedia B.V. tegen d-g NMa, overzicht nr. 22.

56 Besluit d-g NMa, 11 augustus 2000, Spits!/Metro Holland en NS Stations, zaak nr. 1584.

57 HvJ EG, 28 februari 1991, zaak 234/89, Delimitis tegen Henninger Brau AG, Jur. 1991, p. I-935, en HvJ EG, 30 juni 1966, zaak 56/65, Société Technique Minière tegen Maschinenbau Ulm GmbH, Jur. 1966, 337.

58 Rechtbank Arnhem, 19 mei 2004, Van der Sluijs Retail B.V. tegen Autobedrijf X e.a., overzicht nr. 14.

59 Zie ook onder 'Distributie-overeenkomsten' in dit onderdeel 'Verbod van mededingingsafspraken'.

Europese Commissie op voorhand niet kansloos. Vervolgens stelt hij echter vast dat de omzetrempels van artikel 7 Mw ruimschoots worden overschreden. De voorzieningenrechter beoordeelt de overeenkomst daarom toch aan het mededingingsrecht en komt tot de conclusie dat de overeenkomst nietig is.

De conclusie van de voorzieningenrechter met betrekking tot de merkbaarheid is naar onze mening wat te snel getrokken. Wanneer een overeenkomst niet onder de Europese of Nederlandse bagateldrempel blijft, betekent dat niet dat de merkbaarheid van de mededingingsbeperking vast staat. Er zal dan nog een kwalitatieve toetsing van de merkbaarheid moeten plaatsvinden. Gelet op de zeer lage Nederlandse bagateldrempels, zou de merkbaarheidstoets in de praktijk anders nauwelijks betekenis hebben.<sup>60</sup>

### Nevenrestricties

In enkele uitspraken wordt ingegaan op de vraag of bepaalde clausules in een overeenkomst aangemerkt kunnen worden als een 'nevenrestrictie'. Onder nevenrestrictie wordt verstaan een mededingingsbeperkende bepaling die zodanig rechtstreeks verbonden is met en noodzakelijk is voor de verwezenlijking van een niet-mededingingsbeperkende overeenkomst, dat deze buiten het toepassingsgebied van artikel 6 Mw blijft.

In Vodafone Libertel/d-g NMa verwerpt het CBB het argument dat het goedkeuringsvereiste in de Service Provider Overeenkomsten (SPO's) van Libertel aangemerkt moest worden als een nevenrestrictie.<sup>61</sup> Het CBB overweegt eerst in het algemeen dat voor de beoordeling van een nevenrestrictie een dubbel onderzoek nodig is: onderzoek of de restrictie objectief noodzakelijk is en of zij daaraan evenredig is. Het onderzoek van de noodzakelijkheid kan volgens het CBB vrij abstract zijn.<sup>62</sup> Het gaat er niet om of de restrictie onmisbaar is voor het commerciële succes van de primaire transactie, maar om de vraag of 'in het bijzondere kader van de primaire transactie, de restrictie noodzakelijk is voor de verwezenlijking daarvan'. Het was daarom niet voldoende dat Libertel niet bereid was te investeren in haar telecommunicatienetwerk als zij deze investeringen niet kon beschermen door het opnemen van het goedkeuringsvereiste in de SPO's. Libertel had moeten aantonen dat zij zonder het goedkeuringsvereiste de service providers geen toegang tot haar telecommunicatienetwerk had kunnen bieden. Omdat Libertel dit niet had aangetoond, wordt de bepaling niet als nevenrestrictie aangemerkt.

In de zaak Heijmans/Krugers<sup>63</sup> gaat het om een non-concurrentiebeding en een niet-wervingsbeding die waren afgesproken in het kader van de overname van een onderneming. Beide bepalingen hadden een looptijd van vijf jaar. Onder verwijzing naar de Bekendmaking van de Commissie inzake nevenrestricties<sup>64</sup> oordeelt de voorzieningenrechter dat in beginsel slechts een duur van twee jaar toelaatbaar is. Heijmans had geen omstandigheden gesteld die een langere duur rechtvaardigden. Omdat de twee jaar inmiddels

waren verstreken, kon Heijmans geen beroep meer doen op de bedingen.

In de zaak X/Y en Z<sup>65</sup> moest de Rechtbank Leeuwarden zich uitlaten over de geldigheid van een non-concurrentiebeding dat was overeengekomen bij de overname van een huisartsenpraktijk. Zonder het als zodanig te benoemen, past de voorzieningenrechter de leer van nevenrestricties toe. De rechter wijst op het nut en de noodzaak van non-concurrentiebedingen bij overnames, waardoor 'per saldo' geen sprake zou zijn van een beperking van de mededinging.

Het vonnis gaat slechts summier in op de duur en de reikwijdte van het beding. De voorzieningenrechter is van mening dat een non-concurrentiebeding voor een periode van tien jaar en voor een gebied met een straal van negen kilometer niet onnodig ruim is. Wij kunnen ons voorstellen dat bij de overdracht van een huisartsenpraktijk een non-concurrentiebeding met langere duur dan bij de overdracht van een reguliere onderneming gerechtvaardigd kan zijn. Een duur van tien jaar lijkt echter te lang.

In de zaak Dunnewind/Schuitema<sup>66</sup> speelt de vraag of een non-concurrentiebeding in een huurovereenkomst aangemerkt kon worden als een nevenrestrictie. Het Hof Arnhem had een beroep op het beding afgewezen omdat het strijdig zou zijn met artikel 6 Mw. De Hoge Raad is van mening dat het hof had moeten onderzoeken of het non-concurrentiebeding aangemerkt had kunnen worden als een geoorloofde nevenrestrictie. De Hoge Raad beantwoordt niet de inhoudelijke vraag of sprake was van een nevenrestrictie, maar verwijst de zaak door naar het Hof Den Bosch.

### Overig

De civiele rechters hebben nog enkele uitspraken gedaan die buiten de eerder besproken categorieën vallen.<sup>67</sup>

60 Zie in deze zin ook annotatie D.J.M. de Grave in *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2004, nr. 6, p. 136.

61 Voor verdere uitleg over de Service Provider Overeenkomsten en het goedkeuringsvereiste wordt verwezen naar 'Distributie-overeenkomsten' in dit onderdeel 'Verbod van mededingingsafspraken'.

62 Het CBB verwijst hierbij naar GvEA EG, 18 september 2001, zaak T-112/99, Métropole Télévision-M6 e.a. tegen Commissie, Jur. 2001, p. II-2459, r.o. 106-109.

63 Voorzieningenrechter Rechtbank Den Bosch, 4 november 2004, Heijmans Beton- en Waterbouw Speciale Technieken B.V. e.a. tegen E.F.M. Krugers e.a., overzicht nr. 36.

64 Bekendmaking van de Commissie betreffende beperkingen die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandkoming van concentraties, *Pb. EG* 2001, C 188/5. Inmiddels is deze bekendmaking vervangen door de bekendmaking van 5 maart 2005, *Pb. EG* 2005, C 56/03.

65 Rechtbank Leeuwarden, 23 juni 2004, X tegen Y en Z, overzicht 26.

66 Hoge Raad, 17 december 2004, Dunnewind tegen Schuitema Winkelbedrijf B.V., overzicht nr. 46.

67 Onder 'overig' kan tevens worden gewezen op *Curasan/MSE*. In deze zaak had Curasan gesteld dat de distributieovereenkomst van MSE verboden bepalingen met betrekking tot verticale prijsbinding en beperking van actieve verkoop bevatte. De rechter acht deze stellingen echter onvoldoende onderbouwd, zodat geen inhoudelijke beoordeling wordt gegeven. Zie Hof Arnhem, 1 juni 2004, Curasan Benelux B.V. tegen MSE Medical Service Europe B.V., overzicht nr. 19.

In de zaak Thuiszorg Maasmond/Woningstichting Geertuidenberg<sup>68</sup> wordt een mededingingsrechtelijke beoordeling gegeven van een samenwerkingsovereenkomst tussen een zorginstelling en een woningstichting die een woonzorgcomplex voor ouderen exploiteert. Een exclusiviteitsbeding in deze samenwerkingsovereenkomst verplicht de bewoners van het woonzorgcomplex (een deel van) de zorg af te nemen bij de zorginstelling. Thuiszorg Maasmond, een concurrerende zorginstelling, wenst ook zorg te leveren aan de bewoners van het woonzorgcomplex en doet in kort geding een beroep op artikel 6 en 24 Mw.

De voorzieningenrechter van de Rechtbank Breda komt in weinig woorden tot het oordeel dat sprake is van een inbreuk op artikel 6 Mw. De relevante markt wordt afgebakend als de markt van woningen voor mensen van ongeveer 55 jaar en ouder, afkomstig uit de regio Midden- en West-Brabant, die op zoek zijn naar een combinatie van huisvesting en zorgverlening. De voorzieningenrechter komt vervolgens tot de conclusie dat voldoende aannemelijk is dat de exclusiviteit zowel de strekking heeft als tot gevolg dat de mededinging op de relevante markt wordt beperkt. De woningstichting wordt op deze gronden gedwongen de exclusieve samenwerking te beëindigen en Thuiszorg Maasmond toe te laten als zorgverlener.

De voorzieningenrechter is voortvarend in de toepassing van artikel 6 Mw, maar slaat in de mededingingsrechtelijke beoordeling een aantal stappen over. De marktafbakening wordt enkel gebaseerd op het feit dat deze door de eiser is aangevoerd en niet door de gedaagde is betwist. Van enig (eigen) onderzoek naar de relevante markt geeft het vonnis geen blijk. Bovendien wordt vervolgens niet de positie van de betrokken ondernemingen op de markt beoordeeld. Daarnaast wordt niet ingegaan op de vraag of een groepsvrijstelling van toepassing zou kunnen zijn, laat staan of de overeenkomst voldoet aan de criteria van artikel 6 lid 3 Mw.<sup>69</sup>

In de zaak Geldlening Rabobank<sup>70</sup> moest de voorzieningenrechter van de Rechtbank Dordrecht de vraag beantwoorden of een bepaling in de algemene bankvoorwaarden met betrekking tot een geldleningsovereenkomst strijdig was met artikel 6 Mw. De bepaling hield in dat de geldlener schadevergoeding verschuldigd was bij tussentijdse aflossing van de lening.

De voorzieningenrechter acht een dergelijke bepaling niet mededingingsbeperkend. De rechter overweegt hierbij dat de geldlener bij het aangaan van de lening de vrije keuze had de overeenkomst, inclusief de algemene voorwaarden, al dan niet af te sluiten. Na het aangaan van de lening staat het de geldlener ook nog steeds vrij bij andere banken een lening af te sluiten. Het enkele feit dat de geldlener door de contractuele bepalingen beperkt is in zijn vrijheid, maakt de geldleningsovereenkomst niet strijdig met artikel 6 Mw.

De zaak Apotheek Boxmeer<sup>71</sup> heeft betrekking op een samenwerkingsverband van huisartsen. Deze huisartsen wilden door middel van een commanditaire vennootschap een nieuwe apotheek in Boxmeer vestigen. Een reeds gevestigde apotheker eiste in kort geding staking van de nieuwe ves-

tiging omdat dit een ongeoorloofde concurrentievervalsing zou inhouden. Dit argument wordt verworpen. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Breda stelt dat de samenwerking tussen de huisartsen juist gericht is op het creëren van concurrentie, zodat van een mededingingsbeperkende afspraak op voorhand geen sprake kan zijn.

De samenhangende zaken Gemeente Heerlen/3W Vastgoed en Vishandel<sup>72</sup> en Whizz/Gemeente Heerlen<sup>73</sup> hebben betrekking op een branchebeschermingsbeding die de gemeente Heerlen overeen was gekomen met de croissanterie Whizz. In het tussenvonnis gaat de voorzieningenrechter er nog van uit dat de overeenkomst getoetst moet worden aan het Besluit vrijstelling branchebeschermingsovereenkomsten<sup>74</sup> en draagt de partijen op bewijs te leveren die een dergelijke toetsing mogelijk zou kunnen maken. In het eindvonnis is de rechter echter van mening dat de gemeente niet handelde als een onderneming.<sup>75</sup> De voorzieningenrechter komt daardoor niet toe aan een inhoudelijke mededingingsrechtelijke beoordeling.

In de zaak PO Mosselcultuur/Praet<sup>76</sup> moet het Hof Den Haag beoordelen of bepaalde besluiten van Producentenorganisatie Mosselcultuur strijdig zijn met artikel 81 EG. Een complicerende factor hierbij was dat de regelingen ter ontheffing op grond van Verordening Nr. 26<sup>77</sup> waren aangemeld bij de Europese Commissie.

Op basis van de betreffende regelingen worden de hoeveelheden op te vissen mosselzaad verdeeld op basis van historische aanvoergegevens. Naar het voorlopige oordeel van het hof hebben dergelijke afspraken de strekking de mededinging te beperken. Het argument dat de mededingingsbeperking niet merkbaar zou zijn wordt verworpen. De regeling bestrijkt immers nagenoeg de gehele Nederlandse markt. Vervolgens moet het hof beoordelen hoe artikel 81 EG moet worden toegepast op een regeling die is aangemeld bij de Commissie. Anders dan de rechtstreekse toepassing van artikel 81 lid 3 EG door de nationale rechter onder Verordening 1/2003, is het verlenen van ontheffingen op grond van Verordening

68 Voorzieningenrechter Rechtbank Breda, 12 november 2004, X tegen Y, overzicht nr. 38.

69 Zie in deze zin ook annotatie S. Boer, *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2005, nr. 1, p. 20.

70 Rechtbank Dordrecht, 20 oktober 2004, X e.a. tegen Coöperatieve Rabobank Dordrecht U.A., overzicht nr. 35.

71 Voorzieningenrechter Rechtbank Breda, 18 juni 2004, X e.a. tegen Y e.a., overzicht nr. 24.

72 Rechtbank Maastricht, 7 januari 2004, Gemeenten Heerlen tegen 3W Vastgoed B.V. e.a., overzicht nr. 1.

73 Rechtbank Maastricht, 21 juli 2004, VOF Whizz Croissanterierie tegen Gemeenten Heerlen, overzicht nr. 29.

74 Besluit van 25 november 1997 houdende vrijstelling van branchebeschermingsovereenkomsten in nieuwe winkelcentra van het verbod van mededingingsafspraken (*Stb.* 1997, 596).

75 Zie verder onder 'Overheid en mededingingsrecht'.

76 Hof Den Haag, 1 juli 2004, Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Mosselcultuur U.A. tegen N.L. Praet en Zonen B.V., overzicht nr. 27.

77 Verordening Nr. 26 inzake de toepassing van bepaalde regels betreffende de mededinging op de voortbrenging van en de handel in landbouwproducten, *Pb. EG* 1962, B 30/993.



26 nog steeds de exclusieve bevoegdheid van de Commissie. In verband met deze samenloop van ontheffingsregelingen besluit het hof op grond van artikel 15 lid 1 Verordening 1/2003 vragen te stellen aan de Commissie.

### Verbod van misbruik van economische machtspositie

In tien zaken was het verbod van misbruik van een economische machtspositie aan de orde. In geen van deze geschillen is het beroep op artikel 24 Mw toegewezen. In drie van de zaken wordt niet aangenomen dat de betrokken onderneming beschikt over een machtspositie, zodat de rechter niet toekomt aan het misbruik-aspect. In zes zaken gaat de rechter wel in op de vraag of misbruik is gemaakt van de economische machtspositie. In één zaak acht een voorzieningenrechter de beoordeling onder artikel 24 Mw te complex voor een kort geding en worden de partijen verwezen naar de bodemprocedure.

#### Machtspositie

De eerste uitspraak die ingaat op de vraag of sprake is van een economische machtspositie is het hoger beroep in de zaak *KPN/nl.tree*.<sup>78</sup> Dit geschil had betrekking op het aanbod van KPN aan scholen om drie jaar lang gratis breedband internettoegang te leveren. Nl.tree, een samenwerkingsverband van kabelbedrijven dat zich richt op het verlenen van internetdiensten aan scholen, had dit aanbod met succes aangevochten in kort geding. In eerste aanleg had de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag geoordeeld dat KPN beschikte over een economische machtspositie en daar misbruik van maakte door bepaalde diensten onder de kostprijs (namelijk gratis) aan te bieden.<sup>79</sup> Dit was een van de weinige kort geding-vonnissen waarin misbruik van een economische machtspositie werd aangenomen. In beroep houdt het vonnis echter geen stand. Het Hof Den Haag verwerpt het oordeel dat KPN zou beschikken over een machtspositie.

Het Hof Den Haag schrikt er niet voor terug zich te verdiepen in de vele, elkaar deels tegensprekende, rapporten die partijen hadden overgelegd met betrekking tot de marktafbakening en de marktaandelen.

Bij het oordeel over de afbakening van de relevante markt acht het hof het eerdere standpunt van de NMa niet doorslaggevend, omdat de NMa geen uitgebreid onderzoek had gedaan.

Het hof komt vervolgens tot het oordeel dat niet aannemelijk is dat KPN op de afgebakende breedband internetmarkt(en) beschikt over een economische machtspositie. Het hof verwijst naar het AKZO-arrest waarin het Hof van Justitie had gesteld dat een marktaandeel van meer dan 50%, uitzonderingsomstandigheden daargelaten, op zichzelf bewijs is van een machtspositie.<sup>80</sup> Omdat KPN's marktaandeel ruimschoots onder de 50% ligt moet volgens het hof worden gekeken of er bijkomende omstandigheden zijn waaruit een machtspositie kan worden afgeleid. Deze omstandigheden had nl.tree niet voldoende aannemelijk gemaakt. Het hof

houdt onder meer rekening met het feit dat de markt voor breedband internettoegang in hoge mate concurrerend is en wordt gekenmerkt door snelle technologische ontwikkelingen en sterk veranderende marktaandelen. Daarnaast zijn er nauwelijks overstapbarrières voor de afnemers. Bovendien zijn de voornaamste concurrenten van KPN in het algemeen financieel krachtige bedrijven die ook beschikken over substantiële marktaandelen op de markt voor breedband internettoegang.

Het hof gaat tot slot in op het argument van nl.tree dat KPN op de breedband internetmarkt misbruik zou maken van een machtspositie op aanpalende markten, namelijk de markten voor vaste telefonie en huurlijnen. Volgens het hof is daarvoor vereist dat een zodanig nauwe band bestaat tussen deze aanpalende markten en de breedband internetmarkt dat KPN in een situatie verkeert alsof zij een machtspositie heeft op de betrokken markten gezamenlijk.<sup>81</sup> De omstandigheden die daarbij van belang zijn, zoals het gebruik van de machtspositie op de gedomineerde markt om door te dringen op de verwante markt, waren echter door nl.tree niet aannemelijk gemaakt.

In de zaken *Curasan/MSE*<sup>82</sup> en *BasisMedia/d-g NMa*<sup>83</sup> wordt een beroep op het verbod van misbruik van een economische machtspositie eveneens verworpen. Curasan had op geen enkele wijze onderbouwd dat MSE zou beschikken over een machtspositie op de betrokken markt. De zaak *BasisMedia/d-g NMa* is hiervoor al besproken onder 'Verbod van mededingingsafspraken'.

#### Misbruik

Op 15 juli 2004 is de eerste en langstlopende zaak van de NMa eindelijk tot een ontknoping gekomen. In de zaak *NOS/d-g NMa*<sup>84</sup> heeft het CBB na meer dan zes jaar onderzoeken en procedures het definitieve oordeel geveld over de vraag of de NOS misbruik maakt van haar machtspositie door te weigeren programmeergegevens voor radio en televisie te leveren aan De Telegraaf.

In het oordeel van het CBB speelt het arrest van het Hof van Justitie in de *IMS Health*-zaak<sup>85</sup> een belangrijke rol. Om deze reden gaat het CBB eerst uitgebreid in op het belang van

78 Hof Den Haag, 11 maart 2004, Koninklijke KPN N.V. en KPN Telecom B.V. tegen EducatiefNet B.V. (h.o.d.n. nl.tree) en Easynet Group Nederland B.V., overzicht nr. 8.

79 Voorzieningenrechter Den Haag, 12 november 2003, Educatief Net B.V. tegen Koninklijke KPN N.V. c.s., KG 03/1190, *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2003, p. 225.

80 HvJ EG, 3 juli 1991, C-62/86, AKZO Chemie B.V., Jur. 1991, p. I-3359, r.o. 60.

81 Het hof verwijst hierbij naar HvJ EG, 14 november 1996, C-333/94, TetraPak International S.A. ('TetraPak II'), Jur. 1996, p. I-5951, r.o. 31.

82 Hof Arnhem, 1 juni 2004, Curasan Benelux B.V. tegen MSE Medical Services Europe B.V., overzicht nr. 19.

83 Rechtbank Rotterdam, 8 juni 2004, BasisMedia B.V. tegen d-g NMa, overzicht nr. 22.

84 CBB, 15 juli 2004, Nederlandse Omroep Stichting tegen d-g NMa, overzicht nr. 28.

85 HvJ EG, 29 april 2004, zaak C-418/01, IMS Health GmbH & Co. OHG tegen NDC Health GmbH & Co. KG, n.n.g.

de Europese rechtspraak met betrekking tot artikel 82 EG bij de uitleg van artikel 24 Mw.

Het CBB overweegt dat het Nederlandse mededingingsrecht in zo belangrijke mate op het Europese mededingingsrecht is georiënteerd, dat de uitspraken van het Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg over de betekenis van begrippen als 'misbruik' en 'machtspositie' in beginsel ook richtinggevend zijn voor de uitleg van het Nederlandse recht. Het CBB baseert zich hierbij mede op de wetsgeschiedenis van de Mededingingswet.<sup>86</sup> Van belang is voorts dat de NMa haar bestreden besluit heeft gebaseerd op haar interpretatie van de rechtspraak van het Hof van Justitie over de verhouding tussen het verbod van misbruik van een economische machtspositie en intellectuele-eigendomsrechten. De NMa had dus niet de bedoeling om op dit punt een eigen lijn te volgen. Om deze redenen acht het CBB het aangewezen de rechtspraak van het Hof van Justitie te volgen.

Het CBB citeert vervolgens een aantal rechtsoverwegingen uit het *IMS Health*-arrest. Volgens het Hof van Justitie kan een weigering door een onderneming met een machtspositie om toegang te verlenen tot een door een met een intellectueel-eigendomsrecht beschermd product alleen in uitzonderlijke omstandigheden misbruik opleveren.<sup>87</sup> Op basis van eerdere rechtspraak kan slechts sprake zijn van misbruik indien aan drie cumulatieve criteria wordt voldaan:

- (i) de weigering moet in de weg staan aan de introductie van een nieuw product waarnaar van de zijde van de consumenten een potentiële vraag bestaat,
- (ii) er is geen rechtvaardigingsgrond en
- (iii) elke mededinging op een afgeleide markt wordt uitgesloten.

Het 'nieuw product'-criterium was ook in de rechtspraak voorafgaand aan *IMS Health* reeds genoemd. Het was echter de vraag of dit criterium begrepen moest worden als een verplicht, cumulatief vereiste om aan te nemen dat sprake is van 'uitzonderlijke omstandigheden' die misbruik kunnen opleveren of slechts als één van de relevante factoren. De NMa en de Rechtbank Rotterdam hadden aangenomen dat de eis niet als cumulatief moest worden beschouwd. In het *IMS Health*-arrest maakt het Hof van Justitie duidelijk dat de belemmering van een nieuw product wél een verplicht vereiste is.

Het CBB beoordeelt vervolgens of De Telegraaf het voornemen had met de programmeergegevens een nieuw product op de markt te brengen. Volgens het CBB was dit niet voldoende aangetoond. De Telegraaf had het voornemen in het weekeinde bij de krant als bijlage een programmabladd bij te voegen. Het enkele feit dat het daarmee zou gaan om een programmagids die niet aan een omroep is gelieerd en dat niet apart betaling zou worden gevraagd is naar de mening van het CBB onvoldoende om het als een nieuw product te kwalificeren. Het CBB acht ook het bestaan van een substantiële vraag naar een nog niet op de markt verschenen product niet voldoende om het als een nieuw product te beschouwen. Dit zou immers kunnen betekenen dat een aanmerkelijk lagere prijs, of doordat het samen met een ander product

wordt aangeboden, ertoe leidt dat sprake zou zijn van een nieuw product.

Het CBB legt hiermee de lat van het 'nieuw product'-vereiste hoog. In een aantal kenmerken verschilden de plannen van De Telegraaf voor een programmabladd als weekendbijlage duidelijk van de bestaande programmagidsen: de vormgeving, de wijze van verkoop, de prijsstelling en het feit dat de gids niet gelieerd is aan een omroep. Niettemin acht het CBB dit onvoldoende om aan te nemen dat sprake was van een nieuw product. Het is moeilijk voor te stellen wat voor soort programmagids dan wel aangemerkt zou kunnen worden als een nieuw product. Het CBB lijkt de inbreuken op intellectuele-eigendomsrechten in verband met de mededinging te willen beperken tot zeer uitzonderlijke gevallen.<sup>88</sup>

In de zaak d-g NMa/HMG<sup>89</sup> was de NMa in hoger beroep gegaan tegen het oordeel van de Rechtbank Rotterdam dat HMG zich niet schuldig had gemaakt aan een verboden leveringsweigering. In 2000 had de NMa op deze grond een last onder dwangsom opgelegd aan HMG.<sup>90</sup> In het beroep van HMG tegen dit besluit had de rechtbank geoordeeld dat ten tijde van het opleggen van de last geen sprake (meer) was van een (volstrekke) weigering om de door De Telegraaf gevraagde gegevens te leveren. HMG had De Telegraaf immers een aanbod gedaan, op basis waarvan onderhandelingen hadden plaatsgevonden. De NMa had dit afgedaan als een verkapte leveringsweigering omdat de door HMG voorgestelde vergoeding te hoog zou zijn. Naar de mening van de rechtbank was dit echter onvoldoende onderbouwd. Het CBB is het hiermee eens en geeft daarbij enkele bewijsrechtelijke vingerwijzingen.

Het CBB bevestigt dat door het feit dat HMG een aanbod had gedaan aan De Telegraaf geen sprake (meer) kon zijn van een leveringsweigering. Mogelijk kon de last onder dwangsom worden gehandhaafd omdat de voor de programmeergegevens gevraagde prijs onredelijk hoog was zodat (alsnog) van misbruik van een economische machtspositie kon worden gesproken. Omdat de prijs van HMG niet a prima vista onredelijk hoog was, had de NMa in deze situatie echter de (on)redelijkheid van de prijs moeten onderzoeken alvorens een last onder dwangsom op te leggen. De stelling van de NMa dat het ondoenlijk zou zijn ieder bod dat een einde zou moeten maken aan de leveringsweigering te onderzoeken wordt niet geaccepteerd. Het is bij het opleggen van een last onder dwangsom aan het bestuursorgaan om vast te stellen dat een wettelijk voorschrift is overtreden. Het bestuursor-

86 Het CBB verwijst naar de Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 1995/96, 24707, nr. 3, p. 71.

87 Dit was reeds uitgemaakt in de arresten van 5 oktober 1988, zaak C-238/87, Volvo, Jur. 1988, 6211, en van 6 april 1995, gevoegde zaken C-241/91 en C-242/91, RTE en ITP/Commissie ('Magill'), Jur. 1995, p. I-743.

88 Voor verdere bespreking van de CBB-uitspraak, zie annotatie A.J. Vossestein, *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2004, nr. 8, p. 173 e.v.

89 CBB, 7 mei 2004, d-g NMa/HMG, overzicht nr. 11.

90 Besluit d-g NMa, 16 februari 2000, zaak nr. 1, De Telegraaf tegen NOS/HMG. In het besluit op bezwaar van 3 oktober 2001 handhaaft d-g NMa deze last onder dwangsom.

gaan kan niet volstaan met de overweging dat op een eerder tijdstip een overtreding is geconstateerd en deze (toenmalige) overtreder niet heeft aangetoond dat hij de overtreding heeft beëindigd.

Ook de zaak NEA/d-g NMa<sup>91</sup> heeft betrekking op een leveringsweigering. Het CBB is van mening dat NEA op basis van de toenmalige Elektriciteitswet 1989 geen rechtvaardiging had het verzoek van Norsk Hydro om elektriciteit te transporteren te weigeren. Het CBB laat het oordeel van de Rechtbank Rotterdam<sup>92</sup>, dat dit moet worden aangemerkt als misbruik van de monopoliepositie van NEA, in stand. Om deze reden wordt in dit onderdeel niet verder ingegaan op deze uitspraak.<sup>93</sup>

In Carglass en Glasgarage/d-g NMa<sup>94</sup> komt aan de orde of bepaalde kortingen aangemerkt kunnen worden als misbruik van een machtspositie. Carglass, een leverancier en hersteller van autoruiten waarvan in het midden wordt gelaten of deze beschikt over een economische machtspositie, verstrekt drie soorten kortingen aan haar afnemers: een algemene korting van 35% op de autoruiten ('ruitprijskorting'), een volumekorting en een zogenoemde 'communicatiebonus'.

De ruitprijskorting werd door Carglass gelijkelijk verleend aan alle afnemers. De korting was dus in feite een lagere prijs. Volgens de NMa kan tegen een dergelijke algemene toepasselijke korting mededingingsrechtelijk alleen bezwaar bestaan als deze zou leiden tot een misbruikelijk lage prijs ('rooiprijs'). Hiervan was geen sprake. Glasgarage, een concurrent van Carglass, stelde echter dat niet duidelijk was dat Carglass de ruitprijskorting aan alle afnemers verstrekte. Het CBB verwerpt dit argument. Het CBB neemt aan dat Carglass uit commerciële overwegingen tegenover afnemers hierover enigszins vaag is gebleven. Dit kan echter niet worden gekwalificeerd als misbruik van een machtspositie.

De volumekorting is een gestaffelde, progressief oplopende korting over de omzet. De NMa achtte daarbij van belang dat de extra korting alleen werd verleend over de boven de betreffende drempel behaalde omzet en niet over de gehele omzet. Bovendien had Carglass de NMa ervan overtuigd dat de volumekortingen werden gerechtvaardigd door de met de hogere omzet gerealiseerde schaalvoordelen. Het CBB deelt daardoor de mening van de NMa dat een dergelijke korting niet als misbruikelijk aangemerkt kan worden. De afnemers worden immers op geen enkele manier ontmoedigd of verhinderd om ook autoruiten van concurrenten af te nemen.

Voor de communicatiebonus geldt hetzelfde. Dit is een korting die Carglass aan verzekeraars toekende om op de zogenaamde 'groene kaart' te worden vermeld. Carglass bedong daarbij echter geen exclusiviteit bij de verzekeraars en in de praktijk vermelden verzekeraars ook andere autoruitenleveranciers op de groene kaart. Om deze reden is het CBB van oordeel dat de communicatiebonus geen marktafslermend effect heeft.

Een andere zaak waarin geen misbruik werd aangenomen is Reisinformatiegroep/SIDN.<sup>95</sup> SIDN is een stichting die tot doel heeft de uitgifte en registratie van .nl-domeinnamen

te verzorgen. Het is niet in geding dat SIDN over een machtspositie beschikt op de markt voor het uitgeven en registreren van .nl-domeinnamen. SIDN is immers de enige instelling die daartoe bevoegd is. Het geschil in kort geding spitst zich toe op de vraag of SIDN misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie door te weigeren de domeinnaam '9292.nl' aan Reisinformatiegroep uit te geven.

De voorzieningenrechter overweegt dat de uitgifte en registratie van domeinnamen geschiedt aan de hand van het 'Reglement voor registratie van .nl-domeinnamen', welke is vastgesteld in overleg met diverse overheden en belangenorganisaties. De huidige versie van het reglement staat niet toe dat volledig numerieke domeinnamen – zoals 9292.nl – worden verstrekt. SIDN wenst mee te werken aan het toekennen van volledig numerieke domeinnamen, maar wil dit niet doen voordat het reglement is aangepast en de betrokken instanties daarover zijn geconsulteerd.

De rechter is van oordeel dat SIDN als monopolist daarmee juist zorgvuldig handelt. SIDN wijkt immers niet af van de regelgeving waarop haar bevoegdheden berusten. Daarnaast betreft SIDN bij haar besluitvorming niet slechts het belang van individuele gebruikers maar van de gehele internetgemeenschap. Het feit dat deze handelwijze vertraging bij de toekenning van de gevraagde domeinnaam inhoudt, acht de rechter niet onevenredig bezwarend voor Reisinformatiegroep.

In 2004 is, ten slotte, wederom een uitspraak gedaan met betrekking tot de vermeend discriminerende en excessieve zeehaventarieven van het Gemeentelijk Havenbedrijf Rotterdam.<sup>96</sup> Ook dit keer komt het echter niet tot een inhoudelijk eindoordeel. De Hoge Raad is in de belastingzaak X-5/Gemeente Rotterdam<sup>97</sup> van oordeel dat het Hof Den Haag een beroep op artikel 82 EG onvoldoende gemotiveerd had verworpen. De eiser had erop gewezen dat voor olietankers hogere tarieven gelden dan voor containerschepen. Volgens de Hoge Raad had onderzocht moeten worden wat de omvang van die verschillen waren en de verhouding daarvan tot de verschillen in de door de haven gehanteerde tarieven. Het geding wordt daarom voor verdere behandeling doorverwezen naar het Hof Amsterdam.

91 CBB, 28 mei 2004, Nederlands Elektriciteits Administratiekantoor B.V. tegen d-g NMa, overzicht nr. 18.

92 Rechtbank Rotterdam, 26 november 2002, NEA/d-g NMa, *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2003, nr. 2, p. 41.

93 Voor een bespreking van de andere aspecten van de zaak NEA/d-g NMa wordt verwezen naar het onderdeel 'Rechtsbescherming'.

94 CBB, 17 november 2004, Glasgarage Rotterdam B.V. en Carglass B.V. tegen d-g NMa tegen uitspraak Rechtbank Rotterdam, overzicht nr. 39.

95 Voorzittingsrechter Rechtbank Arnhem, 18 mei 2004, Reisinformatiegroep B.V. tegen Stichting Internet Domeinregistratie Nederland, overzicht, nr. 13.

96 Voor eerdere uitspraken zie Hof Den Haag, 1 juni 2001, X-5/Belastingdienst, en Rechtbank Rotterdam, 29 november 2002, Van Ommeren Agencies Rotterdam e.a./Gemeente Rotterdam.

97 Hoge Raad, 7 mei 2004, X-5 tegen Gemeente Rotterdam, overzicht nr. 12.

## Overig

In de zaak *FHRS/CR Delta*<sup>98</sup> komt de rechter niet toe aan een inhoudelijke beoordeling van de vraag of de rundveeverbeteringscoöperatie CR Delta misbruik zou hebben gemaakt van een economische machtspositie. In dit geschil had de vereniging Fries-Hollands Rundvee-Stamboek (FHRS) geklaagd over het feit dat CR Delta had getracht gewijzigde leveringsvoorwaarden op te dringen aan FHRS.<sup>99</sup> De voorzieningenrechter is van mening dat de vraag in hoeverre FHRS redelijkerwijs zelf in staat moest worden geacht een registratiesysteem voor stamboekvee op te zetten, dan wel voor de verstrekking van gegevens afhankelijk was van CR Delta, niet in kort geding kon worden beantwoord. De zaak wordt om deze reden verwezen naar de bodemprocedure.

## Concentratietoezicht

In 2004 zijn slechts enkele rechterlijke uitspraken gedaan met betrekking tot het concentratietoezicht.<sup>100</sup> Dit zal met name het gevolg zijn van het feit dat de afgelopen jaren relatief weinig concentraties zijn gemeld bij de NMa. Van deze meldingen heeft de NMa slechts voor een enkele concentratie een vergunning geëist en/of voorwaarden gesteld. Het enige tweede fase-besluit van de afgelopen jaren dat betrekking had op de overname door energiebedrijf Nuon van elektriciteitsproducent Reliant, heeft echter geleid tot twee voorlopige voorzieningprocedures bij de Rechtbank Rotterdam.

In de zaak *Nuon/d-g NMa*<sup>101</sup> verzoekt Nuon een voorlopige voorziening als bedoeld in artikel 8:81 Awb met betrekking tot de voorwaarden die de NMa had verbonden aan de vergunning.<sup>102</sup> Deze voorwaarden hielden in dat Nuon voor een periode van vijf jaar productiecapaciteit ter grootte van 900 MW zou moeten verkopen. Hiervoor zou een veiling georganiseerd moeten worden waarin de capaciteit in blokken van 10 MW zou worden aangeboden. Tegen deze voorwaarden en de daaraan ten grondslag liggende mededingingsrechtelijke beoordeling maakte Nuon bezwaar.

De voorzieningenrechter velst eerst een voorlopig oordeel over de rechtmatigheid van het vergunningbesluit. Hierbij worden de nodige twijfels geuit over de door de NMa gehanteerde onderzoeksmethoden. De voorzieningenrechter merkt op dat de NMa de voorgenomen concentratie niet volgens de gebruikelijke wijze heeft beoordeeld op basis van marktaandeelen en de concentratiegraad. In plaats daarvan heeft de NMa de gevolgen van de concentratie door onderzoeksbureaus laten onderzoeken met bepaalde (deels geheime) onderzoeksmodellen. Bij deze onderzoeksmethode stond het begrip 'marktmacht' centraal in plaats van het in de Mededingingswet gehanteerde begrip 'economische machtspositie'.

Daarnaast heeft de voorzieningenrechter twijfels over de invulling die de NMa aan het begrip 'economische machtspositie' geeft. Volgens de NMa kan hiervan sprake zijn in een situatie waarin een of meer ondernemingen onafhankelijk van elkaar door strategisch gedrag de prijzen of andere concurrentieparameters significant en op duurzame wijze

kunnen beïnvloeden zonder dat sprake is van op elkaar afgestemde onderlinge gedragingen. Dit wordt ook wel aangeduid als een 'non-collusief oligopolie'. Met deze oprekking van het begrip economische machtspositie liep de NMa vooruit op de wijziging van het toetsingscriterium die zou gaan plaatsvinden in de nieuwe Europese concentratieverordening. Ten tijde van het vergunningsbesluit stond het nieuwe Europese toetsingscriterium nog niet vast.<sup>103</sup> Belangrijker nog is dat de Mededingingswet op dit punt (nog) niet is aangepast. De voorzieningenrechter is er dan ook niet van overtuigd dat een dergelijke uitbreiding van het begrip economische machtspositie geoorloofd is.

De voorzieningenrechter is bovendien van mening dat in de analyse van de beïnvloeding van de concurrentie door de NMa de elementen 'significant' en 'op duurzame wijze' onderbelicht zijn gebleven. Een van de belangrijkste punten daarbij is dat de elektriciteitsmarkt zodanig functioneert dat de marktprijs wordt bepaald door de centrale met de hoogste marginale kosten, welke als laatste wordt ingeschakeld om aan de bestaande vraag naar elektriciteit te voldoen (de zogenaamde 'marginale centrale'). Dit is echter een dynamisch proces dat op ieder moment en van dag tot dag een ander beeld kan geven. Er is dan ook niet één marginale centrale, maar meerdere marginale centrales. Om deze reden is het de vraag of wordt voldaan aan de eis van duurzaamheid van de economische machtspositie.

De voorzieningenrechter acht het besluit van de d-g NMa om deze redenen op zijn minst onduidelijk en op een aantal punten onvoldoende onderbouwd. De ruimte voor twijfel aan de rechtmatigheid van het besluit is daardoor zodanig groot dat volgens de rechter een voorlopige voorziening toegewezen kan worden. Daarbij wordt gekozen voor een beperking van de duur van de periode waarvoor de elektriciteitsproductiecapaciteit wordt geveild tot één jaar. Het mogelijk door Nuon te leiden nadeel wordt daarmee beperkt, terwijl anderzijds de vrees van de NMa dat Nuon door manipulatie de elektriciteitsprijs zou verhogen zoveel mogelijk wordt weggenomen.<sup>104</sup>

98 Voorzieningenrechter Rechtbank Arnhem, 1 oktober 2004, Het Fries-Hollands Rundvee-Stamboek tegen Koninklijke Coöperatie Rundveeverbetering Delta UA, overzicht nr. 34.

99 FHRS had hierover al eerder een klacht ingediend bij de NMa. Bij besluit van 28 maart 2003 (zaak nr. 1205) is deze klacht afgewezen. Nadat het vonnis in kort geding was gewezen, is de klacht ook in bezwaar afgewezen (besluit d-g NMa van 11 oktober 2004).

100 In 2004 zijn tevens twee uitspraken gedaan over non-concurrentiebedingen in het kader van bedrijfsovernames. Dit betrof geen overnames die in het kader van het concentratietoezicht bij de NMa waren gemeld. Zie voor de bespreking van deze vonnissen onder 'Nevenrestricties' in het onderdeel 'Verbod van mededingingsafspraken'.

101 Rechtbank Rotterdam, 3 juni 2004, N.V. Nuon tegen d-g NMa, overzicht nr. 20.

102 Besluit d-g NMa, 8 december 2003, zaak nr. 3386, Nuon/Reliant Energy Europe.

103 De nieuwe Concentratieverordening 139/2004, met in artikel 2 lid 2 het nieuwe toetsingscriterium, is pas op 1 mei 2004 in werking getreden.

104 Zie voor een bespreking van de voorlopige maatregel het onderdeel 'Rechtsbescherming'.

De zaak Essent/d-g NMa<sup>105</sup> heeft betrekking op hetzelfde vergunningsbesluit van de d-g NMa. Bij de in het besluit genoemde voorwaarde had de d-g NMa bepaald dat enkele grote spelers op de elektriciteitsmarkt, waaronder Essent, waren uitgesloten van deelname aan de veiling. De marktpositie van Essent kwam in het besluit echter nauwelijks aan de orde. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam is daarom van oordeel dat de uitsluiting onvoldoende was onderbouwd en staat Essent toe deel te nemen aan de veiling (zie verder onder 'Rechtsbescherming').

### Overheid en mededingingsrecht

In 2004 zijn slechts enkele uitspraken gedaan waarbij de toepassing van het mededingingsrecht op overheden en andere instellingen met (semi-) publieke taken aan de orde was. In twee uitspraken ging het om de vraag of de betreffende overheidsinstelling bij zijn optreden aangemerkt kon worden als een 'onderneming' en dientengevolge onderworpen was aan het mededingingsrecht.

In de zaak NAP/d-g NMa<sup>106</sup> moest de vraag worden beantwoord of de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport handelde als een onderneming bij de uitvoering van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG). De vereniging Nederlandse Associatie voor Psychotherapie (NAP) had bij de NMa een klacht ingediend tegen de voorwaarden voor registratie van erkende psychotherapeuten op basis van de Wet BIG. De NAP-leden komen door de voorwaarden immers niet in aanmerking voor een BIG-registratie en ondervinden daardoor bepaalde (financiële) nadelen. De NMa was echter van mening dat de minister bij het vaststellen van de registratievoorwaarden niet handelde als een onderneming in de zin van het mededingingsrecht.<sup>107</sup>

De Rechtbank Rotterdam is het met de NMa eens dat het nemen van dergelijke besluiten door de minister een taak van algemeen belang betreft. Het ging immers om het uitvoeren van een wettelijke regeling inzake het bewaken van de kwaliteit van de gezondheidszorg. Dit moet worden aangemerkt als een overheidsprerogatief. Dit oordeel wekt geen verbazing.

Iets interessanter is de beoordeling van de rol van het Coördinerend Orgaan Nascholing en Opleiding (CONO). De NAP had tevens gesteld dat het CONO, die de minister adviseert over de opleidingseisen, aangemerkt moest worden als een onderneming of ondernemingsvereniging. Ook dit argument wordt afgewezen. Volgens de Rechtbank Rotterdam had de minister de bevoegdheden op grond van de Wet BIG niet overgedragen aan het CONO.<sup>108</sup> De minister was immers niet gebonden aan de adviezen van het CONO en hij was bovendien zelf vertegenwoordigd in het CONO. Daarnaast kon volgens de rechtbank geen sprake zijn van een ondernemingsvereniging omdat het CONO was samengesteld uit vertegenwoordigers van uiteenlopende organisaties. Het ligt daardoor niet voor de hand dat het CONO voornamelijk de belangen van een beroepsgroep zou behartigen.

De tweede zaak waarin beoordeeld moest worden of een overheidsorgaan handelde als een onderneming is

Whizz/Gemeente Heerlen.<sup>109</sup> Het geschil had betrekking op een concurrentiebeding in een overeenkomst tussen de crois-santerie Whizz en de gemeente. De gemeente was overeengekomen dat in bepaalde gebouwen die eigendom waren van de gemeente geen andere bedrijven gevestigd zouden worden die eveneens belegde afhaalbroodjes zouden verkopen. Whizz werd daardoor beschermd tegen concurrerende activiteiten in de directe omgeving. Toen een van de huurders van de gemeente toch afhaalbroodjes begon te verkopen, werd de gemeente daarop aangesproken door Whizz. De gemeente verweerde zich door te stellen dat het met Whizz overeengekomen concurrentiebeding nietig was wegens strijdigheid met artikel 6 Mw. Dit argument wordt niet geaccepteerd omdat de gemeente naar het oordeel van de rechtbank niet handelde als een onderneming.

De rechtbank overweegt dat de overeenkomst tussen de gemeente en Whizz overeen was gekomen in het kader van een planologische herinrichting van het centrum van Heerlen. Volgens de rechtbank heeft de overeenkomst daardoor bij uitstek een publiekrechtelijke achtergrond, waardoor de Mededingingswet niet van toepassing zou zijn.

Deze uitspraak is niet in lijn met de besluiten van de d-g NMa over de toepasselijkheid van het mededingingsrecht. In meerdere NMa-besluiten is geoordeeld dat optreden van gemeenten als verhuurder, erfpachtgever of verkoper van onroerend goed in beginsel aangemerkt moet worden als een economische activiteit.<sup>110</sup> Dit neemt niet weg dat bepaalde clausules in huur-, erfpacht- of koopovereenkomsten verband kunnen houden met publieke taken en om die reden buiten de werkingssfeer van het mededingingsrecht blijven. De onderhavige contractsbepaling, die slechts beoogt Whizz te beschermen tegen concurrerende broodjesverkoop, lijkt echter geen enkel publiek doel te dienen.

### Rechtsbescherming

In een aantal rechterlijke uitspraken uit 2004 komen aspecten van rechtsbescherming onder de Mededingingswet en de Algemene wet bestuursrecht (Awb) aan de orde. Deze uitspraken gaan onder meer in op het begrip 'belanghebbende', het begrip 'besluit', procesbelang, voorlopige voorzieningen en sancties.

<sup>105</sup> Rechtbank Rotterdam, 3 juni 2004, Essent N.V. en Essent Energy Trading B.V. tegen d-g NMa, overzicht nr. 21.

<sup>106</sup> Rechtbank Rotterdam, 8 november 2004, de vereniging 'Nederlandse Associatie voor Psychotherapie' tegen d-g NMa, overzicht nr. 37.

<sup>107</sup> Besluit d-g NMa, 26 februari 2003, zaak nr. 2061, Nederlandse Associatie voor Psychotherapie. Zie tevens besluit op bezwaar d-g NMa, 13 april 2004.

<sup>108</sup> De rechtbank verwijst hierbij naar de arresten HvJ EG, 17 november 1993, zaak C185/91, Reiff, Jur. 1993, p. I-5841, en HvJ EG, 19 februari 2002, zaak C-35/99, Arduino, Jur. 2002, p. I-1529.

<sup>109</sup> Rechtbank Maastricht, 21 juli 2004, VOF Whizz Croissanterie tegen Gemeente Heerlen, overzicht nr. 29.

<sup>110</sup> Zie bijvoorbeeld besluit d-g NMa, 26 november 1998, zaak nr. 101, Bloemenmarkt Amsterdam, besluit d-g NMa, 4 mei 2000, zaak nr. 1010, BNA/Gemeente Den Haag, besluit d-g NMa, 21 september 2001, zaak nr. 1655, VINEX, en besluit d-g NMa, 12 september 2002, zaak nr. 2493, Vereniging Eigen Huis/Gemeente Amsterdam.

### Belanghebbende-begrip

Om als 'belanghebbende' in de zin van artikel 1:2 lid 1 Awb te kunnen worden aangemerkt, dient sprake te zijn van een voldoende eigen, persoonlijk, objectief bepaalbaar, actueel en rechtstreeks belang bij het bestreden besluit.

In de zaak Carglass en Glasgarage/d-g NMa<sup>111</sup> begint het CBB met enkele algemene overwegingen met betrekking tot het belanghebbende-begrip. Het CBB overweegt dat marktpartijen die een klacht hebben ingediend over een (vermeende) overtreding van een concurrent in beginsel aangemerkt kunnen worden als belanghebbenden. Het CBB verwijst daarbij naar de wetsgeschiedenis van de Mededingingswet, alsmede naar de positie van een klager in het Europees mededingingsrecht. Uit de overwegingen van het CBB kan niet worden afgeleid dat concurrenten per definitie belanghebbend zijn, maar het komt er wel in de buurt.

Opmerkelijk is dat het CBB de uitdrukkelijke vergelijking maakt met de positie van klagende marktpartijen in het Europese mededingingsrecht. Het standpunt van de NMa en de wetgever is immers altijd geweest dat de aansluiting bij het Europese recht alleen geldt voor het materiële mededingingsrecht, maar niet voor het formele mededingingsrecht.

In 2004 is wederom een uitspraak gedaan over het belanghebbende-begrip in de langlopende procedure van de Sociaal Culturele Vereniging SHIVA en haar voorzitter de heer Jankie.<sup>112</sup> Deze zaak had betrekking op een klacht over de tarieven van de KLM op de vliegroute Amsterdam-Paramaribo. Zowel de NMa als de Rechtbank Rotterdam waren van oordeel dat SHIVA en de heer Jankie niet aangemerkt konden worden als belanghebbenden.

In hoger beroep komt het CBB met betrekking tot de heer Jankie tot hetzelfde oordeel. De belangen van de heer Jankie onderscheiden zich onvoldoende van de belangen van alle andere gebruikers van de vliegroute Amsterdam-Paramaribo. Anders dan de heer Jankie had betoogd, leidt een dergelijke beperking van de toegang tot de rechter niet tot schending van internationale verdragsbepalingen. Voor individuele consumenten volgt het CBB hiermee de restrictieve uitleg van het belanghebbende-begrip, zoals die ook door de d-g NMa en de Rechtbank Rotterdam wordt gehanteerd.<sup>113</sup>

Het beroep van SHIVA wordt daarentegen door het CBB gegrond verklaard. De rechtbank had geoordeeld dat het opkomen voor verlaging van vliegtarieven op de vliegroute Amsterdam-Paramaribo geen belang was dat SHIVA krachtens haar (oorspronkelijke) statutaire doelstelling in het bijzonder behartigde. Tijdens de bezwaarprocedure had SHIVA haar statuten echter gewijzigd. Volgens het CBB hadden de NMa en de rechtbank moeten onderzoeken of deze wijziging rechtsgeldig had plaatsgevonden en of SHIVA op basis van haar nieuwe statutaire doelstelling wél aangemerkt kon worden als belanghebbende. Het CBB verwijst de zaak daarom terug naar de rechtbank.

Over het belanghebbende-begrip wordt ten slotte ook geoordeeld door de Raad van State in de zaak *Minister van EZ/KPN Mobile*.<sup>114</sup> Deze zaak had betrekking op een besluit van de minister om ambtenaren van de OPTA bijstand te

laten verlenen aan een verificatie bij KPN Mobile door de Europese Commissie.<sup>115</sup> Deze verificatie vond plaats in het kader van een onderzoek naar een mogelijke overtreding van de artikelen 81 en 82 EG. KPN Mobile maakte bezwaar tegen de inzet van OPTA-ambtenaren omdat dit naar haar mening zou kunnen leiden tot belangenverstremming.

In eerste aanleg is de Rechtbank Den Haag van oordeel dat KPN Mobile belanghebbende is. In hoger beroep wordt dit vonnis echter vernietigd. Volgens de Raad van State beschikt KPN Mobile niet over een belang dat op enigerlei wijze rechtstreeks is betrokken bij het besluit tot het verlenen van de bijstand aan de Commissie. De vrees van KPN Mobile voor belangenverstremming, bijvoorbeeld doordat inzage door ambtenaren van de OPTA in vertrouwelijke documenten aanleiding zou kunnen geven tot nadere onderzoeken door de OPTA, kan volgens de Raad van State niet als een voldoende actueel en objectief bepaalbaar belang worden gezien.

### Besluit-begrip

De vraag of een handeling van de d-g NMa of een ander bestuursorgaan aangemerkt kan worden als een besluit in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb is van belang voor de vraag of bezwaar en beroep openstaat.

In *Nederlandse Textiel Conventie*<sup>116</sup> is aan de orde of wijzigingen in de bezwaarfase tot gevolg kunnen hebben dat het besluit van de d-g NMa aangemerkt moet worden als een nieuw primair besluit in plaats van een besluit op bezwaar. De zaak heeft betrekking op de zogenaamde NTKC-voorwaarden.<sup>117</sup> De betrokken brancheverenigingen hadden voor deze algemene voorwaarden ontheffing verzocht aan de NMa, maar deze ontheffing was door de NMa geweigerd. Nadat de partijen bezwaar hadden gemaakt, maar vóórdat de d-g NMa zijn besluit op bezwaar had genomen, hadden de brancheverenigingen de NTKC-voorwaarden gewijzigd. De d-g NMa ging vervolgens in zijn besluit op bezwaar uit van de gewijzigde voorwaarden.

De Rechtbank Rotterdam is van mening dat sprake is van een besluit op bezwaar en niet van een nieuw primair besluit, aangezien de strekking van de NTKC-voorwaarden niet was gewijzigd. Ten overvloede merkt de rechtbank daarbij op dat de NMa in dergelijke gevallen ervoor moet waken dat de belangen van derden die een zienswijze hebben ingediend niet worden geschaad.

111 CBB, 17 november 2004, Glasgarage Rotterdam B.V. en Carglass B.V. tegen d-g NMa tegen uitspraak Rechtbank Rotterdam, overzicht nr. 39.

112 CBB, 20 februari 2004, M. Jankie en De Sociaal Culturele Vereniging SHIVA tegen d-g NMa, overzicht nr. 5.

113 Zie onder meer besluit d-g NMa van 13 april 1999, zaak nr. 130, Essers tegen Telekabel, en Rechtbank Rotterdam, 9 augustus 2001, A.B.V. tegen d-g NMa (Postbussen-zaak), MEDED 99/1836-SIMO.

114 Raad van State, 23 juni 2004, Minister van Economische Zaken en Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat tegen KPN Mobile NV. en Koninklijke KPN N.V., overzicht nr. 25.

115 Zie ook onder 'Besluit-begrip'.

116 Rechtbank Rotterdam, 17 augustus 2004, X tegen d-g NMa, overzicht nr. 32.

117 Zie ook het onderdeel 'Verbod van mededingingsafspraken'.

In *Carglass en Glasgarage/d-g NMa* verduidelijkt het CBB dat de vaststelling van een rapport door de NMa ter voorbereiding op een boetebesluit een voorbereidingshandeling is. Een rapport kan niet als een zelfstandig besluit in de zin van artikel 1:3 Awb worden aangemerkt. Het CBB overweegt daarbij dat de keuzes die bij de opstelling van het rapport worden gemaakt niet definitief en onomkeerbaar de inhoud van het op het rapport volgende besluit afgrenzen.

In de zaak *Minister van EZ/KPN Mobile* oordeelt de Raad van State over de vraag of de aanwijzing van ambtenaren van de OPTA tot het verlenen van bijstand bij een verificatie van de Europese Commissie een besluit is in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb. De Raad van State bevestigt het eerdere oordeel van de Rechtbank Den Haag dat inderdaad sprake is van een besluit. Het rechtsgevolg van de opdracht acht de Raad van State gelegen in de wijziging die deze teweegbrengt in de juridische status van de aangewezen personen. Zij komen tijdelijk over extra bevoegdheden te beschikken.

### Procesbelang

Voor de ontvankelijkheid van een appellant dient tevens te worden voldaan aan het vereiste van procesbelang. Dit houdt in dat het doel dat de eiser met de beroepsprocedure wil bereiken daarmee ook daadwerkelijk kan worden bereikt.

De vraag of procesbelang aanwezig was kwam onder meer aan de orde in de zaak *Allibre/d-g NMa*.<sup>118</sup> De Rechtbank Rotterdam bevestigt in deze zaak dat een partij geen procesbelang heeft als de (vermeende) overtreding inmiddels is beëindigd. Aanleiding voor deze procedure was de weigering door de gemeente Breda om aan Allibre een vergunning te verlenen voor het plaatsen van billboards. Naar het oordeel van Allibre handelde de gemeente hiermee in strijd met artikel 24 Mw. Een klacht hierover werd door de NMa afgewezen. Nadat Allibre beroep had ingesteld bij de rechtbank, werd de vergunning alsnog door de gemeente verleend. In overeenstemming met de vaste rechtspraak oordeelt de rechtbank dat een eiser die uitsluitend een principiële uitspraak wil hebben geen procesbelang heeft.<sup>119</sup>

In lijn met deze rechtspraak oordeelt het CBB in *Carglass en Glasgarage/d-g NMa* dat Glasgarage niet-ontvankelijk is in zijn beroep tegen de uitspraak van de rechtbank, omdat de rechtbank Glasgarage in het gelijk had gesteld.

Een nuancering op deze vaste rechtspraak wordt door de Rechtbank Rotterdam gegeven in de zaak *UNETO-VNI/d-g NMa*.<sup>120</sup> In deze zaak acht de rechtbank het mogelijk in beroep een oordeel te krijgen over een oorspronkelijke regeling die tijdens de bezwaarprocedure door de betrokken ondernemingen is aangepast vanwege het risico van nietigheid en/of een boete. Centraal in deze zaak stonden de statuten en reglementen van de brancheorganisatie UNETO-VNI. UNETO-VNI had hiervoor ontheffing op basis van artikel 17 Mw aangevraagd. Toen bleek dat de NMa van oordeel was dat enkele bepalingen niet in aanmerking kwamen voor ontheffing, heeft UNETO-VNI de statuten en reglementen aangepast. In bezwaar heeft de NMa de gewijzigde regelingen beoordeeld.

In beroep richt UNETO-VNI zich op het oordeel van de NMa over de oorspronkelijke statuten.

Ondanks het feit dat het besluit op bezwaar geen betrekking had op deze oude statuten, acht de rechtbank procesbelang aanwezig. De rechtbank overweegt dat een andersluidend oordeel ertoe zou leiden dat UNETO-VNI alleen duidelijkheid omtrent de oude statuten had kunnen krijgen door ze ongewijzigd te laten. Daarmee zou het echter het risico lopen dat na afloop van de procedure zou blijken dat de statuten nietig zijn geweest en dat mogelijk een boete zou worden opgelegd. Dit wordt door de rechtbank als onevenredig belastend beschouwd. Om deze reden neemt de rechtbank aan dat UNETO-VNI belang had bij een rechterlijke toetsing van een oordeel van de NMa over een regeling die reeds in de bezwaarfase niet meer in werking was.

In *Unipart/d-g NMa*<sup>121</sup> wordt het beroep van service provider Unipart wegens het ontbreken van procesbelang verworpen. Unipart had in het verleden een service provider-overeenkomst met Libertel gesloten en werd belemmerd in de verkoop van haar abonneebestand doordat Libertel op basis van het goedkeuringsvereiste geen toestemming voor de verkoop had gegeven.<sup>122</sup> Het CBB oordeelt dat Unipart geen procesbelang heeft omdat op het moment dat Libertel goedkeuring weigerde (18 januari 1998) artikel 6 Mw op grond van het overgangsrecht van artikel 100 Mw nog niet van toepassing was.

### Bewijslast en motivering

In vijf uitspraken verduidelijkt de Rechtbank Rotterdam de bewijs- en motiveringslast van de NMa. De eerste uitspraak betreft de reeds meermaals genoemde zaak *UNETO-VNI/d-g NMa*. De rechtbank oordeelt in deze zaak dat in het geval van een regeling die niet de strekking heeft de mededinging te beperken, maar mogelijk wel tot gevolg heeft dat de mededinging wordt beperkt, de NMa deze gevolgen concreet aannemelijk moet maken.<sup>123</sup> Daarbij dient rekening te worden gehouden met de economische en juridische context. Als bewijs van mededingingsbeperkende effecten kan niet worden volstaan met het wijzen op een theoretische mogelijkheid van uitsluiting. Omdat de NMa onvoldoende aannemelijk had gemaakt wat de con-

118 Rechtbank Rotterdam, 9 maart 2004, *Allibre B.V. tegen d-g NMa*, overzicht nr. 7.

119 Zie o.a. Rechtbank Rotterdam, 6 februari 2002, *College van Burgemeesters en Wethouders van de Gemeente Roosendaal tegen d-g NMa*, MEDED 99/1506-SIMO, Rechtbank Rotterdam, 25 februari 2002, *Schuitema N.V. en Koninklijke Ahold N.V. tegen d-g NMa*, MEDED 00/1848-SIMO en MEDED 111/1849-SIMO, en Rechtbank Rotterdam, 29 mei 2002, *X tegen d-g NMa*, MEDED 01/179.

120 Rechtbank Rotterdam, 25 maart 2004, *UNETO-VNI tegen d-g NMa*, overzicht nr. 10.

121 CBB, 26 mei 2004, *Unipart Group Ltd tegen d-g NMa*, overzicht nr. 16.

122 Zie voor een verdere uitleg het onderdeel 'Verbod van mededingingsafspraken'.

123 De rechtbank wijst hierbij op HvJ EG, 15 september 1998, gevoegde zaken T-374/94, T-375/94, T-384/94, T-388/94, *European Night Services*, Jur. 1998, p. II-3141.

crete gevolgen van bepaalde lidmaatschapsregelingen van UNETO-VNI op de mededinging waren, was niet voldaan aan de motiveringsplicht.<sup>124</sup>

Uit de zaak *BasisMedia/d-g NMa*<sup>125</sup> blijkt dat een dergelijke bewijslast ook geldt voor degene die beweert dat de d-g NMa ten onrechte heeft geoordeeld dat een overeenkomst niet in strijd is met artikel 6 lid 1 Mw. Volgens de rechtbank diende *BasisMedia* onderbouwd aan te tonen dat sprake was van een concreet uitsluitingseffect op de markt.

De zaak *Essent/d-g NMa*<sup>126</sup> had betrekking op een concentratiebesluit van de d-g NMa dat was gericht tot Nuon, maar dat voorwaarden bevatte die bepaalde derde-ondernemingen zodanig direct raakten dat het besluit in wezen ook tot hen was gericht. Ingevolge de voorwaarden diende Nuon elektriciteitscapaciteit te veilen. Daarbij was bepaald dat enkele grotere marktpartijen, waaronder *Essent*, niet mochten deelnemen aan deze veiling.<sup>127</sup> In een dergelijk geval dient volgens de voorzieningenrechter de motivering van de voorwaarden aan zodanige maatstaven te voldoen als waren zij in een afzonderlijk besluit tot de betreffende derden-ondernemingen gericht. In het besluit was de marktpositie van *Essent* echter nauwelijks geanalyseerd. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter heeft de d-g NMa daarmee zijn motiveringsplicht geschonden.

In d-g NMa/HMG<sup>128</sup> bevestigt het CBB het eerdere oordeel van de Rechtbank Rotterdam dat op de NMa de last rust te bewijzen dat (nog) sprake is van een leveringsweigering die aangemerkt kan worden als een misbruik van een economische machtspositie. Indien de betrokken onderneming een aanbod heeft gedaan dat a prima vista niet onredelijk is, dient de NMa te onderzoeken of artikel 24 Mw nog steeds wordt overtreden.<sup>129</sup>

### Voorlopige voorzieningen

In 2004 is drie keer beoordeeld of een verzoek om een voorlopige voorziening gehonoreerd kon worden. In de zaken *Nuon/d-g NMa* en *Essent/d-g NMa* wordt de gevraagde voorlopige voorziening toegewezen. In de zaak *FHRS/CR Delta* wordt een verzoek om een voorlopige voorziening in een civiel kort geding afgewezen.

In *Nuon/d-g NMa*<sup>130</sup> buigt de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam zich over de vraag in welke gevallen een voorlopige voorziening kan c.q. dient te worden toegewezen. Een jaar eerder had het CBB in de zaak *NOS/d-g NMa* geoordeeld dat de voorlopige voorziening kon worden toegewezen omdat niet evident was dat de rechter in de bodemprocedure het besluit rechtmatig zou oordelen.<sup>131</sup> De Rotterdamse voorzieningenrechter volgt deze lijn niet. Naar zijn mening heeft het CBB niet bedoeld met zijn uitspraak een algemeen criterium te formuleren over de wijze waarop rekening moet worden gehouden met de te verwachten uitkomst van de bodemprocedure. De Rechtbank Rotterdam hanteert hiermee een strengere eis voor het opleggen van een voorlopige voorziening dan het CBB in de zaak *NOS/d-g NMa*. Niettemin komt ook de Rotterdamse voorzieningenrechter tot het oordeel dat de ruimte voor twijfel aan de rechtmatigheid

van het bestreden besluit zodanig groot is dat een voorlopige voorziening kan worden toegewezen.

Bij het vaststellen van de voorlopige voorziening weegt de rechter de belangen van Nuon en de NMa af. De door de NMa opgelegde vergunningsvoorwaarden zouden voor Nuon kunnen inhouden dat, indien Nuon in de bodemprocedure gelijk zou krijgen, zij ten onrechte voor een periode van vijf jaar elektriciteitscapaciteit zou hebben verkocht. Het is niet eenvoudig het financiële nadeel daarvan op de NMa te verhalen. Anderzijds wenste de NMa het risico van manipulatie van de elektriciteitsprijs door Nuon zoveel mogelijk te beperken. De voorzieningenrechter komt in deze belangenafweging tot een verkorting van de looptijd van de te veilen elektriciteit tot één jaar.<sup>132</sup>

In de zaak *Essent/d-g NMa* verzoekt *Essent* eveneens een voorlopige voorziening tegen de voorwaarden die door de NMa aan de vergunning voor de overname van *Reliant* door Nuon waren verbonden. Zoals eerder besproken, was in het vergunningsbesluit bepaald dat enkele grotere spelers op de elektriciteitsmarkt, waaronder *Essent*, waren uitgesloten van deelname aan de capaciteitsveiling. De voorzieningenrechter is van mening dat de summiere aandacht die in het besluit aan de marktpositie van *Essent* wordt besteed onvoldoende is om een vergaande maatregel als de uitsluiting van de veiling te rechtvaardigen. De gevraagde voorlopige voorziening wordt om deze reden toegewezen, zodat *Essent* wordt toegestaan deel te nemen aan de veiling.

Opmerkelijk is dat de voorzieningenrechter in deze zaak – anders dan bij het verzoek van Nuon – geen uitdrukkelijke belangenafweging maakt. De rechter gaat niet in op de gevolgen van de toewijzing van de voorlopige voorziening en de vraag in hoeverre deze gevolgen onomkeerbaar zijn indien de NMa gelijk mocht krijgen in de bodemprocedure. De rechtbank constateert slechts dat het besluit ten aanzien van de positie van *Essent* onvoldoende onderbouwd is en wijst de gevraagde voorziening toe.

In de zaak *FHRS/CR Delta*<sup>133</sup> is aan de orde of in kort geding een voorziening getroffen diende te worden om een

124 Zie voor een verdere uitleg het onderdeel 'Verbod van mededingingsafspraken'.

125 Rechtbank Rotterdam, 8 juni 2004, *BasisMedia B.V. tegen d-g NMa*, overzicht nr. 22.

126 Rechtbank Rotterdam, 3 juni 2004, *Essent N.V. en Essent Energy Trading B.V. tegen d-g NMa*, overzicht nr. 21.

127 Zie voor een verdere bespreking de zaken *Nuon/d-g NMa* en *Essent/d-g NMa* in het onderdeel 'Concentratiecontrole'.

128 CBB, 7 mei 2004, d-g NMa/HMG, overzicht nr. 11.

129 Zie voor een verdere bespreking van deze zaak het onderdeel 'Misbruik van economische machtspositie'.

130 Rechtbank Rotterdam, 3 juni 2004, *N.V. Nuon tegen d-g NMa*, overzicht nr. 20.

131 CBB, 9 april 2003, *NOS tegen d-g NMa*, *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2003, nr. 5, p. 110.

132 Zie voor een verdere bespreking van deze zaak het onderdeel 'Concentratiecontrole'.

133 Voorzieningenrechter Rechtbank Arnhem, 1 oktober 2004, *Het Fries-Hollands Rundvee-Stamboek tegen Koninklijke Coöperatie Rundveeverbetering Delta UA*, overzicht nr. 34.



einde te maken aan het vermeende misbruik van een economische machtspositie door de rundveeverbeteringscoöperatie CR Delta. De voorzieningenrechter acht de beoordeling hiervan te complex voor behandeling in kort geding en wijst de vordering af.

### Prioriteringsbeleid NMa

In een drietal zaken is het prioriteringsbeleid van de NMa aan de orde gesteld. In *Carglass en Glasgarage/d-g NMa* spreekt het CBB zich voor de eerste keer uit over de beleidsruimte die de NMa heeft om onderzoek te doen naar aanleiding van klachten. Glasgarage had aangevoerd dat de NMa bepaalde onderdelen van haar klacht tegen Carglass ten onrechte niet had onderzocht. Het CBB oordeelt dat de NMa over de beleidsruimte beschikt om in beginsel zelf te bepalen welke onderzoeken het meest opportuun zijn. Van de NMa mag wel worden verwacht dat uiteen wordt gezet waarom aan bepaalde klachten geen of nauwelijks aandacht wordt gegeven.

Later in het jaar gaat de Rechtbank Rotterdam dieper in op het prioriteringsbeleid. In *Kingma/d-g NMa*<sup>134</sup> stelt de rechtbank in lijn met eerdere uitspraken, dat de NMa niet gehouden is iedere klacht te onderzoeken. Ook acht de rechtbank het prioriteringsbeleid dat de NMa heeft neergelegd in haar jaarverslagen niet in strijd met de wet of met enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.

In *Vereniging van Reizigers en SHIVA/d-g NMa*<sup>135</sup> komt de Rechtbank Rotterdam tot hetzelfde oordeel. In dit geval ging het om de klacht die de Vereniging van Reizigers en SHIVA tegen de tarieven van KLM en SLM op de vliegroete Amsterdam-Suriname hadden ingediend. De NMa had deze klacht onder verwijzing naar zijn prioriteringsbeleid afgewezen. De NMa had zich daarbij in belangrijke mate gebaseerd op een 'Memorandum of Understanding' tussen de Nederlandse en Surinaamse regeringen, waarin afspraken waren gemaakt over liberalisering van de vliegroete Amsterdam-Suriname. Dit document was echter tot stand gekomen na de hoorzitting, zodat partijen niet de gelegenheid hadden gehad hun visie hierop te geven.

De rechtbank acht deze handelwijze in strijd met artikel 7:9 Awb, welke bepaling voorschrijft dat partijen (opnieuw) gehoord moeten worden bij belangrijke nieuwe feiten of omstandigheden. Niettemin laat de rechtbank het besluit van de d-g NMa in stand omdat het instellen van een nader onderzoek door de NMa niet doelmatig zou zijn. Gelet op de plannen voor liberalisering van de vluchtroute had de NMa in redelijkheid kunnen besluiten geen prioriteit te geven aan deze klachten.

### Sancties

In *Bredase notarissen*<sup>136</sup> doet het CBB voor de eerste keer uitspraak met betrekking tot de hoogte van de door de NMa opgelegde boetes. In deze zaak had de NMa een aantal notarissen beboet wegens het maken van mededingingsbeperkende afspraken.<sup>137</sup> De Rechtbank Rotterdam had deze boetes verlaagd tot een symbolisch bedrag van €

1000,- wegens het ontbreken van de noodzaak van speciale preventie. Gelet op het karakter van de beroepsgroep achtte de rechtbank het zeer onaannemelijk dat de betreffende notarissen wederom een soortgelijke overtreding zouden begaan. In het door de NMa ingestelde hoger beroep maakt het CBB korte metten met dit argument. Het CBB stelt vast 'dat het notarisambt in vergelijking met andere beroepsgroepen niet zodanige kenmerken kent of met zodanige waarborgen is omgeven dat overtreding van de mededingingsregels in de toekomst is uitgesloten'. De enkele kennis van het mededingingsrecht, dan wel de gemakkelijke toegang tot die kennis, biedt volgens het CBB allerminst zekerheid dat het recht ook zal worden nageleefd. De d-g NMa krijgt daarmee weer gelijk, nadat diens sanctiebesluit eerder door de Rechtbank Rotterdam was vernietigd.

In *NEA/d-g NMa* oordeelt het CBB over de boete die de NMa aan (de rechtsvoorganger van) NEA had opgelegd wegens een met artikel 24 Mw strijdige leveringsweigering.<sup>138</sup> Het CBB verwijst voor de beoordeling van de hoogte van de boete naar de factoren genoemd in het *Suiker Unie*-arrest.<sup>139</sup> Anders dan in *Bredase notarissen* ziet het CBB in deze zaak wel redenen voor verlaging van de boete. Daarbij wordt met name rekening gehouden met het stelsel van de toenmalige Elektriciteitswet 1989 en het beperkte belang van de preventieve werking.

Het CBB is van mening dat de overtreding van artikel 24 Mw niet opzettelijk is gepleegd, maar het gevolg was van een onjuiste belangenafweging. In de marktorderingsregeling van de toenmalige Elektriciteitswet 1989 diende NEA een afweging te maken tussen enerzijds haar wettelijke transportverplichting en anderzijds het belang van de openbare elektriciteitsvoorziening. De specifieke context van de toenmalige Elektriciteitswet 1989 is tevens van belang voor de beoordeling van de preventieve werking van de boete. Doordat de wet inmiddels is vervangen door een geheel nieuwe elektriciteitswet, is het belang van generale en speciale preventie beperkt. Deze factoren zijn voor het CBB reden de boete substantieel te verlagen. Het CBB verwerpt echter de stelling van NEA dat wegens het ontbreken van speciale preventieve werking kon worden volstaan met het opleggen van een symbolische boete.

<sup>134</sup> Rechtbank Rotterdam, 3 december 2004, Kingma tegen d-g NMa, overzicht nr. 43.

<sup>135</sup> Rechtbank Rotterdam, 15 december 2004, Vereniging van Reizigers en SHIVA tegen d-g NMa, overzicht nr. 44.

<sup>136</sup> CBB, 12 maart 2004, J.H. Linders e.a. tegen d-g NMa, overzicht nr. 9.

<sup>137</sup> Zie voor een verdere bespreking van deze zaak het onderdeel 'Verbod van mededingingsafspraken'.

<sup>138</sup> Zie voor een korte bespreking van de overtreding het onderdeel 'Misbruik van economische machtspositie'. Voor een uitgebreidere bespreking zie Y.M. de Muynck, *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2004, nr. 6, p. 122.

<sup>139</sup> HvJ EG, 16 december 1975, gevoegde zaken 40-47, 50, 54, 55, 111, 113 en 114/73, Suiker Unie e.a. tegen Commissie, Jur. 1975, 1663, r.o. 612-620.

## Overig

In *Accell/Staat*<sup>140</sup> oordeelt de Rechtbank Den Haag over het persbeleid van de NMa. In deze zaak had fietsenfabrikant Accell bezwaar gemaakt tegen een persbericht van de NMa en een passage in het jaarverslag 2002 van de NMa met betrekking tot een (vermeend) kartel in de fietsenbranche. In deze publicaties had de NMa mededelingen gedaan over het rapport dat met betrekking tot de overtreding was opgesteld. Accell voerde aan dat de inhoud en de wijze van publicatie onrechtmatig waren wegens strijd met de onschuldpresumptie van artikel 6 lid 1 EVRM en de zorgvuldigheid die de NMa jegens haar in acht diende te nemen.

De rechtbank wijst de vordering van Accell af. Het feit dat Accell het persbericht slechts twee uur voor publicatie had ontvangen en de stellige bewoordingen waarin het persbericht was gesteld beschouwt de rechtbank als een 'schoonheidsfout'. Naar het oordeel van de rechtbank is dit echter onvoldoende om deze handelwijze als onrechtmatig aan te merken.

Het persbeleid van de NMa heeft vanaf het begin kritiek ondervonden. De rechter geeft in deze uitspraak echter een terughoudende beoordeling van de handelwijze van de NMa.<sup>141</sup> Niettemin heeft de NMa zich de kritiek op haar persbeleid wel aangetrokken. Eind 2003 heeft de NMa aangegeven in principe geen persberichten meer uit te brengen bij het uitkomen van een rapport.<sup>142</sup>

In de eerdergenoemde zaak *Carglass en Glasgarage/d-g NMa* oordeelt het CBB tevens over nog enkele procedurele punten. Het buigt zich onder meer over de vraag of de NMa opnieuw de bezwaaradviescommissie om advies moet vragen wanneer de NMa op last van de rechter een nieuwe beslissing op bezwaar moet nemen. Volgens het CBB is het inwinnen van een tweede advies niet altijd verplicht, maar hangt dit af van de omstandigheden.<sup>143</sup> In het geval van *Glasgarage* was het CBB van mening dat het niet nodig was opnieuw advies te vragen omdat de beoordeling van de ruitprijskorting van Carglass in het tweede besluit op bezwaar in wezen niets toevoegde aan de beoordeling in het eerste besluit op bezwaar.

Het is niet geheel duidelijk waarom het CBB tot dit oordeel komt. Het in het kader van het eerste besluit op bezwaar ingewonnen advies ging namelijk in het geheel niet in op de kwestie van de ruitprijskorting. Het eerste besluit op bezwaar was in beroep juist vernietigd omdat de NMa de ruitprijskorting niet voldoende had beoordeeld. De beoordeling van de ruitprijskorting in het tweede besluit op bezwaar is daardoor juist wel een nieuw element ten opzichte van het eerste besluit op bezwaar.<sup>144</sup>

Een andere procedurele vraag betreft de gevolgen van nieuwe feiten, omstandigheden of kwalificaties die door een klager worden aangedragen in de bezwaar- of beroepsprocedure. Het CBB maakt duidelijk dat de deelname van een klager aan de bezwaar- of beroepsprocedure er niet toe kan leiden dat (alsnog) een boete wordt opgelegd op basis van informatie of kwalificaties die niet eerst door de NMa in het rapport zijn neergelegd. Dit weerhoudt de NMa er echter niet

van om op grond van door de klager aangevoerde gegevens aanvullend onderzoek te doen. Vervolgens kan het eerste rapport worden aangevuld en kan de betrokkenen gelegenheid worden geboden tot het geven van zienswijzen.

## Bijlage

1. Rechtbank Maastricht, 7 januari 2004, Gemeente Heerlen tegen 3W Vastgoed B.V. e.a., LJN-nr. AO1425, zaak nr. 75264/HA ZA 02-513.
2. Hoge Raad, 16 januari 2004, X tegen Y, LJN-nr. AM2362, zaak nr. CO2/317HR.
3. Rechtbank Arnhem, 4 februari 2004, X tegen Zuivel Coöperatie Campina Melkunie U.A., zaak nr. 107050/KG ZA 03-810, *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2004, nr. 3, p. 59.
4. Rechtbank Rotterdam, 13 februari 2004, Secon Group B.V. en G-Star International B.V. tegen d-g NMa, LJN-nr. AO3912, zaak nr. MEDED 02/309, *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2004, nr. 4, p. 73.
5. College van Beroep voor het bedrijfsleven, 20 februari 2004, M. Jankie en De Sociaal Culturele Vereniging SHIVA tegen d-g NMa, LJN-nr. AO5968, zaak nr. AWB 03/447 en 03/448.
6. Rechtbank 's-Gravenhage, 3 maart 2004, Accell Group N.V. e.a. tegen de Staat der Nederlanden, LJN-nr. AO4880, zaak nr. 03/1384.
7. Rechtbank Rotterdam, 9 maart 2004, Allibre B.V. tegen d-g NMa, zaak nr. MEDED 02/1445, n.g.
8. Gerechtshof 's-Gravenhage, 11 maart 2004, Koninklijke KPN N.V. en KPN Telecom B.V. tegen Educatief Net B.V. en Easynet Group Nederland B.V., LJN-nr. AO5399, zaak nr. 03/1605.
9. College van Beroep voor het bedrijfsleven, 12 maart 2004, J.H. Linders e.a. tegen d-g NMa, LJN-nr. AO6479, zaak nr. AWB 03/916 en 03/946, AB 2004, 170, *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2004, nr. 5, p. 105.
10. Rechtbank Rotterdam, 25 maart 2004, Uneto-VNI tegen d-g NMa, LJN-nr. AO7022, zaak nr. MEDED 02/796, *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2004, nr. 5, p. 99.

<sup>140</sup> Rechtbank Den Haag, 3 maart 2004, Accell Group N.V. e.a. tegen de Staat der Nederlanden, overzicht nr. 6.

<sup>141</sup> Inmiddels is gebleken dat het oordeel te terughoudend was. Het Hof Den Haag heeft in beroep geoordeeld dat de NMa onrechtmatig heeft gehandeld en de door Accell geleden schade dient te vergoeden. Zie Hof Den Haag, 24 februari 2005, Accell Group N.V. e.a. tegen de Staat der Nederlanden, zaak nr. 04/516.

<sup>142</sup> Lunchlezing Vereniging voor Mededingingsrecht, 17 december 2003, www.mmanet.nl. Voor verdere bespreking van het persbeleid van de NMa en het vonnis van de rechtbank, zie P.J. Kreijger, 'Naming and Shaming – paal en perk aan het persbeleid van de NMa?', *M&M* 2004, nr. 3, p. 112.

<sup>143</sup> Dit oordeel is in overeenstemming met de rechtspraak van de Raad van State. Zie onder meer *ABRS*, 15 mei 1997, AB 1997, 263.

<sup>144</sup> Zie verder annotatie H.M.H. Speyart en P.M. Waszink, *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2005, nr. 2, p. 39.

11. College van Beroep voor het bedrijfsleven, 7 mei 2004, d-g NMa tegen HMG, LJN-nr. AO9594, zaak nr. AWB 03/131.
12. Hoge Raad, 7 mei 2004, X-5 tegen Gemeente Rotterdam, LJN-nr. AF7547, zaak nr. 37.375, BNB 2004/243.
13. Rechtbank Arnhem, 18 mei 2004, Reisinformatiegroep B.V. tegen Stichting Internet Domeinregistratie Nederland (SIDN), LJN-nr. AO9657, zaak nr. 111053/KG ZA 04-175.
14. Rechtbank Arnhem, 19 mei 2004, Van der Sluijs Retail B.V. tegen Autobedrijf X e.a., LJN-nr. AO9657, zaak nr. 111855/KG ZA 04-217.
15. College van Beroep voor het bedrijfsleven, 26 mei 2004, Vodafone Libertel N.V. tegen d-g NMa, LJN-nr. AP0953, zaak nr. AWB 02/1913, Actualiteiten Mededingingsrecht 2004, nr. 7, p. 149.
16. College van Beroep voor het bedrijfsleven, 26 mei 2004, Unipart Group Ltd. tegen d-g NMa, LJN-nr. AP0958, zaak nr. AWB 02/1914.
17. Voorzieningenrechter Rechtbank 's-Gravenhage, 27 mei 2004, Marketing Displays International Inc. tegen VR Van Raalte Reclame B.V., LJN-nr. AP1830, zaak nr. KG/RK 2002-979 en 2003-1617, Actualiteiten Mededingingsrecht 2004, nr. 6, p. 128.
18. College van Beroep voor het bedrijfsleven, 28 mei 2004, Nederlands Elektriciteits Administratiekantoor B.V. tegen d-g NMa, LJN-nr. AP1336, zaak nr. AWB 03/76, AB 2004, nr. 449, Actualiteiten Mededingingsrecht 2004, nr. 6, p. 122.
19. Gerechtshof Arnhem, 1 juni 2004, Curasan Benelux B.V. tegen MSE Medical Service Europe B.V., LJN-nr. AQ5074, zaak nr. 2003/397.
20. Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam, 3 juni 2004, N.V. NUON tegen d-g NMa, LJN-nr. AQ4479, zaak nr. MEDED 04/1243, Actualiteiten Mededingingsrecht 2004, nr. 10, p. 224.
21. Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam, 3 juni 2004, Essent N.V. en Essent Energy Trading B.V. tegen d-g NMa, zaak nr. MEDED 04/1424, Actualiteiten Mededingingsrecht 2004, nr. 10, p. 230.
22. Rechtbank Rotterdam, 8 juni 2004, BasisMedia B.V. tegen d-g NMa, LJN-nr. AP1663, zaak nr. MEDED 02/317, Actualiteiten Mededingingsrecht 2004, nr. 7, p. 155.
23. College van Beroep voor het bedrijfsleven, 10 juni 2004, Carglass B.V. en Glasgarage Rotterdam B.V. tegen d-g NMa, LJN-nr. AP2129, zaak nr. AWB 03/614, 03/621 en 03/659.
24. Voorzieningenrechter Rechtbank Breda, 18 juni 2004, X e.a. tegen Y e.a., LJN-nr. AP3605, zaak nr. 132984/KG ZA 04-251.
25. Raad van State, 23 juni 2004, Minister van Economische Zaken en Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat tegen KPN Mobile N.V. en Koninklijke KPN N.V., LJN-nr. AP3347, zaak nr. 200302502/1.
26. Rechtbank Leeuwarden, 23 juni 2004, X tegen Y en Z, LJN-nr. AP4506, zaak nr. 61643 HA ZA 03-938, Actualiteiten Mededingingsrecht 2004, nr. 8, p. 179.
27. Gerechtshof Den Haag, 1 juli 2004, Coöperatieve Producentenorganisatie van Nederlandse Mosselcultuur U.A. tegen N.L. Praet en Zonen B.V., zaak nr. 02/1136, NJ Feitenrechtspraak 2004, 509.
28. College van Beroep voor het bedrijfsleven, 15 juli 2004, Nederlandse Omroep Stichting tegen d-g NMa, LJN-nr. AQ1727, zaak nr. AWB 03/132, Actualiteiten Mededingingsrecht 2004, nr. 8, p. 173.
29. Rechtbank Maastricht, 21 juli 2004, VOF Whizz Croissanterie tegen Gemeente Heerlen, LJN-nr. AQ5792, zaak nr. 71926 / HA ZA 02-66.
30. Gerechtshof Amsterdam, 12 augustus 2004, Gemeente Hilversum tegen A2000 Holding N.V., LJN-nr. AQ6844, zaak nr. 236/04.
31. Gerechtshof Amsterdam, 12 augustus 2004, Gemeente Amstelveen tegen N.V. Casema, LJN-nr. AQ6845, zaak nr. 1199/04.
32. Rechtbank Rotterdam, 17 augustus 2004, X tegen d-g NMa, LJN-nr. AQ9977, zaak nr. MEDED 02/1438, Actualiteiten Mededingingsrecht 2004, nr. 9, p. 205.
33. Voorzieningenrechter Rechtbank Haarlem, 28 september 2004, X tegen Daewoo Motor Benelux B.V., LJN-nr. AR2813, zaak nr. 103753/KG ZA 04-347, Actualiteiten Mededingingsrecht 2004, nr. 10, p. 234.
34. Voorzieningenrechter Rechtbank Arnhem, 1 oktober 2004, Het Fries-Hollands Rundvee-Stamboek (F.H.R.S.) tegen Koninklijke Coöperatie Rundveeverbetering Delta U.A., LJN-nr. AR5214, zaak nr. 117658/KG ZA 04-586.
35. Rechtbank Dordrecht, 20 oktober 2004, X e.a. tegen Coöperatieve Rabobank Dordrecht U.A., LJN-nr. AR4395, zaak nr. 49505/HA ZA 03-2381.
36. Voorzieningenrechter Rechtbank Den Bosch, 4 november 2004, Heijmans Beton- en Waterbouw Speciale Technieken B.V. e.a. tegen E.F.M. Krugers e.a., zaak nr. 115991/KG ZA 04-601, n.g.
37. Rechtbank Rotterdam, 8 november 2004, Nederlandse Associatie voor Psychotherapie tegen d-g NMa, LJN-nr. AR5412, zaak nr. MEDED 04/1541, Actualiteiten Mededingingsrecht 2004, nr. 10, p. 221.
38. Voorzieningenrechter Rechtbank Breda, 12 november 2004, X tegen Y, LJN-nr. AR5582, zaak nr. 137986/KG ZA 04-506, Actualiteiten Mededingingsrecht 2005, nr. 1, p. 20.
39. College van Beroep voor het bedrijfsleven, 17 november 2004, Glasgarage Rotterdam B.V. en Carglass B.V. tegen d-g NMa, LJN-nr. AR6034, zaak nr. AWB 03/614, 03/621 en 03/659, Actualiteiten Mededingingsrecht 2005, nr. 2, p. 39.
40. Voorzieningenrechter Rechtbank Assen, 17 november 2004, X tegen Y, LJN-nr. AR6417, zaak nr. 48965.
41. Rechtbank Leeuwarden, 25 november 2004, X VOF, h.o.d.n. Bike Motion, tegen Batavus B.V., LJN-nr. 6418, zaak nr. 66854 KG ZA 04-296.
42. Hoge Raad, 3 december 2004, X tegen Coöperatieve Bloemenveiling FloraHolland U.A., NJ 2005, 118, Actualiteiten Mededingingsrecht 2005, nr. 1, p. 15.

43. Rechtbank Rotterdam, 3 december 2004, Kingma tegen d-g NMa, LJN-nr. AS3852, zaak nr. MEDED 03/2084.
44. Rechtbank Rotterdam, 15 december 2004, Vereniging van Reizigers en SHIVA tegen d-g NMa, LJN-nr. AS2354, zaak nr. MEDED 04/2143.
45. Gerechtshof Den Haag, 16 december 2004, Dekker Breding B.V. tegen Sunfield Holland B.V., LJN-nr. AR7840, zaak nr. 03/1647, 04/87 en 04/1033, NJ Feitenrechtspraak 2005, 98.
46. Hoge Raad, 17 december 2004, Dunnewind tegen Schuitema Winkelbedrijf B.V., LJN-nr. AR2768, zaak nr. C03/224HR.
47. Voorzieningenrechter Rechtbank Haarlem, 28 december 2004, X en Y tegen Coöperatie Zuivelonderneming Cono B.A., LJN-nr. AR8299, zaak nr. 107380/KG ZA 04-591.