

Kroniek Mededingingsrecht 2003

mr E.D. Elias en mr T.O.E. Pekelharing

In deze kroniek bespreken wij alle ons bekende uitspraken van Nederlandse rechters in het jaar 2003 voorzover die betrekking hebben op het Europees en/of Nederlands mededingingsrecht. De vindplaats van de arresten en vonnissen is opgenomen in de bijlage bij dit artikel.

Inleiding

Het aantal rechterlijke uitspraken in het jaar 2003 is zowel ten opzichte van 2002 als 2001 afgenomen. Voorzover ons bekend zijn in het jaar 2003 in totaal 34 vonnissen en arresten geweest, terwijl dit er in 2002 in totaal 39 en in het jaar 2001 nog 42 waren.¹

Het aantal civiele zaken is gelijk gebleven. Zowel in 2002 als in 2003 bedroeg dit 18 zaken. De samenstelling is evenwel aanzienlijk gewijzigd; in 2003 waren er 16 kortgedingprocedures en 2 bodemprocedures tegen 11 respectievelijk 7 in 2002.

Van het aantal bestuursrechtelijke zaken heeft de Rechtbank Rotterdam als beroepsinstantie tien uitspraken gedaan en het CBB twee. De Rechtbank Rotterdam heeft vier keer een besluit van de d-g NMa (gedeeltelijk) vernietigd. Bij het CBB haalde de d-g NMa één keer zijn gelijk.

Dit jaar kenmerkt zich door de toename van het aantal uitspraken over de taken en onderzoeksbevoegdheden van de NMa. Het betrof zeven uitspraken, waarvan vijf in civielrechtelijke procedures.

Net zomin als in voorafgaande jaren heeft de civiele rechter in 2003 veel expertise kunnen opdoen met het materiële mededingingsrecht. Het betrof dertien zaken waarvan slechts vijf bij een rechtbank (en daarvan drie keer de Rechtbank Den Haag). Het is opmerkelijk dat het mededingingsrecht nog steeds zo weinig in civiele zaken aan de orde lijkt te komen. Het wordt niet alleen betrekkelijk weinig door partijen ingeroepen, maar ook terughoudend door de rechters toegepast. Wellicht dat de taak van de rechter op grond van Verordening 1/2003 tot toepassing van artikel 81 lid 3 EG, dwingt tot verdieping in, en waardering van, het mededingingsrecht. Dat biedt ook perspectief voor de oogst aan uitspraken voor de kronieken van volgende jaren.

Deze kroniek bestaat uit twee delen. Deel I ziet op het materiële mededingingsrecht. Deel II ziet op het mededingingsprocesrecht. In deel I komen achtereenvolgens aan de orde, uitspraken over artikel 6 Mw, artikel 24 Mw, de samenloop van artikelen 6 en 24 Mw, artikel 82 en 86 EG

en concentraties. In deel II komen vervolgens aan de orde, het begrip belanghebbende, het begrip onderneming, de onderzoeksbevoegdheden van de NMa en overige uitspraken.

Deel I Materieel mededingingsrecht

Artikel 6 Mw

Bestemmingsplannen

In de zaak *Bedrijvenvereniging Huiswaard-Overstad e.a.*²/*gemeente Alkmaar*³ heeft de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Alkmaar uitspraak gedaan met betrekking tot de vraag of een bouwvergunning en een terzake genomen beslissing op bezwaar, onder artikel 6 Mw vallen. Voetbalclub AZ uit Alkmaar wenst een nieuw stadion te bouwen met winkelruimten en maakt met de winkeliers uit de omgeving daarover afspraken. Deze afspraken zijn door de gemeente overgenomen als de voorwaarden waaronder de bouwvergunning voor het stadion kan worden verkregen. De winkeliers blijven zich desondanks tegen de bouw verzetten, uit vrees dat hun afspraken en daarmee de bouwvergunning en een terzake genomen beslissing op bezwaar, in strijd zouden zijn met de Mededingingswet. De Rechtbank oordeelt dat de bouwvergunning en de beslissing op het bezwaar niet onder artikel 6 Mw vallen, omdat de beslissing op bezwaar niet het resultaat is van wilsovereenstemming tussen partijen, maar het resultaat van de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid van de gemeente. Het feit dat uit het genoemde akkoord blijkt, dat partijen zich kunnen verenigen met bepaalde onderdelen van de nadien opgelegde beslissing op bezwaar, doet volgens de Rechtbank daaraan niet af. Voormelde rechtsvraag kwam ook aan de orde in het hierna in deel II te bespreken arrest *Van Vollenhoven Olie/d-g NMa*, waarin het CBB in gelijke trant heeft geoordeeld.

Merkbaarheid

In de zaak *Appellant/Folio Vastgoed B.V.*⁴ acht het Gerechtshof te Arnhem een kettingbeding in een huurovereenkomst van een quick-service restaurant niet merkbaar

- 1 Zie M.A. de Jong en M.L. Coumans, 'Rechtspraak over de Mededingingswet in 2002', *M&M* 2003, p. 105.
- 2 Bedrijvenvereniging Huiswaard-Overstad, Vereniging van Eigenaren Binnenstad Alkmaar en Winkeliersvereniging Binnenstad Alkmaar.
- 3 Voorzieningenrechter Rechtbank Alkmaar, 18 maart 2003, Bedrijvenvereniging Huiswaard-Overstad e.a. tegen Gemeente Alkmaar, overzicht nr. 2.
- 4 Gerechtshof te Arnhem, 13 mei 2003, Appellant tegen Folio Vastgoed, overzicht nr. 1.

mr E.D. Elias en mr T.O.E. Pekelharing zijn advocaat te Brussel.

en derhalve niet in strijd met artikel 6 Mw. Op grond van het beding is het Folio verboden een quick-service restaurant te vestigen in de door hem gehuurde winkelruimte. Folio stelt zich op het standpunt dat het beding nietig is wegens strijd met artikel 6 Mw. Het Hof overweegt dat weliswaar de bagatelgrenzen van artikel 7 Mw zijn overschreden, maar niet valt uit te sluiten dat de afspraak wegens het ontbreken van merkbaarheid, buiten de reikwijdte van artikel 6 Mw valt. Het Hof acht het aannemelijk dat de relevante productmarkt de bereiding van fastfoodmaaltijden betreft, waarbij aanbieders concurreren op eigenschappen als gemak, snelheid en lage prijzen. Uit de aard van de productmarkt vloeit volgens het Hof dat de geografische markt de omgeving van een quick-service restaurant bestrijkt. Op die markt zijn vijftien dergelijke restaurants actief. Op grond van vorenstaande komt het Hof tot de conclusie dat het beding een onbetekenend effect heeft op de relevante markt en derhalve niet merkbaar is. Het Hof verwierpt het verweer van Folio dat het bestaan van het Besluit Vrijstelling Branchebeschermingsovereenkomsten aangeeft dat iedere branchebeschermingsovereenkomst per definitie onder het verbod van artikel 6 Mw valt. Ter motivering hiervan verwijst het Hof naar de nota van toelichting op het Besluit waarin staat dat branchebeschermingsovereenkomsten over het algemeen onder het verbod van artikel 6 Mw vallen. Uit de woorden ‘over het algemeen’ leidt het Hof af dat zulks niet altijd het geval is, zoals ook in onderhavige casus, omdat de vereiste merkbaarheid ontbreekt. Het is een interessante uitspraak omdat het merkbaarheidsvereiste niet louter aan de bagatelgrens wordt afgemeten, maar ook inhoudelijk wordt getoetst.

Hetzelfde gerecht wijst op dezelfde datum arrest in *Schuitema/Dunnewind-Hooijer*⁵. Dunnewind was met de rechtsvoorganger van Schuitema in het kader van een huurovereenkomst overeengekomen dat Dunnewind bloemen en planten mocht verkopen in diens hypermarkt. Koop breekt geen huur, zodat de huurovereenkomst – met daarin voormelde afspraak – door Schuitema werd voortgezet. Vervolgens ging Schuitema zelf in het winkelcomplex bloemen en planten aan het publiek verkopen, waartegen Dunnewind zich in kort geding verzette. Schuitema verweert zich met de stelling dat het beding nietig is wegens strijd met artikel 6 Mw. De Voorzieningenrechter in eerste instantie heeft dit verweer verworpen, waarna Schuitema in beroep gaat bij het Gerechtshof Arnhem. Het Hof overweegt dat de afspraak waar Dunnewind zich op beroept, leidt tot een merkbare beperking van de mededinging, aangezien daarmee de belangrijkste (potentiële) concurrent van Dunnewind wordt uitgeschakeld, nu er in de nabije omgeving geen andere bloemen- en plantenwinkels zijn. Dit verhindert dat klanten kunnen profiteren van een concurrerend assortiment en van concurrerende prijzen. Het Hof oordeelt dat zelfs al zou de huurovereenkomst de afspraak bevatten dat Schuitema zich zou moeten onthouden van de permanente verkoop van bloemen en planten in zijn supermarkt, Dunnewind daarop geen beroep kan doen

omdat die afspraak in strijd is met artikel 6 Mw en derhalve nietig is. Het Hof verwierpt terecht het eerdere oordeel van de Voorzieningenrechter dat slechts een partij die in een ‘duidelijk zwakkere positie’ zou verkeren dan de wederpartij, een beroep zou kunnen doen op artikel 6 Mw. Deze beperking volgt niet uit de Mededingingswet en evenmin uit het Europese mededingingsrecht. Het Hof merkt verder nog op dat het feit dat de afspraken deel uitmaken van de huurovereenkomst tussen partijen, niet uitmaakt voor de beoordeling onder artikel 6 Mw. Voorzover die afspraken ingevolge artikel 6 Mw nietig zijn, maken zij per definitie geen deel uit van de huurovereenkomst. Dunnewind stelt nog dat de nietigheid van het beding in kwestie in strijd is met de wettelijke verplichting van de verhuurder om het rustig genot van het gehuurde te verschaffen. Het Hof verwierpt ook deze stelling. Het gehuurde betreft de door Dunnewind gehuurde winkelruimte en niet haar bedrijfsactiviteiten. Het feit dat Schuitema een winkelruimte aan Dunnewind verhuurt die is bestemd voor de verkoop van bloemen en planten en vervolgens in de naaste omgeving de huurder concurrentie gaat aandoen, doet, aldus het Hof, aan vorenstaand oordeel niet af.

Zorgverzekeraars

In *Bogin e.a./Geové*⁶ heeft het Gerechtshof Leeuwarden geoordeeld over de Z-index (de Taxe). De Taxe is een openbare prijslijst van door fabrikanten vastgestelde adviesprijzen van geneesmiddelen. Krachtens de tariefbeschikking van het College Tarieven Gezondheidszorg dienen verzekeraars de prijs die de fabrikant van het middel aan ‘de Taxe’ opgeeft, aan apothekers te vergoeden, verminderd met een percentage ter afroaming van de voordelen die de apothekers verkrijgen met bonussen en kortingen (de zogenaamde clawback). Geové heeft aangekondigd dat bij wijze van doelmatigheidsmaatregel, bepaalde medicijnen (fluoxetinetabletten) voor een periode van zes maanden als preferent worden aangemerkt, omdat die medicijnen de laagste prijs hebben in de Taxe. Indien andere fabrikanten hun prijs verlagen tot het niveau van het preferente middel én deze prijs ten minste twee maanden vasthouden, zal Geové ook de geneesmiddelen van die fabrikanten als preferent aanwijzen. De brancheorganisatie van geneesmiddelenfabrikanten, Bogin en haar leden stellen dat deze doelmatigheidsmaatregel jegens de andere geneesmiddelenfabrikanten onrechtmatig is, onder meer omdat de regel is gebaseerd op de Taxe, terwijl die in strijd is met de Mededingingswet. Zij beroepen zich daarbij onder andere op het besluit van de NMa in *CZ/Apotheker*⁷. Het Hof overweegt dat de door de fabrikant opgegeven Taxe-prijs de

5 Gerechtshof Arnhem, 13 mei 2003, *Schuitema tegen Dunnewind-Hooijer*, overzicht nr. 22.

6 Gerechtshof Leeuwarden, 23 april 2003, *Bogin e.a. tegen Geové*, overzicht nr. 3.

7 Besluit d-g NMa, 6 juli 2001, zaak 912, *CZ/Apotheker*, par. 68 en 106. De d-g NMa overweegt daarin dat de taxe op grond van artikel 16 Mw is vrijgesteld van het verbod van artikel 6 Mw.

grondslag vormt voor de vergoeding die de ziekenfondsen aan de apothekers dienen te betalen. Het feit dat de doelmatigheidsmaatregel bij dit instrument aanknoopt, kan volgens het Hof er niet toe leiden dat Geové de maatregel intrekt en weer overgaat tot vergoeding van alle middelen met als grondslag diezelfde Taxe-prijs. Dat de Taxe als zodanig in strijd is met de Mededingingswet, acht het Hof niet voldoende aannemelijk gemaakt. De daadwerkelijke transactieprijsen wijken af van de Taxe-prijzen door, aldus het Hof, tussen de fabrikanten en de tussenhandel overeengekomen bonussen en kortingen. Het Hof acht niet aangetoond dat de publicatie van de Taxe-prijzen *de facto* werkt als een systeem van collectieve verticale prijsbinding, nu het gaat om maximumprijzen waarvan in de overeenkomsten tussen de leveranciers en hun afnemers veelvuldig wordt afgeweken. Het gebruik dat Geové maakt van de Taxe door de producent die de laagste prijs heeft opgegeven tot preferent producent te maken, is naar het oordeel van het Hof niet in strijd met de Mededingingswet.

In de zaak *X/Amicon Ziekenfonds* en *Amicon Particulier*⁸ staat de vraag centraal of de voorwaarden die Amicon stelt voor de uitbetaling van vergoedingen voor behandelingen door alternatieve genezers, onrechtmatig zijn. X heeft een praktijk in de chiropractie. Amicon Particulier vergoedt aan haar verzekerden rekeningen van chiropractors op voorwaarde dat desbetreffende chiropractor bij één van de in een lijst genoemde beroepsverenigingen is aangesloten. X is aangesloten bij een internationale beroepsvereniging die, volgens zijn zeggen, voldoet aan de door Amicon Particulier gestelde eisen, maar die niet voorkomt op de lijst. X acht het besluit van Amicon Ziekenfonds en Amicon Particulier om zijn rekeningen niet meer te vergoeden onrechtmatig, ondermeer wegens strijd met artikel 6 Mw, aangezien hij in feite gedwongen wordt om zich aan te sluiten bij één van de beroepsverenigingen die voorkomt op de lijst van de Consumentenbond. Tijdens de procedure wordt vastgesteld dat Amicon Ziekenfonds ten onrechte bij het geschil is betrokken zodat het geschil tussen X en Amicon Particulier resteert. De Voorzieningenrechter gaat niet in op het standpunt van X met betrekking tot artikel 6 Mw en acht overigens het handelen van Amicon jegens X niet onrechtmatig. Het is onduidelijk welke overeenkomst of gedraging volgens X strijd met artikel 6 Mw zou opleveren. Er lijkt eerder sprake te zijn van een eenzijdig besluit van Amicon Particulier. Aangezien een eventuele inbreuk op artikel 24 Mw in het geheel niet wordt gesteld, wordt dat niet getoetst.

Overig

In 2003 heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over het al langlopende geschil *KNVB/Feyenoord*.⁹ De vraag staat centraal aan wie de uitzendrechten met betrekking tot flitsen van voetbalwedstrijden in de door de KNVB georganiseerde Eredivisie en Eerste Divisie¹⁰ toekomen. Volgens de KNVB komen deze rechten toe aan de KNVB en aan de in die divisies spelende clubs gezamenlijk. Volgens Feyenoord

berusten de rechten uitsluitend bij de thuis spelende club. Zowel de Rechtbank Rotterdam als het Gerechtshof 's-Gravenhage hebben geoordeeld dat *in casu* Feyenoord als uitsluitend gerechtigde, aanspraak kan maken op de uitzendrechten. In cassatie worden de cassatiemiddelen verworpen zodat het arrest van het Hof in stand blijft. Het Hof overwoog dat de in de statuten en reglementen van de KNVB opgenomen bepalingen op grond waarvan de leden verplicht waren de door de KNVB aangegane verplichtingen jegens één of meer derden aangaande verkoop en/of exploitatie van televisie- en/of radio-opname en/of uitzendrechten, te aanvaarden en na te komen, resulteerde in collectieve verkoop. Onder verwijzing naar het arrest *Tiercé Ladbroke/Commissie*,¹¹ overwoog het Hof dat een overeenkomst of besluit waarin twee of meer ondernemingen elkaar verbieden (of de ene de andere verbiedt) aan derden een licentie voor de exploitatie voor uitzendrechten te verlenen, onder het verbod van artikel 6 lid 1 Mw en artikel 81 lid 1 EG kan vallen omdat het partijen bij de overeenkomst, respectievelijk de clubs, de vrijheid ontnemt met elkaar te concurreren bij de exploitatie van die uitzendrechten. Na afbakening van de relevante markt, de Eredivisie en Eerste Divisie in Nederland, overwoog het Hof vervolgens dat de collectieve verkoop gold voor alle clubs in de Eredivisie en de Eerste Divisie en derhalve betrekking had op de uitzendrechten van alle of vrijwel alle in Nederland door deze clubs in het beroepsvoetbal gespeelde wedstrijden. Zonder de gemaakte beperking zouden de clubs vrij kunnen beschikken over hun uitzendrechten en zou er van collectieve verkoop en prijsvorming geen sprake zijn. Gezien de economische en juridische context en de juridische precedenten concludeert het Hof dat sprake is van een merkbare mededingingsbeperking, zodat de bepalingen in kwestie in de statuten en het reglement wegens strijd met artikel 6 lid 1 Mw nietig zijn¹².

In *Mr Linders e.a./d-g NMa*¹³ (Bredase notarissen) heeft de Rechtbank Rotterdam voor het eerst een boete verlaagd. Overigens was de Rechtbank in deze zaak niet de enige die tot verlaging overging. De d-g NMa had overeenkomstig het advies van de Bezwaarschriften Advies Commissie de boetes in bezwaar ook al met een derde verlaagd. De Rechtbank oordeelt dat de marktverdelingsafpraak (toerbeurtsysteem) tussen Bredase notarissen met betrekking tot opdrachten van de gemeente Breda is aan te merken als een horizontale marktverdelingsafpraak, die merkbaar de mededinging beperkt. Tot zover blijft de beslissing

8 Voorzieningenrechter Rechtbank Almelo, 19 februari 2003, X tegen Amicon Ziekenfonds en Amicon Zorgverzekeraar Particulier, overzicht nr. 33.

9 Hoge Raad, 23 mei 2003, KNVB tegen Feyenoord, overzicht nr. 15.

10 Thans genaamd Holland Casino Eredivisie respectievelijk Gouden Gids Divisie.

11 GvEA, 12 juni 1997, zaak T-504/93, Jur 1997, II-923, r.o. 158.

12 Zie ook K.J. Defares in *M&M* 2003, p. 137-143.

13 Rechtbank Rotterdam, 18 juni 2003, mr Linders e.a. tegen d-g NMa, overzicht nr. 18.

van de NMa derhalve in stand. Met betrekking tot de boete oordeelt de Rechtbank dat de d-g NMa niet voldoende rekening heeft gehouden met alle feiten en omstandigheden. De Rechtbank concludeert dat kan worden volstaan met een symbolische boete van 1.000 euro per notaris. Een van de (nota bene doorslaggevende) motiveringen van de Rechtbank hiervoor is dat de d-g NMa onvoldoende acht had geslagen op de geringe betekenis van de boeteoplegging in het licht van de speciale preventie. Gelet op het karakter van de beroepsgroep acht de Rechtbank het zeer onaannemelijk dat deze groep wederom een soortgelijke overtreding zal begaan. Weliswaar kan een boete ook van belang zijn voor de generale preventie, maar niet valt in te zien waarom in het kader hiervan niet met een symbolische boete zou kunnen worden volstaan, aldus de Rechtbank. Dit oordeel is echter in 2004 – naar onze mening terecht – vernietigd door het CBB¹⁴.

Het in 2002 gewezen arrest van het Gerechtshof Arnhem in de zaak *Zuivelcoöperatie Campina U.A. / P. Wijnhoven en P.M.M. Meulepas*¹⁵ is in 2003 door de Hoge Raad¹⁶ vernietigd.¹⁷ Campina is aangesloten bij de Stichting Keten Kwaliteit Melk (Stichting KKM). Het 'Reglement Aangeslotenen' van de Stichting KKM bepaalt dat aangeslotenen bij de productie in Nederland, van melk- en zuivelproducten die zijn bestemd voor humane consumptie, uitsluitend melk zullen gebruiken die direct of indirect afkomstig is van veehouders die door de Stichting KKM zijn erkend. De d-g NMa had een eerder ontheffingsverzoek van deze regeling reeds afgewezen wegens strijd met artikel 6 Mw waarna de Stichting KKM de werking van enkele bepalingen van het Reglement heeft opgeschort. De NMa had aangegeven dat voortzetting van handelen naar de geest van de opgeschorte bepalingen zou leiden tot overtreding van artikel 6 Mw. Campina verwerkt weliswaar melk van niet-leden, maar rekent hiervoor extra transportkosten omdat zij de melk gescheiden ophaalt en verwerkt. Twee veehouders die aan de wettelijke vereisten voor melkproductie voldoen, maar geen lid zijn van de Stichting KKM (de KKM-eisen gaan voor een deel verder dan de wettelijke vereisten) zijn hier tegen opgekomen in meerdere instanties. Naar het oordeel van het Hof heeft Campina haar marktgedrag dat aanvankelijk was gebaseerd op het Reglement, ongewijzigd voortgezet. In dit oordeel ligt volgens de Hoge Raad besloten dat de zuivelverwerkende ondernemingen parallel marktgedrag vertonen dat is geïnspireerd door het Reglement. De Hoge Raad overweegt dat het Hof de betrokkenheid van de ondernemingen bij het Reglement kennelijk heeft beschouwd als de afstemming tussen de ondernemingen die aan het later door die ondernemingen vertoonde parallelle marktgedrag ten grondslag ligt. Het oordeel van het Hof waarin zowel sprake is van afstemming tussen de ondernemingen als van daaropvolgend marktgedrag en van oorzakelijk verband tussen beide,¹⁸ getuigt volgens de Hoge Raad niet van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk. In tegenstelling tot het Hof, acht de Hoge Raad de transportkosten

niet zonder meer in strijd met artikel 6 Mw. Indien een scheiding van de productielijnen en een gescheiden ontvangst van de melk voor Campina inderdaad – zoals Campina stelt – noodzakelijk zijn, valt niet zonder meer in te zien dat het in rekening brengen van de transportkosten die daarmee zijn gemoeid, strijd oplevert met artikel 6 Mw. Voorzover het Hof meent dat het in rekening brengen van extra transportkosten op één lijn is te stellen met het weigeren van Campina om melk op te halen bij Wijnhoven c.s., geeft het Hof, aldus de Hoge Raad, blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Voor zover het Hof meent dat de extra transportkosten zodanig zijn dat Wijnhoven c.s. *de facto* worden gedwongen zich bij de Stichting KKM aan te sluiten, acht de Hoge Raad dat oordeel zonder nadere motivering onbegrijpelijk.

In *Sunfield Holland/Dekker Breeding*¹⁹ buigt de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag zich over de rechtmatigheid van bepaalde voorwaarden waaronder Dekker plantmateriaal levert aan Sunfield Holland. Dekker veredelt chrysantenrassen en Sunfield Holland is vermeerderaar van chrysantenrassen. Sunfield en Dekker hebben een overeenkomst gesloten op grond waarvan het Sunfield niet is toegestaan telers te beleveren met wie Dekker geen teeltovereenkomst heeft gesloten. Voorts wordt het te verhandelen aantal stekken aan een maximum gebonden. Vaststaat dat Dekker beschikt over een machtspositie. De vraag is of Dekker op de relevante productmarkt, de markt voor teeltmateriaal bestemd voor het telen van chrysanten, voorwaarden kan stellen aan het verkopen door Sunfield van de op basis van het door Dekker aan Sunfield geleverde plantmateriaal, voortgebrachte stekken. Dekker betoogt dat zij voormelde voorwaarden nodig heeft om controle te houden op de uitoefening van haar kwekersrechten. De Rechtbank overweegt dat conform het arrest *Nungesser* van het HvJ EG,²⁰ het kwekersrecht niet anders moet worden beoordeeld dan de andere rechten van industriële en commerciële eigendom, zij het dat met de toepassing van de mededingingsregels rekening moet worden gehouden met de specifieke aard van de producten

14 CBB, 12 maart 2004, AWB 03/916 en 03/946.

15 Hierover is gerapporteerd in de kroniek 2002, *M&M* 2003, p. 105.

16 Hoge Raad, 19 september 2003, *Zuivelcoöperatie Campina U.A.* tegen P. Wijnhoven en P.M.M. Meulepas, overzicht nr. 34.

17 De Hoge Raad heeft het geding ter verdere behandeling verwezen naar het Gerechtshof 's-Hertogenbosch, alwaar partijen het om hen moverende redenen niet hebben aangebracht. Een van de partijen (X) heeft zich evenwel gewend tot de voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem die op 4 februari 2004 de vordering van partij X afwijst en daarmee het oordeel van de Hoge Raad in het hiervoor besproken arrest volgt.

18 Verwezen wordt naar de drie vereisten voor 'onderling afgestemde gedragingen' in artikel 81 EG zoals ingevuld door het Hof van Justitie in *Commissie/Anic Participazioni* (8 juli 1999, zaak C-49/92, Jur. 1999 p. I-4125): (1) afstemming tussen ondernemingen, (2) een daarop volgend marktgedrag en (3) een oorzakelijk verband tussen beide.

19 Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag, 13 november 2003, *Sunfield Holland/Dekker Breeding*, overzicht nr. 27.

20 HvJ EG, 8 juni 1982, *NJ* 1984, 606.

waarvoor het kwekersrecht geldt. Een licentie waarbij het exclusieve karakter uitsluitend betrekking heeft op de relatie tussen de licentiegever en de licentienemer (een zogenaamde 'open uitsluitende licentie') werd toelaatbaar geacht. Zoals beslist in het arrest *Erauw/La Hesbignonne* van het HvJ EG²¹, moet de kweker het recht hebben de vermeerdering van het basiszaad voor te behouden aan handelaars/telers die hij als licentiehouders heeft geselecteerd. Dit contractuele uitvoerverbod voor het basiszaad viel derhalve niet onder het verbod van artikel 81 lid 1 EG. De kweker moet zich kunnen beschermen tegen onjuiste behandeling van de zaadassen, aldus het HvJ EG. In het licht van deze jurisprudentie en de (oude) Verordening Technologieoverdracht²² komt de Voorzieningenrechter tot de conclusie dat Dekker het basismateriaal ter beschikking kan geven aan Sunfield onder de voorwaarde dat dit basismateriaal niet mag worden verhandeld. Zodra Dekker echter toestemming geeft voor de verhandeling, dan mag zij daaraan geen beperkingen stellen (zoals ten aanzien van de identiteit van de afnemers of de hoeveelheden), aangezien met het verlenen van toestemming tot het verhandelen haar kwekersrecht is uitgeput, tenzij Dekker een objectief gerechtvaardigde reden voor de beperking kan aanvoeren. Het behouden van controle wordt niet als een gerechtvaardigde reden aangemerkt. De Voorzieningenrechter oordeelt dat Dekker de overeenkomst met Sunfield dient na te komen, met dien verstande dat de beperkingen ten aanzien van de identiteit van een teler aan wie Sunfield mag leveren en de beperking van de hoeveelheid komen te vervallen als zijnde verboden en van rechtswege nietige mededingingsbeperkingen.

Artikel 24 Mw

In de verslagperiode noteerden wij zes uitspraken met betrekking tot artikel 24 Mw.

In de zaak *Staat der Nederlanden / Vereniging Centraal Bureau voor de Rijn- en Binnenvaart en de Internationale Tankscheepvaartvereniging*²³ vernietigt de Hoge Raad het door het Gerechtshof 's-Gravenhage gewezen arrest vanwege een onjuiste marktafbakening. De Staat sluit commerciële contracten met verladers voor vervoer van brandstof via een militaire pijpleiding tussen Pernis en Schiphol. De Vereniging Centraal Bureau voor de Rijn- en Binnenvaart en de Internationale Tankscheepvaartvereniging menen dat de Staat zich daarbij schuldig maakt aan oneerlijke concurrentie en vorderen een verbod voor de Staat om de militaire pijpleiding aan te wenden voor civiel (mede)gebruik.²⁴ De Rechtbank heeft de vordering afgewezen, waarna de Verenigingen in hoger beroep gaan. Het Hof wijst een tussenarrest, waarin het uitgaat van een economische machtspositie van de Staat omdat de Staat als enige verladingsovereenkomsten kan sluiten via de militaire brandstofleiding. De Staat stelt tegen dit tussenarrest beroep in cassatie in. Zij keert zich tegen het oordeel van het Hof dat de Staat een economische machtspositie heeft omdat hij als enige verladingsovereenkomsten kan sluiten

via de militaire brandstofleiding, zonder iets vast te stellen over de marktaandelen van het vervoer via de militaire brandstofleiding en van het vervoer per binnenvaarttanker. Aangezien tussen partijen niet in geschil is dat het vervoer van brandstof van Pernis naar Schiphol via de militaire pijpleiding en het vervoer per tankschip op dat traject, substitueerbare vervoersdiensten zijn, acht de Hoge Raad het oordeel van het Hof blijk geven van een onjuiste rechtsopvatting. De Hoge Raad volgt hiermee de conclusie van A-G Verkade, dat het Hof de relevante markt en het marktaandeel van de Staat daarop, althans het marktaandeel van concurrente aanbieders en substitueerbare diensten (waaronder het vervoer via het betrokken militaire leidingnet, een alternatieve civiele pijpleiding en vervoer door de verenigingen zelf), had dienen te onderzoeken.

Ook in 2003 ontbreekt een uitspraak in de saga tussen De Telegraaf, NOS, HMG en de d-g NMa, niet. Het betreft de procedure *NOS HMG/d-g NMa (met als derde belanghebbende: De Telegraaf)*²⁵ ten overstaan van de voorzieningenrechter van het CBB. De Telegraaf heeft de NOS en HMG benaderd met het verzoek de aan hen toebehorende wekelijkse programmaoverzichten aan haar ter beschikking te stellen om die in de zaterdagbijlage op te nemen. De NOS en HMG hebben dit geweigerd, waarop de Telegraaf een klacht heeft ingediend bij de d-g NMa wegens overtreding van artikel 24 Mw. De d-g NMa heeft door middel van een last onder dwangsom de NOS en HMG bevolen de wekelijkse programmaoverzichten tegen redelijke voorwaarden te verstrekken aan De Telegraaf. De NOS en HMG hebben hiertegen bezwaar gemaakt en tegelijkertijd bij de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam een voorlopige voorziening gevraagd tot opschorting van de door de d-g NMa opgelegde last onder dwangsom. De Voorzieningenrechter heeft dat verzoek toegewezen, waarna de Telegraaf in hoger beroep is gegaan bij de Voorzieningenrechter van het CBB. De Voorzieningenrechter van het CBB ziet geen plaats om te oordelen of sprake is van misbruik van een economische machtspositie, aangezien dit ter beoordeling in de bodemprocedure staat, maar maakt een belangenafweging voor zijn uiteindelijk oordeel. Daarbij overweegt de Voorzieningenrechter dat niet is gebleken dat De Telegraaf in continuïteitsproblemen zal komen te verkeren indien de gegevens niet onmiddellijk worden verstrekt, terwijl de schade voor de omroepen in geval van verstrekking wel groot is. De Voorzieningenrechter is van oordeel dat onmiddellijke uitvoering van het besluit om de gegevens aan De Telegraaf te verstrekken, tot

21 HvJ EG, 19 april 1988, *BIE* 1989, nr 85.

22 Verordening EG nr 240/96 van de Commissie van 31 januari 1996, *Pb. EG* nr. L31 van 09.02.1996, p. 2.

23 Hoge Raad, 21 maart 2003, *Staat der Nederlanden tegen Vereniging Centraal Bureau voor de Rijn- en Binnenvaart, Internationale Tankscheepvaartvereniging*, overzicht nr. 25.

24 In deze zaak zijn nog een aantal andere rechtsvragen aan de orde gekomen, die hier buiten beschouwing zijn gelaten.

25 CBB, 9 april 2003, NOS en HMG tegen d-g NMa, overzicht nr. 19.

onevenredig nadeel leidt aan de zijde van HMG en de NOS. Hij schorst de besluiten van de d-g NMa waarbij de last onder dwangsom is gehandhaafd, respectievelijk is opgelegd, totdat het CBB in de bodemprocedure²⁶ uitspraak heeft gedaan of zoveel eerder als het geschil tot een einde zal zijn gekomen.

Naast bovenstaande procedures bij het CBB, loopt ook een civiele procedure bij de Hoge Raad, *NOS/Telegraaf*.²⁷ De NOS en andere omroepen hadden – in kort geding – gevorderd De Telegraaf te verbieden programmegegevens openbaar te maken. De President van de Rechtbank 's-Gravenhage had dit toegewezen, waarop De Telegraaf hoger beroep heeft ingesteld bij het Gerechtshof 's-Gravenhage. De NOS en HMG hebben incidenteel hoger beroep ingesteld. Het Hof heeft het beroepvonnis vernietigd en het gevorderde afgewezen (en het incidenteel beroep verworpen). Hiertegen hebben de NOS en HMG cassatie ingesteld bij de Hoge Raad. De Hoge Raad behandelt vier middelen die alle vier worden verworpen waarmee het arrest van het Gerechtshof van 30 januari 2001 in stand blijft. Bij de bespreking van de cassatiemiddelen laten wij het tweede middel buiten beschouwing, aangezien dat geen betrekking heeft op het mededingingsrecht. Het eerste middel richt zich tegen het oordeel van het Hof dat het gevorderde verbod tot staking van de inbreukmakende handelingen, achterwege behoort te blijven als aannemelijk is dat er een gerede kans bestaat dat de d-g NMa in zijn eindbesluit de klacht dat de NOS en/of de Omroepen misbruik maken van haar/hun economische machtspositie, gegrond zou vinden. Het middel betoogt dat niet relevant is of de d-g NMa de klacht gegrond vindt, maar of de klacht objectief-rechtelijk beoordeeld – en derhalve in hoogste instantie – gegrond is. De Hoge Raad overweegt dienaangaande dat het Hof niets anders heeft gedaan dan een antwoord te geven op de vraag of aannemelijk is dat de desbetreffende klacht van De Telegraaf (uiteindelijk) gegrond zal worden bevonden. De Hoge Raad laat het oordeel van het Hof dat deze gerede kans aanwezig is, in stand. Het derde middel is gericht tegen het oordeel van het Hof dat de NOS geen (objectieve) rechtvaardigingsgrond heeft voor de weigering van een licentie voor het programmaoverzicht, omdat niet aannemelijk is dat het publieke bestel daardoor zou worden ondergraven. De NOS c.s. zijn van mening dat ook zonder dat het publieke bestel zou worden ondergraven, nog sprake kan zijn van objectieve redenen voor weigering. De Hoge Raad overweegt dat het Hof terecht mede aandacht heeft besteed aan het eventuele bestaan van een objectieve rechtvaardigingsgrond, nu het Hof reeds had vastgesteld dat door de opstelling van de NOS c.s. elke mededinging op de desbetreffende markt wordt uitgesloten. Anders dan het cassatiemiddel betoogt, valt een toetsing aan dat criterium niet samen met de beantwoording op de vraag of de NOS c.s. in redelijkheid licentiëring hadden mogen weigeren. Het Hof heeft in de stellingen van de NOS c.s. geen voldoende zwaarwegende gronden kunnen vinden voor de weigering van de NOS c.s. en derhalve evenmin een objec-

tieve rechtvaardigingsgrond. De Hoge Raad acht dit oordeel niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd. Het derde middel is derhalve ongegrond. Het vierde middel richt zich tegen het oordeel van het Hof dat sprake is van een 'uitzonderlijke omstandigheid' als bedoeld in de arresten *Magill* en *Bronner*.²⁸ In *Magill* oordeelde het HvJ EG – kort gezegd – dat uitsluitend in bijzondere omstandigheden het uitoefenen van een IE-recht door een rechthebbende kan leiden tot misbruik van machtspositie. Volgens de NOS c.s. had het Hof niet zonder meer kunnen oordelen dat TV Week (de uitgave waarin De Telegraaf de programmegegevens wilde opnemen) een 'nieuw product' was in de zin van voormelde arresten. De Hoge Raad overweegt dat het Hof met de vaststelling dat 'van de zijde van de consument' vraag bestaat naar desbetreffende uitgave, het ontbreken van een daadwerkelijk of potentieel substituut op het oog heeft gehad. In het oordeel van het Hof acht de Hoge Raad besloten dat de door het Hof vastgestelde vraag hiernaar, moet worden gezien als een constante en regelmatige potentiële vraag. De Hoge Raad verworpt ook het laatste cassatiemiddel.²⁹

In de zaak *LBVI/CBR* en de *Staat der Nederlanden*³⁰ staat het misbruik van machtspositie op een aanverwante markt centraal. De LBVI is een branchevereniging van verkeersopleidingsinstituten. Haar leden leiden cursisten op tot rij-instructeur. Het LBVI wenst een nieuwe opleidingsmethode voor rij-instructeurs, de Rij-opleiding In Stappen (RIS), te gaan aanbieden. Het CBR heeft van de Staat echter de exclusieve coördinerende rol van deze opleiding opgelegd gekregen en biedt daarnaast de opleiding zelf aan. Het LBVI vordert in kort geding – kort gezegd – dat het CBR de RIS-opleiding staakt en de opleidingsinstituten in de gelegenheid stelt de RIS opleiding aan te bieden. Volgens het LBVI handelt het CBR onrechtmatig doordat zij als (semi-)overheidsorgaan in concurrentie treedt met particulieren. Volgens het LBVI maakt het CBR misbruik van haar wettelijk monopolie op het gebied van het afnemen van rijexamens en uitgifte van rijvaardigheidsbewijzen op de Nederlandse markt. Het CBR heeft echter aangegeven dat zij voornemens is de markt voor de opleiding van RIS-gecertificeerde instructeurs open te stellen voor leden van de diverse opleidingsinstituten waartoe zij een aantal maatregelen heeft toegezegd. De Voorzieningenrechter meent dat er

26 De NMa heeft het bezwaar van NOS en HMG afgewezen, waarna de NOS en HMG in beroep zijn gegaan bij de Rechtbank Rotterdam. De Rechtbank heeft het beroep van de NOS en HMG gegrond verklaard waarop De Telegraaf hoger beroep heeft ingesteld bij het CBB. Het CBB heeft op 7 mei 2004 de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam in de bodemprocedure bevestigd (zaaknr AWB 03/131, LJN-nr. 09594).

27 Hoge Raad, 6 juni 2003, NOS c.s. tegen De Telegraaf, overzicht nr. 20.

28 HvJ EG *Magill* d.d. 6 april 1995, gevoegde zaken C-241/91 en C-242/91, Jur 1995, I-743 en HvJ EG inzake *Bronner vs Mediaprint* d.d. 26 november 1998, Jur. 1998, p. I-7791, NJ 1999, 523.

29 Zie ook J.C.A. Houdijk in *M&M* 2003, p. 204.

30 Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag, 15 april 2003, LBVI tegen CBR en Staat der Nederlanden, overzicht nr. 17.

grond is voor ernstige twijfel aan de geoorlooftheid van de rol van het CBR op de markt voor de nieuwe opleiding van RIS-gecertificeerde instructeurs, omdat daarmee op zijn minst de schijn wordt gewekt dat het CBR met zijn exclusieve wettelijke taak, zichzelf een voorrangpositie zou verlenen op de aanverwante markt voor het afnemen van rijexamens en dergelijke. Nu partijen evenwel onderhandelingen zijn gestart, op grond waarvan het CBR een aantal wijzigingen heeft voorgesteld, die leiden tot een situatie die in het bijzonder in mededingingsrechtelijk opzicht de toets van rechtmatigheid kunnen doorstaan, is geen plaats voor een gebod aan het CBR of de Staat.

De zaak *Educatief Net B.V., h.o.d.n. nl.tree /KPN*³¹ betreft het door KPN gratis aanbieden van breedbandinternet aan 10.000 scholen voor de duur van drie jaar. Na consultatie door KPN over dit gratis aanbod, berichtte de NMa dat KPN geen machtspositie had. Ook de Opta deelde KPN mede dat zij geen aanleiding zag om KPN onder de huidige telecommunicatiewetgeving beperkingen op te leggen. Educatief Net en Easy Net vorderen een voorlopige voorziening tot – kort gezegd – verbod van het aanbod van gratis internet bij de Voorzieningenrechter te Den Haag. De Voorzieningenrechter concludeert na een uitgebreide marktafbakening dat KPN een machtspositie heeft op de markt voor breedbandinternetverbinding en dat KPN daarvan misbruik maakt, omdat KPN prijzen hanteert die liggen onder de gemiddelde variabele kosten (zoals bepaald in het *AKZO*-arrest).³² Het verweer van KPN dat de bekostiging uit sponsorgelden voortkomt, houdt geen stand. De wijze waarop intern binnen KPN betaling plaatsvindt, acht de Voorzieningenrechter niet van belang. Ondanks het uitgebreide marktonderzoek van de Voorzieningenrechter – dat gezien het karakter van een spoedprocedure opmerkelijk is – is de marktafbakening in appel onderuit gegaan. De uitspraak is in hoger beroep door het Gerechtshof 's-Gravenhage vernietigd omdat KPN volgens het Hof geen economische machtspositie heeft.³³

Ten slotte, de zaak *Ubbink Garden/Fosch Creation Produktie BV*,³⁴ waarin de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Alkmaar tot een merkwaardig oordeel komt. Ubbink heeft een distributieovereenkomst met Fosch gesloten met betrekking tot gritfolie en (later ook) zandfolie. Ubbink vordert nakoming van de overeenkomst (zijnde levering van de contractproducten). Fosch stelt zich op het standpunt dat de overeenkomst is beëindigd. Ubbink stelt dat Fosch een machtspositie heeft terzake de producten in kwestie en dat voorzover de overeenkomst zou zijn geëindigd, Fosch toch zou moeten leveren, bij gebreke waarvan Fosch zich schuldig maakt aan leveringsweigering en derhalve misbruik van machtspositie. De Voorzieningenrechter overweegt: 'Nu tot beëindiging van de contractuele band tussen partijen moet worden geconcludeerd, is voor een belangenafweging geen plaats. Misbruik van machtspositie komt om dezelfde reden ook niet aan de orde' en wijst de vordering af. De vordering is overigens ook om andere redenen afgewezen, zodat geen hoger beroep is ingesteld.

Samenloop van artikelen 6 en 24 Mw

Het populaire televisieprogramma *Idols* heeft geleid tot jurisprudentie met *Rigu Sound/BMG en Masterfoods Veghel*.³⁵ BMG maakt met de Free Record Shop en Masterfoods de afspraak om de single 'Tell her' van Jim (die als tweede is geëindigd in het programma *Idols*) gedurende de eerste (release)week exclusief in Free Record Shops te koop aan te bieden voor 2,99 euro en inlevering van twee streepjescodes van wikkels van Masterfoods chocoladerepen. Rigu Sound (die een keten exploiteert van met Free Record Shop concurrerende winkels) stelt dat voormelde afspraak in strijd is met artikelen 6 en 24 Mw. Volgens Rigu betreft het een verticale overeenkomst waarop EG-Verordening 2790/99 van toepassing is. BMG heeft volgens Rigu een monopoliepositie omdat zij de exclusieve rechten heeft om de cd-single van Jim te produceren en op de markt te brengen en er geen substituuut bestaat voor desbetreffende single. Free Record Shop heeft die eerste week eveneens een monopoliepositie, althans bij een ruimere marktafbakening, een marktaandeel van meer dan 30% (35%). Rigu gaat daarvoor uit van de inkoopmarkt. Bovendien is de vaste verkoopprijs een hard-core restrictie en alleen daarom al zou de overeenkomst niet kunnen profiteren van de groepsvrijstelling, aldus Rigu. Rigu vordert dat zij tegen dezelfde voorwaarden ook de cd-singles geleverd krijgt en mag verkopen. BMG en Masterfoods voeren een praktisch verweer. Alle cd's liggen al in de winkels en nieuwe cd's kunnen niet tijdig klaar zijn. De Voorzieningenrechter concludeert daaruit dat alleen al daarom de vordering dient worden afgewezen. De Voorzieningenrechter acht de vordering echter ook niet toewijsbaar omdat de relevante markt niet wordt gevormd door desbetreffende cd-single, maar door de producten van cd-zaken, met name cd's. Volgens de Voorzieningenrechter hebben BMG noch Free Record Shop een machtspositie op die markt. Een motivering voor de marktafbakening ontbreekt echter. De Voorzieningenrechter stelt ten slotte dat indien deze overeenkomst in strijd zou zijn met artikel 6 Mw, daarop onmogelijk een veroordeling van BMG kan worden gebaseerd om ook zo'n verboden overeenkomst met Rigu Sound aan te gaan. Dat zou zich in schadevergoeding moeten oplossen. Dat laatste is naar onze mening een logische uitspraak waarmee recht wordt gedaan aan het beginsel van contractvrijheid.

31 Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag, 12 november 2003, *Educatief Net B.V., h.o.d.n. nl.tree e.a./KPN e.a.*, overzicht nr. 10.

32 HvJ EG, zaak C-62/86, *Akzo/Commissie*, Jur. 1991, I-3359.

33 Gerechtshof 's-Gravenhage, 11 maart 2004, 03/1605, KG 03/1190.

34 Voorzieningenrechter Rechtbank Alkmaar, 20 november 2003, *Ubbink Garden tegen Fosch Creation Produktie*, overzicht nr. 29.

35 Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam, 2 mei 2003, *Rigu Sound tegen BMG en Masterfoods Veghel*, overzicht nr. 21.

Artikelen 82 en 86 EG

Drie uitspraken van de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van dezelfde datum kennen een praktisch gelijke inhoud. Het betreft steeds de *Centrale Organisatie voor de Vleesgroothandel/Minister van Landbouw Natuurbeheer en Visserij*.³⁶ Rendac is een destructiebedrijf dat krachtens de Destructiewet de enige onderneming is met een vergunning om hoogrisicomateriaal op te halen, te vervoeren, voor te bewerken en onschadelijk te maken. Jaarlijks stelt de Minister van VWS de tarieven vast waarvoor Rendac het materiaal verwerkt. De Centrale Organisatie voor de Vleesgroothandel (COV) klaagt dat sprake is van inbreuk op de artikelen 25, 82, 86 en 90 EG. Onder verwijzing naar Europese jurisprudentie overweegt de RvS dat het enkele feit dat door het verlenen van bijzondere of uitsluitende rechten als bedoeld in artikel 86 lid 1 EG een machtspositie wordt gecreëerd, als zodanig niet onverenigbaar is met artikel 82 EG. Een lidstaat handelt in strijd met artikel 82 en 86 EG wanneer de betrokken onderneming door de enkele uitoefening van de haar toegekende uitsluitende rechten, misbruik maakt van haar machtspositie of indien de toekenning van die rechten een situatie kan creëren waarin die onderneming tot een dergelijk misbruik wordt gebracht. Daargelaten of aan Rendac dergelijke uitsluitende of bijzondere rechten zijn verleend, acht de RvS de door de minister vastgestelde tarieven niet zodanig dat die leiden tot overtreding door Rendac van artikel 82 EG.³⁷ Belangrijkste afweging hiervoor is dat met de in de Destructiewet neergelegde procedure voldoende wordt voorkomen dat Rendac misbruik kan maken van haar machtspositie. Niet is gebleken dat die procedure in dit geval niet zou zijn gehanteerd. Evenmin is er aanleiding om te veronderstellen dat Rendac onjuiste gegevens zou hebben aangeleverd voor het bepalen van de in rekening te brengen vergoedingen. Van inbreuk op de artikelen 82 en 86 EG is geen sprake.

Concentraties

In 2003 noteerden wij slechts één procedure over een concentratie. Het betreft de zaak *Broadcast Newco Two/d-g NMa*³⁸ waarin de Rechtbank Rotterdam oordeelt over een concentratie waarbij Nozema, NOB en KPN gezamenlijke zeggenschap krijgen in een nieuw op te richten vennootschap Digitenne Holding, een onderneming die digitale televisiesignalen zal gaan distribueren. Het doel van Digitenne is het verkrijgen van de vergunning voor, en het doen exploiteren van digitale televisie via de ether die de huidige analoge uitzendingen zal vervangen. De overheid heeft hiervoor twee vergunningen verleend, één voor de publieke omroepen aan de NOS en één voor de commerciële omroepen aan Digitenne. Eén van de voorwaarden van de vergunning is dat 80% van de capaciteit wordt aangewend voor digitale televisieomroep en 20% voor digitale radio. De d-g NMa heeft overwogen dat Digitenne een onderneming is die duurzaam alle functies van een zelfstandige eenheid vervult, die er niet toe leidt dat de oprich-

tende ondernemingen hun marktgedrag gaan coördineren. Op de relevante markt zal Digitenne met name moeten concurreren met de kabelmaatschappijen die grotendeels gelijke diensten als Digitenne kunnen aanbieden. De d-g NMa definieert de relevante markt als de markt voor de doorgifte van digitale televisie- en televisiegerelateerde signalen. Er is volgens de d-g NMa geen reden om aan te nemen dat als gevolg van de concentratie een economische machtspositie kan ontstaan of worden versterkt, zodat geen vergunning is vereist. Hiertegen kwam Broadcast Newco Two, als derde belanghebbende, in beroep. Broadcast is een onderneming die opereert als exploitant van omroepzendernetwerken en radiozendapparaten ten behoeve van de doorgifte van radiosignalen voor de commerciële omroepen. Volgens Broadcast heeft de d-g NMa de relevante markt onjuist afgebakend en leidt de concentratie, gezien de betrokkenheid van Nozema, tot een machtspositie op de markt voor digitale omroepdiensten. De d-g NMa had de doorgifte van radiosignalen ook bij de markt moeten betrekken, gezien de mogelijkheid om de restcapaciteit te benutten voor radiosignalen. Volgens Broadcast waren er concrete aanwijzingen dat Digitenne actief was of actief wilde worden op het gebied van radiodiensten. Daarnaast leidt de concentratie tot het ontstaan of de versterking van een economische machtspositie aan de zijde van Nozema en KPN, aangezien zij beschikken over de infrastructuur voor de verspreiding van respectievelijk omroepprogramma's en telecommunicatie. Ten slotte stelt Broadcast dat er een risico ontstaat van coördinatie van marktgedrag door Nozema en KPN, omdat zij beide als aanbieders van de infrastructuur voor digitale televisie activiteiten zullen gaan ontplooiën. De Rechtbank stelt eerst vast dat het besluit van de d-g NMa, een besluit is in de zin van artikel 37 lid 1 Mw waartegen krachtens artikel 93 Mw direct beroep openstaat bij de rechter. De Rechtbank gaat voorts over tot een afbakening van de relevante markt om te beoordelen of Broadcast als rechtstreeks belanghebbende kan worden aangemerkt. De markt omvat volgens de Rechtbank mede de digitale doorgifte van radiosignalen en is derhalve ruimer dan de markt waarvan de d-g NMa is uitgegaan. Hierdoor is Broadcast mogelijk een directe concurrent van Digitenne en daarmee – in lijn met de vaste jurisprudentie daaromtrent – rechtstreeks belanghebbende bij het bestreden besluit. Uitgaande van deze ruimere markt, zijnde de markt voor de doorgifte van digitale televisie- en radiosignalen en interactieve diensten, is de Rechtbank van oordeel dat er geen reden is om aan te nemen dat Digitenne een machtspositie zal verwerven omdat zij voor de doorgifte van televisiesignalen in ieder

36 Raad van State, afdeling bestuursrechtspraak, 7 mei 2003, Centrale Organisatie voor de Vleesgroothandel tegen de Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij, overzicht nr. 6, 7 en 8.

37 Zie ook A.J. Vossestein, Actualiteiten Mededingingsrecht 2003, P 152-155.

38 Rechtbank te Rotterdam, 1 mei 2003, Broadcast Newco Two tegen d-g NMa, overzicht nr. 4.

geval sterke concurrentie zal ondervinden van bedrijven die televisie aanbieden via de kabel. Ook op de deelmarkt voor doorgifte van radiosignalen respectievelijk de markt voor doorgifte van actieve data, komt de Rechtbank tot de conclusie dat er geen sprake is van verkrijging van een machtspositie door Digitenne. De Rechtbank ziet ook het gevaar van coördinatie als te onzeker, te veel in de toekomst gelegen en te weinig concreet. Ook al heeft de d-g NMa de markt niet ruim genoeg afgebakend, er is geen sprake van het ontstaan of versterken van een machtspositie. Het beroep van Broadcast wordt ongegrond verklaard.³⁹

Deel II Mededingingsprocesrecht

Het begrip belanghebbende

De Rechtbank Rotterdam heeft in vier zaken het belanghebbendebegrip getoetst inzake een klacht over vermeend misbruik van machtspositie door KLM op de vliegeroute Amsterdam-Paramaribo. Het betrof een particulier (M. Jankie in de zaak *M. Jankie/d-g NMa*),⁴⁰ een Comité (Comité Verlaging Vliegtarieven Suriname in *Comité Verlaging Vliegtarieven Suriname/d-g NMa*),⁴¹ en twee verenigingen (de Sociaal Culturele Vereniging SHIVA in *Sociaal Culturele Vereniging SHIVA/d-g NMa*⁴² en de Vereniging Vrije Vogel in *Vereniging Vrije Vogel/d-g NMa*⁴³). De Rechtbank oordeelt⁴⁴ dat de particulier *Jankie* geen eigen onderscheidend belang had en volgt daarmee de sinds 'de postbussenzaak'⁴⁵ gevolgde lijn in de jurisprudentie. De *Vereniging SHIVA* heeft volgens de Rechtbank geen eigen rechtstreeks belang, aangezien zij de belangen van haar leden behartigt en haar statutaire doelstelling(en) te algemeen waren om haar in dezen als belanghebbende aan te merken⁴⁶. Het *Comité Verlaging Vliegtarieven Suriname* heeft volgens de Rechtbank evenmin een eigen rechtstreeks belang. Om als belanghebbende in de zin van de Awb te kunnen worden aangemerkt, moet sprake zijn van een rechtspersoon die rechtstreeks wordt getroffen in de algemene en collectieve belangen die hij krachtens zijn doelstellingen en feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigt. De Rechtbank oordeelde dat een organisatorisch verband zonder rechtspersoonlijkheid slechts kan worden aangemerkt als een rechtspersoon, indien er regelingen bestaan betreffende doelstellingen, werkwijze, bestuur, verdeling van bevoegdheden en het in- en uittreden van de leden. Aangezien eiseres niet beschikt over dergelijke regelingen kan zij niet als rechtspersoon en derhalve niet als belanghebbende worden aangemerkt. Hiertegen is geen hoger beroep ingesteld. De *Vereniging Vrije Vogel* heeft volgens de Rechtbank tenslotte wél een rechtstreeks belang. De Rechtbank acht haar statutaire doelstelling voldoende om te concluderen dat zij wordt getroffen in een belang dat zij in het bijzonder behartigt. Desondanks volgt uit onderzoek naar de tarieven, dat van de vermeende excessieve tarieven geen sprake is, zodat, zo er al sprake zou zijn van een machtspositie, geen sprake is van mis-

bruik. Wel werd het beroep van Vereniging Vrije Vogel gegrond verklaard voorzover het was gericht op misbruik in verband met het hanteren van onredelijke voorwaarden, te weten: wachtlijsten en overboekingen. Naar aanleiding daarvan diende de NMa een nieuw besluit op bezwaar te nemen⁴⁷.

Het begrip onderneming

In *Van Vollenhoven Olie/d-g NMa*⁴⁸ bevestigt het CBB het oordeel van de Rechtbank Rotterdam dat er geen sprake is van een door artikel 6 of artikel 24 Mw verboden gedraging van een onderneming wanneer de gemeente een besluit neemt omtrent (wijziging van) een bestemmingsplan. Van Vollenhoven tracht reeds jaren een verkooppunt motorbrandstoffen te vestigen op een bedrijventerrein in Venlo. Het bestemmingsplan bevat echter een 'motorbrandstoffenclausule' op grond waarvan het anderen dan een zekere Schreurs niet is toegestaan op bedoeld bedrijventerrein motorbrandstoffen *en detail* te verkopen. Van Vollenhoven stelt dat bedoelde clausule niet om planologische redenen maar om economische redenen in het bestemmingsplan is opgenomen, namelijk om een overeenkomst met Schreurs na te komen, waarin de gemeente zich had verbonden Schreurs exclusiviteit te verlenen. Het CBB overweegt dat de gemeente door het laten voortduren van een situatie waarin voor anderen dan voor Schreurs niet de mogelijkheid bestaat een motorbrandstoffenverkooppunt in het plangebied te vestigen, zich overeenkomstig de inspanningsverplichting gedraagt en aldus de mededinging beperkt, ook al zou dit gedrag niet afdwingbaar zijn. Door de daartoe bevoegde organen zijn geen stappen ondernomen om de bestemmingsplannen te herzien. De Wet Ruimtelijke Ordening bepaalt weliswaar dat bestemmingsplannen ten minste éénmaal in de tien jaar dienen te worden

39 Overigens heeft de d-g NMa te kennen gegeven dat KPN een groter belang in Digitenne kan verwerven zonder dat een economische machtspositie ontstaat of wordt versterkt (zie brieven van de d-g NMa aan de d-g Telecommunicatie en Post d.d. 25 februari en 24 mei 2004).

40 Rechtbank Rotterdam, 11 maart 2003, M. Jankie tegen d-g NMa, overzicht nr. 13.

41 Rechtbank Rotterdam, 11 maart 2003, Comité Verlaging Vliegtarieven Suriname tegen d-g NMa, overzicht nr. 9.

42 Rechtbank Rotterdam, 11 maart 2003, SHIVA/d-g NMa, overzicht nr. 23.

43 Rechtbank Rotterdam, 18 juni 2003, Vereniging Vrije Vogel, overzicht nr. 32.

44 Hetgeen door het CBB inmiddels is bekrachtigd: CBB, 20 februari 2004, AWB 03/447 en 03/448, LJN-nr. AO5968.

45 Rechtbank Rotterdam, 9 augustus 2001, MEDED 99/1783-SIMO, LJN-nr. AB6588.

46 Hetgeen door het CBB inmiddels is bekrachtigd: CBB, 20 februari 2004, AWB 03/447 en 03/448, LJN-nr. AO5968.

47 De d-g NMa heeft bij (zijn tweede) besluit van 18 maart 2004 op bezwaar (zaak 2260) de bezwaren van de Vereniging Vrije Vogel ongegrond verklaard. Voorts wordt na heroverweging en onder aanvulling van de gronden de afwijzing van het verzoek van de Vereniging Vrije Vogel om toepassing van artikel 56 Mw gehandhaafd.

48 CBB, 18 april 2003, Van Vollenhoven Olie B.V./d-g NMa, overzicht nr. 31.

herzien, doch geen bepaling staat er aan in de weg dat dit eerder gebeurt en zulks is ook bepaald niet ongebruikelijk. Bij besluitvorming omtrent de herziening van een bestemmingsplan, handelt de gemeente echter niet als onderneming. Ook niet als dat gebeurt ter uitvoering van een overeenkomst die mogelijk valt onder artikel 6 Mw. Ter motivering verwijst het CBB naar het arrest van het HvJ EG in de zaak *Wouters*,⁴⁹ waaruit volgt dat de mededingingsregels niet van toepassing zijn op een activiteit die, wegens haar aard en doel en de regels waaraan zij is onderworpen, buiten de sfeer van het economisch verkeer valt, dan wel neerkomt op de uitoefening van overheidsprerogatieven. Wijziging van een bestemmingsplan dat is onderworpen aan de in de Wet op Ruimtelijke Ordening neergelegde regelgeving, komt onmiskenbaar neer op de uitoefening van een overheidsprerogatief.⁵⁰ Anders dan de Rechtbank gaat het CBB niet meer in op de vraag of de motorbrandstoffenclausule in de erfpachtvoorwaarden en verkoopovereenkomsten krachtens uitoefening van een overheidsprerogatief tot stand zijn gekomen, omdat desbetreffende stukken ten tijde van het besluit mededingingsrechtelijk niet relevant waren, nu de onmogelijkheid om een brandstofverkooppunt te vestigen reeds voortvloeit uit het bestemmingsplan. Ook al blijven desbetreffende stukken van kracht, pas wanneer het bestemmingsplan wordt gewijzigd, verkrijgen zij relevantie, aldus het CBB. Door thans deze bepalingen niet uit de overeenkomsten te verwijderen, handelt de gemeente niet in strijd met de Mededingingswet. Het CBB bevestigt derhalve, zij het op andere gronden, de uitspraak van de Rechtbank.

Onderzoeksbevoegdheden van de NMa

In 2003 is in vier zaken uitspraak gedaan over de toezichts- en onderzoeksbevoegdheden van de d-g NMa. In *Snitjer en BAM/d-g NMa*⁵¹ had de d-g NMa een onderzoek ingesteld naar overtreding van artikel 6, lid 1 Mw door (o.a.) partijen. Artikel 60 lid 2 Mw bepaalt dat de NMa het rapport en alle verder op de zaak betrekking hebbende stukken voor belanghebbenden ter inzage dient te leggen. Uitgezonderd zijn die stukken die op basis van artikel 10 van de Wet Openbaarheid van Bestuur als vertrouwelijk dienen te worden aangemerkt. De d-g NMa had partijen in het kader van deze openbaarmakingsplicht verzocht of, en zo ja welke, stukken als vertrouwelijk waren aan te merken. Partijen hadden daarop bijna alle stukken als vertrouwelijk aangemerkt, temeer omdat niet duidelijk was wie tot de kring van belanghebbenden behoorde. De d-g NMa ging hiermee niet akkoord, waartegen partijen bezwaar hebben aangetekend en gelijktijdig de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam hebben verzocht de d-g NMa te verbieden de gegevens die zij als vertrouwelijk aanmerkten, openbaar te laten maken. De d-g NMa en partijen zijn het vervolgens ter zitting eens geworden, waarop de Voorzieningenrechter zich aan deze 'schikking' heeft geconformeed en de gewijzigde vordering van partijen heeft toegewezen. De 'schikking' houdt in dat de d-g NMa als

vertrouwelijk aangemerkte informatie niet openbaar maakt buiten de kring van de geadresseerden van het rapport. Ten aanzien van een aantal geadresseerden zal de d-g NMa pas tot verstrekking van die gegevens overgaan, nadat de d-g NMa in het kader van de vereiste belangenafweging heeft vastgesteld dat die geadresseerden desbetreffende gegevens redelijkerwijze nodig kunnen hebben voor hun eigen verdediging en voorts pas nadat eiseressen in kennis zijn gesteld van de resultaten van die belangenafweging en één week is verstreken.⁵² Over deze problematiek heeft de Voorzieningenrechter in de zaak *KWS/d-g NMa*⁵³ een soortgelijke uitspraak gedaan. Inmiddels is deze gang van zaken de standaard praktijk geworden.

In *HBG Civiel/d-g NMa*⁵⁴ is de reikwijdte van onderzoek van de NMa met betrekking tot een 'forensic image' (forensische kopie) van een computerbestand beoordeeld. Dergelijke kopieën bevatten alle bestanden van een harde schijf, inclusief de (reeds lang geleden) gewiste bestanden, de historie van gegevens en de digitale omgeving van bestanden (bijvoorbeeld de status daarvan). De NMa maakt dergelijke kopieën van computerbestanden tijdens bedrijfsbezoeken om computerbestanden op een later tijdstip te kunnen onderzoeken. HBG vordert primair de d-g NMa te gebieden om alle kopieën van gegevensbestanden en bescheiden die hij bij het bedrijfsbezoek bij HBG heeft gemaakt respectievelijk meegenomen, in de originele versie terug te geven en daarvan geen kopieën achter te houden en zich te onthouden van ieder gebruik van de op die bestanden en in die bescheiden opgenomen gegevens. Subsidiair vordert HBG alle elektronische gegevensbestanden met HASH-codes die bij het bedrijfsonderzoek zijn gekopieerd in de originele versie aan HBG terug te geven en daarvan ook geen verdere kopieën achter te houden en zich te onthouden van ieder gebruik van de informatie die op die bestanden is aangetroffen. De Voorzieningenrechter verbiedt de d-g NMa om gebruik te maken van de informatie die is vastgelegd op de tijdens de bedrijfsbezoeken gemaakte 'forensic images' indien niet is gedaan aan de volgende voorwaarden:

- 1 de d-g NMa dient HBG de relevante informatie te verschaffen voor het verkrijgen van toegang tot de op de schijven aanwezige gegevens die zij thans niet kan raadplegen en
- 2 zodra de d-g NMa overgaat tot gericht zoeken in de door hem vervaardigde 'forensic images', HBG in de gelegenheid te stellen dit onderzoek bij te wonen en indien HBG

49 HvJ EG zaak C-309/99, *Wouters e.a./ Algemene Raad van de NOvA*, Jur. 2002, p. I-1577.

50 Zie ook A.J. Vossestein, *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2003, p. 131-137.

51 Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag, 22 januari 2003, *Snitjer en BAM* tegen Staat der Nederlanden, overzicht nr. 24.

52 Zie ook B.A. Nijs, *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2003, p. 39-40.

53 Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag, 22 januari 2003, *KWS/Staat der Nederlanden*, overzicht nr. 16.

54 Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag, 9 april 2003, *HBG Civiel* tegen Staat der Nederlanden, overzicht nr. 12.

daarvan geen gebruik wenst te maken, HBG op de hoogte te stellen van de zoektermen die bij het onderzoek worden gebruikt.

Op deze manier wordt HBG ook de gelegenheid geboden om te beoordelen of zich op de 'forensic images' privé-documenten bevinden en/of documenten waarop 'legal privilege' rust, en, om zo dit het geval is, de d-g NMa te verzoeken deze documenten aan haar af te geven, wanneer de d-g NMa daartoe niet al uit eigen beweging zou overgaan. Mede naar aanleiding van deze procedure en de gelijktijdige procedure, *Van Hattum & Blankenvoort/d-g NMa*⁵⁵ waarin eenzelfde uitspraak is gedaan, zijn op 6 juni 2003 op de website van de NMa haar werkwijze met betrekking tot het inzien en kopiëren van digitale gegevens en bescheiden gepubliceerd. De uitspraken zijn naar de smaak van velen te terughoudend geweest⁵⁶. Het resultaat is onbevredigend te noemen omdat de werkwijze zoals die nu door de NMa wordt gehanteerd, geenszins daadwerkelijk effectieve bescherming biedt tegen het doorzoekingsverbod.

In *Texaco/d-g NMa*⁵⁷ beslist de Rechtbank Rotterdam over de reikwijdte van de medewerkingplicht van een onderneming op basis van artikel 53 Mw juncto artikelen 5:16 en 5:20 Awb. De Rechtbank overweegt dat aan de in artikel 5:16 Awb aan de d-g NMa toegekende bevoegdheid inlichtingen te vorderen, invulling wordt gegeven door middel van artikel 5:20 Awb doordat *eenieder* verplicht is medewerking te verlenen aan een toezichthouder die deze redelijkerwijze kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden. Deze tekst biedt geen ruimte voor een beperking van de kring van personen tot wie een vordering tot medewerking om inlichtingen te geven kan worden gericht. Evenmin biedt de memorie van toelichting en de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 5:20 Awb aanknopingspunten de medewerkingplicht te beperken tot een specifieke groep personen. Dat de Europese Commissie (tot 1 mei 2004) desbetreffende bevoegdheid niet had, doet aan vorenstaande overweging niets af. De parallelle die de wetgever met het communautaire mededingingsrecht nastreeft, ziet in beginsel op het materiële recht en niet op de wijze waarop de nationale wetgever het toezicht op de naleving van het mededingingsrecht gestalte geeft. De enige beperking op de 'inlichtingenplicht' wordt gevormd door het evenredigheidsbeginsel (beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit) en het criterium van betrokkenheid. Het criterium van betrokkenheid houdt volgens de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 5:13 Awb in dat een toezichtsbevoegdheid slechts mag worden uitgeoefend jegens personen die betrokken zijn bij activiteiten waarop moet worden toegezien ingevolge de wettelijke regeling op grond waarvan de toezichthouder met toezicht is belast. De Rechtbank verwerpt het verweer dat de verplichting van de onderneming tot het verstrekken van inlichtingen door haar medewerkers haar zwijgrecht uitholt, omdat de werknemers geen beroep zouden kunnen doen op artikel 53 Mw. De Rechtbank oordeelt dat het zwijgrecht ook aan de werk-

nemers toekomt nu artikel 53 Mw – kort gezegd – bepaalt dat er geen verplichting bestaat *aan de zijde van* de onderneming een verklaring af te leggen. De Rechtbank kan uit de tekst van artikel 53 Mw noch uit de totstandkomingsgeschiedenis daarvan concluderen dat de kring van personen binnen een onderneming die zich op het zwijgrecht zou kunnen beroepen op voorhand beperkt zou zijn. De Rechtbank leidt hier uit af dat in beginsel aan *eenieder* die tot die onderneming behoort en via wie de onderneming wordt gehoord – dus niet alleen de wettelijk vertegenwoordigers – het zwijgrecht toekomt. Alhoewel de Rechtbank zich niet expliciet uitlaat over oud-werknemers, lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat ook oud-werknemers een beroep op artikel 53 Mw toekomt.⁵⁸

Overig

In het hierboven besproken arrest *NOS HMG/NMa (derde belanghebbende: De Telegraaf)*⁵⁹ is invulling gegeven aan de reikwijdte van artikel 63 lid 1 Mw, waarin is bepaald dat de werking van een boetebeschikking of een last onder dwangsom van de d-g NMa wordt opgeschort totdat de beroepstermijn is verstreken, of indien beroep is ingesteld, totdat op het beroep is beslist. De Voorzieningenrechter oordeelt dat de opschorting van rechtswege uit hoofde van voormeld artikel, alleen geldt voor beroep bij de Rechtbank en niet voor hoger beroep bij het CBB.

In *Carglass/Glasgarage/d-g NMa*⁶⁰ concludeert de Rechtbank Rotterdam dat Carglass geen procesbelang heeft bij haar bezwaar tegen de beslissing van de d-g NMa, nu Carglass zich in de beslissing kan vinden⁶¹ en uitsluitend bezwaar heeft aangetekend omdat de inhoud van het rapport volgens haar onjuistheden bevat. Het rapport is echter niet een op rechtsgevolg gericht besluit in de zin van artikel 1:3 Awb, waar bezwaar tegen open staat. De verweren van Carglass op grond van het EVRM en het BUPO verwerpt de Rechtbank eveneens. De door Carglass gestelde schade als gevolg van het onderzoek levert evenmin procesbelang op. Een bedrijfsbezoek is één van de handhavingmethoden, welke zeer belangrijk is om naleving van de Mededingingswet te waarborgen. De met een dergelijk onderzoek gepaard gaande verstoring van de bedrijfsgang is op zichzelf – mits bepaalde grenzen niet worden overschreden – geen reden voor compensatie. Het is aan de

55 Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag, 9 april 2003, *Van Hattum & Blankenvoort B.V.* tegen Staat der Nederlanden, overzicht nr. 30.

56 Zie de bijdrage in *M&M* 2003, p.182-187 en de bijdrage in *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2003, p. 86-92.

57 Rechtbank Rotterdam, 7 augustus 2003, *Texaco Nederland* tegen d-g NMa, overzicht nr. 28.

58 Zie verder over deze uitspraak Balhuizen, Korsten en Van Wanroij, *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2003, p. 160-166; L.E.J. Korsten en M. van Wanroij, *Bedrijfsjuridische Berichten*, 10 november 2003 p. 172-176.

59 CBB, 9 april 2003, *NOS* en *HMG* tegen d-g NMa, overzicht nr. 19.

60 Rechtbank Rotterdam, 11 maart 2003, *Carglass en Glasgarage Rotterdam* tegen d-g NMa, overzicht nr. 5.

civiele rechter om te bepalen of de gestelde schade in een civielrechtelijke procedure betekenis toekomt. Carglass wordt derhalve niet-ontvankelijk verklaard. Ook Glasgarage is, als derde-belanghebbende, tegen de beslissing van de NMa op bezwaar in beroep gegaan bij de Rechtbank Rotterdam. De d-g NMa heeft in de ogen van Glasgarage ten onrechte afgezien van nader onderzoek naar de positie van Carglass op de relevante markt. Als directe concurrent van Carglass is Glasgarage belanghebbende bij het primaire besluit. Het is vaste jurisprudentie dat een directe concurrent in beginsel een voldoende objectief bepaalbaar, eigen (persoonlijk, individualiseerbaar) en actueel belang heeft om als belanghebbende te kunnen worden aangemerkt. De Rechtbank overweegt dat de d-g NMa weliswaar niet verplicht is om ieder element van een klacht specifiek te behandelen, doch gezien de aard van de korting (hoogte, kortingsysteem en vertrouwelijkheid van de gegevens rondom die korting) had de d-g NMa moeten aangeven of deze korting toelaatbaar was. Conform de – door de Rechtbank niet nader gespecificeerde – jurisprudentie van het HvJ EG gaat het er immers niet alleen om een korting puur op zichzelf te bezien, maar gaat het tevens om (het effect van) de samenhang tussen de verschillende kortingen en de plaats die zij in het prijssysteem van een onderneming innemen. De Rechtbank oordeelt dat de d-g NMa een door Glasgarage aangevoerde korting van Carglass van 35% had behoren te onderzoeken.

Dat het toezicht door de NMa zijn grenzen kent, volgt uit *Klijnsoon/d-g NMa*.⁶² Makelaar Klijnsoon hanteert lage tarieven voor taxaties, zulks tot onvrede van de LMV. Op enig moment royeert de LMV Klijnsoon als lid van de LMV, waarop Klijnsoon tegen de LMV een klacht indient bij de NMa. De d-g NMa legt een bedrijfsbezoek af en constateert dat de LMV in strijd handelt met de Mededingingwet. De d-g NMa ziet af van het opmaken van een rapport onder de voorwaarde dat de LMV haar leden bericht dat zij hen vrijlaat in het voeren van een zelfstandig prijsbeleid. Klijnsoon, inmiddels weer lid, voelt zich desondanks niet vrij zijn (lage) tarieven te handhaven en wenst een motivering van zijn eerdere roeyement. De LMV weigert dit te motiveren, waarop Klijnsoon zich wederom tot de NMa wendt. De d-g NMa wijst de eerdere klacht van Klijnsoon alsnog bij besluit af en verklaart het daartegen door Klijnsoon ingestelde bezwaar ongegrond. Klijnsoon stelt beroep in en vraagt om een voorlopige voorziening. De Voorzieningenrechter beslist dat de besluiten van d-g NMa rechtmatig zijn en dat de d-g NMa heeft gehandeld overeenkomstig zijn taak op grond van artikel 3 Mw. Het is niet de taak van de d-g NMa om als intermediair tussen de makelaar en de branchevereniging te fungeren. De Voorzieningenrechter wijst het verzoek af en verklaart tevens, met toepassing van artikel 8:86 Awb (op grond waarvan de Voorzieningenrechter onmiddellijk uitspraak kan doen in de hoofdzaak indien hij van oordeel is dat nader onderzoek redelijkerwijze niet kan bijdragen aan de beoordeling van de zaak), het beroep in de bodemprocedure ongegrond.

In de zaak *Staat der Nederlanden/Vodafone Libertel N.V.*⁶³ wordt de d-g NMa teruggefloten ten aanzien van publicatie van bedrijfsvertrouwelijke gegevens. De NMa was een onderzoek begonnen naar mogelijke overtreding van artikel 24 Mw met betrekking tot de tarieven voor zogenaamde mobiele afwikkeldiensten. Vodafone had op verzoek van de NMa gegevens verstrekt en daarbij telkens aangegeven dat het om bedrijfsvertrouwelijke informatie ging. De NMa had zich door het Engels onderzoeksinstituut London Economics op basis van die gegevens en vergelijkbare gegevens van andere aanbieders van mobiele telefonie, laten adviseren over de afbakening van de relevante markt(en) voor mobiele afwikkeldiensten. Mede op basis van het rapport van London Economics had de d-g NMa een rapport in de zin van artikel 59 Mw opgesteld. De d-g NMa had zijn rapport op de website van de NMa geplaatst en wilde hetzelfde doen met het rapport van London Economics, waartegen Vodafone zich heeft verzet. Vodafone vorderde in kort geding het verbod voor de d-g NMa om het rapport van London Economics op de website van de NMa te publiceren. De Voorzieningenrechter heeft deze vordering toegewezen. Tevens heeft de Voorzieningenrechter de d-g NMa bevolen een kopie van het vonnis toe te zenden aan Ben, Dutchtone, KPN en O2. De d-g NMa is in hoger beroep gegaan bij het Gerechtshof 's-Gravenhage. In appel bevestigt het Hof het vonnis van de Voorzieningenrechter onder verwijzing naar artikel 90 Mw, op grond waarvan inlichtingen die zijn verstrekt aan de NMa uitsluitend voor de toepassing van de Mededingingswet mogen worden gebruikt. Vodafone verzet zich derhalve terecht tegen publicatie van het rapport van London Economics. Het plaatsen van een geanonimiseerde versie, zoals de d-g NMa aanvoerde, acht het Hof gezien de inhoud van het rapport evenmin een acceptabel alternatief. Het Hof ziet geen plaats voor toezending van het arrest met het rapport van London Economics, aan de partijen aan wie eerder het rapport was toegezonden, met de mededeling dat belanghebbenden nog niet hebben kunnen reageren op het rapport en dat het rapport nog moet worden onderworpen aan een nadere beoordeling. Het rapport van London Economics is niet een rapport als bedoeld in artikel 59 Mw, dat zou moeten worden onderworpen aan een nadere beoordeling na kennisname van de zienswijze van belanghebbenden.

61 Carglass hanteert drie soorten kortingen: (1) volumegerelateerde kortingen (gestaffelde kortingen), (2) groepskortingen (additionele korting zonder additionele afname, die volgens de d-g NMa een getrouwheidselement bevatten) en (3) communicatiebonussen.

De d-g NMa concludeert dat Carglass een machtspositie heeft en dat Carglass zich met het tweede kortingsysteem schuldig maakt aan misbruik van machtspositie. De eerste en derde kortingsystemen leveren geen misbruik op. Carglass brengt ook het tweede kortingsysteem in overeenstemming met de mededingingsregels en de NMa legt geen boete op.

62 Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam, 18 november 2003, *Klijnsoon tegen d-g NMa*, overzicht nr. 14.

63 Gerechtshof 's-Gravenhage, 25 september 2003, *Staat der Nederlanden/Vodafone Libertel N.V.*, overzicht nr. 26.

In de zaak *Engelgeer/d-g NMa* met als derde partijen de *Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA)* en de *Orde van Advocaten in het arrondissement Amsterdam (OvAA)*⁶⁴ oordeelt de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam over het verzoek van Engelgeer om een voorlopige voorziening in het geschil met de d-g NMa (en de NOvA en de OvAA), over de toelaatbaarheid van tarieven op basis van 'no cure no pay' en 'quota pars litis'. Op grond van dergelijke tarieven wordt geen honorarium gevraagd als het resultaat ongunstig is, maar als een gunstig resultaat wordt behaald, dient een percentage van de opbrengst te worden betaald. Engelgeer had de d-g NMa op grond van artikel 83 lid 1 Mw verzocht een voorlopige last onder dwangsom op te leggen aan de NOvA en de OvAA, waarbij het hen zou worden verboden om de Verordening op de Praktijkuitoefening waarin het verbod op 'no cure no pay' en 'quota pars litis' is opgenomen, te handhaven. De d-g NMa wijst het verzoek van Engelgeer zowel bij primair besluit als in bezwaar af wegens gebrek aan spoedeisend belang. Engelgeer gaat in beroep bij de Rechtbank Rotterdam en vraagt tevens een voorlopige voorziening bij de voorzieningenrechter van die rechtbank. De Voorzieningenrechter acht het oordeel van de d-g NMa dat geen sprake is van onverwijlde spoed in de zin van artikel 83 lid 1 Mw, onvoldoende onderbouwd en vernietigt het besluit. De Voorzieningenrechter laat echter de rechtsgevolgen van het besluit in stand, omdat niet aannemelijk is dat artikel 6 lid 1 Mw is overtreden, zodat niet is voldaan aan de vereiste van artikel 83 lid 1 Mw. Dit artikel vereist dat de d-g NMa een last onder dwangsom kan opleggen indien 'naar zijn voorlopig oordeel aannemelijk is' dat artikel 6 lid 1 Mw is overtreden. De d-g NMa heeft ten overstaan van de Voorzieningenrechter aangegeven dat niet zeker is of artikel 6 Mw is overtreden. Reden hiervoor is het arrest Wouters⁶⁵ en de naar aanleiding daarvan door de NOvA voorgenomen proef waarbij aan een specifieke groep cliënten voor bepaalde letselschadezaken honorering op basis van 'no cure no pay' en 'quota pars litis' wordt toegestaan.⁶⁶ De d-g NMa zal deze ontwikkelingen moeten meewegen bij de beslissing op grond van artikel 56 Mw, waardoor de uitkomst allerminst zeker is.

Bijlage

1. Hof Arnhem, 13 mei 2003, Apellant tegen Folio Vastgoed, 03/003, LJN-nr. AF9031.
2. Voorzieningenrechter Rechtbank Alkmaar, 18 maart 2003, Bedrijvenvereniging Huiswaard-Overstad, Vereniging van Eigenaren Binnenstad Alkmaar en Winkeliersvereniging Binnenstad Alkmaar tegen het college van burgemeesters en wethouders van de gemeente Alkmaar, WW44 03/294, LJN-nr. AF5922.
3. Gerechtshof Leeuwarden, 23 april 2003, Bogin, Multipharma B.V., Alphapharma B.V., Pharmachemie B.V., Hexal Pharma Nederland B.V., Katwijk Farma B.V., Magnafarma B.V., Viatrix B.V. en Siphar International

B.V. tegen Geové RZG Zorgverzekeraar U.A., 03000026, LJN-nr. AF8903.

4. Rechtbank Rotterdam, 1 mei 2003, Broadcast Newco Two B.V. tegen d-g NMa, MEDED 01/1043, LJN-nr. AF9122.
5. Rechtbank Rotterdam, 11 maart 2003, Carglass B.V. en Glasgarage Rotterdam B.V. tegen d-g NMa, MEDED 01/2674 en 01/2629, LJN-nr. AF 8902.
6. Raad van State, afdeling bestuursrechtspraak, 7 mei 2003, Centrale Organisatie voor de Vleesgroothandel e.a. tegen de Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij, 200202457/1, LJN-nr. AF8315.
7. Raad van State, afdeling bestuursrechtspraak, 7 mei 2003, Centrale Organisatie voor de Vleesgroothandel e.a. tegen de Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij, 200202516/1, LJN-nr. AF8314.
8. Raad van State, afdeling bestuursrechtspraak, 7 mei 2003, Centrale Organisatie voor de Vleesgroothandel e.a. tegen de Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij, en 200201196/1, LJN-nr. AF 8316; in: *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2003, p. 152.
9. Rechtbank Rotterdam, 11 maart 2003, Comité Verlaging Vliegtarieven Suriname tegen d-g NMa, MEDED 02/02155, LJN-nr. AF 5736.
10. Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag, 12 november 2003, Educatief Net B.V. h.o.d.n. nl.tree en Easynet Group Nederland B.V. tegen Koninklijke KPN N.V., KPN Telecom B.V., XS4ALL Holding B.V. en XS4ALL Internet B.V., KG 03/1190, LJN-nr. AN7985; in: *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2003, p. 225.
11. Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam, 27 november 2003, G. Engelgeer tegen d-g NMa (met als derden-partijen de Nederlandse Orde van Advocaten en de Orde van Advocaten in het arrondissement Amsterdam, VMEDED 03/3001 MES en MEDED 03/3002 MES (hoofdzaak), in: *M&M* 2004, p. 23 en *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2004, p. 38.
12. Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag, 9 april 2003, HBG Civiel B.V. tegen Staat der Nederlanden (d-g NMa), KG 03/342, LJN-nr. AF7087; in: *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2003, p. 86 en *M&M* 2003, p. 182.
13. Rechtbank Rotterdam, 11 maart 2003, M. Jankie tegen d-g NMa, MEDED 02/00092, LJN-nr. AF 5745; in: *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2003, p. 95.
14. Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam, 18 november 2003, Klijnsoon tegen d-g NMa, VMEDED 03/2763 MES en MEDED 03/2764 MES (hoofdzaak).

⁶⁴ Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam, 26 november 2003, Engelgeer tegen d-g NMa, overzicht nr. 11.

⁶⁵ HvJ EG zaak C-309/99, Wouters e.a./ Algemene Raad van de NOvA, *Jur.* 2002, p. I-1577.

⁶⁶ Zie voor annotatie P. Glazener in *M&M* 2004 p. 23. Overigens heeft minister Donner eind juni de NOvA een brief gestuurd waarin hij aankondigt het voorgenomen experiment van de NOvA met 'no cure no pay' dat in november 2004 van start zou gaan te verbieden.

15. Hoge Raad, 23 mei 2003, De Vereniging Koninklijke Nederlandse Voetbalbond (KNVB) tegen Stichting Feye-noord, C01/255HR; in: IER 2003, 52 en JOL 2003, 292, NJ 2003, 494.
16. Voorzieningenrechter Den Haag, 22 januari 2003, Koninklijke Wegenbouw Stevin (KWS) tegen Staat der Nederlanden (Ministerie van Economische Zaken, Nederlandse Mededingingsautoriteit), KG 03/20, LJJN-nr. AF3193.
17. Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag, 15 april 2003, Landelijke Belangenvereniging van Verkeersopleidingsinstituten (LBVI) tegen het Centraal Bureau Rijvaardigheidsbewijzen (CBR) en de Staat der Nederlanden (Ministerie van Verkeer en Waterstaat), KG 02/1577, LJJN-nr. AF7282; in: *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2003, p. 155.
18. Rechtbank Rotterdam, Mr Linders e.a. (Bredase notarissen) tegen NMa, MEDED 01/621, LJJN-nr. AH 9702; in: *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2003, p. 137.
19. College van Beroep voor het Bedrijfsleven, 9 april 2003, NOS en HMG tegen d-g NMa (derde belanghebbende: De Telegraaf), AWB 03/240, LJJN-nr. AF7441; in: *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2003, p. 110.
20. Hoge Raad, 6 juni 2003, NOS, AVRO, KRO, NCRV, EO, TROS, VARA en VPRO tegen De Telegraaf, C01/183HR, LJJN-nr.: AF5100; in: *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2003 p. 180 en *M&M* 2003, p. 204 en JOL 2003, 302 en NJ 2003, 505.
21. Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam, 2 mei 2003, Rigu Sound B.V. tegen BMG Nederland B.V. en Masterfoods Veghel B.V., KG 03/919 AB, LJJN-nr. AF8710
22. Hof Arnhem, 13 mei 2003, Schuitema tegen Dunnewind-Hooier, 03/069, LJJN-nr. AF9024.
23. Rechtbank Rotterdam, 11 maart 2003, Sociaal Culturele Vereniging SHIVA tegen d-g NMa, MEDED 02/00091, LJJN-nr. AF5735; in: *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2003, p. 92.
24. Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag, 22 januari 2003, Snitjer B.V. en BAM NBM Wegenbouw Noordoost B.V. tegen Staat der Nederlanden (Ministerie van Economische Zaken en Nederlandse Mededingingsautoriteit), KG 03/21, LJJN-nr. AF3195; in: *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2003, p. 39.
25. Hoge Raad, 21 maart 2003, Staat der Nederlanden (Ministerie van Defensie) tegen Vereniging Centraal Bureau voor de Rijn- en Binnenvaart en de Internationale Tankscheepvaartvereniging, C01/202HR, LJJN-nr. AF2293; in: JOL 2003, 165.
26. Gerechtshof Den Haag, 25 september 2003, Staat der Nederlanden (Ministerie van Economische Zaken en de d-g NMa) tegen Vodafone Libertel N.V., 02/1476 KG; in: KG 2003, 257 en *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2003, p 184.
27. Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag, 13 november 2003, Sunfield Holland B.V. tegen Dekker Breeding B.V., KG 03/1069, LJJN-nr. AN8914.
28. Rechtbank Rotterdam, 7 augustus 2003, Texaco Nederland B.V. tegen d-g NMa, MEDED 02/259, LJJN-nr. AI1062; in: *Bedrijfsjuridische Berichten* 2003, p. 172 en *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2003, p. 160.
29. Voorzieningenrechter Rechtbank Alkmaar, 20 november 2003, Ubbink Garden B.V. tegen Fosch Creation Productie B.V., KG 400/2003 JJ.
30. Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag, 9 april 2003, Van Hattum & Blankevoort BV tegen Staat der Nederlanden (d-g NMa), KG 03/341; in: KG 2003, 117 en *M&M* 2003, p. 182.
31. Centraal Bureau voor het Bedrijfsleven, 18 april 2003, Van Vollenhoven Olie BV tegen d-g NMa, AWB 01/753, LJJN-nr. AF8094; in: *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2003, p. 131.
32. Rechtbank Rotterdam, 18 juni 2003, Vereniging Vrije Vogel (VVV) tegen d-g NMa (als derde partij: KLM N.V.), MEDED 01/2753, LJJN-nr. AI0095.
33. Voorzieningenrechter Rechtbank Almelo, 19 februari 2003, X tegen Owm Amicon Zorgverzekeraar Ziekenfonds u.a. en Amicon Zorgverzekeraar Particulier N.V., 56167 KG ZA 03-38, LJJN-nr. AF4833.
34. Hoge Raad, 19 september 2003, Zuivelcoöperatie Campina UA (voorheen Zuivelcoöperatie Melkunie UA) tegen P. Wijnhoven en P.M.M. Meulegas, C02/039HR; in: *Rechtspraak van de Week* 2003, p. 145 en *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2004, p. 16.