



Artikelen

## Rechtspraak over de Mededingingswet in 1999

mr drs W. Knibbeler

In deze bijdrage worden de 31 mij bekende uitspraken van Nederlandse rechters in 1999 besproken waarin de Mededingingswet aan de orde komt. Deze uitspraken zijn opgenomen in de bijlage, met in het voorkomende geval een vermelding van de daarbij verschenen annotatie. Dit overzichtsartikel is een aflevering in het jaarlijks feuilleton 'Rechtspraak over de Mededingingswet', dat in 1998 in dit tijdschrift gestart is.<sup>1</sup>

### Algemeen

#### Kortgedingprocedure

Ofschoon de Mededingingswet (Mw) en de krachtens deze wet in het leven geroepen toezichthouder, de Nederlandse Mededingingsautoriteit, zich in een toenemende bekendheid mogen verheugen, valt op dat het aantal rechterlijke uitspraken waarin de Mededingingswet aan de orde komt niet toeneemt. Een verklaring daarvoor is wellicht gelegen in de problemen waarop eisers in een kort geding stuiten indien zij zich beroepen op het mededingingsrecht. Willen mededingingsrechtelijke argumenten een kans van slagen hebben dan dient een zaak zeer grondig feitelijk te worden onderbouwd en dient, met name in zaken die betrekking hebben op artikel 24 Mw, een 'relevante markt' aannemelijk te worden gemaakt, waarop het gedrag dat gedaagden verweten wordt zich afspeelt. Een kort geding leent zich slecht daarvoor. Illustratief voor de problemen waarop eisers in een kort geding stuiten zijn de uitspraken in de zaken van de Vereniging voor de Groot- en Tussenhandel in Groenten en Fruit ('VGT') tegen veiling 'The Greenery'.<sup>2</sup>

De VGT stelde zich onder meer op het standpunt dat een tarievenwijziging van The Greenery zou kunnen worden gekwalificeerd als misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 24 Mw. De president oordeelde dat voor de beoordeling van het geschil als de relevante markt diende te worden beschouwd de markt voor de verkoop van groenten en fruit aan groot- en tussenhandelaren in de groenten- en fruitsector in Nederland. Op die markt heeft The Greenery geen machtspositie. VGT kwam tegen dit oordeel tevergeefs in hoger beroep. Het Hof Den Haag oordeelde onder meer: 'dat de aard van de kortgedingprocedure met zich meebrengt, dat deze niet geschikt is om te komen tot een correcte afbakening van deze relevante marktpositie, nu daarvoor een gedetailleerd cijfermatig onderzoek vereist zou zijn.' Kortgedingprocedures die erop gericht zijn levering van goederen of diensten af te dwingen met een beroep op artikel 24 Mw leiden maar zelden tot succes.<sup>3</sup> Zelfs in netwerkgebonden sectoren – zoals de kabelsector – waar het gemeengoed is dat de netwerkexploitant een machtspositie inneemt, is de president in kort geding terughoudend met beantwoording van de vraag of sprake is van misbruik. Zo oordeelde de president van de rechtbank Amsterdam in het – zoveelste – geschil tussen Canal+ en Kabeltelevisie Amsterdam over doorgiftevergoedingen<sup>4</sup>: 'een kort geding leent zich echter niet voor de beoordeling van de vraag of KTA jegens Canal+ in strijd met het bepaalde in artikel 24 lid 1 Mw misbruik maakt van haar economische machtspositie.'

mr drs W. Knibbeler is advocaat bij Nauta Dutilh te Amsterdam.

1 F.J. Leeftang en K.J.M. Mortelmans, Rechtspraak over de Mededingingswet in 1998, *M&M* 1999, p. 86.

2 Bijlage, nr. 5 en nr. 22.

3 Vergelijk Bijlage, nr. 8 en nr. 22.

4 Bijlage, nr. 4.

Evenals in 1998 bestaat het overgrote deel van de rechtspraak uit kortgedinguitspraken. De terughoudende opstelling van kortgedingrechtters vormt wellicht een verklaring voor het feit dat de in dit overzicht besproken zaken in het jaar 1999 geen toename vertonen. Voor uitspraken in civiele of administratieve bodemprocedures lijkt het in het algemeen nog te vroeg. In het overzicht zijn slechts vijf civiele uitspraken opgenomen in bodemprocedures waar de Mededingingswet centraal staat. Het gaat daarbij om twee vonnissen in gelieerde zaken van de rechtbank Zutphen, en uitspraken van respectievelijk de rechtbanken Utrecht, Rotterdam en Groningen. Deze uitspraken verdienen bijzondere aandacht omdat daarin, anders dan bij uitspraken of beschikkingen van de kortgedingrechter of de d-g NMa, definitieve rechtsoordelen worden geveld. De in deze bijdrage opgenomen uitspraak in een civiele bodemprocedure van de Hoge Raad over de uitreeregelingen bij coöperaties kan van belang zijn voor de toepassing van de Mededingingswet, maar kent zijn oorsprong in de prehistorie van het Nederlandse mededingingsrecht. In een uitspraak van de Hoge Raad van 15 oktober 1999 wordt een onjuiste kortgedinguitspraak van het Hof Arnhem geredresseerd. Er zijn nog steeds geen uitspraken van de rechtbank Rotterdam in beroepsprocedures tegen besluiten van de d-g NMa. De uitspraken van het College van Beroep van het bedrijfsleven en de president van de rechtbank Rotterdam hebben betrekking op het overgangsrecht.

Voor wat betreft de kortgedingpraktijk is inmiddels duidelijk dat de uitspraak van de president van de rechtbank Den Haag in de zaak *Campinggids/ANWB*<sup>5</sup> niet wordt gevolgd door andere kortgedingrechtters. De president oordeelde in die veel bekritiseerde uitspraak dat de procedure van artikel 83 Mw tot het geven van een voorlopige last onder dwangsom adequaat is en met voldoende waarborgen omkleed. Tegen deze achtergrond zou er slechts plaats zijn voor een voorziening in kort geding, totdat de d-g NMa op een verzoek tot toepassing van artikel 83 Mw zou hebben beslist. Deze doctrine heeft in de rechtspraak geen ingang gevonden. Zo oordeelde het Hof Den Haag<sup>6</sup> in de zaak van de opticien De Graaf tegen de zorgverzekeraar Zorg en Zekerheid dat de kortgedingrechter is gehouden een voorlopige voorziening te treffen, 'telkens wanneer naar zijn oordeel, gelet op de belangen van partijen, een zaak uit hoofde van onverwijlde spoed zulks vereist'. 'De omstandigheid dat de directeur-generaal van de NMa kennelijk geen aanleiding heeft gezien om op de voet van artikel 83 Mw een voorlopige last op te leggen doet aan een en ander niet af', aldus het Hof. Het Hof Den Bosch oordeelde in de zaak *Thijm/Diesel*<sup>7</sup> dat als *prima facie* evident is dat sprake is van een machtspositie, de civiele rechter tot het oordeel kan komen dat 'de relevante bepalingen zijn geschonden.'

## Ondernemingsbegrip

Artikel 1 sub f Mw verwijst voor het begrip 'onderneming' naar artikel 85 lid 1 EG. Door de vernummering van het EG-Verdrag is deze verwijzing inmiddels een anachronisme geworden. Een onderneming in de zin van artikel 81 lid 1 van het EG-Verdrag is 'een eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm of de wijze waarop zij wordt gefinancierd'.<sup>8</sup> Deze omschrijving is zeer ruim. Zo oordeelde het Hof van Justitie in de zaak *CNSD*<sup>9</sup> dat de activiteiten van een douane-expediteur als ondernemingsactiviteiten kwalificeren. In de zaak *Commissie/Nederland* heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat ondanks hun publieke taken notarissen en deurwaarders een economische activiteit uitoefenen.<sup>10</sup> Ofschoon deze uitspraak betrekking heeft op de zesde BTW-richtlijn wordt deze door advocaat-generaal Cosmas in zijn conclusie bij het arrest *CNSD* in verband gebracht met het criterium van artikel 81 EG. De NMa heeft inmiddels onder meer ziekenhuizen<sup>11</sup> en gemeenten bij de uitgifte van grond in erfpacht<sup>12</sup> als ondernemingen aangemerkt.

In 1998 bestond ten aanzien van het ondernemingsbegrip in de rechtspraak nog enige verwarring. Zo oordeelde het Hof Arnhem in een arrest d.d. 9 juli 1998 (*Benegas*) dat afnemers die het door hun aangekochte gas zelf gebruiken niet als 'ondernemer' kunnen worden aangemerkt. De Hoge Raad heeft deze uitspraak vernietigd, omdat de omstandigheid dat een afnemer het hem geleverde gas niet doorverkoopt vanzelfsprekend geenszins uitsluit dat die afnemer ondernemer is.<sup>13</sup> De onzekerheid die blijkens de uitspraak van de president Almelo d.d. 6 januari 1998 nog bestond over de vraag of een zorgverzekeraar als onderneming kan worden aangemerkt, is weggenomen door het besluit van de NMa in de zaken *Amicon* en *Texincare*.<sup>14</sup> Vier van de kortgedinguitspraken in 1999 richten zich tegen zorgverzekeraars.<sup>15</sup> In deze uitspraken worden de betrokken zorgverzekeraars als ondernemingen aangemerkt.

De uitspraak van het Hof te Amsterdam in de zaak *Security Print Vianen/Gemeente Amsterdam* vormt een vreemde eend in de mededingingsrechtelijke bijt. In deze procedure stelt Security Print zich op het standpunt dat de Gemeente jegens haar onrechtmatig heeft gehandeld door zich ongeoorloofd in concurrentie met Security Print te begeven. Inzet van de procedure is het vraagstuk van con-

5 Vergelijk *TVVS* 1998, p. 247, *M&M* 1998, p. 99; *M&M* 1999, p. 97.

6 Bijlage, nr. 26.

7 Bijlage, nr. 8.

8 HvJEG 23 april 1991, zaak C 41/90, Höffner, Jur. 1991, p. I-1979, r.o. 21.

9 HvJEG 18 juni 1998, zaak C 35/96, Jur. 1998, p. I-3851; GvEA 30 maart 2000, zaak T-513/93, n.n.g. in Jur.

10 HvJEG 26 maart 1987, zaak 235/85, Jur. 1987, p. 147.

11 Besluit van 5 juni 1998, zaaknr. 165, Sophia Ziekenhuis.

12 Besluit van 23 juli 1999, zaaknr. 101, gemeente Amsterdam/Bloemenmarkt.

13 Bijlage, nr. 27.

14 Besluiten van 18 juni 1999, zaak 407 en 882.

15 Bijlage, nrs. 2, 12, 16 en 26.

currentievervalsing door overheidsinstellingen die zich op de private markt begeven.<sup>16</sup> Het Hof heeft een aantal vragen aan een deskundige voorgelegd. In navolging van het arrest van de Hoge Raad d.d. 8 maart 1974<sup>17</sup> oordeelt het Hof: 'dat het een overheidslichaam niet verboden is diensten te verlenen die niet vallen binnen de wettelijke taakomschrijving van dat lichaam, maar dat een overheidslichaam onder omstandigheden onrechtmatig kan handelen indien de overheid in vergelijking tot andere private deelnemers op de desbetreffende markt een belangrijke voor-sprong heeft doordat zij als overheid voordelen geniet die andere mededingers op de markt moeten ontberen.'

In zijn uitspraak in de zaak KNVB/-Feijenoord<sup>18</sup> oordeelde de rechtbank Rotterdam dat de KNVB dient te worden aangemerkt als een ondernemersvereniging. Het Gerecht van eerste aanleg van de EG heeft in zijn recente arrest in de Cementzaken<sup>19</sup> geoordeeld dat voor de toepassing van artikel 81 lid 1 EG het niet noodzakelijk is dat ondernemingsverenigingen zelf een commerciële activiteit uitoefenen. Een overeenkomst tussen ondernemersverenigingen wordt door de NMa eveneens als een besluit van een ondernemersvereniging beschouwd.<sup>20</sup> Letterlijk vallen overeenkomsten tussen ondernemersverenigingen evenwel niet onder de werkingssfeer van artikel 6 Mw.

### Openbaarheid

In 1999 is één interessante uitspraak gewezen met betrekking tot de openbaarmaking van gegevens.<sup>21</sup> De NMa wijst verzoeken om inzage met een beroep op de Wet openbaarheid van bestuur (WOB) af, omdat de Mw in zijn ogen een bijzondere en uitputtende openbaarmakingsregeling kent.<sup>22</sup> Die regeling is naar het oordeel van de NMa vervat in de artikelen 90 en 91 Mw. Deze zienswijze van de NMa is nog niet door de bestuursrechter getoetst. Indien beroep wordt ingesteld tegen een besluit dient de NMa ingevolge artikel 8:42 Awb het gehele dossier aan de rechtbank te zenden. Voorts kan de NMa ingevolge artikel 8:28 Awb worden verplicht schriftelijk inlichtingen aan de rechtbank te verstrekken. Blijkens artikel 8:31 Awb kan de rechtbank gevolgtrekkingen verbinden aan de niet-naleving van deze verplichting.

De NMa kan daardoor in een positie komen die haar dwingt vertrouwelijke informatie openbaar te maken. Artikel 8:29 Awb biedt in dit verband een uitweg. Partijen kunnen, indien daarvoor gewichtige redenen zijn, de rechtbank mededelen dat uitsluitend zij kennis zal mogen nemen van de inlichtingen of stukken die zij moeten overleggen. Blijkens artikel 8:29 lid 2 Awb zijn dergelijke gewichtige redenen voor een bestuursorgaan in ieder geval niet aanwezig voorzover ingevolge de Wet openbaarheid van bestuur de verplichting zou bestaan een verzoek om informatie, vervat in de over te leggen stukken, in te willen. Een rechter-commissaris van de rechtbank Rotterdam heeft in het kader van een tussen MKB-Nederland en de NMa aanhangige procedure over de vergunning voor de concentratie tussen KBB en Vendex moeten beslissen over

een verzoek tot beperkte kennisneming door de rechtbank in de zin van artikel 8:29 Awb. Bij deze beoordeling deed zich de complicatie voor dat naar het oordeel van de NMa de WOB – vanwege de in de Mededingingswet vervatte openbaarmakingsregeling – niet van toepassing is.<sup>23</sup> Dit zou betekenen dat niet rechtstreeks aan artikel 8:29 lid 2 Awb getoetst kan worden. De rechter-commissaris heeft geoordeeld dat het bestaan van een bijzondere openbaarmakingsregeling in ieder geval niet tot de conclusie kan leiden dat beperking van de kennisneming van bepaalde stukken in een procedure op grond van de Awb zonder meer gerechtvaardigd is. Ten aanzien van stukken die waren opgesteld door de Europese Commissie oordeelde de rechter-commissaris 'dat hier geen bijzonder openbaarmakingsregime aan de orde is, zodat de WOB ten deze van toepassing is'. Gelet op het belang van een goede samenwerking tussen de Commissie en de NMa kan naar zijn oordeel ten aanzien van deze documenten wel de weigeringsgrond als bedoeld in artikel 10 lid 2 sub a WOB worden ingeroepen.

Voor wat betreft de stukken die vertrouwelijke bedrijfsgegevens bevatten toetste de rechter-commissaris direct aan artikel 10 lid 1 sub c WOB, zonder zich af te vragen of de Mw een uitputtende openbaarmakingsregeling kent. Beperking van de kennisneming van een derde categorie, zonder bedrijfsgeheimen, stukken werd aanvaard door de rechter-commissaris met verwijzing naar de relatieve uitzonderingsgrond die vervat is in artikel 10 lid 2 sub b WOB. Blijkens deze bepaling blijft het verstrekken van informatie achterwege, voorzover het belang daarvan niet opweegt tegen het belang van de vervulling van de taken van de betrokken bestuursorganen. De rechter-commissaris oordeelde dat de taak van de NMa in negatieve zin zou worden beïnvloed indien partijen van de betrokken stukken zouden kunnen kennisnemen. Deze taxatie was ingegeven door de vrees dat derden in het vervolg geen informatie meer aan de NMa zouden verstrekken, indien deze informatie ook ter kennis van anderen zou worden gebracht.

16 Vergelijk het eindrapport van de Werkgroep Markt en Overheid, d.d. 20 februari 1997; de aanwijzingen inzake het verrichten van marktactiviteiten door de Rijksdienst (Staatscourant 20 mei 1998, p.1); en het advies van de Sociaal Economische Raad d.d. 17 september 1999 ten aanzien van het in de wet opnemen van spelregels voor marktoptreden van de overheid; TK 1999-2000, 24 036, nr. 152, Kabinetsreactie op het SER-advies 'Markt & Overheid'.

17 NJ 1974, 264.

18 Bijlage, nr. 24.

19 Gevoegde zaken T-25/95, etc. arrest van 15 maart 2000 n.n.g., punt 1320.

20 Besluit van 29 juli 1999 in zaaknr. 613, ATV-L, randnr. 21.

21 Bijlage, nr. 28.

22 Besluiten van 4 september en 9 december 1998 in zaaknr. 166, Vendex-KBB; Beslissing op bezwaar van 19 april 1999, zaak nr. 1231, Mulder.

23 De NMa toetst wel indirect aan de WOB bij de toepassing van artikel 35 lid 3 Mw; vergelijk besluit van 27 september 1999 in zaaknr. 1439, Duni en De Ster en besluit van 14 oktober 1999 in zaaknr. 1408, TDG Logistics en Van Straaten, zie ook G.G.J. ten Broeke, Vertrouwelijke gegevens in concentratiebesluiten, *Nieuwsbrief Mededingingsrecht* 2000-1, p. 7.

De uitspraak van de rechter-commissaris is opmerkelijk omdat hij voor wat betreft de stukken van de Europese Commissie tot de slotsom komt dat de WOB van toepassing is, omdat geen bijzonder openbaarheidsregime geldt. De stukken van de Europese Commissie zijn evenwel ten behoeve van de uitvoering van de Mw verkregen. De NMa stelt zich blijkens zijn beschikkingspraktijk op het standpunt dat artikelen 90 en 91 Mw een beroep op de WOB ecarteren. De rechter-commissaris heeft deze redenering niet gevolgd. De uitspraak lijkt daarmee een aanknopingspunt voor de stelling dat de WOB niet opzij wordt gezet door de Mw en dat de NMa in voorkomende gevallen een verzoek om informatie uitsluitend kan weigeren indien de absolute of relatieve gronden van artikel 10 WOB zich voordoen. Een ander aanknopingspunt voor deze stelling kan worden gevonden in een brief van de minister van Economische Zaken d.d. 17 juni 1997.<sup>24</sup> De minister gaat er blijkens zijn brief van uit dat de WOB van toepassing is op procedures die zijn onderworpen aan de Mw. Nu de rechtbank Rotterdam heeft beslist dat beperking van de kennisgeving van een aantal stukken gerechtvaardigd is, kan hij ingevolge artikel 8:29 lid 5 Awb, slechts met toestemming van MKB Nederland mede op de grondslag van de wegge laten informatie uitspraak doen.

#### Interactie tussen rechter en toezichthouder

In het licht van de parallelle procedures die bij toepassing van de Mw kunnen ontstaan begint zich een taakverdeling af te tekenen tussen de civiele rechter en de NMa. In een aantal kortgedingvonnissen worden vorderingen toegewezen totdat de NMa een zienswijze of besluit zal hebben gegeven. Een illustratie vormt de zaak Drenth/ZAO Zorgverzekering.<sup>25</sup>

In de zaak Denda/KPN beriep Denda zich na twee eerdere kort gedingen op een door OPTA en NMa gezamenlijk vastgestelde 'voorlopige beoordeling' naar aanleiding van ingediende klachten. De president oordeelde dat de status van deze voorlopige beoordeling onduidelijk is, ook al omdat het document daar zelf geen uitsluitel over geeft. De door OPTA en NMa in deze beoordeling gemaakte keuzes zijn – zo stelt de president vast – allerminst onomstreden. Gelet daarop oordeelde de president dat de voorlopige beoordeling niet kon worden aangemerkt als een nieuw feit dat zou nopen tot wijziging van de eerdere kortgedinguitspraken. De voorzichtige opstelling van de president ten aanzien van voorlopige zienswijzen van toezichthouders dient in mijn ogen te worden toegejuicht.<sup>26</sup>

In de zaak van opticiens De Graaf heeft de rechtbank de NUVO-regeling geschorst totdat de NMa zou oordelen dat geen sprake is van een verboden gedraging of de civiele bodemrechter een andere beslissing zou nemen. Het Hof Den Haag bekrachtigt dit vonnis. Het argument van de zorgverzekeraar dat de schorsing van de NUVO-regeling slechts voor een beperkte periode gegeven had moeten worden en dat, indien de NMa meer dan een korte periode nodig heeft om te beslissen op de klacht van De Graaf, het

er voor moet worden gehouden dat van strijd met de Mw geen sprake is, althans dergelijke strijd zeer onzeker is, verworpt het Hof. 'Aan het tijdsverloop dat kennelijk in dit geval gemoeid is met een beoordeling door de NMa van de klacht van De Graaf en van het verzoek om ontheffing van zorg en zekerheid kan de civiele rechter geen aanwijzing ontlenen dat er geen sprake is van strijdigheid met de Mw.'

De rol van de kortgedingrechter als ordehandhaver tijdens procedures die bij de NMa aanhangig zijn komt zeer duidelijk uit de verf in de zaak NOS/Telegraaf.<sup>27</sup> In deze zaak overweegt de president dat moet worden aangenomen dat de Telegraaf met de publicatie van programmegevens inbreuk maakt op de (pseudo-)auteursrechten van de omroepen op de programmalijsen. Het mededingingsrecht leidt vooralsnog niet tot een ander oordeel. De president negeerde een besluit van de NMa van 10 september 1998 (zaaknr. 1) waarin werd overwogen dat door de handelwijze van de NOS artikel 24 Mw wordt overtreden. Het door de NOS gevraagde verbod jegens de Telegraaf werd toegewezen tot vier weken nadat op het door NOS ingediende bezwaarschrift tegen dit besluit zal zijn beslist.<sup>28</sup>

Het samenspel tussen de kortgedingrechter en toezichthouders komt eveneens uitvoerig aan bod in het kortgedingvonnis in de zaak Canal+/KTA.<sup>29</sup> Deze uitspraak dient te worden gelezen in het licht van de in artikel 8.7 Telecommunicatiewet aan OPTA toegekende bevoegdheid bindende aanwijzingen te geven aan kabelexploitanten over toegangsvoorwaarden voor programma's in de zin van de Mediawet. Daarnaast is de NMa bevoegd geschillen over toegang tot de kabel te beslechten op grond van artikel 24 Mw.<sup>30</sup> Canal+ verzocht de president KTA te gebieden om doorgifte van haar programma onder voorwaarden te continueren, totdat OPTA en/of NMa een beslissing zouden

24 TK 1996-1997, 24 707, nr. 45.

25 Bijlage, nr. 2.

26 Vergelijk over de status van voorlopige oordelen van de NMa eveneens: E.H. Pijnacker Hordijk en P. Glazener, Het verbod van 'no-cure-no-pay' en de grenzen van het mededingingsrecht, *M&M* 1999, p. 116; J.G. Brouwer en A.F. Schilder, Het voorlopig oordeel van de NMa, *NJB* 1999, p. 1417; mr drs B.M.J. van de Meulen, NMa-VOODOO?, *M&M* 1999, p. 189 en de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 24 januari 2000 in de zaak BBS/NMa, (Meded 99/602-SCR), deze uitspraak betreft het beroep tegen het besluit van de NMa van 4 februari 1999 (zaaknr. 381) waarin de NMa zich op het standpunt stelt dat een voorlopig oordeel geen besluit in de zin van artikel 1:3 Awb vormt. De Rechtbank heeft deze zienswijze gevolgd.

27 Bijlage, nr. 1.

28 Op dit bezwaarschrift is nog niet beslist, omdat de behandeling is aangehouden totdat de NMa op basis van artikel 62 Mw heeft beslist over het opleggen van een last onder dwangsom naar aanleiding van hetgeen is overwogen in zijn besluit van 10 september 1998. Inmiddels is door de NMa op 16 februari 2000 een last onder dwangsom opgelegd. In dit besluit wordt de schorsende werking die krachtens artikel 63 lid 2 Mw aan bezwaar en beroep tegen een last is verbonden met toepassing van artikel 63 lid 2 Mw opgeheven.

29 Bijlage, nr. 4.

30 De afstemmingsprocedure tussen de NMa en OPTA is vastgelegd in een samenwerkingsprotocol (Staatscourant 1999, nr. 2). Uitgangspunt is dat OPTA bij deze geschillen het voortouw neemt. Gemeenschappelijke beoordelingscriteria zijn gepubliceerd in de Richtsnoeren met betrekking tot geschillen over omroepnetwerken (Staatscourant 1999, nr. 159).

hebben genomen over een ingediende klacht. De president oordeelde dat KTA in redelijkheid niet kan weigeren om in een met Canal+ te sluiten overeenkomst een clausule op te nemen, die voorziet in een wijzigingsmogelijkheid, indien besluiten van de NMa of OPTA daar aanleiding toe zouden geven. Verder wilde de president evenwel niet gaan: 'In dit kader zal een nader feitenonderzoek dienen plaats te vinden, en wel door de daartoe aangewezen autoriteit, de NMa, al dan niet in samenwerking met OPTA'. OPTA heeft op 9 juli 1999 een bindende aanwijzing aan KTA gegeven om vooruitlopend op haar eindbeslissing de programma's van Canal+ per 15 september 1999 digitaal door te geven en om mee te werken aan een boekenonderzoek. Op 4 november 1999 heeft OPTA de bezwaren van KTA – thans UPC – tegen dit besluit ongegrond verklaard en bij wijze van tussenbeslissing UPC verplicht haar doorgiftevergoeding te halveren.

### Mededingingsrecht en openbare orde

Een uitspraak van de rechtbank te Zutphen<sup>31</sup> roept de vraag op naar het karakter van de in de Mw vervatte verbodsbepalingen. In deze uitspraak stond een concurrentiebeding dat was opgenomen in een vaststellingsovereenkomst centraal. De rechtbank oordeelde dat artikel 6 Mw niet van een zo fundamenteel karakter is dat daardoor een vaststellingsovereenkomst in strijd met de openbare orde moet worden geacht en daarmee haar geldigheid zou verliezen. Partijen bleven tegen deze achtergrond aan de vaststellingsovereenkomst gebonden. De rechtbank verwees in dit verband naar de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak Benetton.<sup>32</sup> In dit verwijzingsarrest oordeelde de Hoge Raad dat naar Nederlands recht in het algemeen de enkele omstandigheid dat door de inhoud of uitvoering van een arbitraal vonnis een verbodsbepaling uit het mededingingsrecht buiten toepassing blijft, niet meebrengt dat sprake is van strijd met de openbare orde.

Men kan zich afvragen of de rechtbank Zutphen wel gedwongen was deze principiële vraag in de onderhavige procedure te beantwoorden. Artikel 7:902 BW bepaalt dat: 'een vaststelling ter beëindiging van de onzekerheid over een geschil over vermogensrechtelijk gebied ook geldig (is) als zij in strijd moge blijken met dwingend recht, tenzij tevens naar inhoudverstreking in strijd komt met goede zeden of de openbare orde'.

Op het tijdstip dat de betrokken vaststellingsovereenkomst werd gesloten was de Mw evenwel nog niet van kracht. Er bestond op dat moment derhalve nog geen onzekerheid of geschil op vermogensrechtelijk gebied. Pas na het sluiten van de vaststellingsovereenkomst is een nieuwe verbodsbepaling ingevoerd – artikel 6 lid 2 Mw – als gevolg waarvan overeenkomsten van rechtswege nietig kunnen zijn. Blijkens haar beschikkingspraktijk ziet de NMa geen obstakel in vaststellingsovereenkomsten voor de toepassing van artikel 6 Mw op marktverdelingafspraken.<sup>33</sup>

De NMa heeft ook de nietigheid vastgesteld van prijsbindingclausules in overeenkomsten, terwijl het Hof Den

Haag daarvoor bij arrest had bepaald dat de betrokken producten slechts met inachtneming van de betrokken prijsbindingclausule(s) verkocht mochten worden.<sup>34</sup> Het oordeel van de Hoge Raad in haar verwijzingsarrest leidt tot onwenselijke resultaten en verdient heroverweging. De zienswijze van de rechtbank Zutphen – die op het oordeel van de Hoge Raad voortbouwt – lijkt de mogelijkheid te bieden met behulp van artikel 7:902 Bw de werkingssfeer van artikel 6 Mw te omzeilen. Kartels zouden immers kunnen worden vastgelegd in vaststellingsovereenkomsten die onaantastbaar zijn. Dat vormt een belangrijke reden om artikel 6 Mw wel als een regel van openbare orde aan te merken. Een andere reden daarvoor is dat het Hof van Justitie van de EG in zijn Benetton-uitspraak tot de slotsom kwam dat artikel 81 EG wel een bepaling van openbare orde is. Het is gemeengoed dat met artikel 6 Mw beoogd is zoveel mogelijk aan te sluiten bij het Europese kartelverbod.

### Kartelverbod

In zijn arrest Campina Melkunie<sup>35</sup> heeft de Hoge Raad het cassatieberoep verworpen tegen een arrest van het Hof Den Bosch waarin dit Hof had geoordeeld dat de uitteeregeling van Melkunie in samenhang met exclusieve leveringsverplichtingen leiden tot een mededingingsbeperking die in strijd was met het toenmalige artikel 85 EG. Deze uitspraak vormt een vervolg op de uitspraken van het Hof van Justitie van de EG van 12 december 1995.<sup>36</sup> Ofschoon de Mw niet het onderwerp vormde van deze procedure is de uitspraak van belang voor het Nederlandse mededingingsrecht.

De uitzonderingsbepalingen voor landbouwproducten die vervat zijn in Verordening 26/62 werken immers krachtens de artikelen 12 en 13 Mw rechtstreeks in de Mw door. Uit het arrest blijkt dat de nietigheid van een bepaling in de statuten van een landbouwcoöperatie kan worden vastgesteld wanneer het hoogst onwaarschijnlijk is dat die bepaling voldoet aan de voorwaarden om in aanmerking te komen voor de in artikel 2 lid 1 van Verordening 26 bedoelde uitzondering. Uitsluitend de Europese Commissie kan vaststellen welke overeenkomsten aan de uitzonderingsvoorwaarden van artikel 2 lid 1 van Verordening 26 voldoen. Mededingingsafspraken die niet onder de werkingssfeer van het EG-verdrag, maar wel onder de werkingssfeer van de Mw vallen lijken tegen deze achtergrond overigens in geen geval van Verordening 26 te kunnen profiteren.

31 Bijlage, nr. 11.

32 NJ 1997, 116 en 117.

33 Besluit van 1 maart 1999, zaaknr. 208, Betoncentrale Twente/Bos.

34 Besluit van 8 september 1998, zaaknr. 155, Erasmus Muziekproducties.

35 Bijlage, nr. 6.

36 Gevoegde zaken C-319/93 (Dijkstra/Frico Domo), C-40/94 (Van Roessel/Campina) en C-224/94 (De Bie c.s./Campina), Jur. 1995, p. I-4471.

In vier zaken staan branchebeschermingsovereenkomsten centraal.<sup>37</sup> Branchebeschermingsovereenkomsten zijn inmiddels ook door de NMa beoordeeld.<sup>38</sup> Op grond van artikel 15 Mw is bovendien een Nederlandse groepsvrijstelling voor deze overeenkomsten vastgesteld.<sup>39</sup> Blijkens de groepsvrijstelling geldt artikel 6 Mw niet voor branchebeschermingsovereenkomsten gedurende zes jaar na de datum waarop de huur is aangevangen van de eerste zich in een winkelcentrum vestigende onderneming. Blijkens zijn beschikkingspraktijk ziet de NMa weinig ruimte<sup>40</sup> om buiten de groepsvrijstelling om ontheffingen te verlenen. Huurovereenkomsten in welke de verhuurder zich verplicht geen concurrerende huurders in een winkelcentrum te accepteren worden bovendien zonder meer als mededingingsbeperkingen in de zin van artikel 6 Mw beschouwd. De president van de rechtbank Leeuwarden volgt in zijn uitspraak deze strikte benadering.<sup>41</sup> Gelet daarop werd de vordering van Lindeboom jegens Albert Heijn tot het staken van de exploitatie van een 'coffeecorner' afgewezen. Eenzelfde strikte lijn volgt de rechtbank Utrecht in de zaak Lisman/Groenwoudt.<sup>42</sup> De rechtbank oordeelde in hoger beroep van een vonnis dat de kantonrechter in december 1997 had uitgesproken, dat Groenwoudt zich niet kon beroepen op een in 1994 overeengekomen verbod om in een winkelcentrum in Zeist een tweede supermarkt toe te staan.

De president van de rechtbank Den Haag volgt in de zaak De Witte Foto Shop<sup>43</sup> eveneens een strikte lijn. De president wees een vordering van een fotozaak af die zich beriep op een bepaling van branchebescherming die vervat is in een huurovereenkomst. De president van de rechtbank Maastricht stelde een huurder in het ongelijk die zich op de nietigheid van een bestemmingsbepaling in een huurovereenkomst wilde beroepen. Op grond van deze bepaling was het de huurder slechts toegestaan 'het betere klassieke meubel' te voeren. De huurder zou in het pand slaapkamermeubelen willen verkopen: 'De enkele omstandigheid dat Buco op grond van de huurovereenkomst slechts een beperkt assortiment mag voeren, betekent echter niet dat die overeenkomst ertoe strekt dat andere ondernemers die zich op de woonboulevard te Heerlen (willen) vestigen worden verhinderd om eveneens dat of een gelijksoortig assortiment te voeren', aldus de president.

Dit vonnis laat zich moeilijk rijmen met de besluiten van de NMa over bestemmingsbepalingen in huurovereenkomsten.<sup>44</sup> Het lijkt waarschijnlijk dat de betrokken clause – in combinatie met clausules in andere overeenkomsten – ertoe strekt geen concurrerende activiteiten in het winkelcentrum te ontplooiën. Assortimentsbeperkingen in huur- of erfpachtovereenkomsten tussen ondernemingen kunnen in strijd zijn met artikel 6 Mw.<sup>45</sup>

In de zaak Thijm/Diesel<sup>46</sup> bekrachtigde het Hof Den Bosch een kortgedinguitspraak waarin een leveringsweigering centraal stond. Thijm verweet Diesel onder meer een doorverkoopverbod te hanteren. Het Hof oordeelde dat Thijm dit niet aannemelijk had gemaakt. Voorts oordeelde

het Hof dat bij afwezigheid van een doorverkoopverbod niet valt in te zien waarom het aan een leverancier verboden zou zijn een distributiestelsel te hanteren waarin naast kwalitatieve ook kwantitatieve criteria bestaan. Gelet daarop – zo oordeelde het Hof terecht – was van strijdigheid met artikel 85 EG of artikel 6 Mw niet gebleken.

In de zaak Boulangerie Royale<sup>47</sup> was een franchiseovereenkomst inzet van het geschil. Boulangerie Royale had als productie een brief van de NMa overgelegd waaruit blijkt dat deze overeenkomst voldoet aan de eisen zoals gesteld in de Verordening 4087/88. Deze brief ontsloeg de president in zijn ogen van de verplichting zelf na te gaan of aan de eisen van de groepsvrijstelling voldaan was. Verordening 1475/95 – de groepsvrijstelling voor de distributie van motorvoertuigen – was het referentiekader in zaak Volvo/Nijburg.<sup>48</sup> Volvo had in 1996 haar dealerovereenkomst met Nijburg opgezegd met inachtneming van een opzegtermijn van twee jaar. Volvo diende evenwel als gevolg van de inwerkingtreding van Verordening 1475/95 een nieuwe overeenkomst aan te gaan waarin dezelfde contractuele bepalingen golden als die welke met andere dealers waren overeengekomen. Artikel 5.2.2 van Verordening 1475/95 bepaalt dat de duur van een overeenkomst voor bepaalde tijd ten minste vijf jaar dient te bedragen. Het beroep van Nijburg op deze bepaling werd door de president niet gehonoreerd. De president oordeelde dat ofschoon er strikt genomen sprake was van strijdigheid van de overeenkomst met de opzeggingsbepaling van de groepsvrijstelling, die strijdigheid 'in dit geval niet tot nietigheid van de contractuele bepaling kan leiden'. Artikel 5.2.2 van Verordening 1475/95 is de vrucht van een politiek compromis en strekt er toe dealers te beschermen. Deze zaak illustreert tot welke complicaties groepsvrijstellingen die niet uitsluitend de bescherming van de mededinging ten doel hebben kunnen leiden. De betrokken bepaling voorziet niet in deze situatie en laat zich moeilijk rijmen met mededingingsrechtelijke doelstellingen. Om toetreding van efficiëntere dealers aan te moedigen zouden immers niet langere maar kortere duurovereenkomsten dienen te worden bevorderd.

In de zaak Texincare/RZG<sup>49</sup> trachtte een fabrikant en een distributeur van incontinentie-absorptiematerialen een

37 Bijlage, nrs. 17, 19 en 23 en 31.

38 Besluiten van 1 april 1999 in zaaknrs. 704, ING en 466, Vastned en besluit op bezwaar van 13 april 1999 in zaaknr. 416, Smit Mode Alblasserdam.

39 Besluit vrijstelling branchebeschermingsovereenkomsten van 25 november 1997, Stb. 596.

40 Vergelijk besluit op bezwaar in zaaknr. 416, Smit Mode Alblasserdam.

41 Bijlage, nr. 17.

42 Bijlage, nr. 19.

43 Bijlage, nr. 31.

44 Vergelijk noot 38.

45 Vergelijk het in noot 12 genoemde besluit.

46 Bijlage, nr. 8.

47 Bijlage, nr. 25.

48 Bijlage, nr. 3.

49 Bijlage, nr. 29.

ziekenfonds ertoe te dwingen zijn producten op een merkenvoorkeurlijst op te nemen. De rechtbank Groningen oordeelde dat de uiteindelijke keuze voor vier merken van het ziekenfonds een eenzijdig genomen beslissing was die niet onder artikel 6 Mw kan vallen. De NMa had reeds een half jaar voor deze uitspraak op de klacht van Texincare beslist.<sup>50</sup> Het vonnis zal gelet daarop voor Texincare niet als een verrassing zijn gekomen.

Opticien De Graaf had bij het Hof Den Haag meer succes.<sup>51</sup> Het Hof bevestigde de uitspraak van de president van de rechtbank Rotterdam die oordeelde dat de kortingsregeling die was overeengekomen tussen de Nederlandse Unie voor Optiekbedrijven ('NUVO') en een zorgverzekeraar ertoe strekt de mededinging te beperken. Steen des aanstoots vormde voor het Hof het systeem van prijsbinding. Voorzover de betrokken modelovereenkomst zou worden aangepast als gevolg waarvan de brillen niet voor een vaste prijs aan de aanvullend verzekerden worden aangeboden, zou de regeling waarschijnlijk de toets van het mededingingsrecht kunnen doorstaan. Dat is opmerkelijk gelet op het feit dat deze vaste prijzen waarschijnlijk in de praktijk werken als maximum prijzen. Gelet daarop is het maar de vraag of de schorsing van de NUVO-regeling iets bijdraagt aan het doel van de MW: welvaartsbevordering voor consumenten.

In zaak Boomerang/Body&Mind<sup>52</sup> oordeelde de president van de rechtbank Den Haag dat een aantal overeenkomsten waarin het sportinstellingen door een aanbieder van gratis ansichtkaarten werd verboden met een concurrent in zee te gaan in strijd was met artikel 6 Mw. 'Het beding is dan nietig en eiseres kan zich er niet op beroepen, nu zij voorshands niet heeft kunnen duidelijk maken dat de bedongen exclusiviteit enig ander dan haar commercieel belang dient', aldus de president. Exclusiviteitsbedingen beschermen doorgaans uitsluitend het belang van een onderneming die daardoor wordt beschermd. Daar kunnen evenwel goede redenen voor zijn, zoals de noodzaak investeringen voor gratis ansichtkaarten te beschermen. De motivering van de president doet dan ook nogal merkwaardig aan.

Het vestigingsbeleid van ziekenfondsen voor apothekers vormt het onderwerp van drie kortgedinguitspraken.<sup>53</sup> In alle drie de uitspraken worden de ziekenfondsverzekeraars verplicht medewerkerovereenkomsten te sluiten of aan te gaan. De motivering van de presidenten in Amsterdam, Utrecht en Den Haag loopt evenwel uiteen. In geen van de drie uitspraken wordt ingegaan op de vraag of het vestigingsbeleid van ziekenfondsverzekeraars voor apothekers mogelijk in strijd is met artikel 6 Mw. Gelet op het recente besluit van de NMa over het vestigingsbeleid van eerstelijns psychologen<sup>54</sup>, lijkt dit evenwel verdedigbaar. Zeker indien ziekenfondsverzekeraars doorslaggevend belang hechten aan het advies van de Vestigingscommissie van de beroepsgroep KNMP lijkt een toets aan artikel 6 Mw geboden.

In de zaken Goos/Hanos<sup>55</sup> oordeelde de rechtbank Zutphen over twee concurrentiebedingen in de context van

de verkoop van een onderneming die waren opgelegd aan vader en zoon Goos. In verband met de hiervoor besproken vaststellingsovereenkomst werd het beroep van Goos Jr. op het mededingingsrecht verworpen. Goos Sr. had meer succes. De rechtbank Zutphen concludeerde zonder veel omhaal dat een concurrentiebeding in beginsel niet langer mag duren dan vijf jaar. De rechtbank verwees daarbij naar de mededeling betreffende nevenrestricties bij concentraties.<sup>56</sup> De rechtbank verklaarde voor recht dat het uit december 1989 daterende concurrentiebeding tussen partijen niet langer van toepassing was.

De zaak VBS/Stichting Incident Management<sup>57</sup> vloeit voort uit de besluiten van de NMa over takel en berging.<sup>58</sup> De branchevereniging van bergingsbedrijven verzocht de president van de rechtbank te Utrecht in te grijpen in de gecoördineerde aanbesteding van werkzaamheden voor eerste berging van gestrande auto's. Deze aanbesteding wordt georganiseerd door een stichting waarin vrijwel alle Nederlandse alarmcentrales verenigd zijn. De stichting heeft voor dit systeem een ontheffing gekregen van de NMa. De president wees de vorderingen van de bergers af. Hij overwoog dat de Europese aanbestedingsrichtlijnen op de activiteiten van de stichting niet van toepassing zijn en dat de belangen van de VBS en haar leden door de gevolgde procedure niet in zodanige mate geschonden zijn dat de betrokken opdrachten niet kunnen worden gegund. Bovendien hadden de bergers zich in de procedure bij de NMa gemengd.

In de zaak KNVB/Feijenoord<sup>59</sup> oordeelde de rechtbank Rotterdam dat de bepalingen in de statuten van de KNVB die de clubs beperken in hun individuele exploitatie van televisierechten in strijd zijn met artikel 6 Mw en derhalve nietig zijn. Deze uitspraak vormt een etappe in de lange ronde die nog te gaan is voordat duidelijk wordt wie de rechthebbende is op televisieopnamen van voetbalwedstrijden en op welke wijze collectieve exploitatie kan plaatsvinden.<sup>60</sup> De uitspraak van de rechtbank Rotterdam opent de weg voor mededingingsrechtelijke interventie, omdat de voorvraag – zijn de rechten de jure individueel te exploiteren door de clubs – in Nederland nu in een bodemprocedure in bevestigende zin beantwoord is.

50 Vergelijk besluit van 18 juni 1999 in zaaknr. 407.

51 Bijlage, nr. 26.

52 Bijlage, nr. 20.

53 Bijlage, nrs. 2, 12 en 16.

54 Besluit van 1 maart 2000, zaaknrs. 1131, 1151 en 1250.

55 Bijlage, nrs. 11 en 14.

56 Pb. EG 1990, C203/50.

57 Bijlage, nr. 30.

58 Besluiten van 30 maart 1999 in zaaknrs. 38, 39, 40, 41, 269, 269a en 269b, alarmcentrales.

59 Bijlage, nr. 24.

60 Vergelijk een overzichtartikel: Jean-François Pons, *Sport and European Competition Policy*, 1999, Fordham Corp. L. Inst.

De KNVB is naar verluidt in appèl gegaan. Bij de NMa is nog steeds een ontheffingsverzoek in behandeling van de door voetbalclubs opgerichte Eredivisie N.V.<sup>61</sup>

### Merkbaarheid

Afspraken die een mededingingsbeperkende strekking of mededingingsbeperkend gevolg hebben kunnen niettemin aan het verbod van artikel 6 Mw ontsnappen omdat de gevolgen voor de mededinging niet merkbaar zijn.<sup>62</sup> Over deze merkbaarheidstoets bestaat blijkens de beschikkingspraktijk van de NMa en de rechtspraak in 1999 nog steeds de nodige onduidelijkheid. In de eerste plaats geldt de zogenoemde bagatelbepaling die verwoord is in artikel 7 Mw. Afspraken tussen ondernemingen die vallen beneden de daar genoemde kwantitatieve grenzen zijn vrijgesteld van het in artikel 6 Mw gevatte verbod. Maar ook bij een analyse van mededingingsafspraken tussen ondernemingen die niet kunnen profiteren van artikel 7 Mw dient onderzocht te worden of de gevolgen voor de mededinging merkbaar zijn. Dat geldt ook voor afspraken met een mededingingsbeperkende strekking, zoals horizontale prijsafspraken of marktverdelingsafspraken.<sup>63</sup> Overeenkomsten kunnen geen merkbaar gevolg hebben voor de mededinging omdat zij rechtstreeks verbonden zijn met en noodzakelijk zijn voor de totstandkoming van een mededingingsbevorderende afspraak<sup>64</sup>, of vanwege de geringe presentie van partijen op de relevante markt.<sup>65</sup>

De merkbaarheidsanalyse in rechterlijke uitspraken in 1999 vertoont een wisselend beeld. In de zaak Heineken/PSE<sup>66</sup> oordeelde het Hof Amsterdam dat een door Heineken aan de organisator van een jaarlijks terugkerend aantal concerten opgelegd verbod om concurrerende evenementen te organiseren niet strijdig is met artikel 85 EG of artikel 6 Mw, omdat het daarbij uitsluitend om een zeer klein aantal evenementen op de relevante markt voor het organiseren van evenementen gaat en de bedongen exclusiviteit bovendien voor een beperkte duur en een beperkt gebied geldt.

In de zaak van opticiens De Graaf<sup>67</sup> oordeelde het Hof Den Haag dat de NUVO-regeling de mededinging merkbaar beïnvloedt, omdat de betrokken ziekenfondsverzekeraar 400.000 personen aanvullend had verzekerd, terwijl aan de NUVO-regeling 70 opticiens deelnemen. Deze aantallen worden door het Hof niet afgezet tegen het totale volume op de relevante markt.

In de zaak met betrekking tot de gratis ansichtkaarten<sup>68</sup> oordeelde de rechtbank Den Haag dat sprake was van een merkbare mededingingsbeperking omdat verweerders onweersproken hadden gesteld dat eiseres zich 'met name richt op de 200 tot 300 grote multifunctionele sport- en fitnesscentra, die vanuit commercieel oogpunt het meest interessant zijn'. Het vonnis vermeldt niet hoeveel van deze centra eiseres aan zich had weten te binden of waarom de relevante markt zich beperkt tot sport- en fitnesscentra.

Een merkbaarheidsanalyse wordt in de zaken met betrekking tot branchebescherming – in navolging van de

relevante besluiten van de NMa – in veel gevallen achterwege gelaten. De president Maastricht oordeelt evenwel dat het feit dat het een huurder op grond van de huurovereenkomst niet vrijstaat om andere producten dan 'het betere klassieke meubel' in haar winkel aan te bieden niet leidt tot een merkbare beperking van de concurrentie. 'Een tegengestelde opvatting zou tot het ongewenste gevolg leiden dat de eigenaar of beheerder van een winkelcentrum nimmer de mogelijkheid zou hebben om in zijn eigen belang, en normaliter dus ook in het belang van het gehele winkelcentrum, een evenwichtige brancheverdeling te bewerkstelligen'. Het oordeel van de president Utrecht staat daar diametraal tegenover. Onder verwijzing naar het Besluit vrijstelling branchebeschermingsovereenkomsten oordeelt hij dat ook binnen een winkelcentrum sprake kan zijn van merkbare beperking van de mededinging. De president Leeuwarden beperkt zich op het punt van merkbaarheid in zijn uitspraken tot de vaststelling dat de wettelijke uitzondering van artikel 7 Mw niet van toepassing is. De president Den Haag doet de kwestie van de merkbaarheid in één zin af: 'Het enkele feit dat eiseres vreest voor een aanzienlijk omzetverlies duidt er reeds op dat het beroep [...] op het ontbreken van een merkbare beperking van de mededinging niet kan slagen'.

### Misbruik van machtspositie

Artikel 24 Mw verbiedt ondernemingen misbruik te maken van een economische machtspositie. Geschillen ten aanzien van misbruik van machtspositie kunnen in veel gevallen door de civiele rechter eveneens in de sleutel van de hem meer vertrouwde zorgvuldigheidsnorm worden geplaatst. Zo komt in de geschillen over de medewerkersovereenkomsten voor apothekers artikel 24 Mw nauwelijks aan bod. De president van de rechtbank Den Haag passeert volledig het beroep op artikel 24 Mw en baseert zich uitsluitend op de zorgvuldigheidsnorm om de vorderingen toe te wijzen. Ook in de VGT-zaken blijft het Hof Den Haag ver weg van het mededingingsrecht. De rechtbank Groningen lijkt in de zaak Texincare – ondanks het profijt dat hij in dit opzicht zou kunnen hebben van de reeds verschenen NMa beschikking – de markt vanuit de verkeerde inval-

61 Vergelijk in dit verband de brief van de minister van Economische Zaken d.d. 23 januari 1997, TK 1996-1997, 35210, nr. 1; de uitspraak van het Bundesgerichtshof van 11 december 1997, WuW 1998, p. 163, en de uitspraak van het Restrictive Practices Court van 5 mei 1999 over de Premier League ([www.oft.gov.uk](http://www.oft.gov.uk)).

62 HvJEG 9 juli 1969, zaak 5/96, Völk, Jur. 1969, p. 295.

63 Vergelijk P. Glazener en T.S. Jansen, Kroniek Mededingingsrecht; Anderhalfjaar NMa, SEW 2000-1, januari, p. 23. De NMa lijkt zich ten onrechte in haar jaarverslag 1998 (p. 21) op het standpunt te stellen dat een onderzoek naar merkbaarheid in bepaalde gevallen niet noodzakelijk is.

64 Vergelijk Besluit van 19 oktober 1989, zaaknr. 21, Interpolis-Cobac.

65 Vergelijk besluit van 2 november 1989, zaaknr. 301, Bijenkorf-HEMA-Esso; besluit van 9 februari 2000, zaaknr. 701, Breitling horloges.

66 Bijlage, nr. 18.

67 Bijlage, nr. 26.

68 Bijlage, nr. 20.



hoek te benaderen. De rechtbank komt tot de slotsom dat het door Texincare gestelde de vordering niet kan dragen, omdat Texincare niet zou hebben gesteld dat RZG een machtspositie op de verkoopmarkt van incontinentiemateriaal inneemt. De positie van RZG op de verkoopmarkt lijkt evenwel niet relevant. Bij de positie van zorgverzekeraar RZG op de markt voor incontinentiemateriaal zou men naar de vraagzijde moeten kijken om het aan RZG verweeten gedrag in het licht van artikel 24 Mw te beoordelen.

In de zaak Diesel verwerpt het Hof Den Bosch de argumenten van Thijm omdat niet aannemelijk is geworden 'dat de positie van Diesel in het relevant te achten marktsegment die van een machtspositie ook maar zou benaderen'.

De analyse van de president van de rechtbank Leeuwarden in de zaak Lindeboom/Albert Heijn is moeilijk te volgen. Lindeboom had gesteld dat Albert Heijn misbruik maakt van haar machtspositie door de manier waarop zij reclame voor haar 'coffeecorner' maakt. Als relevante markt heeft naar het oordeel van de president het Miro winkelcentrum in Leeuwarden te gelden. Aannemelijk is, aldus de president, 'dat Albert Heijn alleen al door de omvang van haar supermarkt binnen het Miro winkelcentrum een economische machtspositie heeft. Bovendien is aannemelijk dat Albert Heijn als onderdeel van een multinational een economische machtspositie heeft op de consumentenmarkt voor levensmiddelen' [...] 'Toch maakt Albert Heijn [...] in het Miro winkelcentrum geen verboden misbruik van die economische machtspositie als bedoeld in artikel 24 Mw door de relatief onschuldige wijze waarop zij haar klanten verleidt om de supermarkt nog niet te verlaten. Meer en meer detaillisten verleiden hun klanten zelfs met gratis koffie'. De president overweegt vervolgens dat het feit dat op twee reclameposters niet duidelijk staat vermeldt dat een aanbieding van Albert Heijn afkomstig is en dat Albert Heijn gratis vlaai bij een kopje koffie aanbiedt, geen misbruik in de zin van artikel 24 Mw oplevert alleen al omdat geen sprake zou zijn 'van een vooropgezette bedoeling' van Albert Heijn. Deze analyse lijkt nogal verwijderd van de structurele en waarde vrije beoordeling die het Hof van Justitie van de EG verlangt voor een beoordeling van inbreuken op het verbod van misbruik van economische machtsposities in de zin van artikel 82 EG.<sup>69</sup>

In de zaak Teclion/Kone<sup>70</sup> trachtte Teclion, wier activiteiten zich in hoofdzaak richten op het onderhouden van liften, onderdelen te bemachtigen voor Kone-liften van Kone. Daartoe stelde Teclion dat Kone een machtspositie inneemt op de markt voor onderhoud van Kone-liften. De president overwoog dat het geenszins vaststaat dat dat het geval is. Kone had aannemelijk gemaakt dat 75% van de liften in Nederland niet van Kone afkomstig is. Deze uitspraak kan van belang zijn voor geschillen in onderhoudsmarkten waar de betrokken producent in de primaire markt geen machtspositie heeft.

In de zaak Canal+/KTA<sup>71</sup> oordeelde de president van de rechtbank Amsterdam dat KTA een monopoliepositie

inneemt op de markt van doorgifte van televisieprogramma's in Amsterdam en omgeving. De president oordeelde evenwel dat de door Canal+ gepresenteerde feiten niet eenduidig in de richting van misbruik van machtspositie wijzen.

### Overgangsrecht

Het CBB behandelde in 1999 in beroep twee zaken van overgangsrecht. In de zaak VRC/Minister van Economische Zaken<sup>72</sup> richtte het beroep van VRC zich tegen de afwijzing door de Minister van Economische Zaken van een verzoek om ontheffing van het bepaalde in het Besluit horizontale prijsbinding. Het CBB oordeelde dat voorzover de Wet economische mededinging (Wem) op grond van het in de Mw neergelegde overgangsrecht van toepassing is, het Besluit horizontale prijsbinding ('Bhp') op grond van het bepaalde in artikel 10 Wem met ingang van 1 juli 1998 is vervallen. Gelet daarop oordeelde het College dat vernietiging van het bestreden besluit er niet toe kan leiden dat de Minister van Economische Zaken de gevraagde ontheffing alsnog kan verlenen. Omdat de Minister van Economische Zaken het oorspronkelijk ontheffingsverzoek op 12 juni 1995 had afgewezen, kon VRC nog profiteren van de schorsende werking van bezwaar en beroep die tot 1 september 1995 was opgenomen in artikel 12 lid 2 Wem. Gelet daarop hadden appellanten geen belang bij een beoordeling ten gronde omdat zij geen schade hadden geleden. Het College verklaarde het beroep niet-ontvankelijk.

De president van de Rechtbank Rotterdam diende zich naar aanleiding van een verzoek van de Nederlandse Dagbladpers<sup>73</sup> ('NDP') uit te spreken over de duur van een voorlopige voorziening van de president van het CBB. De president had bepaald dat enkele besluiten van het NDP dienen te worden behandeld als ware ontheffing verleend van het Bhp, tot nadat een procedure bij het CBB tegen de afwijzing van een ontheffingsverzoek ter zake zou zijn geëindigd. Omdat het Bhp op 1 juli 1998 – gelet op haar maximale geldigheidsduur – was uitgewerkt, was naar het oordeel van de president van de Rechtbank de voorlopige voorziening van de president van het CBB op dat tijdstip verstreken. Dit leidde er naar het oordeel van de president toe dat de betrokken NDP-besluiten vanaf die datum door artikel 6 Mw getroffen werden. Dit oordeel lijkt juist, omdat NDP ondanks haar ontheffingsverzoeken die waren ingediend voor 1 april 1998 vanaf 1 juli 1998 niet langer van het in artikel 100 Mw vervatte overgangsregime kon profiteren. Deze uitspraak wijkt af van het oordeel van het

69 Vergelijk bijvoorbeeld de arresten inzake Hoffmann La Roche, HvJEG zaak 85/76 Jur. 1979, p. 520.

70 Bijlage, nr. 21.

71 Bijlage, nr. 4.

72 Bijlage, nr. 7.

73 Bijlage, nr. 15.

College in de CUPO-zaak.<sup>74</sup> Het College had – in mijn ogen abusievelijk – geoordeeld dat een vergelijkbare voorziening van haar president in een andere zaak op 1 januari 1998 was geëindigd.

In de zaak Bakker/Minister van Economische Zaken<sup>75</sup> was een vergelijkbare zaak aan de orde als die in de uitspraak van het CBB in de zaak TV10 en Arcade Media/Minister van Economische Zaken.<sup>76</sup> Bakker kwam in beroep tegen een weigering van de Minister toepassing te geven aan artikel 24 Wem. Het College is van oordeel dat de artikelen 104 en 105 Mw slechts betrekking hebben op beschikkingen waarbij aan artikel 24 Wem nu juist wel toepassing is gegeven. De Minister had zich evenwel niet onbevoegd mogen verklaren op het ingediende bezwaarschrift te beslissen. Bakker heeft naar het oordeel van het College daar een belang bij gehouden, omdat in geval van heroverweging de Minister tot de slotsom zou kunnen komen dat hij destijds zijn rechtsplicht heeft geschonden door geen maatregel te treffen. Gelet daarop zou de vraag aan de orde kunnen komen of Bakker recht heeft op schadevergoeding. Deze uitspraak lijkt overigens moeilijk te rijmen met de uitspraak van het CBB in de zaak Infancy-/Minister van Economische Zaken.<sup>77</sup> In deze uitspraak oordeelde het CBB dat voor het aannemen van een rechtsplicht tot het toepassen van de Wem in beginsel geen plaats is, gelet op de grote beoordelings- en beleidsvrijheid van de minister op grond van de Wem.

In de zaak van opticien De Graaf was een grief gericht tegen het oordeel van de president van de rechtbank Rotterdam dat de NUVO-regeling weliswaar in 1997 door partijen ondertekend was, maar dat de regeling pas per 1 januari 1998 in werking zou treden als gevolg waarvan artikel 100 Mw niet van toepassing is. Het Hof Den Haag heeft deze grief verworpen zonder de redenering van de president over te nemen. Het Hof wijst erop dat op het tijdstip van het vonnis van de president – 1 april 1998 – de overgangstermijn van artikel 100 Mw reeds was verstreken en nog geen verzoek om ontheffing was ingediend. Bovendien werd de NUVO-regeling naar het oordeel van het Hof reeds voor 1 januari 1998 getroffen door het Besluit horizontale prijsbinding. Artikel 100 Mw geldt niet voor overeenkomsten die verboden waren op grond van de Wem.

## BIJLAGE

### Rechterlijke uitspraken<sup>78</sup>

1 President van de Arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage, 5 januari 1999, KG 98/1539, NOS e.a. vs. De Telegraaf, KG 99-37, *Mediaforum* 1999-2, p. 70 en *Ondernemingsrecht* 1999-6, p. 173.

2 President van de Arrondissementsrechtbank te Amsterdam, 14 januari 1999, KG 98/3506BV, Drenth, Apotheek Proton, De Nooij, Den Haan, Waterman vs. ZAO Zorgverzekeringen U.A.

3 President van de Arrondissementsrechtbank te Groningen, 28 januari 1999, 37123/KG ZA 99-4, Volvo Nederland B.V. vs. Nijburg.

4 President van de Arrondissementsrechtbank te Amsterdam, 28 januari 1999, KG 99/143, CANAL + Nederland B.V. vs. Kabeltelevisie Amsterdam B.V., *Mediaforum* 1999-3, p. 96.

5 President van de Rechtbank te 's-Gravenhage, 28 januari 1999, KG 99/25, Vereniging voor de Groot- en Tussenhandel in Groenten en Fruit en vier anderen vs. Coöperatieve Voedingstuinbouw en The Greenery International B.V., *Ondernemingsrecht* 1999-7 p. 197.

6 Hoge Raad, 29 januari 1999, 16.727 (C97/206HR), Zuiwelcoöperatie Campina Melkunie B.A. vs. de Bie e.a.

7 College van Beroep voor het Bedrijfsleven, 10 februari 1999, 96/0880/063/019, Vereniging van Rotterdamse Cargoadoors e.a. vs. de Minister van Economische Zaken.

8 Gerechtshof te Den Bosch, 15 februari 1999, C 9801047/HE, Thijm B.V. vs. Diesel Benelux B.V., *Ondernemingsrecht* 1999-10, p. 283.

9 Gerechtshof te Amsterdam, 18 februari 1999, 258/97, Security Print Vianen BV vs. de gemeente Amsterdam.

10 College van Beroep voor het Bedrijfsleven, 19 februari 1999, AWB 98/442, W. Bakker Electronics BV tegen de Minister van Economische zaken.

11 Arrondissementsrechtbank te Zutphen, 25 februari 1999, rolnummer 17620 HAZA 98-633, Goos vs. Hanos cs, *Nieuwsbrief Mededingingsrecht* 1999-5, p. 76.

12 President van de Arrondissementsrechtbank te Utrecht, 2 maart 1999, 95703/KG ZA 99-99/BL, Mulder vs. Anova Zorgverzekeringen u.a.

13 President van de Arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage, 9 maart 1999, KG 99/59, Denda Multimedia B.V. vs. Koninklijke KPN Nederland N.V., *Mediaforum* 1999-4, p. 127.

14 Arrondissementsrechtbank te Zutphen, 18 maart 1999, 18391 HAZA 98-816, Goos vs. Hanos, *Nieuwsbrief Mededingingsrecht* 1999-5, p. 76.

15 Arrondissementsrechtbank te Rotterdam, 1 april 1999, VMEDED 99/366-S1, Vereniging de Nederlandse Dagbladenpers vs. d-g NMa, *Ondernemingsrecht* 1999-10, p. 281.

16 President van de Arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage, 7 april 1999, KG 99/65, Smak vs. Onderlinge Waarborgmaatschappij Zorgverzekeraar Zorg en Zekerheid U.A.

17 President van de Arrondissementsrechtbank te Leeuwarden, 7 april 1999, KG 1999/53, Lindeboom vs. Albert Heijn BV, *Ondernemingsrecht* 1999-12, p. 340.

74 College van Beroep voor het Bedrijfsleven, 9 december 1998, m.nt. W. Knibbeler in *M&M* 1999, p. 36.

75 Bijlage, nr. 10.

76 Vergelijk *M&M* 1999, p. 95.

77 Vergelijk *M&M* 1999, p. 95.

78 De rechterlijke uitspraken zijn opvraagbaar bij het redactiesecretariaat.

- 18 President van het Gerechtshof te Amsterdam, 15 april 1999, 1234/98 SKG, Heineken BV vs. P.S.E. Belgium N.V. e.a.
- 19 Arrondissementsrechtbank te Utrecht, 21 april 1999, 82387/HAZA 98-298, Lisman & Lisman B.V. vs. Groenwoudt, *Ondernemingsrecht* 1999-13, p. 367.
- 20 President van de Arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage, 7 mei 1999, KG 99/375, Boomerang Nederland BV vs. Body & Mind uitgeverij.
- 21 President van de Arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage, 11 mei 1999, KG 99/368, Teclion B.V. vs. Kone Starlift B.V., *Ondernemingsrecht* 1999-12, p. 341, *Nieuwsbrief Mededingingsrecht* 1999-5, p. 75.
- 22 Gerechtshof te 's-Gravenhage, 11 mei 1999, rolnummer 99/0213, Vereniging voor de Groot- en Tussenhandel in Groenten en Fruit en vier anderen vs. Coöperatieve Voedingstuinbouw en The Greenery International B.V., *Ondernemingsrecht* 1999-12, p. 339.
- 23 President van de arrondissementsrechtbank te Maastricht, 16 augustus 1999, 50113/KG ZA 99-350, Buco Kerkrade B.V. vs. Woonboulevard III B.V., *Ondernemingsrecht* 1999-15, p. 432.
- 24 Arrondissementsrechtbank te Rotterdam, 9 september 1999, 98129/HA ZA 98-1428, KNVB vs. Feyenoord, *Mediaforum* 1999-10, p. 295.
- 25 President van de Arrondissementsrechtbank te Breda, 16 september 1999, 75438/KG ZA 99-428, Boulangerie Royale B.V. vs. De Bakker, Jansen en Mahu. *Ondernemingsrecht* 1999-15, p. 433.
- 26 Gerechtshof te 's-Gravenhage, 30 september 1999, 98/636, Onderlinge Waarborgmaatschappij Zorgverzekeraar Zorg en Zekerheid u.a. vs. Theo de Graaf, *Ondernemingsrecht* 1999-16, p. 459.
- 27 Hoge Raad, 15 oktober 1999, C98/108HR, Driessen vs. Benegas, *Rechtspraak van de Week* 1999-144, p. 970.
- 28 Arrondissementsrechtbank te Rotterdam, 3 november 1999, MEDED 98/2166-SIMO, MKB-Nederland e.a. tegen d-g NMa met als derde-partijen KBB-Vendex.
- 29 Arrondissementsrechtbank te Groningen, 17 december 1999, 38177/HA ZA 99-191, Texincare Sales en Tevic International BV vs. de verenigde onderlinge waarborgmaatschappij RZG Zorgverzekeraar U.A.
- 30 Arrondissementsrechtbank Utrecht, 26 oktober 1999, 105518-KGZA-999-990, Nederlandse Vereniging van Bergingsspecialisten e.a. vs. Stichting Incident Management Nederland e.a., *Kort Geding* 2000-28, p. 68.
- 31 President van de Arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage, 28 december 1999, KG 99/1485, Witte Foto Shop B.V. vs. Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Bouwnijverheid, *Nieuwsbrief Mededingingsrecht* 2000-2, p. 27.