



A r t i k e l e n

Rechtspraak over de Mededingingswet in 2001

mr drs. M.M. Slotboom en mr J.J.A. Coumans

In dit artikel bespreken wij de ons bekende uitspraken van Nederlandse rechters in 2001, waarin de Mededingingswet aan de orde kwam. Ook signaleren wij de meest recente uitspraken over de WEM en de mededingingsrechtelijke bepalingen van het EG-Verdrag. Alle besproken uitspraken zijn opgesomd in een bijlage bij dit artikel, met in het voorkomende geval een vermelding van de daarbij verschenen annotatie.

Inleiding

Dit jaar zijn er iets meer uitspraken te bespreken waarin de Mededingingswet ('Mw') aan de orde komt dan in 2000. Terwijl in 2000 de oogst 29 uitspraken was¹, telt de bijlage nu 35 uitspraken, naast 7 zaken waarin het EG-mededingingsrecht aan de orde kwam. De groei wordt met name veroorzaakt door een toename van de rechtspraak van de bestuursrechter: er zijn in 2001 dertien uitspraken van de Rechtbank Rotterdam (afdeling bestuursrecht) en vijf uitspraken van het CBB. Er is vooralsnog geen sprake van een toenemend aantal civiele zaken over het mededingingsrecht. Bovendien komt in de meeste uitspraken van civiele rechters het mededingingsrecht slechts zijdelings aan de orde. Bij het merendeel van de civiele zaken ging het overigens om kortgedingprocedures. Dat is opvallend, omdat de meeste presidenten een zekere terughoudendheid tegenover de toetsing aan de mededingingsregels in kort geding hebben getoond. Daarvan zijn ook dit jaar weer

voorbeelden te vinden.² Dit jaar is er ook weer interactie te zien tussen de rechter en de d-g NMa. Van deze interactie was met name sprake in een aantal uitspraken, waarin ontheffingsbesluiten van de d-g NMa aan de orde kwamen.

In het navolgende is de volgende rubricering aangehouden. Eerst wordt aandacht besteed aan de begrippen belanghebbende en onderneming. Vervolgens komen aan de orde de zaken over het verbod op mededingingsbeperkende afspraken en ontheffingen daarvan. Dit wordt gevolgd door uitspraken waarin aan het verbod van misbruik van een machtspositie werd getoetst. Ten slotte bespreken wij uitspraken over concentratiebesluiten van de d-g NMa.

Het begrip belanghebbende

In de literatuur is wel eens betoogd dat het belanghebbendenbegrip in mededingingsrechtelijke zaken ruimer zou moeten worden uitgelegd dan in andere zaken. Consumentencontractanten zouden als belanghebbende moeten worden aangemerkt, indien zij bij de d-g NMa klagen over vermeende inbreuken die hun medecontractant maakt door bepaalde contractvoorwaarden op te leggen.³ Deze vraag

Mr drs. M.M. Slotboom en mr J.J.A. Coumans zijn advocaat bij Nolst Trenité (vanaf 1 mei 2002 Simmons & Simmons) te Brussel. De auteurs danken hun kantoorgenoot mr E.J. Stalenberg voor zijn nuttige inbreng bij de totstandkoming van dit artikel.

1 W. Knibbeler en C.E. Schillemans, Rechtspraak over de Mededingingswet in 2000, M&M 2001, p. 169.

2 Zo weigerde de president in *Glasgarage Breda tegen ZLM* in te gaan op de vraag of de door verzekeraar ZLM gesloten overeenkomsten met garagebedrijven in Zeeland verboden prijsafspraken inhielden. In *ACU tegen AVR* meende de president dat het kort geding zich niet leende voor de vaststelling of afvalverbrander AVR misbruik van een eventuele machtspositie maakte door te weigeren met een afvalcontractant een overeenkomst aan te gaan. Overigens merkte de president in deze zaak ten overvloede op dat van machtsmisbruik geen sprake leek, gelet op de beperkte capaciteit op de afvalverbrandingsmarkt. Ook in *DutchBird tegen Transavia* vond de president het kort geding niet het geëigende forum om artikel 24 Mw toe te passen.

3 Zie O.W. Brouwer, De rechtspositie van de klager in het mededingingsrecht, Mededingingsmonografieën – Handhaving van de Mededingingswet, 2001, pp. 34-36.

kwam in 2001 aan de orde bij de Rechtbank Rotterdam en het CBB.

De Postbussen-zaken betroffen klachten van gebruikers van postbussen tegen de verhoging door PTT Post van de tarieven voor het gebruik van postbussen. Bij besluit van 11 november 1998 in zaak 13 besliste de d-g NMa dat PTT Post artikel 24 lid 1 Mw niet had overtreden. In de zaak *Postbussen I* had de d-g NMa de klaagster die bezwaar maakte tegen dit besluit wel als belanghebbende aangemerkt, maar hij had haar bezwaar ongegrond verklaard. Volgens de d-g NMa was de klaagster belanghebbende omdat zij een individualiseerbaar (en dus van andere klaagsters te onderscheiden) belang had: zij zou, als financieringsmaatschappij, vanwege de noodzaak tot bescherming van zeer vertrouwelijke in haar computerapparatuur aanwezige gegevens aangewezen zijn op het gebruik van een postbus. In het beroep van deze klaagster tegen de afwijzing van haar bezwaar, onderzocht de Rechtbank Rotterdam ambtshalve of de d-g NMa de klaagster terecht als belanghebbende had aangemerkt.

De rechtbank bevestigde eerst dat een klacht in het (handhavings)stelsel van de Mw moet worden aangemerkt als een verzoek, om ten aanzien van diegene op wiens handelen (of nalaten) de klacht betrekking heeft, toepassing te geven aan artikel 56 Mw op de grond dat diegene handelt of heeft gehandeld in strijd met artikel 6 lid 1 of artikel 24 lid 1 Mw. De rechtbank stelde voorts vast dat er geen strategische redenen bestaan om voor de toepassing van de Mw een ruimer belanghebbendenbegrip te hanteren dan in andere zaken waarin een bestuursorgaan beslist op een verzoek toepassing te geven aan een wetartikel. De rechtbank zocht voor deze vaststelling aansluiting bij de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 1:2 lid 1 Awb. De rechtbank sloot ook aan bij de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie over het Europeesrechtelijk klachtrecht dat wordt gegeven aan ondernemingen die een redelijk belang hebben bij het indienen van een klacht bij de Commissie. De rechtbank verwees ook naar Europese rechtspraak over het rechtstreeks en individueel getroffen zijn. Ten slotte achtte de rechtbank van belang dat klachten van niet-belanghebbende de d-g NMa aanleiding kunnen geven tot het ambtshalve instellen van een onderzoek naar de gedragingen waarop de klacht betrekking heeft. In haar onderzoek of de onderhavige klaagster belanghebbende was, was de rechtbank het oneens met de vaststelling van de d-g NMa dat klaagster een eigen en individualiseerbaar belang had. Veiligheids- en privacyoverwegingen van een houder van een postbus onderscheiden deze in algemene zin geenszins van een willekeurige andere houder van een postbus, aldus de rechtbank. Bovendien vond de rechtbank onvoldoende aannemelijk dat sprake was van zodanig andere specifieke of bijzondere, in haar bedrijfsvoering gelegen omstandigheden, dat de klaagster zich op die grond onderscheidde van een willekeurige andere houder van een postbus.

Een vergelijkbare uitspraak deed de Rechtbank Rot-

terdam in de zaak *Postbussen II*. In deze zaak had de d-g NMa de klaagster tegen de postbustarieven juist niet-ontvankelijk verklaard. De rechtbank bevestigde in haar vonnis de conclusies van de d-g NMa om de redenen die hierboven zijn samengevat. Diezelfde redenen lagen ten gronde aan de niet-ontvankelijkverklaring door het CBB van een *Voetbalsupporter* die opkwam tegen koppelverkoop van toegangskaarten voor de buitenlandse wedstrijden van een voetbalvereniging met een reisarrangement van een sponsor. Het feit dat het CBB (onder de WEM) enkele weken na de uitspraken in de Postbussenzaken zonder meer het beperkt uitgelegde belanghebbendenbegrip van artikel 1:2 lid 1 Awb toepaste, heeft wellicht de klagers in de Postbussenzaken ertoe gebracht geen beroep in te stellen bij het CBB.

Het ondernemingsbegrip

Zoals bekend, is het ondernemingsbegrip van de Mw ingevolge artikel 1 sub g Mw identiek aan zijn Europese mededingingsrechtelijke pendant. Hoewel het Europese Hof reeds een uitgebreide rechtspraak het licht heeft doen zien over dit begrip, blijven nog vele vragen over die aanleiding geven tot geschillen.⁴ Daarin staat centraal de vraag of de overheid als onderneming dan wel in het kader van haar overheidsprerogatieven handelt.

De eerste te bespreken uitspraak gaat over de *Amsterdamse Bloemenmarkt*. Bij besluit van 26 november 1998 wees de d-g NMa klachten af tegen het assortimentsvoorschrift in erfpachtovereenkomsten die de gemeente Amsterdam heeft gesloten met exploitanten van bloemenwinkels aan en op de Singel te Amsterdam.⁵ Dit voorschrift verbiedt de klagers om producten aan te bieden die vreemd zijn aan de bloemen- en plantenbranche. De d-g NMa vond dat de gemeente in het kader van haar publieke taak en dus niet als onderneming handelde wanneer zij dergelijke voorschriften in de erfpachtovereenkomsten opnam om de bloemenmarkt als trekpleister in de Amsterdamse binnenstad te handhaven, ook al kon zij wat betreft het sluiten van de erfpachtovereenkomsten zelf wel als onderneming worden aangemerkt. In hun beroep tegen de afwijzing van hun klacht voerden klaagsters met name aan dat, nu de gemeente het assortimentsvoorschrift niet in een publiek-

4 Ook in Nederland is er een aantal geschillen gerezen over de toepassing van de EG-mededingingsregels op overheidshandelen. In de meeste daarvan werd een beroep gedaan op de artikelen 3(g), 10, 81, 82 en/of 86 EG. Wij noemen *Drijvende Bokken*, wier cassatieverzoek nu definitief is afgewezen na het arrest HvJ EG, zaak C-219/97, Jur. 1999, p. I-6121. Voorts oordeelde de Hoge Raad in *Nutsbedrijven Maastricht tegen WML* dat de toekenning van exclusiviteit voor de distributie van drinkwater aan concurrent WML geen inbreuk op artikel 82 EG opleverde, nu niet gegeven was dat WML in een dusdanige positie verkeerde dat zij noodzakelijkerwijs misbruik zou maken van haar machtspositie. Beroepen op het EG-mededingingsrecht werden eveneens afgewezen in de strafzaken over *Speelautomaten en Drents afval*, de zaak van *Dutchtone tegen de Staat der Nederlanden en KPN* en in een kort geding van *KoopNautic tegen Quantum*.

5 Zie het besluit van de d-g NMa in zaak 101, besproken in M&M 1998, p. 68. Het besluit op bezwaar werd afgewezen op 23 juli 1999.

rechtelijke regeling maar in erfpachtovereenkomsten opnam, de toepasselijkheid van artikel 6 lid 1 Mw een gegeven was. De Rechtbank Rotterdam volgde deze stelling niet. Refererend aan de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie wees de rechtbank erop dat noch de rechtsvorm noch de formele status van het handelen bepalend is voor de vraag of de overheid als onderneming of als overheid heeft gehandeld. Gaat het om handelen van een overheidsorgaan dat verder gaat dan voor de uitoefening van een overheidsprerogatief (strikt) noodzakelijk is, dan moet van geval tot geval worden bezien in welke hoedanigheid het overheidsorgaan is opgetreden. Naar het oordeel van de rechtbank vloeit uit deze algemene norm voort dat handelen van een overheidsorgaan dat (primair) strekt tot het behartigen van een algemeen (publiek) belang van niet-economische aard en dat kan worden herleid tot of gerelateerd is aan (andere) taken en bevoegdheden van het betrokken overheidsorgaan, in elk geval als overheidshandelen moet worden aangemerkt.

Op grond van deze maatstaf stelde de rechtbank vast dat de gemeente onmiskenbaar als overheidsorgaan heeft gehandeld door het opnemen van het assortimentsvoorschrift in de erfpachtovereenkomsten. De rechtbank baseerde zich op het feit dat voor de gemeente de verplichting bestaat om in het kader van haar taken op het gebied van de ruimtelijke ordening een bestemmingsplan te maken en op het feit dat in het huidige bestemmingsplan uitdrukkelijk een relatie met de assortimentsbepaling wordt gelegd. De rechtbank vond in dit verband van belang dat het gebruikelijk is dat gemeenten in erfpachtovereenkomsten algemene belangen beogen te dienen en dat het assortimentsvoorschrift op zichzelf onder het publiekrechtelijk marktregime zou kunnen worden gebracht. De rechtbank liet in het midden of het uitgeven van percelen in erfpacht door overheidsorganen als ondernemingshandeling moet worden aangemerkt, omdat de assortimentsbepaling afzonderlijk beoordeeld kan worden. De rechtbank verwierp voorts de stelling van klagers dat een bepaalde handeling tegelijkertijd een overheidshandeling en een ondernemingshandeling kan zijn.

Van Vollenhoven Olie tegen d-g NMa is een soortgelijke zaak. De gemeente Venlo deed aan de toekomstige uitbater van een truckstop begin jaren '90 de toezegging dat deze als enige een brandstofverkoopspunt zou mogen uitbaten op een bedrijventerrein, in ruil voor een meeropbrengst voor de grond die de uitbater van de gemeente kocht. De gemeente paste daarop – in overeenstemming met deze toezegging – haar bestemmingsplan in die zin aan, dat er geen verdere vergunningen voor brandstofverkoopspunten konden worden verleend. Per separate brief liet zij aan de uitbater van de truckstop weten ernaar te streven het bestemmingsplan 20 jaar lang aldus in te richten. De gemeente legde aan de wijziging van het bestemmingsplan mede ten grondslag dat het vanuit planologisch oogpunt ongewenst was dat meerdere verkoopspunten gevestigd werden op het bedrijventerrein. Het doel van deze wijzi-

ging was het voorkomen dat het bedrijventerrein zou worden belast met oneigenlijk tankverkeer. Daarnaast verbood de gemeente in de erfpachtovereenkomsten en verkoopovereenkomsten met betrekking tot de percelen van het bedrijventerrein de verkoop van motorbrandstof. Een klager, die op het desbetreffende terrein een tankstation wilde exploiteren, kreeg van de d-g NMa een negatief besluit, omdat de gemeente volgens de d-g NMa niet handelde als onderneming. De Rechtbank Rotterdam bevestigde deze conclusie van de d-g NMa. De rechtbank maakte eerst een onderscheid tussen het uitgeven in erfpacht van grond enerzijds en het in de erfpachtovereenkomst opnemen van de desbetreffende clausele anderzijds. Vervolgens stelde de rechtbank vast dat de gemeente in elk geval mede ter uitoefening van haar overheidsprerogatief inzake de ruimtelijke ordening handelde door de desbetreffende clausele op te nemen in erfpachtovereenkomsten. De keuze voor slechts een truckstoplocatie en de gereleveerde overwegingen van planologische en ruimtelijke aard waren volgens de rechtbank steeds aanwezig geweest. Aan de vaststelling dat de gemeente als overheidsorgaan heeft gehandeld, staat vervolgens niet in de weg dat zij mede lijkt te hebben gehandeld met het oogmerk van winstmaximalisatie. Volgens de rechtbank kan het adequaat behartigen van het algemeen belang zulks onder omstandigheden zelfs vergen.⁶ Een andere benadering zou wezenlijk afbreuk doen aan het, ook in de communautaire jurisprudentie gehanteerde, uitgangspunt dat – werkelijk – overheidshandelen buiten het toepassingsbereik van de op ondernemingen (en ondernemersverenigingen) toepasselijke mededingingsregels blijft. De rechtbank concludeerde bijgevolg dat artikel 6 lid 1 Mw en artikel 81 EG niet van toepassing waren.⁷ Om die reden wees zij ook het beroep op de gecombineerde toepassing van de artikelen 3 lid 1 aanhef en onder g, 10 en 81 en 82 EG af.

De gemeente Weert werd eveneens geacht in het kader van haar overheidsprerogatieven te handelen door in een overeenkomst met een projectontwikkelaar op te nemen dat een aantal huizen beneden een bepaald bedrag zouden worden verkocht. In een geschil over deze overeenkomst (*Mulleners Vastgoed tegen Meulen Bouwpromotie*) stelde het Gerechtshof Den Bosch vast dat die afspraak niet in strijd was met artikel 6 lid 1 Mw. Het viel naar de mening van het Gerechtshof niet in te zien waarom een overheidsorgaan als de gemeente niet een beleid zou kunnen voeren waarbij met projectontwikkelaars wordt overeengekomen dat in een bepaald plangebied woningen voor

6 Deze vaststelling lijkt op gespannen voet te staan met de opmerking van de Rechtbank Rotterdam dat een bepaalde handeling niet tegelijkertijd een overheidshandeling en een ondernemingshandeling kan zijn.

7 Een minder uitgebreide motivering volgde de Rechtbank Rotterdam een paar weken vóór *Van Vollenhoven* in het beroep van X tegen de Mondriaan Stichting. Volgens de rechtbank handelde de Mondriaan Stichting bij uitstek in zijn hoedanigheid van – tot subsidieverstrekking bevoegd – overheidsorgaan, toen de Stichting besloot om een galerie niet tot een subsidieregeling toe te laten.

verschillende marktsegmenten (doelgroepen) worden gerealiseerd, waardoor voor minder draagkrachtigen betaalbare woningen beschikbaar komen. De implementatie van zo een beleid leidt niet tot een mededingingsbeperking, aldus het gerechtshof.

Een interessante ontwikkeling om te blijven volgen is de actie van de *Vereniging Centraal Bureau voor de Rijn- en Binnenvaart tegen de Staat der Nederlanden*. Centraal daarin staat de problematiek van oneerlijke concurrentie door de overheid. Over deze problematiek heeft zich gaandeweg, sinds het Vecta-arrest,⁸ een jurisprudentielijn ontwikkeld. Het thema is ook actueel door het wetsvoorstel Markt en Overheid.⁹ De Vereniging Centraal Bureau voor de Rijn- en Binnenvaart kwam in deze zaak op tegen het gebruik van restcapaciteit in het militaire leidingennet voor het civiele transport van brandstof. Een tussenarrest dat in deze zaak is geweest, is in twee opzichten relevant. In de eerste plaats toetste het Gerechtshof Den Haag aan de hand van de Aanwijzingen inzake het verrichten van marktactiviteiten door organisaties binnen de rijksdienst¹⁰ of in beginsel sprake is van concurrentievervalsing. Hoewel het niet de bedoeling is dat derden aan de (interne) Aanwijzingen rechten ontleen, nam dat volgens het gerechtshof niet weg dat daarin een neerslag is te vinden van de geldende maatschappelijke opvattingen op dat punt. Volgens de Aanwijzingen is het benutten van restcapaciteit in beginsel niet verboden, maar zou het dat wel worden als deze restcapaciteit tegen niet-marktconforme prijzen zou worden aangeboden. Uit de Aanwijzingen volgt eveneens dat de Staat een dusdanige administratie moet voeren dat nagegaan kan worden of er sprake is van kruis-subsidiëring. De Staat krijgt in het tussenvonnis dan ook de opdracht om bedoelde administratie in het geding te brengen.

Verbod van mededingingsbeperkende afspraken

De zaken over het verbod van mededingingsbeperkende afspraken vallen uiteen in civiele zaken en bestuursrechtelijke zaken.

Civielrechtelijke zaken

In *Vollenhoven Olie tegen Inter-Zuid* vorderde Vollenhoven nakoming van een overeenkomst, waarin Inter-Zuid zich ertoe had verplicht haar gehele behoefte aan diesellole van Vollenhoven te betrekken gedurende 10 jaar of zolang totdat zij in totaal 30.000 m³ diesellole van Vollenhoven had betrokken. Inter-Zuid achtte de exclusieve afnameverplichting in strijd met het EG- en Nederlandse mededingingsrecht en derhalve nietig. De president van de Rechtbank Roermond stelde eerst vast dat geen Nederlandse of Europese individuele of groepsvrijstelling van toepassing was. Nadat de president vervolgens concludeerde dat de exclusieve afnamebepaling niet als strekking had de mededinging te beperken, onderzocht hij of de overeenkomst het effect had de mededinging te beperken. Omdat (i) het marktaandeel van partijen niet meer dan 10 procent

bedroeg en (ii) Inter-Zuid ook niet had gesteld, laat staan bewezen, dat op de relevante markt een netwerk van exclusieve overnameovereenkomsten bestond, waardoor de toegang tot de markt wordt afgesloten, achtte de president artikel 81 lid 1 EG en artikel 6 lid 1 Mw niet van toepassing. In deze uitspraak paste de president de bagatelbekendmaking van de Europese Commissie toe op artikel 6 lid 1 Mw. Voorzover ons bekend, heeft de d-g NMa tot nu toe in zijn beschikkingenpraktijk nog niet expliciet gerefereerd aan de Europese bagatelbekendmaking.

KNVB is in hoger beroep gegaan tegen het door de Rechtbank Rotterdam tussen partijen toegewezen vonnis van 9 september 1999. De rechtbank had de vordering van de KNVB, om Feyenoord te verbieden om over te gaan tot eenzijdige en individuele exploitatie van radio- en televisieopnames, afgewezen. Het Gerechtshof Den Haag stelde vast (*KNVB tegen Feyenoord*) dat uit de statuten en reglementen van de KNVB volgt dat zij opereert als een centraal verkoopkantoor dat voor haar leden, voetbalverenigingen, de verkoopprijs van de uitzendrechten vaststelt om deze uitzendrechten vervolgens zelf te kunnen exploiteren. Aldus is sprake van een mededingingsbeperkende overeenkomst tussen ondernemingen of een besluit van ondernemingsverenigingen in de zin van artikel 6 lid 1 Mw en artikel 81 lid 1 EG. Deze mededingingsbeperking is volgens het gerechtshof merkbaar, omdat de desbetreffende beperking geldt voor alle leden/voetbalclubs in de eredivisie en de eerste divisie in Nederland. Het beroep van de KNVB op artikel 11 Mw of artikel 86 lid 2 EG dat de KNVB het collectieve belang van de clubs en van de voetbalsport in het algemeen zou behartigen, verwierp het gerechtshof. Het gerechtshof meende dat de KNVB niet belast was met diensten van algemeen belang. Het gerechtshof achtte derhalve het verbod van artikel 6 lid 1 Mw van toepassing op het in de statuten en reglementsbevestigingen belichaamde stelsel van de collectieve verkoop. Vanwege de uit artikel 6 lid 1 Mw voortvloeiende nietigheid kon volgens het gerechtshof de KNVB zich niet op genoemde verenigingsrechtelijke bepalingen beroepen, zodat de (uitoefening van de) uitzendrechten door Feyenoord daardoor niet wordt/worden beperkt. Het gerechtshof bekrachtigde het vonnis in eerste instantie.

In de zaak *Wijnhoven en Meulepas tegen Campina Melkunie* ging het om de vraag of het melkverwerkende Campina Melkunie ('CM') conform haar statuten mocht verlangen dat melkveehouders Wijnhoven en Meulepas beschikten over een erkenning van Stichting KKM, dat een kwaliteitsborgingsysteem voert. De twee veehouders zetten zich tegen deze eis. Op 14 mei 2000 had de d-g NMa

8 Hoge Raad 8 maart 1974, NJ 1974, 264.

9 Kamerstukken II, vergaderjaar 2001-2002, 28 050, nr. 1-2. Zie over het wetsvoorstel markt en overheid: O.J.C. Cornielje en M. van der Putten, Wet markt en overheid: transparantie en zorgvuldigheid staan voorop, M&M 2002, p. 3.

10 Scr. 1998, nr. 85.

onthefing verleend voor het kwaliteitsborgingsysteem KKM in besluit 1237. Deze ontheffing zag echter niet op bepalingen van dat systeem, waarin een melkverwerkend bedrijf mocht eisen dat ook melkveehouders beschikken over bedoelde erkenning. Volgens de d-g NMa beperkte die eis de mededinging en kwam zij gezien het marktaandeel van de aangesloten melkverwerkende bedrijven (meer dan 98 procent) niet in aanmerking voor ontheffing. De bij de KKM aangesloten ondernemingen zegden toe de desbetreffende KKM-bepalingen buiten toepassing te laten. Dit feit betekende, volgens de d-g NMa in het ontheffingsbesluit, echter niet automatisch dat de inbreuk op artikel 6 lid 1 Mw ongedaan werd gemaakt. Indien één of meer melkverwerkende bedrijven hun marktgedrag dat aanvankelijk was gebaseerd op de onderhavige bepalingen, na beëindiging daarvan, zouden voortzetten, zou dit naar de mening van de d-g NMa een inbreuk op artikel 6 lid 1 Mw vormen. CM stelde in de procedure voor het Gerechtshof Arnhem dat zij haar beleid om de KKM-erkenning vereist te stellen in eigen autonomie had bepaald. Er was dus volgens CM geen sprake van enige betrokkenheid bij overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemingsverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen in de zin van artikel 6 lid 1 Mw. Op basis van de hierboven samengevatte overwegingen van de d-g NMa in het ontheffingsbesluit stelde het Gerechtshof Arnhem echter vast dat het continueren door CM van het vereiste van de KKM-erkenning strijd opleverde met artikel 6 lid 1 Mw, zeker nu ook in de procedure kwam vast te staan dat ook de overige zuivelverwerkende bedrijven hun marktgedrag ongewijzigd hadden voortgezet alsof de buiten toepassing gelaten KKM-bepalingen nog wel van kracht waren.

In *V&S Groothandel tegen Klop* vorderde V&S van Klop nakoming van een exclusieve afnameverplichting in een in 1991 aangegane huurovereenkomst, die door partijen als een franchiseformule werd aangemerkt. De Rechtbank Utrecht oordeelde dat de afnameverplichting niet vrijgesteld was door de groepsvrijstelling franchiseovereenkomsten, omdat V&S niet onderbouwd had dat het beding noodzakelijk was voor haar franchiseorganisatie en dat Klop niet producten van derden had kunnen afnemen van een vergelijkbare kwaliteit als die van V&S. Vervolgens merkte de rechtbank op dat, indien wordt getoetst aan het Besluit vrijstelling samenwerkingsovereenkomsten detailhandel, niet voldaan was aan de eisen voor vrijstelling van het exclusieve afnamebeding, zodat deze bepaling verboden werd door artikel 6 lid 1 Mw. Deze vrijstelling is enkel van toepassing, indien de afnameverplichting betrekking heeft op ten hoogste 60 procent van het assortiment van roerende zaken die de franchisenemer rechtstreeks aan de eindgebruikers aanbiedt. Daarvan was in het onderhavige geval geen sprake. Merkwaardig in dit vonnis is het feit dat de rechtbank ook uitvoerig onderzocht of het exclusieve afnamebeding in strijd was met de WEM. De WEM was immers krachtens artikel 95 Mw per 1 januari 1998 inge-

trokken. Ook is opvallend dat de rechtbank in het geheel niet onderzocht of het beding wel de mededinging merkbaar beïnvloedde.

Volledigheidshalve wijzen wij nog op *De Kaasspecialist tegen Stichting Pensioenfonds Stork en Houterman Lent tegen Van de Coolwijk* en *Violent Music tegen Blanco y Negro* waarin het beroep op artikel 6 lid 1 Mw geen invloed had op de burgerrechtelijke uitkomst van het geschil.

Ook dit jaar zijn er ontwikkelingen in de zaak *Goos tegen Hanos*, waarin de nietigheid en voorlopige geldigheid onder de Mw centraal staan.¹¹ In het hoger beroep in de bodemzaak besliste het Gerechtshof Arnhem dat het tien jaar durend non-concurrentiebeding, dat voor de inwerkingtreding van de Mw overeengekomen was bij de verkoop van een onderneming, artikel 6 lid 1 Mw schond en vanwege haar lange duur niet viel onder de uitzondering van artikel 10 Mw.¹² Dit betekende volgens het gerechtshof echter niet dat het beding nietig was vanaf 1 januari 1998. Volgens het gerechtshof kon het non-concurrentiebeding profiteren van voorlopige geldigheid krachtens artikel 100 Mw. Het gerechtshof verwierp het beroep van koper dat artikel 100 Mw niet van toepassing was, omdat het non-concurrentiebeding al in strijd was geweest met het krachtens de WEM vastgestelde Besluit Marktverdelingsregelingen (het 'Besluit'). Naar het oordeel van het gerechtshof viel het beding onder het toepassingsbereik van artikel 3 lid 1 onder b van het Besluit, waarin het gerechtshof las dat de onverbindendverklaring van marktverdelingsregelingen in de artikelen 1 en 2 van het Besluit niet gold voor regelingen die de handel tussen de EG lidstaten niet ongunstig kunnen beïnvloeden of die de mededinging binnen de

11 De zaak kreeg al aandacht in de overzichtsartikelen in M&M over de rechtspraak over de Mededingingswet in 1999 en 2000.

12 Een vergelijkbare zaak over de geldigheid van een concurrentiebeding is *Concell tegen MCS Diagnostics*. Deze zaak werd naar EG-mededingingsrecht beoordeeld. Concell, producent van bepaalde apparatuur voor de melkindustrie, had haar Duitse distributeur een non-concurrentiebeding opgelegd gedurende de looptijd van de overeenkomst en het jaar daaropvolgend. Toen Concell de overeenkomst per 10 januari 2002 opzegde, gaf MCS Diagnostics haar afnemers te kennen dat zij vanaf januari 2002 vervangende producten van een concurrent zou leveren. In een kort geding stelde Concell dat MCS Diagnostics op die manier wanprestatie pleegde, omdat het non-concurrentiebeding nog een jaar na afloop van de overeenkomst zou doorlopen. MCS Diagnostics verweerde zich met de stelling dat het non-concurrentiebeding in strijd was met artikel 81 lid 1 EG. De president stelde vast in *Concell tegen MCS Diagnostics* dat krachtens artikel 12 lid 2 van de groepsvrijstelling verticale overeenkomsten de overeenkomst onderworpen bleef aan een voorloper van deze groepsvrijstelling, verordening 1984/83 voor exclusieve afnameovereenkomsten. Verordening 1984/83 stelde non-concurrentiebedingen slechts vrij die golden gedurende de looptijd van de overeenkomst. Derhalve achtte de president het onderhavige non-concurrentiebeding slechts geldig tot 10 januari 2002, de datum waarop de overeenkomst afliep. Overigens gaat de president eraan voorbij dat krachtens artikel 12 lid 2 van de groepsvrijstelling verticale overeenkomsten de overeenkomst *tot en met 31 december 2001* onderworpen was aan verordening 1984/83. Op 10 januari 2002 was de overeenkomst dus onderworpen aan de groepsvrijstelling verticale overeenkomsten. Deze groepsvrijstelling stelt onder voorwaarden non-concurrentiebedingen voor een periode van één jaar na een overeenkomst wel vrij.

gemeenschappelijke markt niet merkbaar beperkten. Omdat niet gebleken was dat het non-concurrentiebeding de interstatelijke handel ongunstig kon beïnvloeden dan wel de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt merkbaar beperkte, meende het gerechtshof dat het beding nietig was met ingang van 1 april 1998. Het gerechtshof gaf naar onze mening een onvolledige lezing aan artikel 3 lid 1 onder b van het Besluit. Krachtens deze bepaling is de onverbindendverklaring van het Besluit niet van toepassing op marktverdelingsregelingen, die geen interstatelijk effect hebben of de mededinging niet merkbaar beperken, 'doch die, indien dat wel het geval zou zijn, zouden zijn vrijgesteld krachtens een [EG-groepsvrijstelling]'. Omdat op het non-concurrentiebeding geen EG-groepsvrijstelling van toepassing zou zijn geweest in het in artikel 3 lid 1 onder b voorziene geval, lijkt het beding onverbindend te zijn geweest krachtens het Besluit en lijkt de voorlopige geldigheid van artikel 100 Mw juist niet van toepassing te zijn geweest.

Bestuursrechtelijke zaken

Gaandeweg ontwikkelt zich de jurisprudentie van de Rechtbank Rotterdam in haar hoedanigheid van exclusief bevoegde rechter om kennis te nemen van geschillen over onder meer de toepassing van artikel 17 Mw door de d-g NMa. In 2001 zijn vijf ontheffingsbesluiten van de d-g NMa voorwerp van een uitspraak van de rechtbank geweest.

In *Koninklijke Nederlandse Maatschappij voor Diergeneeskunde* ('KNMvD') tegen d-g NMa kwam de KNMvD in beroep tegen het besluit van de d-g NMa om ontheffing te weigeren van een bepaling in de gedragscode van de KNMvD, inhoudende dat dierenartsen zich dienen te onthouden van onrechtmatige concurrentie. De toelichting bij die bepaling luidde dat concurrentie fair en eerlijk moet zijn en dat onder meer het werken onder kostprijs met geen ander doel dan de praktijk van een bepaalde collega te ondermijnen een voorbeeld is van onrechtmatige concurrentie. De d-g NMa overwoog dat deze bepaling de mededinging beperkte, omdat elke onderneming vrij dient te zijn om haar concurrentiegedrag onafhankelijk te bepalen. De KNMvD is tegen het besluit van de d-g NMa in zaak 379 in beroep gegaan. KNMvD voerde eerst aan dat de gedragsregel geen inbreuk maakt op artikel 6 lid 1 Mw. De rechtbank vond de onderhavige bepaling in samenhang met de toelichting echter niet een noodzakelijke gedragsregel, die als zodanig buiten het toepassingsgebied van artikel 6 lid 1 Mw zou blijven. Hoewel in sommige gevallen het aanbieden van diensten beneden de kostprijs een misbruik van machtspositie kan opleveren en ook naar Nederlands civielrecht onrechtmatig kan zijn, ging het volgens de rechtbank te ver een dergelijk handelen categorisch, geabstraheerd van de omstandigheden van het concrete geval, als onrechtmatig te kwalificeren. Derhalve meende de rechtbank dat de bepaling en de toelichting daarop een mededingingsbeperkende regeling inhielden. Ook de gron-

den tegen de weigering om ontheffing te verlenen wees de rechtbank af. De rechtbank stelde voorop dat het op de weg lag van degene die zich op de uitzondering van artikel 17 van de Mw beroept, dit beroep van een deugdelijke onderbouwing te voorzien die de d-g NMa in staat stelt vervolgens het voor de beoordeling van de aanvraag noodzakelijke onderzoek te verrichten. Dat geldt ook in gevallen waarin de aanvraag om ontheffing, bij gebreke van de mogelijkheid van het verkrijgen van een zogeheten negatieve verklaring, in wezen gericht is op het verkrijgen van een oordeel dat geen sprake is van een strijd met artikel 6 lid 1 Mw. Nu de KNMvD daaraan niet had voldaan, mocht de d-g NMa reeds op die grond de ontheffing weigeren. Ten overvloede overwoog de rechtbank dat de d-g NMa in redelijkheid tot het oordeel heeft kunnen komen dat niet is voldaan aan de vereisten om voor ontheffing in aanmerking te komen. Met dit laatste lijkt de rechtbank te bevestigen dat zij slechts terughoudend zal toetsen of de d-g NMa terecht heeft geoordeeld of aan de ontheffingsvoorwaarden van artikel 17 Mw is voldaan.

In *IPA tegen d-g NMa* verklaarde de Rechtbank Rotterdam het beroep van derde belanghebbende IPA tegen de ontheffing van de d-g NMa in de zaak 269 (*Takel en Berging*) ongegrond. Daarbij verwees de rechtbank expliciet naar haar uitspraak in KNMvD dat de rechter terughoudend is bij de toetsing of de d-g NMa de ontheffingsvoorwaarden van artikel 17 Mw juist heeft toegepast. De rechtbank meende dat de d-g NMa terecht had mogen aannemen dat het bergingssysteem in zaak 269 tot technische vooruitgang zou leiden, ook al zou die voorlopig slechts ten dele worden gerealiseerd. Ook had naar het oordeel van de rechtbank, de d-g NMa niet ten onrechte aangenomen dat voldoende concurrentie tussen alarmcentrales resteerde.

In *COV tegen d-g NMa* oordeelde de Rechtbank Rotterdam over het beroep van COV tegen het besluit van de d-g NMa om twee advieskortingsregelingen van COV in strijd met artikel 6 lid 1 Mw te verklaren en vervolgens ontheffing te weigeren. De Rechtbank Rotterdam stelde vast dat de d-g NMa terecht heeft vastgesteld dat de advieskortingsregelingen artikel 6 lid 1 Mw schonden. Gezamenlijk aanbevolen prijzen, of ze nu wel of niet feitelijk door alle leden van een ondernemersvereniging, zoals COV, worden gevolgd, maken het ondernemingen mogelijk om met een redelijke mate van zekerheid te voorspellen, welke de prijspolitiek van de concurrenten zal zijn en aldus hun marktgedrag daarop af te stemmen. Als gevolg daarvan verhindert dit prijsconcurrentie. De rechtbank stelde ook vast dat de d-g NMa in zijn besluit terecht het beroep van COV op de 'rule of reason' heeft afgewezen.¹³ De rechtbank verwees naar het *Metropole*-arrest.¹⁴ Daarin had het Gerecht van eerste aanleg vastgesteld dat voor de toe-

13 In *KNMvD en BBS tegen d-g NMa* kwam de rechtbank tot eenzelfde vaststelling. Zie over deze zaak: F.J. Leeflang, in: M&M 2001, p. 227.

14 GvEA EG, T-112/99, 18 september 2001. Zie over deze zaak: P.P.J. van Ginneken, in: M&M 2002, p. 79.

passing van de *'rule of reason'* in het kader van artikel 81 lid 1 EG geen plaats was. Voorts stelde de rechtbank vast dat de d-g NMa terecht had vastgesteld dat de advieskortingsregelingen de mededinging merkbaar beperkten, nu kortingen konden oplopen tot 60 procent, respectievelijk 17 procent van de prijs. Ten slotte stelde de rechtbank vast dat COV niet aan haar verplichtingen heeft voldaan tot deugdelijke onderbouwing van haar stellingen waarom de advieskortingsregelingen in aanmerking zouden moeten komen voor ontheffing.

In *VBBS tegen d-g NMa* verzocht BBS om een voorlopige voorziening tot schorsing van het besluit van de d-g NMa om geen ontheffing te verlenen voor het anti-leurreglement in de schilderssector. De president van de Rechtbank Rotterdam wees dit verzoek af. De president was het met de d-g NMa eens dat regelingen, die beogen leuren door opdrachtgevers tegen te gaan, in strijd met artikel 6 lid 1 Mw moeten worden geacht. Vervolgens stelde de president vast dat de d-g NMa terecht heeft beslist dat de anti-leur-regeling niet aan de voorwaarden van artikel 17 Mw voldeed. Hoewel de president opmerkte dat de motivering in het bestreden besluit op bepaalde punten lacuneus is, zal het besluit naar de verwachting van de president in bezwaarschriftprocedure in stand blijven.

Eveneens in een voorlopige-voorzieningsprocedure (*Stichting Witgoed e.a. tegen d-g NMa*) vorderden Stichting Witgoed, de Stichting Bruingoed en de Nederlandse Vereniging Verwijdering Metaal Electroproducten schorsing van een voorschrift dat de d-g NMa aan zijn besluit tot ontheffingverlening had verbonden voor het verwijderingssysteem voor elektroproducten in zaak 1153. Onder toepassing van artikel 21 lid 2 Mw dienden de Stichting Witgoed en de Stichting Bruingoed van de d-g NMa binnen 8 weken na bekendmaking van het besluit alle bij haar aangesloten ondernemingen mee te delen dat men niet langer gehouden was de verwijderingsbijdrage door te berekenen aan de volgende schakels in de distributiekolom, en dat men niet langer gehouden was de verwijderingsbijdrage apart op de factuur te vermelden. Voorts dienden de stichtingen binnen 8 weken na de bekendmaking van het besluit hun publieksuitingen zodanig te hebben aangepast dat niet langer de suggestie werd gewekt dat de consument verplicht was een verwijderingsbijdrage te betalen. Volgens de d-g NMa konden afspraken over dergelijke doorberekeningen niet in aanmerking komen voor ontheffing. In de beoordeling van het verzoek tot schorsing van genoemde verplichtingen stelde de president vast dat de d-g NMa ten onrechte deze verplichtingen heeft aangeduid als voorschriften in de zin van artikel 21 lid 2 Mw. De d-g NMa had de ontheffingsaanvraag gedeeltelijk geweigerd. Dit feit bracht mee dat het door de d-g NMa gevraagde handelen van aanvang verboden was door artikel 6 lid 1 Mw. Het kenbaar maken daarvan aan aangesloten producenten en importeurs en in het in publicitaire zin handelen in overeenstemming daarmee vloeide dus rechtstreeks voort uit de gedeeltelijke weigering van de ontheffing en derhalve niet

uit door de d-g NMa opgelegde verplichtingen. Dat het ontheffingsverzoek nog niet onherroepelijk was geworden, deed daaraan niet af, mede gelet op artikel 6:16 Awb (geen schorsende werking bezwaar/beroep). Het verzoek om een voorlopige voorziening werd door de president afgewezen.

In de zaak *Stichting Saneringsfonds Varkensslachterijen ('SSV') en U-Vlees tegen d-g NMa* sprak de Rechtbank Rotterdam zich uit over een aantal saneringsovereenkomsten tussen SSV en varkensslachterijen. De overeenkomsten waren gesloten ter uitvoering van een programma, dat eerder was goedgekeurd onder de Europese staatssteunregels en dat erop gericht was de door partijen gestelde overcapaciteit in de sector terug te dringen. De samenwerkingsovereenkomsten waren in 1995 ook al gemeld bij de Europese Commissie ter ontheffing krachtens artikel 81 lid 3 EG, maar deze had in een *'discomfort letter'* aangegeven dat de overeenkomsten niet in aanmerking konden komen voor ontheffing. SSV stelde in de procedures voor de d-g NMa en de rechtbank dat het in de ontheffingsprocedure krachtens artikel 17 Mw ging om overeenkomsten die aangepast waren in het licht van de door de Commissie geuite bezwaren. De d-g NMa had voor deze saneringsovereenkomsten een ontheffing gedeeltelijk geweigerd in overeenstemming met de door de Commissie geuite bezwaren. SSV stelde in beroep tegen het besluit van de d-g NMa dat de d-g NMa niet bevoegd zou zijn te toetsen aan artikel 6 en 17 Mw. Volgens SSV bestond de mogelijkheid dat de Europese Commissie zich nog zou buigen over een tweede door SSV bij de Europese Commissie ingediende ontheffingsaanvraag inzake haar statuten. Volgens SSV zou niet uit te sluiten zijn dat de Commissie zou vaststellen dat, ingevolge artikel 2 lid 1 en 2 van EG-Verordening 26/62, een Europese vrijstelling zou gelden voor de saneringsovereenkomsten. Die vrijstelling zou dan ingevolge artikel 12 Mw doorwerken in het Nederlands mededingingsrecht. De rechtbank verwierp dit beroep. De d-g NMa mocht volgens de rechtbank in het onderhavige geval concluderen dat het uitgesloten was dat de Europese Commissie ooit zou vaststellen dat een vrijstelling krachtens Verordening 26/62 op de onderhavige saneringsovereenkomsten van toepassing was, onder andere omdat de Commissie zich in het kader van een mogelijke vrijstelling op grond van artikel 81 lid 3 EG in een *'discomfort letter'* reeds negatief had uitgelaten over de overeenkomsten (de rechtbank verwierp dus het feitelijk beroep van SSV dat de onderhavige overeenkomsten afweken van de door de Commissie negatief beoordeelde overeenkomsten).¹⁵ De rechtbank verwierp ook het beroep van SSV dat artikel 6 lid 1 Mw niet van toepassing was op de saneringsovereenkomsten omdat de Europese Commissie de subsidieregeling al had goedgekeurd krachtens de Europese staatssteunregels. Uit het *Weyl*-arrest van het Gerecht volgt dat mededingingsbeperkende afspraken

¹⁵ Om deze reden achtte de rechtbank dan ook dat de d-g NMa er terecht van was uitgegaan dat het uitgesloten was dat de Commissie de saneringsovereenkomsten ooit krachtens artikel 81 lid 3 EG zou vrijstellen.

die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van onder de Europese staatssteunregels goedgekeurde steunmaatregel ontsnappen aan een beoordeling krachtens artikel 81 lid 1 EG.¹⁶ De rechtbank stelde vast dat de onderhavige saneringsovereenkomsten evident verdergaande beperkingen bevatten dan de overeenkomsten die in *Weyl* aan de orde waren en dat SSV niet aannemelijk had gemaakt dat aan het in het *Weyl*-arrest geformuleerde noodzakelijkheidsvereiste was voldaan. Derhalve mocht de d-g NMa de gecombineerde overeenkomsten aan artikel 6 lid 1 Mw toetsen. De kern van deze zaak was of de beperkingen in deze saneringsovereenkomsten capaciteits- of productiebeperkingen zouden bevatten. Beide zijn in strijd met artikel 6 lid 1 Mw, maar voor capaciteitsbeperkingen bestaat onder omstandigheden de mogelijkheid voor ontheffing. De rechtbank oordeelde dat in het onderhavige geval sprake was van niet-ontheffbare productiebeperkingen. Dit had tot gevolg dat een ontheffing dus terecht was geweigerd. *SturkoMeat*, klager tegen de saneringsovereenkomsten, was bij de rechtbank in beroep gegaan tegen enkele overwegingen van het besluit. Haar beroep werd niet-ontvankelijk verklaard omdat de overwegingen geen rechtsgevolgen hadden en *SturkoMeat* overigens tevreden was met het SSV-besluit van de d-g NMa.

Misbruik van machtspositie

De zaken over misbruik van machtspositie in 2001 hebben als rode draad de toegang tot auteursrechtelijk beschermde gegevens.¹⁷

Kazaa bood via een website voor individuele gebruikers een computerprogramma aan voor uitwisseling van verschillende soorten bestanden waaronder auteursrechtelijk beschermde geluidsbestanden. Kazaa voerde al ruime tijd gesprekken met onder meer de auteursrechtenorganisatie Buma/Stemra met het oog op het verkrijgen van een mogelijke licentie voor het 'downloaden' van dergelijke muziekbestanden door gebruikers door middel van de software van Kazaa. Buma/Stemra brak echter op een gegeven moment de onderhandelingen af, onder andere omdat – anders dan overeengekomen – Kazaa bepaalde informatie niet aan haar verstrekte. In kort geding (*Kazaa tegen Buma/Stemra*) vorderde Kazaa een gebod tot dooronderhandelen. Kazaa stelde onder meer dat Buma/Stemra misbruik maakte van haar machtspositie door aan Kazaa een licentieovereenkomst te weigeren. De president wees deze vordering af. Buma/Stemra zou pas misbruik van haar machtspositie maken, indien zij Kazaa onbillijke contractuele voorwaarden zou opleggen, welke niet onderhandelbaar zijn. Daarvan was volgens de president geen sprake. Het feit dat Buma/Stemra de enige instantie in Nederland is waarmee Kazaa een licentieovereenkomst kon sluiten en dat deze tot nu toe heeft geweigerd daartoe over te gaan maakte naar het oordeel van de president nog niet dat Buma/Stemra misbruik maakte van haar machtspositie, te minder nu Buma/Stemra aangaf te willen dooronderhandelen.

Nieuwe ontwikkelingen deden zich voor in de strijd van De Telegraaf om omroepgegevens van de NOS en de publieke omroepen te bemachtigen. Het Gerechtshof Den Haag vernietigde in *De Telegraaf tegen NOS e.a.* een vonnis van de president van de Rechtbank Den Haag. De Telegraaf was gestart met de verspreiding van een eigen televisiegids 'TV Week' die wekelijkse lijsten van radio- en televisieprogramma's bevatte, welke per dag en per genre chronologisch waren gerangschikt. Op 5 januari 1999 had de president van de Rechtbank Den Haag geoordeeld dat NOS en de publieke omroepen zich met succes konden beroepen op geschriftenbescherming. De uitgave van de TV Week werd verboden tot 4 weken na de beslissing op bezwaarschrift naar aanleiding van het 'besluit' van de d-g NM van 10 september 1998. In dit 'besluit' had de d-g NMa vastgesteld dat de weigering van de NOS en de Holland Media Groep om wekelijkse programmaoverzichten aan de Telegraaf beschikbaar te stellen misbruik van machtspositie opleverde. Het gerechtshof ging er in zijn vonnis van uit dat het gevorderde gebod tot staking van de inbreuk makende handelingen achterwege behoorde te blijven, nu aannemelijk was dat er een gereede kans bestond dat de d-g NMa in zijn eindbesluit de klacht van de Telegraaf tegen de NOS en/of de publieke omroepen ter zake van misbruik van haar/hun economische machtspositie, gegrond zou bevinden. Om die redenen vernietigde het gerechtshof het vonnis van de president van de rechtbank Den Haag en wees het de vorderingen van NOS en de omroepen alsnog af.

In *Alles Over Wonen Lokaal ('AOWL') tegen Uitgeversmaatschappij Zuid-West-Nederland ('ZWN')* (uitgever van de krant BN/De Stem) wees de president een verzoek om een voorlopige voorziening tegen de weigering van een uitgever om advertentieruimte in zijn krant ter beschikking te stellen af. AOWL had om advertentieruimte af te dwingen ook een verzoek om een voorlopige maatregel krachtens artikel 83 Mw bij de NMa ingediend. AOWL verzocht in de kortgedingprocedure in feite om een voorziening in afwachting van het oordeel van de d-g NMa krachtens artikel 83 Mw.¹⁸

W. Bakker Electronics B.V. tegen minister van Economische Zaken had tot voorwerp de klacht die Bakker onder de WEM had ingediend tegen Canal+. Het CBB beoordeelde in deze zaak of het terecht was dat de minister van Economische Zaken (EZ) niet had opgetreden tegen de vermeende weigering van Canal+ om aan klanten van Bakker smartcards ter beschikking te stellen. Na een uitvoerig onderzoek concludeerde de minister van EZ dat het soms moeilijk was voor klanten van Bakker om smartcards van Canal+ te verkrijgen. Dit was naar zijn oordeel echter onvoldoende om

16 T-197/97 en T-198/97, *Weyl*, Jur. 2001, p. II-303.

17 Verder onbesproken blijft de uitspraak van het Gerechtshof Arnhem over een nieuw geschil tussen KPN en Denda waarin het beroep van Denda op artikel 24 Mw werd afgewezen over het gebruik van de domeinnaam telefoongids.nl.

18 Dit oordeel van de d-g NMa was overigens negatief (zie besluit d-g NMa in zaak 2219).

te kunnen concluderen dat Canal+ weigerde smartcards te leveren en om krachtens artikel 24 WEM op te treden. Het CBB stelde vast dat de minister de grenzen van de hem ingevolge artikel 24 WEM toekomstige vrijheid niet te buiten was gegaan. De minister van EZ heeft zich derhalve volgens het CBB in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat het vereiste bewijs voor het treffen van een maatregel ontbrak.

Concentraties

In 2001 heeft de Rechtbank Rotterdam zich in één en het CBB zich in drie uitspraken gebogen over concentratiebesluiten.

Twee van deze uitspraken hebben betrekking op de vergunning die de d-g NMa heeft verleend aan PNEM/MEGA en Edon, en met name op de voorschriften en beperkingen (hierna: voorschriften) die hij aan deze vergunning heeft verbonden.¹⁹

In een van de twee zaken (*Essent tegen d-g NMa*) verzette Essent (de als gevolg van de fusie tussen PNEM/MEGA en EDON ontstane entiteit) zich tegen bedoelde voorschriften. Volgens Essent had de d-g NMa de zaak onvoldoende zorgvuldig onderzocht en had hij onvoldoende gemotiveerd waarom als gevolg van de concentratie een machtspositie dreigde te ontstaan op de markt voor de compostering van Groente- Fruit- en Tuinafval (GFT-afval).

Voordat de rechtbank kon toekomen aan de inhoudelijke toetsing van het beroep, ging zij in op het verweer van de d-g NMa dat Essent geen procesbelang zou hebben bij haar beroep. Immers, de vergunningaanvragers hadden gekregen wat zij wilden, de vergunning, en onder de voorwaarden die zij zelf in de vergunningprocedure hadden voorgesteld. Onder verwijzing naar de uitspraak in de *Wegener-zaak*²⁰ wees de rechtbank dit verweer af. In Essent voegde de rechtbank nog toe aan hetgeen zij in *Wegener* had beslist dat in het onderhavige geval PNEM/MEGA en EDON in de procedure bij de d-g NMa steeds te kennen hebben gegeven dat het aanbieden van 'remedies' geenszins inhield het prijsgeven van enig rechtsmiddel.

Vervolgens kwam de rechtbank toe aan de inhoudelijke beoordeling van het geschil. Met name interessant is de toetsingsmaatstaf die de rechtbank daarbij zegt te hanteren. In *Wegener* had de rechtbank de stelling van de d-g NMa afgewezen dat de rechterlijke toetsing in concentratiezaken beperkt zou dienen te blijven tot de vraag of de d-g in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen. Onder verwijzing naar de gebonden beschikkingsbevoegdheid van artikel 41 lid 2 Mw oordeelde de rechtbank dat zij mede aan de hand van het zorgvuldigheidsbeginsel (artikel 3:2 Awb) en de motiveringsplicht (artikel 3:46 en 3:47 Awb) diende na te gaan of de d-g NMa bij de invulling van de hem toekomstige beoordelingsruimte wel rechtens juist heeft aangetoond of aannemelijk gemaakt dat sprake is van de weigeringsgrond van artikel 41 lid 2 Mw. In *Essent*

wenste de rechtbank op een tweetal punten een verduidelijking aan te brengen op hetgeen de rechtbank had opgemerkt over de beoordelingsruimte van de d-g NMa in *Wegener*. Ten eerste wilde de rechtbank buiten twijfel stellen dat zij beoordelingsruimte had gehanteerd als synoniem van beoordelingsvrijheid. Ten tweede leidde de rechtbank uit de communautaire rechtspraak af dat naarmate de complexiteit van de beoordeling toeneemt, de rechtbank terughoudender moet zijn in de toetsing. Zo wilde de rechtbank haar overwegingen in *Wegener* ook begrepen hebben. Het respecteren van de beoordelingsvrijheid bracht volgens de rechtbank in de regel in ieder geval met zich mee dat de rechterlijke beoordeling – naast die van de zorgvuldigheid en de motivering – beperkt was tot de vraag of de d-g NMa aannemelijk had gemaakt dat al dan niet sprake was van mededingingsrechtelijke problemen.

Op basis van de aldus omschreven en verduidelijkte beperkte toetsing oordeelde de rechtbank in *Essent* dat de d-g NMa aannemelijk had gemaakt dat er als gevolg van de fusie een machtspositie dreigde te ontstaan op de Nederlandse markt voor de compostering van GFT-afval als gevolg waarvan de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan significant zou worden belemmerd. Ten eerste meende de rechtbank dat de d-g NMa bij de bepaling van het marktaandeel terecht rekening heeft gehouden met de capaciteit die vastzat in langlopende contracten. De rechtbank vond dit niet hetzelfde als 'captive' productie, omdat de onderhavige productie niet bestemd was voor eigen gebruik en in het geheel niet voor de markt beschikbaar was of zou komen. Ten tweede mocht de d-g NMa bij de beoordeling van de mededingingsrechtelijke gevolgen kijken naar de periode na afloop van de langlopende contracten en niet slechts na de eerst drie tot vijf jaar na de fusie. Volgens de rechtbank zou juist op dat ogenblik de (potentiële) concurrentie spelen. Ten derde nam de rechtbank het de d-g NMa ook niet kwalijk dat hij, na de conclusie te hebben getrokken dat een machtspositie op de Nederlandse markt voor de compostering van GFT-afval zou ontstaan, niet expliciet had aangetoond hoe de mededinging daardoor significant zou worden belemmerd. Volgens de rechtbank was uit de communautaire praktijk en literatuur niet duidelijk in hoeverre aan het vereiste van significante belemmering van de mededinging zelfstandige betekenis toekomt. De rechtbank hield het op een gecombineerde aanpak, die inhoudt dat de totstandbrenging van een machtspositie in de regel wel een significante belemmering van de mededinging met zich mee zal brengen. Slechts onder bijzondere omstandigheden, waarvan in *Essent* niet was gebleken, zal dat anders zijn. Als voorbeelden van bijzondere omstandigheden noemt de rechtbank

19 Zie het besluit van de d-g NMa van 20 oktober 1999 in zaak 1331. Zie over de Essent-zaak: P. Glazener, in: M&M 2002, p. 78.

20 Rechtbank Rotterdam 20 september 2000, *Wegener e.a./d-g NMa*, MEDED 00/573-SIMO; MEDED 00/874-SIMO; MEDED 00/875-SIMO. Zie over deze zaak: M. van Empel, in: M&M 2002, p. 32.

een zeer minimale of zeer tijdelijke negatieve beïnvloeding van de mededinging. De rechtbank verklaarde het beroep van Essent ongegrond.

Daarop heeft *Essent*, dit keer tezamen met Edon – op wie een aantal voorschriften in de vergunning van toepassing is –, hoger beroep ingesteld bij het CBB tegen het vonnis van de Rechtbank Rotterdam. Partijen verzochten tevens de d-g NMa de voorschriften in het bestreden besluit, die betrekking hebben op de vervreemding van het belang in de onderneming geanonimiseerd als X4 op te schorten. De d-g NMa heeft dit verzoek afgewezen. Meteen na deze weigering verzochten Essent en Edon aan de president van het CBB het desbetreffende voorschrift te schorsen bij wijze van voorlopige voorziening. In *Essent en Edon tegen d-g NMa* wees ook de president van het CBB dit verzoek af, met name omdat onvoldoende vast was komen te staan dat er ernstige en onherstelbare schade dreigde voor beide verzoeksters. Inhoudelijk voegt de uitspraak niet zoveel toe aan de rechtsvorming op dit gebied. Opmerkelijk is wel dat partijen de betrokken deelnemingen in X4 dienden af te stoten vóór 20 oktober 2001. Gezien de datum van het Essent-besluit,²¹ hadden partijen dus een periode van twee jaar om X4 af te stoten. Dit geeft een richting aan voor vergunningaanvragers die met de d-g NMa in onderhandeling gaan over voorschriften.

Heeft het CBB in zijn *Wegener en d-g NMa*-uitspraak nu meer licht geworpen op de vraag welke toetsing de rechtbank moet uitvoeren in geval van een beroep tegen een concentratiebesluit? Ja en nee. Nee, want het CBB liet zich in zijn uitspraak van 5 december 2001 niet expliciet uit over de door de rechtbank gehanteerde toetsing. Ja, want uit dit stilzwijgen kan worden afgeleid dat het CBB de door de rechtbank in *Wegener* gehanteerde diepgaande toetsing in ieder geval niet onjuist achtte. Sterker nog, het CBB doet zelf de inhoudelijke beoordeling opnieuw over, waarmee zij de impliciete bevestiging geeft dat in concentratiezaken vol mag worden getoetst. Alleen bij de toetsing van de voorschriften die aan de vergunning werden verbonden betrachtte het CBB uitdrukkelijk enige terughoudendheid. Hier meende het CBB dat de rechter slechts zou moeten toetsen of de d-g NMa zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat het naleven van de voorschriften noodzakelijk is om de concentratie vergunningwaardig te doen zijn. Hierbij heeft de rechter in het bijzonder de taak na te gaan of de voorschriften niet onevenredig zijn in verhouding met het ermee nagestreefde doel.

De behandeling van het hoger beroep in *Wegener en d-g NMa* spitste zich toe op de voorschriften verbonden aan de vergunning. Het CBB begon met een inhoudelijke toetsing van het bestreden besluit tot vergunningverlening en de beoordeling daarvan door de rechtbank. Anders dan de rechtbank, bracht deze beoordeling het CBB tot de conclusie dat de d-g NMa terecht had geoordeeld dat een machtspositie dreigde te ontstaan of te worden versterkt als gevolg van de voorgenomen concentratie. Daarbij

hechtede het CBB aanmerkelijk minder waarde aan het in opdracht van Wegener opgestelde LECG-rapport dan de rechtbank. Met name meende het CBB dat d-g NMa terecht mocht vinden dat de conclusies van LECG niet zo sterk waren over de verwachte prijsdalingen in de twee gebieden waarin de grootste overlap ontstond na de concentratie (de verspreidingsgebieden van de Arnhemse Courant, het Gelders Dagblad en De Gelderlander en van de Provinciale Zeeuwse Courant en BN/De Stem). Het CBB onderzocht vervolgens of de d-g NMa zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat het verbinden van een aantal voorschriften noodzakelijk was voor en proportioneel was aan het streven om de concentratie vergunningwaardig te doen zijn. Deze voorschriften zagen op het verkopen van de belangen in onder meer de Arnhemse Courant en het Gelders Dagblad en de waarborging van het voortbestaan van onderlinge onafhankelijkheid van de Provinciale Zeeuwse Courant en BN/De Stem en van het feit dat beide titels zich (mede) op Zeeuws-Vlaanderen zullen blijven richten. Met name voor wat betreft de proportionaliteitstoets hechtede het CBB er grote waarde aan dat Wegener zelf met de voorstellen voor de betrokken voorschriften was gekomen. Hieruit leidde het CBB af dat Wegener de voorstellen op zichzelf uitvoerbaar achtte. Het CBB neemt daarmee proportionaliteit aan. Wel herformuleert het CBB, met toepassing van artikel 8:72 lid 4 Awb, een van de voorschriften, omdat de formulering van de d-g NMa strijd met artikel 7 van de Grondwet (vrijheid van pers) zou kunnen opleveren. De d-g NMa had als voorschrift opgenomen dat twee regionale dagbladen zich (mede) op Zeeuws-Vlaanderen moesten blijven richten. Het CBB maakte daarvan dat beide dagbladen in Zeeuws-Vlaanderen verspreid moesten blijven om zo te voorkomen dat de d-g NMa met het voorschrift ingreep in de inhoud van de krant. Opmerkelijk is dat na vernietiging van het besluit van de d-g NMa door de rechtbank, Wegener de onderhavige fusie volledig ten uitvoer legde zonder inachtneming van de voorschriften. Hierdoor zijn in Gelderland inmiddels de regionale kranten gefuseerd. De vernietiging door het CBB van het vonnis van de rechtbank leidt ertoe dat het besluit van de d-g NMa inclusief de voorschriften is herleefd. De d-g NMa gaf onmiddellijk na het arrest van het CBB publiekelijk aan dat hij stond op naleving van het besluit, inclusief de daarin opgenomen voorschriften. Opmerkelijk in positieve zin is dat het in Nederland mogelijk is om in ongeveer twee jaar tijd een concentratiebesluit door twee rechterlijke instanties te laten toetsen.²²

In *Wegener tegen R-C Rotterdam* kwam een procedureel punt op. Wegener had verzocht om inzage in een aantal stukken in het dossier van de d-g NMa ten aanzien

21 Zie voetnoot 19.

22 Indien de Europese rechters met behulp van de recentelijk ingevoerde versnelde procedure binnen vergelijkbare termijnen kunnen besluiten, valt niet uit te sluiten dat meer Europese concentratiebesluiten een gerechtelijke toetsing zullen ondergaan.

waarvan de d-g NMa de rechtbank om beperkte kennisneming had verzocht. De rechter-commissaris van de Rechtbank Rotterdam vond beperking van de kennisneming evenwel gerechtvaardigd. Tegen dit besluit van de rechter-commissaris stelde Wegener beroep in bij de Raad van State, die het beroep vervolgens doorzond aan het CBB. Het CBB verklaarde Wegener niet-ontvankelijk, omdat een dergelijk beroep slechts tegelijk met het hoger beroep ten gronde kan worden ingesteld. Bij het CBB kan een belanghebbende immers alleen hoger beroep instellen tegen een uitspraak van de rechtbank als bedoeld in afdeling 8.2.6 Awb of tegen een besluit van de president van de rechtbank op grond van artikel 8:86 Awb, inzake een besluit genomen op basis van een wettelijk voorschrift dat is opgenomen in de bijlage van de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie ('Wbb'). Ingevolge artikel 20 lid 3 Wbb kan tegen een andere beslissing van de rechtbank, zoals in het onderhavige geval, een besluit op grond van artikel 8:29 Awb uit afdeling 8.1.2, slechts gelijktijdig met het hoger beroep tegen de hierboven bedoelde uitspraken hoger beroep worden ingesteld.

Slot

Het jaar 2001 heeft een grote variëteit aan zaken over de Mededingingswet het licht doen zien. Opvallend is de nog steeds grote verscheidenheid waarmee de verschillende rechterlijke instanties met het mededingingsrecht omgaan. Ondanks terughoudendheid is er steeds grotere bereidheid te zien, zelfs bij de kortgedingrechters, om de Mededingingswet (en het Europese mededingingsrecht) toe te passen. In de uitspraken van de bestuursrechters beginnen zich langzaam jurisprudentielijnen te ontwikkelen. Vooral de Rechtbank Rotterdam, die veelvuldig in haar uitspraken naar eerdere zaken terug verwijst om de verbanden aan te tonen, speelt hierin een belangrijke rol.

BIJLAGE

- 1 President Rechtbank Rotterdam, 27 december 2001, Afvalcoördinatie Utrecht tegen AVR, 166831/KG ZA 01-1392.
- 2 President Rechtbank Breda, 13 december 2000, Alles Over Wonen Lokaal tegen Uitgeversmaatschappij Zuid-West-Nederland, 90586 KG ZA 00-589, KG 2001/18.
- 3 Rechtbank Rotterdam, 1 augustus 2001, Amsterdamse Bloemenmarkt (A en C tegen d-g NMa), MEDED 99/1874-SIMO.
- 4 President Rechtbank Roermond, 22 november 2001, Concell tegen MCS Diagnostics, 47172/KG ZA 01-268.
- 5 Rechtbank Rotterdam, 23 oktober 2001, COV tegen d-g NMa, MEDED 00/910-SIMO.
- 6 President Rechtbank Utrecht, 25 oktober 2001, De Kaasspecialist tegen Stichting Pensioenfonds Stork, 136098 KG/ZA 01-963, KG 2001/283.
- 7 Gerechtshof Den Haag, 30 januari 2001, (99/1.65), De Telegraaf tegen NOS e.a., in: Actualiteiten Mededingingsrecht 2001, p. 41 en M&M 2001, p. 115.
- 8 Hoge Raad, 13 februari 2001, Drents afval, 00800/99 E, NJ 2001, 337 (A).
- 9 Hoge Raad, 16 februari 2001, Drijvende Bokken, C96/119HR, NJ 2001, 202.
- 10 President Rechtbank Haarlem, 17 juli 2001, Dutchbird tegen Transavia, 75723/KG ZA 01-362.
- 11 Rechtbank Den Haag, 25 juli 2001, Dutchtone tegen de Staat der Nederlanden en KPN, 109653/HA ZA 98-4115.
- 12 Rechtbank Rotterdam, 21 juni 2001, Essent tegen d-g NMa, MEDED 99/2633-SIMO, AB 2001/331, in: Actualiteiten Mededingingsrecht 2001, p. 156.
- 13 President CBB, 19 oktober 2001, Essent Zuid en Edon tegen d-g NMa, AWB 01/793, in: Actualiteiten Mededingingsrecht 2001, p. 243 en M&M 2002, p. 78.
- 14 President Rechtbank Middelburg, 28 juni 2001, Glasgarage Breda tegen ZLM, 88/2001.
- 15 Gerechtshof Arnhem, 8 mei 2001, Goos tegen Hanos, 2000/074.
- 16 President Rechtbank Arnhem, 28 augustus 2001, Houterman Lent tegen van de Coolwijk, 74602/KG ZA 01-310.
- 17 Rechtbank Rotterdam, 26 september 2001, IPA tegen d-g NMa, MEDED 00/886-SIMO.
- 18 President Rechtbank Amsterdam, 29 november 2001, Kazaa tegen Buma/Stemra, KG 01/2264 OdC.
- 19 Rechtbank Rotterdam, 16 mei 2001, Koninklijke Nederlandse Maatschappij voor Diergeneeskunde tegen d-g NMa, MEDED 99/2584-SIMO, in: Actualiteiten Mededingingsrecht 2001, p. 141 en M&M 2001, p. 227.
- 20 Gerechtshof Den Haag, 31 mei 2001, KNVB tegen Feyenoord, 00/2, in: M&M 2001, p. 250.
- 21 President Rechtbank Rotterdam, 14 juni 2001, Koop-Nautic tegen Quantum, 156581/KG ZA 01-618, KG 2001/189.
- 22 Gerechtshof Arnhem, 13 november 2001, KPN tegen Denda, 2001/602.
- 23 Rechtbank Rotterdam, 14 juni 2001, Mondriaan Stichting (X tegen Mondriaan Stichting), 99/1318-SIMO.
- 24 Gerechtshof Den Bosch, 9 juli 2001, Mulleners Vastgoed tegen Meulen Bouwpromotie, C0001087/RO, KG 2001/257.
- 25 Hoge Raad, 12 oktober 2001, Nutsbedrijven Maastricht tegen WML, 1310.
- 26 Rechtbank Rotterdam, 9 augustus 2001, Postbussen I (A. B.V. tegen d-g NMa), MEDED 99/1836-SIMO, in: Actualiteiten Mededingingsrecht 2001, p. 240 en M&M 2001, p. 290.
- 27 Rechtbank Rotterdam, 9 augustus 2001 Postbussen II (X tegen d-g NMa), MEDED 99/1783-SIMO, in: M&M 2001, p. 290.

- 28 Gerechtshof Arnhem, 11 juli 2001, Speelautomaten, 21-002558-99.
- 29 Rechtbank Rotterdam, 4 december 2001, Stichting Saneringsfonds Varkensslachterijen en U-Vlees tegen d-g NMa, MEDED 00/933-SIMO en MEDED 00/955-SIMO.
- 30 President Rechtbank Rotterdam, 2 juli 2001, Stichting Witgoed e.a. tegen d-g NMa, VMEDED 01/1080-SIMO, in: Actualiteiten Mededingingsrecht 2001, p. 93.
- 31 Rechtbank Rotterdam, 4 december 2001, SturkoMeat tegen d-g NMa, MEDED 00/993-SIMO.
- 32 Rechtbank Utrecht, 14 maart 2001, V&S Groothandel tegen Klop, I04516/HA ZA 99-1519 BL.
- 33 President Rechtbank Rotterdam, 12 december 2001, VBBS tegen d-g NMa, VMEDED 01/1551-SIMO.
- 34 Rechtbank Rotterdam, 1 augustus 2001, Van Vollenhoven Olie tegen d-g NMa, MEDED 99/1690-SIMO, in: M&M 2001, p. 285.
- 35 Rechtbank Roermond, 1 november 2001, Van Vollenhoven Olie tegen Inter Zuid Transport, 46778/KGZA 01-242, in: Actualiteiten Mededingingsrecht 2001, p. 247.
- 36 Gerechtshof Den Haag, 22 maart 2001, Vereniging Centraal Bureau voor de Rijn- en Binnenvaart tegen de Staat der Nederlanden, NJ 2001, 443, in: Actualiteiten Mededingingsrecht 2001, p. 184.
- 37 President Rechtbank Rotterdam, 6 november 2001, Violent Music tegen Blanco y Negro, 163300/KG ZA 01-1108, in Actualiteiten Mededingingsrecht 2002, p. 13.
- 38 CBB, 31 augustus 2001, Voetbalsupporter (A. tegen minister Economische Zaken), AWB 98/473.
- 39 CBB, 24 oktober 2001, W. Bakker Electronics B.V. tegen minister van Economische Zaken, AWB 99/850.
- 40 CBB, 5 december 2001, Wegener en d-g NMa, AWB 00/867 en 00/870.
- 41 CBB, 3 augustus 2001, Wegener tegen R-C Rotterdam, AWB 01/499, in: M&M 2002, p. 32.
- 42 Gerechtshof Arnhem, 4 december 2001, Wijnhoven en Meulepas tegen Campina Melkunie, 2000/810.