



De toepassing van artikel 24 Mw door de NMa in 2003

mr J. Hettema

Dit artikel is het aangekondigde vervolg op het artikel dat in mei 2004 in *Markt & Mededinging* is gepubliceerd onder de titel 'De toepassing van het kartelverbod door de NMa in 2003'.¹ Dit eerste artikel besprak de toepassing van het kartelverbod door de NMa. In dit artikel wordt ingegaan op de uitspraken van de NMa inzake misbruik van machtspositie.

De indeling van deze misbruikkroniek is als volgt. Eerst zullen enige statistische cijfers de revue passeren, vervolgens de begrippen van artikel 24 Mededingingswet ('Mw') en tot slot zal apart aandacht worden besteed aan enkele procedurele aspecten.

Statistiek

Slechts tweemaal werd in 2003 vastgesteld dat een onderneming misbruik had gemaakt van haar machtspositie; de LOI deed dit met stelselmatig onderbieden van de concurrent op de markt voor afstandsonderwijs (rooftprijzen)² en CR Delta met getrouwheidskortingen op de markt voor fokstiersperma.³ Volgens het jaarverslag van de NMa (en DTe) zijn in 2003 verder nog 157 zaken behandeld waarin misbruik van economische machtspositie aan bod kwam. In geen van deze zaken werd misbruik van machtspositie echter vastgesteld, in 22 gevallen betrof dit besluiten op bezwaar.

Kennelijk wordt veel en veelal onterecht geklaagd over misbruik machtspositie. In 79 gevallen werd de klacht direct afgewezen op basis van prioritering, in de overige gevallen na (summier) onderzoek van de vermeende machtspositie of beweerd misbruik.

mr J. Hettema is advocaat bij Houthoff Buruma.

Begrippen

Voor toepassing van artikel 24 Mw is vereist dat (1) een onderneming (2) met een economische machtspositie (3) zich misbruikelijk gedraagt. Deze eisen zijn cumulatief, en waar mogelijk ziet de d-g NMa ook af van de toetsing van de overige voorwaarden zodra hij vastgesteld heeft dat aan één van de voorwaarden niet is voldaan. Uit de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 11 april 2003 in de zaak *Carglass*⁴ blijkt dat deze doelmatige benadering niet onverkort geoorloofd is, met name niet wanneer voor een goede beoordeling of bepaalde gedragingen misbruik opleveren, eerst onderzocht moet worden of sprake is van een economische machtspositie. Overigens heeft het CBB bevestigd dat wanneer geen misbruikelijke gedragingen zijn aan te wijzen, de vraag of sprake is van een economische machtspositie ieder praktisch belang verliest, en de NMa hier geen aandacht aan hoeft te besteden.⁵

- 1 VerLoren van Themaat, I.W., 'De toepassing van het kartelverbod door de NMa in 2003', *M&M*, 2004, nr. 3, pp. 72-92.
- 2 Besluit d-g NMa 11 augustus 2003 (NHA/LOI, zaaknr. 3125).
- 3 Besluit d-g NMa 31 december 2003 (CR Delta, zaaknr. 3353). CR Delta moest het in 2003 sowieso ontgelden, met vier klachtprocedures over vermeend misbruik op de uiteenlopende markten waar zij actief is. Alleen de klacht op de markt voor fokstiersperma (zaaknr. 3353) resulteerde in ingrijpen van de NMa, de overige klachten werden afgewezen. Zie besluit d-g NMa 28 maart 2003 (FHRS/CR Delta, zaaknr. 1205); besluit d-g NMa 19 juni 2003 (Bezwaar Melkcontrole Nijland, zaaknr. 3105); besluit d-g NMa 10 juli 2003 (Bezwaar Vereniging F.H.-Veeras, zaaknr. 3104).
- 4 Rechtbank Rotterdam 11 april 2003, MEDED 01/2674 en 01/2629-RIP, *Carglass-Glasgarage Rotterdam v. d-g NMa*.
- 5 CBB 17 november 2004, AWB 03/614, 03/621 en 03/659, *Glasgarage Rotterdam/Carglass/d-g NMa*, ov. 8.5.3.

Begrip 'Onderneming'

Voor het begrip onderneming sluit de d-g NMa ingevolge artikel 1 sub f Mw consequent aan bij de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen ('HvJ EG'): een onderneming is iedere entiteit die een economische activiteit vervult, en 'economische activiteit' is het aanbieden van goederen of diensten op de markt.

Zo is de Nederlandse Postduivenhouders Organisatie (NPO) een onderneming in de zin van Mw. Het gaat hier om een vereniging die sportwedstrijden organiseert waarvoor de deelnemers inschrijfgelden moeten betalen en waarop gewed kan worden. Deze weddenschappen worden door de organiserende verenigingen geadmistreerd.⁶ Sportverenigingen bieden producten of diensten aan op de markt en zijn dus ondernemingen, echter bij het vaststellen en hanteren van reglementen voor de sport beschikken zij over een grote ruimte voor zelfregulering.⁷

Ook een overheidsorgaan kan een onderneming zijn. Uitoefening van typische overheidsprerogatieven sluit echter uit dat sprake is van handelingen van een onderneming. Zo beklagde Horeca Nederland zich over het feit dat de gemeente Bergen in logiesvergunningen van horecaondernemers eist dat zij een brandmelder van één bepaald merk en type (Getronics) installeren. Ook in bezwaar⁸ bevestigt de d-g NMa dat de gemeente Bergen hier niet als onderneming kan worden aangemerkt, nu de Gemeente bij het verlenen van bouw- en gebruiksvergunningen geen goederen of diensten op een markt aanbiedt. De uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid om bouw- en gebruiksvergunningen voor logiesgebouwen te verlenen – waarvan het stellen van vergunningsvoorschriften een onlosmakelijk onderdeel vormt – is naar het oordeel van de d-g NMa de uitoefening van een typisch overheidsprerogatief.⁹ Dat een dergelijk voorschrift duidelijk mededingingsversturende effecten heeft, valt buiten de reikwijdte van de Mededingingswet.

Ook een Landelijk Orgaan Beroepsonderwijs¹⁰ is geen onderneming wanneer zij een wettelijke¹¹ (onderwijs)taak uitvoert, zoals in casu ECABO die beoordelingscriteria vaststelt voor bedrijven die beroepspraktijkvorming verzorgen en daarmee een taak vervult die ertoe strekt de kwaliteit van het beroepsonderwijs in stand te houden. Voor andere activiteiten (zoals het aanbieden op de markt van een examendatabank) zou zij wél als onderneming kunnen worden aangemerkt.¹²

In besluit VIP - PvdT¹³ moest de d-g NMa zich uitlaten over de vraag of de 'politieke partijen die zitting hebben in de Tweede Kamer' ondernemingen zijn in de zin van de Mededingingswet die zich schuldig kunnen maken aan kartelvorming en misbruik van economische machtspositie door 'in conclaaf met de minister' een 'discriminerende wet', de WSPP,¹⁴ aan te nemen, 'met het enige doel een voordeel op de kiezersmarkt te realiseren'.¹⁵ De NMa gaat ook hier consequent na of het gaat om 'handelingen die plaatsvinden op een bepaalde markt voor levering van goederen of diensten waarmee een onderneming op een

markt haar positie ten opzichte van afnemers, concurrenten of toeleveranciers tracht te verbeteren'. In dit geval is volgens de NMa geen sprake van marktgedrag waarop de Mededingingswet van toepassing is. Noch het op grond van de WSPP op aanvraag verstrekken van subsidie, noch het overleg tussen politieke partijen inzake het tot stand brengen van de WSPP ziet op aspecten van commercieel beleid van ondernemingen. Op grond van deze beoordeling vallen dus ook lijstverbindingen tussen politieke partijen – weliswaar in een land als België steevast als 'kartels' aangeduid – niet onder het kartelverbod.

Machtspositie

Voor de vaststelling van een machtspositie sluit de NMa aan bij de jurisprudentie van het HvJ EG.

Absoluut hoog marktaandeel

Onder verwijzing naar *Hoffmann-Laroche*¹⁶ gaat de NMa ervan uit dat bij een (in absolute zin) zeer hoog marktaandeel zonder nader onderzoek sprake is van een economische machtspositie. Zo heeft KPN op de markt voor toegang tot het openbare telefoonnetwerk op een vaste locatie in Nederland een marktaandeel van 90 à 100% en dus een machtspositie, ook als die markt wellicht nog onderverdeeld zou kunnen worden alnaargelang het type gebruiker: particulier, kleinzakelijk of grootzakelijk.¹⁷

In CR Delta¹⁸ stelt de d-g NMa vast dat CR Delta op de relevante markt voor fokstiersperma met een marktaandeel van rond de 80% een economische machtspositie heeft. Temeer daar geen van de naaste concurrenten tot een marktaandeel van 10% reikte. CR Delta was het met deze conclusie niet eens en had andere marktaandelen berekend, die volgens de NMa echter van een 'onjuiste geografische markt' uitgingen en 'derhalve niet relevant' waren. Helaas laat het besluit niet zien over welke door CR Delta aangevoerde alternatieve marktdefinitie het hier gaat en hoe deze onderbouwd was. De NMa zag zich in haar oordeel gesteund doordat bijna alle concurrenten van CR Delta onafhankelijk van elkaar het marktaandeel van CR Delta op de markt tussen de 80 en 90% schatten.¹⁹ Ook hier

6 Besluit d-g NMa 24 december 2003 (ZLU/NPO, zaaknr. 3611), rnr. 19.

7 Gesteld dat de regels objectief, transparant en non-discriminatoir zijn.

8 Besluit d-g NMa 23 april 2003 (Horeca Nederland-gemeente Bergen, zaaknr. 3253).

9 Besluit d-g NMa 23 april 2003 (Horeca Nederland-gemeente Bergen, zaaknr. 3253), rnr. 12.

10 Als bedoeld in artikel 1.5.1. van de Wet educatie en beroepsonderwijs (WEB), Stb. 1995, 501.

11 Op basis van artikel 7.2.10 WEB.

12 Besluit d-g NMa 17 januari 2003 (Best Alert-ECABO, zaaknr. 2938).

13 Besluit d-g NMa 25 februari 2003 (VIP-PvdT, zaaknr. 3209).

14 Wet Subsidiëring Politieke Partijen, Stb. 1999, 257-258.

15 Besluit d-g NMa 25 februari 2003 (VIP-PvdT, zaaknr. 3209), rnr. 7.

16 HvJ EG 13 februari 1979, zaak 85/76, *Hoffmann-Laroche, Jur.* 1979.

17 Besluit d-g NMa 21 mei 2003 (Pretium Telecom B.V. vs KPN Telecom B.V., zaaknr. 3251).

18 Besluit d-g NMa 31 december 2003 (CR Delta, zaaknr. 3353).

19 Besluit d-g NMa 31 december 2003 (CR Delta, zaaknr. 3353), rnr. 57.

maakt het besluit niet duidelijk op welke voet het kennelijk onafhankelijke oordeel van concurrenten – dat toch altijd met een korrel zout zou moeten worden genomen – zoveel ondersteuning biedt voor de visie van de NMa. Onder verwijzing naar Hoffmann-Laroche stelt de NMa ook hier een machtspositie vast.²⁰

Hiertegenover staat het oordeel over een machtspositie van het destructiebedrijf Rendac²¹. Rendac beschikte naar het oordeel van de NMa hoogstwaarschijnlijk niet over een economische machtspositie aangezien de relevante geografische markt voor de verwerking van slachtbijproducten ruimer lijkt te zijn dan Nederland. De NMa steunt hierbij op de beschikking van de Commissie in de fusiezaak BestAgrifund/Dumeco, waarin de Commissie heeft aangegeven dat de geografische markt voor laagrisicomateriaal mogelijk nationaal is, mede vanwege de invloed van transportkosten op de prijs, maar dat er wel handel is met Duitsland en België.²²

Relatief groot marktaandeel/voorsprong ten opzichte van concurrenten

In *NHA vs LOI* komt de NMa tot de conclusie dat Waldeck een machtspositie heeft. Het marktaandeel van Waldeck ligt tussen de 45 en 55% en was gedurende de periode 1998 tot 2002 twee- tot driemaal zo groot als dat van haar grootste concurrent en 2,5 tot 4,5 maal zo groot als dat van haar op een na grootste concurrent.²³ Voorts stelt de NMa vast dat Waldeck het breedste aanbod aan opleidingen op de relevante markt aanbiedt en dat dit aanzienlijk ruimer is dan dat van klagende partij NHA. Tevens wordt verwezen naar het gedrag van Waldeck. Onder verwijzing naar AKZO II²⁴ wordt gewezen op het feit dat vormen van verdringingsconcurrentie wijzen op het bestaan van een economische machtspositie. Tot slot worden ook de toetredingsdrempels op de markt als relevante factor beschouwd voor het vaststellen van een economische machtspositie.

In het besluit Carglass²⁵ heeft de NMa het bestaan van een economische machtspositie in het midden gelaten. Eerder oordeelde de NMa dat er sprake was van een machtspositie, maar bij nadere beschouwing zijn er sterke tegenindicaties zoals het niet-stabiele marktaandeel, de tegenmacht van grote afnemers, en de lage toetredingsdrempels die de markt betwistbaar maken. De positie van Carglass is duidelijk 'niet zoveel sterker dan die van haar concurrenten' en de voorsprong niet 'praktisch onoverbrugbaar'.

Een klacht tegen DAF Bus dat zij weigerde (nog langer) chassis voor bussen te leveren aan een bedrijf dat actief is in de eindassemblage van autobussen werd in primo en in bezwaar afgewezen omdat DAF Bus geen machtspositie heeft. Een onderneming heeft geen machtspositie wanneer, zelfs bij de meest beperkte marktafbakening, het marktaandeel sterk varieert²⁶ en er concurrenten aanwezig zijn die een 'aanzienlijk deel' van de markt innemen. Sterk wisselende marktaandelen zijn een teken van effectieve concurrentie. Een eigen netwerk van servicepunten zoals DAF Bus in Nederland heeft, kan wellicht klantenvoorkeur met zich

meebrengen, maar is geen factor van belang wanneer er concurrenten op de markt aanwezig zijn met niet te verwaarlozen marktaandelen, wat aangeeft dat serviceverlening niet van cruciaal belang is in de keuze van klanten.²⁷

Wettelijk monopolisten

Dat wettelijk monopolisten een machtspositie hebben, staat niet bij voorbaat vast. In geval van voormalig monopolist Rendac heeft de NMa dit in het midden gelaten.²⁸ Ook in geval van SENA heeft de NMa zich niet over deze vraag uitgelaten.²⁹ De wettelijke aansluitplicht bij een ARBO-dienst levert niet automatisch een machtspositie voor die ARBO-dienst op.³⁰ Ook de uit de Ziekenfondswet voortvloeiende contracteerplicht tussen zorgaanbieder (huisarts) en ziekenfonds levert volgens de NMa geen machtspositie op voor het Ziekenfonds.³¹

Misbruik

Voor overtreding van artikel 24 Mw moet sprake zijn van 'misbruik'. Verschillende vormen van (mogelijk) misbruik kwamen in 2003 aan de orde.

Leveringsweigering/essential facility

Zelfs een onderneming met een economische machtspositie heeft op grond van artikel 24 Mw geen verplichting om bedrijfsruimte te verhuren. *NS Stations* mag als eigenaar van ruimte op NS Stations ervoor kiezen zelf commerciële activiteiten te gaan ontplooiën, dan wel deze ruimte te verhuren. Weigering te verhuren kan niet als misbruik in de zin van artikel 24 Mw worden aangemerkt.³² Het verhuren van bedrijfs- en winkelruimte op NS Stations aan horecagelegenheden die zich op het verkopen van eten en drinken aan reizigers richten, is ook geen 'essential facility': het is niet aannemelijk dat een horecaonderneming zonder toegang tot NS Stations deze producten niet zou kunnen verkopen.³³

20 HvJ EG 13 februari 1979, zaak 85/76, *Hoffmann-Laroche*, Jur. 1979.

21 Besluit d-g NMa 23 oktober 2003 (Van der Made vs Rendac, zaaknr. 3260).

22 Beschikking EC van 2 juli 2000, zaak COMP/M.3175-Best Agrifund/Dumeco.

23 Besluit d-g NMa 11 augustus 2003 (NHA/LOI, zaaknr. 3125), rnr. 64-65.

24 HvJ EG 3 juli 1991, C-62/86, *ECS/AKZO II*.

25 Besluit d-g NMa 22 oktober 2003 (Carglass, zaaknr. 2227).

26 Besluit d-g NMa 24 december 2003 (Zuideind/DAF Bus, zaaknr. 3413), rnr. 13: in casu van 62,8% in 2000 naar 23% in 2001.

27 Besluit d-g NMa 24 december 2003 (Zuideind/DAF Bus, zaaknr. 3413), rnr. 29.

28 Besluit d-g NMa 14 januari 2003 (Incine v. Rendac, zaaknr. 2709), rnr. 21.

29 Besluit d-g NMa 10 april 2003 (Horeca Nederland-SENA, zaaknr. 2319).

30 Besluit d-g NMa 11 juli 2003 (DGT v. Relan Arbo, zaaknr. 2853), rnr. 19.

31 Besluit d-g NMa 19 juni 2003 (Kingma v. CZ Tilburg, zaaknr. 3119), rnr. 25.

32 Besluit d-g NMa 31 oktober 2003 (Shakie's-NS Stations/Servex, zaaknr. 2996), rnr. 36.

33 Besluit d-g NMa 31 oktober 2003 (Shakie's-NS Stations/Servex, zaaknr. 2996), rnr. 37.

KPN heeft een machtspositie op de markt voor toegang tot het vast netwerk en zou deze positie kunnen misbruiken op de aanverwante markten voor gebruik en levering van abonneegegevens. Gebruik van abonneegegevens om voormalige klanten met een reclameactie te benaderen, levert geen misbruik op. Ook bestaat er geen leveringsverplichting voor abonneegegevens aan 'carrier pre select' (CPS) aanbieders. Het abonneebestand en de gegevens over belabonnementen zijn geen essential facility voor de CPS aanbieders, aangezien de CPS-aanbieders reeds op de markt actief zijn en KPN dus ook niet de verplichting heeft dezelfde gegevens te leveren aan de CPS-aanbieder.³⁴

Ook uit de houding van partijen leidt de d-g NMa soms af of sprake is van misbruikelijke leveringsweigerings. In besluit *Baumgarten vs KNMP*³⁵ leidt de NMa uit de bereidwilligheid van KNMP om de gevraagde producten custom made te leveren (los van een lidmaatschap van de KNMP), af dat geen sprake was van misbruik. Over dergelijke oordelen hierna meer.

Getrouwheidskortingen

De casus van *CR Delta* is dit jaar eerder besproken in *M&M*.³⁶ Het misbruik bestond erin dat CR Delta diverse kortingsregelingen in stand hield, die als getrouwheidskorting worden aangemerkt. Zo werd een kwantumkorting gehanteerd die werd berekend over het geheel van afgenomen fokstiersperma en niet over het deel dat extra werd afgenomen. De korting was niet op kostenbesparingen gebaseerd. De referentieperiode hierbij was een jaar, wat als betrekkelijk lang werd aangemerkt. Daarnaast werd expliciet een 'regeling klantentrouw' gehanteerd, die weliswaar was ingetrokken, maar waartegenover een toezegging stond dat wellicht op andere wijze loyaliteit toch beloond zou worden. Tot slot werd een 'testerskorting' gehanteerd die als een hefboom de positie op de markt voor proefstiersperma versterkte. Voor zijn beoordeling leunt de d-g NMa zwaar aan tegen het Michelin-arrest van het Gerecht.³⁷

Tegenover CR Delta staat het besluit *Carglass* waarin de NMa tot de conclusie komt dat de geboden kortingsregelingen geen misbruik vormen omdat zij niet kwalificeren als getrouwheidskorting. Zo werd een volumekorting gehanteerd die 'daadwerkelijke en equivalente kostenbesparingen' reflecteerde, die bovendien vanaf de eerste transactie werd uitgekeerd, gelijkmatig opliep volgens een staffel, alleen uitgekeerd werd over de staffel en niet de totale omzet, en betrekkelijk gering was. Ondanks dat de referentieperiode hier ook een jaar was, betrof dit geen getrouwheidskorting.³⁸

Roofprijzen

In *LOI*³⁹ bestond het vermeende misbruik hierin dat Waldeck, moedermaatschappij van de Leidse Onderwijs Instelling (LOI) met haar dochter Studieplan stelselmatig cursussen onder de prijzen van de concurrent Nationale Handelsacademie (NHA) aanbood, met de intentie NHA hiermee te dwingen de concurrentiestrijd te staken. Geble-

ken was ook dat Studieplan vanaf de oprichting haar producten voor verliesgevende tarieven had verkocht, terwijl zij nauwelijks investeringen had hoeven plegen omdat zij gebruik kon maken van bestaande cursussen van LOI. Voldoende aannemelijk was ook dat na verdwijnen van NHA, Studieplan niet langer de lage tarieven zou blijven hantieren. Er was derhalve sprake van roofprijzen.

Niet elke lage prijs is een roofprijs. Wanneer een korting is gebaseerd op kostprijsbesparing voortvloeiend uit schaalgrootte, niet discriminatoir is en aan iedere klant en bij iedere transactie wordt verleend, is sprake van een commerciële, lage prijs en geen onbillijk lage of roofprijs. Van belang is dan wel dat deze korting voor alle afnemers geldt, niet gekoppeld is aan enige andere voorwaarde zoals afnamebehoefte of omzetdoel, niet gerelateerd is aan een referentieperiode maar onmiddellijk wordt uitbetaald, en er verder geen aanwijzingen zijn dat zij bedoeld is concurrentie van de markt te weren.⁴⁰

Excessieve prijzen

In besluit *Gemeente Voorburg, gemeente Wassenaar en de heer Melissen vs Casema*⁴¹ beoordeelt de NMa de vraag of de kostprijsstijging van het RTV-pakket van Casema in de gemeente Voorburg en Wassenaar excessief is.

Na een onderzoek over de kosten, het normrendement en het rendement op de producten die Casema in 2000 heeft gerealiseerd, komt de NMa tot de conclusie dat het rendement niet meer dan enkele percenten boven het normrendement van 8% ligt. Essentieel bij het vaststellen van het rendement is wel wat de 'kosten' (mogen) zijn, en hoe deze worden toegerekend. Omdat hierover discussie mogelijk was, heeft de NMa nog een alternatieve benadering voor allocatie van kosten in aanmerking genomen. Bij die benadering kwam het rendement niet boven het niveau van het normrendement uit. Nu ook die methode 'aanvaardbaar' is, kon niet gesteld worden dat het rendement excessief was.

Uit besluit *Horeca Nederland/SENA*⁴² blijkt dat kostentoe rekening echter niet altijd een passende maatstaf is om de excessiviteit van een tarief te meten. De NMa is hier gevraagd te oordelen of SENA te hoge vergoedingen vraagt bij de inning van de 'billijke vergoeding' die volgt uit de *Wet Naburige Rechten*⁴³ voor het openbaar maken

34 Besluit d-g NMa 21 mei 2003 (*Pretium Telecom B.V. vs KPN Telecom B.V.*, zaaknr. 3251).

35 Besluit d-g NMa 3 oktober 2003 (*Baumgarten vs KNMP*, zaaknr. 2959).

36 Van Wissen M.E., 'CR Delta VRV', *M&M*, 2004, 2, pp. 56-61; Besluit d-g NMa 31 december 2003 (*CR Delta*, zaaknr. 3353).

37 GvEA, 30 september 2003, zaak T-203/01, *Michelin II*.

38 Besluit d-g NMa 22 oktober 2003 (*Carglass*, zaaknr. 2227), rnr. 84-86.

39 Zie ook Mahler R., 'NMa legt voorlopige last onder dwangsom op', *Actualiteiten Mededingingsrecht*, 2003, 8, pp. 173-175; Besluit d-g NMa 11 augustus 2003 (*NHA/LOI*, zaaknr. 3125).

40 Besluit d-g NMa 22 oktober 2003 (*Carglass*, zaaknr. 2227), rnr. 74-77.

41 Besluit d-g NMa 12 juni 2003 (*Gemeente Voorburg, gemeente Wassenaar en de heer Melissen vs Casema*, zaaknr. 1793).

42 Besluit d-g NMa 10 april 2003 (*Horeca Nederland-SENA*, zaaknr. 2319).

43 *Stb.* 1993, 178.

van fonogrammen. De NMa merkt hier op dat geschillen over de uitleg van wat een 'billijke vergoeding' is, allereerst op basis van de Wet Naburige Rechten voorgelegd moeten worden aan de Rechtbank Den Haag. Daarnaast merkt de NMa op dat de kosten die SENA maakt voor de inning en verdeling van de vergoedingen niet in rechtstreeks verband staan met de hoogte van die vergoedingen zelf. De d-g NMa oordeelt derhalve dat kostenoriëntatie in een dergelijk geval geen aanknopingspunten biedt om te bepalen of sprake is van een onredelijk hoge vergoeding. Wat in dat specifieke geval wél een juiste maatstaf is laat de NMa over aan de nationale rechter.⁴⁴

Discriminatie

In besluit *Superunie v. Interpay*⁴⁵ onderzoekt de NMa uitgebreid of sprake is van discriminatie. Verschillen in de behandeling van afnemers door een onderneming met een economische machtspositie moeten berusten op objectieve grondslagen waarvan de keuze geen discriminatoir effect mag sorteren. Bestaat een objectieve rechtvaardiging voor ongelijke behandeling, dan is geen sprake van misbruik in de zin van artikel 24, lid 1 Mw.

Bij het bepalen van verschillen in behandeling moet gelet worden op de (on)gelijkheid van de door de betreffende ondernemingen te leveren producten en/of diensten. Ook dienen de aard, kosten, samenstelling, kwaliteit, termijn van levering et cetera van het product of de dienst in overweging te worden genomen.⁴⁶ Wanneer er op basis van deze toets sprake is van een ongelijke behandeling moet vervolgens onderzocht worden of een objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat, bijvoorbeeld het matchen van het aanbod van een concurrent of volumegerelateerde kortingen die een proportionele weerspiegeling zijn van bedrijfs-economische kostenvoordelen. Voorts kunnen volgens de d-g NMa de door een afnemer in het verleden gelopen investeringsrisico's voor een bepaalde termijn een rechtvaardiging vormen voor een bijzondere behandeling. Deze bijzondere behandeling moet dan wel proportioneel zijn met de gelopen risico's.

In geval van Ahold en Superunie concludeert de NMa dat er verschil in behandeling is nu Ahold een extra korting van € 0,014 (NLG 0,03) per pintransactie krijgt en Superunie niet. Voor deze ongelijke behandeling is naar het oordeel van de d-g NMa echter een objectieve rechtvaardiging aanwezig, gebaseerd op de in 1992 door Ahold genomen investeringsrisico's en afgegeven garanties. De extra kortingen die Ahold heeft gekregen zijn een beloning voor deze investeringen en risico's die Ahold als first mover heeft gelopen bij de massale introductie van pinnen. De bijzondere regeling van Interpay waarvan Ahold gebruik heeft gemaakt, heeft bovendien voor elke onderneming opengestaan. Toen Superunie een contract met Interpay afsloot in 1998 werd geen risico meer gelopen met het aanbieden van een mogelijkheid tot pinnen. In die zin was er geen sprake (meer) van een gelijke situatie en is er geen sprake van een ongerechtvaardigd verschil in behandeling.

De opmerkelijkste overweging in het besluit is dat, naar het oordeel van de d-g NMa, het bedrag dat Ahold aan extra kortingen heeft verkregen niet zodanig hoog is dat sprake is van misbruik. Daarbij heeft de d-g NMa overwogen dat een zeer strikte toepassing van artikel 24, lid 1 Mw in dit kader een remmende werking zou hebben op nieuwe initiatieven en technische innovatie in de markt. Dit acht de d-g NMa vanuit het oogpunt van marktwerking niet gewenst. Gezien deze omstandigheden moet volgens de d-g NMa worden geaccepteerd dat een objectieve rechtvaardiging bestaat voor de extra kortingen die Ahold heeft verkregen en thans nog verkrijgt. Er is derhalve over de afgelopen jaren geen sprake geweest van verboden discriminatie.⁴⁷ De d-g NMa merkt wel op dat in het verleden gelopen investeringsrisico's niet eindeloos, maar slechts voor een bepaalde termijn een rechtvaardiging kunnen vormen voor een bijzondere behandeling. In dat licht is het van belang dat Interpay heeft aangegeven dat in de nabije toekomst de pincontracten met detaillisten overgaan op de individuele banken. Hierdoor worden detaillisten gedwongen nieuwe contracten te sluiten waarbij ze niet langer gebonden zijn aan slechts één aanbieder.

Ander misbruikelijk gedrag

In besluit *Klijnsoon (Goedkope Taxatie) vs LMV*⁴⁸ ontloopt de NMa de vraag of dreigen met roeyement door een ondernemersvereniging tegen een van haar leden die als prijsvechter beschouwd wordt, misbruik oplevert. In casu ging het om de makelaarsvereniging LMV die in een brief aan de heer Klijnsoon onder meer had geschreven '*uw activiteiten als prijsvechter zijn niet alleen het bestuur een doorn in het oog*'. De NMa heeft deze heikele vraag kunnen omzeilen door vast te stellen dat met een marktaandeel van minder dan 10% het niet aannemelijk is dat makelaarsvereniging LMV een economische machtspositie heeft. Mij lijkt dat een dergelijke brief de '*ondubbelzinnige uitdrukking van de wil van de vereniging weergeeft om het gedrag van haar lid op de betrokken markt te bepalen*' en dus een besluit is van een ondernemersvereniging in strijd met artikel 6 Mw, maar volgens de d-g NMa gaven 'klacht noch bezwaarschrift' aanwijzingen voor een overtreding van de Mededingingswet.

Het weigeren iemand te laten betalen met een pinpas of een chipknip is geen misbruik, nu alleen bankbiljetten en munten in Nederland als wettelijk betaalmiddel gelden, en voor alle andere betaalmiddelen zoals pinpassen en chipknippen de ontvangende partij de vrijheid heeft om deze

44 Zie over deze vragen ook HvJ EG 6 februari 2003, C-245/00, NOS v. SENA; vgl. HR 28 mei 2004, C99/248HR, SENA/NOS.

45 Besluit d-g NMa 28 april 2003 (Superunie v. Interpay, zaaknr. 2978).

46 Besluit d-g NMa 28 april 2003 (Superunie v. Interpay, zaaknr. 2978), rnr. 38.

47 Besluit d-g NMa 28 april 2003 (Superunie v. Interpay, zaaknr. 2978), rnr. 50.

48 Besluit d-g NMa 27 augustus 2003 (Klijnsoon (Goedkope Taxatie) vs LMV, zaaknr. 3187).

al dan niet te accepteren.⁴⁹ De keuze van de winkelier staat los van het feit dat voor de concurrent pingeld en contant geld niet substitueerbaar zijn.

In besluit Bezwaar Vereniging F.H.-Veeras⁵⁰ is CR Delta de beklaagde. Hier gaat het om het berekenen van de zogenaamde netto melkgeldindex (INET) waarbij CR Delta geen rekening houdt met de grootte c.q. het gewicht van de koe. Relatief kleine koeien krijgen daardoor een lagere waarde en zijn in het handelsverkeer minder geld waard. In het primaire besluit heeft de NMa vastgesteld dat niet CR Delta, maar de Nederlandse Veeverbeteringsorganisatie (NVO) bepaalt welke factoren worden meegenomen bij de berekening van de INET-waarde. In bezwaar voert Veeras aan dat CR Delta feitelijk de keuze van de factoren bepaalt omdat CR Delta binnen NVO de dienst uit zou maken. CR Delta zou daarbij de factoren zodanig bepalen dat de fokkers van relatief grote koeien zoals die van het eigen stamboek van CR Delta (NRS-stamboek) er gunstiger uitkomen. De NMa bepaalt dat het bestuur van NVO bestaat uit zeven leden waarvan drie benoemd door CR Delta, drie afkomstig uit andere rundveeverbeteringsorganisaties en een onafhankelijk voorzitter. Bij gebrek aan nadere feiten waaruit anders zou moeten blijken, maakt de d-g NMa op dat CR Delta het NVO-bestuur niet haar wil kan opleggen. De NMa blijft bescheiden genoeg door zichzelf niet bevoegd dan wel gekwalificeerd te achten om te oordelen over de relevantie van bijvoorbeeld het corrigeren van de factor gewicht bij het berekenen van de INET-waarde.

In besluit Bezwaar Melkcontrole Nijland⁵¹ wordt een van de andere klachten tegen CR Delta behandeld. De klacht van Melkcontrole Nijland heeft betrekking op het in rekening brengen van kosten voor een fokwaardeschatting door CR Delta aan Nijland. Nijland beroept zich in wezen op koppelverkoop door CR Delta voor de fokwaardeschattingen. Volgens de NMa betekent het enkele feit dat Nijland geen belang heeft bij fokwaardeschattingen, niet dat het in rekening brengen daarvan door CR Delta misbruik in de zin van artikel 24 Mw is. Dit zou te meer gelden nu de kosten van de fokwaardeschattingen zeer laag zijn (25 eurocent/koe/jaar) ten opzichte van de door Nijland geleverde diensten (circa 1,5% van de jaarlijkse contributiekosten van € 16). Daarenboven zou Nijland de kosten kunnen doorrekenen aan de klanten die wel belang hebben bij de fokwaardeschatting.

Procedurele aspecten

Prioritering

Zoals hiervoor aangegeven wordt meer dan de helft van de klachten direct door de NMa afgewezen vanwege een gebrek aan prioriteit. Voor de afwijzingen gebruikt de NMa een standaardtekst waarin zij partijen erop wijst dat de Mededingingswet is geschreven om de werkzame mededinging en de daaruit voortvloeiende welvaartsverbetering te bevorderen, alsmede de effectieve bestrijding van onaanvaardbare beperkingen van de mededinging. De NMa merkt

daarbij op dat zij niet tot taak heeft geschillen tussen particulieren of ondernemingen te beslechten: *‘Een individuele klager kan zich wanneer hij wordt geconfronteerd met een vermeende overtreding van de Mededingingswet ook wenden tot de burgerlijke rechter.’* Uit de Memorie van Toelichting bij de Mededingingswet⁵² blijkt dat de wetgever de civielrechtelijke handhaving van de Mededingingswet als een reëel alternatief beschouwt voor de bestuursrechtelijke handhaving van de Mededingingswet, *‘welke kan leiden tot een vermindering van de belasting van de bestuursrechtelijke handhaving zoals deze wordt uitgevoerd door de NMa.’*⁵³

De NMa onderbouwt afwijzingen op grond van haar prioriteringsbeleid meestal nog met de algemene opmerking dat er onvoldoende capaciteit en middelen beschikbaar zijn om bijvoorbeeld diepgaand onderzoek naar de afbakening van de relevante markt uit te voeren en dat de importantie van de zaak in het licht van het algemeen economisch belang, naar oordeel van de NMa relatief gering is.⁵⁴ Ook de geringe kans dat een overtreding kan worden vastgesteld, kan een rechtvaardiging zijn geen nader onderzoek in te stellen.⁵⁵ Dit geldt met name wanneer partijen te weinig concrete argumenten of aanwijzingen aanvoeren.⁵⁶ Bij deze laatste overweging moet worden opgemerkt dat partijen niet voor niets naar de d-g NMa stappen. Een van de redenen dat de civiele handhaving van het mededingingsrecht tekortschiet, is juist dat partijen vaak grote moeite hebben ‘concreet’ aan te tonen dat, bijvoorbeeld, een bepaald tarief van zijn concurrent onder kostprijsniveau ligt. Men kan zich voorstellen dat de klager juist bij de NMa aanklopte vanwege de haar ter beschikking staande middelen om onderzoek te doen en het gedrag van een dominante onderneming te onderzoeken.

Het is in dit verband wat ongelukkig dat klagers die door de NMa zijn ‘weggeprioriteerd’, vervolgens gezien de strikte eisen aan het ‘belanghebbende’-begrip, in bezwaar niet ontvankelijk kunnen worden verklaard bij gebrek aan persoonlijk, individualiseerbaar belang.⁵⁷ De d-g NMa laat

49 Besluit d-g NMa 4 april 2003 (Halbertsma vs Postbank, zaaknr. 3444).

50 Besluit d-g NMa 10 juli 2003 (Bezwaar Vereniging F.H.-Veeras, zaaknr. 3104).

51 Besluit d-g NMa 19 juni 2003 (Bezwaar Melkcontrole Nijland, zaaknr. 3105).

52 Kamerstukken II 1995/1996, 24 707, nr. 3, p. 41.

53 Zie bijv. Besluit d-g NMa 16 juni 2003 (ABC vs Publieke Omroep, zaaknr. 3049), rnr. 22; Besluit d-g NMa 11 juli 2003 (DGT B.V. vs Relan Arbo B.V., zaaknr. 2853), rnr. 13; Besluit d-g NMa 3 oktober 2003 (Baumgarten vs KNMP, zaaknr. 2959), rnr. 26; Besluit d-g NMa 23 oktober 2003 (Van der Made vs Rendac, zaaknr. 3260), rnr. 14.

54 Besluit d-g NMa 16 juni 2003 (ABC vs Publieke Omroep, zaaknr. 3049), rnr. 26.

55 Besluit d-g NMa 11 juli 2003 (DGT B.V. vs Relan Arbo B.V., zaaknr. 2853), rnr. 20.

56 Besluit d-g NMa 14 januari 2003 (Incine v. Rendac, zaaknr. 2709), rnr. 23; Besluit d-g NMa 17 januari 2003 (Best Alert - ECABO, zaaknr. 2938), rnr. 23.

57 Vgl. Besluit d-g NMa 17 december 2003 (LTO Nederland, zaaknr. 3274), rnr. 8-14; Besluit d-g NMa 3 februari 2003 (Frentrop vs Connexion, zaaknr. 3234); Besluit d-g NMa 4 april 2003 (Halbertsma vs Postbank, zaaknr. 3444); CBB 17 november 2004, AWB 03/614, 03/621 en 03/659, Glasgarage Rotterdam/Carglass/d-g NMa.

zelfs een hoorzitting achterwege in geval er redelijkerwijs geen twijfel mogelijk is dat klager geen belanghebbende is, en hetgeen tijdens een hoorzitting te berde zou kunnen worden gebracht deze vaststelling niet zal kunnen wijzigen.

In een aantal gevallen gaat de NMa in bezwaar tenminste nog summierlijk over tot inhoudelijke beoordeling en stelt vast dat geen prima facie bewijs aanwezig is van een 'machtspositie' of van misbruikelijk gedrag, alvorens de klacht af te wijzen.

De bestuursrechter lijkt dit prioriteringsbeleid van de NMa te bevestigen.⁵⁸ In ieder geval mag de NMa zich op het standpunt stellen dat het niet zijn wettelijke taak is om te bemiddelen in conflicten tussen een branchevereniging en haar leden.⁵⁹

Wisselwerking tussen NMa en de burgerlijke rechter

De burgerlijke rechter is niet gebonden aan de inhoud van besluiten van de NMa.⁶⁰ Omgekeerd voelt de NMa zich op geen enkele wijze gebonden aan het oordeel van de rechter. Dat laatste blijkt nog eens duidelijk uit het besluit in de zaak *Superunie vs Interpay*⁶¹ waarin de Voorzieningenrechter in Utrecht in een eerder kort geding⁶² had vastgesteld dat er sterke aanwijzingen waren dat Interpay met de aan Ahold N.V. toegekende bijzondere korting misbruik maakte van haar – waarschijnlijke – economische machtspositie. Nader onderzoek, bij voorkeur uit te voeren door de NMa, zou moeten uitwijzen of er sprake was van een economische machtspositie. De NMa buigt zich echter in het geheel niet over de vraag of Interpay wel of niet over een economische machtspositie beschikt, maar oordeelt na uitvoerig onderzoek juist dat er géén sprake was van misbruik.

Partijen die spoed hebben en een voorlopige last onder dwangsom vragen dienen niet te lang met dit verzoek te wachten. Zo werd het verzoek van Pretium Telecom om KPN Telecom een voorlopige last op te dragen afgewezen omdat dit pas werd ingediend vier maanden nadat de Voorzieningenrechter te Haarlem⁶³ eenzelfde vordering had afgewezen. Pretium had niet gesteld, noch aannemelijk gemaakt dat zich na het vonnis nog feiten of omstandigheden hadden voorgedaan die aanleiding gaven tot onverwijlde spoed.⁶⁴

Ex post of ex ante?

Toepassing van artikel 24 Mw vergt altijd een beoordeling *ex post*. Een onderneming moet een overtreding (hebben) begaan alvorens de d-g NMa tot het opleggen van een sanctie over kan gaan. In geval van onverwijlde spoed kan een voorlopige last onder dwangsom worden opgelegd, maar ook dan is *prima facie* bewijs nodig dat artikel 24 Mw is of wordt overtreden.⁶⁵ Bij het nemen van een besluit mag de d-g NMa niet uitsluitend acht slaan op de situatie zoals deze bestond ten tijde van het indienen van de klacht, maar dienen alle relevante feiten en omstandigheden zoals die zich op het moment van besluitvorming voordoen in aanmerking te worden genomen. Een onderneming die

tussen klacht en besluit zijn machtspositie heeft verloren kan dus geen misbruik meer maken. De d-g NMa kan dan vanzelfsprekend nog wel voor het verleden een overtreding van artikel 24 Mw vaststellen.⁶⁶ Desnoods kan de d-g NMa besluiten wel een overtreding vast te stellen maar niet over te gaan tot het opleggen van een boete.

Opmerkelijk is dat de d-g NMa rekening houdt met toekomstige ontwikkelingen wanneer hieruit blijkt dat in de toekomst geen sprake (meer) zal zijn van misbruik. Met name opmerkelijk is dat aan een toezegging gedaan door een beklagde tijdens de hoorzitting veel waarde wordt gehecht.

In het besluit *Baumgarten vs KNMP* bijvoorbeeld werd geklaagd over het vermeend misbruik van machtspositie doordat KNMP voor niet-leden van KNMP het verkrijgen van informatie over geneesmiddelenprijzen, de Z-Index taksen, zou koppelen aan het afnemen van het totaalpakket, de G-Standaard. In het besluit in primo bleek dat dit feitelijk onjuist was. In bezwaar werd bovendien in aanmerking genomen dat Z-Index tijdens de hoorzitting had aangegeven bereid te zijn een aparte custom made overeenkomst met Baumgarten te sluiten en dat uit deze bereidwilligheid moeilijk strijd met de Mededingingswet kon worden afgeleid. Het feit dat partijen er niet in waren geslaagd gezamenlijk tot een bevredigende oplossing met betrekking tot de prijs te komen, bracht in de opvatting van de d-g NMa geen verandering.⁶⁷

Ook de klacht van huisarts Kingma tegen de weigering van CZ met hem een contract aan te gaan op basis van de Ziekenfondswet, werd door de NMa afgewezen nadat CZ Tilburg tijdens de hoorzitting de toezegging had gedaan bereid te zijn met hem te willen onderhandelen over een contract.⁶⁸

In *Superunie v. Interpay* oordeelde de NMa dat in het verleden door Ahold gelopen investeringsrisico's voor een bepaalde periode een rechtvaardiging vormen voor ongelijke behandeling. Die periode duurde inmiddels van 1992 tot 2003, dus ruim 11 jaar, terwijl toen Superunie haar contract afsloot in 1998 er al geen reden meer was voor een

58 CBB 17 november 2004, AWB 03/614, 03/621 en 03/659, Glasgarage Rotterdam/Carglass/d-g NMa, ov. 8.5.4.

59 Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam 18 november 2003, VMEDED 03/2763 MES en MEDED 03/2764 MES (hoofdzaak), Klijnsoon v. d-g NMa.

60 Vgl. art. 161 Rv.

61 Besluit d-g NMa 28 april 2003 (*Superunie v. Interpay*, zaaknr. 2978).

62 Voorzieningenrechter Rechtbank Utrecht 14 februari 2002, *KG 2002*, nr. 92, Coöperatieve Inkoopvereniging Superunie B.A. tegen Interpay Beanet B.V. en Interpay Nederland B.V.

63 Voorzieningenrechter Rechtbank Haarlem 8 augustus 2002, zaak 85015/KG ZA (*Pretium Telecom/KPN*).

64 Besluit d-g NMa 21 mei 2003 (*Pretium Telecom B.V. vs KPN Telecom B.V.*, zaaknr. 3251), rnr. 17.

65 Besluit d-g NMa 21 mei 2003 (*Pretium Telecom B.V. vs KPN Telecom B.V.*, zaaknr. 3251), rnr. 25.

66 Besluit d-g NMa 14 januari 2003 (*Incine v. Rendac*, zaaknr. 2709), rnr. 19.

67 Besluit d-g NMa 3 oktober 2003 (*Baumgarten vs KNMP*, zaaknr. 2959).

68 Besluit d-g NMa 19 juni 2003 (*Kingma v. CZ Tilburg*, zaaknr. 3119).

dergelijke behandeling. Of de periode daarmee niet ruimschoots verstreken was en er in ieder geval op het moment dat de d-g NMa haar besluit nam toch sprake was van een ongerechtvaardigde ongelijke behandeling heeft de d-g NMa niet vastgesteld, omdat Interpay had aangegeven 'dat in de nabije toekomst de afgesloten en af te sluiten pincontracten met detaillisten overgaan op de banken'.⁶⁹

Indien de NMa civiele handhaving daadwerkelijk zou willen ondersteunen, zou het prioriteringsbeleid op deze punten omgebogen moeten worden. Vanzelfsprekend is een 'zeer strikte toepassing' van de Mededingingswet die resulteert in 'een remmende werking op nieuwe initiatieven en technische innovatie in de markt' ongewenst. Anderzijds heeft een klager belang bij een oordeel van de d-g NMa of nu wel of niet sprake is of was van een inbreuk op artikel 24 Mw, met name wanneer de klager een civiele actie in wil stellen om zijn schade vergoed te krijgen. Het oordeel van de d-g NMa is weliswaar niet bindend maar zal voor de rechter een zekere overtuigingskracht hebben. Indien de NMa ondernemingen met een machtspositie in staat stelt met een enkele toezegging tijdens een hoorzitting een uitspraak te kunnen voorkomen, bewijst de NMa de civiele handhaving geen dienst.

69 Besluit d-g NMa 28 april 2003 (Superunie v. Interpay, zaaknr. 2978), rnr. 51.