

Kroniek

Kroniek Rechtspraak Mededingingszaken in 2008

Mr. K. Defares, mr. S. Goossens en mr. J. Langer*

Inleiding

2008 is een jubileumjaar. In dat jaar vierden wij tien jaar Nederlandse Mededingingswet (Mw) en tien jaar Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa). Daarbij past een iets uitgebreidere inleidende beschouwing dan u bij een rechtspraakoverzicht gewend bent.

Was er vóór 1998 een relatief beperkt aantal beoefenaren van het mededingingsrecht, destijds neergelegd in de Wet Economische mededinging, de laatste jaren voor de inwerkingtreding van de Mededingingswet aangevuld met een aantal generieke verboden,¹ inmiddels heeft het Nederlandse mededingingsrecht zich ontwikkeld tot een volwassen en zelfstandige juridische discipline, die haar aantrekkingskracht op een groot aantal juristen heeft bewezen. In deze tien jaar heeft de rechtspraak over de Mededingingswet een ontwikkeling doorgemaakt en in belangrijke mate bijgedragen aan het tot volle wasdom komen van dit rechtsgebied. In die rechtspraakontwikkeling heeft de NMa een bepalende rol gespeeld. Vooral door in een groot aantal kwesties haar nek uit te steken met 'uitdagende' besluiten en door de selectie van zaken waarvan de autoriteit, vanwege het belang, op haar klompen kon aanvoelen dat belanghebbende ondernemingen daartegen op zouden komen. Te denken valt aan *NOS/Telegraaf*, *SEP/Norsk Hydro*, *Carglass/Glasgarage*, *Koninklijk Horeca Nederland/SENA*, *Nuon/Reliant*,

Wegener/NMa, *Texaco/NMa*, *NL Tree/KPN* en uiteraard de schoon schip-operatie in de bouwsector.

Veel piketpaaltjes zijn inmiddels wel geslagen. Blijft er dan nog iets over? Zo somber is het ook weer niet. Viel er in het jubileumjaar 2008 ten opzichte van het jaar daarvoor² wat betreft ontwikkelingen in de rechtspraak wellicht iets minder te genieten, de Nederlandse rechters hebben wel degelijk een aantal belangwekkende uitspraken gedaan. Zo heeft de Hoge Raad definitief bevestigd dat bezwaar en beroep tegen een door de NMa opgelegde boete geen opschortende werking heeft voor de verschuldigde wettelijke rente. Verder is de NMa enkele malen door de rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) teruggefloten vanwege onvoldoende marktonderzoek. Ook liep de digitale opsporingsmethode van de NMa voor de tweede keer bij de Haagse voorzieningenrechter averij op. Daarnaast signaleren wij dat toewijzing van een vordering gebaseerd op de in artikel 843a van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) belichaamde exhibitieplicht ter verkrijging van bewijs in een civiele mededingingszaak geen sinecure is. Ook aan het leerstuk van ambtshalve toetsing is met een uitspraak van de rechtbank Arnhem een hoofdstuk over arbitrale vonnissen toegevoegd en in de zaak *BAT/Chipknip* hield (een verzoek om) *amicus curiae*-interventie de gemoederen bezig. Ten slotte kwam meer duidelijkheid over de verhouding van het mededingingsrecht met andere rechtsgebieden zoals strafrecht en arbeidsrecht. Hierover later meer.

Onderstaand treft u aan een selectie uit de zeventig ons bekende uitspraken van Nederlandse rechters in mededingingszaken in 2008 die naar het idee van deze chroni-

* Mr. K. Defares is advocaat bij Stek. Mr. S. Goossens is advocaat bij Stek. Mr. J. Langer was voorheen werkzaam als advocaat bij Stek en is nu werkzaam bij het ministerie van Buitenlandse Zaken. Deze bijdrage is geschreven op persoonlijke titel. Dank en waardering gaat uit naar student-stagiair Peter van Huizen die aan de totstandkoming van deze kroniek heeft bijgedragen.

1. Daarvan waren de belangrijkste het Besluit horizontale prijsbinding, het Besluit marktverdelingsregelingen en het Besluit aanbestedingsregelingen.

2. Vgl. K.J. Defares, J. Langer en R. Elkerbout, 'Rechtspraak mededingingszaken 2007', *M&M* 2008, p. 155-172.

queurs een meer uitvoerige bespreking verdienen.³ Een overzicht van alle uitspraken is te vinden in de bijlage.⁴

Averij voor digitale opsporingsmethode van NMa

Bij bedrijfsbezoeken mogen NMa-ambtenaren op grond van artikel 5:17 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) bedrijfsgegevens inzien en kopiëren. Daaronder valt ook het kopiëren van digitale bestanden. Wel vereist het in artikel 5:13 Awb vastgelegde evenredigheidsbeginsel dat deze bevoegdheid slechts gebruikt wordt voor zover dat redelijkerwijs nodig is.

Op 9 april 2003 oordeelde de Haagse voorzieningenrechter in de zaken *HBG Civiel* en *Van Hattum & Blankevoort* dat artikel 5:17 Awb ruim moest worden uitgelegd.⁵ De NMa mag in beginsel integrale kopieën van de harde schijf van de computer van werknemers (zogenoemde *forensic images*) maken. Wel werd aangetekend dat het niet uitgesloten kan worden dat daarbij ook geprivilegieerde of privégegevens worden gekopieerd. Een aantal waarborgen zijn daarom vereist, aldus de voorzieningenrechter. Zo moet de betrokken onderneming de mogelijkheid geboden worden aanwezig te zijn wanneer de NMa gericht gaat zoeken in meegenomen bestanden, dan wel moet een lijst van de gebruikte zoektermen worden overhandigd. Hoewel het vonnis een belangrijke correctie is op de onderzoeksmethode van de NMa, is er het een en ander op af te dingen. Met name de terughoudende toetsing in het licht van de rechtspraak met betrekking tot het privacyrecht zoals neergelegd in artikel 8 EVRM gaf aanleiding tot scherpe en ook fundamentele kritiek.⁶ Daarnaast is het zeer de vraag of hiermee het risico op zogeheten *fishing expeditions* op voldoende wijze is geëcarteerd.⁷

Wat hiervan zij, de NMa heeft het kortgedingvonnis gecodificeerd in de Digitale Werkwijze 2003.⁸ Deze is inmiddels vervangen door de Digitale Werkwijze 2007.⁹ Dit document identificeert twee varianten voor het omgaan met digitale informatie: normale digitale kopieën en *forensic images*. In het geval van digitale kopieën kan de betrokken onderneming tijdens het bedrijfsbezoek geprivilegieerde of privégegevens aanwijzen. Ook kan aangegeven

worden dat bepaalde informatie buiten het onderzoek valt. Deze gegevens worden ter plaatse uit de digitale kopie verwijderd. Wanneer de NMa een *forensic image* gebruikt, kan de betrokken onderneming binnen een termijn van tien werkdagen aangeven welke gegevens geprivilegieerd of privé zijn of niet binnen het onderzoek vallen.

Bij de herziene werkwijze kunnen kanttekeningen geplaatst worden.¹⁰ In de eerste plaats is het vaak onmogelijk binnen tien werkdagen te specificeren welke informatie buiten het onderzoek valt. Wellicht het grootste kritiekpunt is dat geen enkele garantie wordt geboden tegen het risico van *fishing expeditions*. Onder de Digitale Werkwijze 2003 werden ten minste de gebruikte zoektermen verstrekt. Onder de nieuwe Werkwijze 2007 verstrekt de NMa deze lijst niet meer. Daarnaast is de mogelijkheid afgeschafte om bij het onderzoek van een *forensic image* aanwezig te zijn. Het was dus wachten op de eerste onderneming die de in de Digitale Werkwijze 2007 gevolgde administratieve praktijk ter toetsing aan de rechter zou voorleggen. Dat duurde niet al te lang.

Op 13 oktober 2008 boog de Haagse voorzieningenrechter zich over de digitale opsporingspraktijk van de NMa.¹¹ Hierbij stonden centraal de in het kader van een onderzoek naar vermeende kartelafspraken bij een aanbesteding door de NMa bij Fortis en Allianz uitgevoerde bedrijfsbezoeken. Bij die gelegenheid maakte de NMa bij Fortis volledige digitale kopieën van de mailbox van één werknemer over de periode van 1 januari 2006 tot 23 juli 2008. Bij Allianz maakte de NMa volledige digitale kopieën van de mailboxen van drie werknemers over de periode van 1 januari 2001 tot 14 juli 2008. Fortis en Allianz betoogden dat dit in strijd was met het privacyrecht van artikel 8 EVRM, het evenredigheidsbeginsel van artikel 5:13 Awb en de Digitale Werkwijze 2007. De ondernemingen vorderden primair teruggave dan wel vernietiging van de betrokken kopieën en subsidiair dat hun gemachtigden aanwezig konden zijn bij het onderzoek ervan. In aanvulling daarop vorderde Fortis dat de e-mails uit 2006 of uit de periode na oktober 2007 werden verwijderd en dat de e-mails die tijdens het bezoek door NMa-ambtenaren waren verwijderd en daardoor in de *deleted items*-map terecht waren gekomen maar door het integraal kopiëren toch waren meegenomen, werden verwijderd. Allianz deed een daarmee vergelijkbaar verzoek om teruggave. De Haagse voorzieningenrechter oordeelde dat het kopiëren een gerechtvaardigde beperking van het privacyrecht in de zin van het EVRM oplevert. Wat betreft artikel 5:13 Awb meende hij dat het optreden van de NMa onverenigbaar was met het evenredigheidsbeginsel. Zelfs na het verwijderen van geprivilegieerde en privégegevens worden bij het volledig kopiëren van mailboxen 'mogelijk, mede gelet op de hoeveelheid daarvan, gegevens [...] gekopieerd die niet vallen binnen doel en voorwerp van het onderzoek van de NMa', aldus de rechter. Daarmee

3. Aangetekend moet worden dat op 21 mei 2008 acht uitspraken zijn gedaan in een en dezelfde strafzaak tegen acht (verschillende) verdachten en op 23 juli 2008 en 17 oktober 2008 achttien respectievelijk zes (nagenoeg) identieke uitspraken zijn gewezen ten aanzien van de 'schoon schip'-operatie van de NMa.

4. Een aantal uitspraken van de bestuursrechter in 2008 wordt besproken door C.T. Dekker, E. Belhadj en A.M. Hoekstra-Borzymowska in: 'Kroniek mededingingsafspraken, machtsposities en procedures 2008', *M&M* 2009 p. 110-122.

5. Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 9 april 2003, nr. KG 03342, *HBG Civiel B.V. tegen de Staat* en nr. KG 03/341, *Van Hattum & Blankevoort B.V. tegen de Staat*, AB 2003/199.

6. Zie *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2003, p. 86-92, met noot H.M.H. Speyart.

7. Zie *M&M* 2003, p. 182-187, met noot I.W. VerLoren van Themaat en F.M. Versteeg.

8. *Stcrt.* 2003, 109.

9. *Stcrt.* 2007, 243.

10. Lezenswaardig op dit punt: R. Elkerbout en M. Knapen, 'The IT Guidelines 2007 of the NMa: a Journey through the land of the blind', *European Competition Law Review* 2008, p. 540-545.

11. Rb. 's-Gravenhage 13 oktober 2008, nr. 317585 / KG ZA 08-1129 en nr. 318855 / KG ZA 08-1128, *Fortis Corporate Insurance N.V. en Allianz Nederland Schadeverzekering tegen de Staat*, LJN BH2647.

was de kous af, zonder dat de voorzieningenrechter toekwam aan een beoordeling in het licht van de Digitale Werkwijze 2007. De primaire vorderingen werden afgewezen. Wel gelastte de voorzieningenrechter dat de gemachtigden van Fortis en Allianz aanwezig moeten zijn op het moment dat de NMa de gekopieerde mailboxen gaat doorzoeken. Het argument van Fortis dat de *e-mails* uit 2006 of de periode na oktober 2007 niet van belang zijn voor het onderzoek werd verworpen, omdat niet uitgesloten kan worden dat deze *e-mails* toch relevant zijn. De vordering tot vernietiging van de Fortis *e-mails* die in de *deleted items*-map zijn terechtgekomen werd toegewezen, gelet op het feit dat de NMa dit al had toegezegd tijdens de procedure. Wat betreft de Allianz *e-mails* uit 2001-2006 bepaalde de rechter dat deze geretourneerd moeten worden en dat de NMa bij haar onderzoek van de resterende *e-mails* in aanwezigheid van de betrokken gemachtigde die stukken moet retourneren waarvan zij niet expliciet en per document heeft aangegeven dat en waarom die relevant zijn voor het onderzoek.

Deze uitspraak is van groot belang voor de rechtspraak. Te meer nu de NMa steeds meer opschuift van haar toezichthoudende taak, naar die van (actieve) opsporingsinstantie. Daar is overigens niets op tegen. Wél komt de rechter een belangrijke rol toe nu de bevoegdheden die de NMa in de Digitale Werkwijze in zekere zin naar zich toe lijkt te trekken begrensd dienen te worden en, in het licht van de niet boven iedere twijfel verheven juridische status van dit document, hoe dan ook voor rechterlijke toetsing vatbaar moeten blijven. Tegen deze achtergrond is interessant dat de voorzieningenrechter een aantal heldere normen formuleert en duidelijk maakt dat de NMa gehouden is het evenredigheidsbeginsel te eerbiedigen: het kopiëren van een hele mailbox is disproportioneel, aangezien niet kan worden uitgesloten dat bestanden worden meegekopieerd die geen verband houden met het eigenlijke doel van het onderzoek. Hoewel de voorzieningenrechter zich strikt genomen niet heeft uitgesproken over de Digitale Werkwijze 2007, zal de NMa de aangescherpte eisen niet zomaar naast zich neer kunnen leggen. Immers, als het integraal kopiëren van een hele mailbox disproportioneel is, dan geldt dit *mutatis mutandis* voor *forensic images*. Daarbij ligt de lat hoog. Ten aanzien van *e-mails* die de specifieke periode 2001-2006 beslaan, moet de NMa die *e-mails* verwijderen waarvan zij (en niet de betrokken onderneming!) niet expliciet en per document aangeeft dat en waarom die binnen het onderzoek vallen. Aangezien geen hoger beroep is ingesteld, lijkt de NMa zich voorlopig met dat oordeel van de voorzieningenrechter te kunnen verenigen. Anderzijds ligt het voor de hand dat de NMa ook op dit punt de grenzen zal blijven opzoeken. Wordt vervolgd.

NMa, doe je huiswerk!

In 2008 is de NMa een aantal malen op haar vingers getikt omdat zij onvoldoende onderzoek had gedaan naar de

economische context waarbinnen afspraken beweerdelijk mededingingsbeperkend zouden zijn.

Allereerst de uitspraak van het CBB in de zaak *Boontje*.¹² Aanleiding voor deze zaak is de klacht bij de NMa over de nagenoeg gratis uitgifte van twee stukken grond in erfpacht en huur aan twee tennisverenigingen in Castricum. De klacht was ingediend door twee exploitanten van een (concurrerend) tennispark. Betoogd werd dat de verhuur onder het verbod van mededingingsafspraken in de zin van artikel 6 Mw zou vallen, omdat het tot een verstoring van de concurrentie zou leiden en voorts dat de gemeente misbruik zou hebben gemaakt van haar economische machtspositie als bedoeld in artikel 24 Mw. De NMa wees de klacht af met het argument dat de verhuur een vorm van subsidieverlening was die mogelijk als staatssteun kon worden gekwalificeerd. Dit valt buiten de reikwijdte van de Mededingingswet. Op 19 december 2005 vernietigt de Rechtbank Rotterdam dit besluit. Daarvoor was bepalend dat het NMa-standpunt door de rechtbank zo werd uitgelegd dat steunverlening door een gemeente een overheidsprerogatief behelst en alleen al om die reden buiten de reikwijdte van de Mededingingswet valt, aangezien op dergelijk handelen artikel 87 EG-Verdrag van toepassing zou zijn. Voor het vaststellen van de toepasselijkheid van de mededingingsbepalingen had de NMa volgens de rechtbank echter moeten beoordelen of het gedrag van de gemeente als een economische activiteit van een onderneming kan worden gekwalificeerd. In hoger beroep onderschrijft het CBB deze uitspraak van de rechtbank. De NMa zat dus op het verkeerde spoor en had op dit punt nader onderzoek moeten instellen. De NMa ontspong echter de dans, omdat de klacht hoe dan ook niet het beoogde effect zou kunnen sorteren. Tot die conclusie komt het CBB niet na eigen onderzoek naar het economische karakter van de betrokken activiteiten, maar op grond van een toetsing van de verweten gedraging zelf. Volgens het CBB leidt de bepaling van een lage of symbolische prijs bij de verhuur van grond in zijn algemeenheid niet tot een mededingingsinbreuk.

In de zaak *Solétanche* werd de NMa wel teruggestuurd naar de tekentafel.¹³ Het Nederlandse bouwbedrijf Heijmans en het Franse bouw- en funderingsbedrijf Solétanche sloten in 2000 een samenwerkingsovereenkomst. Daarbij was overeengekomen elkaar op de hoogte te houden van aanbestedingen op het gebied van betonbouw en exclusief met elkaar te overleggen over eventuele samenwerking met betrekking tot die aanbestedingen. Volgens de NMa was deze exclusieve meld- en overlegplicht in strijd met artikel 6 Mw, omdat beide ondernemingen (potentiële) concurrenten zijn met betrekking tot die aanbestedingen. Daarvoor was medebepalend dat Solétanche eerder in Nederland projecten had uitgevoerd, Solétanche een Nederlandstalige werknemer in dienst had voor de Nederlandse markt en Solétanche en Heijmans reeds via een andere *joint venture* samenwerkten. Bovendien zou uit

12. CBB 15 januari 2008, nr. AWB 06/140, *RvB NMa tegen de uitspraak van de rechtbank te Rotterdam van 19 december 2005 in het geding tussen NMa en B/A*, LJN BC1932.

13. Rechtbank Rotterdam 4 maart 2008, nr. MEDED 06/4942 VERW, *Solétanche Bachy France S.A. tegen RvB NMa*, LJN BC8958.

de website van de Solétanche blijken dat zij projecten kon uitvoeren die Heijmans ook uitvoerde. De NMa legde beide ondernemingen in 2003 een boete van € 50.000 op. In het kennelijk alleen door Solétanche ingestelde beroep werd de NMa teruggefloten. Op 4 maart 2008 oordeelde de Rechtbank Rotterdam dat de naar voren gebrachte elementen niet voldoende zijn om te concluderen dat de betrokken ondernemingen op dezelfde markt actief (kunnen) zijn en vernietigde het boetebesluit. Daarbij verweet de rechtbank de NMa geen uitgebreid onderzoek te hebben gedaan naar de markt, de concrete omstandigheden op de markt, hoe de markt werkt, welke partijen op die markt van belang zijn en hoe de onderlinge verhoudingen liggen tussen partijen. De NMa heeft het vervolgens daarbij laten zitten. Op 18 november 2008 maakte de NMa bekend geen boete op te leggen aan Solétanche.¹⁴ Volgens de NMa was nader economisch onderzoek niet meer opportuun, ook vanwege het tijdsverloop sinds de periode waarover nader onderzoek (2001-2002) zou moeten plaatsvinden.

De grotere aandacht voor de economische context komt minder uit de verf in de uitspraak in de zaak *Aesculaap*.¹⁵ In deze zaak oordeelde het CBB dat de rechtbank Rotterdam de door de NMa aan de dierenartscoöperatie AUV en de diergeneesmiddelenegroothandel Aesculaap opgelegde boetes terecht met een vijfde had verlaagd. De boetes waren opgelegd wegens het hanteren van een verboden systeem van leveringsweigering aan uitgesloten dierenartsen. Een van de argumenten van appellanten in hoger beroep was dat de rechtbank in navolging van de NMa nagelaten had de relevante markt af te bakken. Hoewel de afspraken in kwestie naar hun aard de economische vrijheid van de betrokken dierenartsen beperkten en daarom onderzoek naar de concrete gevolgen achterwege kon blijven, merkt het CBB op dat dergelijke strekkingsbeperkingen niet onder artikel 6 Mw vallen wanneer sprake is van 'een zwakke positie van betrokken op de betreffende relevante markt waardoor de mededinging niet in mededingingsrechtelijke relevante mate wordt beperkt'. Deze overweging suggereert een nader onderzoek naar de economische context van de betrokken gedragingen. Zonder nader onderzoek was het CBB er echter van overtuigd dat daarvan in dit geval geen sprake was, gelet op het feit dat 90 procent van de dierenartsenpraktijken lid is van AUV en AUV kennelijk een aanzienlijke marktpositie op de relevante markt zou hebben.

Daarentegen bevestigt de zaak *NIP, NVVE en LVE/RvB NMa* van 6 oktober 2008 het belang van onderzoek naar de economische context.¹⁶ In deze zaak ging het om de tariefaanbevelingen van brancheverenigingen voor psychologen. In 2005 had de NMa de betrokken verenigingen

hiervoor boetes opgelegd, aangezien dergelijke tariefaanbevelingen de strekking hebben de mededinging op de markt voor psychologische diensten te beperken. De NMa kwam tot die bevinding zonder uitgebreide marktanalyse. De betrokken verenigingen waren het hiermee niet eens. Zij voerden onder meer aan dat de aanbevelingen vrijblijvend waren en in de markt niet geconcurrereerd werd op prijs, mede gelet op de rol van huisartsen bij het verwijzen van patiënten en van (aanvullende) verzekeringen. In beroep bepaalde de Rechtbank Rotterdam dat de NMa met de enkelvoudige stelling dat tariefaanbevelingen de strekking hebben de mededinging te beperken niet de conclusie kan dragen dat aldus mededinging beperkt is en wordt. Elke afspraak moet worden onderzocht binnen haar economische context, aldus de rechtbank. Daarbij moet onderzocht worden hoe de concurrentie op de markt voor psychologische diensten zich zou hebben ontwikkeld zonder de door de betrokken verenigingen vastgestelde en naar buiten gebrachte adviestarieven. Aangezien de NMa heeft nagelaten aan te geven hoe de concurrentie op deze markt zich zou hebben ontwikkeld, wordt het besluit op bezwaar van de NMa vernietigd. Anders dan in *Solétanche*, doet de NMa in deze zaak met het oog op een nieuw besluit wel nader onderzoek. Tot staving van haar argument dat prijsconcurrentie wél bepalend is in de onderzochte markt brengt zij hiertoe een voor het ministerie van VWS uitgevoerd rapport van KMPG in het geding.

In hoger beroep bij het CBB komt zowel de uitspraak van de rechtbank als de tweede beslissing op bezwaar aan de orde. Ten eerste voert de NMa aan dat van haar niet verlangd kan worden dat zij aannemelijk maakt hoe de concurrentie zich zou hebben ontwikkeld zonder de betreffende besluiten. Het CBB merkt op dat dit inderdaad niet vereist is, maar oordeelt dat de beslissing op bezwaar werd vernietigd, omdat de NMa niet is ingegaan op het verweer van appellanten dat het tarief voor psychologische diensten geen relevante concurrentieparameter is. Het verweer betreft namelijk 'de wijze waarop partijen daadwerkelijk op de markt optreden en de werkelijke omstandigheden waaronder de markt functioneert'. Dit verweer zou kunnen meebrengen dat de aanbevelingen in kwestie niet de strekking hebben de mededinging te beperken en behoort daarom tot de juridische en economische context die meegenomen moet worden in de besluitvorming, aldus het CBB. Ten tweede verwerpt het CBB het betoog dat bij gebreke van tariefregulering de aanbevelingen niets anders dan de strekking kunnen hebben de mededinging te beperken. Onder omstandigheden kan immers niet uitgesloten worden dat partijen concurreren op andere parameters dan de gehanteerde tarieven of zelfs dat de mededinging niet merkbaar wordt beperkt. De NMa had daarom nader onderzoek moeten doen naar de economische context waarbinnen de adviezen worden toegepast. Ten slotte doorstaat het door de NMa verrichte nadere onderzoek ten behoeve van de tweede beslissing op bezwaar evenmin de toets der kritiek. Daarbij valt op dat het CBB het in geding gebrachte rapport van KMPG bijzonder nauwkeurig bestudeert. Volgens het CBB maakt het rapport niet duidelijk dat prijsconcurrentie een belangrijke concurrentieparameter is. Daarnaast laat het rapport in

14. <http://www.nmanet.nl/nederlands/home/Actueel/Nieuws_Persberichten/NMa_Nieuwsberichten/Nieuwsberichten_2008/2008_Q4/30-08_NMa_geen_boete_voor_betonmortelcentrales_en_Soletanche.asp>

15. CBB 3 juli 2008, nr. AWB 06/526 en AWB 06/532, *AUV en NMa tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 22 mei 2006 in het geding tussen AUV en NMa*, LJN BD6629.

16. CBB 6 oktober 2008, nr. AWB 06/667, *RvB NMa tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 17 juli 2006 in het geding tussen NIP, NVVE, LVE en NMa*, LJN BF8820.

het midden op welke wijze huisartsen worden beïnvloed door de tarieven van psychologen bij het doorverwijzen van hun patiënten. Evenmin gaat de NMa in op de rol van verzekeringen bij het maken van de keuze voor een psycholoog, behoudens enkele algemene beschouwingen betreffende de overwegingen van consumenten zich al dan niet aanvullend te verzekeren. De NMa zal nu voor de vierde keer (!) de werking van de tariefadviezen moeten beoordelen waarbij expliciet moet worden ingegaan op de prijsconcurrentie op deze markt.

Met name uit *Solétanche* en *NIP, NVVE en LVE/RvB NMa* blijkt dat zeer strenge eisen worden gesteld aan het door de autoriteit te leveren bewijs. Op basis van gedegen marktonderzoek moeten ingenomen stellingen worden onderbouwd. De wijze waarop het CBb het rapport van KPMG heeft bestudeerd toont ook aan dat daarbij indringend getoetst zal worden. Dit sluit aan bij de Europese rechtspraak waarin het belang van de economische omstandigheden waarbinnen afspraken worden toegepast wordt benadrukt. De zwaardere eisen vallen voor een groot deel te verklaren door de economisering van het mededingingsrecht. Deze ontwikkeling is toe te juichen, omdat het ertoe leidt dat NMa-besluiten met gedegen marktonderzoek moeten worden onderbouwd. Het risico bestaat echter dat hiermee doorgeslagen wordt. Een te hoge (economische) bewijslast kan immers leiden tot een 'toezichtparadox': enerzijds wordt een meer economische en dynamische benadering van de NMa verwacht, anderzijds leidt dit juist tot zwaardere bewijslast die de NMa parten kan spelen bij het uitvoeren van haar toezichtstaken.¹⁷ Of het CBb in de zaak *Solétanche* de lat te hoog heeft gelegd, moge betwijfeld worden. Ook al heeft de NMa nader onderzoek niet opportuun geacht, van een afstand lijkt het door de NMa in die zaak gedane onderzoek gewoon te mager.

Het recente prejudiciële arrest van het Hof van Justitie in de zaak *T-Mobile*,¹⁸ naar aanleiding van een verwijzing van het CBb, zal door de NMa met gejuich zijn begroet. Het Hof wijst namelijk de door het CBb in de veel besproken *Secon*-zaak aangelegde bewijsstandaard¹⁹ van de hand. In *Secon* had het CBb geoordeeld dat de economische en juridische context waarin de ondernemingen opereren, de aard van de diensten waarop het arrangement betrekking heeft, de structuur van de markt en de werkelijke omstandigheden waaronder deze functioneert moeten worden onderzocht, zelfs als vaststaat dat een arrangement tot doel heeft de mededinging te beperken. Volgens vaste rechtspraak hoeven de concrete gevolgen niet meer te worden onderzocht zodra een mededingingsbeperkend doel is geïdentificeerd.²⁰ *Secon* heeft de NMa ongetwijfeld menig hoofdbreken bezorgd. *T-Mobile* maakt hieraan een einde.

In zijn arrest overweegt het Hof in rechtsoverweging 30 dat, anders dan de verwijzende rechter stelt, 'de gevolgen van een onderling afgestemde feitelijke gedraging niet [hoeven] te worden onderzocht wanneer vaststaat dat deze een mededingingsbeperkende strekking heeft'. Hiervan is sprake indien zij concreet, gelet op de juridische en economische context ervan, de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt kan verhinderen, beperken of vervalsen.²¹ En daarmee zijn we er. De vraag of en in welke mate een dergelijk gevolg daadwerkelijk intreedt, kan alleen relevant zijn voor de hoogte van de boete of schadevergoeding. Naar ons oordeel is dit op één lijn te stellen met het onderzoek of het effect op de mededinging merkbaar is of niet. Aangenomen dat de bagateldrempels van artikel 7 Mw worden komt dit onderzoek dus daarna. De overwegingen van het Hof inzake het causaliteitsvermoeden, behoudens het door de betrokken ondernemingen te leveren tegenbewijs, zijn in nog sterkere mate een belangrijke steun in de rug voor nationale kartelautoriteiten zoals de NMa.

Dat neemt niet weg dat de tendens van het mededingingsrecht rechters voor uitdagingen stelt. Stel dat de NMa het dossier *Solétanche* niet had gesloten en op basis van nader onderzoek nogmaals tot de conclusie was gekomen dat betrokken partijen (potentiële) concurrenten zijn, dan zou *Solétanche* ongetwijfeld een marktonderzoek in geding hebben gebracht dat geloofwaardig het tegendeel zou aantonen. In dat geval zou de Rechtbank Rotterdam (en uiteindelijk het CBb) zich geconfronteerd zien met tegenstrijdige rapporten (*battle of reports*).²² Met de economische deskundigheid bij deze gespecialiseerde gerechten zit het wel goed: zij kunnen in staat worden geacht een dergelijke schijnbaar onoverkomelijke moeilijkheid uit de weg te ruimen. De economisering zal echter ook gevolgen hebben voor civielrechtelijke procedures, aangezien het de uitleg van de mededingingsbepalingen zelf betreft en daarmee niet beperkt is tot bestuursrechtelijke geschillen. Ook civiele rechters zullen steeds meer geconfronteerd worden met deze *battle*. De vraag rijst of er afdoende economische deskundigheid aanwezig is bij civiele rechters.²³ In het verleden beslechte de Haagse voorzieningenrechter in de zaak *Educatief Net/KPN* deze strijd door doorslaggevende betekenis te geven aan onderzoek van de OPTA (die geen partij was bij het geschil).²⁴ Die oplossing is echter niet altijd voorhanden. Immers, niet alle markten zijn door de NMa, OPTA of NZA in kaart gebracht. Uitkomst kan het *amicus curiae*-instrument bieden.²⁵ Aangetekend zij dat de Europese Commissie en de NMa niet verplicht zijn te interveniëren en voorts dat het moet gaan om de toepassing van de artikelen 81 en 82 EG-Verdrag. Ook kan overwogen worden

21. r.o. 31.

22. Zie *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2006, p. 129-134, met noot van O.L. van Daalen.

23. Zie ook de kritische noot van W. Geursen, *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2008, p. 94-99.

24. Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 22 maart 2006, nr. KG 04.63, *NL. Tree/KPN*, LJN AV6314.

25. Verordening 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, Pb. EG 2003, L 1/1.

17. Zie A.T. Ottow en E. Doing-Bierens, 'Enige contouren van het economisch bewijsrecht', *Jurisprudentie Bestuursrecht plus* 2008, p. 187.

18. Zaak C-8/08, nog niet gepubliceerd in de jurisprudentie.

19. LJN AU8309.

20. HvJ EG 13 juli 1966, zaak 56/64, *Grundig/Consten*, *Jur.* 1966, p. 450 en HvJ EG 15 december 1994, zaak C-250/92, *Gottrup-Klim e.a.*, *Jur.* 1994, p. I-05641.

een econoom als getuige-deskundige in de zin van artikel 194 Rv aan te wijzen. Het is de vraag of rechters daartoe snel geneigd zullen zijn, gelet op het feit dat economisch onderzoek zeer kostbaar is. Enfin, prudentie bij verdergaande economisering lijkt ons geboden.

Gun jumping als gevolg van een *business as usual*-clausule

Het is zowel krachtens Europees als Nederlands mededingingsrecht verboden om een meldingsplichtige concentratie tot stand te brengen voordat deze is aangemeld en de *standstill*-periode is verstreken. Het in strijd met dit verbod tot stand brengen van een concentratie wordt *gun jumping* genoemd. Met enige regelmaat hebben de Europese Commissie²⁶ en de NMa²⁷ hiervoor boetes opgelegd. Zo legde de NMa op 19 juli 2006 twee boetes van ieder € 17.500 op aan Airfield en Chellomedia wegens het niet tijdig melden van een overname.²⁸ De door partijen overeengekomen *business as usual*-clausule resulteerde volgens de NMa in *gun jumping*. Dergelijke clausules zijn echter in de overnamepraktijk zeer gebruikelijk. Daarbij verplicht de verkoper zich om in de periode tussen de ondertekening van de overnameovereenkomst en de daadwerkelijk overdracht van de onderneming zorg te dragen voor de normale bedrijfsuitvoering van de onderneming.

De gemelde concentratie betrof de overname van Canal+, onderdeel van Airfield, door Chellomedia. Daarbij werd ook afgesproken dat Chellomedia een langlopend overbruggingskrediet aan Canal+ zou verlenen. Tot zekerheid en waarborg van de waarde van het over te dragen onderdeel was in de overnameovereenkomst overeengekomen dat Airfield de over te dragen activiteiten zou beheren volgens het bestaande *business plan* en dat Chellomedia per direct vetorechten zou krijgen met betrekking tot het benoemen en ontslaan van *senior managers*, wijzigingen in de bestaande begroting en *business plan*, uitgaven boven een bepaald bedrag en belangrijke overeenkomsten. Partijen meldde de transactie uiteindelijk bij de NMa. Uit de afspraak blijkt dat zowel in het prenotificatiegesprek als bij de melding gewezen is op de inhoud van de *business as usual*-clausule. Op 28 februari 2005 besloot de NMa dat voor de overname van Canal+ een vergunning vereist was.²⁹ Partijen hebben deze vergunning op 17 maart 2005 aangevraagd. Op 28 juni 2005 heeft de NMa die vergunning verleend.³⁰ Eerst in de vergunningsfase heeft de NMa vragen gesteld over de aan Chellomedia verleende

vetorechten. De transactie kreeg het groene licht, maar een jaar later maakte de NMa rapport op. In het rapport stelt de NMa zich op het standpunt dat partijen zich schuldig hebben gemaakt aan *gun jumping* en de NMa legt uiteindelijk daarvoor een boete op.

In beroep blijft het besluit van de NMa overeind.³¹ Voor de beoordeling van de vraag of sprake is van *gun jumping* moet bekeken worden of partijen met de overnameovereenkomst een concentratie in de zin van artikel 27 Mw tot stand hebben gebracht. Onder verwijzing naar de Mededeling Concentratie³² en de Mededeling Bevoegdheidskwesties³³ van de Commissie komt de Rechtbank Rotterdam tot het oordeel dat gezien de vetorechten in kwestie Chellomedia de mogelijkheid heeft verkregen om beslissende invloed uit te oefenen op het strategisch commerciële gedrag van Canal+. De stelling van partijen dat geen sprake is van een concentratie, omdat de vetorechten slechts gelding hadden in de periode tussen ondertekening en overdracht (en daarom geen sprake was van duurzame zeggenschap) treft geen doel. In de ogen van de rechtbank was wel voldaan aan dit vereiste, aangezien de vetorechten en de aandelenoverdracht als één geheel moeten worden gezien. Immers, bij goedkeuring vloeien de vetorechten over in zeggenschapsverkrijging door overdracht. Ook de stelling dat het zou gaan om een toelaatbare nevenrestrictie overtuigt de rechtbank niet. De vetorechten betreffen geen beperkingen die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandkoming van de overname, maar deze rechten hebben juist de concentratie tot stand gebracht. Ook het beroep op het vertrouwensbeginsel slaagt niet. Enkel tijdsverloop is onvoldoende voor een succesvol beroep op dit beginsel. Uit de gedingstukken of het verhandelde ter zitting blijkt evenmin dat de NMa aan partijen te kennen heeft gegeven dat de vetorechten verenigbaar waren met de Mededingingswet.

De 'schoon schip-operatie' getoetst

Een opsteker voor de NMa in 2008 met betrekking tot de aanpak van de sanctieprocedures in het kader van de bouwfraude. De uitspraken van de Rechtbank Rotterdam van 9 januari, 23 juli en 17 oktober ondersteunen de aanpak van de NMa in de zogeheten 'schoon schip-operatie'. Zoals bekend nam de bouwfraude een aanvang met een uitzending van het televisieprogramma Zembla op 9 november 2001. In deze uitzending toonde een voormalig directeur van bouwbedrijf Koop Tjuchem een schaduwboekhouding van dat bedrijf over de periode 1988/1998. Uit deze schaduwboekhouding bleek dat de

26. Samsung, Eerste boetebeschikking van de Commissie krachtens de Concentratieverordening 4064/89, Beschikking van de Commissie van 18 februari 1998, zaak IV/M.920, Samsung, Pb. EG 1999 L 225/12, zie *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* september 1998, met noot K.J. Defares; en Beschikking van de Commissie van 10 februari 1999, zaak IV/M.969, A/P Möller, Pb. EG 1999, L 183/0029.

27. Vgl. NMa 12 december 2007, zaak 5700, Van Kerkhof & Vischer – Renault, NMa 13 oktober 2000, zaak 1316, Heywoond-Scheulen en NMa 28 juni 2000, zaak 1774, Verkerk-Horn.

28. NMa 19 juli 2006, zaak 5461, Airfield-Chellomedia.

29. NMa 28 februari 2005, zaak 4490, UPC-Canal+.

30. NMa 28 juni 2005, zaak 4490, UPC-Canal+.

31. Rechtbank Rotterdam 4 maart 2008, nr. MEDED 06/4218-STRN, MEDED 06/4219-STRN, Airfield Holding B.V. en Chellomedia Programming B.V. tegen RvB NMa, LJN BC9420.

32. Mededeling van de Commissie betreffende het begrip 'concentratie', Pb. EG 1998, C66/02.

33. Geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties, Pb. EU 2008, C95/01.

Nederlandse bouwbedrijven de praktijk van het maken van afspraken met betrekking tot marktverdeling en prijzen en het onderling verrekenen van de kosten voor het opstellen van offertes hadden voortgezet, ondanks de vernietigende SPO-beschikking van de Europese Commissie uit 1992 en de bevestiging daarvan door zowel het Gerecht van Eerste Aanleg als het Hof van Justitie. Na ontvangst van de schaduwboekhouding is de NMa een onderzoek gestart naar overtredingen van de Mededingingswet in de bouwsector. In de loop van dit onderzoek heeft het kabinet een beroep gedaan op de bouwsector om schoon schip te maken en overtredingen van de Mededingingswet in de periode tot en met 2001 te melden bij de NMa.³⁴ Voor bedrijven die aan deze oproep gehoor zouden geven en een beroep zouden doen op de clementieregeling van de NMa, lag een gematigde boete in het verschiet. Voorts bood de NMa, na het opstellen van de rapporten in de verschillende deelsectoren, de bedrijven de keuze niet te kiezen voor een reguliere sanctieprocedure, maar voor een versnelde procedure. De keuze voor deelname aan de versnelde procedure hield in dat de bedrijven de feiten en essentie van het opgemaakte rapport niet zouden betwisten en dat zij afzagen van hun individuele recht om te worden gehoord en het individuele recht op inzage in het dossier. In plaats daarvan voerde één gemachtigde één generiek verweer. In geval van deelname aan de procedure konden de bedrijven een boetevermindering van 15 procent tegemoet zien. Het geheel van deze bijzondere sanctieprocedure voor de bouw wordt ook wel aangeduid als de schoon schip-operatie. Van de circa 400 ondernemingen waartegen rapport werd opgemaakt, hebben slechts 34 niet deelgenomen aan deze operatie en gekozen voor de reguliere procedure.

De uitspraken van de Rechtbank Rotterdam³⁵ zien op de beroepen van een aantal bedrijven die door de NMa in het kader van de schoon schip-operatie zijn beboet en ondersteunen, een enkel geval daargelaten, de door de NMa gekozen aanpak. Zowel de voorwaarden voor deelname aan de versnelde procedure, de specifieke boetesystematiek als de toepassing van de clementieregelingen, kunnen naar het oordeel van de Rechtbank Rotterdam de toets der kritiek doorstaan. De NMa is er echter nog niet helemaal. In een enkel geval is bij het CBb hoger beroep ingesteld.

NMa-boetes: wettelijke rente en aftrekbaarheid

In 2008 waren er twee interessante uitspraken over NMa-boetes waarbij het niet ging om de vaststelling van de boete als zodanig maar andere met boetes gelieerde aspecten: wettelijk verschuldigde rente en fiscale aftrekbaarheid. Zo heeft de Hoge Raad met het arrest in de zaak *NEA* definitief duidelijk gemaakt dat het aanwenden van rechtsmiddelen tegen een boetebesluit van NMa geen opschortende werking heeft voor de verschuldigde wet-

telijke rente.³⁶ Artikel 67 Mw bepaalt dat een boete binnen 13 weken na inwerkingtreding van het boetebesluit moet worden betaald en de wettelijke rente gaat lopen vanaf de dag waarop die 13-wekentermijn is verstreken. Daarentegen wordt op grond van artikel 63 Mw de werking van het boetebesluit (en dus de betalingsverplichting voor de opgelegde boete) opgeschort tot na de beroepstermijn of nadat de beslissing in beroep is genomen. Op 26 augustus 1999 had de NMa aan de rechtsvoorganger van NEA (i.e. SEP) een boete van f 14 miljoen opgelegd wegens overtreding van artikel 24 Mw. Het bezwaar hiertegen werd op 27 maart 2000 afgewezen en de rechtbank bevestigde die beslissing op 26 november 2002. Bij arrest van 28 mei 2004 heeft het CBb het NMa-besluit echter vernietigd en de boete verlaagd tot € 3,5 miljoen. Vervolgens heeft de NMa NEA verzocht het boetebedrag vermeerderd met de wettelijke rente te voldoen. Daarbij heeft de NMa de wettelijke rente berekend vanaf 13 weken na 26 augustus 1999. NEA heeft de boete onder protest betaald. Met verwijzing naar artikel 63 Mw meent NEA dat tijdens de bezwaar- en beroepsfase geen wettelijke rente mag worden berekend en zij is vervolgens een procedure begonnen om het teveel betaalde aan rente als onverschuldigde betaling terug te vorderen.

De Haagse rechtbank heeft bij vonnis van 21 september 2005 het gevorderde afgewezen. Naar het oordeel van de rechtbank moet een onderscheid worden gemaakt tussen de inwerkingtreding en opschorting van de werking van een boetebesluit. Met het woord 'werking' in artikel 62 Mw (het huidige artikel 63 Mw) heeft de wetgever kennelijk niet een opgeschorte inwerkingtreding op het oog gehad. Daarnaast verwijst de rechtbank naar de wetgeschiedenis waarin uitdrukkelijk is aangegeven dat de regeling van artikel 67 Mw is opgenomen om te voorkomen dat, met name bij hoge boetes, louter vanwege het financiële voordeel van opschorting van de betalingsverplichting krachtens artikel 63 Mw bezwaar of beroep wordt aangetekend. Het Haagse gerechtshof was het hiermee eens. Met verwijzing naar de uitdrukkelijke wil van wetgever bevestigt de Hoge Raad op 13 juli 2008 de door de lagere rechters ingezette lijn. Waar de verschuldigdheid van de wettelijke rente verbonden is aan de inwerkingtreding van het boetebesluit, brengt het wettelijke stelsel mee dat over een boete, zoals die uiteindelijk in (hoger) beroep wordt vastgesteld, wettelijke rente is verschuldigd is, te rekenen vanaf 13 weken na de bekendmaking van het boetebesluit, aldus de Hoge Raad.

Ook belangwekkend is de uitspraak van Rechtbank Haarlem van 3 oktober 2008 over fiscale aftrekbaarheid van NMa-boetes.³⁷ Dat ook over de aftrekbaarheid van NMa-boetes discussie zou ontstaan, was naar aanleiding van de curieuze uitspraak van dezelfde rechtbank op 22 mei 2006 te verwachten. In de zaak uit 2006 ging het om de vraag of een boete van de Europese Commissie al dan niet

34. Kamerstukken II 2003/04, 28 244, nr. 64.

35. Zie nrs. 2, 37 t/m 55 en 62 t/m 67 van de bijlage.

36. Hoge Raad 11 juli 2008, nr. C07/140HR, *NEA tegen De Staat der Nederlanden en de NMa*, LJN BD2778.

37. Rechtbank Haarlem 3 oktober 2008, nr. AWB 08/493, *X. tegen de inspecteur van de belastingdienst*, LJN BF7320.

afteikbaar is.³⁸ Op grond van Wet inkomstenbelasting 2001 zijn geldboeten opgelegd door de strafrechter, bestuurlijke boetes en geldboetes opgelegd door instellingen van de Europese Unie niet aftrekbaar van de fiscale winst. De rechtbank was echter van oordeel dat deze aftrekuitsluiting slechts gedeeltelijk opging voor boetes van de Commissie. Deze boetes verschillen namelijk van NMa-boetes in die zin dat de door de Commissie opgelegde boetes zowel bestraffende als voordeelontnemende elementen bevatten. De wettelijke aftrekuitsluiting betreft slechts communautaire boetes voor zover deze gericht zijn op bestraffing. Wel aftrekbaar is het voordeelontnemende deel van deze boetes, aldus de rechtbank in 2006. De onderneming die door de NMa was beboet beriep zich in het belastinggeschil op deze uitspraak uit 2006. Terecht verwerpt de rechtbank deze analogie. Allereerst blijkt uit wettekst noch wetgeschiedenis dat ten aanzien van bestuurlijke boetes een splitsing zou moeten worden gemaakt in een deel dat wel en een deel dat niet is gericht op bestraffing. Zelfs al zou de aftrekuitsluiting die ruimte wel bieden, dan kwalificeert de rechtbank NMa-boetes niet anders dan als bestraffend. Ten slotte oordeelt de rechtbank dat de uitspraak van 22 mei 2006 niet relevant is voor de onderhavige kwestie, aangezien die zaak ging om een andere boete met een ander wettelijk kader, dat wil zeggen een boete van de Commissie.

Ons inziens deed de rechtbank er verstandig aan weg te blijven van haar eerdere uitspraak uit 2006. In die uitspraak gaat het immers om een communautaire boete, en niet een NMa-boete. Daarnaast is het zeer de vraag of de rechtbank het in 2006 wel bij het rechte eind had. Het is namelijk niet ondenkbaar dat de effectiviteit van de communautaire kartelboetes zou worden geschaad indien deze in mindering zouden mogen worden gebracht op de fiscale winst. Dit zou het nuttig effect van het Europese mededingingswet kunnen doorkruisen en daarmee in strijd zijn met gemeenschapsrecht.³⁹ Bovendien is tegen de uitspraak uit 2006 beroep ingesteld bij het Gerechtshof Amsterdam. De Europese Commissie heeft kenbaar gemaakt te willen interveniëren als *amicus curiae* in de beroepsprocedure. Die procedure is geschorst, omdat het gerechtshof prejudiciële vragen heeft gesteld over de vraag of de Commissie alleen mag interveniëren in echte mededingingszaken of ook in zaken die het fiscale karakter van de door de Commissie opgelegde boetes betreffen.⁴⁰ Op 11 juni jl.⁴¹ heeft het Hof geantwoord dat de Commissie ook bevoegd is uit eigen beweging schriftelijke opmerkingen in te dienen in een procedure die betrekking heeft op de volledige of gedeeltelijke aftrekbaarheid van een communautaire boete.

38. Rechtbank Haarlem 22 mei 2006, nr. AWB 05/1452, X. tegen de inspecteur van de belastingdienst, LJN AX7112.

39. Zie ook F.O.W. Vogelaar, 'Het nuttig effect: nog een lange weg te gaan!', *M&M* 2007, p. 201-204.

40. Gerechtshof Amsterdam 12 september 2007, nr. 06/00252, LJN BB3356.

41. Zaak C-429/07, nog niet gepubliceerd in de jurisprudentie.

Misbruik van machtspositie

In 2008 waren er twee interessante uitspraken over leveringsweigering. Mededingingsrechtelijk is uitgangspunt dat contractsvrijheid ook geldt voor ondernemingen met een economische machtspositie. Slechts in uitzonderlijke omstandigheden kunnen dominante ondernemingen op grond van artikel 24 Mw gedwongen worden te contracteren.⁴² Zo kon CR Delta niet worden gedwongen de in haar database opgeslagen gegevens over fok- en melkvee om stamboekcertificaten op te stellen elektronisch ter beschikking te stellen aan Het Fries Hollands Rundvee-Stamboek.⁴³

Een andere interessante uitspraak is de zaak *Cybermedia* over de vraag of reputatieschade een objectieve rechtvaardigingsgrond voor leveringsweigering kan opleveren.⁴⁴ Deze zaak betreft een kortgeding tussen Cybermedia enerzijds en PaySquare, Visa en Mastercard anderzijds over de tussen partijen gesloten afhandelingsovereenkomst voor creditcardtransacties. Met een beroep op het in de overeenkomst vastgelegde merkschadebeding beëindigen PaySquare, Visa en Mastercard de overeenkomst; Cybermedia zou websites met dierenporno exploiteren. Bij de Utrechtse voorzieningenrechter vordert Cybermedia aansluiting op de betrokken creditcardnetwerken vanwege misbruik van machtspositie. Volgens de voorzieningenrechter is de toepassing van het merkschadebeding echter niet aan te merken als misbruik. Hij oordeelt dat de beëindiging van de afhandelingsovereenkomst objectief gerechtvaardigd is, gelet op het controversiële karakter van dierenporno. Bovendien moet de reactie van PaySquare proportioneel worden geacht, nu Cybermedia uitdrukkelijk is gewaarschuwd geen betalingen voor dergelijke websites via Visa en Mastercard te laten verlopen. De uitkomst is bevredigend, hoewel de voorzieningenrechter enigszins uit de bocht vliegt, daar waar hij stelt dat de gedaagde partijen 'gerechtigd zijn zelf te bepalen wat zij als een aantasting van [hun] commerciële belangen' beschouwen. Hiermee doet de voorzieningenrechter afbreuk aan het vereiste objectieve karakter van een rechtvaardigingsgrond, zoals blijkt uit de rechtspraak en de praktijk van de Commissie. In de op 9 februari 2009 gepubliceerde Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 EG-Verdrag is op dit punt te lezen dat 'de vraag of de gedraging objectief noodzakelijk en evenredig is, dient te

42. Vgl. HvJ EG 6 maart 1974, gevoegde zaken 6-7/73, *Commercial Solvents*, Jur. 1974, p. 223, HvJ EG 14 februari 1978, zaak 27/76, *United Brands*, Jur. 1978, p. 295 en meer recentelijk HvJ EG 16 september 2008, gevoegde zaken C-468/06 tot en met C-478/06, *GSK*. Vgl. ook J. Langer, 'Quotasystemen ter voorkoming van parallelhandel: misbruik van machtspositie of verdediging van eigen commerciële belangen?', *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2008, p. 241-243.

43. CBb 19 februari 2008, nr. AWB 06/298, *FHRS tegen de uitspraak van de rechtbank te Rotterdam van 22 februari 2006 in het geding tussen appellante en de NMa*, LJN BC4740. Zie de bijdrage van C.T. Dekker, E. Belhadj en A.M. Hoekstra-Borzymowska in *M&M* 2009, p. 110-122.

44. Rechtbank Rotterdam 26 maart 2008, nr. 244737 / KG ZA 08-190, *Cybermedia B.V. tegen PaySquare B.V., Visa Europe Limited, Mastercard International Incorporated*, gepubliceerd in *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2008, p. 198-202.

worden beantwoord op basis van factoren die *extern* zijn aan de onderneming met een machtspositie [onderstreping toegevoegd].⁴⁵ Waarschijnlijk zou de Utrechtse voorzieningenrechter tot een vergelijkbare conclusie zijn gekomen, indien hij het begrip reputatieschade objectief zou hebben ingevuld.

Ten slotte de opmerkelijke uitspraak van de Haarlemse rechtbank over onredelijke toepassing van op zich redelijke voorwaarden.⁴⁶ Deze zaak betreft het geschil tussen de Nederlandse tak van de internationale vereniging voor luchtvaartmaatschappijen IATA Netherlands en de bij haar aangesloten IATA reisagenten over de van toepassing zijnde *default-regeling* met betrekking tot het betalingsstelsel tussen agenten en luchtvaartmaatschappijen voor tickets. Wanneer een reisagent niet aan zijn betalingsverplichtingen tegenover één of meer luchtvaartmaatschappijen voldoet, heeft IATA de mogelijkheid om de desbetreffende agent in *default* te verklaren en van het betalingsstelsel af te sluiten. Deze zaak spitst zich toe op de vraag of IATA een reisagent in *default* kan verklaren, indien deze agent zijn betalingen opschort in verband met onzekerheid over de nakoming van verplichtingen door een in financiële nood verkerende luchtvaartmaatschappij. Naar het oordeel van de rechtbank levert de *default-regeling* op zichzelf geen misbruik op, maar wel de manier waarop hieraan uitvoering wordt gegeven. IATA houdt namelijk geen rekening met het zwaarwegend belang dat een reisagent kan hebben bij de opschorting van zijn betalingsverplichting tegenover een luchtvaartmaatschappij ingeval op goede gronden het vermoeden bestaat dat deze haar vluchten niet kan uitvoeren. In de praktijk leidt de *default-regeling* tot uitsluiting van de wettelijke opschortingsbevoegdheid van artikel 6:263 van het Burgerlijk Wetboek (BW), hetgeen als onbillijk en als misbruik van economische machtspositie moet worden aangemerkt, aldus de rechtbank.

Dit lijkt ons juist. Immers, wanneer een reisagent zijn betalingsverplichtingen niet nakomt, heeft een luchtvaartmaatschappij het recht om in actie te komen. Wanneer een luchtvaartmaatschappij dreigt haar vervoersverplichtingen niet aan te komen, mag diezelfde agent echter niet zijn betalingsverplichtingen opschorten. De rechtbank oordeelt terecht dat een reisagent die op goede gronden gebruik maakt van zijn wettelijke opschortingsrecht, niet door IATA tegengewerkt mag worden met de dreiging van een *default*-verklaring. Onder die omstandigheden wordt in feite een contractuele voorwaarde op onbillijke wijze toegepast.⁴⁷

Dat het oordeel van de rechtbank niet betekent dat toepassing van de *default-regeling* onder alle omstandigheden misbruikelijk is, blijkt uit de uitspraak van de Haarlemse voorzieningenrechter van 12 september 2008 in een kort geding tussen materieel dezelfde partijen naar aan-

leiding van het dreigende faillissement van Alitalia.⁴⁸ Met een beroep op de uitspraak in het voorgaande bodemvonnis vordert de vereniging van reisagenten ANVR dat IATA wordt verboden om een bij ANVR aangesloten reisagent in *default* te verklaren in het geval deze reisagent zijn betalingsverplichtingen tegenover Alitalia gedeeltelijk opschort. Afweging van de betrokken belangen leidt volgens de voorzieningenrechter 'op dit moment' echter tot afwijzing van deze vordering. Daarbij wordt benadrukt dat de faillissementsaanvraag Alitalia moet beschermen tegen schuldeisers en de weg vrij kan maken om het bedrijf te splitsen in een gezond deel en een deel dat failliet zal worden verklaard. Bovendien heeft IATA voldoende gedaan om de insolventierisico's af te dekken door samen met de bewindvoerder van Alitalia een noodfonds ter waarde van € 50.000.000 op te richten. Benadrukt moet worden dat bij dit vonnis mededingingsrechtelijke aspecten geen rol hebben gespeeld, aangezien de Haarlemse rechter van oordeel is dat er geen ruimte is voor de wettelijke opschortingsbevoegdheid als zodanig, gelet op de door IATA ondernomen acties.

Bewijsvoering of bewijsnood?

In een concreet civielrechtelijk geschil moeten *alle* elementen van de mededingingsrechtelijke bepalingen gesteld, en bij betwisting, bewezen worden.⁴⁹ Recentelijk heeft de Hoge Raad in de zaak *Whizz* van 16 januari 2009 (nogmaals) benadrukt dat de stel- en bewijslast rust op de partij die zich op een mededingingsinbreuk beroept.⁵⁰ In mededingingszaken is dat niet altijd even eenvoudig, mede gelet op het vereiste om afspraken te beoordelen in de economische context waarbinnen zij worden toegepast. Daarbij komt nog dat het niet ongebruikelijk is dat voor bewijsvoering benodigde bewijsmiddelen zich bij de inbreukmaker bevinden. Een procedureel hulpmiddel is de in artikel 843a Rv belichaamde exhibitieplicht. Op grond hiervan kan de partij die daarbij een rechtmatig belang heeft inzage, afschrift of uittreksel vorderen van bescheiden betreffende een rechtsbetrekking tussen deze partij en een andere partij die deze bescheiden onder zich heeft. In de praktijk blijkt echter het gebruik van dit hulpmiddel voor civiele rechters een weerbarstige materie te zijn.

Interessant is de zaak *BAT/Chipknip*. Deze zaak betreft een geschil over de ontbinding door BAT van een tussen partijen gesloten overeenkomst over een leeftijdsverificatiesysteem op bancaire chipkaarten. De overeenkomst is gesloten vooruitlopend op wetgeving inzake de ontgrendeling van tabaksautomaten, die, zo was de verwachting, elektronische leeftijdsidentificatie zou vereisen. Toen het wettelijke regime uiteindelijk ook andere systemen toestond, ontbond BAT de overeenkomst op grond van

45. COM (2009) 864 definitief.

46. Rechtbank Haarlem 19 maart 2008, nr. 124691 / HA ZA 06-714, VLZ, ATP, D-reizen, Maduro, Ebookers en American Express tegen IATA Netherlands B.V., LJN BDO600.

47. Vgl. ook M. Wiggers, *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2008, p. 177.

48. Rb. Haarlem (vzr.) 12 september 2008, nr. 149500 / KG 08-487, LJN BF0674.

49. Zie artikel 2 van Verordening 1/2003 en artikel 155 Rv.

50. Hoge Raad 16 januari 2009, *Gemeente Heerlen/Whizz Croissanterie*, LJN BG3582.

onvoorziene omstandigheden. Chipknip is met deze ontbinding niet akkoord en vordert schadevergoeding. In reconventie stelt BAT dat Chipknip misbruik heeft gemaakt van haar economische machtspositie in de zin van artikel 82 EG-Verdrag en/of 24 Mw door het hanteren van excessieve tarieven voor het ter beschikking stellen van ruimte op de bancaire chipkaart. In eerste aanleg heeft de Rechtbank Utrecht geoordeeld dat artikel 82 EG-Verdrag niet van toepassing is, in het licht van het Nederlandse karakter van de markt.⁵¹ Chipknip werd wel geacht dominant te zijn op de Nederlandse markt voor voorzieningen voor leeftijdsverificatie door middel van bancaire chipkaarten. Naar het oordeel van de rechtbank moet de vraag of door Chipknip excessief hoge tarieven zijn gehanteerd, niet beantwoord worden aan de hand van het beginsel van kostenoriëntatie, maar moet onderzocht worden of de gehanteerde tarieven in een redelijke verhouding staan tot de economische waarde van het geleverde product.⁵² Bij de vraag bij wie de bewijslast ligt, stelt de rechtbank dat het aan BAT is om te bewijzen dat sprake is van excessieve tarieven. Aangezien BAT daarin niet geslaagd is, wijst de rechtbank de vordering van BAT af. Daarbij besteedt de rechtbank nauwelijks aandacht aan het betoog dat BAT een informatieachterstand heeft aangezien zij niet beschikt over gegevens over de door Chipknip in dit verband gemaakte kosten.

BAT stelde beroep in en verzocht op de voet van artikel 843a Rv het gerechtshof te gelasten dat Chipknip alle informatie en documenten verstrekt waaruit blijkt waarop de tarieven van Chipknip gebaseerd zijn. Bij tussenarrest van 3 mei 2007 heeft het Gerechtshof Amsterdam overwogen dat de vraag of BAT rechtmatig belang heeft bij inzage van deze bewijsmiddelen eerst aan de orde kan komen, nadat in de bodemprocedure is beslist over het relevante toetsingskader voor het vaststellen van excessief hoge tarieven. Aan de door BAT geïdentificeerde asymmetrie, waardoor zij niet in staat is haar argument dat Chipknip misbruik maakt van haar economische machtspositie cijfermatig handen en voeten te geven, gaat het gerechtshof aldus voorbij.

In de bodemzaak wijst het gerechtshof op 23 december 2008 arrest.⁵³ Ten gronde gaat het gerechtshof uit van de toepasselijkheid van artikel 82 EG-Verdrag. Voor de beoordeling of sprake is van misbruikelijk hoge tarieven sluit het hof aan bij de zaak *United Brands*.⁵⁴ Hierin is uitgemaakt dat sprake is van excessieve tarieven wanneer de gehanteerde prijs niet in redelijke verhouding staat tot de economische waarde van de geleverde prestatie. Volgens het Hof van Justitie zou het buitensporige karakter onder meer objectief vastgesteld kunnen worden door de verkoopprijs te vergelijken met de kostprijs en aldus de winstmarge aan te tonen. Wanneer een al te grote disproportie tussen kostprijs en verkoopprijs zou bestaan, moet

worden beoordeeld of er sprake is van het opleggen van een onbillijke prijs in absolute zin dan wel in vergelijking met concurrerende producten, zo citeert het gerechtshof. Daaruit vloeit voort dat niet kan worden volstaan met een vergelijking tussen de gehanteerde prijs en de kostprijs van het product. Zelfs indien uit deze toets een excessief hoge prijs zou volgen, moet onderzocht worden of de in rekening gebrachte prijs in een redelijke verhouding staat tot de geleverde prestatie. De stelling van BAT dat uitsluitend kostenoriëntatie de juiste toetsingsmaatstaf zou zijn, wordt verworpen. Ten aanzien van de bewijslast constateert het gerechtshof dat het voor BAT moeilijk is het verlangde bewijs te leveren, maar het hof oordeelt desalniettemin dat BAT niet genoegzaam heeft aangetoond waarom zij, 'ondanks alle redelijkerwijs van haar te verwachte inspanningen om het benodigde bewijsmateriaal over te leggen', daartoe niet in staat was. Ook meent het Amsterdamse gerechtshof dat BAT onvoldoende aanknopingspunten naar voren heeft gebracht over de kostprijs van het betrokken product. Evenmin heeft BAT voldoende feiten en omstandigheden gesteld waaruit zou blijken dat de door Chipknip gevraagde prijs niet in een redelijke verhouding staat tot de economische waarde van de geleverde prestatie.

De voorzichtige conclusie die mag worden getrokken is dat met betrekking tot de toepassing van de exhibitieplicht van artikel 843a Rv het nodige te winnen valt.

Prejudiciële vragen / Amicus curiae

145

In de verslagperiode hebben onze rechtscolleges geen prejudiciële vragen op het gebied van het communautair mededingingsrecht gesteld.

Ook hebben de rechtscolleges geen aanleiding gezien om de Commissie of de NMa om een *amicus curiae*-interventie te verzoeken. Dat is jammer. Een dergelijke interventie is een effectieve manier om duidelijkheid te krijgen over de uniforme toepassing van het mededingingsrecht. Dat blijkt ook uit het arrest van het Gerechtshof Den Haag van 24 april 2008 waarin het ging om de verenigbaarheid van het Reglement Mosselvisserij met het mededingingsrecht.⁵⁵ Op de bij tussenarrest van 27 januari 2005 geformuleerde vragen heeft de Commissie binnen zes maanden gereageerd.⁵⁶ In de zaak *BAT/Chipknip* had BAT hierop aangedrongen. Tevergeefs.

Conversie

Zoals in de kroniek van 2007 reeds geconstateerd, is de kogel door de kerk: voor conversie is in het mededin-

51. Rechtbank Utrecht 17 mei 2006, *Chipknip C.V. en Ceanet B.V. tegen British American Tobacco The Netherlands B.V.*, LJN AX3745.

52. De rechtbank verwijst onder meer naar COMP/A 36.568, *Scandlines Sverige AB/Port of Helsingborg*.

53. Gerechtshof Amsterdam 23 december 2008, nr. 106.005.440/01, *British American Tobacco Nederland B.V. tegen Chipknip*, LJN BG8028.

54. HvJ EG 14 februari 1978, zaak 27/76, *United Brands*, Jur. 1978, p. 207.

55. Gerechtshof 's-Gravenhage 24 april 2008, nr. C02/1136, *Productantenorganisatie van de Nederlandse Mosselcultuur tegen geïntimeerde*, LJN BD1227.

56. Zie ook de opmerkingen over *amicus curiae*-interventies in de noot van Y. de Vries, *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2008, p. 153-157.

gingsrecht geen plaats. Met de uitspraak in de zaak *Mitra* heeft het Gerechtshof Leeuwarden op 30 januari 2008 nogmaals duidelijk gemaakt dat een met de mededingingsbepalingen strijdige afspraak *ab initio* nietig is en niet kan worden geconverteerd in een geldige afspraak. Met verwijzing naar zijn eerdere uitspraak in de zaak *Slager/Prisma* overweegt het gerechtshof als volgt:

‘Voor conversie van artikel 13.4 van de franchiseovereenkomst in een minder vergaande maatregel, die binnen de grenzen van het toelaatbare zou liggen, acht het hof – gelet op de aard van het bewuste nietigheidsbeding en het stelsel van de wettelijke regeling waarvan dat voorschrift deel uitmaakt – geen ruimte aanwezig. De absolute nietigheidsbepaling, verwoord in lid 2 van artikel 6 MW, is immers bedoeld om preventief aan ongeoorloofde beperkingen van de mededinging een einde te maken. Die prikkel wordt voor een belangrijk deel weggenomen wanneer de een verboden bepaling wordt geconverteerd in een nog juist toelaatbare bepaling, nu de belanghebbende partij ten aanzien van het stipuleren van eventueel ongeoorloofde beperkingen van de mededinging in dat geval geen ander risico loopt dan dat van bedoelde conversie, zoals het Hof ook heeft overwogen in zijn arrest van 7 november 2007, LJN BB8288 (Slager/Prisma).’⁵⁷

Ambtshalve toetsing

Ambtshalve toepassing van het mededingingsrecht kwam in 2008 in één zaak aan de orde. In de zaak *Eiser tegen de stichting BovenIJ Ziekenhuis*⁵⁸ wordt een aantal bezwaren aangevoerd tegen een arbitraal vonnis van het Scheidsgerecht. Het vonnis betreft de toelatingsovereenkomst van eiser, een dermatoloog, tot het ziekenhuis. Het ziekenhuis heeft deze overeenkomst wegens gewichtige redenen beëindigd en het Scheidsgerecht heeft deze opzegging rechtmatig geacht. Eiser voert onder meer aan dat het Scheidsgerecht ten onrechte heeft nagelaten een artikel van de toelatingsovereenkomst ambtshalve te toetsen aan artikel 6 Mw c.q. artikel 81 EG-Verdrag en aan artikel 24 Mw c.q. artikel 82 EG-Verdrag.

Zonder omhaal overweegt de Rechtbank Arnhem dat de genoemde bepalingen van openbare orde zijn. Met verwijzing naar de arresten *Eco Swiss/Benetton*⁵⁹ en *Manfredi*⁶⁰ stelt de rechtbank dat de burgerlijke rechter moet onderzoeken of een arbitraal vonnis strijd met de mededingingsregels oplevert, ook al is in de arbitrale procedure geen beroep op deze bepalingen gedaan en vielen de aan het mededingingsrecht ontleende argumenten in de arbitrage buiten de grenzen van de rechtsstrijd. De

rechtbank beoordeelt de arbitrage vervolgens inhoudelijk. Dit helpt eiser echter niet. De rechtbank verwerpt het beroep op de mededingingsregels.

De vraag of het gemeenschapsrecht de nationale rechter verplicht om ambtshalve te toetsen aan gronden die aan het Europees recht zijn ontleend, is in de rechtspraak van het Hof van Justitie een aantal keren aan de orde geweest. Het kader voor de beantwoording van deze vraag wordt gevormd door het beginsel van procedurele autonomie enerzijds en de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid anderzijds. Hoewel het beginsel van procedurele autonomie met zich mee brengt dat de nationale rechter het gemeenschapsrecht in beginsel mag toepassen overeenkomstig de nationale procedureregels, kunnen de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid eisen stellen aan deze toepassing. Het gelijkwaardigheidsbeginsel eist in dit verband dat voor vorderingen op basis van het gemeenschapsrecht dezelfde procedureregels gelden als voor vergelijkbare vorderingen op basis van het nationale recht. Het doeltreffendheidsbeginsel staat eraan in de weg dat procedurele regels de uitoefening van een aan het gemeenschapsrecht ontleend recht onmogelijk of uiterst moeilijk maken.

Het spanningsveld tussen deze beginselen bij de toepassing van het mededingingsrecht was onder meer aan de orde in het arrest van het Hof van Justitie in de gevoegde zaken *Van Schijndel en Van Veen*.⁶¹ In dit arrest overweegt het Hof dat wanneer de rechter ingevolge het nationale recht verplicht of bevoegd is ambtshalve rechtsgronden van dwingende aard in het geding te brengen, er een verplichting tot ambtshalve toepassing geldt voor dwingende regels van gemeenschapsrecht. Echter, wanneer de grenzen van de rechtsstrijd en het verbod op aanvulling van feitelijke gronden aan ambtshalve toepassing van dwingend nationaal recht in de weg staan, geldt een verplichting tot ambtshalve toepassing van het Europese mededingingsrecht evenmin. In het arrest *Eco Swiss*⁶² leek het Hof een stap verder te gaan, en werd de lijdelijkheid van de rechter – bij de toetsing van een arbitraal vonnis – opzij gezet voor zover het gronden van openbare orde betreft. In deze specifieke zaak wordt het Europese mededingingsrecht aangemerkt als zijnde van openbare orde. Vervolgens stelde het Hof in de zaak *Manfredi* in meer algemene zin – zij het in een overweging ten overvloede – dat het Europese mededingingsrecht van openbare orde is.⁶³

Deze laatste stap bleek echter een stap te ver. Uit het arrest *Van der Weerd*⁶⁴ kan worden afgeleid dat het Hof in *Manfredi* niet beoogde het Europese mededingingsrecht – los van de omstandigheden van een specifiek geval – te kwalificeren als een grond van openbare orde die ambtshalve dient te worden toegepast. Uit *Van der Weerd* volgt dat het doeltreffendheidsbeginsel de nationale rechter niet verplicht ambtshalve een aan het gemeenschapsrecht ont-

57. Gerechtshof Leeuwarden 30 januari 2008, nr. 0700104, *Mitra C.V. tegen geïntimeerde*, LJN BC3424.

58. Rechtbank Arnhem 3 december 2008, nr. 168765, *Eiser tegen de stichting BovenIJ*, LJN BG6981.

59. Hoge Raad 25 februari 2000, *Eco Swiss / Benetton, NJ* 2000, 340, LJN ZC2315.

60. HvJ EG 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04 t/m C-298/04, *Manfredi*, Jur. 2006, p. I-6619, AB 2006, 404.

61. HvJ EG 14 december 1995, gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93, *Van Schijndel en Van Veen*, Jur. 1995, p. I-4705.

62. HvJ EG 1 juni 1999, zaak C-126/97, *Eco Swiss*, Jur. 1999, p. I-3055.

63. Zie ook *T-Mobile*, r.o. 49, supra noot 19.

64. HvJ EG 7 juni 2007, gevoegde zaken C-222/05 t/m C-225/05, *Van der Weerd e.a.*, Jur. 2007, p. I-4233.

leende grond te onderzoeken, ongeacht of deze grond voor de communautaire rechtsorde van openbare orde is. Uit het gelijkwaardigheidsbeginsel kan een dergelijke verplichting wél voortvloeien. Wanneer het nationale recht de rechter toestaat of verplicht om een nationale bepaling ambtshalve toe te passen, dient de communautaire equivalent ook ambtshalve te worden toegepast. Het Hof overweegt in *Van der Weerd* dat dit het geval was in specifieke omstandigheden van het geval in de zaak *Eco Swiss*.

Wanneer we de balans van deze rechtspraak opmaken, kan worden geconcludeerd dat de beantwoording van de vraag of artikel 81 c.q. 82 EG-Verdrag van openbare orde is, afhankelijk is van de vraag of in een bepaalde procedure de nationale equivalenten ambtshalve zouden moeten worden toegepast door de rechter. Voor de civiele procedure waarin een arbitraal vonnis ter toetsing voorligt, geldt dat volgens het nationale procesrecht de rechter bevoegd is een arbitraal vonnis te vernietigen wegens strijd met regels van openbare orde.⁶⁵ Deze bevoegdheid naar nationaal recht wordt door de toepassing van het gelijkwaardigheidsbeginsel een verplichting voor gronden van openbare orde ontleend aan het gemeenschapsrecht. In de specifieke context van de toetsing van een arbitraal vonnis heeft het Hof in *Eco Swiss* geoordeeld dat artikel 81 EG-Verdrag een zodanige fundamentele bepaling van gemeenschapsrecht is, dat zij van openbare orde is.

De rechter in de zaak *Eiser tegen de stichting BovenIJ ziekenhuis* – waarin net als in *Eco Swiss* een arbitraal vonnis wordt getoetst – kan dan ook volstaan met de vaststelling dat de bepalingen van mededingingsrecht in dit geval van openbare orde zijn en hij bijgevolg gehouden is te onderzoeken of het arbitrale vonnis strijd met die bepalingen oplevert.

Net buiten de verslagperiode, op 16 januari 2009, wees de Hoge Raad het interessante *Whizz*-arrest.⁶⁶ Hierin is dezelfde materie aan de orde. De Hoge Raad ontwijkt in deze zaak de vraag of artikel 81 EG-Verdrag (altijd) van openbare orde is en ook de civiele rechter dwingt buiten de grenzen van de rechtsstrijd te treden. Als gevolg van het ontbreken van een beperking van de tussenstaatse handel is niet artikel 81 EG-Verdrag, maar artikel 6 Mw van toepassing, aldus de Hoge Raad. Volgens de Hoge Raad is artikel 6 Mw niet van openbare orde.⁶⁷

Verhouding met andere rechtsgebieden

In de verslagperiode kwam er (meer) duidelijkheid over de verhouding van het mededingingsrecht met andere rechtsgebieden zoals strafrecht en arbeidsrecht.

Allereerst het strafrecht. In toenemende mate vat de gedachte post dat handhaving van het mededingingsrecht langs strafrechtelijke weg moet gebeuren. Inmiddels zijn strafrechtelijke sancties toegevoegd aan het handhavingsarsenaal van de ons omringende landen het Verenigd Koninkrijk, Ierland en Duitsland. In het licht van deze brede (internationale) belangstelling ziet het ernaar uit dat binnen afzienbare termijn de wetgever hier te lande zal overgaan tot (her)introductie van de strafrechtelijke handhaving.⁶⁸ Zover zijn we echter nog niet. Op dit moment is voor strafrechtelijke vervolging van mededingingsinbreuken geen plaats. Dit blijkt ook uit de rechtspraak.

Zo sprak het Haagse gerechtshof op 27 november 2007 in het bouwfraudedossier verdachten vrij, omdat er onvoldoende bewijs was geleverd voor de verbinding tussen enerzijds het door de betrokken ondernemingen opgezette egalisatiefonds voor de verrekening van schulden en vorderingen en anderzijds een verboden vooroverleg en prijsafspraken.⁶⁹ Daarnaast was evenmin sprake van deelname aan een criminele organisatie, omdat het oogmerk van de betrokkenen niet gericht was op overtreding van de Wet Economische Mededinging (zoals het OM ten laste had gelegd), maar eventueel op het kartelverbod van artikel 81 EG-Verdrag, welke laatste overtreding echter geen strafbaar feit oplevert.⁷⁰

Eenzelfde redenering werd gevolgd in het zogenoemde glazenwasserkartel. Op 21 mei 2008 heeft het Haagse gerechtshof een achttal arresten gewezen over een omvangrijk systeem van markt- en prijsafspraken tussen glazenwassers in Den Haag en omstreken.⁷¹ Na overleg tussen de betrokken opsporingsinstanties (i.e. NMa, OM, Belastingdienst, ministerie van Economische Zaken) werd besloten dat optreden door het OM voor de hand lag, mede gelet op de aard van de misstanden.⁷² De verdachten werd onder meer deelneming aan een criminele organisatie die is gericht op belastingontduiking, valsheid in geschrift, en witwassen van het uit belastingontduiking verkregen geld ten laste gelegd. Het gerechtshof verklaarde het OM ten aanzien van dit feit niet-ontvankelijk, omdat aan dit strafbare feit kartelgedrag ten grondslag lag. Door het gedrag van de betrokken ondernemingen te plaatsen in het kader van volgens de Mededingingswet verboden handelingen, ontstond een zodanige samenhang met de vastgestelde mededingingsrechtelijke feiten dat

65. Artikel 1065 Rv bepaalt dat een arbitraal vonnis slechts op een limitatief aantal gronden kan worden vernietigd. Op grond van lid 1 onder e van deze bepaling is strijd met de openbare orde een van deze gronden.

66. LJN BG3582.

67. In zijn bijzonder lezenswaardige conclusie gaat A-G Keus uitgebreid in op de vraag of het gemeenschapsrecht dwingt tot ambtshalve toepassing door de nationale rechter van artikel 81 EG-Verdrag. De A-G beantwoordt deze vraag ontkennend.

68. Vgl. R. de Bree, 'Mededingingsrecht en strafrecht: hernieuwde kennis-making', *M&M* 2006, p. 205-211.

69. Gerechtshof 's-Gravenhage, 27 november 2007, LJN BB8760 en BB8756.

70. Zie ook de kritische noot van R. de Bree, *M&M* 2008, p. 19-24.

71. Gerechtshof 's-Gravenhage, 21 mei 2008, LJN BD3383, BD33837, BD3389, BD3391, BD3397, BD3400 en BD3402.

72. Zie brief van de minister van Economische Zaken van 6 juli 2007, *Kamerstukken II* 2006/07, 30800 XIII, nr. 71.

het gehele feitencomplex werd beheerst door de Mededingingswet. Hierdoor was de behandeling van de zaak op dit punt voorbehouden aan de NMa, aldus het Haagse gerechtshof. Aan de afweging om de misstanden in de glazenwasserbranche aan te pakken via de weg van het strafrecht lag een duidelijke (politieke) keuze van de betrokken instanties ten grondslag. Het gerechtshof is hier echter volledig aan voorbij gegaan. Naar de opvatting van het hof is de NMa exclusief bevoegd als het gaat om verboden handelingen die in feite neerkomen op mededingingsinbreuken.

Belangwekkend voor de verhouding mededingingsrecht/arbeidsrecht is de uitspraak van de Rechtbank Alkmaar van 13 juni 2008.⁷³ Het bouwbedrijf KWS ontsloeg een werknemer op staande voet vanwege vermeende mededingingsinbreuken. KWS verweet de werknemer met betrekking tot twee aanbestedingen overleg te hebben gevoerd met derden. Ten aanzien van de eerste aanbesteding deed de betrokken werknemer een prijsaanbieding en had hij een onderaannemer (die ook had ingeschreven) gevraagd daartoe een offerte uitbrengen. Hiervoor kreeg de werknemer een waarschuwing. Ten aanzien van de tweede aanbesteding voerde hij overleg met dezelfde onderaannemer over de inschrijfprijs en heeft hij (kennelijk daarna) een aanmerkelijk hogere offerte dan die van de onderaannemer ingediend. Bovendien had hij in strijd met de interne regels geen toestemming gevraagd voor het uitbrengen van deze (hoge) offerte. Een door KWS ingeschakeld onderzoeksbureau constateerde mede op basis van verklaringen van andere medewerkers dat deze beschuldigingen juist waren. Daarop werd de betrokken werknemer op het hoofdkantoor geconfronteerd met de beschuldigingen en kreeg hij de gelegenheid zijn visie te geven. Vervolgens werd hij op staande voet ontslagen. De voorzieningenrechter wees de door de betrokken medewerker ingestelde vordering tot wedertewerkstelling en doorbetaling van loon toe. KWS weigert het vonnis uit te voeren en begint een kantonprocedure strekkende tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De kantonrechter was van oordeel dat niet vast staat of er sprake is geweest van een overtreding van het kartelverbod van artikel 6 Mw. Het onderzoeksrapport is onvoldoende, omdat de betrokken werknemer daarop geen invloed zou hebben kunnen uitoefenen en het slechts gebaseerd is op verklaringen van werknemers van KWS. Bovendien dient de betrokken medewerker in de gelegenheid gesteld te worden om getuigen te laten horen. Van belang was ook dat het onderzoek van de NMa nog maanden kon duren, hetgeen volgens de rechter aantoonde dat de zaak niet 'zonnelaars' is. In dat geval zou de NMa immers eerder met een oordeel komen. De rechter gaat niettemin over tot ontbinding van de overeenkomst en acht een vergoeding van € 515.000 billijk. Duidelijk is dat een vruchtbare samenwerking niet meer mogelijk is, maar de rechter is van oordeel dat dit volledig aan KWS te wijten is. Zo had KWS de werknemer gedurende het onderzoek van de NMa op non-actief kunnen stellen.

Hieruit volgt dat ondernemingen die geconfronteerd worden met een werknemer van wie vermoed wordt dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan mededingingsinbreuken alle omstandigheden goed moeten afwegen voordat ze overgaan tot ontslag op staande voet. Alleen in die situaties waar het kennelijk onomstotelijk vaststaat dat de werknemer de mededingingsbepalingen heeft geschonden lijkt ontslag op staande voet gerechtvaardigd en arbeidsrechtelijk door de beugel te kunnen. In casu betwijfelt de kantonrechter of sprake is van een dringende ontslagreden, nu niet onomstotelijk vast zou hebben gestaan dat de betrokken werknemer het kartelverbod heeft overtreden.

Tot slot

In het tweede lustrumjaar ná inwerkingtreding van de Mededingingswet hebben geen bijzondere verschuivingsplaatsgevonden. Het kroniekjaar was in zekere zin een voorzetting van de eerder ingezette lijn(en). Gelet op de door marktpartijen en hun adviseurs gewenste rechtszekerheid is dat prettig. Maar dit lijkt stilte voor de storm. De golf van clementieverzoeken die naar onze stellige indruk op gang is gekomen, de welhaast prioritaire aandacht van de NMa voor actieve recherche in plaats van de uitoefening van haar klassieke toezichtstaak in samenhang met interessante ontwikkelingen in de communautaire rechtspraak, onder meer op het gebied van bewijslastverdeling, zal ongetwijfeld met zich meebrengen dat de NMa op korte termijn haar schuttersputjes van de laatste jaren zal verlaten om met stevige besluiten haar plaats en autoriteit in het mededingingsrechtelijk landschap te bevestigen, maar hopelijk ook om op onderdelen⁷⁴ de juridische discussie een slinger te geven.

Bijlage

1. Rechtbank Breda 4 januari 2008, *Bogin tegen de Zorgverzekeraars*, nr. 183442/KG ZA 07-712, LJN BC1188
2. Rechtbank Rotterdam 9 januari 2008, *Eisers tegen de raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, nr. MEDED 06/5016 WILD, 06/5019 WILD, 06/5020 STRN, 06/5023 STRN, 06/5024 VRLK en 06/5027 VRLK, LJN BC6212
3. CBb 15 januari 2008, *RvB NMa tegen de uitspraak van de rechtbank te Rotterdam van 19 december 2005 in het geding tussen NMa en B/A*, nr. AWB 06/140, LJN BC1932
4. Rechtbank Arnhem 23 januari 2008, *Takel- en Bergingsbedrijf De Kantsingel B.V. tegen verweerders*, nr. 147430 / HA ZA 06-1916, LJN BC2891
5. Gerechtshof Leeuwarden 30 januari 2008, *Mitra C.V. tegen geïntimeerde*, nr. 0700104, LJN BC3424

73. Rechtbank Alkmaar, 13 juni 2008, nr. 264440 OA VERZ 08-84, *KWS tegen werknemer*, LJN BD6648.

74. Intensievere aandacht voor artikel 24 Mw, in het bijzonder *excessive pricing*, en de bepaling inzake voorlopige maatregelen (artikel 83 Mw) dat een slapend bestaan lijkt te leiden, zou welkom zijn.

6. Rechtbank Almelo 11 februari 2008, *Internetnotarissen B.V. tegen Openbareverkoop.nl B.V.*, nr. 91368 / KG ZA 08-27, LJN BC8032
7. CbB 19 februari 2008, *FHRS tegen de uitspraak van de rechtbank te Rotterdam van 22 februari 2006 in het geding tussen appellante en de NMa*, nr. AWB 06/298, LJN BC4740
8. Rechtbank Rotterdam 4 maart 2008, *Solétanche Bachy France S.A. tegen RvB NMa*, nr. MEDED 06/4942 VERW, LJN BC8958
9. Rechtbank Rotterdam 4 maart 2008, *Airfield Holding B.V. en Chellomedia Programming B.V. tegen RvB NMa*, nr. MEDED 06/4218-STRN, MEDED 06/4219-STRN, LJN BC9420
10. Rechtbank Rotterdam 18 maart 2008, *Eiser tegen BFT*, nr. BC 07/3286-FRC, LJN BC7312
11. Rechtbank Haarlem 19 maart 2008, *VLZ, ATP, D-reizen, Maduro, Ebookers en American Express tegen IATA Netherlands B.V.*, nr. 124691 / HA ZA 06-714, LJN BD0600
12. Rechtbank Rotterdam 26 maart 2008, *Cybermedia B.V. tegen PaySquare B.V., Visa Europe Limited, Mastercard International Incorporated*, nr. 244737 / KG ZA 08-190
13. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 8 april 2008, *de Zorgverzekeraars tegen Bogin c.s.*, nr. HD 103.006.122, LJN BC8903
14. Rechtbank Leeuwarden 9 april 2008, *Friamco tegen X.*, nr. 87386 / KG ZA 08-40, LJN BC9175
15. Gerechtshof 's-Gravenhage 24 april 2008, *Productenorganisatie van de Nederlandse Mosselcultuur tegen geïntimeerde*, nr. C02/1136, LJN BD1227.
16. Rechtbank 's-Gravenhage 29 april 2008, *GfK Panel Services Benelux B.V. tegen de Staat der Nederlanden (min. VROM)*, nr. 306222 / KG 08/307, LJN BD3221
17. Gerechtshof 's-Gravenhage 21 mei 2008, *verdachte*, nr. 1, 2200003107, LJN BD3383
18. Gerechtshof 's-Gravenhage 21 mei 2008, *verdachte*, nr. 2, 2200002507, LJN BD3387
19. Gerechtshof 's-Gravenhage 21 mei 2008, *verdachte*, nr. 3, 2200001207, LJN BD3389
20. Gerechtshof 's-Gravenhage 21 mei 2008, *verdachte*, nr. 4, 2200001307, LJN BD3391
21. Gerechtshof 's-Gravenhage 21 mei 2008, *verdachte*, nr. 5, 2200734506, LJN BD3392
22. Gerechtshof 's-Gravenhage 21 mei 2008, *verdachte*, nr. 6, 2200005307, LJN BD3397
23. Gerechtshof 's-Gravenhage 21 mei 2008, *verdachte*, nr. 8, 2200005707, LJN BD3400
24. Rechtbank Alkmaar 21 mei 2008, *de Stichting tegen Plazacasa*, nr. 97895 / HA ZA 07-765, LJN BD2570
25. Hoge Raad 23 mei 2008, *Eiser tegen verweerder*, nr. 07/11496 HR EV/AG, LJN BC8965
26. Gerechtshof Amsterdam 3 juni 2008, *appellanten tegen geïntimeerden*, nr. 200.001.318, LJN BG1471
27. CbB 5 juni 2008, *VBB, SIMN en NMa tegen de uitspraak van de rechtbank te Rotterdam van 14 november 2006 in het geding tussen VBB en NMa*, nr. AWB 06/924 AWB 06/933 en 934, LJN BD5256
28. Rechtbank Alkmaar 13 juni 2008, *KWS tegen werknemer*, nr. 264440 OA VERZ 08-84, LJN BD6648
29. Gerechtshof Arnhem 24 juni 2008, *Openbareverkoop.nl B.V. tegen Internetnotarissen B.V.*, nr. 200.002.754, LJN BG1062
30. CbB 3 juli 2008, *Aesculaap en NMa tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 22 mei 2006 in het geding tussen Aesculaap en NMa*, nr. AWB 06/531 en 06/535, LJN BD6635
31. CbB 3 juli 2008, *AUV en NMa tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 22 mei 2006 in het geding tussen AUV en NMa*, nr. AWB 06/526 en AWB 06/532, LJN BD6629
32. Gerechtshof Amsterdam 3 juli 2008, *Appellante tegen Fortis ASR schadeverzekeringen N.V.*, nr. 106.003.682/01, LJN BG3736
33. Rechtbank Rotterdam 9 juli 2008, *Eiser tegen RvB NMa*, nr. MEDED 07/1829-WILD, LJN BD7003
34. Hoge Raad, 11 juli 2008, *NEA tegen De Staat der Nederlanden en de NMa*, nr. C07/140HR, LJN BD2778
35. Gerechtshof Amsterdam 15 juli 2008, *De Verzekeraars tegen het Pensioenfonds c.s.*, nr. 200.003.353, LJN BG1714
36. Gerechtshof 's-Gravenhage 17 juli 2008, *UPC Nederland B.V. tegen de Gemeenten*, nr. 105.005.579/01, LJN BD7813
37. Rechtbank Rotterdam 23 juli 2008, *Eiseressen tegen RvB NMa*, nr. MEDED 06/5035 STRN, LJN BD8225
38. Rechtbank Rotterdam 23 juli 2008, *Eiseressen tegen RvB NMa*, nr. MEDED 06/5037 STRN, LJN BD8227
39. Rechtbank Rotterdam 23 juli 2008, *Eiseressen tegen RvB NMa*, nr. MEDED 06/1854 VRLK, LJN BD8245
40. Rechtbank Rotterdam 23 juli 2008, *Eiseres tegen RvB NMa*, nr. MEDED 06/5033 STRN, LJN BD8259
41. Rechtbank Rotterdam 23 juli 2008, *Eiseressen tegen RvB NMa*, nr. MEDED 06/5035 STRN, LJN BD8225
42. Rechtbank Rotterdam, 23 juli 2008, *Eiseressen tegen RvB NMa*, nr. MEDED 06/5041 STRN, LJN BD8231
43. Rechtbank Rotterdam 23 juli 2008, *Eiseressen tegen RvB NMa*, nr. MEDED 06/5032 STRN, LJN BD8255
44. Rechtbank Rotterdam 23 juli 2008, *Eiseressen tegen RvB NMa*, nr. MEDED 06/5034 STRN, LJN BD8261
45. Rechtbank Rotterdam 23 juli 2008, *Eiseressen tegen RvB NMa*, nr. MEDED 06/5036 STRN, LJN BD8265
46. Rechtbank Rotterdam 23 juli 2008, *Eiseressen tegen RvB NMa*, nr. MEDED 06/5044 STRN, LJN BD8268
47. Rechtbank Rotterdam 23 juli 2008, *Eiseres tegen RvB NMa*, nr. MEDED 06/5045 STRN, LJN BD8272

48. Rechtbank Rotterdam 23 juli 2008, *Eiseressen tegen RvB NMa*, nr. MEDED 06/5030 STRN, LJN BD8275
49. Rechtbank Rotterdam 23 juli 2008, *Eiseres tegen RvB NMa*, nr. MEDED 06/5031 STRN, LJN BD8517
50. Rechtbank Rotterdam 23 juli 2008, *Eiseres tegen RvB NMa*, nr. MEDED 06/5029 STRN, LJN BD8523
51. Rechtbank Rotterdam 23 juli 2008, *Eiseressen tegen RvB NMa*, nr. MEDED 06/5028 STRN, LJN BD8526
52. Rechtbank Rotterdam 23 juli 2008, *Eiseressen tegen RvB NMa*, nr. MEDED 06/5046 STRN, LJN BD8542
53. Rechtbank Rotterdam 23 juli 2008, *Eiseressen tegen RvB NMa*, nr. MEDED 06/5040 STRN, LJN BD8550
54. Rechtbank Rotterdam 23 juli 2008, *Eiseressen tegen RvB NMa*, nr. MEDED 06/5039 STRN, LJN BD8558
55. Rechtbank Rotterdam 23 juli 2008, *Eiseressen tegen RvB NMa*, nr. MEDED 06/5038 STRN, LJN BD8569
56. Gerechtshof Leeuwarden 2 september 2008, *SBB tegen gedaagden*, nr. 107.001.780/01, LJN BE9991
57. Rechtbank Haarlem 12 september 2008, *ANVR tegen IATA B.V.*, nr. 149500 / KG ZA 08-487, LJN BF0674
58. Rechtbank Rotterdam 25 september 2008, *Domo Polypropylene B.V. tegen Stedin B.V.*, nr. 313003/KG ZA 08-755, LJN BF7640
59. Rechtbank Haarlem 3 oktober 2008, *X. tegen de inspecteur van de belastingdienst*, nr. AWB 08/493, LJN BF7320
60. CBb 6 oktober 2008, *RvB NMa tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 17 juli 2006 in het geding tussen NIP, NVVP, LVE en NMa*, nr. AWB 06/667, LJN BF8820
61. Rechtbank 's-Gravenhage 13 oktober 2008, *Fortis Corporate Insurance N.V. en Allianz Nederland Schadeverzekering tegen de Staat*, nr. 317585 / KG ZA 08-1129 en nr. 318855 / KG ZA 08-1128, LJN BH2647.
62. Rechtbank Rotterdam 17 oktober 2008, *Eiseressen tegen de NMa*, nr. MEDED 07/1856 STRN, LJN BG0948
63. Rechtbank Rotterdam 17 oktober 2008, *Eiseres tegen de NMa*, nr. MEDED 07/2076 VRLK, LJN BG0949
64. Rechtbank Rotterdam 17 oktober 2008, *Eiseressen tegen de NMa*, nr. MEDED 07/1802 STRN, LJN BG0951
65. Rechtbank Rotterdam 17 oktober 2008, *Eiseressen tegen de NMa*, nr. MEDED 07/1801 STRN, LJN BG0953
66. Rechtbank Rotterdam 17 oktober 2008, *Eiseressen tegen de NMa*, nr. MEDED 07/1805 VRLK, LJN BG0954
67. Rechtbank Rotterdam 17 oktober 2008, *Eiseres tegen de NMa*, nr. MEDED 07/1804 VERW, LJN BG0955
68. Rechtbank Rotterdam 30 oktober 2008, *Eiseressen tegen de NMa*, nr. MEDED 07/1827 VERW, LJN BG2730
69. Rechtbank Arnhem 3 december 2008, *Eiser tegen de stichting BovenIJ*, nr. 168765, LJN BG6981
70. Gerechtshof Amsterdam 23 december 2008, *British American Tobacco Nederland B.V. tegen Chipknip*, nr. 106.005.440/01, LJN BG8028