

lid 6, EU). Lagere rechters mogen geen prejudiciële uitlegings- of geldigheidsvragen stellen over immigratiezaken die onder titel IV EG-verdrag vallen (art. 68, lid 1, EG), terwijl ze waarschijnlijk ook niet de eventuele geldigheid van dergelijke besluiten zelf kunnen vaststellen, wat betekent dat die nationale rechter machteloos staat tegenover evident ongeldige EG-besluiten op dit terrein en alleen kan hopen dat dit in hogere instantie wordt rechtgezet.⁵¹

Indien men, ten slotte, het 'eigenlijke' EG-recht beschouwt (met uitzondering dus van titel IV dat, qua rechtsbescherming, een vreemde eend in de bijt is) dan kan men ook daar vragen hebben over de rechtsstatelijke kwaliteit van het rechtsbeschermingssysteem. Particulieren kunnen, zoals bekend, normatieve handelingen van EG-recht niet of nauwelijks bij het Gerecht van eerste aanleg aanvechten. Het Hof heeft wel beweerd, met name in het arrest *Les Verts*, dat dit geen afbreuk doet aan het rechtstatelijk beginsel, aangezien die particulieren via de nationale rechter de geldigheid van die Gemeenschapshandelingen kunnen aanvechten⁵², maar deze uitweg via de nationale rechter lijkt toch niet altijd effectieve rechtsbescherming te bieden. Er bestaat immers EG-wetgeving waarvoor geen nationale uitvoeringsmaatregelen nodig zijn, en die rechtstreeks verplichtingen oplegt aan particulieren. Deze laatste kunnen de geldigheid van die handelingen niet direct bij het Gerecht aanvechten, en vanzelfsprekend ook niet bij de nationale rechter. Zij moeten de norm doelbewust overtreden om dan, op het ogenblik dat de nationale overheid hun strafrechtelijke of administratieve sancties oplegt, de ongeldigheid van de EG-handeling als verweermiddel in te roepen. Niet echt een fraaie situatie vanuit rechtsstatelijk perspectief.⁵³ Bij zijn bespreking van de plaats en rol van het Hof van Justitie na Amsterdam merkte Kapteyn

terecht op dat een uitbreiding van het beroepsrecht van particulieren 'could have conferred a more practical significance on the fine phrases of the Amsterdam Treaty regarding fundamental rights and the rule of law'.⁵⁴

Op alle genoemde punten lijkt een verdragswijziging hoogst wenselijk teneinde de praktijk van de rechtsbescherming in overeenstemming te brengen met de plechtige erkenning van de *rule of law* in artikel 6, lid 1, EU. Helaas lijkt er, tot nog toe, weinig animo te bestaan in de IGC om die weg in te slaan. De enige relevante verdragswijziging die in het Feira-verslag van juni 2000 wordt genoemd, maar waarover zeker nog geen consensus bestaat, is een wijziging van artikel 68 EG waardoor de prejudiciële procedure voor asiel- en immigratiezaken gelijkgetrokken zou worden met de algemene prejudiciële procedure van artikel 234, evenwel nog steeds met de huidige openbare orde-uitzondering.⁵⁵

51. Meer in het algemeen over de contradicties en de verwarring die resulteren uit de afwijkende regeling van de bevoegdheden van het Hof op deze terreinen, zie S. Peers, 'Who's judging the watchmen? The judicial system of the 'area of freedom, security and justice'', *Yearbook of European Law*, Vol.18, 1998, p. 337.

52. Zaak 294/83, *Les Verts t. Parlement*, Jur. 1986, 1339, r.o. 23.

53. Zie hierover met name D. Waelbroeck en A.M. Verheyden, 'Les conditions de recevabilité des recours en annulation des particuliers contre les actes normatifs communautaires', *Cahiers de droit européen*, 1995, 399, p. 433-436; en K. Lenaerts, 'The legal protection of private parties under the EC Treaty: A coherent and complete system of judicial review?', in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Vol.II, Milaan, Giuffrè, 1998, 591, p. 617-621.

54. P.J.G. Kapteyn, 'The Court of Justice after Amsterdam', op.cit., p. 147.

55. Feira-verslag, p. 41 en 100.

Kroniek mededingingsrecht; beschikkingspraktijk van de NMa in het tweede halfjaar 1999

*Mr P. Glazener, mr drs. T.S. Jansen en mr S.J.H. Evans**

I. Inleiding

In deze kroniek bespreken wij de toepassing van de Mededingingswet (Mw) door de Nederlandse mededingingsautoriteit (NMa) in de periode juli – december 1999. In deze periode heeft de NMa voorzover wij hebben kunnen nagaan 143 besluiten genomen waarvan 80 besluiten in concentratiezaken, 36 besluiten op ontheffingsaanvragen, 8 besluiten op klachten, 12 besluiten op bezwaar en 7 overige besluiten. In twee gevallen werden boetes opgelegd; Sep werd een boete van NLG 14 miljoen opgelegd en een aantal Bredase notarissen werden voor NLG 20 000 beboet.

II. Algemeen

Organisatie NMa

Het aantal medewerkers van de NMa is toegenomen tot ruim 120 in 1999.¹ Het voornemen van de Minister van Economische Zaken om de NMa op korte termijn tot een zelfstandig bestuursorgaan om te vormen, waartoe volgens het jaarverslag van de NMa over 1998 een wets-

* De auteurs zijn advocaten bij Allen & Overy te Amsterdam.

1. Jaarverslag NMa en DTe 1999, p. 9.

voorstel in voorbereiding was, is niet doorgevoerd. In de begrotingsbehandeling van het Ministerie van Economische Zaken heeft de Minister gezegd de in de parlementaire behandeling van de Mw aangegeven weg te zullen volgen. Dit betekent dat de ervaringen met de Mw drie jaar na de inwerkingtreding daarvan zullen worden geëvalueerd en alsdan zal worden beslist of de NMa alsnog een zelfstandig bestuursorgaan zou moeten worden.² Overigens heeft de Minister van Economische Zaken zich tot op heden volkomen afzijdig gehouden van de behandeling van zaken door de NMa.³ Omdat de NMa feitelijk al onafhankelijk functioneert heeft de Minister van Economische Zaken aangegeven dat het uit een oogpunt van rechtszekerheid wenselijk is in de Mw vast te leggen dat de Minister van Economische Zaken geen instructies kan geven aan de NMa met betrekking tot beslissingen in individuele gevallen.⁴

Samenwerking met andere toezichthouders

De samenwerking tussen de Onafhankelijke Post- en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) en de NMa is neergelegd in het 'Samenwerkingsprotocol', waarin een taakverdeling is opgenomen voor situaties waarin beide toezichthouders bevoegd zijn. In het verlengde van het Samenwerkingsprotocol hebben de NMa en OPTA in augustus 1999 de 'Richtsnoeren met betrekking tot geschillen over' toegang tot de omroepnetwerken' opgesteld. Deze richtsnoeren zijn beleidsregels in de zin van artikel 1:3, lid 4 Algemene wet bestuursrecht voor de beoordeling van geschillen over toegang tot de kabel.⁵

Met het Commissariaat voor de Media (CvdM), dat op grond van de Mediawet belast is met het toezicht op neven- en verenigingsactiviteiten van de publieke omroepen, heeft de NMa afspraken gemaakt over de wijze waarop het CvdM de NMa zal betrekken bij de uitleg van artikel 24 Mw in het kader van de toezichtstaken van het CvdM. Deze afspraken zijn neergelegd in de Richtlijn neven- en verenigingsactiviteiten publieke omroep 1999.⁶

Blijkens het jaarverslag 1999 heeft de NMa tevens contacten onderhouden met andere nationale toezichthouders waaronder De Nederlandsche Bank, het College van Toezicht Sociale Verzekeringen, de Stichting Toezicht Effectenverkeer en de Registratiekamer. In voorkomende gevallen werd wederzijds algemene informatie uitgewisseld en zonodig samengewerkt en stelde men elkaar op de hoogte van – voor de betrokken toezichthouders relevante – genomen besluiten. Met De Nederlandsche Bank en de Verzekeringkamer heeft de NMa een protocol opgesteld dat betrekking heeft op concentraties in de financiële sector. Dit protocol bespreken wij in paragraaf IX van deze kroniek bij het concentratietoezicht.

Ten slotte heeft de NMa contacten gelegd met organisaties die specifieke deskundigheid op het vlak van handhaving bezitten zoals het Openbaar Ministerie, de Fiscale Inlichtingen en Opsporingsdienst en de Economische Controledienst met als doel de mogelijkheden te bezien voor het delen en de gezamenlijke opbouw van expertise op dit gebied.⁷

Adviezen

In de verslagperiode heeft de NMa een drietal adviezen gegeven aan de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat. Deze adviezen betroffen onder andere het voornemen van het Ministerie om het aantal vergunningen per aanvrager voor frequenties voor Universal Mobile Telecommunications Systems te beperken⁸, het voornemen om het aantal vergunningen per aanvrager voor frequenties voor Wireless Local Loop te beperken⁹ en de vraag of de periode waarin KPN en Libertel uitgesloten zijn van het gebruik van de door hen op een veiling verworven DCS 1800-frequenties al dan niet verlengd dient te worden.¹⁰ In de adviezen stond centraal of met de invoering van het voorgenomen beleid een 'daadwerkelijke mededinging' in stand zou worden gehouden op de desbetreffende relevante markt. De NMa heeft hierbij overleg gepleegd met de OPTA.¹¹ Daarnaast heeft de NMa de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat en de Minister van Economische Zaken geadviseerd over de marktwerking op de post-

markt¹² en heeft zij een bijdrage geleverd aan het rapport van de Commissie Mediaconcentraties.¹³

Ondernemingsbegrip

Het begrip 'onderneming' levert met name interpretatieproblemen op bij activiteiten van (lagere) overheden. Overheidsondernemingen, overheidslichamen of de Staat zelf kunnen ondernemingen zijn in de zin van de Mw, indien zij economische activiteiten van industriële of commerciële aard ontplooiën, bestaande uit het aanbieden van goederen en diensten op de markt.¹⁴ Een overheidslichaam kan dus bij sommige activiteiten als onderneming optreden terwijl zij in andere situaties als overheidsorgaan optreedt. Dit duale karakter van overheidsactiviteiten kwam naar voren in het besluit op bezwaar in zaaknummer 101/Bloemenmarkt Amsterdam.¹⁵ De commerciële exploitatie van grond door een gemeente, of het nu verkoop, verhuur of uitgifte in erfpacht betreft, wordt normaal gesproken beschouwd als een economische activiteit. Het opnemen van een assortimentsvoorschrift in een erfpachtovereenkomst kan echter weer de uitoefening van een overheidstaak inhouden. Volgens de NMa was dat in de gegeven omstandigheden het geval. Met het voorschrift dat niet meer dan 15% van het gepachte oppervlak mocht worden aangewend voor andere producten dan bloemen beschermde de gemeente Amsterdam namelijk een algemeen belang: het behoud van het karakter en aanzien van de bloemenmarkt. Dit werd door de NMa als de uitoefening van een overheidstaak aangemerkt en de gemeente werd derhalve in dit verband niet als onderneming in de zin van artikel 1, sub f, Mw aangemerkt.

Afbakening relevante productmarkt

Bij de afbakening van de relevante productmarkt kijkt de NMa in de eerste plaats naar vraagsubstitutie; producten die op grond van hun kenmerken, prijzen en het gebruik waarvoor zij zijn bestemd door de afnemer als onderling verwisselbaar of substitueerbaar worden beschouwd vormen één relevante productmarkt. In deze zin overwoog de NMa dat geen sprake is van één mobiliteitsmarkt maar dat private vervoermiddelen (zoals fietsen, brommers en auto's) mochten worden onderscheiden van openbaar personenvervoer per bus en trein, omdat één en ander niet substitueerbaar is voor vragers.¹⁶ Het regelgevend kader kan van invloed zijn op de afbakening van de relevante productmarkt. Zo oordeelde de NMa met betrekking tot de markt voor het aanbieden van particuliere zorgverzekeringen dat deze is te onderscheiden van de markt voor het aanbieden van ziekenfondsverzekeringen, aangezien vragers die onder de criteria van de zieken-

2. Kamerstukken II 1999-2000, 26 800 VIII, nr. 9, p. 21. Inmiddels heeft het kabinet ingestemd met een wetsvoorstel van de Minister van Economische Zaken tot verzelfstandiging van de NMa. Zie: Persbericht van het Ministerie van Economische Zaken, nummer 155 van 18 september 2000.

3. Jaarverslag 1999 NMa en DTe, p. 6.

4. Kamerstukken II 1999-2000, 26 800 VIII, nr. 9, p. 21.

5. De Richtsnoeren zijn te downloaden op de website van OPTA (www.opta.nl).

6. Deze Richtlijn is te downloaden van de website van het CvdM (www.cvd.nl).

7. Jaarverslag 1999 NMa en DTe, p. 10.

8. Zie advies in zaaknummer 1391/6, Vergunningverlening Mobile Telecommunications System (UMTS) van 3 september 1999.

9. Zie advies in zaaknummer 1391/7, Vergunningverlening Wireless Local Loop (WLL) van 3 september 1999.

10. Zie advies in zaaknummer 1387/57, DCS 1800-frequenties; beëindiging tijdelijke uitsluiting van 26 augustus 1999.

11. Zie bijvoorbeeld advies in zaaknummer 1387/57, DCS 1800-frequenties; beëindiging tijdelijke uitsluiting van 26 augustus 1999.

12. Jaarverslag NMa en DTe 1999, p. 15.

13. Deze bijdrage is opgenomen in 'profiel van pluriformiteit, over concentraties in de mediasector en de vraag naar bijzondere regelgeving', advies van de commissie mediaconcentraties, april 1999.

14. Zie HvJEG, 16 juni 1987, 118/85, Commissie – Italië, *Jur.* 1987, p. 2599.

15. Besluit van 23 juli 1999.

16. Besluit in zaaknummer 1383/Noordred van 27 september 1999.

fondswet vallen zich niet bij een particuliere ziektekostenverzekeraar kunnen inschrijven, en degenen die niet voldoen aan de criteria uit de ziekenfondswet zich niet bij een ziekenfonds kunnen verzekeren.¹⁷ In een besluit met betrekking tot de in de speelautomatenbranche gehanteerde standaardexploitatieovereenkomsten oordeelde de NMa dat behendigheidsautomaten en kansspelautomaten tot verschillende productmarkten behoren mede omdat deze automaten onder verschillende wettelijke regelingen vallen.¹⁸

Naast vraagsubstitutie is ook aanbodsusstitutie van belang voor de afbakening van de relevante markt. Indien aanbieders van andere producten of diensten gemakkelijk kunnen overschakelen op de productie van de producten of diensten die het voorwerp vormen van het onderzoek, wordt de capaciteit van deze andere aanbieders in aanmerking genomen bij de afbakening van de relevante markt. Een voorbeeld is het besluit van de NMa in de zaak Meatpoint-CSG, waar de NMa de verwerking van varkensvlees, rundvlees en pluimveevlees tot dezelfde markt rekende, omdat slagerijen gemakkelijk konden overschakelen van het ene op het andere product.¹⁹

Bij dienstverlening komt regelmatig de vraag op of dienstverlening aan een bepaalde groep afnemers een afzonderlijke relevante productmarkt vormt.²⁰ In het besluit op de ontheffingsaanvraag met betrekking tot de Stichting Schilders Arbo FlexiPlan (SFAP) speelde bijvoorbeeld de vraag of sprake is van verschillende markten voor Arbo-dienstverlening per sector (i.c. de schilderssector).²¹ Hier is volgens de NMa sprake van indien voor het aanbieden van Arbo-diensten in een bepaalde sector specifieke sector kennis nodig is en voor de verwerving daarvan hoge kosten moeten worden gemaakt. In het geval van SFAP bleek dat weliswaar sector kennis nodig is om Arbo-diensten aan te bieden, maar dat aanbieders van Arbo-diensten deze kennis niet als doorslaggevend zien om in een bepaalde sector actief te zijn en dat bovendien alle aanbieders van Arbo-diensten in verschillende sectoren actief zijn. Om deze redenen onderscheidde de NMa één (brede) productmarkt voor Arbo-diensten.

Bij de overname van zuivelcoöperatie De Kievit door zuivelcoöperatie Friesland Coberco ging het onder meer om de beoordeling van de inkoopmacht van partijen.²² Partijen hadden beargumenteerd dat boerderijmelk en fabrieksmelk (gepasteuriseerde boerderijmelk) substitueerbaar zijn. De NMa overwoog dat de productmarkt weliswaar klassiek wordt bepaald door de vraagzijde maar dat in de analyse van die voorgenomen concentratie de vraag centraal stond of de vragers van boerderijmelk (de zuivelcoöperaties) zich onafhankelijk kunnen opstellen van de aanbieders van boerderijmelk (de melkvee-houders). In dat kader achtte de NMa het voor de vraag of boerderijmelk en fabrieksmelk tot dezelfde productmarkt behoren van belang dat de aanbieders van boerderijmelk primair afhankelijk zijn van de vraag naar boerderijmelk. Slechts wanneer aanbieders van boerderijmelk relatief eenvoudig, bijvoorbeeld door eigen bewerking en inzameling, zouden kunnen overstappen naar het aanbieden van fabrieksmelk, zou er volgens de NMa op grond van overwegingen van aanbodsusstitutie aanleiding zijn aan te nemen dat boerderijmelk en fabrieksmelk tot één en dezelfde productmarkt behoren. Wij vragen ons af of het begrip aanbodsusstitutie hier juist is gebruikt. Het ging in deze zaak om de beoordeling van inkoopmacht en in dat kader moest worden beoordeeld of de vraag naar boerderijmelk kon worden gesubstitueerd door de vraag naar fabrieksmelk; deze beoordeling wordt verricht vanuit de vraagkant van de (inkoop) markt (de melkveehouders).

Afbakening relevante geografische markt

Met betrekking tot de afbakening van de relevante geografische markt heeft de NMa in de verslagperiode geen principiële nieuwe beslissingen genomen. De NMa heeft de geografische markt regionaal²³, nationaal²⁴, Europees²⁵ dan wel mondiaal²⁶ afgechakend waarbij zij onder meer rekening hield met consumentenvoorkeuren, importstromen, transportkosten, taalgebieden, 'gebondenheid' van afnemers of leveranciers (vgl. de uittrederegeling bij coöperaties), het relevante wettelijke kader en de feitelijke reikwijdte van de activiteiten van de betrokken ondernemingen. In veel gevallen heeft de NMa een defini-

tieve afbakening van de relevante markten achterwege gelaten omdat de mededingingsrechtelijke beoordeling daartoe niet noodzaakte.

Openbaarheid

Vanaf het moment dat de NMa haar werkzaamheden aanvingt, heeft zij openbare versies van haar besluiten gemaakt en deze integraal gepubliceerd via haar website (www.nma-org.nl). Voor de concentratiebesluiten in de eerste fase heeft de NMa met deze handelswijze een praktijk gevolgd die niet door de Mw is voorgeschreven. Volgens de Mw moeten ter inzage worden gelegd besluiten op een aanvraag voor een vergunning voor concentratie (art. 44, lid 3, Mw), besluiten op een ontheffingsaanvraag (art. 18, lid 5, Mw) en handhavingsbesluiten (art. 65, lid 1, Mw).

Uit de openbare versie van een besluit worden vertrouwelijke gegevens in de zin van artikel 10, eerste en tweede lid, van de Wet openbaarheid van bestuur (WOB) verwijderd. Artikel 10, lid 1, sub c, WOB heeft betrekking op vertrouwelijk aan de NMa meegeleverde bedrijfs- en fabricagegegevens terwijl artikel 10, lid 2, WOB een 'relatieve' uitzonderingsgrond bevat; gegevens in besluiten worden niet openbaar gemaakt indien het belang van openbaarmaking niet opweegt tegen het belang van de verschaffer van de gegevens bij een vertrouwelijke behandeling.²⁷ Met een beroep op deze twee uitzonderingsgronden hadden de partijen in zaaknummer 1439/Duni-De Ster beargumenteerd dat de door hen opgegeven schatting van de Europese markten als vertrouwelijk moest worden aangemerkt. Hierbij voerden zij aan dat de inschatting van de totale waarde van deze markten was gebaseerd op interne cijfers en niet op openbare informatie. Deze interne cijfers moesten volgens partijen in het algemeen beschouwd worden als vertrouwelijke bedrijfs- en fabricagegegevens. Daarnaast stelden zij dat openbaarmaking van dergelijke gegevens de concurrenten van partijen een voordeel op zou leveren ten koste van partijen en dat de NMa derhalve op grond van de relatieve uitzonderingsgrond openbaarmaking achterwege zou moeten laten. In haar besluit van 27 september 1999 overwoog de NMa dat vertrouwelijke bedrijfs- en fabricagegegevens 'die gegevens zijn waaruit wetenswaardigheden kunnen worden gelezen of afgeleid over de bedrijfsvoering of het productieproces dan wel over de afzet van producten of de kring van afnemers en leveranciers van partijen.' Een inschatting van de to-

17. Besluit in zaaknummer 224/Inkooporganisatie MultiZorg van 25 oktober 1999.

18. Besluit in gevoegde zaken 277, 350, 352, 487, 506, 514, 545, 558 en 619/Speelautomaten exploitanten van 15 september 1999.

19. Besluit in zaaknummer 1687/Meatpoint-CSG van 30 december 1999.

20. Zie bijvoorbeeld met betrekking tot IT-dienstverlening aan ziekenhuizen: besluit in zaaknummer 763/Baan - Hiscom van 29 juni 1998.

21. Besluit in zaaknummer 734/Stichting Schilders Arbo FlexiPlan van 2 november 1999. Zie ook: Besluit in zaaknummer 1414/PGGM - VGZ - Twaalf Provincien van 27 augustus 1999 en besluit in zaaknummer 1423/GAK - Arbo Management Groep van 30 augustus 1999.

22. Besluit in zaaknummer 1132/FCDI - De Kievit van 7 juli 1999.

23. Vergelijk besluit in zaaknummer 1528/Wegener Arcade - VNU Dagbladen van 18 oktober 1999.

24. Zie bijv. besluit in zaaknummer 1558/KPN - SNT van 10 november 1999 en besluit in zaaknummer 807/Staatsloterij - Lotto - Bankgiroloterij van 13 oktober 1999.

25. Zie bijv. besluit in zaaknummer 1667/R+S - Kompo - BASI van 29 december 1999.

26. Besluit in zaaknummer 1580/Rolls Royce - Vickers van 5 november 1999.

27. Art. 10, lid 2, WOB noemt als te beschermen belangen onder meer: a) de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer; b) het belang dat de geadresseerde erbij heeft als eerste kennis te kunnen nemen van de desbetreffende informatie; en c) het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden. Na de inwerkingtreding van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wetsvoorstel 26410) zal hiernaan worden toegevoegd: 'd) persoonsgegevens als bedoeld in paragraaf 2 van hoofdstuk 2 van de Wet bescherming persoonsgegevens, tenzij de verstrekking kennelijk geen inbreuk op de persoonlijke levenssfeer maakt'.

tale waarde van de markt is volgens de NMa per definitie géén vertrouwelijk bedrijfs- of fabricagegegeven omdat de specifieke gegevens ten aanzien van de interne cijfers van partijen niet kenbaar zijn uit de totale waarde van de markt. Met betrekking tot de relatieve uitzonderingsgrond stelde de NMa dat de inschatting van de totale markt zoals door partijen verstrekt, dragend is geweest voor de motivering van het besluit. Voor derden was het volgens de NMa relevant om te weten op welke wijze het gezamenlijke marktaandeel van partijen was ingeschat omdat de juistheid van het marktaandeel staat of valt met een juiste vaststelling van de totale waarde van de relevante markt. Voorts stelde de NMa dat openbaarmaking van belang is vanuit een oogpunt van precedentwerking. Aldus kwam de NMa tot de conclusie dat het belang van openbaarheid zwaarder woog dan het belang van partijen bij vertrouwelijkheid van de totale marktomvang en wees de NMa de vertrouwelijkheidsclaim van partijen af.

In zaaknummer 1408/TDG Logistics – Van Straaten hadden partijen aangegeven dat de identiteit van de aandeelhouders in Van Straaten en de namen van de bestuurders van Van Straaten als vertrouwelijke gegevens aangemerkt dienden te worden, nu openbaarmaking van deze gegevens een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer tot gevolg zou kunnen hebben en de genoemde gegevens voor derden tot de openbaarmaking van het openbare besluit onbekend waren.²⁸ De NMa overwoog dat sprake was van een familiebedrijf dat de familienaam Van Straaten droeg en dat dit een algemeen bekend feit was. Door de familienaam onderdeel uit te laten maken van de naam van de onderneming hadden de betrokkenen volgens de NMa impliciet blijk gegeven van de keuze de familienaam uit de persoonlijke levenssfeer te halen en in de openbaarheid te brengen. Hierdoor merkte de NMa de identiteit van twee van de drie aandeelhouders als reeds algemeen bekende en daardoor openbare gegevens aan. De NMa stelde vervolgens dat de identiteit van aandeelhouders in een onderneming in het algemeen niet als een vertrouwelijk gegeven kan worden aangemerkt ongeacht het feit dat in bepaalde gevallen de identiteit van aandeelhouders niet voor een ieder toegankelijk was. Hierbij beriep de NMa zich op verschillende wettelijke regels waaronder het Handelsregisterbesluit, de Wet melding zeggenschap beursgenoteerde ondernemingen en op de regels omtrent de jaarverslaggeving in Boek 2 BW. De NMa stelde vervolgens dat het verzoek om de identiteit van de derde aandeelhouder, een natuurlijk persoon die niet dezelfde familienaam droeg, te beschouwen als vertrouwelijk gegeven en openbaarmaking ervan achterwege te laten, een verzoek was op relatieve grond openbaarmaking van die gegevens te weigeren, zoals bedoeld in artikel 10, lid 2, WOB en dat derhalve een belangenafweging diende te worden gemaakt. De partijen hadden in hun verzoek aangegeven dat openbaarmaking van de genoemde gegevens een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de betreffende personen tot gevolg zou hebben. Als motivering hiervoor hadden zij aangegeven dat de aandeelhouders een groot bedrag aan geld ontvingen. De NMa stelde dat dit op zichzelf geen grond was voor niet-openbaarmaking.

Dat de NMa de identiteit van een aandeelhouder in het algemeen geen vertrouwelijk gegeven acht, lijkt ons onjuist. Uit de bepalingen waarop de NMa zich beroept blijkt geenszins dat de identiteit van een aandeelhouder in alle gevallen een openbaar gegeven is. De verplichting om de identiteit van de aandeelhouder op te nemen in een Handelsregister bestaat slechts indien de aandeelhouder alle aandelen in de vennootschap houdt, de Wet melding zeggenschap beursgenoteerde ondernemingen ziet slechts op verkrijging van zeggenschap in beursgenoteerde ondernemingen en uit de regels omtrent de jaarverslaggeving in Boek 2 BW kan evenmin een algemeen beginsel van openbaarheid worden afgeleid.

III. Kartelverbod

Begrip overeenkomsten en besluiten

In de verslagperiode heeft de NMa zich onder meer gehogen over de vraag of de statuten van een coöperatie als een overeenkomst in de zin van artikel 6 Mw moesten worden aangemerkt. In navolging van de communautaire jurisprudentie heeft zij deze vraag bevestigend beantwoord.²⁹ Voorts stelde de NMa vast dat overeenkomsten tussen

ondernemersverenigingen voor de toepassing van artikel 6 Mw gelijk moeten worden gesteld aan overeenkomsten tussen ondernemingen, alhoewel zij niet als zodanig worden genoemd in artikel 6 Mw.³⁰ De NMa heeft zich in verscheidende zaken uitgesproken over het begrip 'besluit van een ondernemersvereniging'. In lijn met eerdere beschikkingen heeft de NMa dit begrip gedefinieerd als: 'juridisch bindende beslissingen, beslissingen die niet bindend zijn maar wel door de aangesloten leden worden gevolgd en niet bindende beslissingen die de ondubbelzinnige uitdrukking vormen van de wil van de vereniging om het gedrag van haar leden op de betrokken markt te coördineren'.³¹ In deze laatste categorie beslissingen ziet de NMa ook een besluit van een ondernemersvereniging indien de beslissingen niet door alle leden worden gevolgd en/of slechts worden gerepresenteerd als een aanbeveling, voorzover het de bedoeling c.q. wil van de betrokken ondernemersvereniging is dat zij door de leden worden opgevolgd.³² Ook besluiten van verenigingen van ondernemersverenigingen, die naar de letter van artikel 6 Mw niet onder deze bepaling vallen, merkt de NMa als 'besluit van een ondernemersvereniging' aan.³³ Niet alle beslissingen van een ondernemersvereniging kunnen echter als een 'besluit' worden aangemerkt; ondernemersverenigingen kunnen zowel activiteiten ontplooiën met een verenigingskarakter als met een economisch karakter. Met dit duale karakter van een ondernemersvereniging kreeg de NMa te maken naar aanleiding van de klacht van de heer Huis tegen een tariefmaatregel van de Verenigde Bloemenveilingen Aalsmeer (VBA). De NMa overwoog dat de VBA een coöperatieve vereniging van ondernemers in kwekerijproducten is die zich tot haar leden richt door middel van (onder meer) besluiten. In die hoedanigheid moet VBA als een ondernemersvereniging in de zin van de Mw worden beschouwd, en haar besluiten als besluiten van een ondernemersvereniging in de zin van artikel 6 Mw. Daarnaast treedt VBA ook extern op als een onderneming die een veiling voor de verkoop van de door de leden ter veiling aangeboden producten organiseert en exploiteert ten behoeve van de afnemers. De tariefmaatregel richtte zich niet intern tot de leden (de kwekers) van VBA, maar extern tot de kopers van bloemen en planten die gebruik maakten (van de diensten) van de veiling van VBA. Op grond van deze overwegingen kwam de NMa tot de conclusie dat de beklaagde tariefmaatregel van VBA moest worden aangemerkt als een 'extern, tot derden gerichte eenzijdige maatregel van VBA, handelend in de hoedanigheid van een zelfstandige entiteit, die in het kader van de uitoefening van haar economische activiteiten als onderneming veilingdiensten aanbiedt'.³⁴ Daarmee viel de maatregel niet binnen het beslissingsgebied van artikel 6 Mw en kon zij uitsluitend aan artikel 24 Mw worden getoetst.

Mededingingsbeperking

Inkoopcombinaties

In de verslagperiode heeft de NMa zich in twee besluiten uitgesproken over samenwerkingen op het gebied van de inkoop. Deze besluiten betroffen de Houtimportcombinatie HIC BV, een samenwerking op het gebied van de inkoop van naalddhout³⁵ en Inkooporganisatie MultiZorg, een coöperatie die ten behoeve van particuliere zorgverzekeraars kraamzorg en hulpmiddelen (hoortoestellen, zuurstofappa-

28. Besluit van 14 oktober 1999.

29. Besluit in zaaknummer 224/Inkooporganisatie MultiZorg van 25 oktober 1999.

30. Besluit in zaaknummer 292/Algemene Voorwaarden contracten slachtkuikens 1985 van 1 december 1999.

31. Zie besluit in zaaknummer 379/Koninklijke Nederlandse Maatschappij voor Diergeneeskunde van 27 augustus 1998 en besluit in zaaknummer 527/Vereniging van Nederlandse installatiebedrijven van 13 april 1999 en besluit in zaaknummer 234/Centrale organisatie voor vleesgroothandel van 30 juli 1999.

32. Besluit in zaaknummer 234/Centrale organisatie voor de vleesgroothandel van 30 juli 1999.

33. Besluit in zaaknummer 461/Federatie Agrotechniek van 10 september 1999.

34. Besluit in zaaknummer 1029/Huis – VBA van 15 december 1999.

35. Besluit in zaaknummer 169/Houtimport Combinatie HIC BV van 3 december 1999.

ratuur, stoma-artikelen, diabeticiemateriaal en incontinentiemateriaal) inkoop.³⁶ Onder verwijzing naar communautaire jurisprudentie stelde de NMa dat samenwerkingsverbanden met als oogmerk gezamenlijke inkoop geen mededingingsbeperkende strekking hebben aangezien deze samenwerkingsverbanden de kosten voor inkoop beogen te verlagen en niet van nature de mededinging beperken. Derhalve diende te worden onderzocht of de gezamenlijke inkoop een beperking van de mededinging tot gevolg had. Bij dit onderzoek richtte de NMa zich op de mededingingsrechtelijke gevolgen van het samenwerkingsverband op de inkoopmarkten (HIC: de markt voor import van naalddhout; en in MultiZorg de inkoopmarkt voor kraamhulp en hulpmiddelen) en op de 'downstream markten' waarop de deelnemers aan het samenwerkingsverband actief zijn (HIC: de markt voor groothandel in naalddhout; MultiZorg: de markt voor het aanbieden van particuliere zorgverzekeringen).

Een samenwerkingsverband op het gebied van de inkoop kan volgens de NMa in een merkbare beperking van de mededinging op de desbetreffende inkoopmarkt resulteren, indien de leveranciers op die markt in belangrijke mate in hun afzetmogelijkheden worden beperkt. De marktpositie van het samenwerkingsverband op de inkoopmarkt alsmede de marktstructuur aan de zijde van de leveranciers, bepalen of deze beperking van de mededinging optreedt. In beide zaken concludeerde de NMa dat, gelet op het geringe aandeel van de samenwerkingsverbanden op de inkoopmarkten en de aanwezigheid van gelijkwaardige concurrerende ondernemingen, (merkbare) mededingingsbeperkingen niet aanneemelijk waren. In het geval van HIC ging de NMa vervolgens na of er sprake was van een spill-over effect naar andere markten, hetgeen zij niet aanneemelijk achtte gezien het feit dat het samenwerkingsverband zich beperkte tot de import van naalddhout. In de MultiZorg-zaak speelden spill-over effecten geen rol in de beoordeling door de NMa.

Met betrekking tot het effect op de downstream markten overwoog de NMa dat samenwerkingen op het gebied van inkoop kunnen doorwerken aan de verkoopprijs door dat de prijsconcurrentie tussen de betrokken ondernemingen wordt beperkt door uniformering van de inkoopkosten. Vervolgens ging zij na of deze beperking van de onderlinge mededinging, gelet op met name de marktpositie van de betrokken ondernemingen, alsmede de marktstructuur, een merkbare beperking van de mededinging op de downstream markten ten gevolge had. Ten aanzien van de uniformiteit van kosten ging de NMa na of het samenwerkingsverband een 'aanzuigende werking' had die ertoe zou leiden dat een steeds groter deel van de inkoop van de betrokken partijen via het samenwerkingsverband plaatsvond. Dit beoordeelde de NMa op grond van historische inkoopgegevens. In beide zaken bleek het gedeelte dat partijen via het samenwerkingsverband inkochten stabiel. Nu de mate van uniformiteit gering bleef en de marktaandeelen van de betrokken partijen eveneens gering waren concludeerde de NMa dat geen sprake is van een merkbare beperking van de mededinging op de downstream markten.

Naast de eigenlijke samenwerkingsverbanden beoordeelde de NMa de bijkomende bepalingen. In het geval van MultiZorg ging het om een statutaire uitrederegeling waarbij een lid bij uitreding verplicht was een vergoeding voor de vaste kosten van de verwerkingscapaciteit van het samenwerkingsverband te betalen. Onder verwijzing naar het arrest van het Hof van Justitie EG in de zaak *Oude Luttikhuis*³⁷ stelde de NMa dat beperkingen in de statuten van coöperatieve verenigingen opgelegd aan de leden teneinde hun trouw te garanderen, niet verder mogen gaan dan hetgeen noodzakelijk is om een goede werking van de coöperatie veilig te stellen en in het bijzonder om haar te verzekeren van een voldoende brede commerciële basis en van een zekere duurzaamheid in het lidmaatschap van de vereniging. Binnen deze kaders ging de NMa na of de uitrederegeling noodzakelijk was voor het welslagen van het samenwerkingsverband. Gezien het feit dat de hoogte van de uitredevergoeding geen directe afspiegeling vormde van de bijdrage in de kosten van de uitreder, concludeerde de NMa dat de vergoeding niet noodzakelijk was voor de goede werking van MultiZorg en toetste zij de uitrederegeling aan artikel 6 Mw. Het feit dat de NMa de uitrederegeling niet noodzakelijk achtte voor het functioneren van het samenwerkingsverband, liet naar

haar mening onverlet dat de uitrederegeling samenhang met het samenwerkingsverband en derhalve ook in die context moest worden beoordeeld. Nu de NMa concludeerde dat het samenwerkingsverband op zichzelf niet leidde tot een merkbare mededingingsbeperking in de zin van artikel 6 Mw op de markten voor het aanbieden van particuliere zorgverzekeringen en de inkoop van hulpmiddelen en kraamzorg, achtte zij de bijkomende bepaling ten aanzien van de uitrederegeling eveneens niet merkbaar mededingingsbeperkend.

In de zaak met betrekking tot HIC betrof de bijkomende bepaling een exclusieve afnameverplichting voor de deelnemers aan het samenwerkingsverband. Hier ging de NMa eveneens na of dit beding noodzakelijk was voor het goed functioneren van de gezamenlijke inkoop. Gezien de onbeperkte duur van het beding en het feit dat voor een inkoop samenwerkingsverband een langdurige exclusieve afnameverplichting niet noodzakelijk is, stelde de NMa dat dit niet het geval was. Ook hier kwam zij echter tot de conclusie dat gezien het feit dat het samenwerkingsverband op zichzelf niet leidde tot een merkbare mededingingsbeperking, de bijkomende exclusieve afnameverplichting evenmin een merkbare mededingingsbeperking in de zin van artikel 6 Mw tot gevolg had.

Prijsafspraken

In de verslagperiode heeft de NMa zich in twee besluiten uitgelaten over prijsafspraken. De eerste zaak had betrekking op de door de Centrale Organisatie voor de Vleesgroothandel (COV) aan haar leden (slachterijen die ongeveer 90% van de in Nederland geslachte varkens voor hun rekening nemen) geadviseerde kortingsregeling.³⁸ Deze kortingsregeling had betrekking op de door slachterijen te hantieren gewichtskortingen op aangeleverde varkens. Normaal gesproken betaalt een slagerij een basisprijs per kilogram geslacht gewicht. Dat geldt voor een varken met een bepaald optimaal slachtgewicht. Bij varkens die afwijken van dit optimale slachtgewicht wordt een korting op de kiloprijs toegepast. De door de COV geadviseerde kortingen konden oplopen tot NLG 1 per kilogram geslacht gewicht. Met betrekking tot dergelijke advieskortingsregelingen overwoog de NMa dat deze moesten worden aangemerkt als horizontale (advies) prijsafspraken. De NMa stelde dat het gegeven dat het bij de tarieven in casu om aanbevolen prijzen ging, niet afdeed aan de concurrentievervalsende aard. Immers, gezamenlijk aanbevolen prijzen, of zij nu wel of niet feitelijk worden nageleefd, maken het mogelijk om met redelijke mate van zekerheid te voorspellen wat de prijspolitiek van concurrenten zal zijn. Met andere woorden, zelfs al zouden de adviesstarieven niet door iedereen worden opgevolgd, dan was het in ieder geval voor de betrokken ondernemingen mogelijk hun marktgedrag erop af te stemmen, hetgeen volgens vaste Europese jurisprudentie onder het kartelverbod valt.³⁹ Derhalve kwam de NMa tot de conclusie dat de advieskortingsregelingen de mededinging beperkten in de zin van artikel 6 Mw.

De tweede zaak waarin prijsafspraken werden beoordeeld betrof de overeenkomst tussen de Nederlandse Vereniging van Zaaizaad en Pootgoed (NVZP) en Land- en Tuinbouworganisatie Nederland in het kader van de vergoeding voor het gebruik van eigen zaaizaad en/of pootgoed door telers.⁴⁰ Deze afspraak had betrekking op een vast vergoedingspercentage dat leden van de Land- en Tuinbouworganisatie Nederland dienden te betalen aan de NVZP-leden op grond van hun kwekersrecht. Deze afspraak leidde tot een concurrentiebeperking, want tot de hantering van uniforme prijzen ongeacht het ras

36. Besluit in zaaknummer 22/Coöperatie Verenigde Verzekeraars MultiZorg UA van 25 oktober 1999.

37. Arrest van het HvJ EG in zaak C-399/93, *Oude Luttikhuis*, *Jur.* 1995, p. I-4515, *SEW* 1997, p. 294, m.nt. P.J. Slot.

38. Besluit in zaaknummer 234/Centrale Organisatie voor de Vleesgroothandel van 30 juli 1999.

39. De NMa verwijst hierbij tevens naar de parlementaire behandeling van de Mededingingswet, zie: *Memorie van Toelichting, Kamerstukken II* 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 13-14 en de *Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II* 1995-1996, 24 707, nr. 6, p. 28.

40. Besluit in zaaknummer 642/Nederlandse Vereniging voor Zaaizaad en Plantgoed van 9 juli 1999.

leidde, terwijl een dergelijke vergoeding ook rasafhankelijk zou kunnen worden berekend. Derhalve concludeerde de NMa dat de afspraak onder het verbod van artikel 6 Mw viel.

Opmerkelijk is dat de NMa vervolgens beargumenteerde dat het hier een merkbare mededingingsbeperking betrof. Zij stelde dat de bij de afspraak betrokken kwekers praktisch de gehele aanbodzijde van de Nederlandse markt vormden. Hiermee leek de NMa af te wijken van haar eerdere standpunt dat slechts wanneer een afspraak een mededingingsbeperking *tot gevolg* heeft de vraag of deze tot een merkbare mededingingsbeperking leidt relevant is en afspraken die een mededingingsbeperking *doel* hebben steeds onder het verbod van artikel 6 Mw vallen.⁴¹ Immers, in casu betrof het prijsafspraken, één van de 'hardcore' mededingingsbeperkingen onder artikel 6 Mw. Als de NMa dit standpunt inderdaad heeft laten varen is dat toe te juichen omdat dit blijk geeft van een meer economische en pragmatische benadering en in overeenstemming is met de communautaire jurisprudentie.⁴² Het kartelverbod ziet immers op het handhaven van de 'werkzame mededinging' op de relevante markten hetgeen impliceert dat afspraken die weliswaar 'hardcore' zijn maar geringe effecten op de markt hebben niet onder artikel 6 Mw vallen.⁴³ Het 'hardcore' karakter van de afspraken is hoogstens in die zin relevant, dat dergelijke afspraken eerder merkbare gevolgen voor de mededinging zullen hebben dan minder vergaande afspraken.

Millennium

Een bijzonder geval van de toepassing van artikel 6 Mw betrof de toetsing van het millenniumbeleid van het Verbond van Verzekeraars.⁴⁴ Dit beleid bestond uit een door het Verbond van Verzekeraars aan haar leden geadviseerde clausuletekst in de polissen van verzekeringen met betrekking tot de dekking van millenniumschade en de totstandbrenging en uitvoering van een zogenaamde vangnetvoorziening ter waarde van NLG 1 miljard in de Nederlandse Millennium Herververekeringsmaatschappij ter dekking van een aantal specifieke schadeoorzaken en verzekeringsproducten. De geadviseerde clausuleteksten vielen volgens de NMa binnen de Europese groepsvrijstelling voor de verzekeringssector⁴⁵ en vielen op grond van artikel 13 Mw niet onder artikel 6 Mw. Het vangnet bestond uit een gezamenlijk door de deelnemende verzekeraars ter beschikking gesteld bedrag voor de dekking van schade ten gevolge van het millenniumprobleem. In de polisvoorwaarden van de aan dit vangnet deelnemende verzekeraars werd opgenomen dat de vergoedingsplicht van de verzekeraar beperkt was tot het bedrag van de uitkering die de verzekeraar met betrekking tot de verzekerde schade ontving van de NMH. In haar mededingingsrechtelijke beoordeling overwoog de NMa dat het hier een zeer specifieke dienstverlening betrof aangezien het hier ging om een bijzonder type zogenaamde catastrofale risico's dat uit technisch oogpunt niet of zeer moeilijk verzekeraar was. De NMa was gebleken dat van een reëel aanbod van verzekeringen die dekking boden voor millenniumschade met betrekking tot die specifieke schade en verzekeringen waarop het vangnet zag, geen sprake was. Nu een aanbod van de individuele verzekeraars ter dekking van millenniumschade niet verwacht kon worden, leidde de vangnetconstructie niet tot een beperking van de mededinging tussen de verzekeraars. De NMa overwoog ten slotte dat het hier ging om eenmalige risico's waardoor 'duurzame gevolgen' voor de mededinging op de verschillende verzekeringsmarkten niet zouden optreden, zelfs al zou er sprake zijn van een risico ten aanzien waarvan verzekeraars met elkaar konden concurreren. De NMa lijkt hier te impliceren dat duurzaamheid van een afspraak is vereist voor de toepasselijkheid van artikel 6 Mw. Dat lijkt ons een 'slip of the pen', waar naar onze mening geen precedentwerking aan moet worden toegekend.⁴⁶

Samenloop mededingingsrecht en intellectuele eigendomsrechten

In de verslagperiode heeft de NMa zich uitgesproken over de samenloop van artikel 6 Mw met het kwekersrecht en het recht van geschriftenbescherming. De NMa acht het verbod van artikel 6 Mw niet van toepassing indien en voorzover beperkingen in een overeenkomst er op gericht zijn de kern van het intellectuele eigendomsrecht veilig te stellen.⁴⁷ In het geval van geschriftenbescherming kan de recht-

hebbende derhalve bepalingen opnemen in een licentieovereenkomst die noodzakelijk zijn om ontleiding tegen te gaan. Verdergaande bepalingen zoals beperkingen in het gebruik na levering van de geschriften zijn niet noodzakelijk voor de bescherming van het recht en vallen om die reden wél binnen de werkingssfeer van artikel 6 Mw.

De houder van een kwekersrecht⁴⁸ heeft de exclusieve bevoegdheid om het kwekersrechtelijk beschermd materiaal van een ras te vermeerderen, te verkopen of op andere wijze in de handel te brengen. Overeenkomsten die telers verplichten de opbrengst van vermeerderingsactiviteiten tegen een vergoeding aan de kweker terug te leveren merkt de NMa aan als een productielicentie die binnen het kwekersrecht valt en waarop artikel 6 Mw derhalve niet van toepassing is. Indien een teler daarnaast de mogelijkheid wordt geboden om in plaats van een vaste prijs voor zijn vermeerderingsactiviteiten met de kweker af te spreken dat hij een percentage van de opbrengsten van de verkoop van vermeerderingsproducten ontvangt, is volgens de NMa strikt genomen geen sprake van een productielicentie die binnen het kwekersrecht valt, nu de teler niet (uitsluitend) voor risico van de kweker vermeerderingsactiviteiten uitvoert. Op dergelijke afspraken acht de NMa artikel 6 Mw echter evenmin van toepassing aangezien zij naar hun aard en strekking in belangrijke mate overeenkomen met licentieovereenkomsten die wél onder dat intellectuele eigendomsrecht vallen.⁴⁹ Onzes insziens een onjuiste redenering. De niet-toepasselijkheid van het mededingingsrecht op dergelijke afspraken is een gevolg van het feit dat de afspraken niet verder gaan dan het kwekersrecht, met andere woorden dat de kweker hetzelfde had kunnen bereiken door de uitoefening van zijn kwekersrecht. Of de teler al dan niet voor risico van de kweker vermeerderingsactiviteiten uitvoert is in dit kader niet van belang.

Artikel 16 Mw

Artikel 16 Mw bevat een tijdelijke vrijstelling van het kartelverbod voor overeenkomsten, besluiten en gedragingen die ingevolge het bepaalde bij of krachtens enig andere wet zijn onderworpen aan goedkeuring of door een bestuursorgaan onderbindend verklaard, verboden of vernietigd kunnen worden, dan wel op grond van enige wettelijke verplichting tot stand zijn gekomen. Dit artikel wordt restrictief geïnterpreteerd door de NMa. Indien een afspraak onderworpen is aan goedkeuring, kan slechts een beroep op artikel 16 Mw worden gedaan indien de vereiste goedkeuring een voorwaarde is

41. Zie bijvoorbeeld het besluit in zaaknummer 985/Hafkamp Erma-Vendex Food Group van 1 maart 1999 en besluit in zaaknummer 704/ING-Caves Dely Palace van 1 april 1999.

42. Dergelijk HvJ EG, 9 juli 1969, 5/69, Völk/Vervaecke, *Jur.* 1969, p. 295.

43. Zie m.b.t. het begrip 'werkzame mededinging' HvJ EG, 25 oktober 1977, 26/76, Metro-Commissie, *Jur.* 1977, p. 1875 en GvEA, 12 december 1996, T-88/92, Lederer-Commissie, *Jur.* 1996, p. 11-1961.

44. Besluit in zaaknummer 1157/Millenniumbeleid van het Verbond van Verzekeraars van 10 augustus 1999.

45. Verordening (EEG) nr. 3932/92 van de Commissie betreffende de toepassing van art. 81, lid 3. EG op bepaalde groepen van overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de verzekeringssector, *PbEG* 1992 L 398, p. 7.

46. Vergelijk in deze zin het Besluit samenwerkingsovereenkomsten detailhandel van 15 december 1997, *Stb.* 1997, 704, waarin maximumprijsafspraken in het kader van een tijdelijke (8 weken) reclame-actie bij AMvB worden vrijgesteld van art. 6 Mw hetgeen impliceert dat dergelijke tijdelijke acties in zijn algemeenheid in strijd met art. 6 Mw kunnen worden geacht. Zie ook in dit verband M. de Grave, Polisvoorwaarden 'millennium' en 'mededingingsploff' in *Nieuwsbrief Mededingingsrecht*, nr. 7, 25 september 1999, p. 111.

47. Besluit in zaaknummer 459/NOS/ontheffing van 9 november 1999.

48. Zoals neergelegd in art. 13 van de Europese Verordening inzake het Communautair kwekersrecht, nr 2100/94, *PbEG* 1994 L 227 en in art. 40 Nederlandse zaai- en plantgoedwet.

49. Besluit in zaaknummer 613/Algemene voorwaarden 'voor de teelt van in voorkoop gekochte zaai- en plantgoedgewassen' van 29 juli 1999.

voor gelding en/of inwerkingtreding van een overeenkomst of besluit.⁵⁰

Een voorbeeld van de toepassing van artikel 16 Mw op een overeenkomst die op grond van de wettelijke verplichting tot stand is gekomen biedt het besluit met betrekking tot de overeenkomst van samenwerking tussen de Nederlandse elektriciteitsproductiebedrijven.⁵¹ Op grond van de Elektriciteitswet 1989 waren de NV Samenwerkende Elektriciteitsproductiebedrijven (SEP) en de vier elektriciteitsproductiebedrijven verplicht een bindende overeenkomst te sluiten. De Elektriciteitswet 1998 verplicht hen deze overeenkomst van samenwerking voorlopig in stand te houden. Op grond hiervan concludeerde de NMa dat artikel 16 Mw van toepassing was op de overeenkomst van samenwerking. Eenzelfde besluit nam de NMa met betrekking tot het Protocol tussen de elektriciteitsproductiesector en de elektriciteitsdistributiesector.⁵² Deze overeenkomst was niet op basis van een wettelijke verplichting tot stand gekomen maar kreeg in de Elektriciteitswet 1998 een wettelijke basis. Op basis van artikel 76, tweede lid van de Elektriciteitswet 1998 moet het Protocol blijven voortbestaan tot 1 januari 2001. De NMa overwoog dat het wettelijk opleggen met als doel de voorkoming van collisie van bevoegdheden van verschillende bestuursorganen. In dit besluit betrof het een licentieovereenkomst van de NOS met Veronica die op grond van artikel 62 (oud) Mediawet binnen een door het Commissariaat voor de Media goedgekeurde regeling moest plaatsvinden. Aangezien artikel 62 (oud) Mediawet per 1 september 1997, en dus reeds voor de inwerkingtreding van de Mededingingswet was vervallen, deed het gevaar van collisie zich hier niet voor en achtte de NMa artikel 16 Mw niet van toepassing.

In het besluit op bezwaar in zaaknummer 459/Nederlandse Omroep-programma Stichting⁵³ beschreef de NMa, onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis⁵⁴, artikel 16 Mw als een voorlopige voorziening met als doel de voorkoming van collisie van bevoegdheden van verschillende bestuursorganen. In dit besluit betrof het een licentieovereenkomst van de NOS met Veronica die op grond van artikel 62 (oud) Mediawet binnen een door het Commissariaat voor de Media goedgekeurde regeling moest plaatsvinden. Aangezien artikel 62 (oud) Mediawet per 1 september 1997, en dus reeds voor de inwerkingtreding van de Mededingingswet was vervallen, deed het gevaar van collisie zich hier niet voor en achtte de NMa artikel 16 Mw niet van toepassing.

IV. Ontheffingen

In de verslagperiode heeft de NMa 36 ontheffingsaanvragen in de vorm van een besluit afgehandeld.⁵⁵ In vier gevallen werd een (gedeeltelijke) ontheffing verleend, één besluit betrof het opleggen van extra voorwaarden bij de ontheffing en de overige besluiten strekten tot afwijzing van de aanvraag.⁵⁶ Slechts één besluit betrof een 'nieuw verzoek', dat wil zeggen een verzoek dat niet onder het overgangsregime van de artikelen 100 e.v. Mw viel. Volgens het jaarverslag 1999 heeft de NMa in dat jaar circa 150 ontheffingsaanvragen formeel afgedaan. In het jaarverslag 1999 geeft de NMa een aantal voorbeelden van de informele zienswijze die zij heeft afgegeven. Deze voorbeelden bieden geen principiële nieuwe gezichtspunten. Overigens merkt de NMa informele zienswijzen niet als een 'besluit' in de zin van artikel 1:3 Awb aan.⁵⁷

Materiële beoordeling

De NMa kan een ontheffing van artikel 6 Mw verlenen indien de aanvrager daarvan aannemelijk maakt dat de afspraak voordelen meebrengt die objectief zwaarder wegen dan de nadelige concurrentiebeperkingen.⁵⁸ De cumulatieve criteria waaraan de NMa dit toetst zijn neergelegd in artikel 17 Mw. Om voor een ontheffing in aanmerking te komen dient een afspraak 1) bij te dragen tot de verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang, en 2) dient een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede te komen en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen beperkingen op te leggen die 3) voor het bereiken van deze doelstellingen niet on-

misbaar zijn of 4) de mogelijkheid te geven voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen en diensten de mededinging uit te schakelen.

Verbetering van productie, distributie, technische- of economische vooruitgang

Zoals gezegd, oordeelde de NMa slechts in vier zaken dat aan alle ontheffingsvoorwaarden was voldaan. Deze zaken hadden betrekking op een tentoonstellings- en demonstratiereglement van de Landbouw-Rai met een verbod voor deelnemers om gedurende vier maanden voor en na de beurs op andere beurzen te exposeren⁵⁹, een inzamelingsstelsel voor afval van kunststofleidingsystemen⁶⁰, een samenwerking ten aanzien van de aanleg van een voorhaven bij de winning van industriezand⁶¹ en een gedeelte van de aanvoorschriften van de Vereniging van Bloemenveilingen in Nederland met betrekking tot verpakkingen.⁶² In deze zaken merkte de NMa als een verbetering van de productie of distributie of een bevordering van de technische of economische vooruitgang onder andere aan: de bundeling van producenten en importeurs van agrarische bedrijfsmiddelen op één grote landelijke beurs waardoor concurrentie wordt gestimuleerd en afnemers een zo volledig mogelijk aanbod van de agrarische bedrijfsmiddelen wordt gepresenteerd⁶³; kostenbesparingen⁶⁴; hergebruik van materialen en daarmee voorkoming van milieubelasting⁶⁵; en het feit dat door samenwerking ten aanzien van de aanleg van infrastructuur winning van zand mogelijk wordt.⁶⁶

Individuele verticale prijsbinding (ivp) leidt volgens de NMa niet tot een verbetering in bovenbedoelde zin. Het Nederlands Uitgeversverbond (NUB) had betoogd dat het door haar leden gehanteerde systeem van ivp met betrekking tot binnen- en buitenlandse tijdschriften en buitenlandse dagbladen leidt tot de instandhouding van een fijnmazig distributienetwerk in Nederland en het behoud van een pluriform aanbod en derhalve tot een verbetering van de productie of distributie.⁶⁷ In haar beoordeling stelt de NMa voorop dat uit de economische theorie blijkt dat ivp tot inefficiënties leidt, met name indien, zoals in casu, sprake is van marktmacht. Dat ivp tot een fijnmazig distributienetwerk leidt of tot het voeren van een breed assortiment van tijdschriften achtte de NMa niet aannemelijk.

Paternalistisch gedrag van ondernemersverenigingen blijkt evenmin voor ontheffing vatbaar. Vebidak, de Vereniging voor de Dakbedekkingsbranche in Nederland, had voor haar leden bepaald dat een ga-

50. Zie besluit in zaaknummer 459/NOS/ontheffing van 23 december 1998.

51. Besluit in zaaknummer 741 van 31 augustus 1999.

52. Besluit in zaaknummer 771 van 31 augustus 1999.

53. Besluit van 9 november 1999.

54. *Kamerstukken II*, 24 707, nr. 3, MvT, p. 22.

55. Hierbij moet worden opgemerkt dat 11 aanvragen waren gevocgd en in 2 besluiten hebben geresulteerd.

56. Besluiten die strekken tot afwijzing van de aanvraag hebben ook betrekking op gevallen waarin de NMa tot de conclusie is gekomen dat art. 6 Mw niet van toepassing is aangezien het systeem van de Mw en de Awb vereenvoudigde afdoening van dergelijke aanvragen niet toelaat.

57. Besluit in zaaknummer 381/VBBS van 4 februari 1999. Dit standpunt is in beroep bevestigd door de rechtbank Rotterdam.

58. Formulering uit besluit in zaaknummer 461/Federatie Agrotechniek van 10 september 1999.

59. Besluit in zaaknummer 461/Federatie Agrotechniek van 10 september 1999.

60. Besluit in zaaknummer 12/Vereniging van Fabrikanten van Kunststofleidingsystemen van 23 juli 1999.

61. Besluit in zaaknummer 507/Geertjesgolf van 13 augustus 1999.

62. Besluit in zaaknummer 492/Vereniging van Bloemenveilingen in Nederland van 9 juli 1999.

63. Besluit in zaaknummer 461.

64. Besluiten in zaaknummers 12, 461 en 492.

65. Besluiten in zaaknummers 12 en 492.

66. Besluit in zaaknummer 507.

67. Besluit in zaaknummer 587/Nederlands Uitgeversverbond van 14 oktober 1999.

rantietermijn op dakbedekkingwerkzaamheden met een looptijd van meer dan tien jaar bedrijfseconomisch onverantwoord is. Om haar leden te beschermen tegen 'dwang' van afnemers had zij deze maximumgarantietermijn dwingend aan haar leden opgelegd. Dit betoog, dat er in de kern op neer komt dat de individuele ondernemers in deze branche niet in staat zijn om op het vlak van garantietermijnen bedrijfseconomisch verantwoorde beslissingen te nemen, werd door de NMa verworpen.⁶⁸

Billijk aandeel voor gebruikers

Het vereiste dat een billijk aandeel in de voordelen ten goede komt aan de afnemers komt weinig zelfstandige betekenis toe. Immers, indien er voordelen zijn (eerste ontheffingsvoorwaarde) en voldoende concurrentie bestaat (vierde ontheffingsvoorwaarde), kan worden verondersteld dat de markt zijn werk zal doen en dat de voordelen aan de gebruikers zullen worden doorgegeven in de vorm van prijsreducties, betere service, etc. Hoewel de NMa dit niet met zoveel woorden stelt, lijkt zij van deze gedachtegang uit te gaan in het geval van kostenbesparingen; zij neemt aan dat afnemers hiervan zullen profiteren.⁶⁹ In de overige gevallen waren de voordelen voor gebruikers evident; bezoekers van een beurs hebben voordeel bij een groot aantal exposanten en de bescherming van het milieu komt aan iedereen ten goede.⁷⁰

Onmisbaarheid van beperkingen

De vraag of ondernemingen beperkingen worden opgelegd die voor het bereiken van de 'voordelen' niet onmisbaar zijn, komt er op neer of hetzelfde effect zou kunnen worden bereikt met een minder mededingingsbeperkende regeling. In het geval van de organisatie van een landelijke beurs voor agrarische bedrijfsmiddelen achtte de NMa het hanteren van een verbodsperiode in een tentoonstellingsreglement noodzakelijk voor het bereiken van de voordelen; een gelijktijdige of onmiddellijk aan de Landbouw-RAI voorafgaande of erop volgende tentoonstelling zou ingaan tegen de beoogde concentratie van producenten en importeurs van agrarische bedrijfsmiddelen. Met betrekking tot de periode van het verbod (vier maanden voorafgaand en na afloop van de tweejaarlijks georganiseerde Landbouw-Rai), overweegt de NMa dat deze termijn haar als redelijk en aanvaardbaar voorkomt aangezien tussentijds voldoende gelegenheid overblijft om aan andere evenementen deel te nemen.⁷¹

Ofschoon het niet uitgesloten is dat prijsafspraken tot een 'verbetering' kunnen leiden, zijn dit vèrgaande mededingingsbeperkingen. Om die reden zal de NMa niet snel aannemen dat dergelijke beperkingen onmisbaar zijn voor het bereiken van het beoogde doel. In de verslagperiode heeft de NMa om die reden een aantal prijsafspraken die volgens de aanvragers tot vergroting van prijstransparantie en verlaging van administratiekosten leidden, niet voor ontheffing vatbaar geacht.⁷² Een prijsafpraak tussen fabrikanten van kunststofleidingssystemen met betrekking tot een aan leveranciers van afval te betalen vergoeding achtte de NMa wel noodzakelijk voor het functioneren van een inzamelingsstelsel van afval met een negatieve economische waarde. Zonder een dergelijke afspraak zouden fabrikanten immers hun vergoeding verlagen om leveranciers te bewegen hun afval bij een andere fabrikant af te leveren en zodoende onder hun afnameverplichting uit te komen.⁷³

Restconcurrentie

Bij de beoordeling of de regeling de betrokken ondernemingen niet de mogelijkheid geeft de mededinging uit te schakelen voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen en diensten, hecht de NMa belang aan het feit dat afspraken in veel gevallen slechts betrekking hebben op één concurrentiefactor en er voldoende andere concurrentiefactoren overblijven. Zo schakelt een systeem voor de inzameling van afval niet de concurrentie tussen de fabrikanten op het gebied van de verwerking van afval uit, leiden milieueisen ten aanzien van verpakkingen voor bloemen slechts tot een beperking in de keuze van materiaal voor de producenten daarvan en is exposeren op een beurs slechts één van de vele verkoopmethoden die een producent of importeur ten dienste staan. Naast de vraag in hoeverre de afspraak de mededinging tussen de partijen beperkt, beoordeelt de NMa tevens of deze tot uitsluitingseffecten ten opzichte van derden leidt. Hierbij

hecht zij belang aan het feit dat de regeling 'open' is; producenten van agrarische bedrijfsmiddelen zijn vrij om al dan niet aan de Landbouw-Rai mee te doen en houders van afval kunnen dit aan een ieder aanbieden.

Vorm van het ontheffingsbesluit

Een ontheffingsbesluit wordt voor een bepaalde termijn verleend. In de verslagperiode heeft de NMa ontheffingen verleend voor termijnen van 5, 6, 9 en 10 jaar. De termijn wordt niet altijd gemotiveerd. Uit die gevallen waarin de termijn werd gemotiveerd blijkt dat de NMa bij de bepaling daarvan rekening houdt met de duur van het project waarop de ontheffingsaanvraag betrekking heeft, de beschikingspraktijk van de Europese Commissie, de aard van de zaak en de frequentie waarin een afspraak haar uitwerking zal hebben (twee jaarlijkse organisatie van een beurs).

In een aantal gevallen heeft de NMa gekozen voor de figuur van de afwijzing van een ontheffingsaanvraag onder een tijdsbepaling om de betrokken partijen een overgangstermijn te gunnen.⁷⁴ Zoals in de vorige kroniek door ons opgemerkt is het de vraag of dit kan. Volgens artikel 100 Mw blijft de voorlopige geldigheid immers slechts bestaan totdat op de ontheffingsaanvraag is beslist.

De NMa kan een ontheffing verlenen onder beperkingen en voorschriften (art. 21 Mw). Normaal gesproken zullen dergelijke beperkingen en voorschriften in het besluit op een ontheffingsaanvraag worden opgenomen. In bijzondere omstandigheden kunnen in een later besluit (aanvullende) beperkingen en voorschriften worden opgenomen, bijvoorbeeld indien achteraf blijkt dat bij de ontheffingsaanvraag onjuiste gegevens zijn verstrekt (vgl. art. 23, lid 2, aanhef en onder c, Mw). Een voorbeeld daarvan is het besluit in zaaknummer 269/Takel en Berging van 7 december 1999, waarin aan het besluit van de NMa van 30 maart 1999 alsnog het voorschrift werd verbonden dat betrokken partijen voor 1 augustus 2002 aan de NMa moesten rapporteren over het resultaat van hun onderhandelingen inzake de invoering van een bergingsregeling op het onderliggend wegennet. Aan de oprichting van de coöperatieve joint venture ASV Diensten BV i.o. (ASV) verbond de NMa in haar besluit op bezwaar de voorwaarde dat ASV geen toegang mag worden verleend tot de geautomatiseerde bestanden van arbeidsvoorziening (één van de oprichters van ASV) ter voorkoming van een bevoorrechte positie van ASV ten opzicht van andere marktpartijen.⁷⁵ Het bezwaar was in dit geval ingesteld door een derde. Als het was ingesteld door de aanvragers van de ontheffing, had de NMa niet zonder meer aanvullende voorwaarden kunnen stellen vanwege het beginsel dat een bezwaarschriftpro-

68. Besluit in zaaknummer 228/VEBIDAK van 22 juli 1999.

69. Besluit in zaaknummer 492/Vereniging van Bloemenveilingen in Nederland van 9 juli 1999. Overigens heeft de NMa in het besluit in zaaknummer 507/Geertjesgolf van 13 augustus 1999 in het geheel niet beargumenteerd of aan de tweede ontheffingsvoorwaarde was voldaan.

70. Besluiten in zaaknummers 461/Federatie Agrotechniek van 10 september 1999, 492/Vereniging van Bloemenveilingen in Nederland van 9 juli 1999 en 12/Vereniging van Fabrikanten van Kunststofleidingssystemen van 23 juli 1999.

71. Besluit in zaaknummer 461/Federatie Agrotechniek van 10 september 1999.

72. Vergelijk met betrekking tot adviestarieven besluiten in zaaknummer 234/Centrale Organisatie voor de Vleesgroothandel van 30 juli 1999 en zaaknummer 613/Nederlandse Vereniging voor Zaaizaad en Plantgoed van 29 juli 1999 en met betrekking tot horizontale prijsafspraken besluit in zaaknummer 642/Overeenkomst inzake de vergoeding voor het gebruik van eigen zaaizaad en/of pootgoed van 9 juli 1999.

73. Besluit in zaaknummer 12/Vereniging van Fabrikanten van kunststofleidingssystemen van 23 juli 1999.

74. Zie besluit in zaaknummer 587/Nederlands Uitgeversverbond van 14 oktober 1999, besluit in zaaknummer 492/Vereniging van Bloemenveilingen in Nederland van 9 juli 1999 en besluit in gevoegde zaken 38, 39, 40, 41, 269a, en zaaknummer 42/Takel en berging Inter Partner Assistance van 30 maart 1999.

75. Besluit in zaaknummer 681 en 979/ASV Diensten van 1 oktober 1999.

cedure niet mag leiden tot een verslechtering van de positie van de indiener (reformatio in peius).

Samenloop met Europees recht

In twee zaken had een onthoffingsaanvraag betrekking op een regeling waar de Europese Commissie zich in een eerder stadium over had uitgesproken. De eerste was de door Federatie Agrotechniek ingediende ontheffing met betrekking tot haar tentoonstellings- en demonstratiereglementen.⁷⁶ Deze regeling was eerder bij de Commissie aangemeld ter verkrijging van een negatieve verklaring c.q. een ontheffing van het Europese kartelverbod. Bij administratieve brief van 21 oktober 1994 is door de Commissie meegedeeld dat het toen geldende reglement een mededingingsbeperking inhield maar dat er voldoende 'prima facie' argumenten waren aangevoerd die het verlenen van een ontheffing op grond van artikel 85, lid 3, EG-Verdrag rechtvaardigden (thans art. 81, lid 3, EG) en werd het dossier gesloten. Vervolgens had de NMa weinig moeite om tot een ontheffing van het reglement te besluiten.

Dit lag anders in het geval van de door Messer Nederland BV (Messer) ingediende ontheffingsaanvragen. Messer, een dochteronderneming van Messer Griesheim GmbH, had o.a. ontheffing gevraagd voor haar standaard leveringsovereenkomsten voor industriële gasen waarin een verplichte afnameclausule was opgenomen.⁷⁷ Deze leveringsovereenkomsten waren (mede) voorwerp van een onderzoek door de Europese Commissie eind jaren '80 in de sector industriële gassen.⁷⁸ Op grond van dit onderzoek heeft de Europese Commissie met betrekking tot de door o.a. Messer Griesheim GmbH gehanteerde verkoopcontracten bepaald dat deze slechts betrekking mogen hebben op hoeveelheden tot een bepaald maximum en in duur beperkt moesten worden tot vijf of drie jaar om verenigbaar te zijn met artikel 85, lid 1, EG-Verdrag (het huidige art. 81, lid 1, EG). Zij voegde hieraan toe dat elke clausule die een afnemer ertoe zou verplichten de totaliteit of een bepaald percentage van zijn behoefte bij één leverancier te betrekken, niet meer mag worden gebruikt. Messer heeft vervolgens een kleine negen jaar na dato een ontheffingsaanvraag ingediend 'voorzover nodig', dat wil zeggen voorzover de NMa de overeenkomsten in strijd met artikel 6 Mw zou achten. De NMa overwoog dat de afnameclausule niet mededingingsbeperkend is in de zin van artikel 6 Mw nu deze slechts betrekking heeft op de geschatte afname van klanten bij Messer en niet hun totale afnamebehoefte betreft. De NMa weigerde vervolgens de gevraagde ontheffing omdat artikel 6 Mw niet van toepassing was.

V. Misbruik van machtspositie

In de verslagperiode heeft de NMa zes besluiten genomen met betrekking tot het verbod op misbruik van machtspositie. Zaaknummer 1114 had betrekking op een klacht van Dutch Farm Veterinary Pharmaceuticals tegen Dopharma. Beide ondernemingen zijn actief als producent van en handelaar in diergeneesmiddelen. De klacht had betrekking op een weigering van Dopharma een bepaald diergeneesmiddel aan Dutch Farm te leveren. Dutch Farm had tevens om voorlopige maatregelen verzocht. De NMa wees het verzoek om voorlopige maatregelen af, onder meer omdat er prima facie niet was gebleken dat voor het betreffende diergeneesmiddel geen alternatieven bestonden en Dopharma dus een machtspositie innam. Zaaknummer 1380 had betrekking op klachten van kabelabonnees van Casema tegen de splitsing van het aanbod van televisiezenders in een basispakket van 17 publieke zenders en een pluspakket van 17 commerciële zenders. De combinatie van deze beide pakketten was 15% duurder dan het oorspronkelijke pakket van 31 zenders. De NMa vond deze tariefverhoging niet excessief, omdat het in de lijn der verwachting ligt dat niet alle abonnees zouden kiezen voor het pluspakket zodat de totale abonnementsinkomsten van Casema niet wezenlijk zouden toenemen ten opzichte van de oude situatie, waarin Casema een tarief hanteerde dat onder het landelijk gemiddelde lag.

Avébé en drie andere industriële ondernemingen kregen nul op het rekest naar aanleiding van hun klacht over het Protocol tussen de elektriciteitsdistributiebedrijven en elektriciteitsproductiebedrijven, dat

tot het gevolg had dat zij lagere prijzen ontvingen van elektriciteitsdistributiebedrijven voor de door hen met behulp van warmtekrachtinstallaties geproduceerde elektriciteit.⁷⁹ Kort gezegd komt het erop neer dat krachtens het Protocol de distributiebedrijven een bedrag van NLG 3,4 miljard afdragen aan de productiebedrijven om te kunnen beschikken over de totale productiecapaciteit van de productiebedrijven. In de NLG 3,4 miljard is inbegrepen een bedrag van NLG 400 miljoen ter dekking van bepaalde verplichtingen die de productiebedrijven in het verleden, toen de elektriciteitsmarkt nog niet was geliberaliseerd, zijn aangegaan. De afdracht van de NLG 3,4 miljard moet plaatsvinden ongeacht de hoeveelheid elektriciteit die de distributiebedrijven van de productiebedrijven afnemen. Dit maakt het onaan-trekkelijker voor distributiebedrijven om elektriciteit van anderen af te nemen, zoals deze vier exploitanten voor warmtekrachtinstallaties. De NMa wees de klacht op grond van artikel 6 Mw af, omdat het Protocol in de Elektriciteitswet 1998 bindend is opgelegd en daarmee krachtens artikel 16 Mw van de toepassing van artikel 6 Mw is uitgezonderd. Gelet op de beweegredenen die aan het Protocol ten grondslag hebben gelegen was volgens de NMa evenmin sprake van misbruik in de zin van artikel 24 Mw. De NMa erkende de noodzaak om dekking te vinden voor de door de productiesector aangegane verplichtingen en vond het tegen die achtergrond ook gerechtvaardigd dat de elektriciteit geproduceerd door de productiebedrijven meer werd betaald dan voor decentraal geproduceerde elektriciteit. Afgezien daarvan vond de NMa dat de twee elektriciteitsdistributiebedrijven waaraan Avébé c.s. de elektriciteit leverden ten opzichte van hen geen machtspositie innamen, nu het Avébé c.s. vrijstond de elektriciteit aan anderen te leveren. De NMa gaat er in dit verband wel aan voorbij dat Avébé c.s. bij andere distributiebedrijven niet beter af zou zijn geweest omdat zij ook partij zijn bij het Protocol. In zoverre zou sprake kunnen zijn van een collectieve machtspositie van de distributiebedrijven.

Sep kreeg een boete van NLG 14 miljoen opgelegd voor misbruik van machtspositie, bestaande uit de weigering om voor Hydro Agri elektriciteit te transporteren.⁸⁰ Sep had deze weigering gemotiveerd met een beroep op een bepaling in de Elektriciteitswet 1989, die inhield dat industriële gebruikers als Hydro Agri alleen voor eigen gebruik elektriciteit mochten importeren. Hydro Agri produceerde zelf elektriciteit met een warmtekrachtinstallatie. Deze elektriciteit leverde zij aan derden en in haar eigen behoeften wilde zij met geïmporteerde elektriciteit voorzien. Sep zag hierin een ontduiking van de verplichting alleen voor eigen gebruik te importeren en weigerde transport. De NMa beriep zich op een passage uit de parlementaire geschiedenis van de Elektriciteitswet 1989, waarin was gezegd dat alleen wanneer een zelfopwekker als Hydro Agri méér elektriciteit leverde aan derden dan zij zelf opwekte, zij geacht kon worden geïmporteerde stroom door te leveren. Dat was bij Hydro Agri niet het geval, zodat de weigering van Sep de elektriciteit te transporteren gelet op Sep's machtspositie op de markt voor transport van elektriciteit, een verboden misbruik inhield.

VI. Klachten

De NMa heeft in de verslagperiode acht besluiten genomen naar aanleiding van een klacht. In alle acht gevallen heeft de NMa geen gevolg aan de klacht gegeven.

Het indienen van een klacht bij de NMa is een aanvraag in de zin van artikel 1:3, lid 3, Awb die uitsluitend door een belanghebbende kan

76. Besluit in zaaknummer 461/Federatie Agrotechniek van 10 september 1999.

77. Besluit in zaaknummers 569 en 645/Messer Nederland BV van 23 juli 1999.

78. Zie het Negentiende Mededingingsverslag (1989) van de Europese Commissie, p. 78 en persbericht nummer IP/89/426, 'European gas producers amend contract clauses following Commission investigation' van 6 juli 1989.

79. Besluit in zaaknummer 1150/Avébé c.s. tegen elektriciteitsbedrijven van 11 december 1999.

80. Besluit in zaaknummer 650 Hydro Energy/Sep van 26 augustus 1999.

worden gedaan. Artikel 1:2, lid 1, Awb definieert het begrip 'belanghebbende' als: 'degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken'. Indien een belanghebbende een klacht indient, is de NMa gehouden een beslissing te nemen. Wordt de aanvraag daarentegen niet door een belanghebbende gedaan dan is de NMa niet gehouden de aanvraag in behandeling te nemen.⁸¹ In lijn met de bestuursrechtelijke jurisprudentie hieromtrent en haar eerdere besluiten acht de NMa een voldoende belang aanwezig indien sprake is van een 'eigen belang', dat 'objectief bepaalbaar', 'actueel', 'persoonlijk' en 'rechtstreeks betrokken bij het gevraagde besluit' is.⁸² Een veel voorkomende vraag is in hoeverre sprake is van een persoonlijk belang bij gebruikers of afnemers van een bepaald product of een bepaalde dienst. De NMa acht een persoonlijk belang slechts aanwezig indien het een kenmerkend, individualiseerbaar belang betreft.⁸³ Het belang van een kabelabonnee bij een verhoging van abonnementsvergoeding door Casema onderscheidt zich derhalve onvoldoende van andere abonnees.⁸⁴ Hetzelfde geldt voor een gebruiker van een postbus bij de introductie van een jaarlijkse vergoeding door PTT Post.⁸⁵ Dit is slechts anders indien het belang van één gebruiker zich op grond van bijzondere omstandigheden onderscheidt van dat van andere gebruikers. Om die reden achtte de NMa een persoonlijk belang wel aanwezig bij een gebruiker van een postbus die om veiligheidsredenen niet het adres van haar bedrijfsruimte als postadres kan voeren.⁸⁶ In lijn met artikel 1:2, lid 3, Awb merkt de NMa spontaan georganiseerde actiegroepen echter niet als belanghebbende aan.⁸⁷

Uit de besluiten in zaaknummers 459/ontheffingsverzoek Nederlandse Omroep Programma Stichting⁸⁸ en 1150/Avébé-electriciteitsbedrijven⁸⁹ blijkt dat de NMa een relatieve betekenis hecht aan het begrip 'belanghebbende'. In de eerste zaak bepaalde de NMa dat het al dan niet aanmerken van De Telegraaf als belanghebbende geen invloed zou hebben op de beoordeling van het bezwaar van de NOS. Op grond van artikel 3:2 Awb en artikel 3:13, lid 2, Awb kan een bestuursorgaan kennis nemen van, en rekening houden met, de zienswijzen van anderen dan alleen belanghebbenden. Het antwoord op de vraag of De Telegraaf als een belanghebbende dient te worden aangemerkt liet de NMa derhalve achterwege. In de tweede zaak overwoog de NMa dat niet op voorhand met zekerheid te zeggen was of klagers een rechtstreeks belang bij het door hen gevraagde besluit hadden. De NMa achtte het echter voor alle marktpartijen in de elektriciteitssector van belang dat de door klagers aangedragen feiten mededingingsrechtelijk zouden worden beoordeeld, met name nu de elektriciteitsvoorziening zich in een overgangperiode bevindt waarin mededingingsrechtelijke aspecten aan de orde zijn, en nam de klacht toch in behandeling.

De NMa beschikt over beleidsvrijheid bij het in behandeling nemen van een klacht van een belanghebbende. Van deze beleidsvrijheid heeft zij in een aantal gevallen gebruik gemaakt om een klacht af te wijzen op grond van het feit dat het niet aannemelijk is dat nader onderzoek zal leiden tot de conclusie dat er sprake is van een overtreding van de Mw. Daarnaast laat de NMa meewegen dat zij nog steeds genoodzaakt is een prioritering aan te brengen in de behandeling van klachten als gevolg van het grote aantal ontheffingsverzoeken dat bij de NMa is ingediend.⁹⁰ Omgekeerd zal de NMa een zaak ambtshalve behandelen als daar voldoende aanleiding toe bestaat, wanneer de klacht niet door een belanghebbende is ingediend.⁹¹

In een aantal klachten is de NMa verzocht een voorlopige voorziening in de zin van artikel 83 Mw te treffen. Op grond van dit artikel kan de NMa een voorlopige last onder dwangsom opleggen, indien aannemelijk is dat de Mw is overtreden (het 'prima facie-vereiste') en onverwijlde spoed, gelet op de belangen van de door de overtreding getroffen ondernemingen of het belang van instandhouding van de daadwerkelijke mededinging, dat vereist. De NMa, verwijzend naar de parlementaire geschiedenis van de Mw, maakt terughoudend gebruik van deze bevoegdheid.⁹² Bij de beoordeling of er sprake is van onverwijlde spoed refereert de NMa ook aan het Europese mededingingsrecht.⁹³ Hieruit kan worden afgeleid, aldus de NMa, dat het treffen van een voorlopige maatregel op zich niet gerechtvaardigd is om een nieuwe deelnemer toegang te verschaffen tot een markt en dat bij voorlopige maatregelen die een nieuwe concurrent in staat moeten

stellen de markt te betreden, een steviger rechtvaardiging nodig is dan bij maatregelen die de positie van een reeds in de markt gevestigde concurrent moeten handhaven. Ook aan het feit dat de klager geen kort geding aanhangig heeft gemaakt, ontleent de NMa een indicatie van de spoedeisendheid van het belang.⁹⁴ Indien de klager wel een kort geding heeft aangespannen, zal de NMa rekening houden met de uitspraak van de President in kort geding bij de beoordeling van het prima facie-vereiste.⁹⁵

VII. Boetebesluiten

Het besluit in zaaknummer 650 Hydro Energy/Sep, waarbij Sep een boete van NLG 14 miljoen kreeg opgelegd, is hiervoor al besproken. Dit was de eerste zaak waarin door de NMa een boete is opgelegd op de grondslag van artikel 56 Mw. Als signaal naar het bedrijfsleven was dit een minder gelukkige keuze, gelet op het atypische karakter van de zaak. Men kan zich bovendien afvragen op zo'n hoge boete wel op zijn plaats was gezien de korte duur van de inbreuk en gezien het feit dat aan de inbreuk een verschil van interpretatie van de Elektriciteitswet 1989 ten grondslag lag. De tweede zaak waarin de NMa een boete oplegde sprak evenmin aan: notarissen in Breda kregen (beschelden) boetes opgelegd omdat zij afspraken hadden gemaakt over de verdeling van het passeren van akten waarbij de gemeentelijke partij was. De afspraken waren niet afgedwongen maar wel aangemoedigd door de gemeente, maar dat mocht de notarissen niet baten.⁹⁶ Het wachten is nog op de eerste echte kartelzaak.

81. Besluit in zaaknummer 1225/klacht Unipart vs. Libertel van 13 augustus 1999.

82. Zie besluit in zaaknummer 13/PTT Post introductie vergoeding postbus van 5 juli 1999 en besluit in zaaknummer 1380/de heer mr D.K. Aanen, de heer P.F.C. Jansen en Comité DEZE 'keuzevrijheid': NEE!! vs NV Casema.

83. Hierbij verwijst de NMa o.a. naar: Rb. Den Bosch, 27 april 1994, *JB* 1994/138, Rb. Leeuwarden, 8 augustus 1994, *AB* 1994/271 en *CBB*, 18 februari 1998, *AB kort* 1998/177.

84. Besluit in zaaknummer 1380/de heer mr D.K. Aanen, de heer P.F.C. Jansen en Comité DEZE 'keuzevrijheid': NEE!! Vs NV Casema van 17 december 1999.

85. Zie besluit in zaaknummer 13/PTT Post introductie vergoeding postbus van 5 juli 1999.

86. Besluit in zaaknummer 815/PTT Post introductie vergoeding postbus van 5 juli 1999.

87. Zie besluit in zaaknummer 1380/de heer mr D.K. Aanen, de heer P.F.C. Jansen en Comité DEZE 'keuzevrijheid': NEE!! vs NV Casema.

88. Besluit van 9 november 1999. Zie ook besluit in zaaknummer 1150/Avébé c.s. t. elektriciteitsbedrijven van 30 december 1990 waarin de NMa in het midden laat of klagers als belanghebbenden kunnen worden aangemerkt.

89. Besluit van 30 december 1999.

90. Zie besluit in zaaknummer 1400/Nellen Seeds vs NVZP van 11 november 1999 en besluit in zaaknummer 1380/de heer mr D.K. Aanen, de heer P.F.C. Jansen en Comité DEZE 'keuzevrijheid': NEE!! vs NV Casema van 17 december 1999.

91. Zie o.a. besluit in zaaknummer 1150/Avébé c.s. t. elektriciteitsbedrijven van 30 december 1999; besluit in zaaknummer 1380/de heer mr D.K. Aanen, de heer P.F.C. Jansen en Comité DEZE 'keuzevrijheid': NEE!! vs NV Casema van 17 december 1999.

92. Zie besluit in zaaknummer 1365/WilMar Press and Productions V.O.F./Nederlandse Omroep Stichting van 3 augustus 1999 en besluit in zaaknummer 1114/klacht Dutch Farm Veterinary Pharmaceuticals BV t. Dopharma International BV.

93. Zie besluit in zaaknummer 1365/WilMar Press and Productions V.O.F./Nederlandse Omroep Stichting van 3 augustus 1999. In de MvT bij de Mw wordt verwezen naar het feit dat bij de voorwaarden voor het treffen van een voorlopige last wordt aangesloten bij het Europese mededingingsrecht.

94. Zie besluit in zaaknummer 1365/WilMar Press and Productions V.O.F./Nederlandse Omroep Stichting van 3 augustus 1999.

95. Zie besluit in zaaknummer 1114/klacht Dutch Farm Veterinary Pharmaceuticals BV t. Dopharma International BV van 3 augustus 1999.

96. Zaaknummer 952/Bredase notarissen van 14 september 1999.

VIII. Besluiten op bezwaar

Belanghebbenden moeten bezwaar maken bij de NMa voordat zij tegen een besluit in beroep kunnen bij de Rechtbank Rotterdam.⁹⁷ Concentratiebesluiten zijn uitgezonderd van de bezwaarprocedure waardoor belanghebbenden tegen deze besluiten rechtstreeks in beroep kunnen.⁹⁸ In de verslagperiode heeft de NMa twaalf besluiten op bezwaar genomen. In zeven gevallen werd het bezwaar ongegrond verklaard. In drie gevallen werd het bezwaar niet-ontvankelijk verklaard omdat de indiener van het bezwaar geen belanghebbende in de zin van artikel 1:2, lid 1, Awb was⁹⁹ of omdat het bezwaarschrift onvoldoende gemotiveerd was.¹⁰⁰ In twee gevallen werd het bezwaar gedeeltelijk gegrond geacht door de NMa.¹⁰¹ Indien het bezwaarschrift onvankelijk is, vindt op de grondslag daarvan een bestuurlijke heroverweging plaats.¹⁰² Bezwaren dienen te zijn gericht tegen het bestreden besluit. Indien wordt geklaagd over andere gedragingen dan die het voorwerp van het besluit in primo waren (en derhalve feitelijk de klacht wordt uitgebreid) laat de NMa deze bezwaren buiten beschouwing in de bezwaarprocedure.¹⁰³ De bestuurlijke heroverweging van een besluit vindt *ex nunc* plaats op de grondslag van het bezwaarschrift. Dit betekent dat de NMa bij een heroverweging van een ontheffingsbesluit de door partijen naar aanleiding van het besluit in primo aangepaste regeling beoordeelt¹⁰⁴ en in de bezwaarfase alsnog voorwaarden aan een ontheffing kan verbinden.¹⁰⁵

IX. Concentratietoezicht

In de verslagperiode heeft de NMa 77 besluiten in concentratiezaken genomen. In drie gevallen werd besloten dat een vergunning was vereist voor de totstandbrenging van de voorgenomen concentratie. In één geval werd een vergunning geweigerd. Dit betrof de voorgenomen fusie tussen Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij, Stichting De Nationale Sporttotalisator en Stichting Uitvoeringsorgaan Financiële Akties.¹⁰⁶ In twee gevallen werd een vergunning verleend (de concentratie FCDF/De Kievit¹⁰⁷ en de fusie van PNEM ME-GA Groep en EDON Groep¹⁰⁸).

Begrip concentratie

Het merendeel van de beoordeelde concentraties (68) betrof de verkrijging van uitsluitende of gezamenlijke zeggenschap.¹⁰⁹ Verrijking van uitsluitende zeggenschap is niet beperkt tot situaties die de verwerving van een meerderheidsbelang betreffen. Zo kwam de NMa in de zaak ABN AMRO – Bouwfonds tot de conclusie dat ABN AMRO door de verwerving van 50% van de aandelen in Bouwfonds uitsluitende zeggenschap over Bouwfonds verkreeg.¹¹⁰ Zij nam daarbij verschillende omstandigheden in aanmerking waarvan de meeste op zichzelf reeds deze conclusie konden dragen. Zo zou ABN AMRO de resterende aandelen verwerven tegen dezelfde prijs in 2002 en 2004, waardoor het bedrijfsrisico van meet af aan bij ABN AMRO kwam te liggen. Daarnaast zou de Raad van Commissarissen (RvC) in meerderheid worden samengesteld uit personen 'die het bijzondere vertrouwen van ABN AMRO genieten'. De RvC had het recht het ondernemingsplan, belangrijke (des-)investeringen en veranderingen in de organisatie goed te keuren. Verder had ABN AMRO een call-optie op resterende cumulatief preferente aandelen, die zij in 2004 kon uitoefenen. Ten slotte was uit historische gegevens gebleken dat de opkomst van aandeelhouders ter vergadering in de laatste drie jaren gering was en het overige aandelenbezit versnipperd was.

Van gezamenlijke zeggenschap is sprake indien aandeelhouders overeenstemming moeten bereiken over beslissingen die het strategische en commerciële beleid van de onderneming waarin zij zeggenschap hebben bepalen. Dat is onder meer het geval indien een minderheidsaandeelhouder vetorechten bezit ten aanzien van de begroting, belangrijke investeringen en benoeming van bestuurders.¹¹¹ Zelfs wanneer alleen een vetorecht ten aanzien van het ondernemingsplan wordt verkregen en dit ondernemingsplan voldoende concreet is (i.c. bevatte dit een gedetailleerde begroting plus investeringsplan), kan dit voor de NMa al voldoende zijn om gezamenlijke zeggenschap aan te nemen.¹¹² Een bepaling in de aandeelhouders-overeenkomst dat partijen bij het uitoefenen van hun stemrecht reke-

ning houden met elkaars gerechtvaardigde belangen, leidt echter niet tot de verwerving van gezamenlijke zeggenschap, aangezien dergelijke afspraken de minderheidsaandeelhouder niet de mogelijkheid geven een veto uit te spreken over beslissingen die van essentieel belang zijn voor het strategisch commerciële gedrag van de onderneming.¹¹³

Ook de overgang van de ene vorm van zeggenschap in de andere levert een concentratie op.¹¹⁴ Er is echter geen sprake van een concentratie indien een bepaalde verdeling van zeggenschap wordt omgezet in een situatie waarin geen van de aandeelhouders in staat is om zonder de instemming van een of meer andere aandeelhouders strategische beslissingen over de activiteiten van de gemeenschappelijke onderneming te nemen of te blokkeren.¹¹⁵

Bij concentraties tussen overheidsvennootschappen kan het feit dat de zeggenschap over beide ondernemingen reeds door de overheid wordt uitgeoefend in de weg staan aan het aannemen van een wijziging van zeggenschap. De NMa is echter niet snel bereid dat aan te nemen. In het geval van de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming door het Gemeentelijk Havenbedrijf Rotterdam en Waterbedrijf Europoort was volgens de NMa sprake van de verkrijging van gezamenlijke zeggenschap, niettegenstaande het feit dat de gemeente Rotterdam een controlerend belang had in Waterbedrijf Europoort en het Gemeentelijk Havenbedrijf een dienst is van de gemeente Rotterdam. Onder verwijzing naar de mededeling van de Europese Commissie over het begrip concentratie¹¹⁶ toetste de NMa of beide ondernemingen vóór de transactie deel uitmaakten van verschillende economische eenheden met onafhankelijk beslissingsbevoegdheden. Daarvan was volgens de NMa sprake, nu haar niet was gebleken dat er sprake was van een gecoördineerde strategie tussen beide ondernemingen. De NMa geeft hier naar onze mening een te

97. Art. 8:1 en 7:1 Awb. Zie voor de relatieve competentie van de rechtbank Rotterdam art. 93, lid 1, Mw.

98. Art. 93, lid 2, Mw.

99. Zie besluit in zaaknummer 13/PTT Post introductie vergoeding postbus (de heer F.A. Meuter) van 5 juli 1999 en besluit in zaaknummer 13/PTT Post introductie vergoeding postbus (de heer B. Hoogeboom) van 5 juli 1999.

100. Zie besluit in zaaknummer 118/Ontwikkelingsbedrijf Rotterdam vs NOZEMA van 29 september 1999.

101. Zie besluit in zaaknummer 681 en 979/ASV Diensten van 1 oktober 1999 en besluit in zaaknummer 379/KNMvD van 15 oktober 1999.

102. Art. 7:11, lid 1, Awb.

103. Besluit in zaaknummer 815/PTT Post introductie vergoeding postbus van 5 juli 1999.

104. Besluit in zaaknummer 379/KNMvD van 15 oktober 1999.

105. Besluit in zaaknummer 681 en 979/ASV Diensten BV i.o. van 1 oktober 1999.

106. Besluit in zaaknummer 807 van 13 oktober 1999.

107. Besluit in zaaknummer 1132 van 7 juli 1999.

108. Besluit in zaaknummer 1331 van 20 oktober 1999.

109. Art. 27, sub b, Mw. Onder zeggenschap wordt verstaan de mogelijkheid om op grond van feitelijke en juridische omstandigheden een beslissende invloed uit te oefenen op de activiteiten van een onderneming (art. 26 Mw). Zie ook besluit in zaaknummer 1563/ABN AMRO – Bouwfonds van 10 november 1999.

110. Besluit in zaaknummer 1563/ABN AMRO – Bouwfonds van 10 november 1999.

111. Zie Commissiemededeling betreffende het begrip concentratie *PbEG* 1998 C 66.

112. Zie besluit in zaaknummer 1618/NUON – Kropman van 8 december 1999.

113. Zie besluit in zaaknummer 1414/PGGM-VGZ – Twaalf Provienciën van 27 augustus 1999.

114. Zie bijvoorbeeld besluit in zaaknummer 1367/VNU – Geomatic van 28 juni 1999 voor een overgang van gezamenlijke zeggenschap naar uitsluitende zeggenschap.

115. Zie besluit in zaaknummer 1665/Residentie en NeSBIC – Menken van 30 december 1999.

116. *PbEG* 1998 C 66, punt 8, vierde alinea.

ruime toepassing van het begrip concentratie. Ook bij particuliere ondernemingen komt het voor dat verschillende dochterondernemingen zoveel beleidsvrijheid krijgen van hun moeder, dat zij een zelfstandige strategie kunnen voeren. Toch is dat geen reden om aan te nemen dat een fusie van beide ondernemingen een concentratie oplevert.

De totstandbrenging van een gemeenschappelijke onderneming valt onder het begrip concentratie indien deze duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult, en er niet toe leidt dat de oprichtende ondernemingen hun marktgedrag coördineren.¹¹⁷ Indien één van de moeders vrijwel alle uitvoerende werkzaamheden verricht, is de gemeenschappelijke onderneming volgens de NMa geen zelfstandige economische eenheid.¹¹⁸ Om als een volwaardige gemeenschappelijke onderneming te worden beschouwd, dient de gemeenschappelijke onderneming over de noodzakelijke middelen te beschikken en moet zij een wezenlijk gedeelte van de door haar benodigde producten van anderen dan de oprichtende ondernemingen betrekken. Een afname van 55-65% van derden wordt door de NMa als voldoende beschouwd om de gemeenschappelijke onderneming als volwaardig aan te merken.¹¹⁹

Omzetdisciplines

De berekening van de omzet geschiedt 'op voet van het bepaalde in artikel 377, zesde lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek voor de netto-omzet'.¹²⁰ Voor de vraag of overheids subsidies bij de omzet moeten worden geteld, zoekt de NMa steun bij het standpunt van de Europese Commissie; volgens deze kan door overheidsinstanties toegewezen steun die betrekking heeft op de normale bedrijfsuitoefening van een betrokken onderneming bij de berekening van de omzet worden meegenomen 'mits de onderneming zelf de steun ontvangt en de steun rechtstreeks verband houdt met de verkoop door deze onderneming van goederen en diensten'.¹²¹

Bij de verwerving van zeggenschap over een deel van een onderneming wordt aan de zijde van de verkoper uitsluitend rekening gehouden met de omzet van het verworven deel. Als in één transactie meer bedrijfsonderdelen worden verkocht, dan moeten naar onze mening die bedrijfsonderdelen tezamen als één betrokken onderneming worden beschouwd en als zodanig meetellen bij de berekening van de omzet. De NMa koos een andere benadering bij de verkoop door Visser's Beheer van haar dochterondernemingen Visser's Infra en Milieu BV, Hoka BV en Inter Traffic Systems BV aan BAM. In deze zaak merkte de NMa de drie dochterondernemingen als afzonderlijke betrokken ondernemingen aan.¹²² Dit lijkt ons onjuist. Het kan van belang zijn welke benadering men kiest, bijvoorbeeld in het geval dat het meetellen van de afzonderlijke dochterondernemingen ertoe leidt dat er twee of meer betrokken ondernemingen zijn met NLG 30 miljoen omzet in Nederland.

Melding

Een voornemen tot een concentratie dient voldoende concreet te zijn voor een concentratiemelding. De enkele intentie om koop- en verkoopopties uit te oefenen kan volgens de NMa niet als voldoende concreet worden beschouwd.¹²³ Na melding moet een wachtermijn van vier weken in acht worden genomen, behalve in het geval van een openbaar bod; dat mag nog vóór een melding worden uitgebracht, mits de melding onvervuld na het uitbrengen van het bod plaatsvindt.¹²⁴

Op grond van artikel 40 Mw kan de NMa een ontheffing verlenen van de verplichting de wachtermijn in acht te nemen. De NMa is daar slechts toe bereid indien door inachtneming van de wachtermijn onherstelbare schade aan de concentratie wordt toegebracht, zoals bijvoorbeeld bij dreigend faillissement van de doelenvennootschap.¹²⁵

Materiële beoordeling

In de verslagperiode nam de NMa in drie gevallen aan dat er reden was om aan te nemen dat als gevolg van de concentratie een machtspositie zou ontstaan en schreef zij een vergunning voor. Deze betrof

fen de overname van VNU Dagbladen door Wegener Arcade¹²⁶, de doorverkoop door Wegener Arcade van De Limburger aan De Telegraaf¹²⁷ en de totstandbrenging van een veilinghuis voor fruit door The Greenery en Fruitmasters.¹²⁸ De vergunningaanvraag van The Greenery en Fruitmasters is ingetrokken. De besluiten in de dagbladenzaken vallen buiten de verslagperiode. De NMa verleende in de verslagperiode twee vergunningen, in beide gevallen onder voorwaarden: de fusie van PNEM Mega en Edon tot Essent¹²⁹ en de overname van De Kievit door F.C.D.F.¹³⁰ De fusie van de Staatsloterij, de Lotto en de Bankgiroloterij werd door de NMa verboden.¹³¹

Om vast te stellen of een concentratie leidt tot een economische machtspositie bekijkt de NMa in eerste instantie de hoogte van het marktaandeel van partijen op de relevante markt(en). In een aantal gevallen liet de NMa in het midden of marktaandelen van betrokken ondernemingen volledig aan de concentratie kunnen worden toegerekend. Bij de overgang van gezamenlijke zeggenschap naar alleen-zeggenschap concludeerde de NMa dat er geen gevaar voor een economische machtspositie was ongeacht de vraag of voorafgaand aan de transactie het marktaandeel van gemeenschappelijke onderneming waarover alleen-zeggenschap werd verkregen reeds aan de verkrijgende partij kon worden toegerekend.¹³² Ook liet de NMa in het midden of het marktaandeel van een onderneming waarover een der partijen gezamenlijke zeggenschap had en die actief was op dezelfde relevante markt, bij het gezamenlijk marktaandeel van partijen dienende te worden opgeteld.¹³³

Behalve met marktaandelen houdt de NMa ook rekening met andere factoren zoals het aantal concurrenten en hun marktmacht en (het ontbreken van) de dynamiek van de markt.¹³⁴ Een markt die sterk in ontwikkeling is, stimuleert de toetreding van potentiële concurrenten. Ook de aanwezigheid van een sterk geconcentreerde vraagzijde, die een tegenwicht kan bieden aan de positie van partijen, alsmede het bestaan van sterke prijsconcurrentie ten gevolge van overcapaciteit aan

117. Art. 27 sub c, Mw.

118. Zie besluit in zaaknummer 1676/Waterbedrijf Europoort – Gemeentelijk Havenbedrijf Rotterdam.

119. Zie besluit in zaaknummer 1551/Hermans Holding – Beleggingsmaatschappij Scholtens – Standaard Boekhandel van 18 oktober 1999. Ook als de gemeenschappelijke onderneming méér van haar moeders betreft, kan zij nog steeds als volwaardig gelden, als zij wezenlijke waarde toevoegt aan de producten van de moeders; zie de Mededeling van de Europese Commissie inzake het begrip volwaardig en gemeenschappelijke onderneming in de zin van Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *PbEG* 1998 C 66, p. 1.

120. Art. 30 Mw.

121. Zie besluit in zaaknummer 1589/Volkswoningen – Woningstichting Onze Woongemeenschap van 1 november 1999.

122. Besluit in zaaknummer 1410 van 25 augustus 1999.

123. Besluit in zaaknummer 1666/United Technologies Corporation – Holland Heating Carrier Holding van 23 december 1999.

124. Art. 39 Mw.

125. Zie besluit in zaaknummer 1550/Accell Group – Sparta Rijwielen- en Motorenfabriek en besluit in zaaknummer 1597/Schreiner – Air Holland van 25 oktober 1999.

126. Besluit in zaaknummer 1528 van 18 oktober 1999. Inmiddels is voor deze concentratie op 13 maart 2000 een vergunning verleend.

127. Besluit in zaaknummer 1538 van 2 november 1999. Inmiddels is voor deze concentratie op 15 mei 2000 een vergunning verleend.

128. Besluit in zaaknummer 1427 van 16 september 1999.

129. Besluit in zaaknummer 1331 van 20 oktober 1999.

130. Besluit in zaaknummer 1132 van 7 juli 1999.

131. Besluit in zaaknummer 807 van 13 oktober 1999.

132. Zie besluit in zaaknummer 1364/Cap Gemini – Twinsoft van 24 juni 1999.

133. Zie besluit in zaaknummer 1360/Talkline – UniqueAir van 22 juni 1999.

134. Zie besluit in zaaknummer 1366/Origin – Akzo van 28 juni 1999 en besluit in zaaknummer 1558/KPN Telecom BV – SNT Holding BV van 12 november 1999.

de aanbodzijde, zijn voorbeelden van factoren waarmee de NMa naast marktaandeelen rekening houdt.¹³⁵ Behalve op horizontaal niveau, onderzoekt de NMa ook de mogelijke gevolgen van een concentratie voor verticale relaties.¹³⁶ Verticale concentraties kunnen leiden tot marktafsluiting, doordat een relatie ontstaat tussen leverancier en afnemer die tot gevolg heeft dat andere afnemers worden belemmerd in hun bevoorrading of andere leveranciers beperkt worden in afzetkanalen.¹³⁷ In één geval leidde de NMa uit het feit dat de partijen vóór de concentratie niet in een leverancier/afnemer relatie tot elkaar stonden af dat zo'n situatie zich niet kon voordoen.¹³⁸ Het lijkt logischer de (potentiële) verticale relatie die als gevolg van de concentratie kan ontstaan te onderzoeken.¹³⁹

Indien de marktstructuur daar aanleiding toe geeft, houdt de NMa rekening met het mogelijk ontstaan van een collectieve machtspositie van partijen ten gevolge van de concentratie.¹⁴⁰ In het geval van de overname van Sparta door Accell was volgens de NMa ondanks hoge marktaandelen van partijen en een grote concurrent geen sprake van een collectieve machtspositie, omdat de marktaandelen van de verschillende aanbieders het laatste jaar significant gewijzigd waren, de betrokken producten (fietsen) voldoende heterogeen waren en nieuwe toetreders een wezenlijke positie op de markt hadden kunnen verwerven. Ook de overname van Marktkauf door Praxis leidde volgens de NMa niet tot een collectieve machtspositie van de twee grootste ketens van bouwmarkten in Nederland, Intergamma en Praxis. In dat verband nam de NMa de sterke groei van de markt, de grote verscheidenheid aan producten, het ontbreken van hoge toetredingsbelemmeringen en het feit dat de markt steeds meer een Europese dimensie begon te krijgen in aanmerking. In de zaak PNEM MEGA/EDON had de NMa in haar eerste fase-besluit nog rekening gehouden met de mogelijkheid van een collectieve machtspositie van PNEM MEGA/EDON (thans Essent) en Nuon op de markt voor de levering van elektriciteit aan kleinverbruikers, wanneer de exclusieve rechten van de distributiebedrijven in hun voorzieningsgebied zouden aflopen en de distributiebedrijven in elkaars gebied actief zouden mogen worden. De NMa had in dat kader onder meer gewezen op de verdeling van marktaandelen (twee grote spelers die samen goed zouden zijn voor meer dan 80% van de markt), het homogene karakter van elektriciteit, de transparantie van de markt (mede dankzij de elektriciteitsbeurs APX), de beperkte groei van de markt en de structurele economische relatie tussen Nuon en PNEM MEGA/EDON (beide waren aandeelhouder in EPON). In het vergunningsbesluit kwam de NMa hierop terug, omdat de markt voor kleinverbruikers eerst in 2007 zou worden geliberaliseerd en het niet mogelijk was op zo'n lange termijn te voorspellen hoe de concurrentie zich zou ontwikkelen. (Drie tot vijf jaar was volgens de NMa het maximum.) Bovendien zou de structurele economische relatie tussen PNEM MEGA/EDON en Nuon door de verkoop van EPON verdwijnen. De liberalisering van de markt is sindsdien vervroegd; kleinverbruikers krijgen nu in 2004 de vrijheid hun leverancier te kiezen. Dat valt binnen de termijn van drie tot vijf jaar waarop de NMa nog voorspellingen durft te doen. Het is een interessante vraag wat het eindoordeel van de NMa zou zijn geweest indien deze vervroeging nog voor de afloop van de tweede fase zou zijn aangekondigd.

Nevenrestricties

Om als nevenrestrictie te kwalificeren moet de duur van een concurrentiebeding beperkt worden tot een periode tussen de twee en vijf jaar, afhankelijk van de vraag of de overname behalve de klantenkring ook know-how omvat en de aard van de sector waarin deze haar beslag zal hebben. In de verslagperiode heeft de NMa een non-concurrentiebeding gedurende de periode dat verkopers nog aan de verkochte onderneming verbonden bleven (één tot anderhalf jaar) en gedurende een periode van vijf jaar na beëindiging van hun werkzaamheden niet als nevenrestrictie geaccepteerd. De NMa was daartoe slechts bereid als de duur van de clause beperkt werd tot vijf jaar na de totstandbrenging van de concentratie.

Niet-wervings- en vertrouwelijkheidsclausules vallen ook onder de toelaatbare nevenrestricties.¹⁴¹ Een verbod voor de verkopers om op te treden als verschaffer van leningen of andere soorten krediet aan

een concurrerende onderneming of activiteit wordt door de NMa echter niet als een nevenrestrictie aangemerkt.¹⁴²

Koop- en leveringsovereenkomsten tussen verkoper en koper van een onderneming kunnen als nevenrestrictie worden beschouwd indien zij tot doel hebben de continuïteit van de bevoorrading van een van beide partijen met de producten die nodig zijn voor de voortgezette activiteiten (verkoper) of overgenomen activiteiten (koper) te verzekeren. Volgens de Europese beschikkingspraktijk mogen dergelijke overeenkomsten niet exclusief zijn. De NMa lijkt echter minder problemen met exclusiviteit te hebben. In de verslagperiode heeft zij in twee gevallen een exclusieve afnameplicht van de verkoper voor de duur van drie jaar als een toelaatbare nevenrestrictie aangemerkt.¹⁴³

Vergunning

Ingevolge het derde lid van artikel 41 Mw mag de NMa een vergunning niet weigeren indien daarmee de vervulling van taken van algemeen economisch belang in het gedrang komt.¹⁴⁴ Dit zou het geval kunnen zijn wanneer één van de bij een concentratie betrokken ondernemingen bij wettelijk voorschrift of door een bestuursorgaan is belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang. In de loterijfusie is een beroep op deze bepaling gedaan.¹⁴⁵ De NMa verwees voor de interpretatie van dit artikel naar de beschikkingspraktijk van de Commissie en de jurisprudentie van het Gerecht van eerste aanleg en het Hof van Justitie van de EG met betrekking tot artikel 86, tweede lid (ex artikel 90) van het EG-Verdrag. De NMa achtte het in het onderhavige geval niet aannemelijk dat de betrokken ondernemingen belast waren met het verrichten van diensten van algemeen economisch belang. Hoewel loterijen, op basis van de Wet op de kansspelen, het doel hebben gelden bijeen te brengen ten behoeve van werkzaamheden op het gebied van maatschappelijk welzijn, sport, cultuur en natuurbehoud, zijn dit geen diensten die door de overheid aan de loterijen zijn opgedragen.

135. Zie: besluit in zaaknummer 1362/Draka – NKF van 16 juli 1999; besluit in zaaknummer 1623/Pirelli – NKF Kabel van 13 december 1999 en besluit in zaaknummer 1413/ZVN – Huka van 3 september 1999.

136. Zie o.a. besluit in zaaknummer 1356/VBA – Hobaho van 28 juni 1999, besluit in zaaknummer 1374/NBM-Amstelland – Visser van 5 juli 1999, besluit in zaaknummer 1413/ZVN – Huka van 3 september 1999, besluit in zaaknummer 1653/TBI – Opstalen van 10 december 1999 en besluit in zaaknummer 1667/K+S Aktiengesellschaft – Compo en BASF van 29 december 1999.

137. Zie bijvoorbeeld besluit in zaaknummer 1667/K+S Aktiengesellschaft – Compo en BASF.

138. Zie besluit in zaaknummer 1374/NBM-Amstelland – Visser van 5 juli 1999.

139. Dit is ook het uitgangspunt in het besluit gegevensverstrekking waarin art. 1, sub h, onder 2, een door de concentratie beïnvloede markt definieert als: 'de markt waarop één of meer van de bij de concentratie betrokken ondernemingen werkzaam is en de markt waarop een andere bij de concentratie betrokken onderneming alsmede leveranciers of afnemers van de eerstbedoelde onderneming of ondernemingen werkzaam zijn'.

140. Zie o.a. besluit in zaaknummer 1550/Accell Group – Sparta Rijwiel- en Motorenfabriek van 2 november 1999, besluit in zaaknummer 1622/Praxis Groep – Marktkauf van 20 december 1999 en besluit in zaaknummer 1331/PNEM/MEGA – EDON van 20 oktober 1999.

141. Zie ook werkdocument Commissie inzake de behandeling van nevenrestricties in het licht van de concentratieverordening zoals gepubliceerd op internet voor de huidige opvattingen van de Commissie met betrekking tot nevenrestricties.

142. Zie besluit in zaaknummer 1409/Nutreco – Hencu van 4 augustus 1999 en besluit in zaaknummer 1549/Stibo – Baars & Bloemhoff van 25 oktober 1999.

143. Zie besluit in zaaknummer 1687/Meatpoint – CSG van 30 december 1999 en besluit in zaaknummer 1547/Sara Lee – Meester van 21 oktober 1999.

144. MvT, p. 78.

145. Zie besluit in zaaknummer 807/Staatsloterij – Lotto – Bankgiroloterij van 13 oktober 1999.

Per 1 januari 2000 is de tijdelijke vrijstelling voor concentraties in de financiële sector zoals neergelegd in artikel 32 Mw vervallen.¹⁴⁶ De reden voor deze vrijstelling was dat concentraties in de financiële sector al aan concentratietoezicht waren onderworpen op grond van de artikelen 23 t/m 27 van de Wet toezicht kredietwezen 1992 (WTK) en de artikelen 174 t/m 177 van de Wet toezicht verzekeringsbedrijven 1993 (WTV). De termijn van twee jaar was gesteld om de afbakening tussen het algemene concentratietoezicht en het specifieke toezicht op de bancaire en de verzekeringssector zodanig te laten plaatsvinden dat een evenwichtig en transparant mededingingstoezicht op de financiële sector werd gewaarborgd.¹⁴⁷ De toetsing op grond van de WTK 1992 en WTV 1993 werd voor een belangrijk deel uitgevoerd door De Nederlandsche Bank en de Verzekeringskamer ('de financiële toezichthouders'). Deze toetsen alle concentraties op 'gezond bank- cq. Verzekeringsbeleid' en 'gewensheid voor de ontwikkeling van het krediet- cq. Verzekeringswezen'. Dit laatste criterium zag mede op het tegengaan van ongewenste concentraties.¹⁴⁸

De Ministers van Economische Zaken en Financiën hebben op 10 december 1999 een brief aan de Tweede Kamer gestuurd waarin wordt aangegeven hoe in de nieuwe situatie de afbakening is tussen het reguliere concentratietoezicht en het concentratietoezicht uit de financiële wetten.¹⁴⁹ In deze brief stellen zij dat uit de parlementaire behandeling van de Mw volgt dat er slechts één toezichthouder over dient te blijven voor mededingingstoezicht in de financiële sector; de NMa. Vervolgens wordt op grond van deze bedoeling van de wetgever een andere interpretatie van het criterium 'gewensheid voor de ontwikkeling van het krediet- cq. verzekeringswezen' gekozen. Dit criterium zal voortaan geen mededingingsrechtelijke toets meer omvatten. Volgens de Ministers is daartoe geen wetswijziging nodig gezien de ruime omschrijvingen van de mededingingstoets in de financiële toezichtswetten. De Ministers laten hier een bijzonder staaltje extensieve teleologische wetsinterpretatie zien; de parlementaire behandeling van de Mw moet wel zeer extensief worden geïnterpreteerd om tot de conclusie te komen dat hierin tot een wijziging van de financiële toezichtswetten is besloten.¹⁵⁰

Met de overheveling van het concentratietoezicht op de financiële sector naar de NMa zal de materiële beoordeling van concentraties in de financiële sector naar verwachting anders worden dan voorheen. Sinds 1990 heeft De Nederlandsche Bank bij de beoordeling van voorgenomen concentraties in de financiële sector in Nederland in beginsel de Europese financiële markt als referentiekader genomen. Ook in de media heeft De Nederlandsche Bank verschillende malen aangegeven dat de schaalgrootte in het buitenland het minder relevant maakt om naar de Nederlandse marktverhoudingen te kijken. De NMa zal waarschijnlijk de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie volgen. Hieruit blijkt dat de markten voor particuliere en zakelijke financiële diensten vooralsnog nationaal moeten worden geacht. Het lijkt er derhalve op dat de ruimte voor concentraties tussen Nederlandse financiële dienstverleners kleiner is geworden met de NMa als toezichthouder.¹⁵¹

Protocol

De financiële toezichthouders staan in het geval van een dreigende nood situatie in de financiële sector verschillende instrumenten ter beschikking om deze het hoofd te bieden.¹⁵² Hier ontstaat een potentiële belangenconflict tussen de financiële toezichthouders en de NMa; de financiële toezichthouders kunnen een bepaalde concentratie noodzakelijk achten ter oplossing van een nood situatie terwijl de NMa tot taak heeft machtsposities op de Nederlandse markt te voorkomen. Voor deze potentiële conflictsituatie hebben de toezichthouders een regeling getroffen in het 'Protocol van De Nederlandsche Bank, de Verzekeringskamer en de Nederlandse mededingingsautoriteit betreffende concentraties in de financiële sector in nood situaties'¹⁵³ (Protocol). In het Protocol speelt de pre-notificatiefase een belangrijke rol. Indien een concentratie door financiële toezichthouders noodzakelijk wordt geacht ter voorkoming van een nood situatie en deze concentratie onder de jurisdictie van de NMa valt, zal de NMa in de

pre-notificatiefase een zoveel mogelijk zekerheid biedende en gemoedte voorlopige uitspraak doen over de uitkomst van de materiële beoordeling van de concentratie.

Om in een pre-notificatiefase op korte termijn een dergelijke gedetailleerde voorlopige uitspraak te kunnen doen is kennis van de door de concentratie beïnvloede markten noodzakelijk. Hierin is tevens in het Protocol voorzien. De NMa heeft aangegeven, met behulp van de financiële toezichthouders, de structuur van de financiële markten te onderzoeken. Indien de NMa tot de conclusie zou mogen komen dat bepaalde financiële markten reeds een zodanige concentratiegraad kennen dat de ruimte voor verdergaande concentratie naar haar oordeel beperkt is, zal zij de financiële toezichthouders hierover ook buiten het kader van de beoordeling van een concreet geval, informeren.

Indien zich daadwerkelijk een belangenconflict voordoet (de financiële toezichthouders achten een bepaalde concentratie noodzakelijk ter oplossing van een nood situatie terwijl de NMa op mededingingsbezwaren stuit), dan kunnen de NMa en de financiële toezichthouders, gezamenlijk of elk afzonderlijk, de dan ontstane situatie voorleggen aan de Minister van Economische Zaken. De Minister zal in dat geval (voorlopig) beoordelen of hij de verwachte weigering van de NMa om voor de concentratie een vergunning te verlenen zal 'overrulen' en toch een vergunning verleent op grond van gewichtige redenen van algemeen belang die zwaarder wegen dan de te verwachten belemmering van de mededinging.¹⁵⁴

Op deze wijze hebben financiële toezichthouders en de betrokken ondernemingen in een vroeg stadium (voorlopige) duidelijkheid over de haalbaarheid van de voorgenomen concentratie. Indien de NMa mededingingsrechtelijke bezwaren ziet, maar de Minister van Economische Zaken besluit dat de concentratie voor vergunning in aanmerking komt vanwege gewichtige redenen van algemeen belang, zal toch het gehele meldingstraject moeten worden doorlopen. Indien de NMa op grondslag van artikelen 40 en 46 Mw een ontheffing verleend van de verplichte wachtperiode kan de concentratie tot stand worden gebracht voorafgaand aan de vergunningverlening door de Minister. Uit artikel 46, lid 3, Mw volgt dat de Minister deze vergunning dan wel binnen 13 weken na de vergunningweigering door de NMa moet verlenen. Anders dient de concentratie ongedaan te worden gemaakt. De Minister zal derhalve sneller moeten beslissen dan in de zaak Rai-Jaarbeurs waarvoor hij meer dan 15 weken nodig had.¹⁵⁵

Verkorte afdoening

In het besluit in zaaknummer 1684/TBI Bouwgroep – Baas Beheer¹⁵⁶ heeft de NMa een motivering van het besluit op de grondslag van artikel 3:48 Awb achterwege gelaten, 'aangezien redelijkerwijs kon

146. Art. 107 Mw.

147. Kamerstukken II 24707, nr. 3, MvT, § 10.5, p. 34.

148. Kamerstukken II 1991-1992, 22665, nr. 9, p. 15 en 16.

149. Kamerstukken II 1999-2000, 26965, nr. 1, p. 1-6.

150. Zie in deze zin: P.P.J. van Ginneken, Toezicht NMa Concentratie in de Financiële Sector, *Nieuwsbrief Mededingingsrecht*, nr. 1, 29 januari 2000, p. 3.

151. Overigens heeft de NMa in het hieronder te bespreken Protocol met de financiële toezichthouders toegezegd de structuur van de financiële markten te onderzoeken en indien zij de ruimte voor verdere concentratie beperkt acht, dit aan te geven.

152. Vergelijk de noodregelingen in de zin van art. 70 e.v. WTK, art. 156 e.v. WTV en art. 66 e.v. Wet Toezicht Natura Uitvaartverzekeringsbedrijf, alsmede het na verkregen rechtelijke machtiging toe te passen opvang-instrument met het oog op overdracht van een portefeuille, als bedoeld in de voorgestelde art. 147d, derde lid, en 147e, eerste lid, WTV.

153. Dit protocol is te downloaden op de web-site van de NMa en tevens ter inzage gelegd bij de afdeling parlementaire documentatie van de Tweede Kamer, bijlage Kamerstukken II 1999-2000, 26965, nr. 1, p. 1-6, 26 maart 1993.

154. Art. 47 Mw.

155. *Stert*, 1999, nr. 129, p. 9.

156. Besluit van 29 december 1999.

worden aangenomen dat aan een motivering van dit besluit geen behoefte bestond'. De NMa volstond met de conclusies dat de gemelde concentratie binnen de werking van hoofdstuk 5 van de Mw viel en dat geen vrees bestond dat deze tot het ontstaan of de versterking van een machtspositie zou leiden. Het betrof hier een proefballonnetje aangezien de NMa onlangs derden heeft uitgenodigd reacties te geven op haar voorstel de afdoening van eenvoudige zaken door middel van een verkort besluit tot beleid te maken.¹⁵⁷ Met dit beleid beoogt de NMa haar werklust te verlichten. Zij stelt bovendien dat verkorte afdoening tevens tot een lastenverlichting van het bedrijfsleven zal leiden nu vertrouwelijkheid van gegevens geen discussiepunt meer zal zijn. Deze lastenbeperking lijkt echter van ondergeschikt belang.

JURISPRUDENTIE

B. HOF VAN JUSTITIE VAN DE
EUROPESE GEMEENSCHAPPEN

Zaak C-81/96, Burgemeester en wethouders van Haarlemmerliede en Spaarnwoude e.a./Gedeputeerde Staten van Noord-Holland

*Richtlijn 85/337/EEG betreffende de
milieueffectbeoordeling van bepaalde
openbare en particuliere projecten –
nieuwe vergunning voor bestemmingsplan –
Ruigoord*

Arrest van het Hof van 18 juni 1998, *Jur.*
1998, I-3923; conclusie van A-G Mischo van
5 maart 1997

*Richtlijn 85/337/EEG van de Raad van 27 juni
1985 betreffende de milieueffectbeoorde-
ling van bepaalde openbare en particuliere
projecten moet aldus worden uitgelegd, dat
zij een lidstaat niet toestaat, de in bijlage I
van de richtlijn opgenomen projecten te ont-
heffen van de verplichtingen inzake de mi-
lieueffectbeoordeling, wanneer*
– voor die projecten reeds een vergunning
was verleend vóór 3 juli 1988, de datum
waarop de termijn tot omzetting van de richt-
lijn afliep,
– bij de voorbereiding van die vergunning
geen milieueffectrapportage had plaatsge-
vonden die voldeed aan de eisen die de richt-
lijn daaraan stelt, en van die vergunning
geen gebruik is gemaakt, en
– na 3 juli 1988 formeel een nieuwe vergun-
ningsprocedure wordt ingeleid.

Uit het arrest

1. Bij beschikking van 12 maart 1996, inge-
komen bij het Hof op 18 maart daaraanvol-
gend, heeft de Nederlandse Raad van State
krachtens artikel 177 EG-Verdrag een pre-
judiciële vraag gesteld over de uitlegging van
richtlijn 85/337/EEG van de Raad van 27 juni
1985 betreffende de milieueffectbeoorde-
ling van bepaalde openbare en particuliere
projecten (*PbEG* L 175, p. 40; hierna: 'richt-
lijn').

2. Deze vraag is gerezen in het kader van het

beroep dat verschillende belanghebbenden
hebben ingesteld tegen het besluit van 18 mei
1993, waarbij Gedeputeerde Staten van
Noord-Holland het bestemmingsplan 'Ruig-
oord 1992' hadden goedgekeurd, dat op 21
september 1992 door de gemeenteraad van
Haarlemmerliede en Spaarnwoude was vast-
gesteld krachtens de Wet op de Ruimtelijke
Ordening (*Stb.* 1962, p. 286). Grond voor het
beroep was dat voorafgaande aan de goed-
keuring van het betrokken plan geen milieu-
effectrapportage had plaatsgevonden, die
voldoet aan de eisen die de richtlijn stelt.

4. De werken waarin dit plan voorziet, waren
reeds opgenomen in het bestemmingsplan
'Landelijk Gebied 1968' en in de streek-
plannen 'Amsterdam-Noordzeekanaalge-
bied 1979' en 'Amsterdam-Noordzeekanaal-
gebied 1987', doch de uitvoering is nooit
verder gekomen dan de ophoging met zand
van een gedeelte van het betrokken gebied,
einde jaren '60. Voordat voor die plannen
vergunning werd verleend, had geen milieu-
effectrapportage plaatsgevonden, die vol-
deed aan de eisen die de richtlijn stelt.

5. In het door de gemeenteraad van Haarlem-
merliede en Spaarnwoude op 25 september
1984 vastgestelde bestemmingsplan 'Ruig-
oord 1984' was aan het grootste gedeelte van
het gebied een recreatieve bestemming gege-
ven. Bij besluit van 5 maart 1985 onthielden
Gedeputeerde Staten van Noord-Holland
grotendeels hun goedkeuring aan dat plan.
Het is de bedoeling dat het bestemmingsplan
'Ruigoord 1992' in de plaats komt van het be-
stemmingsplan 'Landelijk gebied 1968'.

6. Volgens artikel 1, lid 1, heeft de richtlijn
betrekking op de milieueffectbeoordeling
van openbare en particuliere projecten die
aanzienlijke gevolgen voor het milieu kun-
nen hebben.

7. Volgens artikel 1, lid 2, wordt onder pro-
ject verstaan: 'de uitvoering van bouwwer-
ken of de totstandbrenging van andere instal-
laties of werken' en 'andere ingrepen in
natuurlijk milieu of landschap, inclusief de
ingrepen voor de ontginning van de bodem-
schatten'. Volgens dezelfde bepaling wordt
onder vergunning verstaan: 'het besluit van
de bevoegde instantie of instanties waardoor
de opdrachtgever het recht verkrijgt om het
project uit te voeren'.

Immers, ondernemingen moeten nog altijd de bij de melding voorge-
schreven gegevens verstrekken.¹⁵⁸

157. Zie de website van de NMa (www.nma-org.nl). Onder een 'clear cut'
concentratie verstaat zij een concentratie waarbij er redelijkerwijs geen
twijfel bestaat over het karakter van de operatie (fusie, verwerving van
zeggenschap of totstandbrenging van een gemeenschappelijke onderne-
ming) en waarbij het evident is dat de concentratie uit mededingingsog-
punt geen bezwaren oproept.

158. Waarin overigens na de inwerkingtreding van het nieuwe Besluit
gegevens verstrekking Mededingingswet per 1 juli 2000 meer gegevens
moeten worden opgenomen.

8. Artikel 2, lid 1, van de richtlijn bepaalt: 'De
lidstaten treffen de nodige maatregelen om te
verzekeren dat, voordat een vergunning
wordt verleend, de projecten die een aanzien-
lijk milieu-effect kunnen hebben, met name
gezien hun aard, omvang of ligging, worden
onderworpen aan een beoordeling van die ef-
fecten.

Deze projecten worden omschreven in artikel
4.'

10. Ingevolge artikel 12, lid 1, van de richtlijn
dienden de lidstaten de nodige maatregelen te
treffen om binnen drie jaar na de kennisge-
ving ervan aan de richtlijn te voldoen. De
richtlijn werd op 3 juli 1985 ter kennis van de
lidstaten gebracht, zodat de termijn afliep op
3 juli 1988.

11. De richtlijn is in Nederlands recht omge-
zet bij onder meer het Besluit milieu-effect-
rapportage van 20 mei 1987 (*Stb.* 1987,
p. 278; hierna: 'Besluit Mer'). Hierin worden
de projecten ('activiteiten' genoemd) aange-
wezen, waarvoor een milieu-effectrapport
moet worden gemaakt. Zo wordt in het Be-
sluit Mer de aanleg van een haven voor civiel
gebruik voor de binnenscheepvaart of voor
de zeescheepvaart als 'activiteit' aange-
merkt, wanneer het een haven betreft die
bevaarbaar is voor schepen met een laadver-
mogen van 1 350 ton of meer; vóór de vast-
stelling van een plan dan wel een ruimtelijk
plan dat als eerste in de mogelijkheid van ha-
venaanleg voorziet, moet dan ook een milieu-
effectrapport worden gemaakt.

12. Artikel 9, lid 2, van het Besluit Mer be-
paalt evenwel, dat het maken van een milieu-
effectrapport niet verplicht is in de gevallen
waarin een 'activiteit' in de zin van het Be-
sluit Mer reeds is opgenomen in een geldend
structuur- of bestemmingsplan dan wel in een
geldend streekplan.

14. De nationale rechter bij wie het beroep is
ingesteld, stelt vast dat een milieu-effectrap-
portage, die in beginsel bij de voorbereiding
van het litigieuze bestemmingsplan had moe-
ten plaatsvinden, ingevolge het Besluit Mer
niet verplicht was, omdat het plan in eerdere
bestemmingsplannen was opgenomen.

15. Omdat hij twijfelde of deze regeling ven-
enigbaar is met de richtlijn, besloot de Raad
van State de behandeling van de zaak te
schorsen en het Hof de volgende prejudiciële