

MEDEDINGINGSRECHT

AAK20086031

Mr. J.M.M. van de Hel en mr. K.E.L. van Haastrecht

Nederlands Mededingingsrecht

Wetgeving

Wetsvoorstel bijklussende overheid

Op 25 februari 2008 heeft het kabinet het langverwachte wetsvoorstel tot aanpassing van de Mededingingswet ter invoering van gedragsregels voor de overheid ingediend (*Kamerstukken II* 2007-08, 31 354). Het wetsvoorstel heeft tot doel oneerlijke concurrentie tussen de overheid en private ondernemingen te voorkomen. Reden voor het voorstel is dat er al jaren klachten zijn over commerciële activiteiten van overheidsinstellingen waarbij oneigenlijk gebruik zou worden gemaakt van publieke middelen. Op grond van de huidige Mededingingswet is het niet mogelijk hiertegen op te treden. Het voorstel is om in de Mededingingswet onder meer op te nemen dat een overheidsinstelling bij het verrichten van economische activiteiten tenminste de integrale kosten in rekening zal moeten brengen. Verder zal het de overheid niet zijn toegestaan gegevens die in het kader van een publieke taak zijn verkregen voor commerciële activiteiten te gebruiken, tenzij deze gegevens ook aan derden beschikbaar worden gesteld. Ook zal het de overheid worden verboden om overheidsinstellingen boven private ondernemingen te bevoordelen. De NMa zal de bevoegdheid krijgen om in geval van overtreding van deze regels een last onder dwangsom op te leggen.

Handhaving

Onderzoek overname Gouden Gids

De NMa heeft besloten nader onderzoek in te stellen naar de overname van Gouden Gids door De Telefoon-gids. De NMa is vooralsnog van oordeel dat deze overname tot een beper-

king van de concurrentie kan leiden op het gebied van (papieren en online) naslagwerken met contactgegevens van bedrijven en personen. De NMa is bevreesd dat er op de markt voor het aanbieden van advertentieruimte in papieren naslagwerken onvoldoende alternatieven voor bedrijven overblijven, aangezien Gouden Gids en de Telefoongids 90% tot 100% van deze markt in handen hebben. Ook is de NMa bezorgd dat partijen een (te) sterke positie krijgen op de markt voor het aanbieden van advertentieruimte in online naslagwerken. Het vervolgonderzoek zal zich richten op de vraag in hoeverre online advertentiemogelijkheden concurrentiedruk uitoefenen op de mogelijkheden voor advertenties in de papieren naslagwerken van partijen. Ook zal nader worden onderzocht in hoeverre andere online advertentiemogelijkheden, zoals via Google en Yahoo, concurrentiedruk uitoefenen op activiteiten van Gouden Gids en De Telefoongids (www.nmanet.nl).

'Oude' boetes bouwbedrijven gehandhaafd

De NMa heeft de boetes gehandhaafd die eerder aan de bouwondernemingen Dura Vermeer en Ballast Nedam zijn opgelegd voor het maken van verboden kartelafspraken. Aan deze en aan zes andere ondernemingen heeft de NMa in 2003 boetes opgelegd van in totaal ongeveer € 100 miljoen wegens kartelvorming in het kader van aanbestedingen in de regio Haarlemmermeer/Schiphol. Enkele maanden na oplegging van deze boetes is de NMa een grootschalig onderzoek naar kartelafspraken in de bouwsector gestart, ook wel de 'schoon schip operatie' genoemd. Deze operatie heeft uiteindelijk geleid tot de beboeting van honderden bouwondernemingen, waaronder ook de reeds eerder beboete ondernemingen, voor deelname aan het sectorbrede kartelgedrag. Aangezien deze laatste ondernemingen vergaande medewerking aan het grootschalige onderzoek van de NMa hadden verleend en daarnaast ook een bijdrage hadden geleverd aan een collectieve regeling van financiële claims van overheidsopdrachtgevers, heeft de NMa vervolgens besloten de eerder opgelegde boetes

te verlagen tot ongeveer € 50 miljoen in totaal. Hiertegen hebben Dura Vermeer en Ballast Nedam bezwaar ingesteld. De twee bouwondernemingen zijn van oordeel dat de 'oude' boetes op nihil hadden moeten worden gesteld, althans (nog) verder hadden moeten worden verlaagd. Hierbij is een beroep gedaan op het *ne bis in idem* beginsel: niemand kan tweemaal voor hetzelfde feit worden bestraft. Verder hebben de ondernemingen aangevoerd dat de NMa in het kader van de 'schoon schip operatie' voor vergelijkbare kartelafspraken veel lagere boetes heeft opgelegd. De NMa heeft de bezwaren echter ongegrond verklaard. Dura Vermeer en Ballast Nedam hebben inmiddels beroep ingesteld bij de Rechtbank Rotterdam (www.nmanet.nl).

Boete ex-werknemer wegens niet-medewerking

De NMa heeft voor het eerst een ex-werknemer beboet voor diens weigering medewerking te verlenen aan een onderzoek van de NMa. De betreffende persoon weigerde de NMa informatie te verstrekken in het kader van een onderzoek naar prijsafspraken in de boomkwekerijsector. De NMa heeft hiervoor een boete opgelegd van € 10.000,-. Het (verkapte) beroep van de betreffende persoon op zijn zwijgrecht is door de NMa – in lijn met eerdere rechtspraak – in bezwaar afgewezen. De persoon was namelijk zelf geen onderwerp van het onderzoek en ook niet (meer) werkzaam bij een onderneming waartegen het onderzoek was gericht. Bij het opleggen van de boete – die in theorie maximaal € 450.000,- kan bedragen – heeft de NMa rekening gehouden met de financiële positie van de betreffende persoon. Het is niet geheel duidelijk hoe de NMa uiteindelijk de hoogte van de boete heeft bepaald (www.nmanet.nl).

Literatuur

- W. Sauter, 'Diensten van algemeen economisch belang en universele dienstverplichtingen in de gezondheidszorg', *M&M* 2008, nr. 1, p. 4-12;
- E.J.P. Schothorst-Gransier en M. Margadant, 'De Nieuwe Mededingingswet en Richtsnoeren Clemen-

tie, klikken loont! Of toch niet?', *AR* 2008, nr. 1, p. 16-23;

- J.L. de Grou en W.A. Woerman, 'NMa Digitale Werkwijze 2007: Syntax Error?', *AM* 2008, nr. 2, p. 37-39;
- M. van Joolingen, N. van Nuland, 'Nevenrestricties in de transactiepraktijk', *OR* 2008, nr. 1, p. 16-22;
- M. Varkevisser en E. Schut, 'NMa moet strenger zijn bij toetsen ziekenhuisfusies', *ESB* 2008, nr. 4532, p. 196-199.

Europees Mededingingsrecht

Handhaving

Nieuwe recordboetes voor Microsoft
De Commissie heeft aan Microsoft een recordboete van € 899 miljoen opgelegd voor het niet naleven van de aan haar door de Commissie opgelegde verplichting technische informatie vrij te geven waarmee *workgroup* servers kunnen communiceren met PC's en servers die het besturingsprogramma Windows gebruiken. Deze verplichting houdt verband met het in 2004 door de Commissie vastgestelde misbruik van een economische machtspositie op de markt voor besturings- en serversystemen voor PC's waarvoor Microsoft destijds een boete van € 497 miljoen heeft gekregen. De Commissie is ditmaal van oordeel dat Microsoft aan concurrenten te hoge prijzen heeft berekend voor het vrijgeven van de technische informatie. Deze boete is de hoogste boete die ooit aan een individuele onderneming is opgelegd. Het is overigens niet de eerste keer dat de Commissie constateert dat Microsoft niet aan haar verplichting voldoet. Zo is Microsoft ook al in 2005 voor een bedrag van € 280 miljoen beboet. De Commissie heeft nu in totaal voor € 1,68 miljard aan boetes aan Microsoft opgelegd. Ook dit is een record (www.europa.eu).

Rechtspraak

GvEA 18 maart 2008, zaak T-511/07 (Aer Lingus / Commissie – Ryanair)
De president van het Gerecht heeft

het verzoek van de Ierse luchtvaartmaatschappij Aer Lingus om de Commissie te gebieden van haar concurrent Ryanair te verlangen dat zij haar stemrechten in Aer Lingus voorlopig niet uitoefent, afgewezen. Dit verzoek hield verband met het vijandige plan van Ryanair om Aer Lingus over te nemen. Dit plan is vorig jaar door de Commissie afgekeurd. Tegen deze beschikking heeft Ryanair beroep ingesteld. Vervolgens heeft Ryanair haar bestaande minderheidsdeelneming in Aer Lingus vergroot. Dit was voor Aer Lingus reden de Commissie te vragen Ryanair te verplichten deze minderheidsdeelneming af te stoten. De Commissie was echter van oordeel hiertoe niet bevoegd te zijn zolang Ryanair niet over juridische of feitelijke zeggenschap in Aer Lingus beschikt. Tegen dit oordeel heeft Aer Lingus - op haar beurt - beroep ingesteld. Tegelijkertijd heeft Aer Lingus om een voorlopige voorziening van de President van het Gerecht verzocht. De President bevestigt in zijn beschikking dat de Commissie niet bevoegd is tot het nemen van een dergelijk besluit. De Commissie is hier volgens de President uitsluitend toe bevoegd indien sprake is van een wijziging van zeggenschap en de transactie daadwerkelijk is voltooid. Anders dan Aer Lingus heeft gesteld, is van een lacune in de regelgeving geen sprake. De President wijst er op dat indien in dit geval sprake zou kunnen zijn van een beperking van de concurrentie de nationale mededingingsautoriteiten bevoegd zijn het kartelverbod en het verbod van misbruik van een economische machtspositie toe te passen.

HvJEG 12 februari 2008, zaak C-199/06 (CELF / SIDE)

Het Hof heeft een interessante uitspraak gedaan over de terugvordering van onrechtmatig verleende staatssteun. Aanleiding was een slepend geschil tussen de concurrerende Franse boekenexporteurs CELF en SIDE over een door de Franse staat aan CELF verleende exploitatiesubsidie. Volgens SIDE was sprake van verboden staatssteun omdat de subsidie aan CELF niet van te vo-

ren door de Commissie was goedgekeurd. Na diverse procedures concludeerde de Commissie uiteindelijk dat het verlenen van de subsidie geoorloofd is. Inmiddels was SIDE een nationale procedure gestart, met als inzet beëindiging en terugbetaling van de subsidie. Dit was voor de Franse rechter reden het Hof te vragen of een lidstaat verplicht is onrechtmatig verleende steun - in de zin dat deze niet van te voren is goedgekeurd - terug te vorderen, ook wanneer de Commissie inmiddels heeft vastgesteld dat de steun geoorloofd is. Het Hof is van oordeel dat het Europees recht in dit geval niet verplicht tot volledige terugvordering van de verleende steun. Wel dient volgens het Hof de rente over het subsidiebedrag te worden teruggevorderd, aangezien het subsidiebedrag anders in afwachting van de beslissing van de Commissie elders had moeten worden geleend.

Literatuur

- M.F.A.M. Smeets, 'Het Commissievoorstel inzake schikkingen: beter ten hele geschikt dan ten halve gedwaald?', *M&M* 2008, nr. 2, p. 32-37;
- E. Oude Elferink, 'De zaak BASF/Commissie: stiekem heel spectaculair', *AM* 2008, nr. 3, p. 68-73;
- J.C.A. Houdijk, 'Zelfregulering door de vrijeberoepssector en het mededingingsrecht: enige argumenten vóór een algemeen belang rule of reason', *NTER* 2008, nr. 1/2, p. 16-26;
- P.C. Adriaanse, 'Afzien van terugvordering van in strijd met het gemeenschapsrecht verleende financiële steun vanwege het rechtszekerheidsbeginsel', *NTER* 2008, nr. 1/2, p. 40-45;
- S.J.H. Evans, 'Legal privilege na het AKZO-arrest: goed nieuws voor de 'happy few'', *NTER* 2008, nr. 3, p. 49-54;
- E. Oude Elferink, 'Ompakking van geneesmiddelen: de stand van zaken (Boehringer II)', *NTER* 2008, nr. 3, p. 59-65.

* Op het terrein van het Europees mededingingsrecht worden in de rubriek **Europees recht** van Katem ook belangrijke uitspraken en regelgeving opgenomen.