

De civiele rechter

Rechtbank Rotterdam, 11 juni 2007, MEDED
06/1611-WILD, MEDED 06/1617-WILD, MEDED
06/1618-WILD en MEDED 06/1619-WILD,
LJN: BA7252

Met noot Martijn van de Hel

rechterlijke toetsing concentratiebesluit

Uitspraak in het geding tussen

1. Broadcast Newco Two B.V., gevestigd te Terneuzen, hierna eiseres 1, gemachtigde mr. P. Burger, advocaat te Amsterdam,
2. Vodafone Libertel N.V., gevestigd te Maastricht, hierna eiseres 2, gemachtigde mr. M.I. Robichon-Lindenkamp, advocaat te Amsterdam,
3. UPC Nederland B.V., gevestigd te Amsterdam, hierna eiseres 3, gemachtigde mr.drs. W. Knibbeler en mr. C.E. Schillemans, advocaten te Amsterdam,
4. Orange Nederland N.V., gevestigd te 's-Gravenhage, hierna eiseres 4, gemachtigde mr. M.I. Robichon-Lindenkamp, advocaat te Amsterdam,

en

de Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, verweerder,

met als derde-partij:

KPN Telecom B.V. en KPN B.V. (voorheen Nozema Services N.V.), hierna: KPN, gemachtigde mr. J.K. de Pree, advocaat te 's-Gravenhage.

1. Ontstaan en loop van de procedure

Op 23 december 2005 heeft verweerder een melding ontvangen van een voorgenomen concentratie in de zin van artikel 34 van de Mededingingswet (hierna: Mw). Hierin is medegedeeld dat KPN Telecom B.V. het voornemen heeft zeggenschap te verkrijgen, in de zin van artikel 27, aanhef en onder b, van de Mw, over Nozema Services N.V. (hierna: Nozema).

Bij besluit van 6 maart 2006 heeft verweerder aan KPN medegedeeld dat voor het tot stand brengen van de concentratie waarop de melding betrekking heeft geen vergunning is vereist.

Tegen dit besluit (hierna: het bestreden besluit) hebben eiseressen 1, 2, 3 en 4 bij brieven van respectievelijk 13 april 2006, 13 april 2006, 13 april 2006 en 14 april 2006 beroep ingesteld.

Verweerder heeft bij brief van 25 september 2006 een verweerschrift ingediend.

Bij brief van 9 november 2006 heeft KPN een schriftelijke uiteenzetting ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 27 februari 2007, alwaar eiseres zich heeft doen vertegenwoordigen door haar gemachtigde, bijgestaan door mr. H.J. van Henten. Namens eiseres 2 en eiseres 4 was aanwezig hun gemachtigde. Namens eiseres 3 was aanwezig mr. C.E. Schillemans. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. B.J. Drijber en mr. W.T. Algera. Namens KPN was aanwezig haar gemachtigde.

2. Overwegingen

Achtergrond en bestreden besluit

Bij het bestreden besluit heeft verweerder vastgesteld dat geen vergunning is vereist voor het tot stand brengen van de aangemelde concentratie tussen KPN en Nozema. Met deze transactie neemt KPN de aandelen in Nozema over van de huidige aandeelhouders, te weten de Staat der Nederlanden, de Nederlandse Omroepstichting (NOS) en Radio Nederland Wereldomroep. Onderdeel van de concentratie is de samenvoeging van de aandelen die KPN (40%) en Nozema (40%) elk houden in Digitenne Holding B.V., de moedervennootschap van Digitenne B.V. (hierna gezamenlijk: Digitenne).

Nozema is aanbieder van zendernetwerkdiensten, waarbij doorgifte van analoge FM-radio haar belangrijkste taak is. Om haar overeenkomsten met radio-omroepen te kunnen uitvoeren, dient Nozema toestemming te krijgen van KPN voor het gebruik van een zendmast en van Novec B.V. (hierna: Novec) voor het gebruik van het antenne-opstelpunt op die zendmast. Nozema is dus afnemer van de infrastructuurdiensten van KPN, naast aanbieder van zendernetwerkdiensten aan radio-omroepen. Na de concentratie komen die beide diensten in één hand. Verweerder heeft vastgesteld dat partijen als gevolg van deze verticale integratie de prikkel en de mogelijkheid hebben om andere transmissie-operators uit te sluiten, in die zin dat KPN als eigenaar van de zendmast aan haar eigen dochtermaatschappij Nozema betere voorwaarden zou kunnen geven dan aan een concurrent van Nozema. Daardoor zou Nozema bij het aanbieden van haar zendernetwerkdiensten een kostenvoordeel genieten. Dit gedrag zou bovendien een significant effect op de mededinging hebben. Daarom was de concentratie in beginsel vergunningplichtig.

KPN heeft echter in een vroeg stadium verbintenissen aangeboden om dit probleem te verhelpen. Zij verbond zich ertoe om binnen twee jaar de eigendom van alle haar toebehorende hoge zendmasten die in het kader van het zogenoemde Zero Base plan (verdeling van commerciële radio-omroep frequenties) worden gebruikt, over te dragen aan een onafhankelijke derde. In de tussentijd zou deze infrastructuur worden beheerd door

Rechtspraak

Novec, ook een onafhankelijke partij. Met het aanbieden van deze verbintenissen heeft KPN haar melding aangepast. Aangezien verweerder van oordeel was dat deze verbintenissen, zoals uiteindelijk geformuleerd, voldoende zijn om de verticale integratie te voorkomen en daarmee het geconstateerde mededingingsprobleem weg te nemen, was de verticale integratie niet langer een reden om voor de concentratie een vergunning te eisen.

Digitenne heeft in 2003 de (enige) commerciële DVB-T (Digital Video Broadcasting- Terrestrial) vergunning verworven om digitale televisie via de ether aan te bieden aan vaste televisietoestellen. Op dat moment werd niet voorzien dat deze techniek tevens, onder de naam DVB-H (Handheld), een standaard voor de digitale transmissie naar mobiele apparaten zou worden. Verweerder verwacht dat in de nabije toekomst de vraag naar wholesaletoeegang tot DVB-H ten behoeve van de digitale transmissie van televisiesignalen naar mobiele ontvangers gestaag zal stijgen.

KPN is aanbieder van mobiele communicatiediensten op de retailmarkt, maar krijgt daarnaast de beschikking over de DVB-T vergunning en controleert daarmee de toegang tot deze standaard (waaronder die van de DVB-H). Verweerder stelt zich op het standpunt dat KPN de prikkel en de mogelijkheid heeft om concurrerende aanbieders die toegang te bemoeilijken. Daardoor zou zij haar eigen positie op de mobiele retailmarkt significant kunnen versterken, althans voor televisiesignalen. Dit mededingingsprobleem is naar de mening van verweerder echter niet het gevolg van de concentratie, omdat KPN ook vóór de concentratie tot uitsluitingsgedrag in staat moest worden geacht. Verweerder acht het aannemelijk dat Nozema, de andere grote aandeelhouder van Digitenne, er geen belang bij had (en in de daaropvolgende drie jaar ook niet zal hebben) om – in de situatie dat de aan de orde zijnde concentratie niet zou plaatsvinden – haar vetorechten te gebruiken om KPN van dergelijk gedrag af te houden. Nozema's prioriteit ligt bij de landelijke uitrol van het Digitenne-pakket, waarvan zij de transmissie verzorgt en dat voor haar een belangrijke inkomstenbron vertegenwoordigt. In de tussentijd is Digitenne sterk afhankelijk van een door KPN verstrekte kredietfaciliteit. Nozema had er daarom geen belang bij KPN ervan te weerhouden tot dergelijk uitsluitingsgedrag over te gaan. Dit betekent dat als genoemd gedrag zich zou voordoen, dat niet een gevolg van KPN's overname van Nozema zou zijn.

Verweerder stelt alle facetten van de betrokken markten en diensten systematisch en uitvoerig onderzocht te hebben, hetgeen resulteert in het bestreden besluit. Op de twee meest kritieke onderdelen, te weten de verticale integratie en de controle van KPN over de toegang tot DVB-T/H, kwam verweerder tot het oordeel dat de overname van Nozema door KPN wél bron van mededingingsproblemen zou zijn. Om bovenstaande redenen hoefde dat echter niet tot een vergunningseis te leiden.

Wettelijk kader

Ingevolge artikel 27, aanhef en onder b, van de Mw wordt onder een concentratie verstaan het direct of indirect verkrijgen van zeggenschap door: 10. een of meer natuurlijke personen of rechtspersonen die reeds zeggenschap over ten minste een onderneming hebben, of

20. een of meer ondernemingen over een of meer andere ondernemingen of delen daarvan door middel van de verwerving van participaties in het kapitaal of van vermogensbestanddelen, uit hoofde van een overeenkomst of op enige andere wijze.

In artikel 37, eerste lid, van de Mw is bepaald dat verweerder binnen vier weken na het ontvangen van een melding mededeelt of voor het tot stand brengen van de concentratie waarop die melding betrekking heeft, een vergunning is vereist.

Ingevolge artikel 35, tweede lid, van de Mw kan verweerder, indien de verstrekte gegevens onvoldoende zijn voor de beoordeling van een melding, van degene die de melding heeft gedaan, aanvulling van de melding verlangen. In artikel 38 van de Mw is bepaald dat dan de termijn van vier weken wordt opgeschort met ingang van de dag waarop verweerder op grond van artikel 35, tweede lid, aanvulling van de melding verlangt tot de dag waarop die aanvulling is gegeven.

Op grond van het tweede lid van artikel 37 van de Mw kan verweerder bepalen dat voor een concentratie een vergunning is vereist, indien hij reden heeft aan te nemen dat als gevolg van die concentratie een economische machtspositie kan ontstaan of worden versterkt die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd.

De grieven en de beoordeling daarvan**De marktafbakening**

Eiseressen 2 en 4 hebben zich op het standpunt gesteld dat verweerder in het bestreden besluit de relevante markten onjuist heeft afgebakend. Zij zijn van mening dat verweerder een onderscheid had moeten maken tussen analoge en digitale doorgifte van televisiesignalen. Zij stellen dat er een aparte markt bestaat voor doorgifte van televisiesignalen via DVB-H, die zij omschrijven als de 'markt voor mobiele televisiediensten'. Zij zijn van mening dat de aanname van verweerder dat gebruikers eventuele mobiele televisiediensten liefst gecombineerd ontvangen met al bestaande spraak, sms- of mobiele radiodiensten onjuist is.

De rechtbank is van oordeel dat eiseressen 2 en 4 in hun beroepschrift de marktafbakening door verweerder in het bestreden besluit niet juist hebben weergegeven. De rechtbank is met verweerder van oordeel dat de overweging in het bestreden besluit dat digitale televisie slechts een verdere ontwikkeling vormt van analoge televisie en derhalve geen aparte productmarkt vormt, betrekking

heeft op de afbakening van de markt voor de doorgifte van televisiesignalen naar vaste apparaten. Daarna is in het bestreden besluit in de punten 104 tot en met 129 de digitale doorgifte van televisiesignalen naar mobiele ontvangers besproken. Daarbij is door verweerder geconcludeerd dat wordt uitgegaan van een aparte markt voor wholesale-toegang tot DVB-H ten behoeve van doorgifte van televisiesignalen naar mobiele ontvangers.

Verticale integratie

Eiseres 1 heeft betoogd dat de combinatie van de infrastructuurdiensten van KPN op haar hoge zendmasten met de zendernetwerkdiensten van Nozema leidt tot verticale integratie. KPN wordt zo in staat gesteld om de concurrenten van Nozema uit te sluiten door Nozema betere voorwaarden te bieden. De remedies, te weten de overdracht van de betontorens en de masten van KPN en de beheersovereenkomst tussen KPN en Novec voorafgaande aan die overdracht, worden volstrekt onvoldoende geacht om deze mededingingsrechtelijke problemen weg te nemen. Door de concentratie zal een te grote afhankelijkheid van KPN/Nozema ontstaan. Verweerder heeft dan ook ten onrechte een tweede fase onderzoek achterwege gelaten.

De rechtbank stelt in dit verband vast dat KPN en Nozema voorafgaande aan de overname geen concurrenten waren, zodat horizontale verbanden niet aan de orde waren. Verweerder moest dan ook slechts onderzoeken of de concentratie, als gevolg van het bestaan van bepaalde verticale relaties, zou kunnen leiden tot het ontstaan van of het versterken van een economische machtspositie met significante gevolgen voor de mededinging.

De rechtbank is met verweerder van oordeel dat het onherroepelijk afstand doen van het beheer van en de controle over de toegang tot (de betonnen onderbouw van) de betreffende hoge zendmasten, de verticale integratie van de infrastructuur- en zendernetwerkdiensten van partijen op het gebied van analoge FM-radio voorkomt, en daarmee de mogelijkheid voorkomt om andere transmissie-operators uit te sluiten. Daarmee wordt derhalve het bovenstaande mededingingsprobleem weggenomen.

Door eiseres 1 is voorts aangevoerd dat alle zendmasten betrokken hadden moeten worden bij de regeling waarbij afstand gedaan wordt van het beheer van en de controle tot de betreffende hoge masten. De rechtbank volgt deze stelling niet. Verweerder heeft op overtuigende wijze aannemelijk gemaakt dat alleen de masten die FM-signalen uitzenden van wezenlijk belang zijn, omdat AM en korte golf geen substituten zijn voor FM. Met betrekking tot de FM-signalen is vervolgens via de beheersovereenkomst en uiteindelijke afstoting een oplossing gevonden, waarbij alle zendmasten die FM-signalen uitzenden zijn betrokken. Met betrekking tot andere technieken ziet de rechtbank geen aanleiding aan te nemen dat daarbij in de nabije toekomst mededingingsrechtelijke problemen ontstaan.

Eiseres 1 is daarnaast van mening dat de definitieve tekst van de beheersovereenkomst tussen KPN en Novec ten onrechte geen deel uitmaakt van de gedingstukken. Zij acht dit wel noodzakelijk in verband met een zorgvuldige voorbereiding van de zaak. Ten aanzien hiervan overweegt de rechtbank dat ter zitting is gebleken dat de definitieve versie van de beheersovereenkomst door verweerder niet bij de stukken is gevoegd omdat op het moment van het nemen van het bestreden besluit nog geen definitieve versie aanwezig was, maar slechts een concept. De definitieve overeenkomst is inhoudelijk wel in overeenstemming met hetgeen in het concept is opgenomen, aldus verweerder.

Uit het bovenstaande volgt dat verweerder bij het bestreden besluit geen rekening had kunnen houden met de definitieve overeenkomst, zodat deze grief niet kan slagen.

Eiseres 1 heeft verder gesteld dat verweerder had moeten constateren dat als gevolg van de concentratie zowel de al bestaande machtspositie van Nozema als een machtspositie van KPN op de infrastructuurmarkt wordt versterkt met het nieuwe KPN/Nozema. Eiseres 1 stelt dat beide dominante posities op deze infrastructuurmarkt door de bundeling van de bedrijfsvoering worden samengevoegd en daarmee versterkt. KPN heeft immers, naast de betontorens, de beschikking gekregen over de antennesystemen, alsmede een economische machtspositie op de onderliggende distributiemarkt - versterking is er bovendien omdat KPN over veel meer financiële middelen beschikt dan Nozema. Dit laatste maakt dat de kans op uitsluiting door KPN/Nozema nog groter is geworden. Ook is door de concentratie knowhow van KPN toegevoegd, en heeft KPN gunstige contracten in het kader van de afstoting van de mastvoeten gesloten. Dit heeft de machtspositie van het nieuwe KPN/Nozema eveneens versterkt. De rechtbank is van oordeel dat deze grief niet slaagt. Daartoe overweegt de rechtbank ten eerste dat KPN, voor zover voor deze concentratie van belang, door afstoting van de torens geen relevante speler meer is als aanbieder van infrastructuurdiensten. Ten tweede strookt de stelling dat Nozema over een machtspositie beschikte, niet met de bevindingen van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) in het 'Besluit betreffende de vaststelling van daadwerkelijke concurrentie op de markten voor de levering van transmissiediensten van analoge radiosignalen via FM en middengolf aan programma-aanbieders als bedoeld in hoofdstuk 6A van de Telecommunicatiewet' van 17 juli 2006. Uit dat besluit blijkt dat de markt voor analoge FM-transmissiediensten daadwerkelijk concurrerend is en dat Nozema geen aanmerkelijke marktmacht had. Voorts is niet aannemelijk gemaakt dat KPN over zodanig grote financiële middelen en zodanige knowhow beschikt dat als gevolg daarvan KPN/Nozema op de markt van FM-transmissiediensten over een economische machtspositie zou komen te beschikken. Het enkel verwijzen naar financiële reserves van de overnemende

Rechtspraak

onderneming is immers onvoldoende om aan te nemen dat een machtspositie wordt versterkt

Eiseres 1 heeft gesteld dat verweerder ten onrechte niet is ingegaan op de infrastructuurmarkt voor toegang tot antennesystemen. Op deze markt is Nozema dominant en daardoor zouden de mededingingsbeperkende gedragingen van Nozema ontstaan. Verweerder zou hiernaar ten onrechte geen onderzoek hebben gedaan in het kader van de melding van de concentratie. De rechtbank volgt deze stelling niet.

Als gevolg van de concentratie zou zowel de betonnen onderbouw als hetgeen daarop is gebouwd, met name de antennesystemen, in handen van KPN komen. Door middel van de beheersregeling gaan de betonnen onderbouwen echter feitelijk in andere handen over. De rechtbank ziet onder deze omstandigheden dan ook niet in welk (mededingingsbeperkend) gevolg de concentratie heeft op de 'markt voor antennesystemen'.

Invloed KPN in Digitenne

Door eiseressen 2, 3 en 4 is in dit verband betoogd dat KPN door de concentratie overwegende invloed krijgt op het gebruik van de door Digitenne verworven DVB-T vergunning. Met deze vergunning kan voorts door middel van de DVB-H techniek mobiel breedband en diensten op het terrein van digitale televisie voor toestellen met kleine schermen als mobiele telefoons worden aangeboden hetgeen volgens eisers KPN een zodanig concurrentievoordeel geeft, dat de mededinging op de relevante markten op significante wijze zou worden belemmerd.

Verweerder heeft daartegenover gesteld dat het reeds ten tijde van de concentratie niet aannemelijk was dat Nozema op dat moment en in de nabije toekomst geen belang had om tegen de zin van KPN in te gaan door haar vetorecht te gebruiken, om mogelijk uitsluitingsgedrag van KPN te disciplineren, aangezien KPN door het garanderen van een minimumniveau aan inkomsten en het bereid zijn tot het financieren van de verdere uitrol van het DVB-T-netwerk de (nabije) toekomst van Digitenne, en daarmee die van Nozema Services, zeker stelde. Daardoor moet volgens verweerder geconcludeerd worden dat het aannemelijk is dat het hierboven genoemde uitsluitende effect of de versterking hiervan geen gevolg is van de onderhavige concentratie.

Uit de (vertrouwelijke) stukken komt naar voren komt dat Nozema al voorafgaand aan de overname afhankelijk was geworden van KPN als geldgever en als distributeur. Hierbij was het te voorzien dat deze afhankelijkheid zou voortduren in de nabije toekomst. Uit de stukken komt naar voren dat Digitenne alleen zou kunnen slagen met financiële injecties van KPN. Digitale televisie via de ether is een product waarvan nog in het geheel niet vast stond dat dit een succes zou gaan worden. Vooralsnog zou in dit product veel geld geïnvesteerd moeten worden, onder andere om de landelijke uitrol van het DVB-T-netwerk te realiseren, in de hoop dat het in de toekomst winstgevend zou worden, hetgeen onzeker was.

Hetzelfde gold voor de DVB-H techniek. Om die reden was externe financiering geen reële optie en was de verwachting dan ook reëel dat KPN ook na het eindigen van de kredietfaciliteit duurzaam controle zou houden over Digitenne en de ontwikkelingen rond de DVB-H techniek. Nu Nozema reeds voor de concentratie duurzaam afhankelijk was van KPN, komt de rechtbank tot de conclusie dat Nozema niet als gevolg van de concentratie duurzaam afhankelijk is geworden van KPN.

Conclusie

Op grond van bovenstaande overwegingen heeft verweerder naar het oordeel op goede gronden besloten dat voor de onderhavige concentratie geen vergunning vereist is.

Al hetgeen door eiseressen voor het overige naar voren is gebracht, kan aan dit oordeel niet afdoen.

De beroepen van eiseressen dienen derhalve ongegrond te worden verklaard.

Voor een veroordeling in de proceskosten ziet de rechtbank geen aanleiding.

3 Beslissing

De rechtbank,

recht doende:

verklaart het beroep ongegrond.

Deze uitspraak is op 11 juni 2007 gedaan door mr. J.H. de Wildt, voorzitter, en mr. P. Vrolijk en mr. J.W. van de Gronden, leden, in tegenwoordigheid van mr. I. Geerink-van Loon, griffier.

Commentaar

De Rechtbank Rotterdam bevestigt in deze uitspraak het besluit van de NMa dat voor de concentratie tussen zendbedrijf Nozema en telecombedrijf KPN geen vergunning is vereist. De NMa was in dit besluit akkoord gegaan met het voorstel van KPN om een aantal zendmasten aan een onafhankelijke derde te verkopen, teneinde te voorkomen dat de concurrentie op de markt voor de doorgifte van radiosignalen via de ether zou worden belemmerd. De constatering van de NMa dat KPN na de overname (via Digitenne) haar concurrenten de toegang tot de standaardtechnologie voor het uitzenden van digitale signalen naar mobiele ontvangers (zoals telefoons) zou kunnen weigeren, deed er naar het oordeel van de NMa niet toe. Uit onderzoek van de NMa was gebleken dat dit concurrentiebeperkende gedrag zich vanwege de reeds bij Nozema (via Digitenne) bestaande financiële afhankelijkheid van KPN ook zou kunnen voordoen indien de overname van Nozema niet zou plaatsvinden. Tegen dit besluit is door Broadcast (een concurrent van Nozema) en door UPC, Vodafone en Orange (concurrenten van KPN) beroep ingesteld bij de Rechtbank Rotterdam.

Dat door Broadcast beroep zou worden ingesteld, lag gelet op de bijzondere voorgeschiedenis van de verkoop van

Nozema enigszins voor de hand. De NMa had immers ruim voordat KPN haar overnameplannen aan de NMa kenbaar had gemaakt de Staat al geadviseerd Nozema niet aan het reeds geïnteresseerde Broadcast en KPN te verkopen. Dit op verzoek van de Staat opgestelde advies van de NMa kwam er kort gezegd op neer dat de verkoop aan Broadcast evenals de verkoop aan KPN tot een verstoring van de concurrentie zou leiden.¹ Dit advies was opmerkelijk omdat de NMa hiermee een inhoudelijk oordeel gaf over een mogelijke overname zonder dat deze door de betrokken partijen zelf bij de NMa was gemeld en zonder dat de met rechtswaarborgen omklede concentratieprocedure was gevolgd. Dit was voor Broadcast extra zuur omdat een eventuele overname van Nozema door Broadcast in het geheel niet bij de NMa had behoeven te worden aangemeld omdat Broadcast niet aan de omzetrempels voor het concentratietoezicht voldeed. Daar kwam bij dat de Staat Broadcast in eerste instantie ook nog eens van de verkoopveiling van Nozema had uitgesloten omdat Broadcast een directe concurrent van Nozema was en volgens de Staat bij een verkoop aan Broadcast een (bijna)monopolie zou ontstaan.² De voorzieningenrechter bepaalde uiteindelijk dat de Staat een nieuwe veiling diende te organiseren.³ Ook bij deze nieuwe veiling viste Broadcast echter achter het net.⁴

Dat daarnaast ook concurrenten van KPN beroep tegen het besluit van de NMa zouden instellen, was eveneens te verwachten. De concurrentie op het gebied van telecommunicatie speelt zich immers al enige tijd ook bij de toezichthouders en voor de rechters af. Er is welhaast geen procedure in deze sector (meer) die niet door een concurrerende partij aanhangig is gemaakt of waarbij een concurrent zich als (derde-) belanghebbende heeft gevoegd.⁵

Door de verschillende partijen is in beroep onder meer aangevoerd dat de NMa de markt onjuist en onvolledig had afgebakend en tevens onvoldoende oog heeft gehad voor de mededingingsbeperkende effecten van de verticale integratie tussen KPN en Nozema. Daarnaast is door partijen betoogd dat de mogelijkheden voor KPN om voortaan digitale diensten voor mobiele ontvangers te kunnen aanbieden een zodanig concurrentievoordeel oplevert dat de concurrentie hierdoor kan worden beperkt.

Deze gronden van beroep slagen niet. De rechtbank is kort gezegd van oordeel dat partijen de marktafbakening van de NMa onjuist hebben weergegeven en dat de NMa wel degelijk op de relevante productmarkten is ingegaan. Tevens is de rechtbank met de NMa van oordeel dat met de verkoop van de betreffende zendmasten voldoende wordt voorkomen dat de concurrentie op de markt wordt belemmerd. Daarnaast

komt de rechtbank tot de conclusie dat Nozema niet als gevolg van de concentratie maar reeds eerder (via Digitenne) duurzaam afhankelijk van KPN was geworden zodat het genoemde uitsluitingsgedrag van KPN zich ook al vóór de concentratie kon voordoen.

Het oordeel van de rechtbank is kort en bondig. Dit zou kunnen doen vermoeden dat de rechtbank het besluit van de NMa 'slechts' marginaal – in plaats van vol – heeft getoetst. Bij een marginale toets beziet de rechter immers of het bestuursorgaan in redelijkheid tot het besluit heeft kunnen komen in plaats van dat de rechter het werk van het bestuursorgaan overdoet. Een dergelijke toets vindt plaats indien een bestuursorgaan over beoordelingsvrijheid beschikt. Van beoordelingsvrijheid is sprake indien (in de wet) aan het bestuursorgaan de ruimte is gelaten om in redelijkheid te bezien of aan de voorwaarden voor bevoegdheidsuitoefening is voldaan.⁶ Het bestuursorgaan beschikt in dit geval over een zekere marge om te bepalen of een bepaald feitencomplex tot bevoegdheidsuitoefening kan leiden. Deze vraag naar de feitenkwalificatie dient echter te worden gescheiden van de feitenvaststelling.⁷ De feitenvaststelling – die vooraf gaat aan de kwalificatie – wordt namelijk niet door de beoordelingsvrijheid van een bestuursorgaan bestreken. Er is immers niet een zekere marge waarbinnen een feit al dan niet waar is en waarbij het bestuursorgaan zelf kan kiezen welke waarheid het aanhangt. De feitenvaststelling wordt door de rechter in beginsel vol getoetst. Ditzelfde geldt voor de bewijswaardering. De rechter zal dan ook steeds (moeten) beoordelen of het bestuursorgaan de feiten wel voldoende aannemelijk heeft gemaakt. Bovendien dient niet te worden vergeten dat besluiten die in beoordelingsvrijheid door een bestuursorgaan zijn genomen altijd vol worden getoetst aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dit betekent dat een besluit onder meer blijk dient te geven van een aantoonbare zorgvuldige voorbereiding en een draagkrachtige motivering waarmee de deugdelijkheid van het besluit aannemelijk wordt gemaakt.⁸

De vraag of en in welke mate de NMa bij de beoordeling van concentraties over beoordelingsvrijheid beschikt en wat dus de rechterlijke toets bij concentratiebesluiten dient te zijn, is al jaren voer voor juristen. Dit is met name veroorzaakt doordat de lijn in de jurisprudentie niet altijd even helder is geweest.⁹ Inmiddels heeft het CBB voor wat betreft concentratiebesluiten in de tweede fase duidelijk gemaakt dat de NMa een zekere beoordelingsvrijheid heeft bij de waardering van economische feiten en omstandigheden. Dit neemt naar het oordeel van het CBB niet weg dat:

1 Advies NMa 28 juni 2005, zaaknummer 4978 (Advies verkoop aandelen in Nozema).

2 'Rivaal Nozema wil stop veiling staatsbedrijf', Het Financieel Dagblad 24 oktober 2005.

3 Voorzieningenrechter Den Haag 29 juli 2005, LJN: AU0262 (Broadcast/Staat).

4 De poging van Broadcast om via de rechter ook de nieuwe veiling te blokkeren en KPN van deelname uit te sluiten, slaagde uiteindelijk niet. 'Veiling Nozema mag doorgaan', Het Financieel Dagblad 14 november 2005.

5 Zie bijvoorbeeld besluit NMa 20 juli 2007, zaaknummer 5702 (KPN vs kabelbedrijven); Besluit NMa 7 april 2006, zaaknummer 3528 (UPC, Casema); Rechtbank Den Haag 25 juli 2006, KPN/Staat, LJN: AY4914; CBB 24 juli 2007, Kabelbedrijven/Opta, LJN: BBo186.

6 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, 13e druk, 2005, p. 143; Schuurmans, Bewijslastverdeling in het bestuursrecht, diss., 2005, p. 265. Een marginale toets vindt ook plaats indien een bestuursorgaan over beleidsvrijheid beschikt. Dit is de vrijheid van een bestuursorgaan om – indien eenmaal is vastgesteld dat aan de voorwaarden voor de bevoegdheidsuitoefening is voldaan – in redelijkheid te bepalen of en hoe vervolgens aan deze bevoegdheidsuitoefening invulling wordt gegeven. Zie hierna voetnoot 14.

7 Schuurmans, reeds aangehaald, p. 265 e.v.

8 B.M.J. van der Meulen, 'Maidenspeech en laatste woord', M&M 2005, nr. 6 p. 162.

9 M. Snoep, 'De mate van rechterlijke controle van concentratiebesluiten', p. 139-146 in 'Trust en antitrust. Beschouwingen over 10 jaar Mededingingswet en 10 jaar NMa' met daarin een overzicht van de relevante literatuur.

Rechtspraak

'(...) de rechterlijke toetsing de beoordeling omvat of de NMa heeft voldaan aan zijn verplichting aannemelijk te maken dat aan de voorwaarden voor toepassing van [de weigering van een vergunning] is voldaan. Hierbij dient derhalve niet alleen te worden beoordeeld of het besluit op zorgvuldige wijze tot stand is gekomen en of het op een deugdelijke motivering berust, maar ook of de NMa de wettelijke begrippen op juiste wijze heeft geïnterpreteerd en aannemelijk heeft gemaakt dat de feiten en omstandigheden aan de wettelijke voorwaarden voldoen. Met name dient de rechter niet alleen de materiële juistheid van de bewijselementen, de betrouwbaarheid en de samenhang te controleren, maar ook moet hij beoordelen of die elementen het relevante feitenkader vormen voor de beoordeling en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen schragen.'¹⁰

Deze rechterlijke toets – in de reeds aangehaalde literatuur treffend samengevat als 'indringende toets'¹¹ – is mijns inziens in grote lijnen in overeenstemming met het hiervoor uiteengezette juridische kader. Onbeantwoord is nog de vraag of deze 'indringende toets' ook bij concentratiebesluiten in de eerste fase door de rechter moet worden gehanteerd. De lagere rechtspraak is op dit punt niet eenduidig. De Rechtbank Rotterdam heeft enige tijd geleden in de zaak Nuon-Essent geoordeeld dat de NMa bij een concentratiebesluit in de eerste fase over ruime beleidsvrijheid beschikt waaruit zou volgen dat een dergelijk besluit terughoudend moet worden getoetst.¹² Meer recent oordeelde de Rechtbank Rotterdam in de zaak NVV-NBHV echter dat de 'indringende toets' van het CBB evenzeer relevant is voor de beoordeling van concentratiebesluiten in de eerste fase.¹³ Deze uitspraken vallen moeilijk met elkaar te rijmen.

Knibbeler heeft in zijn commentaar bij de zaak NVV-NBHV betoogd dat de wet suggereert dat de NMa bij de beoordeling van concentratiebesluiten in de eerste fase een ruimere beoordelingsvrijheid heeft dan bij de beoordeling van concentratiebesluiten in de tweede fase.¹⁴ Deze beoordelingsvrijheid wordt volgens Knibbeler door de uitspraak van de rechtbank vergaand relativerend. Mijns inziens kent Knibbeler hiermee te veel gewicht toe aan de beoordelingsvrijheid van de NMa. Zoals hiervoor uiteengezet dient een rechter immers altijd te beoordelen of het bestuursorgaan de feiten voldoende aannemelijk heeft gemaakt en of het besluit voldoet aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Of en in welke mate een bestuursorgaan over beoordelingsvrijheid beschikt, zou voor de uiteindelijke rechterlijke toetsing derhalve geen al te groot verschil mogen maken. Dit verklaart mijns inziens

waarom de Rechtbank Rotterdam in de zaak NVV-NBHV heeft bepaald dat de door het CBB geformuleerde 'indringende toets' ook voor concentratiebesluiten relevant is.

Helaas heeft de rechtbank in de onderhavige zaak niet expliciet aangegeven wat de toetsingsmaatstaf is geweest. Uit de hiervoor besproken overwegingen blijkt in ieder geval dat de rechtbank het besluit niet louter marginaal heeft getoetst. Een voorbeeld is het oordeel van de rechtbank over de financiële afhankelijkheid van Digitenne (en daarmee van Nozema) ten aanzien van KPN. De NMa had zich op dit punt in een lastige positie gemanoeuvreerd. Zo was de NMa in het besluit tot de conclusie gekomen dat de financiële afhankelijkheid ten opzichte van KPN er niet al eerder toe had geleid dat KPN beslissende invloed in Digitenne had verkregen. Dit zou anders hebben betekend dat KPN reeds eerder uitsluitende zeggenschap over Digitenne had gekregen waardoor de overname van de (overige) aandelen in Digitenne geen onderdeel van de meldingsprocedure zou uitmaken. De NMa had zich voor haar conclusie gebaseerd op het feit dat Nozema over vetorechten ten aanzien van het strategische en commerciële beleid van Digitenne beschikte en de constatering dat de financiële afhankelijkheid slechts een tijdelijk karakter had. Daarnaast was de NMa in het besluit echter ook tot de conclusie gekomen dat het mogelijke uitsluitingsgedrag van KPN geen gevolg was van de onderhavige concentratie. Dit gedrag kon zich volgens de NMa reeds vóór de concentratie voordoen aangezien niet aannemelijk was dat Nozema vanwege de financiële afhankelijkheid van KPN ook daadwerkelijk van haar vetorechten gebruik zou maken.

Deze twee conclusies leken enigszins tegenstrijdig. Indien het inderdaad niet aannemelijk was dat Nozema van haar vetorechten gebruik zou maken, was het eerder logisch geweest tevens te concluderen dat KPN dus al eerder uitsluitende zeggenschap over Digitenne had verkregen. Evengoed geldt dat indien de financiële afhankelijkheid van KPN inderdaad slechts tijdelijk was het ook eerder logisch was geweest te concluderen dat er dus wel degelijk een verband bestond tussen het mogelijke uitsluitingsgedrag van KPN en de onderhavige concentratie. Door de concentratie zou Nozema immers als potentiële disciplinerende factor op het gedrag van KPN verdwijnen.

De rechtbank lijkt een poging te doen deze spagaat van de NMa te vermijden. De rechtbank komt tot de conclusie dat Nozema al voor de concentratie duurzaam afhankelijk van KPN was geworden. De onderhavige concentratie zou daar in de ogen van de rechtbank niets aan veranderen. De rechtbank wijkt hiermee af van het oordeel van de NMa door vast te stellen dat de financiële afhankelijkheid ten opzichte van KPN een duurzaam – in plaats van een tijdelijk – karakter had. Dit is opmerkelijk omdat dit juist weer doet vermoeden dat KPN dus wel al eerder beslissende invloed in Digitenne had verkregen, hetgeen zou betekenen dat de overname van Digitenne dus niet als een (nieuwe) concentratie kan worden

¹⁰ CBB 27 september 2002, Essent en Edon/Nma, LJN: AE 8688; CBB 28 november 2006 Nma/Nuon en Essent, LJN: AZ3274.

¹¹ Snoep spreekt in zijn bijdrage over een 'integrale toets'. Bedoeld is waarschijnlijk een 'indringende toets'. Een 'integrale toets' is immers hetzelfde als een 'volle toets'. Zie Schuurmans, reeds aangehaald, p. 265.

¹² Rechtbank Rotterdam 31 mei 2005, Nuon en Essent/NMa, LJN: AT8794.

¹³ Rechtbank Rotterdam 19 april 2007, NVV/NMa en Vion, LJN: BA3538.

¹⁴ W. Knibbeler, 'Rechtbank Rotterdam 19 april 2007', AM 2008, nr. 1, p. 22-32. Knibbeler heeft het in zijn bijdrage over beoordelingsvrijheid maar verwijst hierbij naar de mogelijkheid voor de NMa om te kunnen bepalen of al dan niet een vergunning wordt verlangd. Dit is strikt genomen geen beoordelingsvrijheid maar beleidsvrijheid. Zie voetnoot 6. Ik ga aan dit verschil verder voorbij. Overigens is het omstreven of de NMa over beleidsvrijheid beschikt. Zie Y. de Vries, 'Rechtbank Rotterdam – Nuon en Reliant/NMa: rechterlijke toetsingsmaatstaven in concentratiezaken herbezien', M&M 2006, nr. 5, p. 151-161.

aangemerkt.¹⁵ Dit laatste is echter niet de conclusie van de rechtbank.

Wat hiervan zij, het bovenstaande lijkt in ieder geval te bevestigen dat de 'indringende toets' bij concentratiebesluiten in de eerste fase inmiddels vaste praktijk van de Rechtbank Rotterdam is geworden. Het zou mij ook niet verbazen indien deze praktijk te zijner tijd door het CBB wordt bevestigd.

Overigens heeft Knibbeler in zijn commentaar bij de zaak NVV-NBHV de interessante vraag gesteld wat de rechts-

gevolgen zijn indien een beroep tegen het besluit van de NMa dat voor de concentratie geen vergunning is vereist, zou slagen. Knibbeler acht het verdedigbaar dat vernietiging van een besluit geen rechtsgevolgen heeft. Dit zou betekenen dat er voor belanghebbenden geen reële rechtsmiddelen tegen een dergelijk besluit open staan. Zowel voor belanghebbenden als voor de mededinging lijkt mij dit een onwenselijke situatie. Het is in dit geval aan de wetgever deze leemte in de wet – bij voorkeur overeenkomstig de Concentratieverordening – op te vullen. Ik ben benieuwd hoe in de tussentijd door de NMa en de rechters met een dergelijke situatie zal worden omgegaan.

Martijn van de Hel, CMS Derks Star Busmann te Amsterdam

¹⁵ De rechtbank is van oordeel dat Nozema duurzaam afhankelijk was van KPN. Bedoeld lijkt mij dat Nozema voor wat betreft Digitenne duurzaam afhankelijk was van KPN. Anders zou gesteld kunnen worden dat KPN dus ook al eerder beslissende invloed in Nozema had verkregen. In dit geval zou ook de overname van Nozema als zodanig mogelijk niet als (nieuwe) concentratie kunnen worden aangemerkt.