

College van Beroep voor het bedrijfsleven

No.AWB 02/1914
9500 Mededingingswet

26 mei 2004

Uitspraak inzake het hoger beroep van:

Unipart Group Ltd, te Oxford, Verenigd Koninkrijk, appellante (hierna: Unipart),
tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam (hierna: rechtbank) van 11 september 2002 in de
gedingen tussen Unipart en
de **directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit** (hierna: d-g Nma),

gemachtigden van Unipart: mr. R. Blaauboer en mr. I.G.F. Cath, beiden advocaat te Amsterdam,
gemachtigde van d-g Nma: mr. B.J. Drijber, advocaat te Den Haag.

Aan het geding is voorts als partij deelgenomen door:

Vodafone Libertel N.V. (voorheen: Libertel N.V. en Libertel Groep B.V), te Maastricht
(hierna: Libertel),
gemachtigde: mr. C. Borba Lefèvre, advocaat te Den Haag.

1. De procedure

Op 4 december 2002 heeft het College van Unipart een hoger beroepschrift ontvangen,
gericht tegen de uitspraak van de rechtbank van 11 september 2002, reg. nrs MEDED
00/2176, MEDED 00/2177 en MEDED 00/2190, verzonden op 24 oktober 2002.

Bij deze uitspraak zijn de beroepen van Unipart, bij de rechtbank aanhangig onder de
nummers 00/2176 en 00/2177, tegen de besluiten van d-g Nma van 8 september 2000
waarbij:

- het bezwaar van Unipart tegen het besluit van d-g Nma van 4 augustus 1999, waarbij de
aanvraag van Libertel op grond van artikel 17 Mededingingswet (hierna: Mw) om
onthefing van het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw is afgewezen, niet ontvankelijk is
verklaard;

- het bezwaar van Unipart tegen het besluit van d-g Nma van 13 augustus 1999, waarbij haar klacht inzake gedragingen van Libertel niet verder in behandeling is genomen, ongegrond is verklaard; niet ontvankelijk verklaard.

Bij brief van 16 december 2002 heeft Vodafone verzocht om als partij te worden toegelaten.

Unipart heeft bij brief van 3 februari 2003 de gronden van het beroep toegezonden.

D-g Nma heeft op 10 april 2003 een verweerschrift ingediend.

Vodafone heeft bij brief van 3 juni 2003 een nadere uiteenzetting toegezonden.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 3 maart 2004. Bij die gelegenheid is Unipart verschenen bij haar gemachtigde Cath, en hebben d-g Nma en Vodafone zich doen vertegenwoordigen door hun gemachtigden.

2. De grondslag van het geschil

2.1 De Mw luidt voor zover in dit geding van belang als volgt:

"Artikel 6

1. Verboden zijn overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst.
(...)

Artikel 17

De directeur-generaal kan op aanvraag een ontheffing verlenen van het verbod van artikel 6, eerste lid, (...)

Artikel 100

1. Gedurende drie maanden na het tijdstip van inwerkingtreding van artikel 6 of, indien binnen die termijn een aanvraag om ontheffing als bedoeld in artikel

17 is ingediend, vanaf het tijdstip van inwerkingtreding totdat op die aanvraag is beslist, geldt artikel 6 niet voor een op het genoemde tijdstip geldende overeenkomst (...) voorzover die overeenkomst (...) niet onverbindend of verboden was op grond van het bepaalde bij en krachtens de Wet economische mededinging. (...)"

2.2 Het College gaat uit van de volgende feiten en omstandigheden.

- Op 1 september 1997 hebben Libertel en UniqueAir Services S.A. (later UniqueAir Ltd, hierna: UniqueAir) een zogenoemde Service Provider Overeenkomst (SPO) gesloten. Op grond van deze overeenkomst verleende Libertel aan UniqueAir, dochter van Unipart, het niet-exclusieve recht om op eigen naam en voor eigen rekening en risico in Nederland abonnementen voor mobiele telefonie aan te bieden via haar netwerk. In de overeenkomst was, voor zover hier van belang, het volgende bepaald.

" Artikel 6

(...)

4. Ingeval één of meer van de navolgende omstandigheden zich voordoen ten aanzien van één partij, is de andere partij steeds gerechtigd deze overeenkomst met onmiddellijke ingang te beëindigen door een daartoe strekkende schriftelijke mededeling, zonder dat daaruit enige aansprakelijkheid of schadeplichtigheid voor de opzeggende partij voortvloeit en onverminderd het recht van de opzeggende partij om schadevergoeding te vorderen:

- (...)

- overdracht van de zeggenschap over de vennootschap of onderneming, ingeval deze overdracht de concurrentiepositie of de continuïteit van de dienstverlening beïnvloedt (...)

(...)

7. Ingeval van beëindiging van deze overeenkomst zal Service Provider de overeenkomsten aangegaan met haar Abonnees overdragen aan een andere service provider van Netwerkeexploitant of aan enige andere derde, welke derde, mits na goedkeuring door Netwerkeexploitant, als service provider van Netwerkeexploitant mag gaan opereren. Indien dit laatste zich voordoet, zal deze derde een service-provider-overeenkomst met Netwerkeexploitant dienen aan te gaan. De overdracht van de abonnees zal eerst van kracht worden op de datum dat deze service provider-overeenkomst van kracht is geworden. (...)

Indien Service Provider er niet in slaagt de Abonnees over te dragen aan een ander (toekomstige) service provider van Netwerkeexploitant (...) zullen de Abonnees moeten worden overgedragen aan Netwerkeexploitant.

Artikel 16

1. Service Provider is niet gerechtigd haar rechtsverhouding tot Netwerkexploitant of enig recht of enige verplichting uit hoofde van deze overeenkomst aan een derde over te dragen, tenzij deze derde een service provider van Netwerkexploitant is of ten tijde van de rechtshandeling zekerheid bestaat dat deze derde een service provider van Netwerkexploitant zal worden.

2. Service Provider is niet gerechtigd al haar Abonnees of een deel daarvan aan een derde over te dragen zonder voorafgaande schriftelijke goedkeuring van Netwerkexploitant, tenzij deze derde een service provider van Netwerkexploitant is of ten tijde van de rechtshandeling zekerheid bestaat over het feit dat deze derde een service provider van Netwerkexploitant zal worden."

- Libertel heeft op 30 maart 1998 d-g Nma verzocht om ontheffing van het bepaalde in artikel 6, eerste lid Mw.
- UniqueAir wilde eind 1998 haar rechtsverhouding met Libertel en haar abonneebestand verkopen aan Versatel N.V. Bij brief van 18 januari 1998 werd evenwel aan de desbetreffende overeenkomst, met toepassing van voormeld artikel 16, door Libertel goedkeuring onthouden.
- Naar aanleiding hiervan hebben UniqueAir en Unipart bij d-g Nma op 19 januari 1999 een klacht ingediend.
- Bij brief van 12 februari 1999 heeft Libertel UniqueAir onder vermelding "subject: Transfer of service provider agreement and subscribers UniqueAir" onder meer als volgt bericht:

" Further to our correspondence and meetings on Libertel's approval for transfer of UniqueAir's service provider agreement and subscribers, I can inform you that Raj Rathata of VersaTel and Libertel in a meeting of 8 February 1999 have agreed that Libertel wil approve such transfers subject to, inter alia, the following conditions: (...)"
- UniqueAir heeft per 1 augustus 1999 met toestemming van Libertel de rechtsverhouding en het abonneebestand verkocht aan Talkline Benelux B.V. Hiermede trok zij zich terug van de Nederlandse markt.
- Bij besluit van 4 augustus 1999 heeft d-g Nma beslist op het verzoek van Libertel N.V. om ontheffing van het bepaalde in artikel 6, eerste lid, Mw ten aanzien van de hogergenoemde bepalingen van de SPO. Tegen het in die beslissing neergelegde oordeel van d-g Nma dat slechts het bepaalde in de artikelen 6, zevende lid en

16, tweede lid, van de SPO een beperking inhield van de mededinging heeft Unipart een bezwaarschrift ingediend.

- De behandeling van de klacht van UniqueAir en Unipart is door d-g Nma beëindigd bij besluit van 13 augustus 1999. Hiertegen heeft Unipart eveneens een bezwaarschrift ingediend.
- Bij besluiten van 8 september 2000 heeft d-g Nma op de bezwaarschriften beslist.

3. De uitspraak van de rechtbank

- 3.1 De rechtbank heeft haar niet-ontvankelijkverklaring van het beroep van Unipart tegen het besluit van d-g Nma, waarbij het bezwaar van Unipart tegen de beslissing van d-g Nma op het verzoek om ontheffing van het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw (door de rechtbank aangeduid als het primaire besluit I) niet ontvankelijk was verklaard, als volgt gemotiveerd.

"(...) dat de rechtbank het oordeel van verweerder (en van Unipart) onderschrijft dat de artikelen 6, zevende lid, en 16, tweede lid, van de SPO in strijd zijn met artikel 6, eerste lid, van de Mw. In zoverre heeft Unipart bereikt wat zij wilde bereiken, namelijk dat zij zich in een civielrechtelijke procedure ten betoge dat sprake is van strijdigheid met artikel 81, eerste lid, EG kan beroepen op het – inmiddels door de rechtbank onderschreven – oordeel van verweerder dat de SPO (in elk geval in zoverre) in strijd is met artikel 6, eerste lid, van de Mw.

Unipart heeft echter - wat van het voorgaande ook verder zij - geenszins aannemelijk gemaakt dat de gestelde schade groter zou zijn geweest indien ook aan de artikelen 6, vierde lid, en 16, eerste lid, van de SPO geen toepassing had mogen worden gegeven in die zin dat Versatel dan bereid zou zijn geweest een nog hogere prijs te betalen. Met betrekking tot artikel 16, eerste lid van de SPO ligt zulks, gelet op de samenhang tussen de overdracht van de rechtsverhouding en de overdracht van het abonneebestand, ook bepaald niet voor de hand. De rechtbank wijst voorts op artikel 6:159 van het Burgerlijk Wetboek. Met betrekking tot artikel 6, vierde lid, van de SPO is in elk geval in de verhouding tussen UniqueAir Ltd en Versatel niet gebleken dat dit op enigerlei moment concreet aan de orde was.

Uit het voorgaande volgt dat Unipart geen procesbelang (meer) heeft bij het beroep (...) zodat dit niet-ontvankelijk dient te worden verklaard.

- 3.2 De rechtbank heeft aan haar niet-ontvankelijkverklaring van het beroep van Unipart tegen het besluit van d-g Nma, waarbij het bezwaar van Unipart tegen het buiten verdere

behandeling stellen van haar klacht ongegrond was verklaard (door de rechtbank aangeduid als het bestreden besluit III), de volgende overweging ten grondslag gelegd.

" De rechtbank stelt op grond van de gedingstukken en het verhandelde ter zitting vast dat hetgeen door UniqueAir Ltd en Unipart met de klacht is beoogd, geheel overeenkomt met hetgeen door Unipart is beoogd met het bezwaar tegen het primaire besluit I.

Daarmee is gegeven dat Unipart ook bij haar beroep tegen het bestreden besluit III geen procesbelang (meer) heeft, zodat ook dit beroep niet-ontvankelijk dient te worden verklaard."

4. **De grieven van Unipart**

Unipart heeft tegen de uitspraak van de rechtbank voor zover het betreft het oordeel dat voor haar geen procesbelang meer bestond - samengevat - de volgende grieven naar voren gebracht.

Ten onrechte heeft de rechtbank de vraag naar het procesbelang van Unipart opgehangen aan speculatie omtrent de succeschansen van de civiele vordering. Door Unipart is benadrukt dat de schade is ingetreden doordat Libertel heeft geweigerd toestemming te verlenen als bedoeld in de artikelen 6, vierde lid en 16, eerste lid, SPO, waarmee feitelijk de overdracht van het klantenbestand aan Versatel is geblokkeerd. Immers, de verwerver heeft niets aan een klantenbestand, indien daarmee – door overdracht van de rechten en verplichtingen uit de SPO – geen toegang kan worden verkregen tot het netwerk waarmee ten behoeve van dit klantenbestand met de betrokken netwerk operator is gecontracteerd. Unipart heeft er dan ook belang bij dat wordt vastgesteld dat de Nma ten onrechte de genoemde artikelen niet strijdig heeft geacht met artikel 6, eerste lid, Mw, teneinde in een civiele procedure de onrechtmatigheid van de gedragingen van Libertel te kunnen onderbouwen. Dat de toestemming - onder voorwaarden - later wel is gegeven maakt dit niet anders, omdat dit niet heeft geleid tot overeenstemming met Versatel. Overigens blijkt ook uit de desbetreffende brief van Libertel B.V. dat het ging om de overdracht van de rechtsverhouding.

De verwijzing door de rechtbank naar artikel 6:159 BW is niet duidelijk en ook niet juist.

Voor een oordeel over het procesbelang is niet van belang dat voor de overdracht van een contractuele verplichting op grond van deze regel van aanvullend overeenkomstenrecht instemming is vereist van de contractscrediteur. Het is niet zo dat bij een – wegens strijd met de mededingingsregels – van rechtswege nietige contractuele toestemmingseis deze – als het ware – wordt vervangen door een wettelijke.

Een weergave van hetgeen door Unipart naar voren is gebracht omtrent de strijdigheid van de artikelen 6, vierde lid en 16, tweede lid van de SPO zal het College om redenen waarvan hierna zal blijken achterwege laten.

5. De beoordeling van het hoger beroep

Het College volgt het oordeel van de rechtbank dat ten tijde van de bestreden uitspraak voor Unipart geen procesbelang meer bestond, zodat haar beroepen niet-ontvankelijk dienden te worden verklaard. Te dien aanzien wordt het volgende overwogen.

Unipart heeft gesteld dat haar procesbelang gelegen was in de door haar jegens Libertel te entameren civiele procedure in verband met de schade die zij heeft geleden als gevolg van het niet doorgaan van de overeenkomst met Versatel. De vaststelling door d-g Nma dat de betrokken bepalingen strijdig zijn met artikel 6 Mw en de beslissing van d-g Nma op haar klacht zijn, aldus Unipart, van betekenis voor de uitkomst van die procedure.

Het College stelt vast dat eventuele schade van Unipart geacht moet worden te zijn voortgevloeid uit de toepassing door Libertel van de door Unipart gewraakte bepalingen van de SPO, op grond waarvan zij goedkeuring heeft onthouden aan de overdracht van de rechtsverhouding aan Versatel. Vaststaat evenwel voorts dat, gelet op het in artikel 100, eerste lid, Mw neergelegde overgangsrecht, ten tijde dat Libertel aan die bepalingen van de SPO toepassing gaf, artikel 6 Mw daarvoor niet gold.

Hieruit volgt dat hoe ook de uitspraak van de rechtbank over het oordeel van d-g Nma met betrekking tot strijdigheid van de artikelen 6, vierde lid en 16, tweede lid, van de SPO met artikel 6 Mw zou luiden, Unipart zich daarop niet in een procedure jegens Libertel zou kunnen beroepen. Onder die omstandigheid had Unipart bij zodanige uitspraak dan ook

geen belang.

Een en ander geldt mutatis mutandis evenzeer voor de vraag of voor Unipart procesbelang bestaat bij een uitspraak van de rechtbank over het buiten verdere behandeling stellen van de door haar ingediende klacht. Bedoelde klacht was gericht tegen de gedraging van Libertel, bestaande uit het toepassen van in de opvatting van Unipart met artikel 6, eerste lid, Mw strijdige bepalingen van de SPO. Artikel 6 Mw, als hiervoor overwogen, gold echter ten tijde van die gedraging niet voor de SPO.

Unipart heeft nog naar voren gebracht dat de genoemde bepalingen van de SPO tevens in strijd zijn met artikel 81, eerste lid, EG, dat wel gold ten tijde van de gedraging van Libertel, en dat zij belang heeft bij een uitspraak van de rechtbank indien zij die stelling in rechte gehonoreerd wil zien.

Ook op dit punt meent het College dat de rechtbank terecht geen procesbelang aanwezig heeft geacht. In de bij de rechtbank aanhangig gemaakte geschillen waren besluiten aan de orde die voortvloeiden uit de uitoefening door d-g Nma van zijn bevoegdheden op grond van de artikelen 17 en 56 Mw. Ook al zou uit die besluiten kunnen worden afgeleid wat de opvatting zou zijn van d-g Nma, indien hem de vraag naar mogelijke strijdigheid van de in geding zijnde bepalingen met artikel 81, eerste lid, EG ten tijde van de gewraakte gedraging zou worden voorgelegd, het oordeel van de rechtbank over de rechtmatigheid van bedoelde besluiten diende te worden gegeven binnen het kader van een geschil over de toepassing van de genoemde bepalingen van de Mededingingswet. Als hogeroverwogen bestond bij een uitspraak in dat kader voor Unipart geen procesbelang.

Aan hetgeen zijdens Unipart is aangevoerd met betrekking tot de strijdigheid van de artikelen 6, vierde lid en 16, tweede lid, van de SPO met de Mw komt het College gezien het vorenstaande niet toe.

Uit het vorenstaande volgt dat de grieven van Unipart niet slagen, zodat de uitspraak van de rechtbank, zij het op andere gronden, dient te worden bevestigd.

Het College acht geen termen aanwezig voor een proceskostenveroordeling met toepassing van artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht.

6. De beslissing

Het College bevestigt de aangevallen uitspraak.

Aldus gewezen door mr. C.M. Wolters, mr. M.J. Kuiper en mr. W.E. Doolaard in tegenwoordigheid van mr. M.B.L. van der Weele, als griffier, en uitgesproken in het openbaar op 26 mei 2004.

w.g. C.M. Wolters

w.g. M.B.L. van der Weele