

Mededingingsrecht in vogelvlucht

.....

Inhoud

Reikwijdte

Misbruik machtspositie

- Machtspositie
- Leveringsweigering en essential facility
- Excessieve tarieven
- Roofprijzen ('predatory pricing')
- Mededingingsbeperkende kortingen en discriminatie

Mededingingsbeperkende overeenkomsten

- Kartels
- Vrijgestelde samenwerkingsovereenkomsten en joint ventures
- Verticale overeenkomsten
- Erkenningsregelingen

.....

Sinds de inwerkingtreding van de Mededingingswet op 1 januari 1998 heeft het mededingingsrecht zich behoorlijk ontwikkeld. Dit eerste overzicht behandelt de belangrijkste ontwikkelingen in Nederland en plaatst ze in de context van het EG-mededingingsrecht. De begrippen ‘misbruik machtspositie’, ‘mededingingsbeperkende overeenkomsten’ en ‘concentratietoezicht’ staan centraal.¹

Binnenkort publiceren we een analyse van verboden afspraken die de mededinging beperken.

Het primaat van de politiek verschaft ons politici de mogelijkheid om, niet gehinderd door verouderde afspraken, het belang van de burger optimaal, flexibel en slagvaardig te dienen...



Martine de Koning

advocaat te Amsterdam

Reikwijdte

Het mededingingsrecht is alleen van toepassing op ondernemingen. ‘Onderneming’ is een ruim begrip, namelijk ‘iedere entiteit die een economische activiteit vervult’³. Als er goederen of diensten op een markt worden aangeboden, is er al snel een economische activiteit ongeacht rechtsvorm en wijze van financiering.⁴ Bepalend is of de activiteit

in concurrentie met andere ondernemingen kan worden uitgeoefend.

Zo kan een bedrijfs onderdeel of ondernemersvereniging een onderneming zijn. Een winstdoel is niet nodig; ook stichtingen en sportverenigingen kunnen een onderneming zijn.⁵ Gelieerde vennootschappen worden meestal als één onderneming beschouwd.

Natuurlijke personen, rechtspersonen, private en overheidsbedrijven kunnen onder de definitie vallen. Publiekrechtelijke lichamen kunnen als onderneming worden aangemerkt als zij een economische activiteit uitoefenen.⁶ De aard van de activiteit bepaalt of een entiteit handelt als een onderneming in de zin van het mededingingsrecht. Advocaten en andere vrijberoepsbeoefenaren verrichten een economische activiteit als zij hun beroep als zelfstandige uitoefenen.

nen, aangezien zij juridische diensten aanbieden tegen beloning.⁷

Gedrag van overheden, waar het gaat om het uitvoeren van een overheidsprerogatief zoals het afgeven van vergunningen en dergelijke, valt buiten het mededingingsrecht.⁸ Datzelfde geldt voor inkoopactiviteiten ten behoeve van overheidstaken.⁹

De minister handelt niet als onderneming bij het vaststellen van de registratievoorwaarden van erkende psychotherapeuten onder de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg.¹⁰ Ziektenfondsen zijn geen ondernemin-

1 In deze kroniek wordt echter het concentratietoezicht en overigens ook het procesrecht niet behandeld.
2 Advocaat bij Kennedy Van der Laan, Amsterdam.
3 HvJ EG 18 juni 1998, zaak C-35/96 en HvJ EG 23 april 1991, zaak 41/90.
4 HvJ EG 19 februari 2002, zaak C-35/96 (Commissie t. Italiaanse Republiek) [1998] pt. 36; HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41/90 (Höfner en Elser), pt. 21.

5 Nederlandse Postduivenhoudersorganisatie, (ZLU/NPO) Besluit d-g NMa 24 december 2003, zaak 3611.
6 Nma besluit 2001, zaak 58 (BNA vs. Gemeente Utrecht); Nma besluit 2000, zaak 1010 (BNA vs. Architectenkeuze gemeente Den Haag).

7 NMa besluit 2002, zaak 560 (Engelgeer tegen de Nederlandse Orde van Advocaten); NMa besluit 2004, zaak 3310 (Nederlands Tandtechnisch Genootschap); en Nma besluit 2004, zaak 3309 (NIP, LVE, NVP en NVVP).
8 Besluit d-g NMa, hierna in voetnoten verkort tot ‘NMa’ (Horeca Nederland/Gemeente Bergen), 23 april 2003, zaak 3253.
9 HvJ EG 4 maart 2003 (FENIN), T-319/99.
10 Nma besluit 26 februari 2003, zaak 2061 (Nederlandse Associatie voor Psychotherapie) en besluit op bezwaar 13 april 2004; Rb. Rotterdam 8 november 2004, overzicht nr. 37.

gen.¹¹ Datzelfde werd aangenomen voor de gemeente Heerlen die een concurrentiebeding met croissanterie Whizz was overeengekomen.¹² Whizz kreeg concurrentie en riep het beding tevergeefs in omdat het zou zijn overeengekomen in het kader van een planologische herinrichting van het centrum van Heerlen. Normaliter handelen gemeenten bij verkoop, verhuur en erfpacht van onroerend goed als onderneming.¹³ Dat is alleen anders als de clausule in kwestie nodig is voor het uitvoeren van een publieke taak, waarover in het onderhavige geval te twisten valt.

Het begrip ‘ondernemersvereniging’ wordt eveneens ruim uitgelegd. Het begrip omvat iedere organisatie die een aantal ondernemingen verenigt. Het is niet van belang of de ondernemersvereniging daadwerkelijk een vereniging is of rechtspersoonlijkheid heeft. Ook hoeft een ondernemersvereniging zelf geen economische activiteit uit te oefenen om binnen de reikwijdte van het mededingingsrecht te vallen. Indien dit wel het geval is, zal zij zelf ook als onderneming kwalificeren.

Verschillende malen hebben de Commissie en de Europese rechters zich gebogen over mededinging in de sport. Het hof sprak zich in 2004 uit over de vraag of de FIFA, de internationale organisatie voor voetbal en organisator van grote toernooien, binnen de reikwijdte van het mededingingsrecht valt. Het hof overwoog dat, aangezien FIFA verschillende ondernemersverenigingen groepeerde, zij zelf ook als ondernemersvereniging moet worden aangemerkt. De consequentie hiervan was dat door haar uitgevaardigde reglementen met betrekking tot spelersmakelaars daarmee moesten worden aangemerkt als besluiten in de zin van het mededingingsrecht. Kort gezegd zijn de regels van het mededingingsrecht van toepassing op alle sportactiviteiten met een economische dimensie. Op dit punt verschilt de sport niet van andere economische sectoren. Er moet echter wel rekening gehouden



worden met het specifieke karakter van sport, waaronder met name het onvoorspelbare karakter, de nauwe samenhang tussen de sportieve en economische dimensie en het beginsel van gelijke kansen. Hoewel lang niet alle reglementen van de FIFA met betrekking tot voetbal onder het mededingingsrecht vallen, oordeelde het hof dat, aangezien de activiteiten van een spelersmakelaar economisch van aard zijn en niet zien op de specificiteit van de sport zelf, de makelaarsreglementen wel binnen de reikwijdte vielen.

Misbruik machtspositie

Misbruik machtspositie betreft unilateraal gedrag en doet zich voor als een onderneming met een economische machtspositie misbruik van die positie maakt (Art. 82 EG-Verdrag en art. 24 Mw). Het hebben van een economische machtspositie is derhalve niet verboden.

De Guidance van de Commissie van 9 februari 2009 voor haar prioriteiten bij de handhaving van afscherming van de markt onder art. 82 EG-Verdrag maakt duidelijk dat de nadruk meer zal komen te liggen op het effect van het gedrag van een onderneming.¹⁴ Daarmee neemt het

belang van de economische onderbouwing (en dus ook de bewijslast ter zake) in misbruikzaken toe. Dit past bij een bredere tendens in het mededingingsrecht. Het achterliggende doel is te voorkomen dat procompetitief gedrag wordt gesanctioneerd. De Commissie zal optreden indien misbruik van machtspositie leidt tot ‘anti-competitive foreclosure’, afscherming van de markt met nadeel voor consumenten. Verder is nieuw dat de onderneming in kwestie mag aantonen dat haar gedrag objectief noodzakelijk is dan wel dat er aanzienlijke efficiencyvoordelen uit voortvloeien die zwaarder wegen dan de concurrentiebeperkende effecten voor consumenten. De nieuwe benadering is overigens reeds in een aantal zaken door de Commissie toegepast, waaronder de zaak met betrekking tot Microsoft.¹⁵

Vaak onderzoekt de NMA uit praktische overwegingen eerst één van deze voorwaarden, bijvoorbeeld of er misbruik is, omdat bij afwezigheid daarvan de andere (soms moeilijker te beantwoorden) vragen, zoals of er een machtspositie is, kunnen worden overgeslagen.¹⁶ Er is behalve art. 82 EG geen materiële Europese regelgeving;¹⁷ de jurisprudentie is door-

11 Rb. Rotterdam (CZ OZ/NMA) 7 december 2005, LJN AU9053, zaak 05/3047.

12 Rb. Maastricht 21 juli 2004.

13 Hiervan zijn vele voorbeelden, onder meer NMA besluit 4 mei 2000, zaak 101 (Bloemenmarkt).

14 C(2009) 864 final Communication from the Commission, Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82

EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings. Zie <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/index.html>.

15 T-201/04 (Microsoft) 2007 ECR II-3601.

16 Rb. Rotterdam 3 februari 2005, LJN AS9462, zaak 02/3365 (NOLU/NMA).

17 Wel formele: Vo 1/2003, over verhouding tussen Europees en nationaal recht.

slaggevend. Modernisering van art. 82 en uitleg is voorwerp van een discussiestuk.¹⁸

Machtspositie

De NMa volgt de EG-regels voor het bepalen van marktmacht. Hoewel veel geklaagd wordt over misbruik van machtspositie, leiden relatief weinig zaken tot een constatering van inbreuk door de NMa. Een machtspositie onder art. 24 Mw bestaat als een onderneming zich op de Nederlandse markt of een deel daarvan in belangrijke mate onafhankelijk van concurrenten, leveranciers, afnemers of eindgebruikers kan gedragen.¹⁹ Daartoe dient de geografische en productmarkt te worden afgebakend.²⁰ Vervolgens kunnen de aanbieders en afnemers op die markt worden aangewezen en hun marktaandeel berekenen. Als vuistregel is er aanwijzing van machtspositie bij 50% marktaandeel of meer.²¹ Tegenbewijs kan evenwel worden afgeleid uit onder meer concentratiegraad, toetredingsdrempels, kopersmacht, aard van de markt, sterk wisselende marktaandelen en dergelijke. Wettelijk monopolisten hebben derhalve niet noodzakelijkerwijs een machtspositie.²² Bij een marktaandeel lager dan 25% is er zelden een machtspositie. Bij een marktaandeel van minder dan 40% is er doorgaans geen machtspositie;²³ bij een marktaandeel tussen de 25 en 50% dienen diverse factoren, zoals die reeds zijn genoemd, in de analyse te worden betrokken.

Ook marktgedrag, zoals het hanteren van extreem hoge of lage prijzen, kan volgens mededingingsautoriteiten een indicatie van een machtspositie zijn.²⁴ De machtspositie kan op dezelfde maar ook op een andere markt worden misbruikt.²⁵

18 Zie voor deze documenten <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/index.html>.
19 HvJ EG 14 februari 1978, zaak 27/76 (United Brands), *Jur.* 1978, p. 207; zie ook HvJ EG 13 februari 1979, zaak 85/76 (Hoffmann-La Roche), *Jur.* 1979, p. 461.
20 Bekendmaking van de Commissie van 9 december 1997, PbEG C 372, inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijk mededingingsrecht.
21 HvJ EG 3 juli 1991 (AKZO/ EG Commissie), *Jur.* 1991.
22 Zie bijv. NMa besluit 11 juli 2003, zaak 2853 (DGT v. Relan Arbo).
23 C (2009) 864, nr. 14.
24 HvJ EG 13 februari 1979, zaak 85/76 (Hoffmann-La Roche), *Jur.* 1979; Zie bijv. ook NMa besluit 11 augustus 2003, zaak 3125 (NHA/LOI).
25 HvJ EG 6 maart 1974, zaken 6-7/73 (Istituto Chemioterapico Italiano en Commercial Sol-

Er kan ook misbruik van inkoopmacht worden gemaakt. In de supermarktsector ging de NMa daarvan overigens niet uit.²⁶

De NMa nam zonder nader onderzoek aan dat KPN (op toegang tot het openbare telefoonnetwerk)²⁷ en CR Delta (op fokstiersperma) een machtspositie hadden.²⁸ Met name CR Delta had overigens onderbouwd een ander standpunt verdedigd. Inmiddels is duidelijk dat als de onderneming in kwestie tegenbewijs aandraagt, de NMa daar serieus mee moet omgaan, bijvoorbeeld door nader onderzoek te doen.

Er kan een collectieve machtspositie bestaan, een oligopolie die tot coördinatiegevaar leidt. Ook deze positie kan, hoewel moeilijk aan te tonen, misbruikt worden en vormt een inbreuk op art. 24 Mw. De parlementaire geschiedenis van de Mededingingswet verwijst naar het bestaan van economische of contractuele structurele banden tussen ondernemingen.²⁹ Het spraakmakende Airtours, een concentratiezaak (waarin dus ook het beoordelen van de vraag of er een machtspositie is, centraal staat), werpt in 2002 nieuw licht op dit leerstuk. Het gerecht neemt niet economische banden als vereiste maar hanteert kort samengevat als voorwaarden dat de markt voldoende transparant is, dat er prikkels zijn voor ondernemingen om de stilzwijgend afgestemde gemeenschappelijke gedragslijn na te leven en dat er een effectief mechanisme is voor afschrikking of vergelding bij niet-naleving.³⁰ In de langslpende zaak *De Telegraaf/NOS HMG*, die ook tot diverse civielrechtelijke beslissingen leidde, nam de NMa collectieve machtspositie aan van de NOS en omroepverenigingen met zendtijd.³¹

vents/Europese Commissie), *Jur.* 1974, p. 223.
26 Brief van de NMa aan de minister van EZ 6 juli 2005.
27 NMa besluit 21 mei 2003, zaak 3251 (Pretium/KPN).
28 NMa besluit 31 december 2003, zaak 3353 (CR Delta); NMa besluit op bezwaar 25 juli 2005 (CR Delta).
29 TK 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 25; HvJ EG 16 maart 2000 (CEWAL), ECR I-1365.
30 GVEA (Airtours/Commissie) 6 juni 2002, T-342/99.
31 NMa besluit 10 september 1998, zaak 1 (*De Telegraaf/NOS HMG*).

Leveringsweigering en essential facility

Misbruik kan bestaan in het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling. Een onderneming met een machtspositie die weigert goederen of toegang tot een dienst, faciliteit of infrastructuur te leveren aan, of onredelijke voorwaarden daarbij hanteert jegens ondernemingen die daar om vragen, kan worden gedwongen toegang (tegen een redelijke vergoeding) te verlenen. Het beginsel van contractsvrijheid wordt zo doorbroken. Zowel de commissie als het hof heeft verschillende malen geoordeeld dat het plotseling stopzetten van levering van goederen of grondstoffen aan een vaste klant misbruik van machtspositie kan opleveren, vooral als de stopzetting van levering is bedoeld om een afnemer als concurrent uit de markt te verdrijven.³² Ook weigeren een nieuwe klant te beleveren, kan misbruik zijn. Afscherming treedt vooral op als de weigering is bedoeld om een afnemer als concurrent op een afgeleide markt uit de markt houden of te verdrijven.³³ Als er geen weigering is maar een (veel) te hoge prijs wordt gevraagd, kan dit een *margin squeeze* zijn. Als onredelijke voorwaarden worden gesteld om een afnemer te 'disciplineren' en zo exclusiviteit af te dwingen of parallelle handel in te dammen, is dit geen *essential facility*, maar valt het onder andere leerstukken, zoals exclusieve levering.³⁴

Wanneer is er een *essential facility*? De faciliteit moet onontbeerlijk zijn voor de afnemer om effectief te kunnen concurreren, bij gebreke waarvan er geen restconcurrentie is en nadeel voor consumenten resulteert. Soms kan er een objectieve rechtvaardigingsgrond zijn voor de weigering.

In de zaak-Bronner ging het om toegang tot een distributienetwerk van een krant, zodat een kleinere krant niet zelf een heel distributienetwerk behoefde op te bouwen.³⁵ Omdat de kleinere krant zelf een distributienetwerk, alleen of samen

32 British Sugar; vlg. ICI/ZOJA; United Brands; Volvo-Veng.
33 Zaken 6/73 en 7/73 (Commercial Solvents) 1974 ECR 223.
34 C-468/06-C-478/06 (Sot. Lélou kai Sia vs. GlaxoSmithKline), 16 september 2008.
35 HvJ EG C-7/97 [1998] (Oscar Bronner/Media-print); ECR I-7817 [1999]; 4 CMLR 112 [1999]; CEC 53.

met andere concurrenten, had kunnen opbouwen en daaraan geen technische, economische, juridische of andere obstakels in de weg stonden (ondanks dat het voor een kleine krant niet rendabel was), werd geen misbruik aangenomen.³⁶ De NMa hanteert deze lijn. NEA bijvoorbeeld had geen rechtvaardiging om het verzoek van Norsk Hydro te weigeren om elektriciteit te transporteren, en maakte dus wel misbruik.³⁷

Als de essentiële faciteit een intellectueel eigendomsrecht betreft, ligt het nog genuanceerder. Het mededingingsrecht en de uitoefening van het intellectueel eigendomsrecht kunnen op gespannen voet staan. Na de bekende Magill-zaak³⁸ over programmagidsen zijn de criteria in IMS Health³⁹ verder uitgelegd. IMS Health had een machtspositie op de relevante primaire markt van onderzoeksdata voor de farmaceutische industrie die zij in een brickstructuur had ondergebracht en met een beroep op haar auteursrechten weigerde zij de brickstructuur (op de aanverwante secundaire markt) te licentiëren aan haar concurrenten op de primaire markt. Auteursrecht is immers het exclusieve recht om te bepalen wie wanneer van een werk waarop dat recht rust, gebruik mag maken.⁴⁰ Een intellectueel eigendomsrecht behoeft slechts onder 'dwang' gelicentieerd te worden indien de faciteit daadwerkelijk onontbeerlijk is:

- a voor de introductie van een nieuw product waarnaar vanuit consumentenvraag bestaat;
- b er geen rechtvaardigingsgrond is; en
- c elke mededinging op een afgeleide markt wordt uitgesloten.

De NMa boog zich evenals de civiele rechter herhaaldelijk over telefoongidsen en programmeergegevens. Het hof oor-

36 Zie ook 94/19/EC IV/34.689 (Sea Containers vs. Stena Sealink) 21 december 1993, Interim Measures OJ L 15, 18.1.1994; 92/213/EEC IV/33.544 (British Midland vs. Aer Lingus) 26 februari 1992, OJ L 96, 10.4.1992.
 37 HvJ EG 6 april 1995, NJ 1995, 492, m.nt. Verkade.
 38 NMa besluit 26 november 2002, zaak 650; NMa besluit op bezwaar 27 maart 2000; Rb. Rotterdam 26 november 2002; CBB 28 mei 2004.
 39 HvJ EG 6 april 1995, NJ 1995, 492, m.nt. Verkade.
 40 Arrest HvJ EG 29 april 2004 (IMS Health), *Computerrecht* 2004/4, p. 189 t/m 196 m.nt. M. de Koning.
 41 Zie ook artt. 10 e.v. Aw. IMS Health beroept zich op de Duitse auteurswet, maar eigenlijk gaat het om databankrechten op de brickstructuur.

deelde, later bekrachtigd door de Hoge Raad⁴¹, dat de weigering van de NOS om programmeergegevens aan *De Telegraaf* te leveren, misbruik van machtspositie opleverde.⁴² De NOS weigerde met een beroep op geschriftenbescherming ingevolgd de Mediawet de programmeergegevens aan *De Telegraaf* te leveren, ondanks het eerder door de NMa aan de NOS gegeven bevel daartoe.⁴³ Later dat jaar bevestigde de NMa⁴⁴ dat er misbruik van machtspositie werd gemaakt door NOS. Dit besluit hield stand bij de Rechtbank Rotterdam.⁴⁵ De NOS werd door het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) echter in het gelijk gesteld, omdat de NOS op basis van het IMS Health-arrest⁴⁶ pas misbruik maakt van haar machtspositie indien zij de gegevens weigert aan een onderneming die hiermee *nieuwe* producten of diensten wil aanbieden. Het CBB is van oordeel dat de weekendgids die *De Telegraaf* wilde aanbieden, niet kwalificeert als een nieuw product.⁴⁷ Een lagere prijs levert nog geen nieuw product op, zoals ook een civiele rechter later nog eens bevestigde in de zaak SBS tegen *Quote* en MTV.⁴⁸ Overigens speelde deze zaak ook tegen HMG, die wel wilde leveren maar een volgens *De Telegraaf* een excessieve prijs vroeg.⁴⁹

In de zaak-KPN/Denda⁵⁰ voerde Denda tevergeefs aan dat KPN geen beroep toe-

41 HR 6 juni 2003 (NOS/*De Telegraaf*), LJN AF5100, Co1/183.
 42 Hof Den Haag 30 januari 2001 (*De Telegraaf* NOS), *Mediaforum* 2001/3, p. 90 m.nt. Overdijk.
 43 NMa besluit 16 februari 2000 (*De Telegraaf*/NOS en HMG), *Mediaforum* 2000/3, nr. 22, p. 107 m.nt. Mahler; NMa besluit 10 september 1998 (*De Telegraaf*/NOS en HMG), *Mediaforum* 1998/10, nr. 50, p. 304 m.nt. Hugenholtz en M&M 1998/4, nr. B101, p. 142, m.nt. Parret.
 44 NMa besluit 3 oktober 2001, *Mediaforum* 2002/2, nr. 7, p. 69 m.nt. Mahler.
 45 Rb. Rotterdam 11 december 2002, Rechtspraak.nl, LJN AF 1811.
 46 Arrest HvJ EG 29 april 2004 (IMS Health), *Computerrecht* 2004/4, p. 189-196 m.nt. M. de Koning.
 47 CBB 15 juli 2004, Rechtspraak.nl, LJN AQ3727.
 48 Voorzieningenrechter Rb. Amsterdam 28 juli 2005, LJN AU0253, zaak 317128/KG 05/1040.
 49 NMa, tweede beslissing op bezwaar HMG 1 april 2004, zaak 1; CBB 7 mei 2004, overzicht nr. 11.
 50 Rb. Almelo 6 december 2000, *Mediaforum* 2001/5, p. 177 m.nt. Beunen (KPN/Denda). Het geschil over telefoongidsgegevens liep overigens al veel langer, vóór de invoering van de Mw (en de Dw); zie Pres. Rb. Almelo 5 december 1996 (KPN/Denda), *Computerrecht* 1997/6, p. 309; Hof Arnhem 15 april 1997 (tussenarrest) en 5 augustus 1997 (KPN/Denda), *AMI* 1997/10, p. 214 en *Computerrecht* 1997/6 m. nt. Struik en *Mediaforum* 1997/5, p. B72 en 1997/9, p. B127; Pres. Rb. Den

kwam op geschriftenbescherming, een 'subcategorie' van het auteursrecht (vóór inwerkingtreding Dw), omdat KPN haar machtspositie zou misbuiken. De Europese en Nederlandse telecommunicatiewetgeving⁵¹ bevat een verplichting voor KPN om 'relevante informatie' voor de samenstelling van telefoongidsen ter beschikking te stellen aan derden op 'billijke, kostengeoriënteerde en niet discriminerende voorwaarden'. Over de uitleg van deze regels, zoals welke gegevens onder de verplichting vallen en wat een redelijke (kostengeöriënteerde) vergoeding per gegeven is, werd uitvoerig geprocedeerd bij OPTA en NMa.⁵² Het sluitstuk, in ieder geval voorlopig, is het arrest van het HvJ EG van 25 november 2004.⁵³ Het HvJ oordeelde naar aanleiding van vragen van het CBB in een procedure tussen KPN, OPTA en Denda dat onder 'relevante gegevens' alleen de gegevens vallen die nodig zijn om een gebruiker van een telefoongids in staat te stellen de abonnees die hij of zij zoekt te identificeren.

Al met al neemt de NMa niet snel misbruik door leveringsweigering aan. De weigering van de NS bijvoorbeeld om bedrijfs- en winkelruimte op NS-stations te verhuren is geen misbruik.⁵⁴ De weigering iemand te laten betalen met pin of chipknip is ook geen misbruik.⁵⁵

Excessieve tarieven

Misbruik kan gelegen zijn in het hanteren van onbillijk hoge tarieven. Er zijn weinig Europese zaken over dit onderwerp die tot een constatering van inbreuk hebben

Haa 9 maart 1999 (Denda/KPN), *Computerrecht* 1999/3, p. 148 m.nt. Van Overbeek.
 51 Art. 25 lid 2 van Richtlijn nr. 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 7 maart 2002 inzake universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische communicatienetwerken en -diensten (Universele dienstenrichtlijn), (*PbEG* 2002, L 108/51); art. 3.1 van Besluit 7 mei 2004 houdende regels met betrekking tot universele dienstverlening en eindgebruikerbelangen (Besluit universele dienstverlening en eindgebruikersbelangen), *Stb.* 2004, 203.
 52 NMa/OPTA 14 december 1998, www.opta.nl; OPTA 29 september 1999, *Computerrecht* 2000/1, p. 47; Rb. Rotterdam 1 juni 2001 (KPN en Denda/OPTA).
 53 HvJ EG 24 november 2004 (KPN/OPTA en Denda, zaak C-109/03, <http://www.curia.europa.eu/>).
 54 NMa besluit 31 oktober 2003, zaak 2996 (Shakie's-NS Stations/Servex).
 55 NMa besluit 4 april 2003, zaak 3444 (Halbertsma/De Postbank).

U moet eerst akkoord gaan met onze leveringsvoorwaarden...



geleid.⁵⁶ Het doel van het mededingingsrecht is ook niet om prijzen te reguleren, maar om de mededinging te beschermen.

De NMa onderzocht onder meer de tarieven van Schiphol⁵⁷, KLM op de lijn naar Curaçao⁵⁸, en de RTV-pakketten van UPC en Casema.⁵⁹ De NMa hanteerde daarbij diverse methoden om te bepalen of de tarieven onbillijk hoog zijn, zoals internationale tariefsvergelijking, benchmarking tegen vergelijkbare diensten, en het vergelijken van rendement tegen normrendement. Kostentoerekening (nodig voor rendementsvergelijking) was geen passende maatstaf bij het innen van

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

57 Rapportage Luchthaventarieven Schiphol, 10 april 2001.

58 NMa besluiten 8 november 2000, zaak 273 (Vereniging Vrije Vogel/KLM) en zaak 906 (Swart/KLM); en 30 oktober 2001, zaak 2260 (VVV/KLM); NMa tweede besluit op bezwaar 18 maart 2004, zaak 2260 (VVV/KLM); Rb. Rotterdam 2 september 2005, LJN AU9056, zaak 04/1244; Rb. Rotterdam 18 juni 2003, LJN A10095, 01/2753 MEDED.

59 NMa besluit 12 juni 2003, zaak 1793 (Gemeenten Voorburg en Wassenaar e.a./Casema); NMa besluiten 27 september 2005, zaak 3588 (Casema) en zaak 3528 (UPC).

vergoedingen door SENA onder de Wet op de Naburige Rechten.⁶⁰ Die constatering kan juist zijn, maar als motivering voor de afwijzing van de klacht van Horeca Nederland over de SENA-tarieven onvoldoende.⁶¹ De NMa had geen onderzoek gedaan, maar verwees slechts naar een niet met cijfermateriaal onderbouwde internationale tariefsvergelijking.

In al deze zaken nam de NMa geen misbruik aan. De NMa lijkt een duurzame disproportie nodig te achten voordat er excessiviteit bestaat.

Ook de hoogte van pintarieven die Interpay aan detaillisten berekende, onderzocht de NMa door een rendementsberekening. De NMa constateerde inbreuk omdat er vele malen (vijf- tot zevenmaal) boven normrendement was behaald.⁶² Interpay voerde in bezwaar aan dat geen

60 NMa besluit 10 april 2003, zaak 2319 (Horeca Nederland/SENA); zie ook HvJ EG 6 februari 2003, C-245/00; HR 28 mei 2004 (SENA/NOS), C99/248.

61 Rb. Rotterdam 10 januari 2005, LJN AS9459, zaak 03/1561.

62 NMa besluit 28 april 2004, zaak 2910 (Interpay).

machtspositie bestond en dat de berekening tegen normrendement niet deugde, alsook dat alle pincontracten met detaillisten aan de banken zouden worden overgedragen. Nadat ook een schikking met detaillisten was bereikt over een verlaging van de pintarieven, maakte de NMa de opgelegde boete in bezwaar ongedaan.⁶³

De commissie past een tweestapstoets toe. Eerst wordt bepaald of het verschil tussen de gemaakte kosten en de gehanteerde prijs – dat wil zeggen: de winstmarge – excessief is. Hiertoe is een kostenallocatie nodig, wat in de praktijk een uitgebreide economische analyse vergt, zoals uiteengezet in de Port of Helsingborg-beschikking.⁶⁴ Als het verschil tussen de kosten en prijzen inderdaad disproportioneel is, volgt stap twee. In deze stap wordt beoordeeld of de berekende prijs op zichzelf gezien of in vergelijking met prijzen van concurrerende of vergelijkbare producten of diensten onredelijk is. Dit is in feite een beoordeling van de economische waarde van het product. Pas als uit beide stappen onredelijkheid van de prijzen volgt, is er misbruik.

In de NMa-rapportage *Havenbedrijf Rotterdam*⁶⁵ wordt deze tweestapstoets gevolgd. Ook niet-kostengerelateerde factoren aan de vraagzijde van de markt, stap twee van de toets, dienen volgens de NMa te worden meegenomen. Afnemers zijn in het bijzonder bereid te betalen voor kenmerken specifiek verbonden aan het product hetgeen zij als waardevol beschouwen. Dergelijke kenmerken impliceren niet noodzakelijkerwijs hogere productiekosten, maar verhogen wel de economische waarde van een product. De relatief hoge haventarieven zouden beschouwd kunnen worden als normale opbrengsten op schaarse input ('location rent'). Er is in dat geval geen sprake van efficiencyverlies ('monopoly rent') want er is geen kunstmatige beperking van het aanbod.

Roofprijzen ('predatory pricing')

Lage prijzen zijn in principe gunstig voor

63 NMa besluit op bezwaar 21 december 2005, zaak 2910 (Interpay).

64 COMP/36.568 en 36.570 (Scandlines vs. Port of Helsingborg, Sundbusserne v. Port of Helsingborg) 23 juli 2004, [2006] 4 CMLR 1223 en 1298.

65 Den Haag, maart 2005.

consumenten en voor effectieve concurrentie. Ondernemingen met een machtspositie kunnen roofofrijzen evenwel hanteren om een concurrent uit de markt te prijzen waarna zij de tarieven weer kunnen verhogen.⁶⁶ Overigens kan de dominante leverancier niet altijd haar verlies later volledig terugverdienen. Echter, als een onderneming eenmaal is gestart met roofofrijzen om een concurrent te elimineren is de neiging om daarmee door te gaan groot omdat stoppen per definitie inhoudt dat het reeds geleden verlies niet kan worden terugverdiend.⁶⁷

Dergelijk gedrag werd door de NMa geconstateerd toen Waldeck, de moedermaatschappij van LOI, met Studieplan stelselmatig cursussen aanbood onder de prijs van NHA, een concurrent.⁶⁸ Geen misbruik werd aangenomen ten aanzien van het tegen of zelfs onder kostprijs verstrekken van glazen zuigelingenflessen aan ziekenhuizen door Nutricia en Friesche Vlag.⁶⁹ Er was een aparte markt voor wegwerpflessen waarop de aanbieders, die deze flessen bij derden inkochten, geen machtspositie hadden. Ook hadden ze geen machtspositie op een andere markt die ze op deze wijze wilden 'uitbouwen' naar een andere markt.⁷⁰ Het was daarom niet waarschijnlijk dat zij naderhand hun prijzen konden verhogen.

Deze zaak toont dat roofofrijzen en koppilverkoop ('tying'), een vorm van mededingingsbeperkende korting, nauw verwante vormen van misbruik zijn. Bij koppilverkoop wordt één product gratis of goedkoper aangeboden mits een ander product tegelijk wordt afgenomen.⁷¹ De koppeling kan contractueel zijn, als voorwaarde in het contract. De koppeling kan ook technisch zijn als – om een goede werking te verkrijgen – in een machine alleen navullingen of andere bijbehorende producten van dezelfde leverancier kunnen worden gebruikt. Het gaat erom of er vraag van consumenten is naar de sepa-

rate producten en of er aanbieders zijn die alleen het gekoppelde product aanbieden.

Kortingen die een dominante leverancier slechts geeft indien een pakket van verschillende producten wordt afgenomen, kunnen misbruik zijn als daardoor evenzeer efficiënte concurrenten van de losse producten niet meer kunnen opboksen tegen de pakketprijzen. Overigens kan het zo zijn dat de concurrentie op de markt op het niveau van pakketten plaatsvindt. Dit is het geval als andere aanbieders vergelijkbare pakketten producten aanbieden. Dan kan worden getoetst of de pakketprijs vijandig laag (*predatory*) geprijsd is.

Een dominante leverancier mag aantonen dat haar koppelpraktijken leiden tot besparingen op het gebied van productie en distributie die ten goede komen aan consumenten. Verpakkingskosten kunnen bijvoorbeeld lager zijn door het koppelen van producten. Verder kan het bijvoorbeeld relevant zijn of de koppeling leidt tot verlaagde transactiekosten voor consumenten omdat zij de producten niet separaat behoeven te kopen.

Microsoft maakte zich schuldig aan koppilverkoop omdat zij Mediaplayer ingebouwd in Windows op de markt aanbood. In de zaak Microsoft werd een dwanglicentie opgelegd met betrekking tot gegevens benodigd voor de interface tussen programmatuur van derden en van Microsoft.⁷²

Microsoft meende dat het om één geïntegreerd product gaat, en niet om gekoppelde producten, en ging in beroep.

Mededingingsbeperkende kortingen en discriminatie

De NMa constateerde misbruik van CR Delta door het hanteren van getrouwheidskortingen, kortingen die de klant zo'n loyaliteit afdwingen dat overstappen naar een concurrent wordt beperkt.⁷³ De diverse kortingen die CR Delta gaf, waren niet op kostenbesparingen gebaseerd. De korting werd berekend over het geheel van de afname over een jaar, er was een testerskorting en een

inmiddels ingetrokken 'regeling klantentrouw'. Loyaliteitskortingen en volumekortingen die over de gehele afname worden gegeven, werden ook door het GVEA in onder meer de zaak-Michelin II afgestraft.⁷⁴ Ook verplichtingen ten aanzien van het aanhouden van voorraad kunnen dit effect hebben.⁷⁵ Dominante leveranciers kunnen aanvoeren dat hun kortingsysteem voordelen oplevert die worden doorgegeven aan consumenten. Voor standaard volumekortingen is dergelijk voordeel overigens meer voor de hand liggend dan voor individuele volume kortingen (targets).⁷⁶

In de zaak-Carglass werd geen misbruik aangenomen omdat de korting kosten reflecteerde, vanaf de eerste transactie werd toegekend en niet over het geheel van afname maar over de betreffende staffel werd uitgekeerd.⁷⁷ In de zaak-NOLU/NMa⁷⁸ werd geen misbruik aangenomen omdat de verschillende kortingen in verschillende verkoopkanalen werden verklaard door verschillen in verkoop en distributie en daardoor kosten en inkomsten. Gevallen moeten dus wel gelijk zijn willen verschillen als discriminatoir gelden.

Verschillen in de behandeling van afnemers door een onderneming met een machtspositie zonder een objectieve rechtvaardiging kunnen misbruik opleveren.⁷⁹ De NMa nam geen discriminatie door Interpay aan naar aanleiding van de klacht die Superunie had ingediend.⁸⁰ Superunie meende dat zij ten onrechte minder korting kreeg dan Ahold, een eerste afnemer van pintransacties. Superunie had dit ook al in kort geding gevorderd, maar ondanks dat de rechter sterke aanwijzingen zag voor het be-

66 HvJ EG 3 juli 1991 (AKZO/EG Commissie), C-62/86, *Jur.* 1991, p. 3359; T-340/03 (France Telecom) [2007] ECR II-107.

67 COMP/38.233 (Wanadoo Interactive), 16 juli 2003.

68 NMa besluit 11 augustus 2003, zaak 3125 (NHA/LOI).

69 NMa besluit op bezwaar 26 januari 2004, zaak 2872 (Beldico/Nutricia Friesche Vlag).

70 HvJ EG 14 november 1996 (Tetra Pak II), C-333/94 P, *Jur.* 1996, p. I-5951.

71 T-30/89 (Hilti), [1991] ECR II-1439.

74 GVEA 30 september 2003 (Michelin II), T-203/01.

75 GVEA [2003] (Van den Bergh Foods), T-65/98, ECR II-4653.

76 C-95/04 P [2007] (British Airways), ECR I-2331.

77 NMa besluit 22 oktober 2003, zaak 2227 (Carglass); CBB 17 november 2004.

78 Rb. Rotterdam 3 februari 2005 (NOLU/NMa), LJN AS9462, zaak 02/3365; zie ook Voorzieningenrechter Rb. Arnhem 7 juli 2005 (Keukenland e.a./AEP), LJN AU1726, zaak 125946.

79 COMP/36.568 and 36.570 (Scandlines vs. Port of Helsingborg, Sundbusserne v Port of Helsingborg) 23 juli 2004, [2006] 4 CMLR 1223 en 1298.

80 NMa besluit 28 april 2003, zaak 2978 (Superunie/Interpay); NMa besluit op bezwaar 29 juni 2005, zaak 2978/147 (Superunie/Interpay).

staan van een machtspositie, wees hij de vordering af.⁸¹ Na beoordeling van de (on)gelijkheid van de diensten, dienen mogelijke rechtvaardigingsgronden te worden getoetst. In dit geval was verschillende behandeling geoorloofd omdat Ahold als *first mover* investeringsrisico's had gelopen en garanties aan Interpay had afgegeven. De extra kortingen zijn, voor een bepaalde termijn, een beloning daarvoor.

Mededingingsbeperkende overeenkomsten

Naast unilateraal gedrag kan ook bilateraal of multilateraal gedrag strijdig met het mededingingsrecht zijn (art. 81 EG-Verdrag). Overeenkomsten die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst, zijn verboden (art. 6 Mw). De beperking van de mededinging moet wel merkbaar zijn.⁸² Deze overeenkomsten zijn van rechtswege nietig. Het gaat niet alleen om overeenkomsten in privaatrechtelijke zin, maar ook om onderling afgestemde feitelijke gedragingen en besluiten van ondernemersverenigingen. Een besluit van een ondernemersvereniging bestaat bijvoorbeeld als een aanbeveling een getrouwe weergave is van de wil van een ondernemersvereniging om het gedrag van zijn leden overeenkomstig de aanbeveling te coördineren. De leden moeten de aanbeveling wel kennen, maar de aanbeveling hoeft geen weergave te zijn van de wil van de leden.⁸³ Een onderling afgestemde feitelijke gedraging kan worden getypeerd als een vorm van coördinatie die de risico's van concurrentie

welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking.⁸⁴

Overigens moet het gaan om samenwerking tussen twee of meer autonome ondernemingen⁸⁵ en om economische activiteiten. De overeenkomst van een moederonderneming met haar dochteronderneming zal in het algemeen buiten toetsing vallen. Ook hier worden economische activiteiten ruim opgevat. Gemeenten handelen ten aanzien van de exploitatie van openbare telefoontoe- stellen en reclame als onderneming.⁸⁶ Sporters die recent klaagden over het dopingreglement bijvoorbeeld konden niet worden weggestuurd met de mededeling dat dit geen economische activiteit betreft.⁸⁷

Mededingingsbeperkende overeenkomsten zijn niet altijd verboden.⁸⁸ Bagatels, overeenkomsten met een slechts marginale betekenis in de markt, zijn uitgezonderd.⁸⁹ Voorts zijn nevenrestricties, beperkingen die verband houden met een concentratie, uitgezonderd (art. 10 Mw).⁹⁰ Veelvoorkomende beperkingen

84 HvJ EG 14 juli 1972, zaak 48/69 (ICI/Commissie), *Jur.* 1972, p. 658.

85 De Rotterdamse taxicentrale ('RTC') en daarbij aangesloten taxiondernemingen werden door de NMa niet als één onderneming gezien. RTC werd beschouwd als een ondernemersvereniging. NMa besluit 8 januari 2003, zaak 2819 (RTC).

86 Voorzieningenrechter Rb. Amsterdam 5 oktober 2006 (KPN Telecom/JCDecaux), nr. 350485/KG 06-1513 PEE, LJN AY9545.

87 HvJ EG 17 juli 2006 (Meca/Medina), zaak C-519/04, *Jur.* 2006, p. I-6991. Dit lijkt een koerswijziging; voorheen werden regels van zuiver sportieve aard geacht buiten het toepassingsbereik van art. 81 EG-Verdrag te liggen.

88 De hier genoemde uitzonderingen zijn niet-limitatief. Voor het beheer van diensten van het algemeen economisch belang gelden bijvoorbeeld andere regels (art. 11 Mw).

89 Art. 7 Mw zondert overeenkomsten uit op basis van een omzetrempel, voor goederen € 4.540.000 en voor diensten € 908.000. Het Europese recht (Bekendmaking van de Commissie van 22 december 2001, PbEG C 368, inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van art. 81 lid 1, van het verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (de *minimis*)) doet dit op basis van marktaandeelrempels. Horizontale overeenkomsten zijn een bagatel als de gezamenlijke marktaandelen van de bij de overeenkomst betrokken ondernemingen minder dan 10% marktaandeel op de totale relevante markt bedragen. Bij verticale overeenkomsten (bijv. distributieovereenkomsten) mag het gezamenlijke marktaandeel maximaal 15% zijn om nog als bagatel te kwalificeren.

90 Mededeling nevenrestricties bij concentraties (PbEG 2005, C 56).

in bepaalde typen overeenkomsten, zoals verticale en horizontale overeenkomsten, worden in groepsvrijstellingsverordeningen (met bijbehorende richtsnoeren) uitgezonderd van het verbod.⁹¹ Deze groepsvrijstellingsverordeningen zijn door middel van een schakelbepaling van toepassing ook op Nederlandse situaties.⁹²

Een individuele uitzondering wordt gemaakt als – kort gezegd – de voordelen ervan zwaarder wegen dan de nadelen (art. 17 Mw).⁹³ Er moet een bijdrage zijn aan de verbetering van de productie of van de distributie of er moet bevordering zijn van technische of economische vooruitgang. Een billijk aandeel van de voordelen moet aan gebruikers ten goede komen. De beperkingen moeten niet onmisbaar zijn en mogen geen mogelijkheid geven de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen en diensten uit te schakelen.

Als een overeenkomst ertoe strekt de mededinging te beperken gaat het om een *hard core restrictie*. Dat weegt een stuk zwaarder dan als het slechts een gevolg betreft. Hard core restricties vallen derhalve zelden tot nooit onder de genoemde uitzonderingen. Overigens moet ook bij hard core restricties de merkbaarheid worden onderzocht.⁹⁴

81 Voorzieningenrechter Rb. Utrecht 14 februari 2002 (Superunie/Interpay), LJN AD9289, zaak 01-1304.

82 NMa besluit van 19 oktober 2006, zaak 757/216 (Secon); CBB 7 december 2005 (Secon en G-Star), LJN AU 8309.

83 Rb. Rotterdam 28 februari 2006 (Bovag en NCBRM/RvB NMa), nr. MEDED 04/3141 WILD, LJN AX1341; Rb. Rotterdam 22 mei 2006 (AUV Coöperatieve Nederlandse Veterinair Farmaceutische groothandel), UA/RvB NMa, nr. MEDED 03/3812 BRO1, LJN AX8425.

91 Verordening (EG) nr. 2790/1999 verticale overeenkomst, PbEG 1999, L 336/21; Richtsnoeren verticale beperkingen, PbEG 2000, C 291/1; Verordening (EG) nr. 2658/2000 Specialisatieovereenkomsten, PbEG 2000, L 340/3; Verordening (EG) nr. 2659/2000 O&O overeenkomsten, PbEG 2000, L 304/7; Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten, PbEG 2001, C3/02. Enkele specifieke groepsvrijstellingen: Verordening (EG) nr. 772/2004 Technologieoverdracht, PbEG 2004, L123; Richtsnoeren voor de toepassing van art. 81 EG op technologieoverdracht, PbEG 2004, C101; Verordening (EG) nr. 358/2003 Verzekeringsovereenkomsten, PbEG 2003, L 53; Verordening (EG) nr. 1400/2002 Motorrijtuigen, PbEG 2002, L 203; Verordening nr. 823/2000 Lijnvaart-ondernemingen PbEG 2000, L 100.

92 Artt. 12 en 13 Mw.

93 NB: hier wordt niet bedoeld de zogeheten 'rule of reason'-benadering waarbij de afweging van voor- en nadelen kan leiden tot de conclusie dat de overeenkomst niet mededingingsbeperkend is. Alleen als aan de cumulatieve vereisten is voldaan, kan er sprake zijn van een ontheffing.

94 HvJ EG 9 juli 1969 (Volck/Vervaecke), zaak 5/69, *Jur.* P. 295; zie ook richtsnoeren horizontale overeenkomsten, randnr. 18.

Kartels

Horizontale afspraken, dat wil zeggen: afspraken tussen (potentiële) concurrenten⁹⁵, op het gebied van prijs, quota, marktverdeling, het uitwisselen van commercieel gevoelig informatie enzovoort, zijn hard core restricties. Deze afspraken grijpen het meest direct in op de concurrentieverhoudingen en het is daarom een kernactiviteit van de mededingingsautoriteiten om karteldeelnemers op te sporen en te bestraffen. De mededingingsautoriteiten hebben spelregels voor het 'klikken' in het leven geroepen. Hoe meer bewijzen een karteldeelnemer uit eigen beweging naar voren brengt, hoe groter de kans op gehele of gedeeltelijke clementie.⁹⁶

In de afgelopen jaren waren uiteenlopende kartels voorpaginanieuws. De Europese Commissie trad op tegen bierbrouwers, cementboeren, liftbedrijven en anderen. De NMa is jarenlang bezig geweest met afhandeling van zaken over voorafspraken in de bouwsector en deelsectoren door middel van een speciale, versnelde procedure. Deze procedure houdt onder meer in dat de bedrijven geen individuele inzage in stukken hebben en geen bezwaren kunnen richten tegen de vaststelling dat er een verboden kartel was. Deelname aan deze procedure levert een korting op de boete op. Weinig bouwers kozen daarom voor individuele afhandeling van hun zaak. Daarnaast waren bijvoorbeeld ook de garnalen- en fietsenkartels en de zaak over het afschaffen van hardwaresubsidies door mobiele operators spraakmakend. Een en ander heeft interessante beschikkingen en uitspraken opgeleverd, met name op het gebied van bewijsgeving, bewijsstandaard en bewijslast. Veel zaken handelen over individuele betrokkenheid, duur van betrokkenheid, hoogte van

de boetes, verlichtende en verzwarende omstandigheden enzovoort.

In het algemeen is de tendens dat Nederlandse rechters minder vaak op voorhand, zonder concrete bewijzen, oordelen dat de mededinging merkbaar wordt beperkt. Dat betekent dat de bewijslast en -standaard zwaarder is geworden voor de NMa, maar ook voor partijen.

Wat betreft de vaststelling dat er een kartel actief is zijn de volgende zaken in het bijzonder noemenswaardig.

De scheidslijn tussen parallel gedrag en daadwerkelijke afstemming is vaak dun. Parallel gedrag kan een indicatie zijn dat er afstemming bestaat. Of dat zo is, behoeft niet in alle gevallen onderzocht te worden, maar alternatieve verklaringen dienen doorgaans wel onderzocht te worden. Ingevolge de Europese Woodpulpzaak kan parallel gedrag enkel als bewijs van afstemming dienen als afstemming de enige aannemelijke verklaring ervoor is.⁹⁷ De Nederlandse Texaco-zaak⁹⁸ is illustratief in dit verband. De NMa meent dat voor het bestaan van wilsovereenstemming in een horizontale relatie het niet noodzakelijk is dat de pomphouders zich hebben verbonden aan een gemeenschappelijk plan voor brandstofkortingen. Volgens de NMa kan er afstemming zijn, ook als karteldeelnemers niet weten wie de andere deelnemers zijn. In casu zou dat volgen uit een advertentie en gezamenlijk prijsgedrag, al dan niet via Texaco tot stand gekomen. Vanzelfsprekend is horizontale prijsafstemming tussen wederverkopers via de leverancier (of rechtstreeks) een kartel.

Vanuit oogpunt van bewijs is interessant de onderlinge afgestemde feitelijke gedraging van mobiele operators tot verlaging van hardwaresubsidies en het uitwisselen van concurrentiegevoelige

informatie.⁹⁹ De NMa baseerde haar besluit voornamelijk op aantekeningen en verklaringen ter zake van een bijeenkomst van de operators. De rechtbank vernietigde het besluit op bezwaar gedeeltelijk omdat niet van alle partijen was aangetoond dat ze bij de bijeenkomst betrokken waren en omdat niet alle onderdelen van de inbreuk bewezen dan wel voldoende gemotiveerd waren. De NMa had volgens de rechtbank wat betreft het uitwisselen van informatie inzake *postpaid* abonnementen moeten ingaan op de door partijen naar voren gebrachte bewijsvoering.

De rechtbank hinkt hier echter enigszins op twee benen. Zij acht het direct bewijs, zoals verklaringen en documenten, voldoende voor de NMa om alternatieve verklaringen te mogen passeren tenzij de deelnemers een andere hoedanigheid bij de bijeenkomst kunnen aantonen, alsook publiekelijk afstand hebben gedaan van het besprokene. Er loopt nog beroep van deze uitspraak.

Van belang is de constatering dat er zelden of nooit een rechtvaardiging te vinden is voor een kartel. Zogeheten 'crisis-kartels', afspraken om bijvoorbeeld een neerwaarts prijsdijval in een economische malaise te doorbreken, zijn ondanks de goede bedoelingen verboden.¹⁰⁰ Toch kunnen uitzonderlijke omstandigheden wel tot verlaging van boetes leiden. Verzachtende omstandigheden werden aangenomen toen in Frankrijk boeren gezamenlijk acties tegen import van vlees namen naar aanleiding van op dat moment in het Verenigd Koninkrijk geconstateerde besmettingen met gekkekoelziekte.¹⁰¹

In de garnalenzaak, waar Duitse, Deense en Nederlandse productenorganisaties en garnalendehandelaars in het kader van een trilateraal overleg afspraken hadden gemaakt over vangstbeperkingen en minimumprijzen, werden

95 Ondernemingen zijn potentiële concurrenten als zij met beperkte investeringen/inspanningen actief kunnen worden op elkaars markt.

96 Mededeling van de Commissie betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken, *PbEG* 2006, C 298 en Richtsnoeren Clementietoezegging met betrekking tot het niet opleggen of verminderen van boetes in zaken ingevolgd art. 6 jo. 56, 57 en 62 Mededingingswet, *Stcr.* 2002, 122. Op 13 juli 2007 heeft de NMa een ontwerprijchtsnoer clementie gepubliceerd en het bedrijfsleven en de advocatuur om commentaar gevraagd; zie www.nmanet.nl.

97 HvJ EG (Woodpulp), C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, C-12/85-C-129/85), *Jur.* 1993, p. I-1307.

98 Rb. Rotterdam 23 juni 2005 (Texaco en Texacopomphouders/d-g NMa), zaaknrs. MEDED 03/2527 WILD, MEDED 03/2544 KNP en MEDED 03/2545 KNP, LJN AT8817; NMa besluit op bezwaar 16 juli 2003, zaak 2498 (Texaco), nrs. 18 en 30.

99 Rb. Rotterdam 13 juli 2006 (KPN, Vodafone, e.a./RvB NMa), nr. MEDED 04/3242 WILD, 04/3243 STRN, 04/3244 WILD, 04/3255 STRN, 04/3276 WILD, MEDED 06/1036 WILD, 06/1038 STRN, 06/1039 WILD en 06/1041 STRN, LJN AY4035, *M&M* 2006, nr. 7 m.nt. Korsten.

100 Beschikking van de Commissie van 3 mei 1994, *PbEG* 1994, L131/15; Beschikking van de Commissie van 4 juli 1984, *PbEG* 1984, L 207/17.

101 HvJ EG 13 december 2006, T-217/03 en T-245/03, *Jur.* 2004, II-239.

de vissers na bezwaar en uitspraak van de Rechtbank Rotterdam lichter beboet omdat geen sprake was van een zeer zware overtreding. Een reden daarvoor was dat de communautaire regelingen inzake gemeenschappelijke marktordening inzake vis moeilijk te interpreteren zijn en dat uitvoering is geprobeerd te geven aan een communautaire taak (vangstbeperking). Dit gold slechts voor de vissers en niet voor de bij het trilatraal overleg betrokken handelaren. Het feit dat van overheidswege positief tegen het overleg werd aangekeken, is geen excuus. Op de producentenorganisaties rustte een plicht om te onderzoeken in hoeverre de afspraken geoorloofd waren.

Brancheorganisaties, van kappers tot psychologen, die zich schuldig maken aan het hanteren van adviesprijzen, zijn diverse keren hard op de vingers getikt.¹⁰² Hoewel in verticale relaties, binnen één distributiekolom, advies-tarieven alsook maximumprijzen zijn toegestaan, luistert de rol van brancheorganisaties in dit opzicht nauw omdat dit horizontaal een effect op de gehanteerde prijzen teweegbrengt.¹⁰³ De brancheorganisaties voor psychologen en psychotherapeuten kregen weliswaar bij de Rechtbank Rotterdam deels gelijk omdat werd vastgesteld dat de NMa onvoldoende aandacht had besteed aan de economische effecten van de advies-tarieven; toch verklaarde de NMa de bezwaren alsnog ongegrond omdat de adviestarieven in de praktijk niet zonder betekenis waren. Het feit dat de tarieven zonder druk of dwang, en dus zuiver als advies, golden, is volgens de NMa niet relevant. Ook zonder dat kunnen de adviestarieven ertoe leiden dat leden met een zekere mate van zekerheid kunnen voorzien welk prijsbeleid hun concurrenten zullen volgen. Of dat het geval is, hangt af van de economische en juridische context. Gezien het aantal aangesloten psychologen en psychotherapeuten, zijn de verenigingen als gezaghebbend te beschouwen. Bovendien vormen de ta-

rieven elementen van concurrentie tussen de betrokken partijen op de markt.

De laatste jaren staat civielrechtelijke afwikkeling van schade als gevolg van kartels in de belangstelling. Tot nu toe heeft dit tot weinig zaken geleid, maar dat kan veranderen. Ten aanzien van een Italiaans kartel van verzekeringsmaatschappijen werd uitgemaakt dat eenieder de nietigheid van kartelafspraken kan invoeren en, indien er een causaal verband bestaat tussen de afspraak en de schade, deze schade kan vorderen.¹⁰⁴ Het Europees en Nederlands mededingingsrecht bevatten geen concrete regels ter zake en laat dit aan het nationale (proces)recht over, met dien verstande dat het gelijkwaardigheids- en doeltreffendheidsbeginsel toepasselijk zijn. Doeltreffend is in dit verband niet alleen reële schade, maar ook gedeelde winst en rente.

Vrijgestelde samenwerkingsovereenkomsten en joint ventures

Samenwerking tussen bedrijven, ook als deze concurrenten van elkaar zijn, kan onder omstandigheden wel geoorloofd zijn. De diverse Vrijstellingsverordeningen inzake horizontale overeenkomsten stellen een aantal van dergelijke overeenkomsten vrij, mits bepaalde marktaandeeldrempels niet worden overschreden en er geen hard core restricties zijn.¹⁰⁵ De horizontale richtsnoeren verduidelijken met voorbeelden wat wel en niet is toegestaan. Samenwerking op het gebied van onderzoek en ontwikkeling heeft in het algemeen minder negatief effect op de mededinging dan bijvoorbeeld gezamenlijke marketing en verkoop, waarbij immers de concurrentievoorwaarden gezamenlijk worden vastgesteld. Gezamenlijke productie is vaak wel geoorloofd, vooral als het voor beperkte duur is en volgt op een gezamenlijk onderzoeks- en ontwikkelings-traject, bijvoorbeeld van medicijnen. Bepaalde bepalingen ter zake van technologieoverdracht (inclusief de licentiëring

van software), zoals bijvoorbeeld de afspraak octrooien van de ander niet aan te vechten, zijn mededingingsbeperkend, terwijl licentieovereenkomsten op zichzelf doorgaans niet mededingingsbeperkend zijn. Specialisatieovereenkomsten, waarbij concurrenten afspreken zich ieder op een eigen terrein te focussen, zijn om voor de hand liggende redenen aan zeer strenge eisen onderworpen.

Ingeval in een onderneming zeggenschap wordt uitgeoefend door meer dan één andere onderneming ('gezamenlijke zeggenschap'), is sprake van een gemeenschappelijke onderneming, ofwel een *joint venture*.¹⁰⁶ Van gezamenlijke zeggenschap is sprake indien twee of meer ondernemingen of personen de mogelijkheid hebben een beslissende invloed op een andere onderneming uit te oefenen. Beslissende invloed betekent in dit verband dat men bij machte is maatregelen die het strategische commerciële gedrag van de onderneming bepalen, te blokkeren.¹⁰⁷ Het gaat om beslissingen met betrekking tot onder andere investeringen en dienstverlening, ondernemingsstrategie, goedkeuring van jaarlijkse begrotingen, de goedkeuring van het businessplan, het dagelijks bestuur en de mededingingsstrategie, strategische beslissingen (zoals de benoeming van het management), beslissingen ten aanzien van de belangrijkste leverings- en distributiecontracten, vetorecht over businessplannen. Het is niet vereist dat de moederondernemingen alle vetorechten hebben. Afhankelijk van de omstandigheden kan het voldoende zijn dat er slechts sprake is van een paar, of zelfs één, van deze vetorechten.

102 NMa besluit van 21 december 2006, zaak 3309/263 (Psychologen); zie ook Rb. Rotterdam 17 juli 2006, nr. MEDED 05/2213 t/m 2215-WILD, LJN AY4928.
103 Besluit vrijstellingen samenwerkingsovereenkomsten detailhandel, *Stb.* 1997, 704. Dit besluit is per 1 januari 2008 vervallen.

104 HvJEG 13 juli 2006 (Manfredi), C-295/04 t/m C-298/04, *Jur.* 2006, I-6619.
105 Verordening (EG) nr. 2658/2000 Specialisatieovereenkomsten, *PbEG* 2000, L 340/3; Verordening (EG) nr. 2659/2000 O&O overeenkomsten, *PbEG* 2000, L 304/7; Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *PbEG* 2001, C3/02.

106 Het is in deze kroniek niet mogelijk alle hiervoor genoemde samenwerkingsvormen te behandelen. Een veelvoorkomende verschijningsvorm van samenwerking tussen bedrijven, de *joint venture*, licht ik eruit vanwege de overvloedige jurisprudentie. Art. 3 Verordening (EG) nr. 139/2004 EG-Concentratieverordening, *PbEG* 2004, L 24/1.
107 Zie bijvoorbeeld NMa besluit 1998, nr. 890/ECN-KEMA. Wanneer er meer dan twee moederondernemingen zijn, gaat het om vetorechten ten aanzien van beslissingen als de begroting, het bedrijfsplan, belangrijke investeringen of de benoeming van de directie. Voor het verkrijgen van gezamenlijke zeggenschap is het evenwel niet vereist dat de moederondernemingen bij machte zijn een beslissende invloed uit te oefenen op het bestuur van de gemeenschappelijke onderneming.

Ten aanzien van de toepasselijkheid van de mededingingsregels wordt onderscheid gemaakt tussen twee soorten joint ventures, namelijk *concentratieve* en *coöperatieve* joint ventures. Een concentratieve joint venture valt onder de concentratieregels van de Europese Concentratieverordening/34 Mw. Op een coöperatieve joint venture zijn de artt. 81 (82) EG en 6 (en 24) Mw van toepassing.¹⁰⁸ Bij een concentratieve joint venture moet de gemeenschappelijke onderneming op duurzame basis werkzaam zijn en de gemeenschappelijke onderneming moet werkzaam zijn op een markt en daar alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervullen.¹⁰⁹ Het moet, met andere woorden, om een compleet bedrijf gaan (een 'full function' joint venture), dat eigen personeel, middelen, knowhow, zelfstandig financieel beleid en dergelijke heeft en niet of nauwelijks voor de moederondernemingen werkt.

Een concentratieve joint venture wordt beoordeeld onder de regels van het concentratietoezicht. Dit betekent dat wordt bekeken of de omzetrempels worden behaald, hetgeen meldingsplicht bij de Europese Commissie dan wel de NMa kan opleveren. De toetsing die na melding wordt uitgevoerd, is op basis van het concentratietoezicht, dus primair op basis van de marktaandelen van partijen in het licht van de aard en structuur van de relevante markt en de andere aanwezige partijen. Partijen achten het vaak gunstig als hun joint venture onder het concentratietoezicht valt, omdat dit relatief snel duidelijkheid schept. Non-concurrentiebedingen, bijvoorbeeld, worden dan als nevenrestrictie bij een concentratie beoordeeld.¹¹⁰

Een coöperatieve joint venture wordt door middel van self-assessment onder de kartelbepalingen getoetst. Met name als er coördinatie(gevaar) is, dat wil zeggen dat prijsafstemming, marktverdeling enzovoort voor de hand liggen, zal

108 Zie MvT Mededingingswet, par. 10.4; zie ook het inleidende artikel 'De joint venture in het mededingingsrecht', in de reader p. V-3 e.v.

109 NMa besluit 10 december 1998, zaak 1073 (Westland); NMa besluit 22 februari 1999, zaak 1124 (AVL - BAG); NMa besluit 16 juli 1999, zaak 1551 (Hermans Holding - Beleggingsmaatschappij Scholtens - Standaard Boekhandel).

110 Rb. Groningen 17 november 2006 (CBR/EOC), nr. 87222 KG ZA 06-327, LJN AZ5886.



de samenwerking mededingingsbeperkend zijn.

Interpay, een joint venture van de banken, werd door de NMa bijvoorbeeld beoordeeld als coöperatieve joint venture die als gezamenlijk verkoopkantoor fungeerde, waardoor de mededinging werd beperkt.¹¹¹ De NMa meende dat er geen sprake was van zelfstandig bestuur.

Verticale overeenkomsten

Verticale overeenkomsten, overeenkomsten tussen bijvoorbeeld leveranciers en hun distributeurs, zullen in het algemeen minder snel mededingingsbeperkend zijn dan horizontale bepalingen. Bepaalde bepalingen in verticale relaties zijn echter hard core restricties. Leveranciers mogen hun distributeurs geen vaste of minimumprijzen opleggen omdat dit de concurrenten binnen één *brand* beperkt. Het toewijzen van een gebied aan distributeurs is toegestaan, maar passieve verkoop (op initiatief van de klant) mag niet aan banden worden

111 NMa besluit op bezwaar 21 december 200, zaak 2910; NMa besluit 28 april 2004, zaak 2910 (Interpay).

gelegd. Er gelden speciale regels voor selectieve distributie, agentuur, franchising enzovoort.

De Vrijstellingsverordening Verticalen geeft groen licht voor diverse restricties, mits de marktaandeelengrens niet is overschreden. De bijbehorende richtsnoeren geven uitleg daarbij, maar ook voor de wijze van beoordeling als de marktaandeelengrens wel wordt overschreden. Het past niet in het bestek van deze kroniek om hierop in te gaan. Wel komen enkele belangwekkende beslissingen en uitspraken aan de orde.

Adviesprijzen zijn in verticale relaties toegestaan, maar als druk of dwang op naleving daarvan bestaat, is volgens de verticale richtsnoeren sprake van verboden prijsbinding. In de zaak-MF Design/Eastborn stond de vraag centraal of de leverancier een duurovereenkomst mocht opzeggen omdat de distributeur de adviesprijs van de leverancier niet naleefde.¹¹² De distributeur verkocht via haar website met een fikse korting. De

112 Rb. Almelo 10 mei 2006 (MF Design/Eastborn), nr. 71739/HA ZA 05-569, LJN AX1494.

rechtbank concludeert dat, nu er geen wilsovereenstemming was wat betreft de prijs, de opzegging niet strijdig is met het mededingingsrecht. Daar is in het licht van Adalat¹¹³ wel iets voor te zeggen: immers, bij afwezigheid van wilsovereenstemming is er geen overeenkomst. De dreiging met opzegging zou wel kunnen kwalificeren als een vorm van dwang. De horizontale richtsnoeren binden overigens niet, dus wellicht is de rechtbank hier bewust een andere weg ingeslagen.

Een algemene conclusie is nog niet te trekken. In de zaak-Make it Easy/Vloet¹¹⁴ bijvoorbeeld kwam de voorzieningenrechter ook op een andere conclusie uit, zonder stil te staan bij de vraag of er wilsovereenstemming was. Dit betrof een beslissing inzake franchise. Over franchise en verticale prijsbinding werden meer uitspraken gedaan, zij het met uiteenlopende conclusies. Ten aanzien van De Zuivelhoeve werd geoordeeld dat, hoewel de prijspolitiek van De Zuivelhoeve riekte naar sturing van prijzen, er geen prijzen zijn voorgeschreven.¹¹⁵ Inzake Woonconcept¹¹⁶ werd wel verticale prijsbinding aangenomen, omdat de bij de franchiseformule aangesloten klusjesmannen slechts klussen mogen verrichten in opdracht van de franchisegever binnen een exclusief toegewezen rayon en ook hun inkoop bij de franchi-

segever moeten doen. De franchisenemer is daardoor geheel ondergeschikt aan de franchisegever. De overeenkomst is erop gericht de concurrentie tussen de klusjesman en de franchisegever uit te schakelen alsook tussen de klusjesmannen onderling.

Op deze uitspraak valt wel wat af te dingen. De rechtbank verzaakt om de merkbaarheid te onderzoeken. Verder is er in iedere franchiserelatie een zekere mate van ondergeschiktheid, omdat ten behoeve van het bewaken van de uniformiteit van de formule, de franchisegever de franchisenemer instructies mag geven en mag controleren. Ook centrale inkoop, indien nodig voor gezamenlijke identiteit en/of kwaliteit, is daarbij toegestaan. Ten slotte is het, kijkend naar de economische impact van de afspraken, de vraag of het beperken van *intra-brand* concurrentie wel zo problematisch is als de rechtbank aanneemt, in het geval er voldoende *interbrand* concurrentie bestaat.

In diverse gevallen werd een overeenkomst nietig verklaard omdat de opzeggingsgrond strijdig met het mededingingsrecht was. In de zaak-Blokker/Batavus had Batavus de duurrelatie met rijwielhandelaar Blokker onder druk van haar andere klant Euretco beëindigd vanwege door Blokker gehanteerde verkoopprijzen.

Erkenningsregelingen

Een ander type overeenkomst betreft erkennings- en certificeringsregelingen. Deze zijn toegestaan mits aan bepaalde voorwaarden is voldaan.¹¹⁷ Een transpa-

rante en toegankelijke erkenningsregeling die objectieve eisen stelt en waarbij de toelating onafhankelijk getoetst wordt (beroepsmogelijkheid), heeft geen mededingingsbeperkend effect. Als minder dan 20 procent van de marktdeelnemers zijn aangesloten bij de regeling, is er overigens onvoldoende effect om van een merkbare mededingingsbeperking te spreken. Dat laatste was aan de orde in de zaak-Agrofino/SRB en SET¹¹⁸, waar de Rechtbank Den Haag in de bodemprocedure, anders dan de voorzieningenrechter, concludeerde dat aan de grens van 20 procent niet was voldaan.

In het reglement van de Golfbond staat dat aanmelding voor het GVB-examen slechts kan geschieden door een door de Professional Golfers Associatie Holland erkende professional. Twee daarbij niet aangesloten golfprofessionals, die hun opleiding elders genoten, klaagden hierover tevergeefs bij de NMA. Het CBB kwam tot een andere conclusie.¹¹⁹ Zij kon niet vaststellen dat het betrokken reglement noodzakelijk is in verband met de organisatie van sportwedstrijden. De verplichtingen berusten evenmin op zuiver sportieve overwegingen, maar worden gerechtvaardigd door de Golfbond uit capaciteitsoverwegingen. Het is onduidelijk of de gehanteerde criteria objectief noodzakelijk zijn om de beoogde doelen te bereiken. De NMA had onvoldoende onderzocht of het reglement proportioneel is met het nagestreefde doel.

113 HvJ EG 6 januari 2004 (Adalat), gevoegde zaken C-2/01 P en C-3/0, *Jur.* 2004, I-23.

114 Hoger beroep is ingesteld. Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 19 februari 2007, LJN BA0407, *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2007, nr. 5, p. 97, m.nt. ten Broeke.

115 Rb. Almelo 15 september 2006 (De Zuivelhoeve), nr. 80633/GK ZA 06-215, LJN AY8624.

116 Rb. Assen 13 december 2006 (Woonconcept Service), nr. 50106/HA ZA 05-58, LJN AZ5003.

117 NMA Richtsnoeren Samenwerking Detailhandel.

118 Rb. Den Haag 1 februari 2006 (Agrofino/SRB en SET), nr. 243470, LJN AV0892.

119 CBB 2 mei 2006 (NGF), nr. AWB 05/115, LJN AX0125; Rb. Rotterdam 29/30 december 2004, nr. MEDED 03/273-LAME, LJN AS9177.