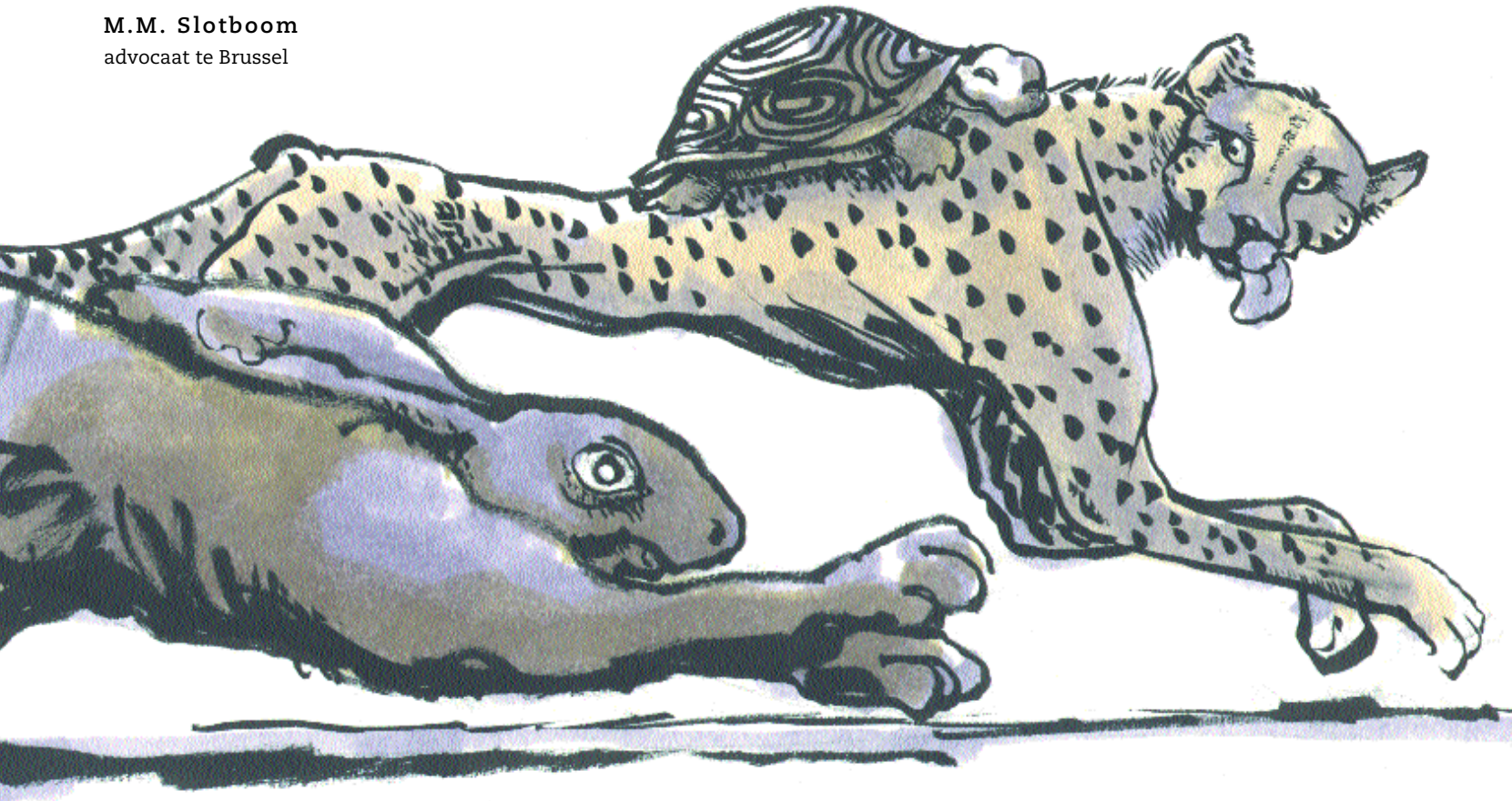


Richtsnoeren van de Europese Commissie moderniseren sinds 1 januari jl. het toezicht op kartelvorming. Ze beoordelen overeenkomsten tussen concurrenten minder formeel en 'gebruiksvriendelijker' dan de oude regels, en hebben ook gevolgen voor het toezicht door de NMa en Nederlandse rechters.

M.M. Slotboom
advocaat te Brussel

Overeenkomsten tussen concurrenten soms toegestaan



Op 1 januari 2001 traden de richtsnoeren van de Europese Commissie inzake de toepasselijkheid van het kartelverbod van art. 81(1) van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten in werking.¹ Deze richtsnoeren vormen samen met de reeds eerder gepubliceerde groepsvrijstellingen² voor onderzoek- en ontwikkelingsovereenkomsten ('o&co-overeenkomsten') en specialisatieovereenkomsten het nieuwe beleid van de Europese Commissie ten aanzien van

horizontale samenwerkingsovereenkomsten.³ Dit zijn overeenkomsten tussen concurrenten.

Zowel het horizontale als het verticale Commissiebeleid is gebaseerd op een economisch geïntendeerde benadering om te beoordelen of een overeenkomst de mededinging beperkt in de zin van art. 81 lid 1 EG. Deze benadering wijkt af van de formele aanpak die de Commissie in het verleden koos: toen stelde de Commissie zich op het standpunt

dat vrijwel iedere beperking van de contractsvrijheid in een overeenkomst een beperking van de mededinging opleverde. Vervolgens toetste de Commissie op basis van art. 81 lid 3 EG of zij de overeenkomst kon goedkeuren. Oudere groepsvrijstellingen die groepen van overeenkomsten vrijstelden van het kartelverbod van art. 81 lid 1 EG bevatten vaak gedetailleerde voorwaarden waaraan een overeenkomst moest voldoen.

De macht op de markt bepaalt of de mededingingsbeperking is toegestaan maar prijsafspraken en marktverdeling zijn altijd verboden

Marktmacht

De richtsnoeren beschrijven de beginselen die de Commissie in haar mededingingsrechtelijke analyse van horizontale samenwerkingsvormen zal hanteren. Zij vervangen twee oude bekendmakingen van de Commissie⁴ en behandelen een groot aantal horizontale overeenkomsten, zoals o&o-, productie-, inkoop- en commercialiseringovereenkomsten (samenwerking tussen concurrenten bij de verkoop, distributie of afzetbevordering van hun producten), alsmede overeenkomsten inzake normen en milieuaspecten. Deze overeenkomsten worden beoordeeld vanuit de volgende uitgangspunten: een horizontale overeenkomst beperkt de mededinging, indien onder invloed van de overeenkomst zich op de markt negatieve effecten manifesteren met betrekking tot prijzen, hoeveelheden, innovatie, diversiteit en kwaliteit van aanbod.

Of van ongeoorloofde mededingingsbeperking sprake is, hangt af van de aard van de overeenkomst en van de vraag of partijen in staat zijn marktmacht uit te oefenen. 'Hardcore' beperkingen, zoals prijsafspraken en markt- en klantenverdeling vallen in vrijwel alle gevallen onder het verbod van art. 81 lid 1 EG, ongeacht de vraag of partijen in staat zijn marktmacht uit te oefenen. Daarentegen zijn wel geoorloofd overeenkomsten tussen ondernemingen die normaal gezien concurrenten zijn maar die ieder afzonderlijk een bepaalde opdracht niet kunnen uitvoeren (bijvoorbeeld vanwege de omvang van het project). Hetzelfde geldt ten aanzien van samenwerkingsovereenkomsten die betrekking hebben op een activiteit die de relevante mededin-

gingsparameters niet beïnvloedt (zoals o&o in een nog theoretisch kader).

Voor andere horizontale overeenkomsten, die onder de werking van art. 81(1) EG kunnen vallen, is volgens de richtsnoeren een marktanalyse noodzakelijk. Deze behelst met name een analyse van de marktpositie van partijen en een onderzoek naar de graad van concentratie op de markt. De Commissie stelt voor om bij het onderzoek van deze graad van concurrentie gebruik te maken van de zogenaamde Herfindahl Hirschman Index. Volgens deze index wordt de graad van concentratie berekend door de optelling van de kwadraten van de marktaandelen van alle (of de vijf belangrijkste) spelers op de markt. Wanneer de uitkomst lager dan 1000 is, is er sprake van een gering geconcentreerde markt; vanaf 1000 tot 1800 acht de Commissie de markt als matig gering; boven 1800 wordt de markt als sterk geconcentreerd beschouwd. Bij gering of matig gering geconcentreerde markten zal de Commissie minder snel aannemen dat er sprake is van een mededingingsbeperking. Andere marktstructurele factoren waaraan volgens de richtsnoeren van de Commissie aandacht besteed moet worden, zijn met name de tegenmacht van kopers en leveranciers, marktdrempels en de aard van de producten of diensten waarop de overeenkomsten betrekking hebben.

Als een horizontale overeenkomst op grond van de marktanalyse art. 81 lid 1 EG schendt, kan dat contract in aanmerking komen voor een ontheffing op grond van art. 81 lid 3 EG. De vier voorwaarden van deze bepaling worden in de richtsnoeren (per type

Gezamenlijke inkoop

Stel dat 150 detailhandelaren een gemeenschappelijke inkooporganisatie oprichten. De detailhandelaren verplichten zich ertoe ten minste 50 procent van hun individuele behoefte bij deze organisatie af te nemen. De detailhandelaren bewerkstelligen door gezamenlijke inkoop aanzienlijke besparingen. Stel verder dat het gezamenlijke marktaandeel van partijen 20% is, zowel op de inkoop- als op de afzetmarkt, waarbij de detailhandelaars twee grote con-

currenten hebben die 25 procent en 35 procent van de inkoop- en afzetmarkt in handen hebben. Een dergelijke inkooporganisatie beperkt de mededinging in de zin van art. 81 lid 1 EG. Omdat de partijen slechts een geringe positie op de inkoop- en afzetmarkt hebben en uit de inkoopovereenkomst schaalvoordelen voortvloeiën, komt de samenwerking, volgens de Commissie in de richtsnoeren, echter in aanmerking voor ontheffing van het kartelverbod.

1 Pb 2001, C3/2.

2 Pb 2000, L304/3 en 7.

3 Zie voor een gedetailleerdere bespreking van de richtsnoeren en de groepsvrijstellingen Poelman, *Markt & Mededinging* 2000, nr. 3, p. 161; de richtsnoeren zijn een aanvulling op het Commissiebeleid ten aanzien van 'verticale overeenkomsten', overeenkomsten die zien op levering- en afnameverhoudingen tussen niet-concurrenten.

4 Namelijk de bekendmaking inzake overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde gedragingen betreffende de samenwerking tussen ondernemingen en de bekendmaking betreffende de beoordeling van gemeenschappelijke ondernemingen met het karakter van een samenwerkingsverband.

De nieuwe groepsvrijstellingen geven partijen bij o&o- en specialisatieover- eenkomsten een grotere contractsvrijheid

overeenkomst) toegelicht. Wat betreft specialisatie- en o&o-overeenkomsten kan voorts aansluiting worden gezocht bij de hierna te bespreken groepsvrijstellingen. Voldoet een mededingingsbeperkende o&o- of specialisatieovereenkomst aan de voorwaarde van een van de groepsvrijstellingen, dan is geen individuele ontheffing van de Europese Commissie noodzakelijk.

Gebruiksvriendelijk

O&o-overeenkomsten en specialisatieovereenkomsten zijn horizontale overeenkomsten. Een voorbeeld van een o&o-overeenkomst is de oprichting van een joint venture door twee bedrijven die bepaalde onderdelen vervaardigen, die erop gericht is de technologie te ontwikkelen voor innovatie op het gebied van die onderdelen. Een voorbeeld van een specialisatieovereenkomst is een overeenkomst waarbij twee ondernemingen, die twee verschillende producten X en Y vervaardigen, wegens schaalvoordelen afspreken dat de ene producent in de toekomst uitsluitend product X en de andere producent uitsluitend product Y produceert. De partijen komen in een dergelijke overeenkomst voorts onderlinge leveringen overeen, waardoor beide partijen als aanbidders van beide producten X en Y op de markt aanwezig blijven.⁵

De groepsvrijstellingen voor o&o- en specialisatieovereenkomsten vervangen de vorige groepsvrijstellingen voor o&o en specialisatie, die uit 1985 dateerden. De nieuwe groepsvrijstellingen zijn gebruiksvriendelijker en ruimer toepasbaar dan hun voorgangsters. De oude groepsvrijstellingen gingen uit van een

systeem waarin o&o- en specialisatieovereenkomsten al snel als mededingingsbeperkend werden beschouwd en alleen maar onder strikte voorwaarden werden vrijgesteld. In plaats daarvan is in de groepsvrijstellingen nu een algemene vrijstelling opgenomen voor alle bepalingen die van toepassing zijn voor o&o- en specialisatieovereenkomsten. De nieuwe groepsvrijstellingen geven partijen bij dergelijke overeenkomsten dus een grotere contractuele vrijheid.

Toch zijn er grenzen. O&o- en specialisatieovereenkomsten vallen uitsluitend binnen de werking van de groepsvrijstellingen, indien het marktaandeel van alle partijen die bij de overeenkomst betrokken zijn, tezamen niet meer dan 20 procent bedraagt in geval van specialisatieovereenkomsten en niet meer dan 25 procent in geval van o&o-overeenkomsten. Anders zullen zij doorgaans worden geacht in strijd te zijn met art. 81 lid EG en zullen zij alsnog individueel dienen te worden aangemeld bij de Europese Commissie voor een ontheffing krachtens art. 81 lid 3 EG. 'Hardcore' beperkingen blijven in alle gevallen verboden, ongeacht het marktaandeel van de partijen.

NMa

Dit beleid staat in het kader van de algemene herziening van het mededingingsrecht die de Commissie voor ogen heeft. Deze herziening moet ertoe leiden dat nationale mededingingsautoriteiten en nationale rechterlijke instanties – anders dan nu het geval is – art. 81 EG in zijn volle omvang toepassen en dat afwijkende toepassing wordt voorkomen.⁶

De richtsnoeren en de twee groepsvrijstellingen hebben gevolgen voor het Nederlandse mededingingsrecht. Aangenomen dient te worden dat de NMa en rechters de richtsnoeren zullen gebruiken om horizontale overeenkomsten te beoordelen in het licht van de art. 6 en 17 van de Mededingingswet. Deze bepalingen zijn immers in hoge mate geïnspireerd door art. 81 EG. De groepsvrijstellingen worden ingevolge art. 12 Mw onderdeel van het Nederlandse mededingingsrecht: voldoen overeenkomsten aan de voorwaarden van de groepsvrijstellingen, dan zijn zij niet alleen vrijgesteld van het verbod van art. 81 lid 1 EG, maar ook van het verbod van art. 6 Mw.

n

5 Ook eenzijdige specialisatie (een partij verbindt zich ertoe de vervaardiging van producten te beëindigen en deze van de concurrent te kopen terwijl deze concurrent zich ertoe verbindt deze producten te vervaardigen en te leveren) valt binnen de werking van de groepsvrijstelling.

6 Zie mijn bijdrage in *Advocatenblad* 2001-3, p. 87.

Commercialiseringsovereenkomst

Stel dat twee producenten van frisdranken, die ieder activiteiten in twee verschillende naburige lidstaten hebben (met elk een marktaandeel van 20% in hun binnenlandse markt), overeenkomen dat zij elkaars product op hun respectievelijke geografische markt verkopen. Stel dat op beide markten daarnaast een multinational actief is met een marktaandeel van meer dan 50%. Deze ondernemingen dienen als potentiële concurrenten te worden beschouwd: zij kunnen in beginsel elkaars

markten betreden. In beginsel beperkt de overeenkomst de mededinging in de zin van art. 81 lid 1 EG. Hoewel zij marktmacht bezitten in de respectievelijke nationale markten, wordt door de aanwezigheid van de grote concurrentie in de twee landen de mededinging niet uitgeschakeld. Bovendien levert de overeenkomst een voordeel op voor de consument, omdat zij de keuzemogelijkheden in elke geografische markt vergroot. De overeenkomst komt voor een vrijstelling van het kartelverbod in aanmerking.