

Mededingings- recht in vogelvlucht

deel I en II

Inhoud

Deel I, door Martine de Koning

Reikwijdte van toepasselijkheid van het mededingingsrecht

Misbruik machtspositie

- Machtspositie
- Roofprijzen
- Exclusieve levering, getrouwheids- en andere

- voorwaardelijke kortingen
- Koppelverkoop
- Excessieve tarieven
- Leveringsweigering, essential facility en margin squeeze

Deel II, door Annemieke van der Beek en Joost Schmaal

Verhouding art. 6 Mw en art. 81 EG-Verdrag

Typen afspraken

- Horizontale afspraken
- Vrijstellingen en ontheffingen voor horizontale afspraken

- Verticale afspraken
- Vrijstellingen voor verticale afspraken
- Hybride overeenkomsten

Afspraken art. 6 Mw

- Overeenkomsten tussen ondernemingen
- Besluiten van ondernemingsverenigingen
- Onderling afgestemde feitelijke gedragingen

Beperking van de mededinging

- Context van beperking
- Strekken tot beperking
- Ten gevolge hebben

Merkbare beperking

De minimis en bagatel

Vrijstelling art. 6 lid 3 Mw

Sinds de inwerkingtreding van de Mededingingswet op 1 januari 1998 heeft het mededingingsrecht zich behoorlijk ontwikkeld. Deze eerste ‘vogelvlucht’ is – evenals de overige kronieken in dit blad – bedoeld als inleiding voor advocaten die er niet dagelijks mee te maken hebben. Na deze eerste bijdrage zullen in jaarlijkse kronieken de belangrijkste recente ontwikkelingen worden weergegeven. De begrippen ‘misbruik machtspositie’, ‘mededingingsbeperkende afspraken’ en ‘concentratietoezicht’ staan centraal in het mededingingsrecht. Deze kroniek behandelt de eerste twee begrippen aan de hand van Nederlandse en Europese jurisprudentie en beschikkingpraktijken.

In het vorige nummer is – als gevolg van een reeks van toevallige maar pijnlijke fouten bij de redactie – van deel I van deze vogelvlucht, door Martine de Koning, niet de definitieve versie van de tekst geplaatst. Vandaar dat we deze hier in haar geheel opnieuw plaatsen.

.....
Deel I: Martine de Koning
Deel II: Annemieke van der Beek
en Joost Schmaal
 advocaten te Amsterdam'

er goederen of diensten op een markt worden aangeboden, is er al snel een economische activiteit.³ Bepalend is of de activiteit in concurrentie met andere ondernemingen kan worden uitgeoefend.

Deel I

Reikwijdte van toepasselijkheid van het mededingingsrecht

Een bedrijfs onderdeel of ondernemersvereniging kan dus een onderneming zijn. Een winstdoel is niet nodig: ook stichtingen en sportverenigingen kunnen een onderneming zijn.⁴ Venootschappen die deel uitmaken van een concern 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.⁵ De aard van de activiteit bepaalt of een entiteit handelt als een onderneming in de zin van het mededingingsrecht. Advocaten en andere vrije beroepsbeoefenaren verrichten een economische activiteit

Het mededingingsrecht is alleen van toepassing op ondernemingen. Het begrip ‘onderneming’ wordt ruim uitgelegd, namelijk ‘iedere entiteit die een economische activiteit vervult, ongeacht haar rechtsvorm of de wijze waarop zij wordt gefinancierd en ongeacht of er sprake is van winst oogmerk.’² Als

1 Bij Kennedy Van der Laan.
 2 HvJ EG 18-06-1998, zaak C-35/96 en HvJ EG 23-04-1991, zaak 41/90.

3 HvJ EG 19-02-2002, zaak C-35/96, Commissie t. Italiaanse Republiek [1998] pt. 36; HvJ EG 23-04-1991, zaak C-41/90, Höfner en Elser, pt. 21.
 4 Besluit NMa 24-12-2003, zaak 3611, Nederlandse Postduivenhoudersorganisatie (ZLU/NPO).
 5 NMa 2001, zaak 58, BNA vs. Gemeente Utrecht, en NMa 2000, zaak 1010, BNA vs. Architectenkeuze gemeente Den Haag.

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...



als zij hun beroep als zelfstandige uitoefenen, aangezien zij juridische diensten aanbieden tegen beloning.⁶

Activiteiten die worden verricht ter uitvoering van een wettelijke taak, zoals het afgeven van vergunningen, zijn geen ondernemersactiviteit.⁷ Datzelfde geldt voor inkoopactiviteiten ten behoeve van overheidstaken.⁸ 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.⁹ Ziekenfondsen zijn geen ondernemingen.¹⁰ Datzelfde werd aangenomen voor de gemeente Heerlen die een concurrentiebeding met crois-santerie Whizz was overeengekomen.¹¹ Whizz kreeg concurrentie, maar riep het beding tevergeefs in omdat het zou zijn overeengekomen in het kader van een planologische herinrichting van het centrum van Heerlen. Vaak handelen gemeenten bij verkoop, verhuur en erfpacht van onroerend goed als onderneming.¹² Dat is alleen anders als de clause in kwestie nodig is voor het uitoefenen van een publieke taak.

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.

6 NMa 2002, zaak 560, Engelgeer tegen de Nederlandse Orde van Advocaten; NMa 2004, zaak 3310, Nederlands Tandtechnisch Genootschap, en NMa 2004, zaak 3309, NIP, LVE, NVP en NVVP.

7 HvJ EG (Höfner) 23-04-1991, zaak C-41/90, Jur. 1991, p. 1979; NMa 1998, zaak 681, ASV Diensten; Besluit NMa 23-04-2003, zaak 3253, Horeca Nederland/Gemeente Bergen.

8 HvJ EG (FENIN) 04-03-2003, zaak T-319/99.

9 Besluit NMa 26-02-2003, zaak 2061, Nederlandse Associatie voor Psychotherapie, en besluit op bezwaar 13-04-2004; Rb. Rotterdam 08-11-2004, overzicht nr. 37.

10 Rb. Rotterdam 07-12-2005, LJN AU9053, zaak 05/3047, CZ OZ/NMa.

11 Rb. Maastricht 21-07-2004, overzicht nr. 29.

12 Hiervan zijn vele voorbeelden, onder meer Besluit NMa 04-05-2000, zaak 101, Bloemenmarkt.



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 groepeerd, 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 van een machtspositie is unilateraal gedrag en doet zich voor als een onderneming met een economische machtspositie misbruik van die positie maakt.¹³ 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 terzake) 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 *anticompetitive 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 efficiency-

13 Art. 82 EG-Verdrag en art. 24 Mw.

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>.

voordelen uit voorvloeien die zwaarder wegen dan de concurrentie beperkende effecten voor consumenten. De nieuwe benadering is overigens reeds in aantal zaken door de Commissie toegepast, waaronder de zaak met betrekking tot Microsoft.¹⁵

Machtspositie

De NMa volgt de EG-regels voor het bepalen van marktmacht. Vaak onderzoekt de NMa overigens uit praktische overwegingen eerst of er misbruik is, omdat bij afwezigheid daarvan de andere (soms moeilijker te beantwoorden) vraag of er een machtspositie is, kan worden overgeslagen.¹⁶

Een machtspositie bestaat als een onderneming zich op de relevante markt of een deel daarvan in belangrijke mate onafhankelijk van concurrenten, leveranciers, afnemers of eindgebruikers kan gedragen.¹⁷ Daartoe dient de geografische en productmarkt te worden afgebakend.¹⁸ Vervolgens kunnen de aanbidders en afnemers op die markt worden aangewezen en kan hun marktaandeel worden berekend. Als vuistregel is er aanwijzing van een machtspositie bij een hoog marktaandeel.¹⁹ Bij een marktaandeel van minder dan 40% is er doorgaans geen machtspositie.²⁰ Voorts is de structuur van de markt relevant. Er dient gekeken te worden naar de positie van concurrenten, concentratiegraad, historische ontwikkeling van marktaandelen, expansie door concurrenten of potentiële toetreders, toetredingsdrempels, kopersmacht en dergelijke. Wettelijk monopolisten hebben derhalve niet noodzakelijkerwijs een machtspositie.²¹ Marktgedrag, zoals het hanteren van erg hoge (of lage) prijzen, kan volgens mededingingsautoriteiten een indicatie

van een machtspositie zijn.²² Alleen een onderneming die weinig tot geen concurrentiedruk ervaart, kan langdurig prijzen hanteren die boven het niveau liggen dat bij effectieve concurrentie zou resulteren. Een machtspositie kan op dezelfde, maar ook op een andere markt worden misbruikt.²³ Er kan ook misbruik van inkoopmacht worden gemaakt, maar dat komt niet vaak voor.²⁴

De NMa nam zonder nader onderzoek aan dat KPN (op toegang tot het openbare telefoonnetwerk)²⁵ en CR Delta (fokstiersperma) een machtspositie hadden.²⁶ Met name CR Delta had overigens onderbouwd een ander standpunt verdedigd. Inmiddels is duidelijk dat als de onderneming in kwestie tegenbewijzen aandraagt, de NMa daar serieus mee zal 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. Europese jurisprudentie en de parlementaire geschiedenis van de Mededingingswet noemen als vereiste het bestaan van economische of contractuele structurele banden tussen de ondernemingen.²⁷ In *Airtours*, een concentratiezaak (waarin de vraag of er een machtspositie resulteert centraal staat, maar de context van de beoordeling anders is), nam het Gerecht ('GVEA') economische banden niet als vereist. Het GVEA hanteerde 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.²⁸ 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.²⁹

Roofprijzen

Lage prijzen zijn in principe gunstig voor consumenten en voor effectieve concurrentie. Ondernemingen met een machtspositie kunnen roofprijzen evenwel hanteren door tijdelijk verlieslatend te verkopen om een concurrent uit de markt te prijzen, waarna zij haar tarieven weer kan verhogen.³⁰ Overigens kan de dominante leverancier niet altijd haar verlies later volledig terugverdienen. Echter, als een onderneming eenmaal is gestart met roofprijzen 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.³¹

Roofprijzen werden door de NMa geconstateerd toen Waldeck, de moedermaatschappij van LOI, met Studieplan stelselmatig cursussen aanbood onder de prijs van NHA, een concurrent.³² Geen misbruik werd aangenomen ten aanzien van het tegen of zelfs onder kostprijs verstrekken van glazen zuigelingenflessen aan ziekenhuizen door Nutricia en Friesche Vlag.³³ Er was een aparte markt voor wegwerpflessen waarop de aanbidders, 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'.³⁴ Het was daarom niet waarschijnlijk dat zij naderhand hun prijzen konden verhogen. Deze zaak laat zien dat roofprijzen en koppelverkoop ('tying'), een vorm van mededingingsbeperkende korting, nauw verwante vormen van misbruik zijn.

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

16 Rb. Rotterdam 03-02-2005, LJN AS9462, zaak 02/3365, NOLU/NMa.

17 HvJ EG 14-02-1978, zaak 27/76, *United Brands*, Jur. 1978, p. 207; zie ook HvJ EG 13-02-1979, zaak 85/76, *Hoffmann-La Roche*, Jur. 1979, p. 461.

18 Bekendmaking van de Commissie van 9 december 1997, PbEG C 372, inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijk mededingingsrecht.

19 HvJ EG 03-07-1991, AKZO/EG Commissie, Jur. 1991.

20 C(2009) 864, nr. 14.

21 Zie bijv. Besluit NMa 11-07-2003, zaak 2853, DGT v. Relan Arbo.

22 HvJ EG 13-02-1979, zaak 85/76, *Hoffmann-La Roche*, Jur. 1979; zie bijv. ook Besluit NMa 11-08-2003, zaak 3125, NHA/LOI.

23 HvJ EG 06-03-1974, zaken 6-7/73, *Instituto Chemioterapico Italiano en Commercial Solvents/Europese Commissie*, Jur. 1974, p. 223.

24 Inkoopmacht werd in de supermarktsector niet aangenomen. Brief van de NMa aan de minister van EZ 6 juli 2005.

25 Besluit NMa 21-05-2003, zaak 3251, *Pretium/KPN*.

26 Besluit NMa 31-12-2003, zaak 3353, *CR Delta*; NMa besluit op bezwaar 25-07-2005, *CR Delta*.

27 HvJ EG 16-03-2000, ECR I-1365, *CEWAL*; TK 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 25.

28 GVEA 06-06-2002, zaak T-342/99, *Airtours/Commissie*.

29 Besluit NMa 10-09-1998, zaak 1, *De Telegraaf/NOS HMG*.

30 HvJ EG 03-07-1991, zaak C-62/86, *AKZO/EG Commissie*, Jur. 1991, p. 3359; zaak T-340/03 (*France Telecom*) [2007] ECR II-107.

31 COMP/38.233, 16-07-2003, *Wanadoo Interactive*.

32 Besluit NMa 11-08-2003, zaak 3125, NHA/LOI.

33 NMa besluit op bezwaar 26-01-2004, zaak 2872, *Beldico/Nutricia Friesche Vlag*.

34 HvJ EG 14-11-1996, zaak C-333/94 P, *Tetra Pak II*, Jur. 1996, p. I-5951.

Exclusieve levering, getrouwheids- en andere voorwaardelijke kortingen

Indien afnemers contractueel worden verplicht tot afname van hun gehele behoefte bij een dominante leverancier, worden concurrenten van deze leverancier gehinderd. Het gaat hier niet alleen om exclusiviteit. Loyaliteits- en/of volumekortingen die over de gehele afname over een (te) lange referentieperiode achteraf worden gegeven, hebben ditzelfde effect. In Michelin II werden dergelijke kortingen afgestraft.³⁵ Ook verplichtingen ten aanzien van het aanhouden van voorraad kunnen dit effect hebben.³⁶ 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 volumekortingen (*targets*).³⁷

Verschillen in de behandeling van afnemers door een onderneming met een machtspositie zonder dat er een afscherming van (potentiële) concurrenten op de markt is, leveren minder snel misbruik op.³⁸ Als er een rechtvaardigingsgrond is voor de verschillende behandeling, is er geen misbruik. De NMa nam geen discriminatie door Interpay aan naar aanleiding van de klacht die Superunie had ingediend.³⁹ 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 bestaan van een machtspositie, wees hij de vordering af.⁴⁰ In dit geval was de verschillende behandeling volgens de NMa geoorloofd omdat Ahold als *first mover* investeringsrisico's had gelopen en garanties aan Interpay had afgegeven. De extra kortin-

35 GVEA 30-09-2003, zaak T-203/01, Michelin II.

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

37 [2007], zaak C-95/04 P, ECR I-2331, British Airways.

38 COMP/36.568 and 36.570 23-07-2004, [2006] 4 CMLR 1223 en 1298, Scandlines v. Port of Helsingborg, Sundbusserne v. Port of Helsingborg.

39 Besluit NMa 28-04-2003, zaak 2978, Superunie/Interpay; NMa besluit op bezwaar 29-06-2005, zaak 2978/147, Superunie/Interpay.

40 Voorzieningenrechter Rb. Utrecht 14-02-2002, LJN AD9289, zaak 01-1304, Superunie/Interpay.

gen zijn, voor een bepaalde termijn, een beloning daarvoor.

Koppelverkoop

Bij koppelverkoop wordt één product gratis of goedkoper aangeboden, mits een ander product tegelijk wordt afgenomen.⁴¹ 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.

Microsoft maakte zich schuldig aan koppelverkoop omdat zij MediaPlayer ingebouwd in Windows op de markt aanbood.⁴² Microsoft meende dat het om één geïntegreerd product gaat, en niet om gekoppelde producten. Het gaat erom of er vraag van consumenten is naar de separate 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. Verpakingskosten 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.

Excessieve tarieven

Misbruik kan gelegen zijn in het hanteren van onbillijk hoge tarieven. Er zijn weinig Europese zaken over dit

41 [1991], zaak T-30/89, ECR II-1439, Hilti.

42 [2007], zaak T-201/04, ECR II-3601, Microsoft.

onderwerp die tot een constatering van inbreuk hebben geleid.⁴³ 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 Schiphol⁴⁴, de ticketprijzen van KLM op de lijn naar Curaçao⁴⁵ en de prijzen van RTV-pakketten van UPC en Casema.⁴⁶ 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. Kostentoe rekening (nodig voor rendementsvergelijking) was geen passende maatstaf bij het innen van vergoedingen door SENA onder de Wet op de naburige rechten.⁴⁷ Deze constatering kan juist zijn, maar als motivering voor de afwijzing van de klacht van Horeca Nederland over de SENA-tarieven was dit onvoldoende.⁴⁸ De NMa had geen onderzoek gedaan, maar verwees slechts naar een niet met cijfermateriaal onderbouwde internationale tariefsvergelijking. In deze zaken nam de NMa geen misbruik aan. Er was geen duurzame disproportie tussen prijs en waarde van het product.

De hoogte van pintarieven die Interpay aan detaillisten berekende, onderzocht de NMa door een rendementsberekening. De NMa constateerde in dit geval wel inbreuk omdat er vele malen (vijf- tot zevenmaal) boven normrendement was behaald.⁴⁹ Interpay voerde in

43 HvJ EG 14-02-1978, zaak 27/76, United Brands, Jur. 1978, p. 207.

44 Rapportage Luchthaventarieven Schiphol, 10 april 2001 en Besluit NMa 15 april 2009, tarieven en voorwaarden Schiphol aanvraag BARIN/KLM.

45 Besluiten NMa 08-11-2000, zaak 273, Vereniging Vrije Vogel/KLM, en zaak 906, Swart/KLM; en 30-10-2001, zaak 2260, VVV/KLM; NMa tweede besluit op bezwaar 18-03-2004, zaak 2260, VVV/KLM; Rb. Rotterdam 02-09-2005, LJN AU9056, zaak 04/1244; Rb. Rotterdam 18-06-2003, LJN A10095, zaak 01/2753 MEDED.

46 Besluit NMa 12-06-2003, zaak 1793, Gemeenten Voorburg en Wassenaar e.a./Casema; Besluiten NMa 27-09-2005, zaak 3588, Casema en zaak 3528, UPC.

47 Besluit NMa 10-04-2003, zaak 2319, Horeca Nederland/SENA; zie ook HvJ EG 06-02-2003, zaak C-245/00; HR 28-05-2004, zaak C99/248, SENA/NOS.

48 Rb. Rotterdam 10-01-2005, LJN AS9459, zaak 03/1561.

49 Besluit NMa besluit 28-04-2004, zaak 2910, Interpay.

U moet eerst akkoord gaan met onze leveringsvoorwaarden...



bezwaar aan dat geen 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.⁵⁰

De Commissie past een tweestappentoets 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.⁵¹ 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*⁵² wordt deze tweestappentoets 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 dat 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 (*locational rent*). Er is in dat geval geen sprake van efficiencyverlies (*monopoly rent*) want er is geen kunstmatige beperking van het aanbod.

.....

⁵⁰ NMa besluit op bezwaar 21-12-2005, zaak 2910, Interpay.

⁵¹ COMP/36.568 and 36.570 23-07-2004, [2006] 4 CMLR 1223 en 1298, Scandlines v. Port of Helsingborg, Sundbusserne v. Port of Helsingborg.

⁵² Den Haag, maart 2005.

Leveringsweigering, essential facility en margin squeeze

Misbruik kan bestaan in het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling. Een onderneming met een machtspositie die weigert producten te leveren of toegang te geven tot een dienst, faciliteit of infrastructuur jegens ondernemingen die daar om vragen, kan daar soms (tegen een redelijke vergoeding) toe worden gedwongen. Het beginsel van contractsvrijheid wordt dan doorbroken.

Het plotseling stopzetten van de levering van goederen aan een vaste klant of het weigeren een nieuwe klant te beleveren, kan dus misbruik van een machtspositie opleveren. 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.⁵³ 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.⁵⁴

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-Bronner⁵⁵ ging het om toegang tot een distributienetwerk van een krant, zodat een kleinere krant niet zelf een heel distributienetwerk behoefde op te bouwen. Omdat de kleinere krant zelf een distributienetwerk, alleen of samen 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.⁵⁶

⁵³ [1974], zaken 6/73 en 7/73, ECR 223, Commercial Solvents.

⁵⁴ C-468/06 – C-478/06, 16-09-2008, Sot. Lélou kai Sia v. GlaxoSmithKline.

⁵⁵ HvJ EG [1998], ECR I-7817 C-7/97, Oscar Bronner/Mediaprint; [1999], 4 CMLR 112; [1999], CEC 53.

⁵⁶ Zie ook 94/19/EC IV/34.689, 21-12-1993, Sea Containers v. Stena Sealink, Interim Measures OJ L

Als de essentiële faciteit een intellectueel eigendomsrecht betreft, ligt het nog genuanceerder en wordt misbruik alleen in uitzonderlijke omstandigheden aangenomen. Na de Magill-zaak⁵⁷ over programmagidsen zijn de criteria in IMS Health⁵⁸ 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.⁵⁹ Een intellectueel eigendomsrecht behoeft slechts onder 'dwang' gelicentieerd te worden indien de faciteit daadwerkelijk onontbeerlijk is:

- 1 voor de introductie van een nieuw product waarnaar vanuit consumenten vraag bestaat;
- 2 er geen rechtvaardigingsgrond is; en
- 3 elke mededinging op een afgeleide markt wordt uitgesloten.

In de zaak-Microsoft werd een dwanglicentie opgelegd met betrekking tot gegevens benodigd voor de interface tussen programmatuur van derden en van Microsoft.⁶⁰

De NMa boog zich evenals de civiele rechter herhaaldelijk over telefoongidsen en programmagegevens. Het hof oordeelde, later bekrachtigd door de Hoge Raad⁶¹, dat de weigering van de NOS om programmagegevens aan *de Telegraaf* te leveren, misbruik van machtspositie opleverde.⁶² De NOS weigerde met een beroep op geschriftenbescherming, een 'subcategorie' van het auteursrecht, de



programmagegevens aan *de Telegraaf* te leveren, ondanks het eerder door de NMa aan de NOS gegeven bevel daartoe.⁶³ Later dat jaar bevestigde de NMa⁶⁴ dat er misbruik van machtspositie werd gemaakt door de NOS. Dit besluit hield stand bij de Rechtbank Rotterdam.⁶⁵ 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-arrest⁶⁶ 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.⁶⁷ 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.⁶⁸ Overigens speelde deze zaak ook tegen HMG, die wel wilde leveren, maar een volgens *de Telegraaf* excessieve prijs vroeg.⁶⁹

In de zaak KPN/Denda⁷⁰ voerde Denda tevergeefs aan dat KPN geen beroep toekwam op geschriftenbescherming (vóór inwerkingtreding Dw), omdat KPN haar machtspositie zou misbruiken. De Europese en Nederlandse tele-

15, 18.1.1994; 92/213/EEC IV/33.544, 26-02-1992, British Midland v. Aer Lingus, OJ L 96, 10.4.1992.

57 HvJ EG 06-04-1995, NJ 1995, 492, m.nt. Verkaede.

58 Arrest HvJ EG 29-04-2004, IMS Health, *Computerrecht* 2004/4, p. 189 t/m 196, m.nt. M. de Koning.

59 Zie ook artt. 10 e.v. Aw. De Duitse rechter had al auteursrecht op de databank aangenomen, maar het is de vraag of het hier niet slechts om sui generis databankrechten op de brickstructuur gaat.

60 [2007], zaak T-201/04, Microsoft, ECR II-3601.

61 HR 06-06-2003, LJN AF5100, C01/183, NOS/*de Telegraaf*.

62 Hof Den Haag 30-01-2001, *de Telegraaf*/NOS, *Mediaforum* 2001/3, p. 90, m.nt. Overdijk.

63 Besluit NMa 16-02-2000, *de Telegraaf*/NOS en HMG, *Mediaforum* 2000/3, nr. 22, p. 107, m.nt. Mahler; Besluit NMa 10-09-1998, *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.

64 Besluit NMa 03-10-2001, *Mediaforum* 2002/2, nr. 7, p. 69, m.nt. Mahler.

65 Rb. Rotterdam 11-12-2002, Rechtspraak.nl, LJN AF 1811.

66 Arrest HvJ EG 29-04-2004, IMS Health, *Computerrecht* 2004/4, p. 189 t/m 196, m.nt. M. de Koning.

67 Cbb 15-07-2004, Rechtspraak.nl, LJN AQ1727.

68 Voorzienenrechter Rb. Amsterdam, 28-07-2005, LJN AU0253, zaak 317128/KG 05/1040.

69 NMa tweede beslissing op bezwaar 1 april 2004, zaak 1, HMG; Cbb 07-05-2004, overzicht nr. 11.

70 Rb. Almelo 06-12-2000, KPN/Denda, *Mediaforum* 2001/5, p. 177, m.nt. Beunen. Het geschil over telefoongidsgegevens liep overigens al veel langer, vóór de invoering van de Mw (en de Dw); zie Pres. Rb. Almelo 05-12-1996, KPN/Denda, *Computerrecht* 1997/6, p. 309; Hof Arnhem 15-04-1997 (tussenarrest) en 05-08-1997, 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 Haag 09-03-1999, Denda/KPN, *Computerrecht* 1999/3, p. 148, m.nt. Van Overbeek.

Deel II

Verhouding art. 6 Mededingingswet en art. 81 EG-Verdrag

communicatieregeling⁷¹ 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 (kostengeoriënteerde) vergoeding per gegeven is, werd uitvoerig geprocedeerd bij OPTA en NMa.⁷² Het sluitstuk, in ieder geval voorlopig, is het recente arrest van het HvJ EG van 25 november 2004.⁷³ Het HvJ EG 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.⁷⁴ De weigering iemand te laten betalen met pin of chipknip is ook geen misbruik.⁷⁵ NEA maakte wel misbruik omdat zij geen rechtvaardiging had om het verzoek van Norsk Hydro te weigeren om elektriciteit te transporteren.⁷⁶

Het verbod van afspraken die de mededinging beperken, is neergelegd in art. 6 lid 1 Mw en in art. 81 lid 1 EG-Verdrag. Art. 6 lid 1 Mw is gebaseerd op art. 81 EG-Verdrag. Op grond van art. 6 lid 1 Mw zijn mededingingsbeperkende overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen verboden, als zij er toe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt beperkt, verhinderd of vervalst. Art. 81 richt zich op mededingingsbeperkende effecten op (een deel van) de EU-markt. Voor de toepassing van art. 81 lid 1 EG-Verdrag is vereist dat de handel tussen lidstaten wordt beïnvloed. Zowel op art. 6 Mw als op art. 81 EG-Verdrag kan een rechtstreeks beroep worden ingeroepen voor de Nederlandse rechter.

Overtreding van het verbod van art. 6 Mw en art. 81 EG-Verdrag leidt tot (partiële) nietigheid van rechtswege van de betrokken afspraak. Mededingingsbeperkende overeenkomsten zijn van rechtswege nietig op grond van lid 2 van art. 6 Mw en van art. 81 EG-Verdrag. Inbreuk op deze artikelen kan, naast een grondslag voor aanzienlijke boetes opgelegd door de mededingingsautoriteiten, een onrechtmatige daad in de zin van art. 6:162 BW opleveren.

Typen afspraken

In het mededingingsrecht worden drie typen afspraken onderscheiden: horizontale afspraken, verticale afspraken en afspraken die zowel een horizontaal als een verticaal karakter hebben. Bij alle typen afspraken kan onderscheid worden gemaakt tussen afspraken die strekken tot een beperking van de mededinging,

en dus *per se* verboden zijn op grond van art. 6 Mw, en afspraken die niet de strekking hebben, maar mogelijk wel het effect van beperking van de mededinging. Op Europees niveau is een aantal groepen overeenkomsten, besluiten en gedragingen op grond van zogenoemde Groepsvrijstellingsverordeningen vrijgesteld van het verbod van art. 81 lid 1 EG-Verdrag. Op grond van artt. 12 en 13 Mw werken deze Verordeningen tevens door voor wat betreft het verbod van art. 6 lid 1 Mw. Omdat het niet past binnen de reikwijdte van dit artikel om de verschillende Verordeningen uitputtend te behandelen, wordt volstaan met het aanstippen van een aantal belangrijke vrijstellingen.

Horizontale afspraken

De eerste categorie afspraken, horizontale afspraken, betreft afspraken tussen partijen die dezelfde plaats innemen in bedrijfskolommen. Voorbeelden hiervan zijn onderlinge afspraken tussen concurrenten, zoals producenten, distributeurs of retailers. Horizontale afspraken tussen concurrenten worden in het mededingingsrecht met argwaan bekeken, al zijn ze niet per definitie verboden. Zo kunnen afspraken tussen concurrenten vallen onder een vrijstelling, kunnen de baten opwegen tegen een eventuele inbreuk van de mededinging, of kunnen de gevolgen van de afspraken eenvoudigweg niet merkbaar genoeg zijn om tot een inbreuk te leiden.

Bepaalde categorieën afspraken zijn per definitie niet toegestaan omdat zij *per se* verboden bevatten, waarvan aangenomen wordt dat zij de strekking hebben de mededinging te beperken. Voorbeelden hiervan, de zogeheten *hard-core* kartelafspraken, zijn prijsafspraken, marktverdelingsafspraken, afspraken over leveringscondities en quotaregelingen. Bij afspraken die niet de strekking hebben de mededinging te beperken, bepalen de omstandigheden van het geval in belangrijke mate of er sprake is van een inbreuk. Voorbeelden van dergelijke afspraken zijn samenwerkingsovereenkomsten, kruislicentieovereenkomsten en overeenkomsten voor onderzoek en ontwikkeling (R&D). Bij deze afspraken kunnen partijen zich soms beroepen op een (groeps)vrijstelling.

.....

71 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 diensten 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.

72 NMa/OPTA 14-12-1998, www.opta.nl; OPTA 29-09-1999, *Computerrecht* 2000/1, p. 47; Rb. Rotterdam 01-06-2001, KPN & Denda/OPTA.

73 HvJ EG 24-11-2004, zaak C-109/03, KPN/OPTA en Denda, <http://www.curia.europa.eu/>.

74 Besluit NMa 31-10-2003, zaak 2996, Shakie's-NS Stations/Servex.

75 Besluit NMa 04-04-2003, zaak 3444, Halbertsma/De Postbank.

76 Besluit NMa 26-11-2002, zaak 650; NMa besluit op bezwaar 27-03-2000; Rb. Rotterdam 26-11-2002; CBB 28-05-2004.

Wanneer partijen bij een horizontale afspraak gebruikmaken van een derde partij die niet in dezelfde bedrijfskolom deelneemt en die als stroman voor of namens hen afspraken maakt die er toe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging wordt beperkt, heeft dit overigens niet als consequentie dat het horizontale karakter wordt weggenomen.⁷⁷

Vrijstellingen en ontheffingen voor horizontale afspraken

Zoals vermeld, leiden niet alle vormen van horizontale afspraken tot een ongeoorloofde beperking van de mededinging. Zowel in de Mededingingswet zelf als in de verschillende Groepsvrijstellingsverordeningen worden verschillende afspraken vrijgesteld van het verbod van art. 81 EG-Verdrag (en art. 6 Mw), mits bepaalde marktaandeelrempels niet worden overschreden en er geen sprake is van hardcore restricties. Voor afspraken die voldoen aan de voorwaarden voor een groepsvrijstelling geldt dat zij ook zijn vrijgesteld van het Nederlandse kartelverbod, ook als zij niet binnen de reikwijdte van het Europese kartelverbod vallen, omdat er geen sprake is van beïnvloeding van de handel tussen lidstaten.

In de Richtsnoeren betreffende horizontale samenwerkingsovereenkomsten van de EG⁷⁸ en de Richtsnoeren samenwerking ondernemingen van de NMA verduidelijken de toezichthouders wat in het kader van horizontale afspraken tussen ondernemingen is toegestaan. Zo heeft samenwerking op het gebied van onderzoek en ontwikkeling⁷⁹ 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,⁸⁰ vooral als deze volgt op een gezamenlijk onderzoeks- en ontwikkelingstraject, bijvoorbeeld op het gebied van medicijnen. Specialisatieovereenkomsten waarbij elk van de partijen zich op een specifiek product toelegt, zijn in het algemeen toegelaten, tenzij partijen bepaalde marktaandeelrempels overschrijden of specifieke mededingingsbeperkende bepalingen zijn opgenomen.

Verticale afspraken

De tweede categorie afspraken betreft verticale overeenkomsten. In het mededingingsrecht wordt daaronder verstaan een overeenkomst die gesloten wordt tussen twee of meer ondernemingen die met betrekking tot de contractsgoederen op verschillende niveaus van dezelfde productie- of distributiekolom actief zijn. De overeenkomst heeft betrekking op de voorwaarden waartegen de betrokken producten of diensten kunnen worden gekocht, verkocht of doorverkocht. Hieronder vallen bijvoorbeeld afspraken over vaste of minimumverkoopprijzen, die net als bij horizontale hardcore prijsafspraken zonder meer onder het kartelverbod vallen. Adviesprijzen zijn meestal toegestaan, maar dit kan onder omstandigheden anders zijn.⁸¹

Voorbeelden van verticale overeenkomsten zijn exclusieve distributieovereenkomsten, franchiseovereenkomsten, selectieve distributieovereenkomsten, exclusieve afnameovereenkomsten en agentuurovereenkomsten. Ook licentieovereenkomsten, bijvoorbeeld met betrekking tot octrooien, knowhow of software, hebben een verticaal karakter.⁸²

Vrijstellingen voor verticale afspraken

Verticale overeenkomsten zullen in het algemeen minder snel mededingingsbeperkend zijn dan horizontale afspraken en worden in het kartelrecht met minder argwaan bekeken: zij leiden niet per definitie tot een beperking van de mededinging. Zij kunnen de economische efficiëntie binnen een productie- of distributieketen bevorderen en de transactie- en distributiekosten verminderen. Verticale afspraken met betrekking tot wederverkoop of doorlevering, of koop en verkoop zijn, mits aan een aantal voorwaarden wordt voldaan, vrijgesteld van het verbod van art. 6 Mw en art. 81 EG op grond van de EG Groepsvrijstellingsverordening voor verticale overeenkomsten⁸³. De vrijstelling geldt in principe voor alle soorten verticale afspraken, zij het dat er specifieke regels gelden indien een ondernemersvereniging bij de afspraken betrokken is, in geval van afspraken over intellectuele eigendomsrechten of indien de verticale afspraken tussen concurrenten worden aangegaan. De Verordening gaat uit van een 'veilige haven': indien de leverancier⁸⁴ een marktaandeel van niet meer dan 30% heeft en de afspraak geen hardcore restricties bevat, geldt een automatische vrijstelling. In de Verordening staan specifieke regels over de toelaatbaarheid van exclusieve distributieovereenkomsten, exclusieve afname, selectieve distributie en franchising. De EG-Commissie heeft Richtsnoeren Verticalen vastgesteld waarin een nadere uitleg van de bepalingen van de Verordening wordt gegeven en aanwijzingen staan voor de beoordeling van afspraken die niet kunnen profiteren van de automatische vrijstelling, bijvoorbeeld omdat het marktaandeel wordt overschreden.

77 Beschikking Europese Commissie 17 december 1980, PbEG 1980, L 383/19.

78 Mededeling van de Commissie van 6 januari 2001: richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van art. 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *Publicatieblad C 3* van 06.01.2001.

79 Verordening 2659/2000 van de Commissie van 29 november 2000 betreffende de toepassing van art. 81 lid 3 van het EG-Verdrag op groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten, *PbEG* 2000, L 304/7.

80 Verordening (EG) Nr. 2658/2000 van de Commissie van 29 november 2000 betreffende de toepassing van art. 81 lid 3 van het Verdrag op groepen specialisatieovereenkomsten, *PbEG* 2000, L 304/3.

81 Namelijk indien de leverancier de nakoming van de adviesprijzen controleert of de niet-naleving sanctioneert.

82 Voor dergelijke licentieovereenkomsten waarbij sprake is van technologieoverdracht bestaat een aparte Groepsvrijstellingsverordening, Verordening 772/2004 van de Commissie van 27 april 2004 betreffende de toepassing van art. 81 lid 3 van het EG-Verdrag op groepen overeenkomsten inzake technologieoverdracht, *PbEG* 2004, L 123/11.

83 Verordening (EG) nr. 2790/1999 betreffende de toepassing van art. 81 lid 3 van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, *PB L* 336/21 van 29 december 1999.

84 Bij exclusieve leveringsovereenkomsten is het marktaandeel van de afnemer aan deze grens gebonden.



In mei 2010 lopen de Groepsvrijstelling Verticale Overeenkomsten en de bijbehorende richtsnoeren af. Recentelijk is door de Europese Commissie een concept gepubliceerd voor een herziene versie. Het concept leidt niet tot grote wijzigingen.⁸⁵

Hybride overeenkomsten

Ten slotte zijn er ook overeenkomsten die zowel horizontale als verticale elementen bevatten. Een voorbeeld hiervan is wanneer een groep van afnemers een inkoopcombinatie vormt om gezamenlijk goederen in te kopen om aldus een sterkere onderhandelingspositie tegenover leveranciers te creëren. Het beleid van de NMa ten aanzien van dergelijke hybride vormen is dat deze eerst moeten worden beoordeeld op de horizontale samenwerking. Indien deze beoordeling leidt tot de conclusie dat de inkoopcombinatie aanvaardbaar is, is een bijkomende beoordeling noodzakelijk om na te gaan of de overeenkomsten die door de inkoopcombinatie zijn gesloten met haar leveranciers of met detailhandelaren verticale mededingingsbeperkingen bevatten.⁸⁶

85 Een verschil ten opzichte van de huidige vrijstelling betreft de introductie van de dubbele marktaandeeldrempel, die kort gezegd inhoudt dat bij de toepassing van de vrijstelling zowel het marktaandeel van de leverancier als dat van de afnemer niet meer dan 30% bedraagt. Voor het concept zie: <http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009-vertical-agreements/draft-regulation-nl.pdf>.

86 Brochure NMa, Beleid inzake verticale overeenkomsten, p. 4. Te raadplegen op www.nmanet.nl.

Afspraken art. 6 Mw

Overeenkomsten tussen ondernemingen

Een van de kernvragen in het mededingingsrecht betreft de vraag wanneer er sprake is van een overeenkomst in de zin van de Mededingingswet. Voorop staat dat het begrip 'overeenkomst' ruim wordt uitgelegd en aansluit bij de betekenis die het begrip onder art. 81 EG-Verdrag heeft. In tegenstelling tot een overeenkomst in de zin van 6:213 BW, wordt in het mededingingsrecht onder 'overeenkomst' ook verstaan de situatie waarin tussen verschillende ondernemingen direct of via een derde consensus bestaat om hun concurrentiegedrag onderling af te stemmen of zich van een bepaald gedrag te onthouden.⁸⁷ Het wezenlijke element van het begrip 'overeenkomst' in de zin van art. 6 Mw en art. 81 EG-Verdrag is het bestaan van wilsovereenstemming tussen ten minste twee partijen, ongeacht de vorm die daaraan wordt gegeven, mits deze de getrouwe weergave van de wil van partijen is.⁸⁸ Uit de Europese jurisprudentie volgt verder dat het voor het bestaan van wilsovereenstemming niet van belang

87 TK 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 11, volgt tevens uit GVEA 03-12-2003, zaak T-208/01, Volkswagen, punten 30-32 en de daar aangehaalde rechtspraak.

88 NMa 2005, zaak 1615, BAC-advies, Fietsfabrikanten.

is of partijen expliciet of stilzwijgend instemmen met een bepaalde gedraging, noch of de afspraak onder druk of in strijd met eigen commerciële belangen wordt gemaakt.⁸⁹

Het begrip 'overeenkomst' moet ruim worden uitgelegd en kan ook van toepassing zijn op een situatie waarin op het eerste gezicht sprake lijkt te zijn van het eenzijdig door de leverancier opleggen van zijn voorwaarden.⁹⁰ De zaak-Secon/NMa betrof de vraag of er bij toezending van algemene voorwaarden sprake is van een overeenkomst in de zin van de Mededingingswet. Secon, leverancier van het kledingmerk G-Star, hanteerde in de relatie met haar afnemers algemene voorwaarden waarin adviesprijzen waren opgenomen. Het CBB oordeelde dat de algemene voorwaarden in de zaak-Secon werden gebruikt bij de vaste handelsbetrekkingen met afnemers en daarbij een uitnodiging vormden aan afnemers om zich op de markt op een bepaalde wijze te gedragen. Het CBB oordeelde dat de afnemers deze verplichtingen hadden aanvaard door zonder protest telkens nieuwe bestellingen te plaatsen. Omdat beperking van de mededinging met betrekking tot deze situatie slechts mogelijk is met medewerking van de afnemers zelf,

89 Zie bijvoorbeeld beschikking Commissie van 25-11-1980, Johnson & Johnson, PB 1980, L 377/16; beschikking Commissie van 18-12-1987, Fisher-Price/Quaker Oats, PB 1988, L 49/19.

90 CBB 03-07-2008, AWB 06/531 en 06/535, LJV BD6635, College van Beroep voor het bedrijfsleven, Aesculaap.

concludeerde het CBb dat de beperking gezamenlijk is verwezenlijkt. De algemene voorwaarden konden daarom niet worden beschouwd als een eenzijdige maatregel van Secon, maar vormden een stilzwijgende overeenkomst tussen haar en de afnemers.⁹¹

Besluiten van ondernemingsverenigingen

Het begrip 'besluit van een ondernemersvereniging' is van toepassing op verschillende soorten handelingen. Kenmerkend aan deze handelingen is dat zij zijn gebaseerd op besluiten van organisatorische aard, zoals statuten, huishoudelijke reglementen en dergelijke, en de leden aanzetten tot gelijkgestemd gedrag. Het is niet van doorslaggevend belang hoe betrokken partijen een bepaalde afspraak juridisch karakteriseren. Zo vallen beslissingen die niet bindend zijn, maar wel door de betrokken ondernemingen worden gevolgd en niet-bindende beslissingen die de getrouwe weergave zijn van de wil van de vereniging om het gedrag van haar leden op de betrokken markt te coördineren onder het begrip 'besluiten van een ondernemersvereniging'.⁹² Om onder het begrip te vallen, is een formeel besluit evenmin noodzakelijk.⁹³

Uit de Europese jurisprudentie en uit besluiten van de NMa⁹⁴ volgt dat een 'besluit van een ondernemersvereniging' ook onder het kartelverbod kan vallen indien dit besluit slechts wordt gepresenteerd als een vrijblijvende aanbeveling. Het gaat er slechts om of bepaalde entiteiten, de ondernemersverenigingen of de aangesloten ondernemingen, handelingen verrichten die ertoe strek-

ken om de in het kartelverbod bedoelde gevolgen teweeg te brengen of dit tot effect hebben.⁹⁵ Een dergelijke strekking of effect kan blijken uit de vorm van aanbevelingen van de ondernemersvereniging. Het argument dat het aan de leden is om te bepalen wat zij met de aanbeveling doen, doet hier niet aan af.⁹⁶

Aangezien adviezen van brancheverenigingen, en met name verenigingen met een groot ledental, al snel de concurrentieverhoudingen aantasten, staat de NMa negatief tegenover vrijwel elke vorm van advisering die betrekking heeft op het commerciële beleid, of andere concurrentieparameters⁹⁷, van de leden. In de Richtsnoeren samenwerking ondernemingen⁹⁸ stelt de NMa dat het feit dat een ondernemersvereniging adviezen verspreidt over de prijsstelling van haar leden, op zichzelf al meebrengt dat de ondernemersvereniging in staat is het gedrag van de leden te coördineren en dat dit derhalve invloed heeft op de prijsstelling in de gehele markt. Het prijsadvies heeft tot doel een ijkpunt te vormen en daarmee een zekere coördinatie te brengen in de prijsvorming.⁹⁹

Onderling afgestemde feitelijke gedragingen

De derde en laatste categorie van mogelijk mededingingsbeperkend handelen onder art. 6 Mw betreft de onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Het begrip heeft volgens art. 1 sub h Mw onder de Mededingingswet dezelfde betekenis als onder art. 81 EG-Verdrag. Volgens de Europese jurisprudentie moet onder een onderling afgestemde feitelijke gedraging worden verstaan: 'een vorm van

coördinatie tussen ondernemingen, die, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's van de onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking'.¹⁰⁰ Voor toepassing van het begrip is causaal verband tussen de afgestemde gedraging en daarop volgend marktgedrag noodzakelijk, maar dit wordt door de mededingingsautoriteiten al snel aangenomen.

Bij kartels doet zich vaak de vraag voor of al dan niet sprake is van onderling afgestemde feitelijke gedragingen. De scheidslijn tussen puur parallel gedrag en daadwerkelijke afstemming is vaak dun. Parallel gedrag zal vaak een indicatie zijn voor het bestaan van afstemming. In het Europese standaard-arrest Anic heeft het hof bepaald dat er sprake moet zijn van drie cumulatieve voorwaarden, voordat van overtreding van art. 81 EG-Verdrag (en art. 6 Mw) sprake kan zijn. Deze voorwaarden zijn onderling afstemming, marktgedrag en causaal verband tussen de afstemming en het marktgedrag. Uit de EG-jurisprudentie volgt dat wanneer een partij aanwezig is geweest bij een bijeenkomst waarin gesproken is over mededingingsrelevante onderwerpen (zoals prijzen, marktaandelen, gebiedsbescherming enzovoort) en die partij actief blijft op de betrokken markt, vermoed wordt dat deze partij de informatie die uitgewisseld is, heeft gebruikt om zijn marktgedrag te bepalen en daarmee een inbreuk op het mededingingsrecht kan worden verweten, tenzij die partij uitdrukkelijk afstand heeft genomen van hetgeen tijdens de bijeenkomst werd besproken en de bijeenkomst heeft verlaten.¹⁰¹ Uit de Ahlstrom-zaak blijkt dat het vermoeden van afstemming kan worden weerlegd indien uit onderzoek blijkt dat een andere aannemelijke verklaring voor het parallelle gedrag bestaat, zoals de kostenstructuur op een bepaalde markt.¹⁰²

91 CBb 07-12-2005, AWB 04/237 en 04/249, LJN AU8309; zie ook de zaak Volkswagen, GVEA 27-09-2006, zaak C-74/04P, Commissie vs. Volkswagen.

92 Zie bijvoorbeeld het arrest van het HvJ EG van 28-08-1980, 209-215 en 218/78, Fedetab v. Commissie, Jur. 1980, 3125, r.o. 88; het arrest van 08-11-1983, 96-102, 104, 105, 108 en 110/82, Navewa v. Commissie, Jur. 1983, 3369, r.o. 20 en de beschikking van de Commissie van 05-06-1996, 96/438/EG in zaak IV/34.983, FENEX. Zie ook het besluit van de NMa 2001, zaak 537, Landelijke Huisartsen Vereniging.

93 Zie o.a. het arrest HvJ EG van 15-05-1975, Frubo v. Commissie, Jur. 1975, p. 563 en het arrest HvJ EG van 29-09-1980, Van Landewyck, r.o. 88.

94 HvJ EG 27-02-1987, 45/85, Verband der Sachversicherer v. Commissie, Jur. 1987, r.o. 26-32 en NMa 2004, zaak 3310, Nederlands Tandtechnisch Genootschap, rnr. 79.

95 HvJ EG van 15-05-1975, Frubo v. Commissie, Jur. 1975, p. 563, r.o. 30; HvJ EG 29-09-1980, 209 tot 215 en 218/78, van Landeyck e.a., Jur. 1980, p. 3125, r.o. 88 en HvJ EG 08-11-1983, gevoegde zaken 96-102, 104, 105, 108 en 110/82, Navewa v. Commissie, Jur. 1983, p. 3369, r.o. 20.

96 NMa 2003, zaak 2973, BOVAG en NCBRM, rnr. 86-90, bevestigd door NMa 2004, zaak 2973, BOVAG en NCBRM, besluit op bezwaar, rnr. 36-41.

97 Zie hiervoor bijvoorbeeld Vimpoltu, Beschikking 13 juli 1983, PBL 200/44.

98 NMa 22-04-2008, Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen, te raadplegen op nmanet.nl.

99 NMa 2004, zaak 3310, Nederlands Tandtechnisch Genootschap, rnr. 83; HvJ EG 17-09-1972, 8/72, Vereniging van Cementhandelaren, Jur. 1972, r.o. 18-21; GVEA 22-09-1997, SCK/FNK, T-213/95 en T-18/96, Jur. 1997, II-1739, r.o. 164; beschikking van de Europese Commissie, 05-06-1996, FENEX, Pb. 1996, L 181/26, ov. 40 en 49.

100 HvJEG 14-07-1972, zaak 48/69, Imperial Chemical Industries vs. Commissie, r.o. 64; HvJ EG 16-12-1975, gevoegde zaken 40-48, 50, 54-56, 111 en 113-114/73, Suiker Unie e.a. vs. Commissie, r.o. 26; HvJ EG 31-03-1993, zaak C-89, 104, 114, 116-117 en 125-129/85, Ahlström Osakeyhtiö e.a. vs. Commissie, r.o. 63; HvJ EG 08-07-1999, zaak C-49/92 P, Commissie vs Anic Partecipazioni (Polypropyleen), r.o. 115.

101 HvJ EG 08-07-1999, zaak C-49/92 P, Commissie vs. Anic Partecipazioni (Polypropyleen).

102 HvJ EG 1993, Woodpulp, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C116/85, C117/85, C-12/85 - C-129/85,



In een zaak over mobiele operators was er sprake van uitwisseling van bedrijfsvertrouwelijke informatie. Het CBB oordeelde hierin over de bewijsplicht van de NMa ter zake van afstemming. De NMa baseerde haar besluit voornamelijk op aantekeningen en verklaringen die betrekking hadden op één bijeenkomst van de operators. Hieruit kwam naar voren dat één van de partijen, Dutchtone, bij de bijeenkomst aanwezig was geweest, maar niet kon worden bewezen dat Dutchtone ook deel had genomen aan de bespreking van prijzen. Het CBB stelde voorop dat enkel aanwezigheid bij een bijeenkomst niet voldoende is om afstemming aan te nemen. De NMa dient te bewijzen dat de onderneming heeft deelgenomen aan de bespreking en dat de bespreking de strekking had de mededinging te beperken.¹⁰³ In deze zaak heeft het CBB prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie over het begrip 'onderling afgestemde feitelijke gedraging'. Het Hof van Justitie heeft in haar uitspraak van 4 juni jl. aangenomen dat er snel sprake kan zijn van een onderling afgestemde feitelijke gedraging.¹⁰⁴ Zo hoeven niet alle concurrentieparameters te worden besproken en kan

de eenzijdige informatieverschaffing door één concurrent al voldoende zijn om onzekerheid over het marktgedrag te verminderen.

De bewijsvoering in de handhavingspraktijk van de NMa met betrekking tot onderling afgestemde feitelijke gedragingen levert de nodige problemen op. De NMa gaat bij haar onderzoek in eerste instantie op zoek naar schriftelijk bewijs. Hiervoor onderzoekt zij e-mails, brieven, memo's en andere stukken die als bewijs kunnen dienen en die zij vaak met haar invallen bij bedrijven verkrijgt. Als deze ontbreken, wordt het marktgedrag van de betrokken ondernemingen onderzocht. Dit vereist een grondige economische analyse, want hoewel constatering zoals parallelle prijsbewegingen belangrijke aanwijzingen vormen, moet de NMa aan kunnen tonen dat dit niet valt te verklaren vanuit de structuur en aard van de markt.¹⁰⁵

Beperking van de mededinging

Context van beperking

Het kartelrecht heeft tot doel om de mededinging te beschermen. Het uitgangspunt is dat iedere onderneming zelfstandig haar marktgedrag moet bepalen. Het is in dit licht logisch dat de aantasting van concurrentieverhoudingen, het beperken van de mededinging door afstemming, het aanknopingspunt is voor de toepassing van art. 6 Mw. Art. 6 lid 1 Mw onderscheidt verschillende vormen van beperking van de mededinging, namelijk verhinderen, beperken en vervalsen. Hoewel art. 6 Mw deze drie categorieën onderscheidt, vallen zij allemaal onder hetzelfde regime. Korthedshalve zullen in dit artikel de verschillende categorieën worden geschaard onder de algemene noemer van beperking van de mededinging.

Bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van een mededingingsbeperking, moet naar vaste rechtspraak van het Hof van Justitie de beoordeling of een overeenkomst of een deel daarvan al dan niet strekt tot beperking van de mededinging of die ten gevolge heeft, plaatsvinden binnen het feitelijke kader waarin de mededinging zich, zonder de overeenkomst met haar beweerde beperkingen, zou afspelen. Dit houdt in dat de

Jur. 1993, p. I-307.

¹⁰³ CBB 31-12-2007, LJN BC1396, T-Mobile Netherlands B.V., KPN Mobile N.V., RvB NMa, en Orange Nederland N.V. vs. RvB NMa.

¹⁰⁴ Conclusie A-G Kokott d.d. 19-02-2009, zaak C-8/08, n.n.g.

¹⁰⁵ HvJ EG 31-03-1993, zaak C-89, 104, 114, 116-117 en 125-129/85, Ahlström Osakeyhtiö e.a. vs. Commissie.

overeenkomst moet worden onderzocht binnen de economische context waarin zij toepassing vindt, rekening houdend met de doelstellingen van partijen en de wijze waarop zij daadwerkelijk op de markt optreden, de producten of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft, de structuur van de betrokken markt en de werkelijke omstandigheden waaronder deze functioneert.¹⁰⁶

Strekken tot beperking

Art. 6 lid 1 Mw bepaalt dat afspraken die tot doel hebben de mededinging te beperken, verboden zijn. In de Europese jurisprudentie en in de besluiten van de NMa komt duidelijk naar voren dat voor afspraken die strekken tot inbreuk op de mededinging, onderzoek naar de concrete gevolgen, waaronder de mate van opvolging, niet beslissend is.¹⁰⁷

Evenmin is beslissend het oogmerk of de bedoeling van de partijen met betrekking tot de beperking. Ook als er geen sprake was van opzet of bedoeling, kan dit toch besloten liggen in de aard van de overeenkomst, het besluit of de feitelijke gedraging.¹⁰⁸

In de eerdergenoemde zaak *Secon/NMa*¹⁰⁹ oordeelde het CBb, met de rechtbank, dat de door *Secon* gehanteerde algemene voorwaarden doelbeperkingen opleveren. In deze algemene voorwaarden waren een doorleveringsverbod en bepalingen inhoudende verticale prijsbinding opgenomen, die als hardcore restricties gelden. De consequentie van een kwalificatie van een afspraak als 'hardcore restrictie' is volgens het CBb dat het enkele opnemen daarvan blijkt geeft van het oogmerk om de mede-

dinging te beperken. In eerdere zaken, waaronder met name *Modint*, stelde het CBb vast dat onderzoek naar de context waarin mededingingsbeperkende afspraken worden gemaakt, ook moet plaatsvinden bij doelbeperkende afspraken.

In *Secon/NMa* verduidelijkt het CBb dat wanneer het gaat om hardcore restricties, de subjectieve wil, en dus de context, al blijkt uit het feit dat partijen een dergelijke restrictie opnemen, hetgeen op zijn beurt de vaststelling van de doelbeperking bewijst. Met name bij prijsafspraken zal het bestaan van een strekkingsbeding worden aangenomen. Hierbij maakt het niet uit of er slechts een minimumprijs wordt afgesproken. Immers, zo stelt de NMa, ook een minimumprijs strekt ertoe de mededinging te beperken, omdat concurrentie met lagere prijzen uitgesloten wordt.¹¹⁰

Ten gevolge hebben

Afspraken die niet de strekking hebben om de mededinging te beperken, maar dit wel tot gevolg hebben, vallen ook onder het verbod van art. 6 lid 1 Mw. Om dit gevolg en de overtreding van het verbod voldoende onderbouwd vast te kunnen stellen, dient een feitelijk onderzoek te worden uitgevoerd naar de concrete effecten van de afspraken. Aan een dergelijk onderzoek worden hoge kwaliteitseisen gesteld. Voor toepassing van het verbod is overigens niet noodzakelijk dat het gevolg al heeft plaatsgevonden. Voldoende is dat het naar alle waarschijnlijkheid zal intreden.¹¹¹

Een voorbeeld van onderzoek van de NMa naar de feitelijke effecten van een afspraak is te vinden in de zaak *BasisMedia*, uitgever van dagblad *Splits*.¹¹² De zaak heeft betrekking op een overeenkomst tussen *NS Stations* en *Metro Holland*, op grond waarvan *Metro Holland* het exclusieve recht had om op stations haar gratis ochtendblad te verspreiden. Het voornaamste argument waarmee de NMa in het bestreden besluit tot de conclusie kwam dat er geen sprake was van inbreuk op het mededingingsrecht, is dat voor *BasisMedia* tal van andere ver-

spreidingsmethoden dan bakken op het station beschikbaar waren om de krant onder lezers te verspreiden. De rechtbank gaat in haar uitspraak in beroep alereerst in op de rechtspraak van het Hof van Justitie over exclusiviteitsbedingen in verticale relaties¹¹³ en stelt dat daaruit volgt dat een dergelijk beding op zich niet strekt tot beperking van de mededinging of daartoe behoeft te leiden, maar dat een dergelijke beperking wél aan de orde kan zijn indien het ertoe leidt dat de concurrent van degene aan wie het exclusieve recht is verleend, in feite wordt belet in het toetreden tot de markt. Dat daarvan sprake zou zijn, kon *BasisMedia* niet hard maken. Zij had immers ondanks het exclusiviteitsbeding een sterke marktpositie verworven. De rechtbank besloot dat de NMa voldoende onderzoek had gedaan naar eventuele beperkende werking van het beding en verklaarde het beroep ongegrond.

Merkbare beperking

Voor vrijwel elke overeenkomst tussen twee marktpartijen kan worden gesteld dat er sprake is van enige mate van handelingsvrijheid en daarmee beperking van de mededinging. Uiteraard zijn niet alle beperkingen van de mededinging verboden onder het mededingingsrecht, maar uitsluitend die beperkingen die merkbaar zijn. Zo zal een afspraak tussen twee lokale bakkers om de prijs van hun brood met 10% te verhogen, in beginsel een hardcore restrictie, waarschijnlijk onvoldoende effect hebben op de markt om onder het verbod te vallen.

Hoewel het merkbaarheidsvereiste niet voorkomt in de tekst van art. 6 Mw, wordt uit de parlementaire geschiedenis duidelijk dat het een voorwaarde is voor de toepasselijkheid van het verbod van art. 6 lid 1 Mw.

Hoewel bij afspraken die tot doel hebben de mededinging te beperken, onderzoek naar de concrete gevolgen van de afspraak niet nodig is, betekent dit

106 Zie de arresten van het HvJ EG van 30-06-1966, zaak 56/65, *Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm*, Jur. p. 392 en HvJ EG 12-12-1995, zaak C-399/93, *Oude Luttikhuis e.a./Verenigde Coöperatieve Melkindustrie Coberco*, Jur. p. I-4515, punt 10, en vergelijk ook de mededeling van de Commissie, Richtsnoeren betreffende de toepassing van art. 81 lid 3 van het Verdrag, PB C 101/97 van 27 april 2004, punten 17, 21 en 22.

107 HvJ EG 27-02-1987, 45/85, *Verband der Sachversicherer v. Commissie*, Jur. 1987. Zie ook *FENEX*, reeds aangehaald, ov. 71, *FEG en TU*, reeds aangehaald, ov. 120. Vergelijk HvJ EG 11-07-1989, zaak 246/80, *Belasco e.a. vs. Commissie*, ro.15; en Rb. Rotterdam 23-09-2001, LJN AD7476, *Centrale Organisatie voor de Vleesgroothandel vs. d-g NMa*.

108 Zie Besluit NMa 1998, zaak 450, *Van Ditmar Boekenimport*, rdnr. 23.

109 Cbb 07-12-2005, AWB 04/237 en 04/249, LJN AU8309, *Secon/NMa*.

110 NMa 2004, zaak 3310, *Nederlands Tandtechnisch Genootschap*, rdnr. 95.

111 HvJ EG 12-12-1967, zaak 23/67, *Brasserie De Haecht/Wilkin Janssen*, Jur. 1967, 511.

112 Rb. Rotterdam 08-06-2004, LJN AQ6555, *BasisMedia B.V. tegen d-g NMa*.

113 Met name HvJ EG 30-06-1966, zaak 56/65, *Société Technique Minière*, Jur. 1966, p. 337, en HvJ EG 28-02-1991, zaak 234/89, *Delimitis*, Jur. 1991, p. I-935.



niet dat de merkbaarheid niet bewezen zou hoeven worden. Al in een oud arrest van het Hof van Justitie is uitgemaakt dat het kartelverbod niet van toepassing is op een afspraak die tot doel heeft de mededinging te beperken (in dat geval een absolute gebiedsbescherming in een exclusieve distributieovereenkomst) indien, bijvoorbeeld vanwege de zwakke positie van partijen op de markt, de effecten op de markt verwaarloosbaar zouden zijn.¹¹⁴

De minimis en bagatel

De EG-Commissie heeft in een Bekendmaking, de zogenoemde *de minimis* Bekendmaking, bepaalde ondergrenzen vastgesteld die als maatstaf kunnen dienen voor de vraag of er sprake is van een merkbare mededingingsbeperking in de zin van het EG-mededingingsrecht. De Europese ondergrenzen zijn alleen van belang bij de toepassing van art. 81 EG-Verdrag, dat wil zeggen als er sprake is van een interstatelijke dimensie aan de mededingingsbeperking. Indien het gezamenlijke marktaandeel van de partijen bij horizontale (en gemengde) overeenkomsten niet meer is dan 10%, en bij verticale overeenkomsten het marktaandeel van elk van de partijen

niet meer is dan 15%, wordt ervan uitgegaan dat geen sprake is van een merkbare mededingingsbeperking. Een voorwaarde voor een succesvol beroep op de *de minimis* ondergrenzen is echter dat de overeenkomst geen hardcore restricties bevat. Overschrijding van de gestelde marktaandeelrempels betekent echter nog niet dat per definitie sprake zal zijn van merkbaarheid. Het is immers nog altijd mogelijk dat dergelijke overeenkomsten een slechts te verwaarlozen effect op de mededinging hebben en daarom niet altijd verboden zullen zijn.¹¹⁵

In de Mededingingswet is een expliciete uitzondering opgenomen voor afspraken waarvan wordt aangenomen dat zij wat betreft de mogelijke beperking van de mededinging van ondergeschikte betekenis zijn. Deze wettelijke uitzondering (anders dan de *de minimis* bekendmaking derhalve geen beleidsregel), neergelegd in art. 7 Mw, gaat voornamelijk uit van omzetrempels. Art. 7 Mw verklaart het verbod van art. 6 lid 1 Mw buiten toepassing voor overeenkomsten waarbij slechts acht of minder partijen zijn betrokken en waarvan de gezamenlijke omzet niet meer bedraagt dan 5,5 miljoen euro, voor zover de partijen bij de overeenkomst zich

voornamelijk richten op het leveren van goederen. Voor overeenkomsten tussen partijen die zich op het leveren van diensten richten, geldt een ondergrens van 1,1 miljoen euro.

In 2007 is een nieuw lid toegevoegd aan art. 7 Mw, waarin voor horizontale overeenkomsten een marktaandeelgrens van 5% wordt gesteld. Deze grens geldt alleen als de totale omzet van de bij de overeenkomst betrokken partijen niet hoger is dan 40 miljoen euro.

Vrijstelling art. 6 lid 3 Mw

Bij de wijziging van de Mededingingswet in 2004 is art. 17 Mw (oud) vervangen door art. 6 lid 3 Mw. Art. 17 Mw (oud) voorzag in de mogelijkheid om een ontheffing van het kartelverbod aan de NMa te vragen, indien aan de vier in dat artikel genoemde voorwaarden was voldaan. Art. 6 lid 3 Mw houdt een wettelijke vrijstelling van het verbod van art. 6 lid 1 Mw in, indien aan dezelfde vier voorwaarden zijn voldaan.

Om een beroep te kunnen doen op de vrijstelling ex art. 6 lid 3 Mw dient aan de volgende vier (cumulatieve) voorwaarden voldaan te worden:

- 1 de overeenkomst moet bijdragen tot de verbetering van de productie of de distributie of aan de bevordering van de technische of economische vooruitgang;

¹¹⁵ Zie bijvoorbeeld het arrest van het Hof van Justitie in de gevoegde zaken C-215/96 en C-216/96, Bagnasco (Carlos) tegen Banca Popolare di Novara en Casa di Risparmio di Genova e Imperia (1999), Jur. I-135, punten 34 en 35.

¹¹⁴ HvJ EG 09-07-1969, zaak 5/69, Völk/Vervaecke, Jur. 1969, p. 295.

- 2 een billijk aandeel in de uit de overeenkomst vloeiende voordelen moet ten goede komen aan de eindgebruiker;
- 3 de overeenkomst mag de betrokken ondernemingen geen beperkingen opleggen die voor het bereiken van de doelstelling(en) niet onmisbaar zijn;
- 4 de overeenkomst mag de betrokken ondernemingen niet de mogelijkheid geven een wezenlijk deel van de concurrentie uit te schaken ('restconcurrentie').

Bij de toetsing aan deze voorwaarden zijn de Richtsnoeren van de EC betreffende de toepassing van art. 81 lid 3

EG-Verdrag¹¹⁶ van belang; de NMa sluit hierbij aan voor de toepassing van art. 6 lid 3 Mw. Ondernemingen worden geacht zelf te toetsen of zij aan de voorwaarden voldoen. Voor een succesvol beroep op de vrijstelling is uiteraard noodzakelijk dat de partij die zich op de vrijstelling beroept, met een deugdelijke onderbouwing bewijst dat aan de voorwaarden is voldaan (art. 6 lid 4 Mw).

De hiervoor aangehaalde EG-Richtsnoeren voor horizontale afspraken bevatten voor verschillende horizontale afspraken aanwijzingen voor een mogelijk beroep op de vrijstelling. De Commissie (en ook de NMa) gaat ervan

uit dat ondernemingen met de Richtsnoeren in de hand een 'self-assessment' kunnen doen ter zake van de toelaatbaarheid van hun afspraken. In de praktijk blijkt dit echter regelmatig ingewikkelder te zijn dan het lijkt. Hoewel de mogelijkheid om een ontheffing te verkrijgen van de mededingingsautoriteiten is komen te vervallen, en daarmee ook de zekerheid voor partijen over de geoorloofdheid van hun afspraken in het licht van art. 6 lid 3 Mw of art. 81 lid 3 EG-Verdrag, is de NMa in de praktijk soms bereid om een informele zienswijze te geven, bijvoorbeeld door een door partijen verrichte 'self-assessment' te bevestigen.¹¹⁷

116 Richtsnoeren van de EG betreffende de toepassing van art. 81 lid 3 Europees Verdrag, PB C 2004, 101/97.

117 Zie de Bekendmaking Informele Zienswijzen van de NMa van 2004, op www.nmanet.nl.

