

Kroniek Mededingings- recht



2010¹

INHOUD

Algemene ontwikkelingen

Vernummering » Nieuwe richtsnoeren en groepsvrijstellingen

Deel I: Misbruik machtspositie

Machtspositie; collectieve machtspositie » Zijn klagers succesvol? » Kortingen » Excessieve tarieven; prijsdiscriminatie » Roofprijzen » Margin squeeze » Koppelverkoop en bundeling ('tying') » Leveringsweigering, essential facility » Onbillijke voorwaarden » Bevoordeling dochteronderneming » Patent ambush

Deel II: Mededingingsbeperkende afspraken

Art. 6 Mw, anders dan art. 101 WVEU niet van openbare orde; merkbaarheid » Geen conversie » Het begrip 'onderneming' en één economische entiteit » Contracteerplicht bij selectief distributiesysteem » Onderling afgestemde feitelijke gedragingen en uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie » Marktverdelings- en prijsafspraken

Deze kroniek bevat de recente ontwikkelingen op het gebied van 'misbruik machtspositie' en 'mededingingsbeperkende afspraken' aan de hand van enkele Nederlandse en Europese zaken. Aan de hand van concrete voorbeelden blijkt wanneer een mededingingsrechtelijk probleem zich kan voordoen in de algemene commerciële contracten- en geschillenpraktijk. Kwesties van procesrecht en sancties worden niet besproken.

Deel I: *Martijn van Bommel en Martine de Koning*

Deel II: *Annemieke van der Beek en Joost Schmaal*

Advocaten te Amsterdam²

Algemene ontwikkelingen

Vernummering

Met ingang van 1 december 2009 is het verdrag van Lissabon in werking getreden als gevolg waarvan het EG-Verdrag nu het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU) heet. Daarnaast is een aantal sleutelbepalingen in het mededingingsrecht vernummerd. De oude artt. 81 (verbod op mededingingsbeperkende afspraken) en 82 (verbod op misbruik van machtspositie) zijn nu te vinden onder artt. 101 en 102 VWEU. Inhoudelijk is er niets veranderd.

Nieuwe richtsnoeren en groepsvrijstellingen

Sinds de laatste kroniek heeft de Commissie verschillende (herziene) richtsnoeren en groepsvrijstellingen gepubliceerd, zoals de herziene groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten³ en daarmee samenhangende richtsnoeren inzake ver-

ticale beperkingen⁴. De herziene vrijstelling verschilt weinig van de vorige. De belangrijkste wijziging is dat het marktaandeel van alle partijen bij de verticale overeenkomsten de drempel van 30 procent niet mag overstijgen, willen zij een beroep kunnen doen op de vrijstelling. Ook publiceerde de Commissie de herziene groepsvrijstellingen voor onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten⁵ en voor specialisatieovereenkomsten⁶. Daarnaast publiceerde de Commissie in december 2010 de herziene richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale

overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, *Pb EU L 102/1*.

⁴ Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, *Pb EU 2010 C 130/01*.

⁵ Verordening betreffende de toepassing van art. 101 lid 3 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten, *Pb EU 2010 L 1217/2010*.

⁶ Verordening betreffende de toepassing van art. 101 lid 3 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen specialisatieovereenkomsten, *Pb EU 2010 L 1218/2010*.

samenwerkingsovereenkomsten.⁷ De wijzigingen ten opzichte van de oude versie bestaan met name uit een nieuw hoofdstuk over informatie-uitwisseling en wijzigingen met betrekking tot standaardiseringsovereenkomsten.

Op nationaal niveau publiceerde de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMA) in 2010 de herziene Richtsnoeren voor de Zorgsector⁸ en – samen met de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) – de Richtsnoeren Zorggroepen⁹. In deze richtsnoeren zijn de praktijkervaringen van de NMA in de zorgsector vastgelegd en staat omschreven welke afspraken zijn toegestaan.

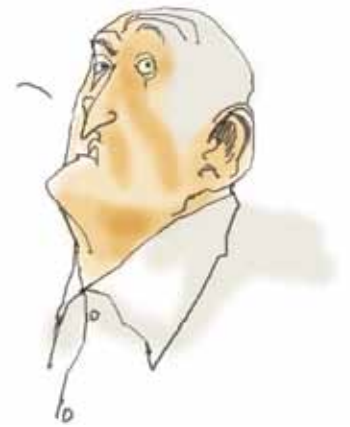
⁷ Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van art. 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *Pb EU 2011 C 11/01*.

⁸ Richtsnoeren voor de Zorgsector, 12 maart 2010, http://www.nma.nl/images/Richtsnoeren_voor_de_zorgsector22-157257.pdf.

⁹ Richtsnoeren Zorggroepen, 18 augustus 2010, http://www.nma.nl/images/Richtsnoeren_voor_de_zorgsector22-157257.pdf.

Het niveau van onze prijskwaliteitsverhouding, onze service, onze after sales en ons relatiebeheer heeft de facto een onmiskenbaar beperkende invloed op de mededinging...

We moeten op onze tellen passen...



Deel I: Misbruik machtspositie

Machtspositie; collectieve machtspositie

Het is verboden om misbruik te maken van een economische machtspositie, maar het hebben van een economische machtspositie is niet verboden.¹⁰ Er is sprake van een machtspositie als een onderneming zich op de relevante markt of een deel daarvan in belangrijke mate onafhankelijk van concurrenten, leveranciers, afnemers of eindgebruikers kan gedragen. Daartoe dient de geografische en productmarkt te worden afgebakend. Als vuistregel bestaat er aanwijzing van een machtspositie bij een marktaandeel van 50 procent of meer. Bij 80-100 procent is dat een sterke aanwijzing. Bij een marktaandeel van minder dan 40 procent is er doorgaans geen machtspositie. De structuur van de markt is relevant. Een collectieve machtspositie is aan de orde als een oligopolie tot coördinatiegevaar leidt.¹¹

Dat de juiste afbakening van de markt van groot belang is, blijkt wel uit een zaak waarin de Commissie ten onrechte de markt van horlogereparatie- en onderhoud en vervangingsonderdelen en die van luxe- of prestigehorloges als één markt beschouwt. De Commissie had niet aangetoond dat de consument redelijkerwijs kon overschakelen op een ander horloge om de prijsstijging van vervangingsonderdelen te vermijden of dat de prijs van vervangingsonderdelen in het algemeen de mededinging tussen de primaire producten beïnvloedt. Wellicht had de Commissie met de juiste afbakening van de markt wel geoordeeld dat sprake was van een machtspositie (en

misbruik). De beschikking van de Commissie is daarom vernietigd.¹²

Imperial Chemical Industries had wel een machtspositie, omdat ze een marktaandeel had van 90 procent. Zij maakte hier misbruik van door kortingen te hanteren die niet waren gebaseerd op een economisch gerechtvaardigde reden, maar slechts tot doel hadden te voorkomen dat consumenten producten bij concurrenten afdamen (zie ook hierna over Solvay).¹³

Zijn klagers succesvol?

Een succesvol beroep op misbruik van een machtspositie is echter lastig. Dat geldt zowel voor een klacht bij de NMa als voor de civielrechtelijke weg.¹⁴ De Europese Commissie alsook het Gerecht en het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) stellen echter wel met enige regelmaat misbruik van machtspositie vast.

In 2009 boog het Gerecht zich bijvoorbeeld over de Solvay-zaak.¹⁵ Solvay maakte misbruik van haar machtspositie door overeenkomsten te sluiten met klanten die hen er toe verplichtten of middels kortingen ertoe aanzetten voor een onbepaalde of buitensporig lange duur hun behoefte aan natriumcarbonaat volledig of grotendeels bij Solvay af te nemen. Het Gerecht oordeelde net als de Commissie dat er sprake was van misbruik.¹⁶

Klagers in Nederland werden om diverse redenen teleurgesteld.¹⁷ Een voorzieningenrechter vond dat een kort geding zich niet leent voor marktafbakening en het vaststellen van een machtspositie.¹⁸ Soms lukte het niet een machtspositie te bewijzen¹⁹ of ketste de zaak af omdat eisers, apothekers, de markt onjuist hadden afgebakend en ten onrechte geen onderscheid maakten tussen de markt voor huisartsenzorg en voor apothekersdiensten.²⁰ Gedragingen zagen in één geval op een periode vóór de inwerkingtreding van de Mededingingswet.²¹ Automark slaagde er niet in aan te tonen dat Carglass met 40-50 procent marktaandeel over een machtspositie beschikte op de markt voor vervanging en herstel van autoruiten, omdat er toetredingsmogelijkheden, voldoende concurrentiedruk van andere partijen en macht van verzekeraars waren.²² De NMa wees een klacht af over het preferentiebeleid (aanwijzing van laagst geprijsde geneesmiddelen die voor vergoeding in aanmerking komen) van Zorgverzekeraars Nederland.²³ De NMa wees de klacht af omdat de effecten van een eventueel optreden van de NMa onzeker en mogelijk zelfs negatief zijn voor de ontwikkeling van concurrentie op prijs. De zorgplicht voor verzekeraars betekent dat zij kwalitatief voldoende

10 Art. 102 WVEU en art. 24 Mw.

11 Voor een voorbeeld van een mogelijk collectieve machtspositie van vijftien ziekenhuizen, zie: Vزر. Rb. Den Bosch 30 december 2009, NVAM, IVO en BRV/Ziekenhuizen Zuid-Nederland, LJN: BK8011.

12 GvEA 15 december 2010, CEHR/Europese Commissie, T-427/08.

13 GvEA 25 juni 2010, Imperial Chemical Industries/Europese Commissie, T-66/01.

14 Enkele voorbeelden: NMa besluit 4 september 2009, Menzis/Apotheek, zaak 6747; NMa besluit 2 februari 2009, Van Broekhuijze, zaak 6469.

15 GvEA 17 december 2009, Solvay, T-57/01 en T-58/01.

16 Het Gerecht verlaagde wel de opgelegde boete, onder meer omdat de Commissie ten onrechte recidive als strafverzwarende omstandigheid had aangevoerd. Solvay was echter enkel voor overtreding van het kartelverbod eerder beboet en recidive moet op dezelfde overtreding zien.

17 Bijvoorbeeld NMa besluit 28 juli 2010, Bergerszakken, zaak 4118. De Raad liet in het midden of er sprake is van een afzonderlijke markt voor tweede bergingen ten aanzien waarvan een machtspositie zou bestaan van de CTE-groep.

18 Vزر. Rb. Utrecht 30 september 2009, De Bilt auto's v.o.f./KIA Motors Nederland B.V., LJN: BJ9050.

19 Vزر. Rb. Utrecht 10 maart 2010, Dunlop v Badmin-tonbond & Yonex, LJN: BL6880.

20 Rb. Utrecht 13 maart 2009, Apothekers/Houtense Huisartsen, LJN: BH5901.

21 Rb. Den Haag 16 september 2009, Easystart B.V. en Visionplanner B.V./Kamer van Koophandel Nederland, LJN: BK7313.

22 NMa besluit 11 september 2009, Automark B.V. vs. Carglass B.V., zaak 6561 en NMa besluit 17 augustus 2011, Automark B.V./Carglass B.V., zaak 6561; machtspositie werd ook niet bewezen geacht in Vزر. Rb. Den Haag 12 augustus 2009, [A.] Handelsmaatschappij B.V./Container Centralen Benelux B.V., LJN: BJ5632.

23 NMa besluit 22 januari 2009, Bogin vs. Zorgverzekeraars Nederland, zaak 6266.

me moeder heeft 'm wel
gevangen, maar het afmaken
moet ik doen...
Ik ben een andere leeuw, zegt ze.



zorg moeten inkopen en de consumentenbelangen zijn gewaarborgd.²⁴ Soms stelde de NMa geen diepgaander onderzoek in op basis van haar prioriteringsbeleid.²⁵ In enkele gevallen lukte het niet de gedragingen te bewijzen waaruit misbruik zou blijken, bijvoorbeeld omdat er geen sprake was van een onderneming²⁶ of omdat er geen leveringsweigering was toen bleek dat er wel licenties werden verleend.²⁷ Soms was misbruik wel bewezen, maar werd een objectieve rechtvaardiging aangenomen.²⁸

Hierna gaan we per type misbruik in op enkele zaken die de afgelopen kroniekperiode hebben gespeeld.

Kortingen

Kortingssystemen zijn in principe toegestaan, behalve als concurrenten worden uitgesloten of afnemers worden uitgebuit en geen objectieve rechtvaardiging voor de korting bestaat. In de Europese

rechtspraak, zoals Michelin II²⁹ en British Airways³⁰, worden 'getrouwheidskortingen' als misbruik gekwalificeerd, doorgaans zonder de daadwerkelijke effecten op de markt te analyseren.³¹ Om misbruik aan te nemen, moet er sprake zijn van uitsluitingseffecten richting concurrenten. Wanneer het kortingssysteem naar haar aard de mededinging kan beperken, wordt dit effect verondersteld. In dat geval hoeven de daadwerkelijke gevolgen niet te worden onderzocht.³²

Tomra hanteert bij de levering van emballage-innameautomaten een kortingssysteem. Het Gerecht bevestigde dat het volstond om aan te tonen dat het kortingssysteem ertoe strekte de mededinging te beperken of dat ze een dergelijk gevolg kon hebben.³³

De Europese Commissie hanteert sinds 2009 een meer economische aanpak,³⁴ maar stelt nog steeds dat zij niet hoeft te bewijzen dat de negatieve effecten van een kortingssysteem zich daadwerkelijk hebben voorgedaan. In de Intel-zaak³⁵ was het voldoende dat de korting de potentie had om even efficiënte concurrenten buiten te sluiten.³⁶

Het CBB volgde een vergelijkbare lijn inzake een kortingssysteem van CRV, een onderneming met een machtspositie op de markt van fokstiersperma. Het CBB oordeelde dat de NMA niet voldoende aannemelijk had gemaakt dat de kortingen daadwerkelijk de potentie hadden concurrenten van CRV uit te sluiten. De kwalificatie als getrouwheidskorting was niet voldoende om misbruik vast te stellen. De NMA had moeten beoordelen of, als gevolg van de kortingen, het voor afnemers moeilijker of onmogelijk is

24 Cbb 24 november 2009, Nederlandse Vereniging van Mondhygiënisten/NMa, LJN: BK5722; en Cbb 24 november 2009, A./NMa, LJN: BK5729.

25 NMa besluit 31 augustus 2010, BAWA c.s./Kombiplast B.V., zaak 6965.

26 Vzr. Rb. Utrecht 24 juli 2009, Joint Port Staff Groep Holding B.V./FNV Bondgenoten, Afdeling Havens/Vervoer, LJN: BJ3474.

27 Rb. Den Haag 21 juli 2010, Nintendo/Webwinkels, LJN: BN1963.

28 Rb. Utrecht 28 juli 2010, Ryan Air/PR Aviation, LJN: BN2268.

29 GvEA 30 september 2003, Michelin II, T-203/01, besproken in de vorige aflevering van deze kroniek, in *Advocatenblad* 2009-13, 16 oktober 2009.

30 GvEA 17 december 2003, British Airways/Commissie, T-219/99, waarvan hoger beroep in HvJ EU 15 maart 2007, British Airways/Commissie, C-95/04P, besproken in de vorige aflevering van deze kroniek, in *Advocatenblad* 2009-13, 16 oktober 2009.

31 HvJ EU 13 februari 1979, Hoffman-La Roche/Commissie, 85/76, besproken in de vorige aflevering van deze kroniek, in *Advocatenblad* 2009-13, 16 oktober 2009.

32 Dit is bevestigd in de Tomra zaak; GvEA 9 september 2010, Tomra, T-155/06, punt 287 en 289.

33 GvEA 9 september 2010, Tomra, T-155/06. Overigens had de Commissie haar analyse aangevuld met een onderzoek naar de vermoedelijke gevolgen van de kortingssystemen, maar volgens het Gerecht is een dergelijk onderzoek niet noodzakelijk en diende dit enkel ter aanvulling.

34 Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van art. 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, 2009/C 45/02.

35 Beschikking van de Commissie 13 mei 2009, Intel, COMP/C-3/37.990.

36 Dat is het geval als de kortingsregeling ertoe leidt dat, gegeven het betwistbare aandeel (d.w.z. de verkopen die een afnemer realistisch gesproken bij de concurrent had kunnen doen), een even efficiënte concurrent zijn producten moet verkopen voor minder dan een haalbaar deel van de kosten van Intel, wil hij een OEM kunnen compenseren voor de derving van de korting van Intel.

geworden om voor andere leveranciers te kiezen.

Excessieve tarieven; prijsdiscriminatie

Misbruik kan ook gelegen zijn in het hanteren van onbillijk hoge tarieven of prijsdiscriminatie. Dit laatste ziet op het toepassen van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, waardoor concurrentienadeel ontstaat.

Buma zou door tariefdiscriminatie en excessieve tarieven misbruik maken van een machtspositie.³⁷ Een internationale tariefvergelijking leidde tot de conclusie dat er geen sprake was van excessieve tarieven.³⁸ De NMa paste deze vergelijkingsmethode toe omdat er geen andere werkbare methode is om de tariefhoogte en differentie te beoordelen. Vanwege het bijzondere karakter van intellectuele eigendomsrechten is het niet mogelijk de kosten van de eigendomsrechten als uitgangspunt te nemen. De rechtbank oordeelde bovendien dat het niet aanvaardbaar is dat Buma ondernemingen tracht uit te sluiten en eiseres had geen concrete aanknopingspunten gegeven die wezen op een uitsluitingsbeleid. De NMa mocht uitgaan van internationale tariefvergelijking bij gebrek aan alternatieven.

GasTerra zou excessieve tarieven hanteren op de markt voor laag-calorisch gas en zou discriminatoire tarieven hanteren voor klein- en grootverbruikers, alsmede voor binnenlandse en buitenlandse afnemers. De prijzen van GasTerra fluctueerden behoorlijk en er waren aanzienlijke pieken en dalen. Maar in diverse zaken oordeelde de NMa aan de hand van economische studies dat het gemiddelde prijsniveau niet excessief was.³⁹ De prijs-

verschillen waren gebaseerd op individuele verschillen in behoefte, met name de behoefte aan flexibiliteit en de voorkeur voor lange- of kortetermijncontracten. Dit waren objectieve redenen om onderscheid te maken tussen de verbruikers en afnemers. Er was geen sprake van 'gelijkwaardige prestaties' en dus waren 'gelijke voorwaarden' niet vereist.

EasyJet klaagde op haar beurt dat Schiphol discrimineerde en onredelijke tarieven hanteerde. Schiphol brengt, als exploitant van de luchthaven, tarieven in rekening bij de luchtvaartmaatschappijen voor het gebruik van het vliegveld. Schiphol vraagt een vergoeding per vertrekkende passagier en maakt daarbij verschil tussen transferpassagiers en de passagiers die Nederland als land van herkomst of bestemming hebben. De tarieven voor deze laatste, de zogenoemde O/D-passagiers (*origin/destination*-passagiers) zijn aanzienlijk hoger dan voor transferpassagiers. De NMa acht de dienstverlening aan O/D-passagiers en transferpassagiers niet gelijkwaardig,⁴⁰ omdat transferpassagiers doorgaans geen gebruikmaken van de incheckbalies, het busvervoer van en naar de terminal, de voorrijwegen en bijbehorende faciliteiten. Het gaat derhalve niet om 'gelijkwaardige prestaties'. De Rechtbank Rotterdam verwierp het beroep van EasyJet.⁴¹

In de Rotterdamse havenzaak beweerde de oliesector dat het Havenbedrijf Rotterdam een te hoog zeehavengeld hanteerde voor tankschepen die de Rotterdamse haven aandeden om ruwe olie te lossen.⁴² Volgens de oliesector waren de tarieven discriminatoir omdat er hogere tarie-

ven golden voor olietankers dan voor andere schepen, zoals containerschepen. Het Havenbedrijf toonde echter aan dat zij andere diensten moet leveren voor containerschepen dan voor olietankers. Daarmee was er geen sprake van 'gelijkwaardige prestaties' en geen discriminatie. Het Gerechtshof Den Haag benadrukte bovendien dat de bewijslast van de stelling dat misbruik wordt gepleegd rust op degene die deze stelling naar voren brengt. De aanwezigheid van een machtspositie brengt in deze bewijslastverdeling geen verandering. Bovendien had de oliesector moeten aantonen dat de ongelijke tarieven voor concurrentienadeel zorgde.

Het Gerecht oordeelde in de Clearstream-zaak dat een verslechtering van de mededingingspositie van afnemers niet hoefde te worden bewezen.⁴³ Bewijs van gevaar van uitschakeling was voldoende om discriminatie aan te nemen. Het Gerecht lijkt hiermee minder strikt om te gaan met het vereiste van nadeelsberokkening, zoals aan de orde kwam in de Rotterdamse haven-zaak.

Roofprijzen

Ook te lage prijzen kunnen misbruik van machtspositie opleveren, wanneer dominante ondernemingen roofprijzen hanteren (door tijdelijk verlieslatend te verkopen) om een concurrent uit de markt te prijzen. Wanadoo (France Télécom) hanteerde roofprijzen voor breedbandinternetdiensten.⁴⁴ Het HvJ EU oordeelde dat de Commissie niet hoefde aan te tonen dat de dominante onderneming haar verliezen terug kan verdienen. Het is voldoende om vast te stellen dat er afbraakprijzen zijn gehanteerd.

In de zaak over vermeende roofprijzen van TNT⁴⁵ keek de NMa uitdrukkelijk naar de (mogelijke) effecten van het gedrag van TNT. De NMa hecht waarde aan de mogelijk negatieve economische effecten van de roofprijzenstrategie, maar concludeerde dat uitsluiting van

bouw c.s. vs. GasTerra, zaak 5720 (beslissing in primo). Zie ook NMa besluit 26 juni 2009, Vereniging van Kunststemprouducenten vs. GasTerra II, zaak 5968 en NMa besluit 28 april 2011, OCI AFA VoF (Vereniging van Kunststemprouducenten) vs. GasTerra II, zaak 5968.

⁴⁰ NMa besluit 14 juli 2009, EasyJet/Schiphol, zaak 200120 en NMa besluit 16 december 2009, EasyJet/Schiphol, zaak 6486.

⁴¹ Rb. Rotterdam 25 november 2011, EasyJet/Schiphol, LJN: B05063.

⁴² Gerechtshof Den Haag 1 juni 2010, Gemeente Rotterdam/Oliesector, LJN: BM6398. De oliesector had ook tevergeefs gesteld dat er sprake was van onredelijke tarieven: zij had niet aangevoerd hoe groot het verschil was tussen het zeehavengeld en de kosten van de diensten.

⁴³ GvEA EU 9 september 2009, Clearstream, T-301/04.

⁴⁴ HvJ EU 2 april 2009, France Télécom/Wanadoo, C-202/07 P.

⁴⁵ NMa besluit 15 december 2009, Sandd/TNT, zaak 6207.

³⁷ Rb. Rotterdam 27 augustus 2009, Stichting Commercële Omroep Exploitatie Zuid-Holland/NMa, LJN: BJ6328.

³⁸ Zie over methodes voor beoordeling van tarieven ook HvJ EU 'Order of the Court' 25 maart 2011, Isabella/Europese Commissie, C-159/08.

³⁹ NMa besluit 28 april 2011, Productschap Tuinbouw c.s. vs. GasTerra, zaak 5720 (beslissing op bezwaar) en NMa besluit 26 juni 2009, Productschap Tuin-

Sandd door TNT, ten nadele van de consument, niet aannemelijk is.

Margin squeeze

Een specifieke vorm van misbruik door middel van tarieven is de *margin squeeze* (marge-utholling). Dit kan zich voordoen wanneer een dominante onderneming actief is op zowel *wholesale*- als *retail*-niveau en concurrenten op retail-niveau afhankelijk zijn van de *wholesale*-producten van de dominante onderneming. Marge-utholling treedt op als de dominante onderneming dusdanige tarieven hanteert dat de marge tussen retail-tarieven en *wholesale*-tarieven niet toereikend is om de kosten op retail-niveau te dekken en concurrenten worden uitgesloten van de retailmarkt. Zo werd Deutsche Telekom beboet voor het toepassen van onbillijke *wholesale*-tarieven die resulteerden in utholling van de marges van even efficiënte concurrenten.⁴⁶ Deutsche Telekom beargumenteerde tevergeefs dat een verhoging van haar retail-tarieven (en dus een verruiming van de marge) consumenten zou benadelen. Het HvJ EU oordeelde dat dit niet afdoet aan het misbruikelijk gedrag, maar dat de Commissie de negatieve effecten ervan dient aan te tonen.⁴⁷

Koppelverkoop en bundeling

Bij koppelverkoop wordt één product gratis of goedkoper aangeboden mits een ander product tegelijk wordt afgenomen. Korting die een dominante leverancier slechts geeft indien een pakket van verschillende producten wordt afgenomen, kunnen misbruik opleveren als daardoor even efficiënte concurrenten

van de losse producten niet meer kunnen opboksen tegen de pakketprijzen. Zo werd Microsoft verweten misbruik te maken van haar machtspositie op de markt voor besturingssystemen met Windows door haar webbrowser Internet Explorer daarin gratis op te nemen. De Commissie accepteerde toezeggingen van Microsoft om in Windows een keuzemogelijkheid voor gebruikers op te nemen waarmee zij Internet Explorer in- of uit kunnen schakelen.⁴⁸

Leveringsweigerings, essential facility

Misbruik kan ook 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, kan daar soms (tegen een redelijke vergoeding) toe worden gedwongen. Het beginsel van contracteervrijheid wordt dan doorbroken.

ENI weigerde onder meer gaslevering op haar internationale pijpleidingen die gas naar Italië transporteerden. ENI's concurrenten werden zo verhinderd via ENI's infrastructuur gas naar Italië te transporteren. ENI heeft na invallen door de Commissie toezeggingen gedaan om het misbruik te beëindigen.⁴⁹

GasTerra werd in eerste instantie beboet doordat zij in contracten met

energiebedrijven leveringsvoorwaarden hanteerde die de ontwikkeling van concurrentie op de gasgroothandelsmarkt tegenhield. GasTerra weigerde te onderhandelen over contractvormen en voorwaarden die het distributiebedrijven mogelijk zou maken gas van GasTerra af te nemen op de TTF-beurs (een virtuele handelsplaats). De NMa twijfelde na de bezwaren van GasTerra of distributiebedrijven er inderdaad van werden weerhouden om andere voorzieningsbronnen te benutten. Ook konden praktische en juridische redenen ten grondslag liggen aan het feit dat er geen contracten werden gesloten voor afname op de TTF-beurs. Er werd uiteindelijk in bezwaar geconcludeerd dat het misbruik niet was komen vast te staan.⁵⁰

Wellnomics beëindigde, vanwege een betalingsachterstand, een overeenkomst met haar distributeur ErgoDirect voor de pauzesoftware 'Workpace' en weigerde updates voor de software te blijven leveren. Er werd echter geen misbruik aangenomen door de Commissie omdat niet was voldaan aan de criteria uit het Bronner-arrest⁵¹ en de betalingsachterstand vormde een objectieve rechtvaardiging voor de leveringsweigerings.⁵²

Onbillijke voorwaarden

Er kan ook sprake zijn van misbruik doordat dominante ondernemingen onbillijke voorwaarden hanteren. In de statuten van telersvereniging VTN stond dat telers die hun lidmaatschap van de coöperatie VTN wilden opzeggen, uittrekgeld moesten betalen.⁵³ Het Gerechtshof Den Haag oordeelde dat de uittrekgeld niet buitensporig was. Deze ging niet verder dan noodzakelijk

⁴⁶ HvJ EU 14 oktober 2010, Deutsche Telekom, C-280/08.

⁴⁷ Het HvJ EU verduidelijkte de beoordelingscriteria voor marge-utholling in TeliaSonera. Bij de beoordeling van de gehanteerde tarieven en dus de eventuele marginsqueeze moet worden gekeken naar de kosten die de dominante onderneming maakt. HvJ EU 17 februari 2010, TeliaSonera, C-52/09.

⁴⁸ Verder kunnen OEMs (Original Equipment Manufacturers) zelf de standaardbrowser kiezen en heeft Microsoft toegezegd dit niet te zullen tegenwerken. Beschikking van de Commissie 16 december 2009, Microsoft (tying), COMP/C-3/39.530. Zie ook over koppelverkoop, leveringsweigerings en ander vermeend misbruik de Beschikking van de Commissie 1 december 2010, Omnis/Microsoft, COMP/39784.

⁴⁹ Beschikking van de Commissie 29 september 2010, ENI, COMP/39.315; zie ook Beschikking van de Commissie 3 december 2009, GDF Suez, COMP/39.316; Beschikking van de Commissie 4 mei 2010, E.ON, COMP/39.317; Beschikking van de Commissie 14 april 2010, Svenska Kraftnät, COMP/39.351; Beschikking van de Commissie 17 maart 2010, EDF, COMP/39.386; Beschikking van de Commissie 18 maart 2009, RWE, COMP/39.402; Beschikking van de Commissie 22 juni 2011, Telecommunikacja Polska, COMP/39.525.

⁵⁰ NMa besluit 5 januari 2011, GasTerra, zaak 4296 en in bezwaar NMa besluit 30 juni 2011, GasTerra, zaak 4296.

⁵¹ HvJ EU 26 november 1998, Bronner, NJ 1995, 523.

⁵² Gerechtshof Arnhem 22 september 2009, ErgoDirect B.V./Wellnomics Ltd., LJN: BJ8457. In deze zaak stond overigens ook niet vast dat er een machtspositie was.

⁵³ Gerechtshof Den Haag 24 februari 2009, Vromans-De Bruin/VTN, LJN: BH 5597.

om de goede werking van de coöperatie veilig te stellen en in het bijzonder om haar te verzekeren van een voldoende brede commerciële basis en duurzaamheid in het lidmaatschap van haar leden. Buma en PRS, een Engelse collectieve beheersorganisatie, hadden in een overeenkomst afgesproken dat ze de bevoegdheid hadden om elkaars repertoire te exploiteren.⁵⁴ De overeenkomst bevatte een gebiedsafbakening die de bevoegdheid van Buma beperkte tot Nederland. PRS vorderde een verbod voor Buma om licenties voor online muziekgebruik buiten Nederland aan te bieden. Buma beweerde dat PRS door het bedingen van deze gebiedsafbakening zich schuldig maakte aan het misbruiken van een machtspositie. Het Gerechtshof Amsterdam verwierp dit betoog en oordeelde dat het in principe aan PRS is om te bepalen wie in welk gebied de bij PRS aangesloten auteursrechthebbers het best kan vertegenwoordigen.

Bergingsbedrijf Alarmcentrale Nederland B.V. (ACN) klaagde omdat zij door Stichting Incident Management Nederland (SIMN) niet werd toegelaten tot het Landelijk Centraal Meldpunt (LCM).⁵⁵ Bij het LCM komen incidentmeldingen binnen van de politie, wegbeheerders en individuele automobilisten. LCM geeft na een melding opdracht aan het bergingsbedrijf dat voor de betrokken locatie en voertuig beschikt over een contract met SIMN of een andere alarmcentrale. Het CBB is van mening dat SIMN de vrijheid heeft haar handelspartners te kiezen en dat lidmaatschap van het SIMN niet onontbeerlijk is voor ACN om haar werkzaamheden uit te oefenen.

In een andere zaak werd gesteld dat het gedrag van LCM en de politie bij het melden van incidenten, alsmede van verzekeraars en SIMN, tot gevolg had dat alleen de door de verzekeraars/alarmcentrales gecontracteerde bergingsbe-

drijven opdrachten kregen.⁵⁶ De NMa vond, later bekrachtigd door de rechtbank, dat het LCM in beginsel louter faciliterend werkt en wees de klacht af op basis van haar prioriteringsbeleid. Bovendien was het optreden van de politie geen economische activiteit waarop de Mededingingswet van toepassing is.

Der Grüne Punkt - Duales System Deutschland (DSD) hanteert een systeem voor inzameling en verwerking van verpakkingen. Deze verpakkingen bevatten het DSD keurmerk/logo en DSD vraagt een vergoeding voor de verwerking en recycling van alle verpakkingen met het DSD logo. DSD vroeg echter ook een vergoeding wanneer de verpakkingen (met het DSD logo) via een ander collectief systeem werden verwerkt. Zowel het Gerecht als het hof bevestigde het oordeel van de Commissie dat DSD hiermee misbruik maakte.⁵⁷

AstraZeneca verkocht de maagzuurremmer omeprazole onder het merk Losec en AstraZeneca probeerde de markttoegang van generieke versies omeprazole te vertragen. Zij deed systematisch misleidende mededelingen (aan octrooigemachtigden, octrooibureaus en nationale rechters) om aanvullende beschermingscertificaten voor omeprazole te verkrijgen en haalde selectief de Losec-capsules van de markt door het deregistreren van omeprazole in capsulevorm. Hierdoor konden concurrenten het aanvraagdossier voor de capsulevorm niet meer gebruiken als referentiedossier voor hun aanvragen om markttoelating voor generieke versies van omeprazole. Dit vormde misbruik omdat markttoegang van concurrenten werd bemoeilijkt.⁵⁸

56 Rb. Rotterdam 15 januari 2009, Branchevereniging voor Bergingsbedrijven c.s./NMa, LJN: BH5620. De Rechtbank Rotterdam heeft terugverwezen naar de NMa. Zie ook Cbb 2 juli 2010, Alarmcentrale B.V./NMa, LJN: BN0929, waarin het Cbb ingaat op koppelverkoop en geen grond ziet voor het aannemen van een collectieve machtspositie van de verzekeraars. De NMa verklaart vervolgens de bezwaren van de bergingsbedrijven ongegrond. Zie NMa besluit 25 mei 2011, Alarmcentrale II/NMa, zaak 4965.

57 HvJ EU 16 juli 2009, Der Grüne Punkt, C-385/07 P.

58 GvEA 1 juli 2010, AstraZeneca, T-321/05.

Bevoordeling dochteronderneming

Koston klaagde over misbruik door Nuon.⁵⁹ Koston levert na-isolatie en advies over isolatie en vochtregulering van woningen. Nuon Isolatie B.V. is ook in deze markt actief en is een dochter van Nuon N.V., een landelijk energiebedrijf. Nuon beschikt over gegevens over energieverbruik van haar klanten en zou deze gegevens gebruiken door klanten die veel energie verbruiken aan te schrijven en na-isolatie-diensten van Nuon Isolatie aan te bieden. Nuon Isolatie zou in staat zijn dusdanige kortingen aan te bieden dat afnemers niet zullen uitwijken naar andere na-isolatiebedrijven. Echter, het was niet bewezen dat Nuon bij het benaderen van klanten over na-isolatie-diensten gebruik heeft gemaakt van de klant- en energieverbruikgegevens.

Patent ambush

Rambus werd verweten opzettelijk octrooien te hebben verzwegen in een standaardisatieproces (JEDEC) voor DRAM-chips, waardoor nadat de standaard was gekozen, hoge royalty's aan Rambus moesten worden betaald door marktpartijen. De Commissie accepteerde toezeggingen tot royaltyverlagingen van Rambus.⁶⁰

54 Gerechtshof Amsterdam 19 januari 2010, Buma/PRS, LJN: BL4289.

55 Cbb 3 december 2009, Alarmcentrale Nederland B.V./NMa, LJN: BK6514.

59 NMa besluit 30 september 2010, Koston Nederland B.V. vs. Nuon N.V. en Nuon Isolatie B.V., zaak 6844.

60 Beschikking van de Commissie 9 december 2009, Rambus, C OMP/38.636.

Deel II: Mededingingsbeperkende afspraken

In navolgend overzicht van de besluiten van de NMa, Europese beschikkingen en arresten en Nederlandse jurisprudentie zal gezien de beperkte reikwijdte van deze kroniek slechts een aantal interessante uitspraken belicht worden op het gebied van art. 6 Mw en art. 101 VWEU.

Art. 6 Mw, anders dan art. 101 VWEU niet van openbare orde; merkbaarheid

Het HvJ EU heeft met betrekking tot art. 81 EG-Verdrag bepaald dat het daarin vervatte verbod van concurrentiebeperkende afspraken van openbare orde is en door nationale rechters ambtshalve moet worden toegepast. In de zaak-Gemeente Heerlen/Whizz heeft de Hoge Raad de vraag of dit ook geldt voor art. 6 Mw ontkenkend beantwoord.⁶¹ De consequentie is derhalve dat de civiele rechter niet de plicht heeft om ambtshalve de nietigheid van een bepaling in een overeenkomst vast te stellen, of die nietigheid ambtshalve te onderzoeken. In dezelfde zaak werd vastgesteld dat de eis dat de mededingingsbeperking merkbaar moet zijn een element vormt van art. 6 lid 1 Mw en dat de bewijslast daarvan ligt op degene die zich op de inbreuk beroept.⁶² Het Gerechtshof Den Haag ging in de zaak-Foka/Loewe uitgebreid in op de gegevens waarover de rechter moet beschikken om te kunnen vaststellen of sprake is van een merkbare mededingingsbeperking.⁶³

61 HR 16 januari 2009, Gemeente Heerlen/Whizz Croissanterie, LJN: BG3582

62 Zie met name HR 16 januari 2009, Gemeente Heerlen/Whizz Croissanterie, LJN: BG3582 (concl. A-G Keus).

63 Gerechtshof 's-Gravenhage 6 juli 2010, Foka/Loewe Opta Benelux, LJN: BN9390. Zie ook Rechtbank 's-Gravenhage 26 juli 2010, One/KPN, LJN: BN2810.

Geen conversie

Een andere belangrijke uitspraak had betrekking op de vraag of een uit hoofde van art. 6 lid 2 Mw nietige afspraak op grond van art. 3:42 BW (conversie) kan worden omgezet in een geldige afspraak. De eerdere negatieve beantwoording van deze vraag door het Gerechtshof Leeuwarden heeft de HR in het arrest Prisma/Slager bevestigd.⁶⁴ Conversie is volgens de HR onverenigbaar met de in art. 6 lid 2 Mw neergelegde absolute nietigheid die erop gericht is ongeoorloofde concurrentiebeperkende overeenkomsten uit te bannen. Deze uitspraak is met name van belang bij regelmatig voorkomende vragen over de geldigheid van een concurrentieverbod in het kader van een concentratie, die voor een langere duur wordt aangegaan dan toegestaan volgens de regels die gelden voor nevenrestricties.

Het begrip 'onderneming' en één economische entiteit

Art. 6 Mw richt zich tot de ondernemingen die partij zijn bij mededingingsbeperkende afspraken. In de Europese jurisprudentie is in 2008 uitgemaakt dat ook bureaus die een kartel actief ondersteunen, aansprakelijk gehouden kunnen worden voor overtreding van het kartelverbod. De NMa heeft, met toepassing van de in het Treuhand-arrest⁶⁵ genoemde criteria, eveneens een dergelijk bureau aansprakelijk gehouden, namelijk het door de schildersbedrijven ingeschakelde calculatiebureau Spegelt. De aansprakelijkheid werd gebaseerd op het feit dat het

64 HR 18 december 2009, Prisma Vastgoed B.V. en Prisma Food Retail B.V./Slager, LJN: BJ9439.

65 GvEA 8 juli 2008, AC-Treuhand AG/Commissie, T-99/04.

bureau de kartelleden actief had ondersteund, onder meer door bestekbesprekingen tussen de deelnemers te organiseren en daaraan deel te nemen, de gemaakte afspraken te notuleren en de nakoming van de afspraken te controleren. Daarmee was volgens de NMa het calculatiebureau eveneens een participant in het kartel.⁶⁶ In een aantal zaken is de vraag aan de orde geweest of het handelen van overheidsorganen al dan niet gezien kon worden als het verrichten van economische activiteiten, dan wel als het uitvoeren van een publieke taak; in het laatste geval is geen sprake van een onderneming. Dit werd het geval geacht wanneer de politie exclusief aan het Landelijk Centraal Meldpunt meldingen doorgeeft voor eerste bergingen van gestrande voertuigen.⁶⁷ Van de Stichting Nederlands normalisatie-instituut werd echter aangenomen dat deze voor een deel economische activiteiten verricht.⁶⁸

Dat een moederondernemingen samen met haar dochterondernemingen gezien wordt als één economische entiteit is nogmaals bevestigd door het HvJ EU in de Akzo-zaak.⁶⁹ Akzo vocht in deze zaak de hoofdelijke aansprakelijkheid aan waarvan de Commissie in een boetesluit uit 2004 was uitgegaan. Het hof verduidelijkt, dat in het geval waarin een moedermaatschappij 100 procent van het kapitaal van een dochteronderneming bezit, een weerlegbaar vermoeden bestaat dat die moeder inderdaad een beslissende invloed kan uitoefenen op de dochter die een inbreuk op de kartelregels heeft begaan. Er wordt uitgegaan van een economische

66 NMa besluiten 5 juni 2009, Kazerne I en Kazerne II, zaken 6429 en 6431; en NMa besluiten 21 augustus 2009, De Tongelreep en Meiveld, zaken 6492 en 6430.

67 CBb 2 juli 2010, Branchevereniging voor Bergingsbedrijven, e.a./NMa, LJN: BN5246.

68 NMa besluit 31 augustus 2010, BAWA c.s./Kombiplast B.V., zaak 6965. Zie over de begrippen 'onderneming' en 'economische activiteit' ook HvJ EU 26 maart 2009, Selex Sistemi Integra/Commissie, C-113/07 en HvJ EU 5 maart 2009, Kattner/Maschinenbau, C-350/07. Zie ook deel I van deze kroniek.

69 HvJ EU 10 september 2009, Akzo Nobel, C-97/08 P.

eenheid, tenzij de moedermaatschappij aan de hand van de bestaande organisatorische, economische en juridische banden tussen moeder en dochter kan aantonen dat het beleid van de groepsmaatschappijen niet uiteindelijk door de moeder wordt bepaald. Het hof oordeelde naar aanleiding van een hoger beroep van General Química dat de Commissie de argumenten en aangedragen feiten voor het weerleggen van het vermoeden van beslissende invloed door de partijen moet onderzoeken en niet zonder meer met verwijzing naar de rechtspraak een beslissende invloed mag aannemen.⁷⁰

Contracteerplicht bij selectief distributiesysteem

Wanneer in het kader van een (selectief) distributiesysteem een distributeur niet wordt toegelaten tot het distributienetwerk van de leverancier, doet de distributeur vaak een beroep op het mededingingsrecht om toelating af te dwingen. Het verweer van de leverancier bestaat uit een beroep op het beginsel van contractsvrijheid dat verplichte toelating tot dat netwerk verhindert. In de Batavus-zaak oordeelde het Gerechtshof Leeuwarden, onder verwijzing naar de Verordening inzake verticale afspraken (zie hiervoor) dat een distributeur die niet voldoet aan objectieve toelatingscriteria van een selectief distributiesysteem, kan worden geweigerd.⁷¹ Een distributeur die wel aan die criteria voldoet, moet echter in beginsel worden toegelaten. De leverancier kan de toelating in dat geval niet weigeren met een enkele verwijzing naar het civielrechtelijke beginsel van contractsvrijheid. In het kader van een andere selectieve distributiezaak in de autobranche oordeelde de rechter dat in een der-

gelijk geval het nalaten te contracteren een onrechtmatige daad op kan leveren wegens het handelen in strijd met een wettelijke plicht.

Interessant is dat in deze zaak de rechter voor het eerst de hulp van de NMa *amicus curiae* heeft ingeroepen. Op grond van art. 44a Rv heeft de NMa de bevoegdheid om in procedures voor de civiele rechter schriftelijke opmerkingen te maken. Uit de Richtsnoeren die de NMa in verband met deze bevoegdheid heeft opgesteld, blijkt dat zij bij kortgedingprocedures en in hogerberoepprocedures van die bevoegdheid gebruik zal kunnen maken. In laatstgenoemde zaak heeft de NMa nogmaals aangegeven aan welke voorwaarden een selectief distributiestelsel moet voldoen om buiten de reikwijdte van het kartelverbod te vallen.⁷²

Van belang is ook het arrest in de zaak-Alfa Romeo Nederland/Multicar van januari 2010 waarin is vastgesteld dat onder omstandigheden het profiteren door een 'vrije' handelaar (niet selectieve distributeur) van de wanprestatie van een aan een selectief distributiestelsel gebonden handelaar, onrechtmatig kan zijn jegens zowel de gebonden handelaren als jegens de distributeur zelf.⁷³

Op dit moment is een zaak aanhangig over de vraag of een geheel verbod op internetverkopen door een distributeur in een selectief distributiesysteem een *hardcore* beperking is die verboden is op grond van de Verordening inzake verticale afspraken. De advocaat-generaal heeft deze vraag in zijn conclusie bevestigend beantwoord.⁷⁴

Onderling afgestemde feitelijke gedragingen en uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie

Belangrijke uitspraken op het gebied van onderling afgestemde feitelijke gedragingen zijn gedaan in de beroepsprocedures tegen het besluit van de NMa uit 2002 met betrekking tot het mobiele operatorskartel. Het CBB had vastgesteld dat de eenmalige uitlating van een mobiele operator tijdens een bijeenkomst met concurrenten dat hij de dealervergoedingen van *postpaid* abonnementen zou verlagen, een onderlinge afstemming opleverde.⁷⁵ Het HvJ EU heeft in een uitspraak naar aanleiding van prejudiciële vragen van het CBB aangegeven dat voor de vraag of een gedraging tot 'doel' heeft de mededinging te beperken niet doorslaggevend is of de gedraging (het overleg tussen concurrenten) rechtstreeks gericht is op het bepalen van de prijzen voor consumenten. Volgens het hof heeft elke vorm van afstemming van het gedrag tussen concurrenten die, gelet op de juridische en economische context, 'concreet geschikt' is om de onderlinge concurrentieverhoudingen te beïnvloeden en onzekerheden over voorgenomen marktgedrag weg te nemen, tot doel de mededinging te beperken.⁷⁶ Een andere belangrijke uitspraak in deze zaak betrof de bevestiging dat het bewijsvermoeden dat het gedrag van de betrokken ondernemingen die het desbetreffende overleg hebben bijgewoond daardoor is beïnvloed, een materiële norm van het Europese mededingingsrecht is, dat door de nationale rechter moet worden toegepast. Het CBB had geoordeeld dat het

70 HvJ EU 20 januari 2011, General Química SA, Repsol Química SA, Repsol YPF SA/Commissie, C-90/09 P; zie ook GvEA 16 juni 2011, Solvay Selexis/Commissie, T-195/06.

71 Gerechtshof Leeuwarden 6 oktober 2009, Batavus, LJN: BJ9567; zie ook in cassatie HR 16 september 2011, Batavus, LJN: BQ2213.

72 Vزر. Rb. Amsterdam 16 oktober 2009, Eiseressen/KIA Motors Nederland B.V., LJN: BK0955 en Vزر. Rb. Amsterdam 3 december 2009, Eiseressen/KIA Motors Nederland B.V., LJN: BK6496.

73 HR 8 januari 2010, Alfa Romeo Nederland/Multicar, NJ 2010, 187 m.nt. Mok, LJN: BJ9352.

74 Concl. A-G Mazak 3 maart 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, C-439/09.

75 CBB 31 december 2007, T-Mobile e.a./NMa, LJN: BC1396.

76 HvJ EU 4 juni 2009, T-Mobile e.a./Raad van Bestuur van de NMa, C-8/08.

overleg tussen de mobiele operators de strekking had de mededinging te beperken, zodat het aan de mobiele operators was om het vermoeden te weerleggen dat hun commercieel gedrag was beïnvloed door dit overleg.⁷⁷ De NMa moet nu in een nieuw besluit gemotiveerd ingaan op de door de mobiele operators aangevoerde feiten en stellingen ter weerlegging van het bewijsvermoeden.

Dat parallel gedrag niet altijd het gevolg is van onderlinge afstemming, werd bevestigd door het CBb inzake de autobergingsbedrijven. De keuze van de meeste alarmcentrales om met dezelfde bergers contracten aan te gaan als eerder door SIMN geselecteerd, kon niet worden gezien als een onderlinge afstemming of voortzetting van bestaande overeenkomsten; er bestonden daarvoor andere plausibele redenen.

Uitspraken over onderling afgestemde gedragingen zijn ook gedaan in het kader van verticale, distributieverhoudingen. De eerder genoemde Batavus-zaak is interessant vanwege het feit dat een distributeur had opgezegd onder druk van de concurrerende distributeurs omdat deze fietsen via internet tegen veel lagere prijzen had verkocht. Het hof oordeelde dat de opzegging niet een vrije en autonome keuze van Batavus was geweest, maar onder druk van de concurrerende distributeurs tot stand was gekomen, zodat de opzegging 'daarmee onderdeel en sluitstuk is' was van een onderling afgestemde feitelijke gedraging. Daarvan is volgens het hof al sprake indien een van de partijen duidelijk maakt wat zij van de ander verwacht en dat die andere partij vervolgens naar die uitgesproken verwachting handelt, zonder dat vooraf nog aan zijn wederpartij bekend te hebben gemaakt.

Ook Peugeot werd door het Gerecht afstemming in strijd met de mededingingsregels verweten in het kader van haar distributiesysteem. Peugeot hanteerde een beloningssysteem, neergelegd in een circulaire, op grond waarvan uitsluitend bonussen werden verschaft voor in Nederland verkochte auto's die ook daadwerkelijk in Nederland werden geregistreerd (en dus niet parallel werden

geëxporteerd). In de rechtspraak wordt een onderscheid gemaakt tussen unilateraal gedrag, waarin een onderneming een werkelijke eenzijdige maatregel heeft vastgesteld, dus zonder de uitdrukkelijke of stilzwijgende medewerking van een andere onderneming, en gedrag waarin de maatregel slechts schijnbaar eenzijdig is. Alleen in het laatste geval is het kartelverbod van toepassing. In dit geval bestonden voldoende bewijzen voor het feit dat de wederverkopers van Peugeot uitdrukkelijk of stilzwijgend hadden ingestemd met de bonusregeling, zodat geen sprake was van een unilaterale handeling.⁷⁸

Uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie was ook het onderwerp van onder meer het toezeggingsbesluit inzake de Amsterdamse ziekenhuizen.⁷⁹ De ziekenhuizen wisselden onder meer landelijke medische registratiecijfers, gegevens met betrekking tot diagnose-behandelingcombinaties en kwartaalcijfers uit over bezoekersaantallen, opnamen en dergelijke. De zaak kon met een toezeggingsbesluit worden afgedaan nadat de ziekenhuizen hadden toegezegd dat geen concurrentiegevoelige informatie zal worden gedeeld, naar individuele leden herleidbare informatie van commercieel gevoelige aard slechts zal worden gedeeld voor zover deze ouder is dan twaalf maanden en geanonimiseerde marktonderzoeken of benchmark informatie zal worden gebruikt indien sprake is van commercieel gevoelige informatie.

Marktverdelings- en prijsafspraken

De NMa heeft in verschillende zaken die betrekking hebben op hardcore kartels, namelijk marktverdelingsafspraken en

prijsafspraken tussen concurrenten, aanzienlijke boetes opgelegd. Zo werden schildersbedrijven beboet die in het kader van aanbestedingen het werk hadden verdeeld en in verband daarmee de inschrijfprijzen onderling hadden afgestemd en in sommige gevallen een rekenvergoeding hadden afgesproken ten behoeve van de bedrijven die de opdracht niet zouden krijgen.⁸⁰ Verschillende afspraken in de hoveniersbranche in het kader van aanbestedingen, prijsafspraken een marktverdelingsafspraken, werden door de Rechtbank Rotterdam in een beroep tegen een NMa-besluit gezien als een voortdurende inbreuk op het kartelverbod en niet als een serie van afzonderlijke inbreuken.⁸¹

Distributeurs van zwembadchloor werden beboet wegens een marktverdelingsafpraak die bedoeld was om 'de rust in de markt' te bewaren. Op 'Zwembadlijsten' werd aangegeven welke distributeur aan welk zwembad mocht leveren. Daarnaast werd 'defensief' geoffreerd door bij offerteaanvragen een hoge prijs te offrenen bij zwembaden waaraan men volgens de regeling niet mocht leveren.

In de thuiszorg zijn door de NMa eveneens boetes opgelegd wegens afstemming over inschrijfgelden bij aanbestedingen. De boetes werden overigens enigszins gematigd vanwege het feit dat in de thuiszorgmarkt, als markt in transitie, volledige marktwerking nog niet bestaat.⁸² Ook in de bouwsector zijn weer boetes opgelegd omdat bouwbedrijven bij diverse aanbestedingen prijzen hadden afgestemd en vertrouwelijke aanbestedingsinformatie hadden uitgewisseld. Bij de boeteberekening zijn aanzienlijke verhogingsfactoren toegepast vanwege het feit dat de ondernemingen zelfs na de grote maatschappelijke onrust en verontwaardiging over bouwfraude hun illegale

⁷⁸ GvEA 9 juli 2009, Automobiles Peugeot SA en Peugeot Nederland B.V., T-450/04; zie ook de eerdere zaak GvEA 3 december 2003, Volkswagen/Commissie, T-208/01 en in hoger beroep HvJ EU 13 juli 2006, Commissie/Volkswagen, C-74/04 P en zie HvJ EU 10 februari 2011, Activision Blizzard Germany GmbH/Commissie, C-260/09 P.

⁷⁹ NMa besluit 17 november 2010, Ziekenhuiszorg Amsterdam, zaak 6895. Ook een zaak over verzekeringspools is afgedaan met een toezeggingsbesluit: NMa besluit 30 december 2010, Notarispool, zaak 5998.

⁸⁰ NMa besluiten 5 juni 2009, Kazerne I en Kazerne II, zaken 6429 en 6431 en NMa besluiten 21 augustus 2009, De Tongelreep en Meiveld, zaken 6492 en 6430.

⁸¹ Rb. Rotterdam 1 juli 2010, Darthuizer Boomkwekerijen B.V. e.a./NMa, LJN: BM9911.

⁸² NMa besluit 21 oktober 2010, WMO Friesland, zaak 6442.

aanbestedingspraktijken welbewust hadden voortgezet.⁸³

In de meelproductiesector is aan 14 ondernemingen een boete opgelegd wegens diverse soorten mededingingsbeperkende afspraken, zoals het verbod om elkaars klanten over te nemen, en een concurrent werd gecompenseerd voor verminderde afzet.⁸⁴ De vier grootste Nederlandse producenten van isolerend dubbelglas kregen boetes opgelegd wegens verboden afspraken om de prijzen te verhogen en minimumprijzen te hanteren.⁸⁵

Op Europees niveau heeft de Commissie onder andere aan waspoederfabrikanten in een schikkingprocedure met tien procent verlaagde boetes opgelegd wegens het maken van prijsafspraken en het stabili-

seren van marktposities. Het kartel was ontstaan toen de ondernemingen via hun brancheorganisatie een initiatief opstartten om de milieuprestaties van wasmiddelen te verbeteren. Voor deze milieudoelstelling waren echter volgens de Commissie geen prijscoördinatie of andere concurrentiebeperkende praktijken nodig.⁸⁶

Opvallend bij de boetebesluiten is dat de NMa geen rekening wil houden met de economische crisis: ze heeft benadrukt dat deze niet kan gelden als een excuus om mededingingsbeperkende afspraken aan te gaan.⁸⁷

83 NMa-besluit 29 oktober 2010, Limburgse bouwzaken 1 en 2, zaken 6494 en 6836.

84 NMa-besluit 16 december 2010, Meelproducenten, zaak 6306.

85 NMa-besluit 29 december 2010, Producenten isolerend dubbelglas, zaak 5965.

86 Persbericht Commissie 13 april 2011, 'Antitrust: Commissie legt kartel wasmiddelenfabrikanten voor 315.2 miljoen EUR geldboetes op in schikkingsprocedure', IP/11/473; en Beschikking van de Commissie 13 april 2011, Consumer Detergents, COMP/39579.

87 Persbericht NMa 28 januari 2009, 'NMa: crisis geen vrijbrief voor verboden afspraken', nma.nl.

jaja, in dit economisch tij zijn we de lulligste niet: we bieden kortingen op onze boetes – en niet eens om de concurrentie af te troeven.

wij zijn monopolist!



De Europese Commissie heeft overigens in 2010 wel aanzienlijke kortingen op boetes gegeven vanwege het feit dat ondernemingen de boetes niet zouden kunnen betalen vanwege de economische omstandigheden.

(advertentie)

LASSCHE & VAN ZUTPHEN

A D V O C A T E N

hebben op korte termijn plaats voor een ondernemende **gevorderde stagiaire en/of medewerker m/v** voor de algemene praktijk.

Tevens is samenwerking op kostenbasis mogelijk in ons kantoorpand waar enkele fraaie kantoorruimten beschikbaar zijn.

Respons kan worden gericht aan mr. M.E. van Zutphen op het adres Nijenburg 2-C te 1081 GG Amsterdam of per email aan het adres secretariaat@lvz-advocaten.nl

Telefonische inlichtingen kunnen worden ingewonnen via telefoonnummer 020-6702020.

Website: www.lvz-advocaten.nl.

WILSCHUT & THEUNEN

a d v o c a t e n



Wilt u ook werken voor een advocatenkantoor dat het verschil maakt?

Wilschut & Theunen Advocaten is alweer 10 jaar gevestigd in Veghel. Bij ons werken ambitieuze advocaten, die allemaal aan kwalitatief hoogwaardige dienstverlening werken.

Op ons kantoor is ruimte ontstaan voor een

advocaat-medewerker (m/v)

Voor onze praktijk in het personen- en familierecht. Kandidaten met tenminste 5 jaar ervaring en affiniteit binnen het ondernemings- en/of arbeidsrecht hebben de voorkeur.

U kunt uw sollicitatie sturen aan:
Wilschut & Theunen Advocaten
T.a.v. Mevrouw Mr. C.C.E. Wilschut
Postbus 52
5460 AB Veghel
www.wilschuttheunen.nl
c.wilschut@wilschuttheunen.nl