

CHECKLIST

REGELGEVING

EN

EG-MEDEDINGINGSRECHT

CHECKLIST REGELGEVING EN EG-MEDEDINGINGSRECHT

Inhoudsopgave

1. INLEIDING

2. REIKWIJDTE EN INDELING CHECKLIST

3. OVERZICHT VRAGEN CHECKLIST

4. CHECKLIST

5. PRAKTIJKVOORBEELDEN

6. BIJLAGEN

Bijlage I. Uitgebreide toelichting Checklist (inclusief eigen inhoudsopgave)

Bijlage II. Verklarende woordenlijst

Bijlage III. Verdragsbepalingen

1. INLEIDING

Overheid en mededingingsrecht?

Wettelijke voorschriften van EU-lidstaten kunnen in strijd zijn met het Europese mededingingsrecht. De Europese mededingingsregels moeten voorkomen dat ondernemingen kartels* vormen of misbruik maken van hun economische machtspositie*. Mededingingsrecht geldt voor ondernemingen*. Toch kan ook de overheid de mededingingsregels schenden, namelijk door wettelijke voorschriften die:

1. ondernemingen aanzetten tot mededingingsbeperkend gedrag waardoor het “nuttig effect” van de EG-mededingingsregels ongedaan wordt gemaakt,

Voorbeeld

In een regeling verwijst de wetgever naar afspraken gemaakt door vertegenwoordigers van een bepaalde ondernemingsbranche waardoor hij deze afspraken algemeen verbindende werking verleent. De afspraken bevatten verboden concurrentiebeperkende maatregelen zoals prijsafspraken, productiequota of afnameverplichtingen. In dat geval schendt de lidstaat het EG-mededingingsrecht.

of

2. veroorzaken dat een openbaar bedrijf* of een onderneming met bijzondere of uitsluitende rechten* de concurrentie belemmert.

Voorbeeld

Een onderneming krijgt het uitsluitende recht op productie en verkoop van een product en krijgt de ruimte om daarbij discriminerende tarieven te hanteren.

Gevolgen van strijd met het EG-mededingingsrecht

Strijdigheid van regels met het Europese mededingingsrecht kan zeer verstrekkende gevolgen hebben. Het EG-(mededingings)recht gaat voor op het recht van de lidstaten. Wettelijke regels kunnen dus door rechters, de mededingingsautoriteit of andere overheidsinstellingen buiten toepassing worden gelaten. Ook kan de overheid een boete worden opgelegd. Verder kunnen burgers en bedrijven een beroep doen op de onverbindendheid van regels die in strijd zijn met het EG-mededingingsrecht.

Hulpmiddel bij beoordeling

Deze checklist helpt u bij een globale beoordeling van mededingingsrechtelijke consequenties van voorgenomen regelgeving. Het is voor u van belang al in een zo vroeg mogelijk stadium eventuele risico's op strijd met het EG- (mededingingsrecht) te signaleren. Raadpleeg daarom al bij het opstellen van een startnota of bij het uitvoeren van de quick scan of een vergelijkbaar instrument deze checklist. De relatie met het EG-(mededingings)recht komt later terug in de bedrijfseffectentoets: de verenigbaarheid van

de voorgenomen regelgeving met het EG-recht zal daar moeten blijken.¹ De checklist is primair gericht op voorgenomen regelgeving. Zij kan echter tevens worden toegepast bij de voorbereiding van *convenanten*² en andere overheidsmaatregelen. Ook deze kunnen in strijd zijn met het mededingingsrecht.

De checklist biedt *geen waterdicht toetsingskader*. De rechtspraak van het Hof van Justitie en de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie zijn voortdurend in beweging. Uit de uitspraken en beschikkingen zijn niet altijd scherpe lijnen te trekken. Verder is de checklist beperkt tot de hoofdlijnen.

Voor wie?

Deze checklist is gemaakt voor wetgevingsjuristen en beleidsmedewerkers die betrokken zijn bij voorgenomen regelgeving op de diverse departementen, maar kan evengoed nuttig zijn voor personen die werkzaam zijn bij andere overheden zoals gemeenten en provincies, productschappen en zelfstandige bestuursorganen.

Vermoeden van strijdigheid

Als u bij de eerste verkenning op grond van deze checklist vermoedt dat er strijdigheid is met de Europese mededingingsregels, raadpleeg dan een mededingingsrechtelijke expert binnen uw departement of organisatie.

2. REIKWIJDTE EN INDELING CHECKLIST

Waar gaat de checklist over?

Deze checklist ziet op mogelijke schendingen van het Europese *verbod op kartels* en op misbruik van een economische machtspositie** als gevolg van regelgeving. Kartels zijn bijvoorbeeld prijsafspraken, marktverdelingen, exportafspraken, productie-afspraken. Misbruik van een economische machtspositie doet zich bijvoorbeeld voor wanneer een onderneming met een machtspositie op de markt afnemers uitbuit of andere ondernemingen uitsluit.

Wat bevat deze checklist niet?

Ander EG-recht, zoals:

- ? Regels over *staatssteun*, zie daarvoor diverse checklisten en brochures van de ministeries en de Informatiewijzer staatssteun voor decentrale overheden,
- ? Regels over *vrij verkeer van goederen en diensten*, zie daarvoor de Checklist goederen en diensten

¹ De aanwijzingen voor de regelgeving wijzen uitdrukkelijk op de noodzaak tot onderzoek naar verenigbaarheid met EG-(mededingings)recht, zie aanwijzing 18

² Algemene handleiding voor convenanten: de Aanwijzingen voor convenanten

- ? Regels voor *concentraties* (overnames, fusies of deelnemingen), raadpleeg een deskundige op het gebied van het EG-mededingingsrecht
- ? Regels voor *specifieke sectoren*, zoals *post, vervoer, energie, telecommunicatie*, raadpleeg een deskundige op deze gebieden.

Nationaal mededingingsrecht, in het bijzonder de *Mededingingswet*. De Mededingingswet sluit nauw aan bij het EG-mededingingsrecht. U kunt ervan uitgaan dat afspraken tussen ondernemingen of machtsposities van ondernemingen die in het licht van het EG-mededingingsrecht problemen opleveren, waarschijnlijk ook strijdig zijn met de Mededingingswet. Meer informatie over de werking van de Mededingingswet is te krijgen bij het Ministerie van Economische Zaken, directie Marktwerking, en de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa). De NMa heeft voorts een aantal brochures over de Mededingingswet opgesteld die te vinden zijn op www.nmanet.nl.

Indeling

De vragen 1 en 2 van de checklist behandelen *langs welke weg* u met voorgenomen regelgeving in strijd komt met het EG-mededingingsrecht. Met behulp van de vragen 3 tot en met 6 kunt u uw voornemens toetsen aan de *inhoud* van de EG-mededingingsregels. Na de checklist zijn een paar praktijksituaties opgenomen waarin de checklist wordt toegepast.

Tenslotte bevat bijlage I een uitgebreide toelichting op de onderwerpen die in de vragen worden behandeld. De nummering in de bijlage correspondeert met de nummering van de vragen in de checklist. De begrippen die in de verklarende woordenlijst zijn opgenomen, zijn in de checklist bij de eerste vermelding in de vraag gemarkeerd met een*.

3. OVERZICHT VRAGEN CHECKLIST

WIJZEN WAAROP REGELGEVING PROBLEMEN MET HET EG-MEDEDINGINGSRECHT KAN VEROORZAKEN

VRAAG 1. VERSTERKT OF BEGUNSTIGT DE VOORGENOMEN REGELGEVING AFSPRAKEN TUSSEN ONDERNEMINGEN, SCHRIJFT ZIJ DERGELIJKE AFSPRAKEN VOOR OF DRAAGT ZIJ DE VERANTWOORDELIJKHEID TOT ECONOMISCH INGRIJPEN OVER AAN ONDERNEMINGEN OF ONDERNEMERSVERENIGINGEN? Zie de checklist pag. 8 en de toelichting pag. 23 e.v.

JA ? GA NAAR VRAAG 3

NEE ? GA NAAR VRAAG 2

VRAAG 2. HEEFT DE VOORGENOMEN REGELGEVING BETREKKING OP OVERHEIDSONDERNEMINGEN, ONDERNEMINGEN MET BIJZONDERE OF UITSLUITENDE RECHTEN OF ONDERNEMINGEN BELAST MET EEN DIENST VAN ALGEMEEN ECONOMISCH BELANG? Zie de checklist pag. 9 en de toelichting pag. 30 e.v.

JA ? GA NAAR VRAAG 3

NEE ? U KUNT HIER STOPPEN

MATERIËLE INHOUD EG-MEDEDINGINGSRECHT

VRAAG 3. VALT DE VOORGENOMEN REGELGEVING BINNEN DE REIKWIJDTE VAN HET EG-MEDEDINGINGSRECHT? Zie de checklist pag. 11 en de toelichting pag. 37 e.v.

JA ? GA NAAR DE VRAGEN 4 EN 5

NEE ? U KUNT HIER STOPPEN

VRAAG 4. VEROORZAAKT DE VOORGENOMEN REGELGEVING EEN RISICO OP OVERTREDING VAN HET KARTELVERBOD DOOR ONDERNEMINGEN? Zie de checklist pag. 12 en de toelichting pag. 44 e.v.

JA ? GA NAAR VRAAG 6

NEE ? GA NAAR VRAAG 5

VRAAG 5. VEROORZAAKT OF VERSTERKT VOORGENOMEN REGELGEVING EEN RISICO OP MISBRUIK VAN EEN ECONOMISCHE MACHTSPOSITIE? Zie de checklist pag. 14 en de toelichting pag. 53 e.v.

JA ? GA NAAR VRAAG 6

NEE ? U KUNT HIER STOPPEN

VRAAG 6. IS ER SPRAKE VAN EEN RECHTVAARDIGING VOOR DE INBREUK OP DE EG-MEDEDINGINGSREGELS VANWEGE EEN AAN DE ONDERNEMING OPGELEGDE DIENST VAN ALGEMEEN ECONOMISCH BELANG? Zie de checklist pag. 15 en de toelichting pag. 60 e.v.

JA ? ER IS GEEN PROBLEEM MET DE EG-MEDEDINGINGSREGELS, RAADPLEEG VOOR DE ZEKERHEID EEN DESKUNDIGE

NEE ? U MOET UW VOORNEMENS AANPASSEN

4. CHECKLIST

WIJZEN WAAROP REGELGEVING PROBLEMEN MET HET EG-MEDEEDINGSRECHT KAN VEROORZAKEN

VRAAG 1. VERSTERKT OF BEGUNSTIGT DE VOorgenomen REGELGEVING AFSPRAKEN TUSSEN ONDERNEMINGEN, SCHRIJFT ZIJ DERGELIJKE AFSPRAKEN VOOR OF DRAAGT ZIJ DE VERANTWOORDELIJKHEID TOT ECONOMISCH INGRIJPEN OVER AAN ONDERNEMINGEN OF ONDERNEMERSVERENIGINGEN?

Voorschrijven, versterken of begunstigen van gedrag

Regelgeving maakt het nuttig effect* van het kartelverbod* ongedaan wanneer mededingingsbeperkend gedrag van ondernemingen*:

- a. wordt *voorgeschreven*: bijvoorbeeld door
 - het opleggen van een verplichting tot het maken van (concurrentiebeperkende) afspraken tussen ondernemingen, of
 - door het in de regelgeving opnemen van een aanzet tot mededingingsbeperkende afspraken;
- b. wordt *versterkt*: bijvoorbeeld door het algemeen verbindend verklaren van een afspraak binnen een organisatie voor de gehele sector,
- c. wordt *begunstigd*: bijvoorbeeld door ondernemingen met financiële compensatie te prikkelen om met elkaar mededingingsbeperkende afspraken te maken.

NB Bij a, tweede streepje: als de regelgeving geen enkele ruimte openlaat tot concurrentie dan kunnen de EG-mededingingsregels niet worden toegepast omdat ondernemingen niet zelf hun gedrag te bepalen. Dat geen ruimte voor mededinging bestaat, wordt niet snel aangenomen.

Overdragen van de bevoegdheid tot ingrijpen in het economische verkeer

Regelgeving maakt verder het nuttig effect ongedaan wanneer de *verantwoordelijkheid voor economische interventie aan ondernemingen of ondernemersverenigingen** wordt overgedragen, zonder dat de overheid zelf nog kan ingrijpen. Die interventie heeft dan niet meer een overheidskarakter. Een voorbeeld is het toekennen van een bevoegdheid aan een beroepsorganisatie om tarieven of voorwaarden vast te stellen die voor de gehele branche gelden. Deze tarieven kunnen mededingingsbeperkend uitwerken.

ANTWOORD:

JA ? GA NA BEANTWOORDING VAN VRAAG 2 IN IEDER GEVAL NAAR VRAAG 3

NEE ? GA NAAR VRAAG 2

VRAAG 2. HEEFT DE VOORGENOMEN REGELGEVING BETREKKING OP OVERHEIDSONDERNEMINGEN, ONDERNEMINGEN MET BIJZONDERE OF UITSLUITENDE RECHTEN OF ONDERNEMINGEN BELAST MET EEN DIENST VAN ALGEMEEN ECONOMISCH BELANG?

Ondernemingen met een bijzondere positie

EU-lidstaten zijn vrij overheidsondernemingen* op te richten of bijzondere of uitsluitende rechten* toe te kennen aan ondernemingen en ondernemingen te belasten met een dienst van algemeen economisch belang*. De EG-mededingingsregels gelden ook voor deze ondernemingen en de gevolgen van regelgeving voor die ondernemingen kunnen ook problemen met het EG-mededingingsrecht veroorzaken.

Overheidsonderneming (openbaar bedrijf)

Een overheidsonderneming is een onderneming waarin de overheid een dominerende invloed kan uitoefenen en die de vorm heeft van:

1. een afzonderlijke onderneming:
 - a. waarbij de overheid meer dan de helft van de leden van het bestuur benoemt,
 - b. waarin een overheidslichaam over de meerderheid van het geplaatste kapitaal beschikt, of
 - c. waarin de overheid de meerderheid van de stemrechten heeft;
2. een overheidsorgaan dat economische activiteiten ontwikkelt.

Onderneming met een bijzonder of uitsluitend recht

Een onderneming met een bijzonder of uitsluitend recht is een onderneming die het recht krijgt om binnen een bepaald gebied een bepaalde activiteit te verrichten. Bij toekenning aan meerdere ondernemingen is sprake van een bijzonder recht, bij toekenning aan één onderneming van een uitsluitend recht.

Voorbeeld: een onderneming die als enige bepaalde telecommunicatiediensten of openbaarvervoersdiensten mag verrichten in een bepaald gebied.

Dienst van algemeen economisch belang

De overheid richt meestal ondernemingen op of geeft ondernemingen bijzondere of exclusieve rechten met het doel deze ondernemingen een dienst van algemeen economisch belang te laten verrichten. Dat is een dienst - veelal betrekking hebbend op de basisbehoeften van de samenleving - waarvan de overheid meent dat daarin moet worden voorzien, bijvoorbeeld als de markt daartoe zelf niet voldoende wordt gestimuleerd. Bij een dienst van algemeen economisch belang kan een uitzondering op de mededingingsregels aanvaardbaar zijn (zie bij vraag 6).

Voorbeelden van diensten van algemeen economisch belang: het ter beschikking stellen van een openbaar telefoonnet, het beheer van bepaalde afvalstoffen die een

milieuprobleem vormen of het bezorgen van brieven onder een bepaald gewicht in het gehele land tegen uniforme tarieven

Belangrijkste risico van regelgeving voor deze ondernemingen

Deze ondernemingen bezitten veelal een economische machtspositie *. Hoewel schending van het kartelverbod niet is uitgesloten, is het voornaamste risico dat de onderneming door de regelgeving misbruik * moet of kan maken van die economische machtspositie.

Voorbeelden: de onderneming krijgt steeds meer monopolierechten, de onderneming moet alleen al door de bijzondere of uitsluitende rechten misbruik maken van haar machtspositie doordat zij bijvoorbeeld niet aan de vraag kan voldoen, de onderneming moet discrimineren naar nationaliteit.

ANTWOORD:

JA ? GA NAAR VRAAG 3

NEE ? U KUNT HIER STOPPEN

MATERIËLE INHOUD EG-MEDEEDINGINGSRECHT

VRAAG 3. VALT DE VOORGENOMEN REGELGEVING BINNEN DE REIKWIJDTE VAN HET EG-MEDEEDINGINGSRECHT?

Reikwijdte

Regelgeving valt binnen het bereik van het EG-mededingingsrecht wanneer zij:

- a. betrekking heeft op ondernemingen of invloed heeft op het gedrag van ondernemingen* en
- b. invloed heeft op de handel op de gemeenschappelijke markt*.

Onderneming

Onder onderneming wordt verstaan iedere entiteit die een economische activiteit verricht, oftewel goederen of diensten op een bepaalde markt aanbiedt. Typische overheidstaken (bijvoorbeeld rechtspraak en belastingheffing) vallen hier niet onder. De overheid kan echter wel economische activiteiten verrichten en daarmee ook als onderneming gekwalificeerd worden. Zowel natuurlijke personen als rechtspersonen kunnen een onderneming zijn.

Voorbeelden: fabrieken, winkels, eenmansbedrijven, dienstverleners, vrijeberoepsbeoefenaren, kunstenaars, openbare bedrijven, overheidsonderdelen die economische activiteiten verrichten.

Invloed op de handel op de gemeenschappelijke markt

Van invloed op de handel op de gemeenschappelijke markt is sprake bij directe of indirecte, daadwerkelijke of potentiële invloed op de handelsstromen (van goederen of diensten) tussen EU-lidstaten (de interstatelijke handel*). Dit begrip wordt ruim uitgelegd, dus kijk bij de minste twijfel in de toelichting bij deze checklist of raadpleeg een deskundige.

Voorbeelden: invloed op de handel op de gemeenschappelijke markt doet zich voor bij afspraken met betrekking tot import of export en afspraken die het gehele grondgebied van een lidstaat betreffen.

Uitzondering

Het EG-mededingingsrecht is niet van toepassing in de sectoren landbouw en militair materieel

ANTWOORD:

JA: GA NAAR DE VRAGEN 4 EN 5

NEE: U KUNT HIER STOPPEN

VRAAG 4. VEROORZAAKT DE VOORGENOMEN REGELGEVING EEN RISICO OP OVERTREDING VAN HET KARTELVERBOD DOOR ONDERNEMINGEN?

Kartelverbod*

Het kartelverbod houdt in dat ondernemingen* geen overeenkomsten* mogen sluiten en hun gedrag onderling niet zo mogen afstemmen* dat de mededinging op de gemeenschappelijke markt* wordt beperkt, verhinderd of vervalst.

Ondernemersverenigingen* mogen evenmin besluiten* nemen die deze nadelige gevolgen hebben.

Verboden zijn overeenkomsten en besluiten die:

- als *doel* hebben de mededinging te beperken, zoals: prijsafspraken, marktverdeling, productie- of afzetbeperking, exportverbod,
- (potentieel) als *gevolg* hebben dat de mededinging wordt beperkt.

Overeenkomst

Onder overeenkomst valt elke vorm van overeenstemming tussen twee of meer ondernemingen. Het is niet nodig dat er sprake is van juridische binding, de overeenstemming hoeft evenmin schriftelijk te zijn vastgelegd. Hoe partijen zich tot elkaar verhouden is niet van belang, het moet wel altijd gaan om een afspraak *tussen twee of meer ondernemingen*.

Voorbeelden: Overeenkomst in de zin van het Burgerlijk Wetboek, stilzwijgende aanvaarding van circulaire met verkoopvoorwaarden, gentlemen's agreement, eenzijdige maatregelen van een onderneming die doel of gevolg zijn van een overeenkomst.

Ondernemersvereniging

Onder het begrip ondernemersverenigingen vallen ook organisaties van ondernemingen die niet de Nederlandse juridische vorm van een vereniging hebben. Stichtingen en zelfs feitelijke organisaties van ondernemingen vallen hieronder. Besluiten van ondernemersverenigingen zijn voor de leden bindende beslissingen van een orgaan, zoals de algemene ledenvergadering, maar ook aanbevelingen die door de leden of deelnemers aan de organisatie worden opgevolgd.

Voorbeeld: een besluit van een beroepsvereniging tot vaststellen van tarieven.

Uitzondering

Uitgezonderd van het kartelverbod zijn:

- overeenkomsten of besluiten van ondernemersverenigingen
 - die bijdragen aan verbetering van de productie of verdeling van producten, of aan verbetering van de technische of economische vooruitgang,
 - waarvan ook de gebruikers behoorlijk voordeel hebben en
 - die de mededinging evenredig beperken en voldoende concurrentiemogelijkheden laten voor de betrokken producten;

- overeenkomsten van geringe betekenis met niet merkbare* gevolgen voor de mededinging;
- afspraken tussen sociale partners over arbeidsvoorwaarden en lonen.

ANTWOORD:

JA ? GA NAAR VRAAG 6

NEE? GA NAAR VRAAG 5

VRAAG 5. VEROORZAAKT OF VERSTERKT VOORGENOMEN REGELGEVING EEN RISICO OP MISBRUIK VAN EEN ECONOMISCHE MACHTSPOSITIE?

Verbod op misbruik van een economische machtspositie

Een onderneming* kan op een bepaalde markt een economische machtspositie* hebben. De economische machtspositie stelt de onderneming in staat om zich onafhankelijk van concurrenten, leveranciers en afnemers te gedragen. Bij gedrag dat niet tot normale mededinging te rekenen is en dat de structuur van de markt* aantast, is sprake van misbruik* van de economische machtspositie.

Economische machtspositie

Of er sprake is van een machtspositie hangt af van de onderneming in relatie tot haar omgeving en de omstandigheden waarin zij functioneert.

Als vuistregel geldt dat er sprake is van een economische machtspositie indien een onderneming beschikt over:

- a. een wettelijk monopolie ,
- b. een marktaandeel van meer dan 50% , of
- c. een marktaandeel van minder dan 50% in combinatie met andere factoren - b.v. technologische voorsprong - die de positie van de onderneming versterken.

Misbruik van een economische machtspositie

Belangrijkste vormen van misbruik zijn uitbuiting (van leveranciers of van afnemers) en uitsluiting (van concurrenten).

Voorbeelden: het berekenen van extreem hoge prijzen aan afnemers, het opleggen van onredelijke voorwaarden, productiebeperking, koppelverkoop, het frustreren van technische compatibiliteit, afzetbeperking, berekenen van afbraakprijzen (prijzen die liggen beneden kostprijs).

ANTWOORD:

JA ? GA NAAR VRAAG 6

NEE? U KUNT HIER STOPPEN

VRAAG 6. IS ER SPRAKE VAN EEN RECHTVAARDIGING VOOR DE INBREUK OP DE EG-MEDEEDINGINGSREGELS VANWEGE EEN AAN DE ONDERNEMING OPGELEGDE DIENST VAN ALGEMEEN ECONOMISCH BELANG?

Toepassing mededingingsregels door ondernemingen die zijn belast met een dienst van algemeen economisch belang

Ondernemingen belast met een dienst van algemeen economisch belang* moeten zich houden aan het EG-mededingingsrecht *voorzover dat niet de vervulling van die dienst verhindert*. Meestal zijn dit overheidsondernemingen* of ondernemingen die bijzondere* of uitsluitende* rechten bezitten.

Beoordeling noodzakelijkheid en evenredigheid

Beoordeeld moet worden of de uitvoering van de dienst *evenredig* en *noodzakelijk* is in het licht van de inbreuk op de EG-mededingingsregels. U vergemakkelijkt deze beoordeling door een duidelijke taakopdracht en daaraan gekoppelde rechten en bevoegdheden.

Voorbeeld: het belasten van een onderneming met de verplichting alle afnemers van een bepaalde dienst tegen uniforme tarieven te voorzien, kan het noodzakelijk maken dat de onderneming ook bij verwante dienstverlening bepaalde rechten heeft. Dit belemmert de concurrentie. De beperking is echter noodzakelijk omdat de onderneming in de gelegenheid moet zijn om de nadelen veroorzaakt door de verplichte levering te compenseren. De beperking is niet meer evenredig wanneer de onderneming ook een monopolie op leveringen krijgt in andere sectoren dan die waarop de dienst van algemeen economisch belang betrekking heeft.

ANTWOORD:

JA ? ER IS GEEN PROBLEEM MET DE EG-MEDEEDINGINGSREGELS, RAADPLEEG VOOR DE ZEKERHEID EEN
DESKUNDIGE
NEE? U MOET UW VOORNEMENS AANPASSEN

5. PRAKTIJKVOORBEELDEN

I. Postbezorging “Corbeau”³

Een rechtspersoon krijgt bij wet het alleenrecht op de bezorging van alle poststukken in het hele land. Hij moet dat doen tegen uniforme tarieven en de kwaliteit van de bezorging moet overal hetzelfde zijn, ongeacht de situatie of de rentabiliteit van de individuele bezorging. Er zijn strafsancities gesteld op inbreuk op het alleenrecht.

VRAAG 1. VERSTERKT OF BEGUNSTIGT DE VOORGENOMEN REGELGEVING AFSPRAKEN TUSSEN ONDERNEMINGEN, SCHRIJFT ZIJ DERGELIJKE AFSPRAKEN VOOR OF DRAAGT ZIJ DE VERANTWOORDELIJKHEID TOT ECONOMISCH INGRIJPEN AAN ONDERNEMINGEN OF ONDERNEMERSVERENIGINGEN OVER?

Antwoord: het gaat maar om één rechtspersoon, er is geen sprake van afspraken.

Nee ? vraag 2

VRAAG 2. HEEFT DE VOORGENOMEN REGELGEVING BETREKKING OP OVERHEIDSONDERNEMINGEN, ONDERNEMINGEN MET BIJZONDERE OF UITSLUITENDE RECHTEN OF ONDERNEMINGEN BELAST MET EEN DIENST VAN ALGEMEEN ECONOMISCH BELANG?

Antwoord: De rechtspersoon bezit een alleenrecht op de dienstverlening. De rechtspersoon verricht een dienst van algemeen economisch belang: aangenomen mag worden dat gewone dagelijkse postbezorging een van de basisbehoeften in de samenleving is waarvan iedereen gebruik moet kunnen maken, ongeacht hoe vaak hij gebruik maakt van die dienst of waar hij woont.

Ja ? vraag 3

VRAAG 3. VALT DE VOORGENOMEN REGELGEVING BINNEN DE REIKWIJDTE VAN HET EG-MEDEEDINGINGSRECHT?

Antwoord: De rechtspersoon biedt diensten aan dus er is sprake van een economische activiteit. De rechtspersoon is een onderneming. Omdat het alleenrecht betrekking heeft op het gehele grondgebied van de lidstaat wordt de handel op de gemeenschappelijke markt beïnvloed. Grensoverschrijdende dienstverlening vanuit andere lidstaten is bijvoorbeeld niet mogelijk.

Ja? : de vragen 4 en 5

VRAAG 4. VEROORZAAKT DE VOORGENOMEN REGELGEVING EEN RISICO OP OVERTREDING VAN HET KARTELVERBOD DOOR ONDERNEMINGEN?

Antwoord: schending van het kartelverbod is alleen aan de orde bij overeenkomsten tussen ondernemingen of bij besluiten van ondernemersverenigingen. Daarvan is hier geen sprake.

³ HvJ EG 19 mei 1993, zaak C 320/91, Corbeau, Jur. 1993, I-2533

Nee? vraag 5

VRAAG 5. VEROORZAAKT OF VERSTERKT VOORGENOMEN REGELGEVING EEN RISICO OP MISBRUIK VAN EEN ECONOMISCHE MACHTSPOSITIE?

Antwoord: De rechtspersoon heeft een wettelijk monopolie op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt (immers het grondgebied van een gehele lidstaat). Hij heeft dus een economische machtspositie. Dat is op zichzelf toegestaan. Het alleenrecht op de postbezorging sluit mededinging uit, anderen kunnen immers deze dienst niet verrichten.⁴ Er is een potentieel risico op misbruik van een economische machtspositie.

Ja ? vraag 6

VRAAG 6. IS ER SPRAKE VAN EEN RECHTVAARDIGING VOOR DE INBREUK OP DE EG-MEDEDEDINGSREGELS VANWEGE EEN AAN DE ONDERNEMING OPGELEGDE DIENST VAN ALGEMEEN ECONOMISCH BELANG?

Antwoord: Het is de vraag of een alleenrecht op elke vorm van postbezorging en dus uitsluiting van de mededinging noodzakelijk en evenredig is om de dienst van algemeen economisch belang goed te kunnen uitvoeren. Bij de beantwoording van die vraag mag er rekening mee worden gehouden dat de rechtspersoon zijn diensten onder economisch aanvaardbare omstandigheden moet kunnen verrichten. Dat wil zeggen dat een zekere compensatie tussen de onrendabele diensten en de winstgevende activiteiten acceptabel is. Voorkomen mag worden dat concurrenten de krenten uit de pap vissen, waardoor de rechtspersoon slechts een alleenrecht en een verplichting zou hebben voor de onrendabele bezorgdiensten. De rechtspersoon moet zorgen voor het verzamelen, vervoeren en bezorgen van poststukken ten behoeve van alle gebruikers over het gehele grondgebied en tegen uniforme tarieven en onder vergelijkbare kwaliteitsvoorwaarden. Het voert echter te ver alle andere dienstverlening die op het terrein van postbezorging ligt te verbieden. Het is niet meer evenredig ook een verbod te laten gelden bij een dienst die het economische evenwicht van de rechtspersoon niet in gevaar brengt en waaraan bij een groep afnemers een duidelijke behoefte bestaat. Denk aan serviceverlening aan een bepaalde groep die er behoefte aan heeft dat post aan huis wordt afgehaald en met grote snelheid wordt bezorgd of dat onderweg de bestemming kan worden gewijzigd. Bij een verbod dat niet totaal alle andere dienstverlening uitsluit en de noodzakelijkheid en evenredigheid als hiervoor zijn gewogen is het antwoord dus:

Ja? er is waarschijnlijk geen probleem met de EG-mededingingsregels, raadpleeg voor de zekerheid een deskundige

Bij een totaal verbod op andere diensten is het antwoord:

⁴ De rechtspersoon kan daar zelf overigens niets aan doen, dit is hem bij wet opgelegd. Het verbod van misbruik van economische machtspositie is daardoor niet direct op hem van toepassing want dat verbod heeft betrekking op gedrag waartoe ondernemingen op eigen initiatief besluiten. De lidstaat die deze wet tot stand brengt mag echter ook geen maatregelen nemen die het nuttig effect van het verbod ontnemt. Dat betekent dat toch getoetst wordt of sprake is van een risico op misbruik van economische machtspositie.

Nee? u moet uw voornemens aanpassen

II. Voorbeeld **Kostenvereveningsregeling**⁵

Om de uitstoot van een stof X - een schadelijke stof die in heel Europa vrijkomt bij industrieprocessen - tegen te gaan wordt een concentratienorm vastgesteld waaraan bedrijven moeten voldoen. De handel in de overschotten en reducties zal via een kostenvereveningsplan worden gecoördineerd door een door milieuorganisaties opgerichte stichting die bij wet wordt aangewezen. Deze stichting sluit contracten met de deelnemende bedrijven over koop en verkoop en bepaalt de prijs. De bedrijven zijn vervolgens verplicht hun transacties tegen de vastgestelde prijs uit te voeren. De aan de kostenverevening deelnemende bedrijven worden geacht aan de concentratienorm te voldoen. Bedrijven die niet deelnemen aan de kostenverevening moeten feitelijk voldoen aan de wettelijk vastgestelde concentratienormen. Zij kunnen ook handelen in reducties en overschotten maar de lasten om aan te tonen dat zij aan de concentratienorm voldoen, zijn zwaarder dan die van bedrijven binnen het kostenvereveningssysteem.

VRAAG 1. VERSTERKT OF BEGUNSTIGT DE VOORGENOMEN REGELGEVING AFSPRAKEN TUSSEN ONDERNEMINGEN, SCHRIJFT ZIJ DERGELIJKE AFSPRAKEN VOOR OF DRAAGT ZIJ DE VERANTWOORDELIJKHEID TOT ECONOMISCH INGRIJPEN OVER AAN ONDERNEMINGEN OF ONDERNEMERSVERENIGINGEN?

Antwoord:

De overheid neemt aan dat een bedrijf voldoet aan de norm indien het deelneemt in het kostenvereveningssysteem. Daardoor wordt het sluiten van overeenkomsten binnen dat systeem aangemoedigd. Daarmee is waarschijnlijk sprake van het begunstigen van afspraken.

Ja ? na beantwoording van vraag 2 moet vraag 3 worden beantwoord

VRAAG 2. HEEFT DE VOORGENOMEN REGELGEVING BETREKKING OP OVERHEIDSONDERNEMINGEN, ONDERNEMINGEN MET BIJZONDERE OF UITSLUITENDE RECHTEN OF ONDERNEMINGEN BELAST MET EEN DIENST VAN ALGEMEEN ECONOMISCH BELANG?

Antwoord: De stichting heeft een alleenrecht gekregen op de coördinatie van de handel binnen het kostenvereveningssysteem. Daarnaast is het voor andere handelaren/commissionairs wel mogelijk om te bemiddelen in de handel in emissierechten van niet bij het kostenvereveningssysteem aangesloten bedrijven. Op de markt van handel in emissierechten heeft de stichting niet een bijzonder of uitsluitend recht. De stichting is voortgekomen uit privé-initiatief, het is dus niet waarschijnlijk dat de overheid de meerderheid van de bestuurders benoemt of anderszins overwegende zeggenschap heeft. De stichting is dus niet een overheidsonderneming.

Nee? dit vereist geen verder onderzoek

⁵ Fictief

VRAAG 3. VALT DE VOORGENOMEN REGELGEVING BINNEN DE REIKWIJDTE VAN HET EG-MEDEDINGINGSRECHT?

Antwoord: De regelgeving heeft betrekking op ondernemingen: de bedrijven die stof X produceren en de stichting oefenen een economische activiteit uit. Verder is er sprake van invloed op de handel op de gemeenschappelijke markt. Immers de regeling geldt landelijk. Dan kan het haast niet anders zijn dan dat de interstatelijke handel wordt beïnvloed. De kostenverevening is eveneens gebaseerd op de deelname van ondernemingen uit het gehele land. Het is niet mogelijk binnen het kostenvereveningsstelsel reducties te verkopen en overschotten te kopen van bedrijven uit andere lidstaten. Het kan dus niet anders zijn dan dat het potentieel invloed heeft op de interstatelijke handel.

Ja? vragen 4 en 5

VRAAG 4. VEROORZAAKT DE VOORGENOMEN REGELGEVING EEN RISICO OP OVERTREDING VAN HET KARTELVERBOD DOOR ONDERNEMINGEN?

Antwoord: In de kostenvereveningsregeling wordt de handel in stof X geregeld. Daarbij wordt een prijs vastgesteld waaraan de deelnemende ondernemingen zich moeten houden. Het is niet zo dat een deelnemend bedrijf zijn reductie voor een wat hogere prijs aan zijn niet deelnemende buurman kan verkopen. Het gaat dus om een prijsafpraak die zeer waarschijnlijk strijdig is met het kartelverbod.

Vervolgens is de vraag: Is één van de uitzonderingen van toepassing?

Of de beïnvloeding van de mededinging merkbaar is, hangt af van de markt die er is voor verhandelbare uitstootrechten. De uitstoot van X is een op grote schaal voorkomend probleem dat moet worden tegengegaan. Verondersteld mag worden dat er potentieel een aardig grote markt is. Gecombineerd met het feit dat het gaat om een prijsafpraak zal snel sprake zijn van een merkbare beïnvloeding.

Het kan hier echter gaan om een afspraak die bijdraagt aan de verbetering van de productie etc. Doelstelling van de wettelijke regeling is een bijdrage te leveren aan een schoner milieu. Bedrijven worden door de regeling gestimuleerd overeenkomsten te sluiten die bijdragen aan een zo schoon mogelijke productie. Dat levert een bijdrage aan de verbetering van de technische of economische vooruitgang. Dit biedt dus enig perspectief op aanvaardbaarheid van de regeling. Het antwoord is dus:

Ja, er is sprake van strijdigheid met het kartelverbod, maar mogelijk kan de uitzondering worden benut. In ieder geval moet hier een specialist bij gehaald worden en is het verstandig de Europese Commissie hierover te raadplegen.

? vraag 5.

VRAAG 5. VEROORZAAKT OF VERSTERKT VOORGENOMEN REGELGEVING EEN RISICO OP MISBRUIK VAN EEN ECONOMISCHE MACHTSPOSITIE?

Antwoord: Misbruik van een economische machtspositie is wat de deelnemende ondernemingen betreft niet aan de orde. Geen van hen heeft een economische

machtspositie. De stichting heeft weliswaar een alleenrecht op de handel binnen het kostenvereveningsstelsel, maar niet een bij wet gecreëerd monopolie op de markt van handel in emissierechten. Bij de beoordeling of er sprake is van een economische machtspositie moet dus worden gekeken naar het marktaandeel. Indien de stichting bijvoorbeeld meer dan 50% van de handel in emissierechten beheert dan is sprake van een economische machtspositie. De vraag is of zij dan in de positie is om afnemers of leveranciers uit te buiten of concurrenten uit te sluiten. Is het bijvoorbeeld mogelijk dat de stichting een prijs kan vaststellen die het zeer aantrekkelijk maakt dat bedrijven gaan meedoen aan de kostenverevening?

Twijfelgeval? vraag 6

VRAAG 6. IS ER SPRAKE VAN EEN RECHTVAARDIGING VOOR DE INBREUK OP DE EG-MEDEDELINGSREGELS VANWEGE EEN AAN DE ONDERNEMING OPGELEGDE DIENST VAN ALGEMEEN ECONOMISCH BELANG?

Antwoord: Aan de regeling van de kostenverevening en de opdracht aan de stichting de handel te beheren, ligt een milieudoelstelling ten grondslag. Er is sprake van een algemeen belang. Het voert echter te ver om de dienstverlening van de stichting te beschouwen als een dienst van algemeen economisch belang. Immers het gaat hier niet om een voorziening in een dienst die tot de basisbehoeften behoort en die voor een ieder betaalbaar en breed toegankelijk moet zijn.

Nee: ? dat betekent dat inbreuken op de mededingsregels niet uit hoofde van een dienst van algemeen economisch belang gerechtvaardigd zijn. Gezien het antwoord bij vraag 6 zal moeten worden bezien hoe de voornemens aangepast kunnen worden ter voorkoming van misbruik van een economische machtspositie

6. BIJLAGEN

Bijlage I. Toelichting Checklist overheid en EG-mededingingsrecht⁶

Inhoudsopgave

WIJZEN WAAROP VOorgenomen Regelgeving Problemen met het EG-MEDEDINGINGSRECHT KAN VEROORZAKEN

VRAAG 1. VERSTERKT OF BEGUNSTIGT DE VOorgenomen Regelgeving Afspraken Tussen Ondernemingen*, SCHRIJFT ZIJ DERGELIJKE Afspraken Voor of Draagt Zij de Verantwoordelijkheid tot Economisch Ingrijpen over aan Ondernemingen of Ondernemersverenigingen?

- 1.a. Wordt door de voorgenomen regelgeving mededingingsbeperkende afspraken, overeenkomsten, onderling afgestemde gedragingen aan ondernemingen in hun onderlinge verkeer opgelegd of voorgeschreven?
- 1.b. Gaat van de voorgenomen regelgeving naar verwachting een begunstigende invloed uit op mededingingsbeperkende afspraken, overeenkomsten of onderlinge gedragingen van ondernemingen en ondernemersverenigingen in hun onderlinge verkeer?
- 1.c. Versterkt de voorgenomen regelgeving de gevolgen van verboden mededingingsbeperkingen, doordat zij elementen van de al bestaande verboden afspraken overneemt?
- 1.d. Wordt de verantwoordelijkheid voor besluiten tot interventie op economisch gebied aan ondernemingen overgedragen?

VRAAG 2. HEEFT DE VOorgenomen Regelgeving Betrekking op OverheidsOndernemingen, Ondernemingen met Bijzondere of Uitsluitende Rechten of Ondernemingen Belast met een Dienst van Algemeen Economisch Belang

- 2.a. Worden met de voorgenomen regelgeving overheidsondernemingen opgericht?
- 2.b. Worden rechten en bevoegdheden toegekend aan ondernemingen met bijzondere of uitsluitende rechten?

⁶ De voorbeelden zijn zo veel mogelijk uit de jurisprudentie gehaald. Daarbij is gekeken naar zo helder mogelijke en algemene uitspraken. De rechtspraak is soms echter mede bepaald door de specifieke situatie in een lidstaat (die wordt dan in het voorbeeld zo veel mogelijk geschetst). Het is dus niet zonder meer te zeggen dat in elk vergelijkbaar geval op precies dezelfde wijze zou worden geoordeeld.

2.c. Worden met de voorgenomen regelgeving rechten toegekend aan of wordt een bijzondere positie gecreëerd voor een onderneming die is belast met een dienst van algemeen economisch belang?

HOOFDLIJNEN EG-MEDEDEDINGINGSRECHT AAN DE HAND VAN EEN AANTAL VRAGEN

VRAAG 3. VALT DE VOORGENOMEN REGELGEVING BINNEN DE REIKWIJDTE VAN HET EG-MEDEDEDINGINGSRECHT?

3.a Worden ondernemingen in de zin van de EG-mededingingsregels door de maatregelen geraakt?

3.b. Heeft de regelgeving invloed op de handel op de gemeenschappelijke markt?

VRAAG 4. VEROORZAAKT DE VOORGENOMEN REGELGEVING EEN RISICO OP OVERTREDING VAN HET KARTELVERBOD DOOR ONDERNEMINGEN?

4.a. Heeft de voorgenomen regelgeving betrekking op of gevolgen voor overeenkomsten of onderling afgestemd feitelijk gedrag?

4.b. Heeft de voorgenomen regelgeving betrekking op of gevolgen voor besluiten van ondernemersverenigingen?

4.c. Wordt door de voorgenomen regelgeving mededingingsbeperkend gedrag gecreëerd of aangemoedigd?

4.d. Zijn er redenen om aan te nemen dat het kartelverbod niet van toepassing is op de mededingingsbeperking?

VRAAG 5. VEROORZAAKT OF VERSTERKT DE VOORGENOMEN REGELGEVING EEN RISICO OP MISBRUIK DOOR EEN ONDERNEMING VAN EEN ECONOMISCHE MACHTSPOSITIE?

5.1. Schept de voorgenomen regelgeving een situatie waarin een onderneming een economische machtspositie heeft?

5.2. Is te verwachten dat een onderneming met een economische machtspositie misbruik van die machtspositie kan maken als gevolg van de voorgenomen regelgeving?

VRAAG 6. IS ER SPRAKE VAN EEN RECHTVAARDIGING VOOR DE INBREUK OP DE EG-MEDEDEDINGINGSREGELS VANWEGE EEN AAN DE ONDERNEMING OPGELEGDE DIENST VAN ALGEMEEN ECONOMISCHE BELANG

6.1. Is de inbreuk op de mededingingsregels noodzakelijk en evenredig?

WIJZEN WAAROP VOORGENOMEN REGELGEVING PROBLEMEN MET HET EG-MEDEEDINGINGSRECHT KAN VEROORZAKEN

Algemeen

Er is sprake van mededingingsbeperkingen wanneer er belemmeringen ontstaan bij de vrije concurrentie tussen ondernemingen. De artikelen 81 en 82 van het EG-verdrag strekken tot het tegengaan van mededingingsbeperkingen. Deze regels gelden voor ondernemingen. De regelgever krijgt er mee te maken wanneer hij regels maakt die de werking van de EG-mededingingsregels ondergraaft of wanneer hij ondernemingen een bijzondere positie geeft.

In artikel 81 is het kartelverbod opgenomen: ondernemingen mogen geen overeenkomsten sluiten en hun gedrag onderling niet zo afstemmen dat de mededinging wordt beperkt, verhinderd of vervalst (deze categorie wordt hierna aangeduid als mededingingsbeperkende afspraken).

Artikel 82 bevat een verbod op misbruik van een economische machtspositie: een onderneming met een machtspositie mag zich niet zodanig gedragen dat er niet meer op gezonde wijze op een markt geconcurrereerd kan worden en de marktstructuur wordt aangetast.

In de vragen 3 tot en met 6 worden deze onderwerpen materieel verder uitgewerkt. De vragen 1 en 2 zijn meer instrumentele vragen. In welke gevallen veroorzaakt of versterkt regelgeving mededingingsbeperkingen waardoor het nuttig effect van de mededingingsregels ongedaan wordt gemaakt? Welk gebruik van het overheidsinstrumentarium heeft vooral die strekking? Hoe zit het met overheidsondernemingen, ondernemingen met bijzondere of uitsluitende rechten en met ondernemingen die zijn belast met een dienst van algemeen economisch belang?

VRAAG 1. VERSTERKT OF BEGUNSTIGT DE VOORGENOMEN REGELGEVING AFSPRAKEN TUSSEN ONDERNEMINGEN*, SCHRIJFT ZIJ DERGELIJKE AFSPRAKEN VOOR OF DRAAGT ZIJ DE VERANTWOORDELIJKHEID TOT ECONOMISCH INGRIJPEN AAN ONDERNEMINGEN OF ONDERNEMERSVERENIGINGEN OVER?

Algemeen

Het EG-verdrag⁷ verplicht lidstaten geen maatregelen te nemen of te handhaven, zelfs niet van wettelijke of bestuursrechtelijke aard, die het nuttig effect van de op de ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan kunnen maken. Er moet

⁷ Artikel 3 sub g, jo. artikel 10 lid 2 jo. artikel 81 of 82 EG

sprake zijn van enig verband tussen de voorgenomen regelgeving en het mededingingsbeperkend gedrag.⁸

Wanneer bestaat het risico dat bij het opstellen van regelgeving dat "nuttig effect" ongedaan wordt gemaakt?

Het nuttig effect van het kartelverbod van artikel 81 wordt ongedaan gemaakt door: maatregelen die *mededingingsbeperkende afspraken* tussen ondernemingen

a. *voorschrijven*,

b. *versterken*⁹, of

c. *begunstigen*,

en verder door maatregelen die *het overheidskarakter ontnemen* aan mededingingsbeperkende maatregelen door de verantwoordelijkheid voor een economische interventie aan ondernemingen over te dragen.

1.a. Worden door de voorgenomen regelgeving mededingingsbeperkende afspraken, overeenkomsten, onderling afgestemde gedragingen aan ondernemingen in hun onderlinge verkeer opgelegd of voorgeschreven?

Toelichting

Het gaat hierbij om regelgeving die afspraken tussen ondernemingen oplegt of voorschrijft. Het uitsluitend voorschrijven van eenzijdig of zelfstandig gedrag van ondernemingen voldoet daar niet aan.

De regeling kan zelf de eerste aanzet tot mededingingsbeperkende afspraken bevatten. Denk aan een voorschrift dat ondernemingen de bevoegdheid verleent een quotumregeling op te stellen. Als de overheid verder geen mogelijkheid voor ondernemingen openlaat om te concurreren, kunnen de EG-mededingingsregels niet worden toegepast. Er is dan immers geen ruimte voor de ondernemingen om die regels te schenden.¹⁰ Wanneer de ondernemingen nog de mogelijkheid hebben te concurreren, gelden de mededingingsregels wel. Indien zich dan beperkingen voordoen in de mededinging, moet worden nagegaan of die beperkingen in feite ook niet aan de wetgeving toe te rekenen zijn.

Voorbeeld

- Een convenant waarbij ondernemingen in een bepaalde branche de verplichting wordt opgelegd om daar uitvoering aan te geven door middel van het onderling

⁸ HvJ EG HvJ EG 17 december 1993 zaak C2/91 Meng, Jur. 1993, 5751; HvJ EG 17 november 1993, zaak C-245/91, Ohra, Jur. 1993, I-5851

⁹ HvJ EG 30 april 1986, Asjes e.a. (Nouvelles Frontières), 209-213/84, Jur. 1986, p 1425

¹⁰ Bij dergelijke wetgeving moet natuurlijk ook zeer scherp gelet worden op een mogelijke schending van de regels inzake vrij verkeer van goederen en diensten

vaststellen van prijzen, is te zien als het opleggen of stimuleren van een mededingingsbeperking.

- Een wettelijke regeling waarbij de bevoegdheid wordt verleend een quotumregeling te hanteren voor de productie van lucifers en waarbij de Italiaanse staat de verkoopprijs van lucifers vaststelt, sluit op zich zelf niet iedere mogelijkheid van concurrentieel gedrag uit. De mededinging wordt beperkt maar kan nog wel via andere factoren dan prijsconcurrentie plaatsvinden.¹¹

Voorbeelden waarin geen sprake was van opleggen of voorschrijven mededingingsbeperkende afspraak

- Een verbod aan bedrijven om bepaalde voordelen aan anderen door te geven, is niet het opleggen of voorschrijven van afspraken tussen ondernemingen.¹²

- Een wettelijke regeling waarbij een minimumdetailhandelsprijs wordt vastgesteld waaraan ondernemingen zich hebben te houden, dwingt niet tot afspraken tussen marktdeelnemers.¹³

- Een aantal organisatoren van paardenrennen heeft een economische samenwerkingsverband PMU opgericht voor het beheer van de rechten op de organisatie van weddenschappen op paardenrennen. Een wettelijke regeling bepaalt dat het beheer van de rechten op totalisatorweddenschappen buiten de renbaan uitsluitend door PMU mogen worden verricht en dat het anderen dan PMU verboden is weddenschappen op paardenrennen af te sluiten. Het Hof oordeelde dat de Franse wettelijke regeling moest worden beoordeeld voordat de gedragingen van de PMU en de deelnemende organisatoren werden getoetst doch dat de beoordeling enkel betreft de eventuele invloed van de wettelijke regeling op de gedragingen. Indien een mededingingsversturende gedraging bij wettelijke regeling wordt voorgeschreven of indien de wettelijke regeling een rechtskader creëert dat zelf elke mogelijkheid van concurrerend gedrag uitsluit, zijn het kartelverbod en het verbod op misbruik van een economische machtspositie niet van toepassing.¹⁴ In dit kader was er wél sprake van het opleggen van een mededingingsbeperkende afspraak, maar deze werd niet door de artikelen 81 en 82 EG bestreken in verband met het ontbreken van autonome gedragingen van ondernemingen.

NB Er wordt niet snel aangenomen dat er geen ruimte is voor mededigning.

1.b. Gaat van de voorgenomen regelgeving naar verwachting een begunstigende invloed uit op mededingingsbeperkende afspraken, overeenkomsten of onderlinge gedragingen van ondernemingen en ondernemersverenigingen in hun onderlinge verkeer?

¹¹ HvJ EG, 9 september 2003, zaak C-198/01, CIF, Jur. 2003, I-08055.

¹² HvJ EG 17 december 1993 zaak C2/91 Meng, Jur. 1993, 5751

¹³ HvJ EG 29 januari 1985 zaak 231/83 Cullet/Leclerc, HvJ, Jur. 1985, 305

¹⁴ HvJ EG 11 november 1997, gev. zaken C-359/95 en C-379/95, Commissie/Frankrijk-Ladbroke, Jur. 1997, blz. I-6265

Toelichting

Het gaat hierbij om regelgeving die stimuleert dat er mededingingsbeperkende afspraken tussen ondernemingen totstandkomen.

Voorbeeld

Voorgenomen regelgeving prikkelt ondernemingen, bijvoorbeeld door financiële compensatie, mededingingsbeperkende afspraken te maken.

1.c. Versterkt de voorgenomen regelgeving de gevolgen van verboden mededingingsbeperkingen, doordat zij elementen van de al bestaande verboden afspraken overneemt?

Toelichting

Door het opnemen van elementen van al bestaande verboden afspraken in regelgeving worden ondernemingen aangezet tot het naleven daarvan. Daardoor overtreden zij de mededingingsregels. De overheid zorgt bijvoorbeeld voor voortzetting van tarieven en voorwaarden die ondernemingen onderling hebben afgesproken, door deze tarieven en voorwaarden in regelgeving vast te leggen. Bij deze variant bestaat de mededingingsbeperkende afspraak reeds voordat de regelgeving tot stand komt en de regelgeving versterkt deze bestaande (private) afspraak.

Voorbeelden

- Het algemeen verbindend verklaren van een binnen een organisatie van producenten en wederverkopers afgesproken regime van productiequota voor een gehele sector, versterkt de werking van een bestaande mededingingsafpraak.¹⁵
- Een op de levensverzekeringsbranche gerichte mededingingsregelende afspraak kan alleen worden versterkt door de elementen van die afspraak in een overheidsregeling voor *die* branche over te nemen. Er is geen sprake van het versterken van de regeling in de levenverzekeringsbranche wanneer die mededingingsbeperkende afspraak in een overheidsregeling voor de ziektekostenverzekeringsbranche (= *andere branche*) van toepassing wordt verklaard.¹⁶

1.d. Wordt de verantwoordelijkheid voor besluiten tot interventie op economisch gebied aan ondernemingen overgedragen?

Toelichting

¹⁵ HvJ EG 30 januari 1985 zaak 123/83 BNIC., Jur. 1985, p. 391

¹⁶ HvJ EG 17 december 1993 zaak C2/91 Meng, Jur. 1993, 5751

Indien particuliere marktdeelnemers de bevoegdheid wordt gegeven om op economisch gebied in te grijpen, kan er sprake zijn van strijd met Europese mededingingsregels. Hierbij gaat het om de situatie waarin voorgenomen regelgeving aan particuliere belanghebbenden een bevoegdheid overdraagt die de overheid in de regel zelf uitoefent. Er is *geen sprake van overdracht* van bevoegdheden indien de overheid zelf direct aan een onderneming een gedrag voorschrijft (zie daarvoor vraag 3). Ook wanneer de overheid de mogelijkheid houdt om in te grijpen wanneer de bevoegdheid wordt uitgeoefend, is er geen sprake van overdracht van bevoegdheden. Dit is bijvoorbeeld het geval indien de overheid het recht van goedkeuring of vernietiging van besluiten behoudt.

Voorbeeld van overdragen bevoegdheid

- Een regeling waarin de overheid aan een beroepsorganisatie of ondernemersorganisatie de bevoegdheid geeft voorwaarden en tarieven voor de brancheleden vast te stellen en die organisatie deze voorwaarden/tarieven dwingend kan opleggen aan de leden.¹⁷
- Een overheidsmaatregel die opdracht geeft aan uitgeverij om aan boekhandelaren vaste wederverkooprijzen op te leggen.¹⁸

Voorbeeld waarin geen sprake was van overdragen bevoegdheid

Bij een overheidsmaatregel die een organisatie van beroepsleden opdraagt een tariefregeling op te stellen voor honoraria van advocaten, terwijl de overheid een goedkeuringsrecht houdt of een bevoegdheid tot wijziging van de regeling en de rechter in bepaalde omstandigheden van de tariefregeling kan afwijken, is niet sprake van het overdragen van een bevoegdheid tot interventie op economisch gebied.¹⁹

¹⁷ HvJ EG 19 februari 2002, zaak C-35/99 Arduino, Jur. 2002, p. I-01529

¹⁸ HvJ EG 10 januari 1985, zaak 229/83 Leclerc t. Au blé vert, Jur. 1985, p. 1

¹⁹ HvJ EG 19 februari 2002 zaak C-35/99 Arduino, Jur. 2002, I-01529)

VRAAG 2. HEEFT DE VOORGENOMEN REGELGEVING BETREKKING OP
OVERHEIDSONDERNEMINGEN, ONDERNEMINGEN MET BIJZONDERE OF UITSLUITENDE
RECHTEN OF ONDERNEMINGEN BELAST MET EEN DIENST VAN ALGEMEEN ECONOMISCH
BELANG?

Algemeen

Het EG-mededingingsrecht heeft een apart artikel (86) gewijd aan bijzondere categorieën van ondernemingen: de overheidsondernemingen (in het verdrag aangeduid als openbare bedrijven) en ondernemingen met bijzondere of exclusieve rechten. In het zelfde artikel zijn ook de ondernemingen met een dienst van algemeen economische belang geregeld.²⁰ Veelal gaat het zijn van een openbaar bedrijf of het verkrijgen van bijzondere of exclusieve rechten samen met de last van een dienst van algemeen economisch belang.

EU-lidstaten zijn vrij overheidsbedrijven op te richten of bijzondere of uitsluitende rechten toe te kennen aan ondernemingen en ondernemingen te belasten met een dienst van algemeen economisch belang. De EG-mededingingsregels gelden ook voor deze ondernemingen. Regelgeving voor deze ondernemingen kan problemen met die EG-regels veroorzaken.

Er bestaat een risico op overtreding van de mededingingsregels door dergelijke ondernemingen doordat *zij bevoegdheden of rechten krijgen die door enkel uitoefening al overtreding* van die EG-mededingingsregels (meestal misbruik van een economische machtspositie) opleveren, een risico dat natuurlijk erg groot is bij het toekennen van uitsluitende rechten die verhinderen dat anderen op dezelfde markt de betrokken economische activiteit verrichten.

De wetgeving kan voorts een situatie creëren *waarin die ondernemingen tot overtreding* (meestal misbruik van economische machtspositie) *worden gebracht*, bijvoorbeeld door het toekennen van een uitsluitend recht op dienstverlening aan een onderneming die niet in de vraag kan voorzien en zo misbruik moet maken van haar positie.

In het laatste geval is er geen causaal verband tussen het misbruikgedrag en de overheidsmaatregel en is extra alertheid op de mededingingsrisico's geboden.

Belangrijkste risico's bij regelgeving voor deze ondernemingen

De rechten en bevoegdheden van een overheidsonderneming of van een onderneming met een bijzonder of uitsluitend recht hebben vrijwel altijd invloed op de concurrentiemogelijkheden van andere ondernemingen.

Omdat een risico op misbruik van een economische machtspositie bestaat, verdienen bij de voorgenomen regelgeving met name de volgende factoren aandacht:

- tariefstelling,
- productie- en afzetmogelijkheden,

²⁰ Uitleg van deze begrippen is opgenomen in vraag 4

- nevenactiviteiten van de activiteit waarop het bijzondere of uitsluitende recht betrekking heeft,
 - de wijze waarop de betrokken onderneming met handelspartners of andere ondernemingen op dezelfde markt of aangrenzende markten omgaat.
- Misbruik van economische machtspositie doet zich bijvoorbeeld voor wanneer een onderneming met een uitsluitend recht discriminerende tarieven voor haar diensten hanteert.

2.a. Worden met de voorgenomen regelgeving overheidsondernemingen opgericht

Toelichting

De overheid (omvattende: rijksoverheid, provincie, gemeente, waterschap, PBO, ZBO) maakt soms gebruik van eigen bedrijven of van particuliere bedrijven waaraan zij in het publieke belang een bijzonder recht of een bijzondere bevoegdheid verleent. Het uitoefenen van een typische overheidstaak valt buiten de reikwijdte van deze checklist (zie bij vraag 4). Het gaat bij de toepassing van de mededingingsregels - inclusief artikel 86 - immers om ondernemingen, dat wil zeggen entiteiten die economische activiteiten verrichten. In het kader van deze vraag zijn dat vooral activiteiten die een publiek belang dienen maar desalniettemin economische activiteiten zijn.

Een overheidsonderneming (of een openbaar bedrijf) is elk bedrijf waarover overheden direct of indirect een dominerende invloed kunnen uitoefenen zonder daarvoor speciale wetgeving nodig te hebben. Daaronder vallen:

1. afzonderlijke ondernemingen,
 - a. waarbij de overheid meer dan de helft van de leden van het bestuur benoemt
 - b. waarin een overheidslichaam over de meerderheid van het geplaatste kapitaal beschikt, of
 - c. waarin de overheid de meerderheid van stemrechten heeft;
2. overheidsorganen die economische activiteiten ontwikkelen.

Voorbeelden overheidsonderneming (openbaar bedrijf)

- Een staatsorgaan dat met betrekking tot tabaksfabrikaten goederen of diensten aanbiedt, ontplooit een economische activiteit. Al heeft het orgaan niet een van de Staat onderscheiden rechtspersoonlijkheid, het is toch een openbaar bedrijf. Het argument dat er slechts sprake is van invloed op een openbaar bedrijf indien er twee onderscheiden rechtspersonen zijn (een argument dat werd gebruikt om tegendeel aan te tonen was: hoe kan de één invloed op de ander uitoefenen als er maar één is), werd niet aanvaard. Doorslaggevend is de activiteit die het orgaan verricht. In dit geval ging het om de doorzichtigheid in financiële betrekkingen

tussen overheden en openbare bedrijven die op bepaalde terreinen activiteiten verrichten.²¹

- Gemeentelijke zwembaden.

Voorbeelden waarbij geen sprake is van een overheidsonderneming

- Geprivatiseerde staatsbedrijven zoals TPG, DSM, SDU.

- Kamers van koophandel.

2.b. Worden rechten en bevoegdheden toegekend aan ondernemingen met bijzondere of uitsluitende rechten?

Toelichting

Van het toekennen van een bijzonder recht is sprake wanneer een lidstaat door middel van een wettelijk of bestuursrechtelijk instrument uitdrukkelijk *aan een beperkt aantal ondernemingen* een recht verleent om binnen een bepaald gebied een bepaalde activiteit te verrichten.

Een uitsluitend recht is het *aan één onderneming* verleende recht om bepaalde economische activiteiten uit te voeren. Een dergelijke onderneming heeft een monopoliepositie.

De volgende noties zijn nog van belang.

? De bijzondere of uitsluitende rechten worden verleend op grond van andere dan objectieve, proportionele en niet-discriminatoire criteria.

? Zij beïnvloeden de mogelijkheden van andere ondernemingen om in het hetzelfde gebied onder gelijkwaardige omstandigheden werkzaam te zijn. Immers, zij beperken het aantal ondernemingen dat het recht heeft de activiteit uit te voeren.

? Bijzondere of uitsluitende rechten kunnen zowel aan particuliere ondernemingen als aan overheidsondernemingen (openbare bedrijven) worden verleend.

? In een enkel geval vormde het creëren van een monopolie op zichzelf al een schending van het EG-verdrag.²²

? Ondernemingen belast met diensten van algemeen economisch belang dienen in staat te zijn hun taken te vervullen. Dat betekent dat er vaak een financiële compensatie is voor het vervullen van de dienst, bijvoorbeeld in de vorm van het verkrijgen van voordelen uit een bijzonder of uitsluitend recht.²³

Voorbeelden bijzondere of uitsluitende rechten

²¹ HvJ EG 16 juni 1987, zaak 118/85, Commissie/Italië, Jur. 1987, p.2599

²² HvJ EG 18 juni 1991, zaak C-260/89 ERT, Jur. 1991, I-2925

²³ Zie artikel 16 EG, de artikelen II-96 en II-122 van de Grondwet van Europa wijzen in dezelfde richting

- De door een minister erkende inzamelingsbedrijven voor afgewerkte olie waarvan er één voor iedere geografische zone wordt aangewezen, zijn ondernemingen waaraan een uitsluitend recht is verleend.²⁴
- Het toekennen van een uitsluitend recht om radio- en televisie uitzendingen te verrichten uit niet economische overwegingen van openbaar belang.²⁵
- Het voorbehouden van de exploitatie van internationale telecommunicatieverbindingen aan twee ondernemingen. Aan die ondernemingen wordt op basis van criteria die niet objectief, niet proportioneel en niet vrij van discriminatie zijn een voordeel toegekend ten opzichte van andere aanbieders van telefoondiensten.²⁶
- Een wet bevordert de uitbreiding van een reeds bestaand monopolie in de ene markt (vaste telefonie) naar een aanleunende markt (telecommunicatieapparatuur).²⁷

Voorbeelden waarin geen sprake is van bijzondere of uitsluitende rechten

- Een vergunning die wordt verleend in het kader van een vergunningstelsel voor het aanleggen van openbare telecommunicatienetten, waarbij elk bedrijf een vergunning kan aanvragen en de vergunningverlening geschiedt aan de hand van transparante, niet-discriminatoire, criteria. De desbetreffende ondernemingen mogen gebruik maken van bepaalde voorrechten, zoals grond betreden voor exploratiedoeleinden of netwerkkapitaal aanbrengen boven of onder de weg. Die voorrechten zijn echter alleen bedoeld om de aanleg van netwerken te vergemakkelijken en kunnen aan al de exploitanten worden toegekend. Zij betekenen voor de betrokkenen ook niet een groot voordeel ten opzichte van potentiële concurrenten.²⁸

Voorbeelden waarin het de vraag is of sprake is van een bijzonder of uitsluitend recht

- Het is twijfelachtig of fabrikanten en importeurs die in tegenstelling tot andere ondernemingen bij wet het recht krijgen de detailhandelsprijs voor hun product vast te stellen, kunnen worden aangemerkt als ondernemingen waaraan bijzondere of uitsluitende rechten zijn verleend, wanneer de mogelijkheid om zich als fabrikant of importeur te vestigen, voor een ieder openstaat.²⁹

²⁴ HvJ EG 10 maart 1983, zaak 172/82, Interhuiles, Jur. 1983, p.555

²⁵ HvJ EG 30 april 1974 zaak 155/73, Sacchi, Jur. 1974, p. 409

²⁶ HvJ EG 12 december 1996, zaak C-302/94, The Queen vs Secretary of State for Trade and Industry, ex parte British Telecom, Jur. 1996, p. I-6417

²⁷ HvJ EG 13 december 1991 zaak C-18/88 RTT t. GB Inno, Jur. 1991, I-5941

²⁸ HvJ EG 12 december 1996, zaak C-302/94, The Queen vs Secretary of State for Trade and Industry, ex parte British Telecom, Jur. 1996, p. I-6417

²⁹ HvJ EG 16 november 1977, zaak 13/77, INNO, Jur. 1977, p. 2115, r.o. 39/41

- Woningcorporaties hebben bijzondere rechten. De toelating van woningcorporaties is echter niet gelimiteerd en geschiedt aan de hand van objectieve criteria.

2.c. Worden met de voorgenomen regelgeving rechten toegekend aan of wordt een bijzondere positie gecreëerd voor een onderneming die is belast met een dienst van algemeen economisch belang?

Toelichting

Overheidsondernemingen en ondernemingen met een bijzonder of uitsluitend recht zijn veelal belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang. Voor die ondernemingen en voor ondernemingen met het karakter van een fiscaal monopolie, kent artikel 86, tweede lid, EG een bijzonder toepassingsregime van de mededingingsregels. Deze ondernemingen moeten zich houden aan het EG-mededingingsrecht *voorzover dat niet de vervulling van die dienst verhindert*.

Dienst van algemeen economisch belang: een dienst - veelal betrekking hebbend op basisbehoeften van de samenleving - waarvan de overheid meent dat daarin moet worden voorzien, bijvoorbeeld als de markt daartoe zelf niet voldoende wordt gestimuleerd. In sommige basisbehoeften voorziet de markt: als het bijvoorbeeld gaat om onderdak of voedsel. Het betreft vooral diensten van algemeen sociaal-economisch belang die breed toegankelijk, betaalbaar, en van een goede kwaliteit moeten zijn. De Europese Commissie heeft een aantal mededelingen inzake diensten van algemeen (economisch belang) bekendgemaakt.³⁰

Verder zijn de volgende noties van belang.

? De diensten hoeven niet voor het hele land te gelden, zij kunnen ook betrekking hebben op een bepaalde regio of op bepaalde bevolkingsgroepen.

? “Dienst van algemeen economisch belang” is een begrip dat in de loop der tijd verschillend wordt ingevuld. Immers, zowel de behoeften als de marktmechanismen wijzigen na verloop van tijd.

? De EU-lidstaten geven zelf aan of een dienst een dienst van algemeen economisch belang is. Hier zit een zekere beoordelingsvrijheid. Die vrijheid is echter niet onbegrensd. De lidstaten mogen niet met hun maatregelen de doelstellingen van de EG schaden. Uiteindelijk wordt wel getoetst aan de hand van artikel 86, tweede lid. Die bepaling strekt er toe om het belang van de lidstaat bij de dienst van algemeen economische belang te verzoenen met het belang van de eenheid van de gemeenschappelijk markt.

³⁰ Mededeling van de Commissie “Diensten van algemeen belang in Europa”, PbEG C 2001, C17/04) en “Witboek over diensten van algemeen belang”, mededeling van de Commissie van 12 mei 2004, COM (2004) 374 definitie; Groenboek over diensten van algemeen belang van de Europese Commissie (COM(2003) 270 def.)

? In de sfeer van de overheidsinstrumenten die het publieke belang dienen, worden verschillende begrippen gebruikt die niet allemaal helder van elkaar te onderscheiden zijn. Te denken valt aan: openbare dienstverplichting, universele dienstverlening, dienst van algemeen belang. Voor de toepasbaarheid van artikel 86, tweede lid, EG moet niet al te veel aandacht aan de terminologie worden geschonken. Uiteindelijk gaat het om een materiële toets, namelijk beantwoordt de dienst aan de kenmerken van een dienst van algemeen economisch belang.

? De overheid zal, om artikel 86, tweede lid, EG van toepassing te laten zijn, een onderneming uitdrukkelijk moeten belasten met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang. Dat belasten geschiedt vrijwel altijd door middel van een wet, een besluit of een concessie, gericht tot bepaalde bedrijven. Indien activiteiten niet aan bepaalde ondernemingen worden opgedragen, maar in het algemeen worden geregeld, is geen sprake van “belasten”.

Voorbeelden dienst van algemeen economisch belang

- Ter beschikking stellen van een openbaar telefoonnet.³¹
- Beheer van bepaalde afvalstoffen ter oplossing van een milieuprobleem.³²
- Televisiemaatschappijen die een taak van openbaar belang vervullen.³³
- Een met het oog op de handhaving van de openbare veiligheid verzekerde universele dienst inzake het vast- en ontmeren van schepen.³⁴
- Bezorgen van brieven onder een bepaald gewicht door het gehele land, tegen uniforme tarieven.

Specifiek voorbeeld uit de nationale praktijk

De wet verplicht de arbeidsvoorzieningsorganisatie (Arbvo) ertoe haar wettelijke taak inzake het bemiddelen van moeilijk plaatsbare werkzoekenden en gehandicapten door middel van het sluiten van een overeenkomst tijdelijk over te dragen aan de door de staat op te richten NV KLIQ. De overdracht geschiedt onder de volgende condities: voor de dienstverlening door de NV betaalt Arbvo een redelijke vergoeding (kosten plus winstoverslag) en de NV kan beschikken over de gegevens van Arbvo inzake werkzoekenden en vacatures voorzover ze betrekking hebben op de taak van de NV. De NV is aldus belast met een dienst van algemeen economisch belang. Zij beschikt over een bevoorrechte positie die leidt tot concurrentievervalsing maar door de tijdelijkheid en de in de wet vastgelegde beperkingen m.b.t. de vergoeding en de beschikbaarheid van de gegevens is de concurrentie niet verder beperkt dan noodzakelijk. Een en ander

³¹ HvJ EG 13 december 1991, zaak 18/88 RTT/GB-INNO-BM, Jur. 1991, I-5941

³² HvJ EG 23 mei 2000, zaak C-209/98 Entreprenorforeningens Affalds/Miljosektion (FFAD)/Kobenhavns Kommune Jur. 2000, I-3743

³³ HvJ EG 30 april 1974 zaak 155/73 Sacchi, Jur. 1974, p. 409, r.o. 13-15

³⁴ HvJ EG 18 juni 1998, zaak C-266/96 Corsica Ferries France, Jur. 1998, p. I- 3949 r.o. 45 en 60

was zo geregeld - de bepalingen zijn inmiddels vervallen - vooruitlopend op de volledige privatisering van de reïntegratiemarkt in de wet SUWI.

Voorbeelden waarin geen sprake is van dienst van algemeen economisch belang

- Havenwerkzaamheden zonder specifieke aard, zoals het laden en lossen, dat ook door boordpersoneel met scheepsinstallaties verricht kan worden.³⁵
- Een door banken opgezet uniform betalingsysteem (eurocheques) dat weliswaar functioneert met medeweten of met uitdrukkelijke goedkeuring van de bevoegde autoriteiten, maar een privé karakter heeft³⁶.

Een onderneming heeft het karakter van een fiscaal monopolie wanneer zij een exclusief recht heeft op productie (van bepaalde goederen) en als doel heeft inkomsten voor de overheid op te leveren. Deze figuur komt praktisch niet voor en de Europese Commissie heeft paal en perk gesteld aan het invoeren van artikel 86, tweede lid, EG wat betreft nationale commerciële monopolies.

Voorbeeld fiscaal monopolie
Alcohol en tabaksmonopolies (vroeger)

³⁵ HvJ EG 10 december 1991, zaak C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova*, Jur. 1991, p. I- 5889

³⁶ Beschikking van de Commissie van 10 december 1984, PbEG 1985, L 20/38

HOOFDLIJNEN EG-MEDEDELINGSRECHT

VRAAG 3. VALT DE VOORGENOMEN REGELGEVING BINNEN DE REIKWIJDTE VAN HET EG-MEDEDELINGSRECHT?

Algemeen

Of de situatie die wordt gecreëerd door de voorgenomen regelgeving valt binnen de reikwijdte van EG-mededingingsregels, wordt allereerst bepaald door twee factoren:

1. heeft de voorgenomen regelgeving betrekking op of gevolgen voor ondernemingen en
2. heeft de voorgenomen regelgeving (ongunstige) invloed op de handel op de gemeenschappelijke markt.

Twee sectoren zijn uitgezonderd van de werking van het EG-mededingingsrecht: landbouw - tenzij de Raad van de EU anders heeft bepaald - en militair materieel.

3.a. Worden ondernemingen in de zin van de EG-mededingingsregels door de maatregelen geraakt?

Toelichting onderneming in de zin van het EG-mededingingsrecht

De EG-mededingingsregels gaan over betrekkingen tussen ondernemingen en het gedrag van ondernemingen. Om te kunnen bepalen in hoeverre die mededingingsregels van belang zijn voor de voorgenomen regelgeving, zal duidelijk moeten zijn of - direct of indirect - ondernemingen betrokken zijn bij de toepassing en werking van de regelgeving. Met het oog daarop is de uitleg van het begrip onderneming in het EG-mededingingsrecht van belang.

Onder onderneming wordt verstaan iedere entiteit (eenheid) die een economische activiteit verricht. Van doorslaggevend belang is de *aard* van de *activiteit*. Bij economische activiteiten gaat het om iedere activiteit bestaande uit het aanbieden van goederen of diensten op een bepaalde markt³⁷, die in beginsel kan worden uitgevoerd

³⁷ Bij de toepassing van mededingingsregels wordt telkens het begrip markt gebruikt. In algemene zin is van een markt sprake wanneer er vraag en aanbod is van een bepaald goed of een bepaalde dienst. Voor het aanmerken van een entiteit als onderneming doet het er niet toe of er sprake is van een grote of kleine markt of waar die markt precies uit bestaat. Om te kunnen beoordelen of sprake is van het schenden van de mededingingsregels moet wel telkens de bepaalde markt voor het desbetreffende goed of de desbetreffende dienst worden afgebakend. Dit wordt de relevante markt genoemd. De relevante markt wordt bepaald door de aard van de desbetreffende producten of diensten en het geografische gebied waarbinnen het product of de dienst verhandeld wordt. Het vaststellen van de relevante markt kan niet binnen het bestel van deze toets. De Europese Commissie heeft in de Bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht (PbEG van 9 december 1997, C 372/5) aangegeven hoe zij te werk gaat bij het vaststellen van de relevante markt.

door een private partij om winst te maken. *Aanwezigheid* van een *winstoogmerk* is overigens niet noodzakelijk. De *rechtsvorm* van de entiteit is niet doorslaggevend, evenmin als de *wijze van financiering*. Het maakt ook niet uit of de activiteiten complex of technisch van aard zijn.

Verder zijn ten aanzien van het ondernemersbegrip de volgende noties van belang.
? *Publieke* lichamen, overheidsinstellingen, kunnen onder het ondernemersbegrip vallen indien en voor zover zij economische activiteiten verrichten. Het belast zijn met een taak van publiek belang, het beschikken over een uitsluitend of een bijzonder recht of financiering door de staat, staat er niet aan in de weg dat een entiteit een onderneming is. Voor het aanmerken als onderneming is het niet nodig dat er sprake is van een aparte rechtspersoon die de activiteit verricht.

Voorbeeld:

Een gemeentelijke plantsoendienst die bij particulieren tegen een bepaalde vergoeding de tuin onderhoudt.

? Activiteiten die neerkomen op het uitoefenen van een *typische overheidstaak* zijn geen economische activiteiten. Typische overheidstaken zijn in de huidige maatschappelijke context bijvoorbeeld opsporing van strafbare feiten, brandbestrijding, landsverdediging, belastingheffing, rechtspraak, zorg voor basisonderwijs.

Voorbeeld

Een door een aantal lidstaten opgerichte organisatie belast met de luchtverkeersleiding boven het grondgebied van die lidstaten en tevens belast met het innen van door de luchtvaartmaatschappijen verschuldigde “en route” heffingen. De organisatie is geen onderneming omdat het een krachtens overheidsbevoegdheid handelende overheidsinstantie is, die geen invloed heeft op de hoogte van de heffingen. Over het geheel genomen, komen de werkzaamheden van de organisatie wegens hun aard en hun doel en de regels waaraan zij zijn onderworpen, neer op het uitoefenen van taken inzake de controle en de politie van het luchtruim die typisch aan de overheid voorbehouden zijn.³⁸

? De *mate van zelfstandigheid* waarmee een eenheid haar taak verricht, kan verschil uitmaken bij het bepalen of sprake is van een (afzonderlijke) onderneming. Kan een eenheid op zelfstandige wijze producten of diensten aanbieden? Kunnen activiteiten met een commerciële speelruimte worden uitgeoefend? Als deze vragen (al dan niet gedeeltelijk) bevestigend worden beantwoord, is sprake van een onderneming.

³⁸ HvJ EG 19 januari 1994, zaak C- 364/92, Jur. 1994, I- 43 SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol (en HvJ EG 14 oktober 1976, 29/76, Jur. 1976, 1541 LTU/Eurocontrol

Voorbeeld

Is een publiekrechtelijk orgaan dat zich bezighoudt met arbeidsbemiddeling een onderneming? Bij een dergelijke vraag komt tot uiting hoe lastig het soms is om de activiteit te duiden en te bepalen dat sprake is van een onderneming. In de jurisprudentie is uitgemaakt dat arbeidsbemiddeling een economische activiteit is. Het Hof stelde dat het begrip onderneming elke eenheid omvat die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd en dat arbeidsbemiddeling een economische activiteit is. De omstandigheid dat arbeidsbemiddeling gewoonlijk is toevertrouwd aan publiekrechtelijke organen doet niets af aan het economisch karakter van deze activiteit. Het Hof besliste dat een publiekrechtelijk orgaan voor de werkgelegenheid dat zich bezighoudt met arbeidsbemiddeling een eenheid is die als onderneming in de zin van de communautaire mededingingsregels kan worden aangemerkt.³⁹

Bezien vanuit de mate van zelfstandigheid kan ook een andere conclusie worden getrokken: de Centrale Organisatie werk en inkomen (CWI) is een zelfstandig bestuursorgaan waaraan diverse taken zijn opgedragen in de wet SUWI, waaronder een arbeidsbemiddelende taak. De aspecten daarvan zijn in de wet extensief geregeld. Het CWI heeft dus geen vrijheid naar eigen goeddunken die taak in te vullen. Het CWI wordt door SZW dan ook niet gezien als een onderneming.

? *Vrije beroepsbeoefenaren* zijn volgens het EG-mededingingsrecht ondernemingen.

Voorbeelden

- Advocaten bieden tegen beloning diensten aan op het gebied van rechtshulp, bestaande uit het geven van adviezen, het maken en bezien van contracten en andere stukken en het vertegenwoordigen van hun cliënt in rechte. Bovendien dragen ze aan de uitoefening van die activiteiten verbonden financiële risico's, omdat zij ingeval van een verschil tussen uitgaven en inkomsten zelf het tekort dienen te dragen.

- Medisch specialisten verrichten in hun hoedanigheid van zelfstandige deelnemers aan het economisch verkeer diensten op een markt, namelijk die van gespecialiseerde medische diensten. Deze artsen ontvangen voor de ten behoeve van hun patiënten verrichte diensten van hen of hun verzekeraar een beloning en dragen de aan hun beroepsuitoefening verbonden risico's.

Zowel bij advocaten als bij medisch specialisten doet het er niet toe dat de diensten technisch en complex zijn en dat de uitoefening van hun beroep aan regels is gebonden.⁴⁰

³⁹ HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41/90 Höfner en Elser/ Macrotron Jur 1991 I-1979

⁴⁰ HvJ EG 12 september 2000, C-180-184 (Pavlov) Jur. 2000,

- Artiesten en kunstenaars zijn ondernemingen wanneer zij hun artistieke prestaties economisch exploiteren (bijvoorbeeld schilders of operazangers⁴¹).

? Voor *instellingen van sociale zekerheid* lijkt een eigen lijn te zijn ontstaan: indien bij een sociale zekerheidsregeling het solidariteitsbeginsel overheersend is en de mate waarin het uitvoeringsorgaan een discretionaire bevoegdheid heeft ten aanzien van de hoogte van de premie en van de uitkering (zeer) beperkt is, wordt een dergelijke instelling niet als onderneming aangemerkt.⁴²

Voorbeelden

- Een uitkeringsinstantie (een fonds dat dient ter verwezenlijking van sociale zekerheid) is geen onderneming indien zij voldoet aan een aantal cumulatieve voorwaarden: het vervullen van een sociale functie, er is geen sprake van winstoogmerk, de activiteit wordt door de overheid gecontroleerd (op de hoogte van de contributie en het niveau van de uitkeringen heeft het fonds zelf geen invloed) en er is geen verband tussen de bijdrage en de hoogte van de uitkering.⁴³
- Ziekenfondsen (uitvoerders van de sociale ziektekostenverzekering) worden doorgaans als ondernemingen gezien. Uit recente jurisprudentie blijkt echter dat Duitse ziekenfondsen geen onderneming zijn.⁴⁴ Ten aanzien van de Duitse ziekenfondsen werd overwogen dat zij een taak van zuiver sociale aard hebben. Die zuiver sociale taak vloeit voort uit de solidariteit door middel van een risicovereveningssysteem, het ontbreken van invloed op de omvang van de verstrekkingen en het ontbreken van een winstoogmerk. Het feit dat de Duitse ziekenfondsen wel een zekere vrijheid in de vaststelling van de hoogte van de premies hebben en daardoor met elkaar concurreren doet niet af aan de zuiver sociale aard van de taak en heeft uitsluitend te maken met het verhogen van de doelmatigheid van het sociale zekerheidsstelsel. Het invoeren van enige marktwerking in een sociaal ziektekostenverzekering leidde dus niet per definitie tot economische activiteiten(en dus ondernemersschap) bij de uitvoerders van dit stelsel.

I-6541) r.o. 76 en 77: medisch specialisten en HvJEG 19 februari 2002, C-309/99 Wouters Jur. 2002, p.I/01577 r.o. 49 : advocaten

⁴¹ Beschikking 78/516/EEG van de Commissie van 26 mei 1978 (Zaak IV/29.559- RAI/Unitel, Pb 1978 L 157)

⁴² HvJ EG 17 februari 1993, zaken C- 159 en 160/91 Poucet en Pistre, Jur. 1993 I- 0637, HvJ EG 16 maart 2004, gevoegde zaken C-264/01, C306/01, C-354/01 en C-355/01, AOK Bundesverband/ Krankenkassen, HvJ EG 16 november 1995, zaak C 244/94, Federation francaise, Jur. 1995, blz. I-04013 NB deze uitspraken zijn telkens sterk gerelateerd aan het sociale zekerheidsregime dat in de desbetreffende lidstaat geldt, enige voorzichtigheid bij algemene toepassing is dus geboden

⁴³ HvJ EG 17 februari 1993, zaken C- 159 en 160/91 Poucet en Pistre, Jur. 1993 I- 0637

⁴⁴ HvJ EG 16 maart 2004, gevoegde zaken C-264/01, C306/01, C-354/01 en C-355/01, AOK Bundesverband/ Krankenkassen

? *Werknemers* bij bedrijven werken weliswaar mee aan het aanbieden van goederen en diensten maar zijn niet zelf als onderneming te beschouwen, zij maken deel uit van de onderneming.

3.b. Heeft de regelgeving invloed op de handel op de gemeenschappelijke markt?

Toelichting

Gedragingen vallen binnen de reikwijdte van de EG-mededingingsregels indien hun invloed op de interstatelijke handel zodanig is dat de verwezenlijking van de gemeenschappelijke markt wordt geschaad. Het is dus zaak te bepalen of de voorgenomen regelgeving invloed heeft op de handel op de gemeenschappelijke markt. Hierna wordt op hoofdlijnen geschetst wat de gemeenschappelijke markt is en wanneer er sprake is van het (ongunstig) beïnvloeden van de handel tussen lidstaten. Meer uitgebreide informatie is te vinden in de Richtsnoeren van de Europese Commissie betreffende het begrip “beïnvloeding van de handel” (PbEG 2004, C 101).⁴⁵

De gemeenschappelijke markt

? Geografisch gezien beslaat de gemeenschappelijke markt het grondgebied van de Europese Unie (en ingevolge de EER-overeenkomst Noorwegen, IJsland en Liechtenstein). Het EG-mededingingsrecht is van toepassing op het gedrag binnen dat grondgebied, ongeacht de vestigingsplaats van de bij het gedrag betrokken ondernemingen. Het EG-mededingingsrecht strekt zich zelfs uit over gedrag dat zijn *uitwerking* heeft binnen het grondgebied van de Europese Unie.⁴⁶

? In een meer abstracte zin is de gemeenschappelijke markt de ruimte zonder binnengrenzen in de EU waarin een vrij verkeer van goederen, diensten, personen en kapitaal is gewaarborgd.

Van invloed op de handel op de gemeenschappelijke markt is al snel sprake. De invloed op de handel op de gemeenschappelijke markt ontstaat wanneer gedrag al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel op de handelsstromen (van goederen of van diensten) tussen lidstaten invloed kan uitoefenen.

De volgende noties zijn in dit verband van belang:

⁴⁵ De Commissie onderscheidt drie elementen bij het begrip “beïnvloeding van de handel”:

- 1) handel tussen lidstaten
- 2) kunnen beïnvloeden
- 3) merkbare beïnvloeding

⁴⁶ HvJ EG 27 september 1988, gev zaken 89, 104, 114, 116, 117, 125-129/85 Ahlström Osakeyhtiö (“Houtslip II of Woodpulp”) Jur. 1988, p.5193 r.o. 16

? Het begrip handel is ruim: het omvat zowel de goederen- en dienstenstromen tussen lidstaten als alle overige vormen van economische activiteit, zoals vestiging.

? Invloed op de tussenstaatse handel wordt bijvoorbeeld verondersteld bij een afspraak die alleen geldt binnen het grondgebied van één lidstaat, en die het gehele gebied betreft.

? Overeenkomsten en gedragingen die meerdere lidstaten bestrijken of in meerdere lidstaten ten uitvoer worden gelegd, kunnen naar hun aard in nagenoeg alle gevallen de handel tussen lidstaten beïnvloeden.⁴⁷

? Overeenkomsten tussen ondernemingen in twee of meer lidstaten die de import of export betreffen, kunnen naar hun aard de handel tussen lidstaten beïnvloeden. Zij kunnen mededingingsbeperkend werken wanneer er sprake is van beperkingen van de verkoop en de wederverkoop door afnemers aan afnemers in andere lidstaten. Overeenkomsten die *beperkingen opleggen* aan de import of export hebben in ieder geval invloed op de handelsstromen. Het doet niet terzake of partijen bij zo'n overeenkomst in dezelfde lidstaat of in verschillende lidstaten gevestigd zijn.⁴⁸

? Het gaat bij invloed op de handel niet alleen om gedrag met directe daadwerkelijke gevolgen, maar meer in ruime zin om gedrag dat handelsstromen *kan doen afwijken* van het verloop dat zij anders zouden hebben gehad. Gedrag dat betrekking heeft op een product dat zelf slechts lokale betekenis heeft, maar een grondstof vormt voor een product waarin wel interstatelijk handelsverkeer plaatsvindt, heeft dus ook al een uitwerking op de interstatelijke handel.

Het ongunstig beïnvloeden van de handel, (het te weeg brengen van een schadelijke invloed op de handel tussen de lidstaten) is in de regel gevolg van verscheidene factoren. Per geval zullen de objectieve bestanddelen van een afspraak of besluit of gedraging moeten worden bezien of zij in hun geheel een zodanige invloed hebben dat het totstandkomen van een gemeenschappelijke markt (de hiervoor aangeduide binnenmarkt met vrij verkeer) tussen lidstaten wordt belemmerd. De (potentiële) ongunstige beïnvloeding moet enige omvang hebben (dat wil zeggen niet van geringe betekenis zijn).

Voorbeelden ongunstige beïnvloeding van de handel

- Het voorbehouden van diensten van ziekenvervoer in een bepaald gebied aan hulpverleners die al belast zijn met eerste hulpdiensten. Door opdeling van de gemeenschappelijke markt is er sprake van invloed op de handel omdat zo het vrij verkeer van diensten wordt belemmerd. De handel tussen lidstaten kan ongunstig worden beïnvloed door een maatregel die een andere onderneming belet zich in een andere lidstaat te vestigen om daar diensten te verrichten.⁴⁹

⁴⁷ Richtsnoeren Commissie betreffende het begrip “beïnvloeding van de handel” PbEG 2004, C101 ov 60 ev

⁴⁸ Richtsnoeren Commissie betreffende het begrip “beïnvloeding van de handel” PbEG 2004, C101 ov 60 ev

⁴⁹ HvJ EG 25 oktober 2001, zaak C-475/99 *Ambulanz Glöckner/Landkreis Südwestpfalz*, Jur. 2001, PM, r.o 49

- Een alleenverkoopovereenkomst die is gesloten tussen een fabrikant van buiten de EU en een binnen de EU gevestigde verkoper valt onder werking van de EG-mededingingsregels omdat die afspraak gevolgen heeft op de gemeenschappelijke markt.⁵⁰
- Indien er geen twijfel bestaat over het belang van de overeenkomst voor de handel tussen lidstaten hoeft niet onderzocht te worden of iedere mededingingsbeperkende clausule op zichzelf de intracommunautaire handel ongunstig kon beïnvloeden. Voor het aanmerken als overeenkomst die de intracommunautaire handel ongunstig beïnvloedt, is het voldoende dat deze overeenkomst in haar geheel de handel ongunstig kan beïnvloeden en is niet vereist dat elke clausule afzonderlijk de handel ongunstig beïnvloedt.⁵¹

Voorbeelden waarin geen sprake was van beïnvloeding van de handel

- Een bierbrouwerijcontract waarin onder meer is bepaald dat de caféhouder die van de brouwerij een café pacht, bier en frisdranken afneemt - van bier zelfs een bepaalde minimumhoeveelheid op straffe van een boete - valt niet onder de werking van de EG-mededingingsregels, zolang het contract de caféhouder niet verhindert om bier te kopen uit andere lidstaten en er voor een nationale of een buitenlandse leverancier ook een reële mogelijkheid bestaat bier uit andere lidstaten te leveren aan de caféhouder.⁵²
- Een afspraak die een exportverbodclausule bevat en dus een absolute gebiedsbescherming bevat, ontkomt desalniettemin aan de EG-mededingingsregels indien de markt slechts in zeer geringe mate wordt beïnvloed door de zwakke positie die de betrokkene heeft op de markt van het desbetreffende product.⁵³

⁵⁰ HvJ EG 25 november 1971, zaak 22-71Béguelin Importv G.L. Import Export, Jur. 1971, 949

⁵¹ HvJ EG zaak 193/83, Windsurfing, Jur. 1986, 643 r.o. 95/97 en Beschikking Commissie van 10 februari 1993, PbEG L 34/20, ov. 93

⁵² HvJ EG 28 februari 1991, zaak c- 234/89, Jur. 1991, I-935 Delimitis/Henninger Braü,

⁵³ GEA EG 14 juli 1994, T- 77/92, Jur. 1994, II-549

VRAAG 4. VEROORZAAKT DE VOORGENOMEN REGELGEVING EEN RISICO OP OVERTREDING VAN HET KARTELVERBOD DOOR ONDERNEMINGEN?

Algemeen

Het kartelverbod⁵⁴ houdt in dat ondernemingen geen overeenkomsten mogen sluiten waardoor de concurrentie op de gemeenschappelijke markt nadelig wordt beïnvloed (in de terminologie van artikel 81 EG: “de mededinging wordt beperkt, verhinderd of vervalst”). Hetzelfde geldt voor het onderling afstemmen van hun gedrag. Besluiten van ondernemingsverenigingen die nadelige gevolgen hebben voor de concurrentie zijn in beginsel eveneens verboden. De regelgever of beleidsmaker krijgt met het kartelverbod te maken indien hij door de regels of het beleid aanstuurt op (het sluiten van) overeenkomsten tussen ondernemingen, (het tot stand komen van) besluiten van ondernemingsverenigingen en gedragingen die strijdig zijn met het kartelverbod. Met behulp van onderstaande vragen kan een inschatting worden gemaakt van de risico's die voorgenomen regelgeving en beleid op dit punt met zich mee brengen.

4.a. Heeft de voorgenomen regelgeving betrekking op of gevolgen voor overeenkomsten of op feitelijk gedrag?

Toelichting overeenkomst

Er is sprake van een overeenkomst in de zin van artikel 81 EG indien overeenstemming tussen partijen bestaat, in welke vorm dan ook. Het is niet nodig dat een juridische binding bestaat of de mogelijkheid om de afspraken juridisch af te dwingen. Het is evenmin nodig dat de afspraak op schrift is gesteld. Zelfs een mondelinge afspraak die niet schriftelijk wordt bevestigd en gebaseerd is op wederzijds vertrouwen is een overeenkomst in de zin van artikel 81 EG.

Voorts zijn de volgende noties van belang

? Overeenkomsten in de zin van het Burgerlijk Wetboek vallen onder het begrip overeenkomst in de zin van artikel 81 EG.

? Standaardvoorwaarden behoren tot een overeenkomst voor zover ze daar effectief deel van uit maken.

? Eenzijdige maatregelen van een onderneming die doel of gevolg zijn van een overeenkomst worden ook als overeenkomst beschouwd.

⁵⁴ In het mededingingsrecht wordt met “kartels” ook wel bedoeld overeenkomsten tussen concurrenten – de zogenaamde horizontale overeenkomsten. In deze checklist wordt het begrip meer conform het algemeen spraakgebruik gehanteerd: namelijk als verzamelaanduiding voor alle mededingingsbeperkende overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde gedragingen

? Het doet er niet toe hoe de overeenkomstsluitende partijen zich tot elkaar verhouden. Overeenkomsten echter tussen ondernemingen binnen hetzelfde concern waarbij tenminste een van beide niet haar optreden zelf kan bepalen, vallen buiten het bereik van artikel 81 EG. Daarbij moet gedacht worden aan overeenkomsten tot interne taakverdeling tussen een moedermaatschappij en een dochteronderneming waarbij deze laatste niet zelfstandig haar gedrag kan bepalen.

? Er is sprake van horizontale overeenkomsten wanneer de overeenkomstsluitende partijen (als concurrenten) op dezelfde markt werkzaam zijn. Er is sprake van verticale overeenkomsten wanneer de overeenkomstsluitende partijen op verschillende niveaus in de bedrijfskolom werkzaam zijn (als bij voorbeeld producent en verkoper).

Voorbeelden overeenkomst

- Een circulaire van een fabrikant gericht tot handelaren waarin de commerciële politiek van de fabrikant wordt uiteengezet. Dat sprake is van een overeenkomst wanneer de geadresseerden een ondertekende kopie terugsturen, ligt voor de hand, maar aangenomen wordt dat ook bij stilzwijgende aanvaarding sprake kan zijn van een overeenkomst.⁵⁵
- Wilsovereenstemming tussen verscheidene ondernemingen over richtprijzen en kwantitatieve verkoopdoelen. Het bestaan van de overeenkomst wordt aangenomen indien de betrokken ondernemingen hun gezamenlijke wil tot uitdrukking hebben gebracht om zich op een bepaalde wijze op de markt te gedragen.⁵⁶
- Een niet ondertekend gentlemen's agreement dat in samenhang met een tussen partijen bestaande overeenkomst ten uitvoer wordt gelegd, is een overeenkomst.⁵⁷

Voorbeelden waarin geen sprake is van een overeenkomst:

- Een briefwisseling waarbij de ene partij zijn prijzen verhoogt, maar de andere partij aantoonbaar niet accepteert.
- Een vergunning van een overheidsinstelling aan een onderneming.

Toelichting onderling afgestemde feitelijke gedragingen

Onderling afgestemde feitelijke gedragingen bestaan uit een vorm van coördinatie tussen ondernemingen die, zonder dat het tot een overeenkomst komt, de risico's van de onderlinge concurrentie welbewust vervangt door feitelijke samenwerking.⁵⁸ Bij

⁵⁵ Beschikking 18 december 1987, Konica, Pb 1988 L 78/34 en HvJ EG zaak C-277/87, Sandoz prodotti farmaceutici/Commissie, Jur. I-45; HvJ EG 6 januari 2004, gev za ken C-2/01P en C-3/01P, Arzneimittel, Jur. 2004 blz...

⁵⁶ GEA 10 maart 1992, Shell International chemical company v Cie, Jur. 1992, II-00757

⁵⁷ HvJ EG 15 juli 1970, zaak 41/69, ACF Chemiefarma, Jur. 1970, 661

⁵⁸ HvJ EG 14 juli 1972, zaak 48/69 ICI Jur. 1972, 658

coördinatie moet gedacht worden aan al dan niet rechtstreeks opgenomen contact tussen de ondernemingen die het onderling afgestemde feitelijk gedrag vertonen, strekkend tot beïnvloeding van het gedrag van de concurrent of tot het aan hem duidelijk maken van het aangenomen of het voorgenomen marktgedrag. Zodanig gedrag is verboden omdat het haaks staat op het vereiste dat iedere ondernemer zelfstandig moet bepalen welk beleid hij op de gemeenschappelijk markt zal voeren.⁵⁹

Voorbeelden onderling afgestemde feitelijke gedragingen

- Hetzelfde marktgedrag van verschillende dealers na een informatieve bijeenkomst van bedrijfsgenoten waarbij de importeur informatie verstrekt over o.a. nevenimporten.⁶⁰
- Parallele prijsbewegingen als gevolg van bijeenkomsten waarbij informatie over kostenberekeningen en andere belangrijke gegevens en eventueel zelfs in rekening te brengen prijzen, worden uitgewisseld.⁶¹

Voorbeeld waarin geen sprake is van onderling afgestemd feitelijk gedrag

Parallele prijsbewegingen die kunnen worden verklaard door de structuur en bijzondere kenmerken van de betrokken markt.⁶²

4.b. Heeft de voorgenomen regelgeving betrekking op of gevolgen voor besluiten van ondernemersverenigingen?

Toelichting besluiten ondernemersvereniging

Onder het begrip besluiten van ondernemersverenigingen valt een scala aan beslissingen van organisaties in verschillende vormen. Als een besluit van een ondernemersvereniging is te beschouwen een voor de leden bindende beslissing van een orgaan, bijvoorbeeld de algemene vergadering, van een vereniging met rechtspersoonlijkheid. Onder besluiten van ondernemersverenigingen vallen echter ook beslissingen van organisaties die niet de juridische vorm van een vereniging hebben, bijvoorbeeld van een stichting of van een zuiver feitelijke organisatie van ondernemingen.

Verder zijn de volgende noties van belang.

? Voor het aanmerken als besluit doet het er niet toe hoe een uitspraak of beslissing wordt genoemd.

? Ook een aanbeveling kan een besluit zijn, namelijk als de leden van de vereniging te kennen hebben gegeven de aanbeveling te zullen opvolgen. Besluiten die strikt juridisch

⁵⁹ HvJ EG 16 december 1975 zaak 40-48 etc. Suikerunie Jur. 1975, 1663 r.o. 174

⁶⁰ HvJ EG 7 juni 1983 zaak 100-103/80 MDF/ Commissie Jur 1983, p.1825

⁶¹ HvJ EG zaak 89/85 Ahlstrom/Commissie, Jur. 1993, p. I-1575

⁶² HvJ EG zaak 89/85 Ahlstrom/Commissie, Jur. 1993, p. I-1575

niet verbindend zijn, kunnen dus gezien worden als besluiten van ondernemersverenigingen.

? Ondernemersverenigingen zijn soms belast met het uitvaardigen van algemene regels. Die regels vallen ook onder het begrip “besluiten van ondernemersverenigingen”.

? Een verordening van een publiekrechtelijke lichaam kan ook een besluit van een ondernemersvereniging zijn. Dat is het geval als de besluitvormende organen binnen zo'n lichaam bestaan uit of gekozen worden door zelfstandige ondernemers en die organen vrij zijn zelf de inhoud van hun besluiten te bepalen. Er is bij een besluit van zo'n orgaan geen sprake van een besluit van een ondernemersvereniging als het orgaan zijn bevoegdheden alleen mag gebruiken ter behartiging van het algemeen belang en de criteria van het algemeen belang in de wet zijn vastgelegd en bovendien de overheid de bevoegdheid aan zich houdt om in laatste instantie zelf te beslissen.

Voorbeelden van ondernemersvereniging

- Beroepsorganisaties, zelfs wanneer deze publiekrechtelijk karakter hebben en de bevoegdheid tot het vaststellen van verordeningen, zoals de Nederlandse Orde van Advocaten⁶³

- Organen als taxicentrales

- Bedrijfsorganisaties, zoals Vereniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels⁶⁴

- Algemeen Verbond Bouwbedrijven

Voorbeeld geen ondernemersvereniging

- Consumentenorganisaties (mits zij geen belangen van ondernemingen behartigen)

- Werknemersverenigingen die typisch vakbondswerk verrichten (mits zij geen belangen van ondernemingen behartigen)

Voorbeeld besluit van een ondernemersvereniging

- Een beslissing die wordt genomen door een (algemene vergadering, raad van beheer e.d.) van een vereniging die voor diens leden een verbindend karakter heeft.⁶⁵

Voorbeeld waarin niet sprake is van een besluit van een ondernemersvereniging

- Een aanbeveling waarvan de leden van de vereniging te kennen hebben gegeven dat zij haar niet zullen opvolgen.

4.c. Wordt door de voorgenomen regelgeving mededingingsbeperkend gedrag van ondernemingen gecreëerd of aangemoedigd?

⁶³ HvJ EG 19 februari 2002, zaak C-309/99, Wouters, Jur. 2002, p. I/01577, m.b.t. deze specifieke beroepsgroep

⁶⁴ Beschikking Commissie PbEG 1983 C 327/31

⁶⁵ VCH 16 december 1971 PbEG C 13/34 17 januari 1972 (bevestigd in HvJ EG 17 oktober 1972, zaak 8-72, Jur. 1972, 991)

Toelichting

De afspraken die onder het kartelverbod van artikel 81, eerste lid, EG vallen, kunnen worden onderverdeeld in

1. afspraken of gedragingen die als doel hebben de mededinging te beperken;
2. afspraken die tot gevolg hebben dat de mededinging wordt beperkt.

Ad. 1. Voor de afspraken die tot doel hebben de mededinging te beperken zijn de volgende noties van belang:

? Als een afspraak (overeenkomst, besluit van ondernemingsvereniging) tot doel heeft dat de mededinging wordt beperkt, verhinderd of vervalst, behoeft voor de toets aan het kartelverbod niet meer ingegaan te worden op de concrete gevolgen van deze afspraak. Deze valt snel onder het verbod van artikel 81 EG, ongeacht of zij als gevolg heeft dat de mededinging wordt beperkt.⁶⁶

? Dit type mededingingsbeperkende afspraken worden hardcore-afspraken genoemd, het gaat om:

- prijsafspraken (bijvoorbeeld overeenkomsten waarbij de ondernemingen afspreken welke verkoopprijs zij voor een bepaald product gaan hanteren) ,
- afspraken over marktverdeling (bijvoorbeeld afspraken wie welk deel van de markt zal voorzien) ,
- productiebeperking of afzetbeperking (bijvoorbeeld overeenkomsten die export verbieden)

? In artikel 81, eerste lid, EG zijn deze afspraken - in een niet limitatieve opsomming - vermeld.

Voorbeelden afspraken die een mededingingsbeperking tot doel hebben

- Een aanbeveling van een vereniging van verzekeraars om een algemene en lineaire premieverhoging in een bepaalde sector door te voeren. Ook al is die aanbeveling ingegeven door de wens de financiële situatie van de ondernemingen te saneren en het evenwicht te herstellen dat door concurrentie met steeds lagere premies was verstoord.⁶⁷
- De afscherming van nationale thuismarkten ten behoeve van de producenten.⁶⁸
- Verkoopvoorwaarden die door een platenmaatschappij werden gehanteerd jegens alle binnen- en buitenlandse leveranciers, waarin is opgenomen dat de

⁶⁶ Soms ontsnapt zelfs een afspraak die medebeperkende doelstelling heeft aan het kartelverbod ivm de geringe merkbaarheid (zie ook 2.d) HvJ EG zaak 5/60 Völk t. Vervaecke (jur. 1969, p.295). De partijen in kwestie beschikten over dermate kleine marktaandelen dat de gevolgen van de overeenkomst zeer gering waren

⁶⁷ HvJ EG 27 januari. 1987, zaak 45/85 (Verband der Sachversicherer) Jur. 1987, 405 r.o. 39-43

⁶⁸ HvJ EG15 juli 1970, zaak 41/69 (ACF Chemiefarma/Commissie) Jur. 1970, 661, r.o. 128

doorverkoop naar het buitenland van de geleverde waren principieel verboden is (exportverbod).⁶⁹

Ad. 2. Voor de afspraken die mededingingsbeperkende gevolgen hebben, geldt het volgende.

? Het is niet nodig dat de mededingingsbeperking zich al daadwerkelijk voordoet, voldoende is dat er sprake is van potentiële mededingingsbeperkende gevolgen.

? De gevolgen worden gewogen binnen de gehele context: de concrete situatie, de economische en juridische context waarin ondernemingen opereren, de aard van de producten of diensten, en de structuur van de relevante markt.⁷⁰

? De gevolgen voor de mededinging moeten merkbaar zijn. De overeenkomsten die de markt slechts zeer gering beïnvloeden zijn niet verboden. Op dit zogenaamde merkbaarheidsvereiste wordt onder 5.d. verder ingegaan.

Voorbeelden afspraken met mededingingsbeperkende gevolgen

- Op een markt met slechts enkele grote spelers beïnvloedt een overeenkomst die voorziet in uitwisseling van informatie tussen de ondernemingen op die markt, de mededinging ongunstig wanneer

- a. de uitgewisselde informatie zakengeheimen betreft en de ondernemers zo kennis krijgen van de verkopen van dealers binnen en buiten het dealergebied en van de verkopen van de concurrenten,
- b. de informatie met korte tussenpozen systematisch wordt verstrekt en
- c. wordt verstrekt tussen de grootste aanbieders, uitsluitend in hun voordeel en met uitsluiting van de andere aanbieders.⁷¹

- In een markt met enkele spelers leidt het doorspelen van gegevens omtrent verkoopcijfers tot een beperking van de mededinging.⁷²

Voorbeeld van een afspraak zonder mededingingsbeperkende gevolgen

Een overeenkomst waarbij de ondernemingen wel hun handelingsvrijheid jegens elkaar en ten opzichte van de markt beperken, maar die niet tevens een beperking van de mededinging op de relevante markt teweeg brengt.⁷³

Tenslotte een paar algemene opmerkingen:

⁶⁹ HvJ EG 1 februari 1978 zaak 19/77 (Miller International Schallplatten) Jur. 1978 131, r.o. 7

⁷⁰ Zie: HvJ EG zaken 56, 58/64 Consten en Grundig, Jur. 1966,

p. 449, zaak 56/65 Technique Minière, Jur. 1966, p. 337, zaak

C-277/87 Sandoz prodotti farmaceutici, Jur. 1990, pI-45

⁷¹ HvJ EG 28 mei 1998, zaak C-7/95 John Deere t. Cie, Jur. 1998, I-03111

⁷² HvJ EG 24 oktober 1995 zaak C-6/93 BMW-ALD Autoleasing, Jur. 1995 I-3439

⁷³ UU Tractor Registration Exchange 17 februari 1992 PbEG

C 68/19 13 maart 1992 (PM correcte verwijzing)

? De Commissie van de Europese Gemeenschappen heeft ten behoeve van de interpretatie van artikel 81 enkele richtsnoeren vastgesteld:

- Richtsnoeren van de Commissie inzake verticale beperkingen;⁷⁴
- Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten;⁷⁵
- Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, derde lid, van het EG-verdrag (deze gaan ook over 81, eerste lid).⁷⁶

? Onderling afgestemde feitelijke gedragingen kunnen naar hun aard slechts invloed hebben als een begin van uitvoering heeft plaatsgevonden.

4.d. Zijn er redenen om aan te nemen dat het kartelverbod niet van toepassing is op de mededingingsbeperking?

Toelichting

In sommige gevallen is het kartelverbod niet van toepassing. Het gaat daarbij - naast de algemene uitzonderingen voor de sectoren landbouw en militair materieel - om de volgende categorieën.

? Per 1 mei 2004 is Verordening 1/2003 van de Raad van de Europese Unie van 16 december 2002 betreffende uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, van toepassing geworden. In deze verordening is bepaald dat een overeenkomst die voldoet aan de vereisten in artikel 81, derde lid, niet strijdig is met het kartelverbod. Dat betekent dat het verbod niet geldt voor: overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die:

- bijdragen tot verbetering van de productie of verdeling van producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang, mits
- een billijk aandeel van de daaruit voortvloeiende voordelen ten goede komt aan de gebruikers
- aan de ondernemingen geen beperkingen worden opgelegd die gemist kunnen worden om het doel te bereiken en
- de ondernemingen niet de mogelijkheid krijgen de mededinging voor een wezenlijk deel van de producten uit te schakelen.

Er is dus niet eerst nog een ontheffing of een vrijstelling nodig, zoals voor 1 mei 2004 het geval was. Overigens gelden de hierna vermelde - op grond van artikel 81, derde lid, EG verleende - groepsvrijstellingen nog steeds.

? Voor afspraken die weliswaar mededingingsbeperkend zijn, maar die voldoen aan de hiervoor weergegeven voorwaarden van artikel 81, derde lid, voorziet artikel 81, derde

⁷⁴ Pb EG C 2000, 291

⁷⁵ Pb EG C 2001, 3

⁷⁶ Pb EG C 2004, 101

lid, EG nog steeds in de mogelijkheid tot buiten toepassingverklaring (individueel of per groep) van het kartelverbod. In een aantal EG-verordeningen zijn (groeps)vrijstellingen opgenomen:

- verzekeringssector: verordening 358/2003 (PbEG 2003, L 53)
- luchtvaartsector: verordeningen (EEG) 1617/1993 (PbEG 1993, L 153) en 3652/1993 (PbEG 1993, L 333)
- lijnvaartsector: verordening (EEG) 870/1995 (PbEG 1995, L 89)
- licentie-overeenkomsten inzake technologieoverdracht: verordening (EEG) 772/2004 (PbEG 2004, 123)
- horizontale samenwerkingsovereenkomsten: verordeningen (EEG) 2658/2000 (PbEG 2000, L 304) en (EEG) 2659/2000 (PbEG 2000, L 304),
- verticale overeenkomsten: verordening (EEG) 2790/1999 (PbEG 1999, L 336).

? Inmiddels is het vaste rechtspraak dat overeenkomsten die mededingingsbeperkende gevolgen hebben die amper merkbaar zijn, niet onder het kartelverbod vallen. De Bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81, eerste lid, EG bevat de criteria met betrekking tot de merkbaarheid. Deze criteria betreffen het gezamenlijk marktaandeel dat de partijen bij de overeenkomst hebben en het marktaandeel dat elk van de partijen bij de overeenkomst heeft.⁷⁷ De Bekendmaking geldt niet voor afspraken die hardcore restricties bevatten (dwz prijsafspraken, marktverdeling of productie- of afzetafspraken zie onder 5.c).

Voorbeelden niet toepasselijkheid kartelverbod vanwege geringe merkbaarheid
Een afspraak die een mededingingsbeperkende invloed heeft op een factor (de aanvullende pensioenregeling) die slechts van marginale en indirecte invloed is op de totale kosten van de door zelfstandig medisch specialisten aangeboden diensten is een niet merkbare invloed op de mededinging.⁷⁸

? Uit de rechtspraak volgt dat afspraken tussen sociale partners op sociaal terrein over arbeidsvoorwaarden en lonen wegens hun aard en doel niet onder het kartelverbod vallen.⁷⁹ Dergelijke overeenkomsten, zoals de opzet van een pensioenfonds bij overeenkomsten in het kader van collectieve onderhandelingen tussen sociale partners, worden gesloten ter verbetering van de arbeidsvoorwaarden.

Voorbeeld van afspraak over arbeidsvoorwaarden/lonen die buiten kartelverbod valt

SHB havenpool Rotterdam BV heeft met werknemersorganisaties een collectieve arbeidsovereenkomst (CAO) gesloten die de havenpool een voorkeursrecht geeft bij het uitzenden van tijdelijke arbeidskrachten in de haven. Indien de havenpool niet aan de vraag kan voldoen, dan dienen de ondernemingen het tijdelijk

⁷⁷ PbEG 2001, C 368/13

⁷⁸ HvJ EG 12 september 2000, zaken C-180-184/98 Pavlov, Jur. 2000, I-6541

⁷⁹ HvJ EG 21 september 1999, zaak C-115-117/97 Brentjens Jur. 1999, I-6025.r.o 51

personeel in te huren bij erkende bedrijven waarbij de bemiddeling via de havenpool loopt. Op basis van dit voorkeursrecht moeten bedrijven in de Rotterdamse haven zich melden bij de havenpool voor tijdelijk personeel. De NMa concludeerde dat de regeling is verankerd in een CAO en wegens aard en doel buiten de werkingssfeer van artikel 6 van de Mededingingswet valt (artikel 6 Mededingingswet bevat het nationale kartelverbod vergelijkbaar met het in artikel 81 EG opgenomen kartelverbod).

VRAAG 5. VEROORZAAKT OF VERSTERKT VOORGENOMEN REGELGEVING EEN RISICO OP MISBRUIK DOOR EEN ONDERNEMING VAN EEN ECONOMISCHE MACHTSPOSITIE?

Algemeen

Ondernemingen kunnen een zodanige positie op de markt innemen dat er sprake is van een economische machtspositie. Dat is op zichzelf toegestaan. De economische machtspositie stelt de onderneming in staat zich onafhankelijk jegens concurrenten, afnemers en consumenten te gedragen. Echter, een onderneming kan daardoor de daadwerkelijke mededinging op de markt verhinderen en aldus misbruik maken van haar economische machtspositie. Op grond van artikel 82 EG is dat misbruik verboden. De economische machtspositie kan zijn gecreëerd door de onderneming zelf, maar kan ook het gevolg zijn van wettelijke of bestuursrechtelijke maatregelen. In beide gevallen is artikel 82 EG van toepassing. Het is daarom van belang bij voorgenomen regelgeving die een economische machtspositie creëert of die betrekking heeft op ondernemingen met een economische machtspositie, oog te hebben voor mogelijk misbruikgedrag. Aan het slot van 6.2 zijn enkele voorbeelden opgenomen hoe regelgeving al dan niet misbruik van een economische machtspositie te weeg brengt.

5.1. Schept de voorgenomen regelgeving een situatie waarin een onderneming een economische machtspositie heeft?

Toelichting

Een economische machtspositie is het gevolg van een aantal factoren die de onderneming in relatie tot haar omgeving en de omstandigheden waarin zij functioneert, betreffen.⁸⁰ Wanneer deze factoren in beschouwing zijn genomen, kan worden vastgesteld of het waarschijnlijk is dat de betrokken onderneming een economische machtspositie heeft. De bepaling van de *relevante markt* (te zien als de omgeving, afzetgebied, het werkterrein van de onderneming) is daarom van fundamenteel belang.

- De relevante markt kent twee dimensies: de product(- of dienst)markt en de geografische markt.
- De *product- of dienstmarkt* omvat alle producten of diensten die met het product of met de dienst vervangbaar of voldoende uitwisselbaar zijn.

⁸⁰ De Europese Commissie heeft in 2002 richtsnoeren voor de marktanalyse en de beoordeling van aanzienlijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten vastgesteld. Deze richtsnoeren zijn weliswaar gericht op een bepaalde sector maar bieden een toetsingskader dat meer algemeen te gebruiken is voor een ex ante beoordeling (en juist een dergelijke analyse is nodig bij voornemens voor regelgeving). De Commissie somt een aantal factoren op die van belang zijn voor de beoordeling van een machtspositie.

- De *geografische markt* omvat het geografische gebied waarbinnen de betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag naar en het aanbod van de betrokken goederen of diensten. Binnen dat gebied zijn de concurrentievoorwaarden gelijkend en het wordt van aangrenzende gebieden onderscheiden doordat daar duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden heersen.⁸¹

? Na het bepalen van de relevante markt is de volgende belangrijke factor het *marktaandeel* dat een onderneming op de relevante markt heeft (om te bepalen hoe groot en machtig de onderneming is ten opzichte van haar concurrenten binnen de relevante markt).

- Een zeer aanzienlijk marktaandeel (meer dan 50%) is in vrijwel alle gevallen op zichzelf al bewijs van een economische machtspositie.
- Een wettelijk monopolie vormt per definitie een economische machtspositie.
- Bij marktaandelen van minder dan 50%,⁸² is een aantal bijkomende factoren van belang. Dat zijn:

- De mate van restconcurrentie (wanneer overige marktdeelnemers elk een klein marktaandeel hebben, is eerder sprake van een machtspositie dan wanneer dat niet zo is),
- Technologische voorsprong, het bezit van intellectuele eigendomsrechten, zoals octrooien
- Financiële slagkracht
- Andere bedrijfsinterne factoren zoals verticale integratie in een groep, het behoren tot een multinationalaal concern, uitgebreidheid van commerciële en marketingorganisatie, doorgedreven productdifferentiatie.

? De machtspositie moet bestaan op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan. Een onderneming die *buiten de EG een machtspositie* heeft, valt niet onder de werking van artikel 82 EG, ook al heeft zij een vestiging in de EG (zonder economische machtspositie).

Voorbeelden economische machtspositie

- Een cumulatie van voordelen levert een economische machtspositie op voor een onderneming (bananengroep). Het gaat daarbij om: een marktaandeel van 45%, in combinatie met

- a) onder meer de productdifferentiatie (constante kwaliteit en een onderscheiden merk),
- b) een twee keer zo grote verkoop als die van de directe concurrent en

⁸¹ Zie ook de Bekendmaking van de Europese Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijk mededingingsrecht PbEG 1997, C 372

⁸² HvJ EG 3 juli 1991, zaak C 62/86 AKZO Chemie, Jur. 1991

I-03359

c) nagenoeg onoverkomelijke praktische en financiële bezwaren voor concurrenten om dezelfde productie- en distributiemethoden op te zetten.⁸³

- Een fabrikant van vitamines die een aanzienlijk marktaandeel heeft, beschikt over een machtspositie wanneer
- a) een grote afstand bestaat tussen het marktaandeel van de fabrikant en dat van zijn eerstvolgende concurrent,
 - b) hij een grote technische voorsprong heeft op zijn concurrenten,
 - c) beschikt over een bijzonder geperfectioneerd commercieel net en
 - d) potentiële concurrentie ontbreekt.⁸⁴

Ook in deze zaak werd overigens gesteld dat een zeer aanzienlijk marktaandeel op zichzelf al bewijs is van een economische machtspositie.

Voorbeelden waarin geen sprake is van een economische machtspositie

Op de markt voor elektronica zijn enkele tientallen fabrikanten actief die zich bezighouden met de fabricage van elektronica voor ontspanningdoeleinden. De betrokken fabrikant heeft een aandeel op de markt voor die elektronica dat ligt tussen 5 en 10% en op het gebied van de kleurentelevisies een marktaandeel van 6 of 7%. Bij een zo gering marktaandeel op een markt van technisch hoogwaardige, maar in de ogen van de koper gemakkelijk verwisselbare producten, is een machtspositie van de televisiefabrikant op de electronicamarkt uitgesloten.⁸⁵

Meerdere ondernemingen kunnen gezamenlijk een collectieve machtspositie innemen. Het kan daarbij gaan om een collectief van onafhankelijke ondernemingen die door zodanige economische banden (in de vorm van een overeenkomst of anderszins) zijn verenigd dat zij hierdoor hun optreden op de markt kunnen coördineren of om een collectief van groepsondernemingen.⁸⁶ Ook hier zijn de relevante markt en het marktaandeel (van het collectief) van belang. Bij een collectieve machtspositie gelden echter niet zonder meer dezelfde criteria als voor een machtspositie van één onderneming. De jurisprudentie van het Hof EG bevat weinig uitspraken omtrent collectieve machtsposities.

Voorbeeld waarin sprake was van een collectieve machtspositie

Er is sprake van een collectieve machtspositie wanneer de betrokken fabrikanten handelen als één eenheid bij het vaststellen van verkoopvoorwaarden en zich op

⁸³ HvJ EG 14 februari 1978, zaak 27/76 United Brands, Jur. 1978, 207

⁸⁴ HvJ EG 13 februari 1979, zaak 85/76 Hoffmann-Laroche, Jur. 1979, 461

⁸⁵ HvJ EG 25 oktober 1977, zaak C26/76, Metro SB Grossmärkte, Jur. 1977, 1903

⁸⁶ GEA 6 juni 2002, zaak T-342/99 Airtours, Jur. 2002, II-02585: deze uitspraak bevat de voorwaarden voor collectieve machtspositie indien er geen structurele banden zijn tussen de deelnemende ondernemingen.

de markt presenteren als één eenheid. De volgende omstandigheden wezen daarop. De fabrikanten onderhouden gezamenlijk speciale banden met een groep grossiers die de belangrijkste verkopers van glas in Italië zijn. De fabrikanten roepen de vergaderingen met de grossiers bijeen en stellen alles in het werk om de contractpartners de tariefwijzigingen te doen aanvaarden. De grossiers moeten ervoor zorgen dat deze wijzigingen verder in de bedrijfskolom uniform worden toegepast. Daardoor kunnen eventuele individuele besluiten van de grossiers niet de oorzaak worden van een commerciële druk op de producenten. Zo wordt de concurrentie verzwakt.⁸⁷

Voorbeeld waarin geen sprake was van een collectieve economische machtspositie

De Nederlandse orde van advocaten is niet als een groep van ondernemingen in de zin van artikel 82 EG te zien. Zij zijn niet door zodanige banden verenigd dat zij hun optreden op de markt kunnen coördineren en zodoende de onderlinge mededinging kunnen afschaffen. De advocatuur is weinig geconcentreerd, zeer heterogeen. Bij gebreke van voldoende structurele banden kunnen advocaten niet geacht worden een collectieve machtspositie in te nemen.⁸⁸

5.2. Is te verwachten dat een onderneming met een economische machtspositie misbruik van die machtspositie kan maken als gevolg van de voorgenomen regelgeving?

Toelichting

Ondernemingen met een machtspositie kunnen door hun gedrag nadeel berokkenen aan hun handelspartners, concurrenten en aan verbruikers. Dat kan door gedragingen die de structuur van de markt aantasten en die niet te rekenen zijn tot normale mededinging op basis van ondernemersprestaties. Er is dan sprake van misbruik van de economische machtspositie. Artikel 82 EG verbiedt een onderneming met een machtspositie dergelijke mededingingsvervalsende praktijken uit te voeren en haar positie te versterken met andere concurrentiemiddelen dan die welke berusten op kwaliteit.

De volgende noties zijn van belang

- ? Misbruik bestaat uit *uitbuiting* (van afnemers) of *uitsluiting* (van concurrenten).
- ? In artikel 82 EG wordt - niet limitatief - een aantal vormen van misbruik opgesomd:
 - het hanteren van erg hoge prijzen (prijzen die niet in verhouding staan tot de economische waarde) of erg lage prijzen (prijzen die in een niet reële verhouding

⁸⁷ Beschikking Commissie van 7 december 1988, 89/93 PbEG 1989 L 33

⁸⁸ HvJ EG 19 februari 2002, zaak C-309/99, Wouters, Jur 2002, p. I/01577,

staan tot de kosten, verliesgevend zijn “roofprijzen”) of andere onbillijke voorwaarden verboden,

- het beperken van de productie, de afzet of technologische ontwikkeling,
- het hanteren van ongelijke voorwaarden bij gelijke prestaties ten opzichte van handelspartners, zoals prijsdiscriminatie en discriminatie bij levering en toegang
- praktijken als koppelverkoop.⁸⁹

? Andere vormen van misbruik zijn:

- vergeldingsgedrag,
- het frustreren van compatibiliteit (bij technische aansluitingen),
- het onthouden van toegang tot *essentiële faciliteiten*, zoals netwerken,
- het aan zichzelf houden van een nevenactiviteit op een verwante markt die ook door een ander uitgevoerd kan worden.

Voorbeelden misbruik economische machtspositie

- Het hanteren van afbraakprijzen. Niet elke prijsconcurrentie is legitiem. Wanneer door een onderneming met een economische machtspositie prijzen worden gehanteerd die
 - a) liggen beneden de gemiddelde variabele kosten met de bedoeling om een concurrent uit te schakelen of
 - b) liggen onder de gemiddelde totale kosten, in het kader van een plan dat ten doel heeft de concurrent uit te schakelen,

is er sprake van misbruik. Deze prijzen kunnen ondernemingen van de markt verdrijven die misschien even efficiënt zijn als de betrokken onderneming, maar die door hun geringere financiële armslag niet de concurrentie tegen de lage prijzen het hoofd kunnen bieden.

- Het vragen van inlichtingen aan afnemers over door andere leveranciers gedane offertes is niet te beschouwen als normale concurrentie indien deze inlichtingen worden gevraagd met de intentie de concurrent uit te schakelen. Wanneer vervolgens prijsaanbieding onder de laagste prijs wordt gedaan met daaraan gekoppeld de verplichting voor de afnemer om een product exclusief bij het bedrijf te betrekken is sprake van misbruik.⁹⁰

- Een vereniging met een monopoliepositie die met de exploitatie van auteursrechten belast is en ten doel heeft de rechten en belangen van haar leden te beschermen, mag verlangen dat de auteursvennoten hun rechten afstaan voor zover dat noodzakelijk is om haar optreden de nodige draagwijdte en kracht te geven. Wanneer de vereniging echter aan haar leden verplichtingen oplegt - zoals een verplichte overdracht van alle bestaande en toekomstige auteursrechten en die overdracht ook nog voor een lange periode na het uittreden als lid wordt

⁸⁹ GEA 6 oktober 1994, zaak T-83/91. Tetra pak II, Jur. 1994, II-755, r.o.137

⁹⁰ HvJ EG 3 juli 1991, zaak C 62/86 AKZO Chemie, Jur. 1991, I-03359

bedongen, dan kan dat misbruik opleveren. Deze verplichtingen zijn voor het bereiken van het maatschappelijk doel niet onontbeerlijk en zij maken inbreuk op de vrijheid van de leden in de uitoefening van hun auteursrecht.⁹¹

Voorbeelden waarin geen sprake is van misbruik van economische machtspositie

- Een onderneming met een economische machtspositie geeft een afnemer kortingen waarvan de omvang uitsluitend afhankelijk is van de hoeveelheid producten die de afnemer bij de onderneming koopt.
- Een onderneming met een economische machtspositie brengt prijzen in rekening die weliswaar aanzienlijk lager zijn dan die van haar concurrenten, maar die wel boven het niveau van haar eigen gemiddelde variabele kosten liggen.
- Een uitgever die een zeer groot deel van de dagbladmarkt in een lidstaat in handen heeft en het enige landelijke systeem van thuisbezorging van dagbladen exploiteert en die weigert tegen een passende vergoeding toegang tot het systeem te verlenen aan de uitgever van een concurrerend dagblad, maakt geen misbruik van machtspositie. Ook niet wanneer die concurrent wegens de geringe oplage van zijn dagblad niet in staat is onder economisch redelijke omstandigheden een eigen thuisbezorgingsstelsel op te zetten. Het thuisbezorgingsstelsel is dus geen *essentiële faciliteit*. Voor de distributie van het dagblad staan immers ook alternatieven open zoals bezorging per post of verkoop in winkels of kiosken.⁹²

Voorbeeld van een twijfelgeval of sprake is van misbruik

Het toepassen van ongelijke voorwaarden ten opzichte van handelspartners bij gelijkwaardige prestaties levert misbruik op wanneer die handelspartners daarmee nadeel wordt berokkend bij de mededinging. Het is echter de vraag hoe ver de ruimte strekt waarbinnen een onderneming objectieve verschillen die zich in een later handelsfase voordoen, mag verdisconteren. Mag een fabrikant aan een distributeur hogere prijzen berekenen (en dus ongelijke condities hanteren) wanneer de distributeur op zijn beurt aan afnemers hogere prijzen in rekening kan brengen?⁹³

Voorbeelden waarin door de regelgever misbruik van economische machtspositie door ondernemingen met een bijzonder of uitsluitend recht werd veroorzaakt

- Het opleggen van een enkel monopolie als overheidsmaatregel aan een onderneming hoeft nog niet te betekenen dat die onderneming de economische macht misbruikt. Bij het opleggen van een tweede monopolie door een andere overheidsmaatregel (die op zichzelf op het eerste gezicht ook toelaatbaar is) ontstaat door de optelsom van de twee monopolies voor de onderneming de

⁹¹ HvJ EG 27 maart 1974, zaak 127/73, BRT II Jur. 1974, 313

⁹² HvJ EG 26 november 1998, zaak C-7/97, Bronner, Jur. 1998, I-7791

⁹³ HvJ EG 14 februari 1978, zaak 27/76 United Brands, Jur. 1978, 207

mogelijkheid en de prikkel om een ten opzichte van concurrenten discriminerende bedrijfsvoering te ontplooiën en de eigen producten te bevoorraden.⁹⁴

- De overheid die beperkingen oplegt aan de toegang tot de markt van diensten. Het verlenen van een uitsluitend recht tot arbeidsbemiddeling is strijdig met het gemeenschapsrecht indien een situatie in het leven is geroepen die het overtreden van het mededingingsrecht met zich meebrengt. In dit geval was naast het wettelijk monopolie ook nog eens in regelgeving vastgelegd dat contracten in strijd met dit monopolie, nietig waren. Dit resulteert in misbruik van machtspositie omdat door de monopoliepositie niet voldaan kan worden aan de vraag. Dat is te vergelijken met een beperking van productie genoemd als voorbeeld van misbruik in artikel 82 EG.⁹⁵
- Een overheid die ondernemingen een maatregel oplegt waardoor zij moeten discrimineren op grond van nationaliteit. De ondernemingen worden aldus in een positie geplaatst waarin zij dat discrimineren niet kunnen nalaten.⁹⁶

Voorbeeld waarin weliswaar sprake was van overtreding van de EG-mededingingsregels door de onderneming, maar die overtreding niet een gevolg was van een door de overheid gecreëerde situatie

- De overheid verleent aan stations voor inseminatie van rundersperma exclusieve rechten in een afgebakend rayon. De wet machtigt de inseminatiestations in sommige gevallen extra kosten in rekening te brengen. Het station brengt echter vervolgens exorbitant hoge prijzen in rekening voor het insemineren van sperma dat afkomstig is van een ander inseminatiestation. Het maakt zo misbruik van een economische machtspositie maar dat kan niet aan de overheid worden toegerekend (de wetgeving gaf de stations niet een machtiging om een onevenredig hoge kostenvergoeding te vragen).⁹⁷

⁹⁴ HvJ EG 18 juni 1991, zaak C-260/89 ERT, Jur. 1991, I-2925

⁹⁵ HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41/90, Höfner v Macrotron, Jur. 1991, p. I-1979.

⁹⁶ HvJ EG 2 maart 1983 zaak 7/82 GVL t. Commissie 1983 Jur. 1983, p. 483

⁹⁷ HvJ EG 5 oktober 1994, zaak C-323/93, Société Civile Crespelle, Jur. 1994, p. I-5097.

VRAAG 6. IS ER SPRAKE VAN EEN RECHTVAARDIGING VOOR DE INBREUK OP DE EG-MEDEDELINGSREGELS VANWEGE EEN AAN DE ONDERNEMING OPGELEGDE DIENST VAN ALGEMEEN ECONOMISCH BELANG?

6.1. Is de inbreuk op de mededingingsregels noodzakelijk en evenredig?

Toelichting

Een inbreuk op de EG-mededingingsregels kan gerechtvaardigd zijn wanneer de aan een onderneming toegekende rechten en bevoegdheden *noodzakelijk* en *evenredig* zijn in het licht van de dienst van algemeen economische belang. Een duidelijke taakopdracht en duidelijke daaraan gekoppelde bevoegdheden zijn essentieel voor de beoordeling van de evenredigheid en noodzakelijkheid van de taakuitoefening door de onderneming. In vraag 2 is uitgelegd wat wordt verstaan onder de begrippen dienst van algemeen economische belang, overheidsondernemingen en ondernemingen met uitsluitende of bijzondere rechten.

De volgende noties zijn voorts van belang:

? Bij de beoordeling of aan de dienst van algemeen economisch belang verwante diensten aan de betrokken onderneming moeten worden voorbehouden of aan anderen overgelaten moeten worden, moet worden bezien of de dienstverrichting door anderen het economisch evenwicht van de dienst van algemeen economisch belang niet verstoort.⁹⁸

? De taak van algemeen economisch belang moet niet kunnen worden uitgevoerd zonder de bijzondere of uitsluitende rechten.⁹⁹

? De dienst van algemeen economisch belang moet kunnen worden uitgevoerd onder economisch aanvaardbare omstandigheden.¹⁰⁰

? De evenredigheidstoets verplicht er toe kiezen voor de oplossing die, rekening houdend met de op de onderneming rustende verplichtingen en beperkingen, het minst schadelijk is voor de mededinging. Wellicht kan de bijzondere taak worden verricht door middel van maatregelen die de mededinging minder beperken.¹⁰¹ Bezie of de rechten die verbonden zijn aan het uitoefenen van de dienst niet meer terrein bestrijken dan noodzakelijk voor een effectieve uitvoering van de dienst (onder economisch aanvaardbare omstandigheden).

? Het feit dat in een andere lidstaat een andere stelsel ten aanzien van hetzelfde vraagstuk geldt, betekent niet dat de maatregelen waarvoor gekozen is, onevenredig zijn. Het feit

⁹⁸ HvJ EG 19 mei 1993, zaak C-320/91 Corbeau, Jur. 1993, p. I-2533, r.o. 19

⁹⁹ HvJ EG 23 oktober 1997, zaak C-157/94, Commissie/ Nederland. Jur. 1997, I-5699, r.o.52

¹⁰⁰ HvJ EG 19 mei 1993, zaak C-320/91 Corbeau, Jur. 1993, p. I-2533, r.o. 14-16

¹⁰¹ Conclusie A-G Léger, zaak C-309/99, 10 juli 2001, punt 165, onder verwijzing naar HvJ EG 23 mei 2000, zaak C-209/98, Entreprenorforenings Affalds/Miljøsektion (FFAD)/ København Kommune, Jur. 2000, I-3743 (Sydhavnens Sten & Grus), r.o. 80

dat in een andere lidstaat voor een andere oplossing is gekozen, kan niet van invloed zijn op de beoordeling van de noodzaak en evenredigheid van de getroffen regelingen.¹⁰²

Voorbeelden van een evenredige en noodzakelijke toekenning van rechten

- Een elektriciteitsmaatschappij die krachtens een publiekrechtelijke, niet exclusieve concessie, tot taak heeft de elektriciteitsvoorziening op een deel van het nationale grondgebied te verzorgen. De onderneming moet ervoor zorgen dat binnen het hele gebied dat haar is toegewezen, alle verbruikers ononderbroken en elk moment worden voorzien van de door hen gewenste hoeveelheid elektriciteit. Daarbij worden uniforme tarieven en voorwaarden gehanteerd die alleen mogen variëren volgens algemene voor alle afnemers geldende criteria. Beperkingen van de mededinging van andere marktdeelnemers moeten worden toegestaan voor zover zij noodzakelijk zijn om de met de taak van algemeen belang belaste onderneming in staat te stellen die taak te vervullen. In dat verband moet rekening worden gehouden met de economische condities waarin de onderneming opereert, in het bijzonder de kosten die door haar moeten worden gedragen en de regelingen, vooral op milieugebied waaraan zij is onderworpen.¹⁰³

- Het verrichten van niet urgent ziekenvervoer binnen een vergunningstelsel voor ambulancediensten dat zo is ingericht dat het niet urgente ziekenvervoer in een bepaald gebied vrijwel uitsluitend wordt verzorgd door diensten belast met de eerstehulpverlening (= algemeen belang taak). Het vergunningstelsel verdeelt de gemeenschappelijke markt en hindert het vrij verrichten van diensten. De maatregel belet ondernemingen zich in een andere lidstaat te vestigen om aldaar diensten op de betrokken markt te verrichten. Dat betekent dat de handel ongunstig wordt beïnvloed. De overtreding van de EG-mededingingsregels is echter gerechtvaardigd omdat het verrichten van niet urgent ziekenvervoer niet een van de algemeen belang taak te scheiden dienst is. De twee soorten diensten worden van oudsher door medische hulpverleningsorganisaties verricht en zij hebben dezelfde kenmerken gemeen. Doordat de eerstehulpdiensten ook het niet urgente vervoer verzorgen, zijn zij in staat om hun algemeen belang taak te verzekeren in economisch evenwichtige omstandigheden. De mogelijkheid voor particuliere ondernemers om zich bij niet urgent vervoer op lucratieve trajecten te richten, zou schadelijk kunnen zijn voor de economische uitvoerbaarheid van de door de medische hulpverleningsorganisaties verrichte dienst en bijgevolg de kwaliteit van die dienst kunnen aantasten. Er is echter wel een grens. Het vergunningstelsel mag niet verhinderen dat een vergunning aan een andere ondernemer wordt verleend in gevallen waarin vaststaat dat de eerstehulpdiensten

¹⁰² HvJ EG 19 februari 2002, zaak C-309/99 Wouters, Jur. 2002 PM r.o. 108-109

¹⁰³ HvJ EG 27 april 1994 zaak C-393/92, Gemeente Almelo/IJsselmij, Jur. 1994, p. I-01477, r.o. 47/49

niet in staat zijn om te voldoen aan de vraag op het gebied van diensten voor ziekenvervoer (al dan niet in spoedgevallen).¹⁰⁴

Voorbeeld waarin de regelgever de positie van de onderneming zodanig regelde dat er geen risico op overtreding van EG-mededingingsregels bestond

- Bij het opdragen van het uitvoeren van marktactiviteiten door een onderneming belast met een dienst van algemeen economische belang (uitvoering door de uitvoeringsinstellingen sociale zekerheid krachtens overeenkomst met het Landelijk instituut sociale verzekering van werkzaamheden in het kader van werknemersverzekeringen) zijn met het oog op het voorkomen van concurrentievervalsing waarborgen in de wetgeving opgenomen, te weten:

- verplichting tot scheiden van publieke taak en private activiteit,
- persoonsgegevens die voor de publieke taak worden verzameld, mogen niet worden gebruikt voor private activiteiten,
- verplichting tot het hanteren van marktconforme tarieven bij de private activiteiten,
- verplichting om middelen en personeel voor de private activiteiten op marktconforme wijze in te zetten.¹⁰⁵

Voorbeelden onevenredige, niet noodzakelijke toekenning van rechten en bevoegdheden

- Een opeenstapeling van rechten die niet meer in verhouding staat tot het doel waarvoor die rechten worden verleend. Wanneer exclusieve of bijzondere rechten op het gebied van telecommunicatie worden toegekend die de *afzet*, de *aansluiting*, het *opstarten* en het *onderhoud* van eindapparatuur betreffen, is er sprake van *teveel rechten verleend in het licht van het doel* dat zij moeten dienen. De exclusieve rechten inzake afzet, beperken de afzet en belemmeren de technische ontwikkeling. Dat leidt tot schending van het verbod van misbruik van economische machtspositie. Verder kan ook het exclusieve recht om voor eindapparatuur de technische specificaties vast te stellen en de erkenningsregels vast te stellen, strijdig zijn met de Europese mededingingsregels. Het betreft regels die gelden voor toekomstige concurrenten. Het is nadelig voor de mededinging als een onderneming de regels vaststelt en tevens partij is.¹⁰⁶

- Specifieke diensten op het gebied van postbezorging. Het verlenen van postdiensten ten behoeve van alle gebruikers op het gehele grondgebied van een lidstaat tegen eenvormige tarieven en onder vergelijkbare voorwaarden van kwaliteit, zonder te letten op bijzondere situaties en op de economische

¹⁰⁴ HvJ EG 25 oktober 2001, zaak C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Jur. 2001, p. I-08089r.o. 57/66

¹⁰⁵ Organisatiewet Sociale Verzekeringen 1997 (vervallen) en Besluit toetsingskader andere taken (vervallen)

¹⁰⁶ Richtlijn van de Commissie van 16 mei 1988, PB L 131/73 en deels zelfde redenering in HvJ EG 19 maart 1991, zaak C-202/88 *Frankrijk t. Commissie*, Jur. 1991, I-1223, r.o.12

rentabiliteit van elke individuele verrichting is een dienst van algemeen economisch belang. Degene die met deze taak is belast, moet in staat zijn zijn diensten te verrichten zonder daarbij zijn economisch evenwicht te verliezen. Dat veronderstelt de mogelijkheid van compensatie tussen rendabele en niet-rendabele sectoren en dus een beperking van de mededinging door particuliere ondernemers in rendabele sectoren. De beperking is echter niet in alle gevallen gerechtvaardigd. *Specifiek van een dienst van algemeen belang te scheiden postdiensten*, die beantwoorden aan bijzondere behoeften van marktdeelnemers en die een aantal bijkomende prestaties vergen die de traditionele post niet aanbiedt, *behoren niet tot de dienst van algemeen economisch belang*. Dat geldt echter alleen voorzover die diensten naar hun aard en omstandigheden, zoals het geografisch gebied, waarin zij worden aangeboden, het economisch evenwicht van de postbezorgingsdienst die de dienst van algemeen economisch belang verzorgt, niet in gevaar brengen en de rechtvaardiging geldt niet voor de desbetreffende specifieke diensten.¹⁰⁷

- Het exclusief leveren door watervoorzieningsbedrijven (belast met een algemeen belangtaak) van conformiteitsmerkplaatjes aan bepaalde fabrikanten en importeurs en niet aan parallelimporteurs of andere handelaren, levert strijd op met het kartelverbod. De waterleidingsbedrijven zijn belast met de regelmatige voorziening van drinkwater. Met het oog op het beschermen van de volksgezondheid eist de vereniging van watervoorzieningsbedrijven dat alle was- en vaatwasmachines met het oog op de bescherming van de volksgezondheid met een conformiteitsplaatje moeten worden uitgerust. De discriminatie van de parallelimporteurs en handelaren is echter niet noodzakelijk voor de bescherming van de volksgezondheid.¹⁰⁸

¹⁰⁷ HvJ EG 19 mei 1993, zaak C-320/91 Corbeau, Jur. 1993, p. I-2533, r.o.12/19

¹⁰⁸ Beschikking van de Commissie van 17 december 1981, PbEG L 1982, L 167/39

Bijlage II. Verklarende woordenlijst

Van met * gemarkeerde begrippen is in deze lijst eveneens een beschrijving opgenomen

Alleenverkoopovereenkomst	Een overeenkomst* inhoudende dat een leverancier alleen aan een bepaalde wederverkoper in een bepaald gebied levert. Ook wel aangeduid als exclusieve distributie.
Bagatelregel (de minimis-regel)	Criteria die betrekking hebben op de merkbaarheid* van het effect op de mededinging.
Besluiten van ondernemersverenigingen	Een beslissing van een ondernemersvereniging* die bindend is voor diens leden.
Bijzonder recht	Recht dat door de overheid via een wettelijk of bestuursrechtelijk instrument aan een beperkt aantal ondernemingen* wordt toegekend om binnen een bepaald gebied een bepaalde activiteit te verrichten.
Concentratie	Fusie van ondernemingen*, deelneming in een onderneming of overname van een onderneming. Hiervoor geldt de EG-concentratieverordening (verordening 139/2004).
Concessie	Een concessie is een door de overheid verstrekt exclusief recht op exploitatie, dat de concessiehouder te gelde mag maken. De concessiehouder is rechtens verplicht de activiteiten te verrichten.
Dienst van algemeen economisch belang	Een dienst - veelal betrekking hebbend op basisbehoeften van de samenleving - waarvan de overheid meent dat

	daarin moet worden voorzien als de markt* daar zelf (nog) niet in voorziet.
Economische activiteit	Iedere activiteit bestaande uit het aanbieden van goederen of diensten op een bepaalde markt* die in beginsel wordt uitgevoerd door een private partij om winst te maken. Voor het concreet aanmerken als economische activiteit is de aanwezigheid van een winst oogmerk niet noodzakelijk.
Economische machtspositie	Een zodanige positie op een markt* waardoor een onderneming* zich onafhankelijk jegens concurrenten, afnemers of consumenten kan gedragen.
Fiscaal monopolie	Een onderneming* met een exclusief recht op productie (van bepaalde goederen) die als doel heeft de schatkist te vullen.
Gemeenschappelijke markt	Ruimte zonder binnengrenzen binnen de EU waarin een vrij verkeer van goederen, diensten, personen en kapitaal is gewaarborgd.
Geografische markt*	Het gebied waarbinnen de betrokken ondernemingen* een rol spelen in de vraag naar en het aanbod van de betrokken goederen of diensten, waarbinnen de concurrentievoorwaarden gelijkend of voldoende homogeen zijn en dat van aangrenzende gebieden wordt onderscheiden doordat daar duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden heersen.
Groepsvrijstelling	Een vrijstelling van het kartelverbod* voor bepaalde groepen overeenkomsten*.

Interstatelijke handel	Handelstromen tussen lidstaten; omvat zowel de goederen- en dienstenstroom als recht van vestiging om in andere lidstaat diensten te verrichten.
Horizontale mededingingsafspraken*	Mededingingsbeperkende afspraken tussen ondernemingen* in dezelfde geleding van de bedrijfskolom, bijvoorbeeld tussen producenten, tussen groothandelaren, tussen detaillisten, tussen vrijeberoepsbeoefenaren.
Invloed op de interstatelijke handel*	Invloed al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel op de handelsstromen tussen lidstaten. De Commissie van de Europese Gemeenschappen heeft richtsnoeren gegeven voor de toepassing van het begrip “beïnvloeding van de handel tussen EU-lidstaten” (PbEG 2004, C101). Het EG-mededingingsrecht is van toepassing wanneer de invloed op de handel merkbaar* is.
Kartelverbod	Dit verbod houdt in dat ondernemingen* geen afspraken mogen maken en niet hun gedrag onderling zo afstemmen* dat daardoor de concurrentie wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Ook besluiten* van ondernemingsverenigingen* die dergelijke gevolgen hebben voor de concurrentie vallen in beginsel onder het kartelverbod.
Markt	Een markt is waar – in abstracte zin – sprake is van vraag en aanbod van een bepaald goed of dienst.
Mededingingsafpraak	Afspraak tussen ondernemingen* of

	<p>een besluit van een ondernemersvereniging* die als doel of als gevolg heeft dat de mededinging tussen ondernemingen wordt beperkt, vervalst of verhinderd.</p>
<p>Merkbaarheid</p>	<p>Het kartelverbod* en verbod op misbruik van een economische machtspositie* zijn alleen van toepassing indien een overeenkomst*, besluit of gedraging respectievelijk een bepaald misbruik (potentieel) de handel tussen lidstaten “merkbaar” beïnvloedt. Voor het van toepassing zijn van het kartelverbod geldt tevens de eis dat een overeenkomst, besluit of gedraging ook (potentieel) de mededinging merkbaar beïnvloedt.</p>
<p>Merkbare beïnvloeding van de interstatelijke handel*</p>	<p>De Commissie van de Europese Gemeenschappen heeft richtsnoeren gegeven voor de toepassing van het begrip “beïnvloeding van de handel tussen EU-lidstaten” waarin aandacht is besteed aan de merkbaarheid (PbEG 2004, C101)</p>
<p>Merkbare beïnvloeding van de mededinging (de minimis-regel; bagatelcriteria)</p>	<p>De Europese Commissie heeft in de “de minimis-bekendmaking” het begrip “merkbaar beperking van de mededinging” gekwantificeerd met behulp van marktaandeeldrempels (PbEG 2001, C368). Als het gezamenlijke marktaandeel van de betrokken ondernemingen* beneden die drempels ligt, is het kartelverbod* in beginsel niet van toepassing. Op overeenkomsten, besluiten* en gedragingen die de mededinging naar hun aard beperken, zoals prijsbinding, marktverdeling en quotering (hard core-kartels) is het kartelverbod echter</p>

	altijd van toepassing, ook als het gezamenlijke marktaandeel van de betrokken ondernemingen beneden de marktaandeeldrempels ligt.
Misbruik van economische machtspositie	Door een onderneming* die een economische machtspositie* heeft nadeel berokkenen aan afnemers, handelspartners en concurrenten door middel van gedrag dat niet te rekenen is onder normale mededinging op basis van ondernemersprestaties. Het gaat daarbij om uitbuiting (bijvoorbeeld het berekenen van extreem hoge prijzen) of uitsluiting (van concurrenten).
Nuttige effectdoctrine (effect utile)	Dit houdt in dat EU-lidstaten niet vrij zijn om maatregelen te nemen die het nuttige effect van het mededingingsrecht ontnemt. Deze doctrine is niet terug te vinden in het EG-verdrag maar een in de rechtspraak ontwikkelde leer, gebaseerd op de loyaliteitsclausule van artikel 10 lid 2 EG.
Onderling afgestemde feitelijke gedragingen	Een gecoördineerde vorm van feitelijk samenwerken terwijl er geen sprake is van een overeenkomst*. Er moet sprake zijn van al dan niet direct contact tussen de ondernemingen* die het onderling afgestemde feitelijke gedrag vertonen.
Onderneming	Iedere eenheid die een economische activiteit* verricht.
Onderneming met bijzonder recht	Een onderneming* waaraan, door middel van een wettelijk of bestuursrechtelijk instrument, een recht verleend wordt om binnen een bepaald gebied een bepaalde activiteit

	te verrichten.
Onderneming met uitsluitend recht	Hiervan is sprake indien aan één onderneming*, door middel van een wettelijk of bestuursrechtelijk instrument, een recht verleend wordt een bepaalde activiteit uit te voeren.
Ondernemersvereniging (in EG-mededingingsrecht)	Een organisatie die een aantal ondernemingen* verenigt; dit kan een rechtspersoon zijn maar ook een feitelijke organisatie.
Openbaar bedrijf	Zie overheidsonderneming.
Overeenkomst (in het EG-mededingingsrecht)	Er is sprake van een overeenkomst in de zin van artikel 81 EG indien consensus tussen partijen bestaat, in welke vorm dan ook.
Overheidsonderneming (openbaar bedrijf)	Een onderneming* waarover overheden direct of indirect een dominerende invloed kunnen uitoefenen uit hoofde van eigendom, financiële deelneming of de desbetreffende regels; een overheidsdienst kan ook een overheidsonderneming zijn.
Relevante markt	De relevante markt bestaat uit de product(- of dienst)markt en de geografische markt*. De product- of dienstmarkt omvat alle producten of diensten die met het product of met de dienst substitueerbaar of voldoende uitwisselbaar zijn.
Uitsluitend recht	Recht dat door de overheid via een wettelijk of bestuursrechtelijk instrument aan één onderneming* wordt toegekend om binnen een bepaald gebied een bepaalde activiteit

	te verrichten.
Verordening 1/2003	EG-verordening die betrekking heeft op de toepassing van het kartelverbod* en het verbod op misbruik van een economische machtspositie*; de verordening regelt onder meer de bevoegdheid van de Europese Commissie en van de mededingingsautoriteiten van de EU-lidstaten.
Verticale mededingingsafspraken*	Dit zijn mededingingsafspraken tussen ondernemingen* die niet in dezelfde geleding van en bedrijfskolom werkzaam zijn, zoals tussen leverancier en afnemer.

Bijlage III. Verdragsbepalingen

Artikel 3 EG

1. Teneinde de in artikel 2 genoemde doelstellingen te bereiken, omvat het optreden van de Gemeenschap onder de voorwaarden en volgens het tijdschema waarin dit verdrag voorziet:..

g. een regime waardoor wordt verzekerd dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst.

Artikel 10 EG

De lidstaten treffen alle algemene of bijzondere maatregelen welke geschikt zijn om de nakoming van de uit dit verdrag of uit handelingen van de instellingen der Gemeenschap voortvloeiende verplichtingen te verzekeren. Zij vergemakkelijken de vervulling van haar taak.

Zij onthouden zich van alle maatregelen welke verwezenlijking van de doelstellingen van dit verdrag in gevaar kunnen brengen.

Artikel 81 EG

1. Onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst en met name die welke bestaan in:

- a) het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden;
- b) het beperken of controleren van de productie, de afzet, de technische ontwikkeling of de investeringen;
- c) het verdelen van de markten of van de voorzieningsbronnen;
- d) het ten opzichte van handelspartners toepassen van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging;
- e) het afhankelijk stellen van het sluiten van overeenkomsten van de aanvaarding door de handelspartners van bijkomende prestaties welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.

2. De krachtens dit artikel verboden overeenkomsten of besluiten zijn van rechtswege nietig.

3. De bepalingen van lid 1 van dit artikel kunnen echter buiten toepassing worden verklaard

- voor elke overeenkomst of groep van overeenkomsten tussen ondernemingen,

- voor elk besluit of groep van besluiten van ondernemersverenigingen, en
- voor elke onderling afgestemde feitelijke gedraging of groep van gedragingen die bijdragen tot verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen
 - a) beperkingen op te leggen welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn,
 - b) de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.

Artikel 82

Onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden, voorzover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, is het, dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan.

Dit misbruik kan met name bestaan in:

- a) het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden;
- b) het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de verbruikers;
- c) het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkend bij de mededinging;
- d) het feit dat het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden door de handelspartners van bijkomende prestaties, welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.

Artikel 86

1. De lidstaten nemen of handhaven met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, geen enkele maatregel welke in strijd is met de regels van dit Verdrag, met name die bedoeld in de artikelen 12 en 81 tot en met 89.

2. De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, vallen onder de regels van dit Verdrag, met name onder de mededingingsregels, voorzover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap.

3. De Commissie waakt voor de toepassing van dit artikel en richt, voorzover nodig, passende richtlijnen of beschikkingen tot de lidstaten.