

Mededingingseconomisch perspectief op het leerstuk van de doelbeperking: toepassing op het BIDS-arrest

Dr. B. Baarsma en drs. J. Poort

In de BIDS-zaak concludeerde het Hof van Justitie EG dat de voorgenomen capaciteitsbeperking alleen al door haar aard ertoe strekt de mededinging te beperken en dat het dus niet nodig is om nauwkeurig naar de verwachte effecten van de overeenkomst te kijken. Is dat vanuit economisch oogpunt een verstandig besluit?

HvJ EG 20 november 2008, zaak C-209/07, BIDS

Vooraleer het begrip mededingingsbeperking juridisch in te kleuren, dient men zich evenwel te realiseren dat het hier om een economisch begrip gaat.' E.M.H. Loozen, 'Het begrip mededingingsbeperking nader beschouwd', Markt en Mededinging 2002, p. 11-17.

Inleiding

Recent heeft het Hof van Justitie arrest gewezen in de BIDS-zaak. In deze zaak stond de vraag centraal of een warme saneringsregeling voor Ierse slachthuizen kan worden gezien als een doelbeperking. Het Hof vond van wel: een warme sanering van overcapaciteit – en daarmee gepaard gaande kosten – heeft tot doel de mededinging te beperken vanuit de – impliciete – gedachte dat iedere capaciteitsbeperkende afspraak de mededingingsvoorwaarden per definitie benadeelt. Aan dat oordeel zitten twee kanten: een juridische, over de uitleg van het juridische begrip doelbeperking, maar ook een economische.

In dit artikel gaan we in op beide kanten. Allereerst gaan we in op het juridische leerstuk van de doelbeperking. We concluderen dat de juridische definiëring van het begrip mededingingsbeperking economisch gezien nodeloos complicerend is en dat er veel is te zeggen voor toepassing van de 'rule of reason' in de zin van het integraal afwegen van voor- en nadelen bij de beoordeling of een gedraging of afspraak mededingingsbeperkend is.

In de volgende paragraaf staat de economische vraag centraal: is er economisch gezien een probleem met marktbreed overeengekomen capaciteitsbeperkingen (kortweg 'capaciteitsbeperkingen') zoals bijvoorbeeld optraden in de BIDS-zaak? We concluderen dat in de BIDS-zaak inderdaad sprake is van een doelbeperking, maar dat

wil niet zeggen dat elke capaciteitsbeperking een doelbeperking is. Effectonderzoek blijft noodzakelijk.

De laatste paragraaf sluit af met onze conclusies.

Het begrip mededingingsbeperking

Mededingingsbeperkingen kunnen worden gezien vanuit een economische en vanuit een juridische invalshoek. Vanuit een economische invalshoek gezien gaat het om een gedraging of afspraak die de concurrentie beperkt en daardoor de totale (consumenten)welvaart vermindert. Economisch gezien is mededinging belangrijk om tot een optimale welvaartsverdeling te komen. Beperking van mededinging kan leiden tot een minder efficiënte werking van markten en daarmee tot welvaartsverlies. Mededinging is een middel, geen doel op zich. Wel is het vaak zo dat als de mededinging wordt belemmerd, er sprake is van welvaartsverlies. Een mededingingsbeperking kan echter ook welvaartsverhogend werken, namelijk indien het een vorm van marktfalen corrigeert (bijvoorbeeld negatieve milieueffecten) of te ver doorgeslagen concurrentie tegengaat.

Of een gedraging of afspraak economisch gezien mededingingsbeperkend dan wel -bevorderend is, is in zijn algemeenheid niet vast te stellen. Deze vraag moet per casus worden bekeken. Vaak zijn er verschillende, tegengesteld werkende mededingingseffecten en er zijn op basis van de economische theorie geen algemeen geldende uitspraken te doen over het netto-effect. De weging van die tegengesteld werkende beperkingen zal namelijk van geval tot geval verschillen.

Er is, kortom, geen vooraf sluitende economische definitie van het begrip mededingingsbeperking; de beoordeling van de welvaartseffecten van mededinging is een kwestie van afwegen van (verwachte) effecten. Economen vinden dat niet erg; voor hen staat niet rechtszekerheid maar efficiëntie voorop. Economen kijken primair naar de verwachte gevolgen van een anti-competitieve gedraging: 'neemt de efficiëntie toe of af door de gedraging?' of 'wordt de werking van de markt meer of minder efficiënt?'. Bij economische efficiëntie gaat het dus om de beoordeling van de ex-post effecten van een mededingingsbeperking op basis van mogelijke gevolgen op de allocatieve en dynamische efficiëntie.¹ Beoordeling kan dus wel vooraf (ex-ante) geschieden, maar altijd op basis van een inschatting van de situatie ex-post; niet op grond van algemeen geldende principes of criteria uit wet- en regelgeving of jurisprudentie.

Dr. Barbara Baarsma is directeur SEO Economisch Onderzoek en drs. Joost Poort is hoofd cluster Mededinging en Regulering, SEO Economisch Onderzoek. Graag bedanken we Weijer VerLoren van Themaat voor zijn kritische blik op een eerdere versie van dit artikel.

Bij rechtszekerheid gaat het daarentegen om de waarborg dat de rechtspraak volgens bepaalde objectieve normen geschiedt. Rechtszekerheid impliceert dat men liever niet werkt met een concept dat geen eenduidige en vooraf te toetsen criteria oplevert. Rechtszekerheid is gebaat bij *hard and fast rules* die eenduidig zijn te interpreteren, en waarvan de toepassing relatief weinig tijd en geld kost. Juristen bekijken gedragingen als afwijkingen van vooraf gestelde doelstellingen over bijvoorbeeld consumentenbescherming, vrijhandel of publieke belangen. Zij kijken niet primair naar de daadwerkelijke (of verwachte) gevolgen van de gedragingen. We spreken van een ex-ante benadering.

Vanuit een juridische invalshoek bezien ontstaan mededingingsproblemen wanneer dat gedrag in strijd is met de regels van het Europese (of nationale) mededingingsrecht. Artikel 81 lid 1 EG-Verdrag geeft de juridische definitie van een mededingingsbeperkende afspraak of gedraging.

Artikel 81 lid 1 EG-Verdrag

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 berokkend 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.

So far, so good: de verschillen tussen een ex-ante en een ex-post benadering zijn met een beetje goede wil in de praktijk best te overbruggen. Omdat in de juridische analyse van mededingingsbeperkingen echter allerlei 'extra varianten' zijn geconstrueerd van het begrip mededingingsbeperking, is het verschil tussen de economische en juridische analyse vergroot. Deze extra varianten zijn:

- een doelbeperking en een gevolgbeperking (ook wel: effectbeperking);²
- een merkbare en niet-merkbare mededingingsbeperking;
- een noodzakelijke en niet-noodzakelijke mededingingsbeperking;
- allerlei combinaties van bovengenoemde varianten die het leven er niet makkelijker op maken:
 - o een merkbare doel- of gevolgbeperking is doorgaans verboden;
 - o een merkbare doelbeperking waaraan ook voordelen verbonden zijn, mag onder artikel 81 lid 3 EG-Verdrag worden beoordeeld;
 - o een merkbare gevolgbeperking wordt, mits daar uitsluitend noodzakelijke nevenbedingen aan verbonden zijn, beoordeeld binnen artikel 81 lid 1 (en eventueel) lid 3 EG-Verdrag;

- o een niet-merkbare doel- of gevolgbeperking is niet verboden;
- o een merkbare gevolgbeperking die niet als kartel wordt gekwalificeerd, kan alsnog verboden zijn als daar niet-noodzakelijke nevenbedingen aan verbonden zijn.

We lichten deze varianten hieronder toe en gaan ook in op de juridische omgang met het wel of niet afwegen van voor- en nadelen van een mededingingsbeperking.

Doelbeperking en gevolgbeperking

In de regel beoordeelt het Hof de verenigbaarheid van een overeenkomst met artikel 81 lid 1 EG-Verdrag in twee stappen.³ Uit deze tweetrap volgt het onderscheid in de varianten doel- en gevolgbeperking.

1. Is sprake van een doelbeperking? Om te beginnen gaat het Hof na, of de overeenkomst tot doel heeft de mededinging te beperken. Daartoe onderzoekt het Hof op objectieve wijze welke doeleinden de overeenkomst nastreeft. Bij de toetsing van een concreet geval aan artikel 81 lid 1 EG-Verdrag moeten de criteria van deze bepaling volgens vaste rechtspraak worden gedefinieerd met inachtneming van de juridische, economische en feitelijke context waarin de ondernemingen opereren, de producten of diensten waarop de beslissingen van de betrokken ondernemingen betrekking hebben, de structuur van de betrokken markt en de werkelijke omstandigheden waaronder deze functioneert.⁴ Indien de overeenkomst een concurrentiebeperkende doelstelling heeft, valt zij onder het verbod van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag *zonder* dat de concrete gevolgen ervan in aanmerking hoeven te worden genomen.⁵
2. Indien geen sprake is van een doelbeperking, is er dan misschien sprake van een gevolgbeperking? Indien de overeenkomst niet specifiek tot doel heeft de mededinging te beperken, onderzoekt het Hof of de overeenkomst tot gevolg heeft dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst.⁶

1 In economisch is sprake van efficiëntie als mensen net zo lang hun spullen hebben geruild totdat niemand er meer op vooruit kan gaan zonder dat iemand anders er op achteruit kan gaan. Bij efficiëntie gaat het om het optimaal verdelen van de welvaart en om het maximaal vergroten van de welvaart in de loop der tijd.

2 We gaan in op verdere variaties, zoals evidente en niet-evidente beperkingen; zie bijvoorbeeld: Rb. Rotterdam 28 februari 2006, *BOVAG en NCBRM/RvB NMa*, LJN AX1341.

3 HvJ EG 30 juni 1966, zaak 56/65, *Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm, Jur.* 1966, 392.

4 Dit volgt uit de in de vorige voetnoot genoemde zaak (r.o. 391 en 392); HvJ EG 28 maart 1984, gevoegde zaken 29 en 30/83, *CRAM & Rhein-zink/Commissie, Jur.* 1984, 1679, r.o. 26; HvJ EG 12 december 1995, zaak C-399/93, *Oude Luttikhuis, Jur.* 1995, I-4514, r.o. 10; HvJ EG 12 september 2000, gevoegde zaken C-180-184/98, *Pavlov, Jur.* 2000, I-6541, r.o. 91.

5 HvJ EG 13 juli 1966, gevoegde zaken 56 en 58/64, *Consten & Grundig, Jur.* 1966, 450. Zie ook: Mededeling van de Commissie. Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81 lid 3 van het Verdrag PB C 2004, 101/97, *randnummers* 19 e.v.

6 HvJ EG 30 juni 1966, zaak 56/65, *Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm, Jur.* (Nederlandse uitgave) 1966, 392; HvJ EG 28 februari 1991, zaak C-234/89 (*Delimitis*), *Jur.* 1991, I-935, r.o. 13.

Artikel 81 lid 1 EG-Verdrag verbiedt in dit verband niet alleen daadwerkelijke, maar ook zuiver potentiële mededingingsverstorende gevolgen.⁷ Een gevolgbeperking is een gedraging of afspraak die niet tot doel heeft de mededinging te beperken maar die wel een onbedoelde beperking van de mededinging tot gevolg heeft. Gevolgbeperkingen vallen dus ook onder het kartelverbod.

Binnen deze terminologie zou bijvoorbeeld een selectieve of exclusieve distributieovereenkomst niet als doelbeperking maar mogelijk wel als gevolgbeperking aan te merken zijn.

Doelbeperkingen zijn 'hardcore' (harde kern) beperkingen. De bekendste voorbeelden daarvan zijn: prijsafspraken, productiebeperking en marktverdeling (overeenkomstig artikel 81 lid 1 onder a, b en c EG-Verdrag).⁸ In die gevallen is het juridisch gezien niet nodig het effect van de beperking op de relevante markt te onderzoeken.⁹ Economisch gezien snijdt deze redenering geen hout, omdat niet alle hardcore beperkingen altijd de consumentenwelvaart verlagen. Om te beoordelen of sprake is van een gevolgbeperking is een economische analyse vereist. Deze valt uiteen in een kwalitatieve toetsing (analyse van de invloed op de marktwerking) en een kwantitatieve toetsing (meting van marktaandeelen).

Vanuit het oogpunt van procesefficiëntie is er echter wel wat voor te zeggen om voor een bepaald soort gedraging of overeenkomst waarvan keer op keer is gebleken dat deze mededingingsbeperkende effecten heeft, een categorie 'hardcore beperkingen' of *per*

se illegal te hebben. In de Amerikaanse Leegin-zaak wordt dit mooi verwoord in de Opinion of the Court:¹⁰

'Resort to per se rules is confined to restraints (...) "that would always or almost always tend to restrict competition and decrease output". (...) To justify a per se prohibition a restraint must have manifestly anticompetitive "effects" (...) and "lack ... any redeeming virtue" (...). As a consequence, the per se rule is appropriate only after courts have had considerable experience with the type of restraint at issue.'

In deze redenering zitten twee belangrijke verschillen met het Europese concept van de doelbeperking. Ten eerste gaat het in het geval *per se illegality* om gedragingen of overeenkomsten die (vrijwel) altijd de mededinging beperken (het gaat dus niet om het doel, maar om het effect). Ten tweede is *per se illegality* alleen dan aan de orde als de rechtbank aanzienlijke ervaring heeft met het beoordelen van de effecten van de betreffende gedraging of overeenkomst. Dit laatste is precies wat we hierboven met procesefficiëntie bedoelen: als in verschillende zaken met soortgelijke kenmerken is aangetoond dat een bepaalde gedraging de mededinging beperkt (zonder dat daar noemenswaardige voordelen tegenover staan), dan is het niet nodig om dat in de betreffende zaak nog een keer te doen.¹¹ Dit impliceert nog altijd een op effecten gebaseerde benadering. Immers: geen *per se illegality* zonder uitgebreid effectonderzoek in soortgelijke zaken. Dit lijkt op wat in de wetenschapsfilosofie inductie heet: het afleiden van zo algemeen mogelijke regels ('alle zwanen zijn wit') uit een verzameling specifieke gevallen ('ik heb honderd keer een zwaan gezien die wit was en niet een keer één zwaan die zwart was'). Behalve procesefficiëntie heeft het bestaan van *per se rules* ook het voordeel dat meer rechtszekerheid bestaat voor partijen.¹²

Merkbare en niet-merkbare mededingingsbeperkingen

Niet alle mededingingsbeperkingen vallen onder het kartelverbod van artikel 81 EG-Verdrag. Het is sinds het Völk/Vervaecke-arrest vaste rechtspraak dat artikel 81 lid 1 EG-Verdrag overeenkomsten met mededingingsbeperkende gevolgen slechts verbiedt voor zover zij merkbaar zijn.¹³ De beoordeling van de situatie dient immers in de context van de gedraging of afspraak plaats te vinden, en bij zeer kleine marktaandeelen is het gevolg van een mededingingsbeperking op de markt verwaarloosbaar. Dit berust op het beginsel 'de minimis non curat praetor' (een rechter houdt zich niet met futiliteiten bezig), ofwel kortweg 'de minimis'. Een overeenkomst of gedraging ontkomt derhalve aan het verbod van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag, wanneer zij de markt slechts in zeer geringe mate beïnvloedt.

In de 'de minimis-bekendmaking'¹⁴ (ook wel 'bagatellen-bekendmaking' genoemd), die is opgesteld naar aanleiding van de jurisprudentie van het Hof, heeft de Commissie marktaandeeldrempels vastgesteld die als indicatie¹⁵ voor de toepassing van het merkbaarheids criterium dienen. Voor 'horizontale' overeenkomsten geldt een drempel van 10 procent marktaandeel; voor 'verticale' overeenkomsten is de drempel 15 procent marktaandeel en voor cumulatieve effecten 5 procent. Bij 'twijfelgevallen' geldt een drempel van 10 procent. Deze drempels vormen een soort *safe harbour*, waar het risico op boetes zeer gering is. Zij hebben echter geen absoluut karakter. Doelbeperkingen (*hardcore* kartels) zijn – vooralsnog¹⁶ – uitgesloten van de werkingsfeer van deze bekendmaking.

Het was lang onduidelijk of doelbeperkingen ook getoetst konden worden aan het merkbaarheidsvereiste. Tot 2003 toen de Rechtbank van Rotterdam uitspraak deed in de zaak van de Bredase notarissen, ging de Nederlandse Mededingingsautoriteit er steeds vanuit dat merkbaarheid bij een doelbeperking niet onderzocht hoeft

- 7 Mits deze gevolgen voldoende merkbaar zijn. HvJ EG 28 mei 1998, zaak C-7/95P *John Deere/Commissie*, Jur. 1998, I-3111, r.o. 61.
- 8 Zie voor een opsomming van 'hardcore' mededingingsbeperkingen de 'de minimis-bekendmaking', punt 11.
- 9 GvEA EG 15 september 1998, gevoegde zaken T-374, 375, 384 en 388/94, *European Night Services*, Jur. 1998, II-3141.
- 10 US Supreme Court, *Leegin creative leather products, inc. V. Pks, inc., dba kay's kloset ... Kay's shoes*, No. 06-480, June 28, 2007.
- 11 Zie de 'Opinion of the Court' in de *Leegin* zaak: 'The per se rule (...) eliminates the need to study the reasonableness of an individual restraint in light of the real market forces at work'.
- 12 Zie ook weer de 'Opinion of the Court' in de *Leegin* zaak: 'and, it must be acknowledged, the per se rule can give clear guidance for certain conduct.'
- 13 HvJ EG 9 juli 1969, zaak 5/69, *Völk/Vervaecke*, Jur. 1969, 295, r.o. 7; HvJ EG 12 september 2000, gevoegde zaken C-180-184/98, *Pavlov*, Jur. 2000, I-6541, r.o. 94-97.
- 14 Bekendmaking van de Commissie in zake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81 lid 1 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (de minimis), *Pb. EG C 368/13* (22 december 2001) ('de minimis-bekendmaking').
- 15 De 'de minimis-bekendmaking' is dus slechts een vertaling door de Commissie van het kwantitatieve merkbaarheidsvereiste.
- 16 'Vooralsnog' omdat in de Tweede Kamer het voorstel is gedaan om de uitzondering op het verbod om mededingingsafspraken te maken ruimer te formuleren (het maximale gezamenlijke marktaandeel van ondernemingen die als uitzondering op artikel 6 van de Mededingingswet mededingingsafspraken mogen maken, wordt verhoogd van 5 procent naar 10 procent en de voorwaarde met betrekking tot de maximale gezamenlijke omzet wordt geschrapt). Het hoofddoel van de voorstellers van de wetswijziging is om de positie van leveranciers met een beperkt marktaandeel te versterken. Zie: *Kamerstukken II 2007/08, 31531 nr. 3, MvT*.

te worden. Op basis van Europees recht¹⁷ en de totstandkomingsgeschiedenis van de Nederlandse Mededingingswet oordeelde de rechter (ook in hoger beroep) dat ook doelbeperkingen – in dit geval een marktverdelingsafpraak tussen zestien notarissen – niet-merkbaar kunnen zijn en dus buiten het kartelverbod kunnen blijven.¹⁸ Overigens was de afspraak tussen deze notarissen volgens de rechter wel merkbaar.

Noodzakelijke en niet-noodzakelijke mededingingsbeperking

Binnen artikel 81 lid 1 EG-Verdrag wordt niet alleen beoordeeld of een mededingingsbeperking valt onder de noemer doel- of gevolgsbeperking en of een beperking merkbaar is of niet, maar wordt ook beoordeeld of sprake is van een noodzakelijke beperking. Deze beoordeling speelt een rol bij zaken waarbij een ‘hoofdbeding’ en ‘nevenbedingen’ aan de orde zijn; denk aan een franchiseovereenkomst met daaraan verbonden afspraken die beletten dat de door de franchisegever overgedragen knowhow en verleende bijstand aan concurrenten ten goede komen.¹⁹ Stel dat het ‘hoofdbeding’ niet problematisch is onder artikel 81 lid 1 EG-Verdrag en dat het ‘nevenbeding’ op zich wel mededingingsbeperkend is, maar tegelijk noodzakelijk is voor het kunnen verwezenlijken van het ‘hoofdbeding’. In dat geval is het ‘nevenbeding’ niet verboden.

Er zijn verschillende uitspraken geweest waar het Hof eerst de verschillende mededingingsaspecten van de gevolgen van een bepaalde overeenkomst afweegt, en dan bij een positieve balans daarvan beslist dat de bedingen die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van die overeenkomst, buiten het verbod van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag vallen. Dit is bijvoorbeeld het geval bij:

- selectieve verkoopsystemen: deze vormen een met artikel 81 lid 1 EG-Verdrag verenigbare concurrentiefactor, mits bij de keuze van de wederverkopers objectieve criteria (ten aanzien van de vakbekwaamheid van de wederverkoper, zijn personeel en de inrichting van zijn onderneming) van kwalitatieve aard worden gehanteerd en deze voorwaarden uniform worden vastgesteld voor alle potentiële wederverkopers en zonder discriminatie worden toegepast;²⁰
- non-concurrentie-bedingen: de mogelijkheid om ondernemingen te verkopen kan bijdragen tot versterking van de mededinging; een non-concurrentiebeding voor de verkoper ten opzichte van de koper van een onderneming valt daarom niet onder het verbod van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag, voor zover dat noodzakelijk is in het kader van de overeenkomst tot overdracht van de onderneming, en de duur en werkings sfeer ervan strikt beperkt is tot hetgeen daarvoor vereist is;²¹
- exclusiviteit bij inkoopcoöperaties: een bepaling in de statuten van een inkoopcoöperatie die haar leden verbiedt deel te nemen in andere vormen van georganiseerde samenwerking die haar rechtstreeks concurrentie aandoen, valt niet onder het verbod van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag, voor zover zij beperkt is tot hetgeen noodzakelijk is om de goede werking van de coöperatie te verzekeren en haar contractuele onderhandelingspositie ten opzichte van de producenten te handhaven.²²

Efficiëntieverweer: het afwegen van voor- en nadelen

Sinds 1 mei 2004 is een direct efficiëntieverweer mogelijk.²³ Dat wil zeggen dat in reactie op een stelling dat een overeenkomst negatieve effecten heeft, gesteld kan worden dat dat weliswaar zo kan zijn, maar dat het netto-effect positief is; het woord ‘netto’ betekent dat er een afweging mogelijk is van voor- en nadelen. De juridische

grond daarvoor is gelegen in artikel 81 lid 3 EG-Verdrag. Voor een ontheffing van het verbod geldt een vier-stappen-toets, met eerst twee ‘positieve’ voorwaarden, en dan twee ‘negatieve’ voorwaarden. De vier voorwaarden zijn cumulatief van aard.

Artikel 81 lid 3 EG-Verdrag

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.

Het afwegen van de positieve en negatieve aspecten van een gedraging of afspraak mag – zowel in het geval van een doel- als een gevolgsbeperking – alleen binnen artikel 81 lid 3 EG-Verdrag gebeuren.²⁴ Dat betekent dat dan al vast staat dat juridisch gezien sprake is van een mededingingsbeperking, omdat aan de voorwaarden voor artikel 81 lid 1 EG-Verdrag is voldaan. Hiermee verschilt de Europese invulling

17 De rechter verwees naar de *European Night Services*-zaak, zie noot 10.

18 Rb. Rotterdam 18 juni 2003, *X/d-g NMa* (Notarissen Breda); CBB 12 maart 2004, 1. A., 2. d-g NMa/uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 18 juni 2003 in het geding tussen 1. en 2. (Notarissen Breda).

19 Dit voorbeeld is gebaseerd op: HvJ EG 28 januari 1986, zaak 161/84 (*Pro-nuptia*), *Jur.* 1986, 353.

20 HvJ EG 25 oktober 1977, zaak 26/76, *Metro SB-Großmärkte/Commissie*, *Jur.* 1977, 1875, r.o. 20-22; HvJ EG 11 december 1980, zaak 31/80, *L'Oréal/De Nieuwe AMCK*, *Jur.* 1980, 3775, r.o. 15.

21 HvJ EG 11 juli 1985, zaak 42/84, *Remia*, *Jur.* 1985, 2545, r.o. 17-20.

22 HvJ EG 15 december 1994, zaak C-250/92, *Gøttrup-Klim*, *Jur.* 1994, I-5641, r.o. 28-45.

23 Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag.

24 Er bestaat met andere woorden geen *rule of reason* in het Europese mededingingsrecht. GvEA EG 18 september 2001, zaak T-112/99, *Métropole Télévision - M6 e.a./Commissie*, *Jur.* 2001, p. II-02459, r.o. 72-74. ‘(...) de rechterlijke instanties van de Gemeenschap het bestaan van een dergelijke regel als zodanig niet (...) erkend. In verschillende arresten hebben het Hof en het Gerecht er intendeel op gewezen, dat het bestaan van een *rule of reason* in het communautaire mededingingsrecht twijfelachtig is.’ NB Zoals Loozen 2002 (verwijzing zie citaat boven dit artikel) terecht stelt, is in het *Gøttrup-Klim*-arrest sprake (noot 22) van een integrale afweging van voor- en nadelen binnen artikel 81 lid 1 EG-Verdrag.

van de *rule of reason* (redelijke toepassing) van de invulling zoals die in het Amerikaanse antitrustrecht bestaat.²⁵ In het Amerikaanse recht wordt de *rule of reason* al toegepast op het moment dat nog beoordeeld moet worden of sprake is van een mededingingsbeperking. Vertaald naar de Europese situatie zou dat betekenen dat de *rule of reason* wordt toegepast bij de beoordeling in het kader van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag en niet pas bij de beoordeling onder lid 3. Overigens bieden de Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81 lid 3 van het EG-Verdrag²⁶ wel houvast als het gaat om zowel de toepassing van het derde als het eerste lid van het kartelverbod.

Het voordeel van de Amerikaanse *rule of reason* is dat een gedraging of afspraak minder snel als een mededingingsbeperking wordt gekwalificeerd. Een ander voordeel is dat deze benadering beter aansluit bij de economische benadering in mededingingsanalyses, waarbij mededingingsbeperkingen alleen op basis van effectonderzoek kunnen worden vastgesteld.

In Europa moet eerst schuldig worden gepleit ('ja, er is sprake van een mededingingsbeperking') alvorens een efficiëntieverweer gevoerd kan worden. Gegeven de begrijpelijke tegenzin van de meeste mededingingsadvocaten om schuldig te pleiten, zien we in de praktijk weinig efficiëntieverweren. Sterker nog: er zijn nog geen succesvol gevoerde en doorslaggevende efficiëntieverweren te vinden in de jurisprudentie. Uiteraard biedt de uitgebreide beschikingspraktijk over ontheffingsaanvragen bij de NMa van voor 2004 wel enige uitkomst, maar deze jurisprudentie veroudert uiteraard en wordt niet aangevuld met nieuwe inzichten en afwegingen.

Daarbij komt nog dat er te weinig sturende werking uitgaat van de controle op *self assessment* van kartelovereenkomsten. Sinds 1 mei 2004, toen EG-Verordening 1/2003 van kracht werd, is het niet meer mogelijk om ontheffing te krijgen voor kartelovereenkomsten. Partijen dienen zelf te beoordelen (*self assessment*) of wordt voldaan aan de voorwaarden van artikel 81 lid 3 EG-Verdrag (of de nationale varianten daarvan). Tegelijk is ook de controle of is voldaan aan deze voorwaarden gedecentraliseerd naar nationale rechterlijke instanties en de nationale mededingingsautoriteiten. Er wordt vanuit gegaan dat concurrenten wakker genoeg zijn om te klagen bij de NMa of een civiele procedure te starten tegen concurrenten met verboden gedragingen of afspraken. De oude jurisprudentie wordt sinds 2004 niet meer aangevuld, omdat de NMa weinig klachten gegrond verklaart en over klachten niet publiceert. Daardoor is er te weinig duidelijkheid over wanneer wel of geen beroep kan worden gedaan op de voorwaarden van artikel 81 lid 3 EG-Verdrag (dan wel

op artikel 6 lid 3 Mw). In een dergelijk vacuüm zonder aanwijzingen op basis van jurisprudentie blijft een efficiëntieverweer kennelijk een te grote gok. Door bij de beoordeling binnen artikel 81 lid 1 EG-Verdrag reeds de afweging van positieve en negatieve effecten te betrekken, zal meer jurisprudentie ontstaan over de criteria waaraan voldaan moet worden of een succesvol efficiëntieverweer te voeren.

De BIDS-zaak

De zaak in kort

De BIDS-zaak start bij de constatering dat er overcapaciteit bestaat in de Ierse rundvleessector, en meer in het bijzonder de verwerkende industrie (het slachten en uitbenen van het vlees). Uit een in 1998 op gezamenlijk verzoek van de Ierse regering en de vertegenwoordigers van de rundvleessector uitgevoerde studie bleek dat het aantal verwerkers moest worden teruggebracht van twintig naar vier tot zes. Dit rapport bevatte eveneens de aanbeveling, dat de ondernemingen die de markt dienden te verlaten (de 'vertrekkers') schade-loos worden gesteld door de ondernemingen die op de markt zouden blijven (de 'blijvers'). Een door het landbouwministerie ingestelde werkgroep heeft aanbevolen dat de verwerkers een schadevergoedingsfonds zouden instellen.

Vervolgens hebben de tien belangrijkste verwerkers op 2 mei 2002 Beef Industry Development Society Ltd (hierna: BIDS) opgericht. BIDS heeft een ontwerp rationalisatieplan voorbereid, dat onder meer voorzigt in een verlaging van de verwerkingscapaciteit met ongeveer 25 procent, wat overeenkomt met ongeveer 420 duizend stuks vee per jaar. De BIDS-overeenkomsten beogen de totale winstgevendheid te verhogen van ondernemingen die instaan voor meer dan 90 procent van de rundvleesverwerking op de Ierse markt, door hen in staat te stellen hun minimum efficiënte schaal te benaderen of te bereiken. Dat gebeurt door:

1. het verhogen van de concentratiegraad van de betrokken markt door het aantal verwerkende ondernemingen aanzienlijk te reduceren (de installaties van vertrekkers worden uit bedrijf genomen en de bedrijfsterreinen van de uit bedrijf genomen installaties worden niet gebruikt voor het verwerken van rundvlees gedurende een periode van vijf jaar), en
2. het wegwerken van haast 75 procent van de overtollige productiecapaciteit.

BIDS stelt dat hier geen sprake is van een overeenkomst die al op voorhand mededingingsbeperkend is, omdat hier geen sprake is van horizontale prijsbinding, productiebeperking of het verdelen van markten (r.o. 22). De rechter concludeert daarentegen dat wel sprake is van een doelbeperking: 'Dit type overeenkomsten strijdt duidelijk met de in de mededingingsbepalingen van het EG-Verdrag besloten voorstelling, volgens welke iedere ondernemer zelfstandig moet bepalen welk beleid hij op de gemeenschappelijke markt zal voeren.' (r.o. 34). Door dit crisiskartel kunnen deelnemers niet meer kiezen om hun winstgevendheid op andere wijzen te vergroten. Dat kan namelijk ook door een kille sanering (elkaar sterker beconcurreren) of door concentraties.

De rechter concludeert vervolgens (r.o. 36-38) dat ook de middelen die worden gebruikt om het doel van de BIDS-overeenkomsten te bereiken, restricties zijn met een mededingingsbeperkende strekking. Ten eerste betreft dit de afspraak dat door alle blijvers een vrijwillige heffing wordt betaald van 2 euro per dier in het kader van het traditionele slachtpercentage aan BIDS en van 11 euro per geslacht dier waarmee dat percentage wordt overschreden.²⁷ Van met name deze 11 euro gaat een productiebeperkend effect uit: 'Deze maatre-

25 Het kartelverbod in de Amerikaanse Sherman Act verbiedt 'agreements, conspiracies or trusts in restraint of trade'. De rechter heeft dat aangepast tot de toets of sprake is van overeenkomsten 'unreasonably restraining trade'. Hierin zit de *rule of reason* – in de zin van het afwegen van voor- en nadelen van de overeenkomst – al opgesloten. Overigens kent ook het Amerikaanse antitrustrecht *per se illegal* overeenkomsten vergelijkbaar met de Europese hardcore beperkingen, zie de eerste paragraaf van dit artikel.

26 Mededeling van de Commissie, Pb. EU C 2004, 101/97.

27 Hoewel het arrest geen informatie bevat over de grondslag voor het bepalen van de uitkoopbedragen, is het waarschijnlijk dat daarvoor een bedrijfseconomisch winstbegrip zal worden gehanteerd. Wanneer als gevolg van de overcapaciteit de winstgevendheid de komende jaren onder druk kan komen te staan, is een logisch gevolg een waardedaling van de bedrijven. Dit geeft potentiële vertrekkers een sterke prikkel om zo snel mogelijk uit de markt te treden.

gel dreigt dus tot gevolg te hebben dat bepaalde ondernemers hun productie zullen bevriezen.' Ten tweede betreft dit de aan de vertrekkers opgelegde restricties met betrekking tot de beschikking over en het gebruik van hun verwerkingsinstallaties. De vertrekkers mogen twee jaar lang niet actief zijn op de Ierse markt, de installaties en bedrijfsterreinen worden voor vijf jaar *kaltgestellt* en mogen alleen aan de blijvers of buiten Ierland worden verkocht. De rechter concludeert dat dit mededingingsbeperkingen zijn, omdat het doel ervan is te voorkomen dat deze installaties kunnen worden gebruikt door nieuwe ondernemingen die de markt betreden om de blijvers te beconcurreren. Dit komt doordat de investeringen voor de bouw van een nieuwe verwerkingsinstallatie veel hoger zijn dan de kosten van de overname van een bestaande installatie.

Economische duiding van de BIDS-zaak

Zoals gezegd concludeert de rechter dat hier sprake is van een doelbeperking in de juridische zin van het woord. Economisch is hier geen speld tussen te krijgen in de zin dat duidelijk is dat het doel van de BIDS-overeenkomsten mededingingsbeperkend is. Belangrijker is dat de effecten van de BIDS-overeenkomsten de mededinging beperken en dat als gevolg daarvan de consumentenwelvaart zal afnemen. De 'warme sanering' wordt weliswaar gebracht als een noodzakelijke maatregel om een ongezonde situatie in de Ierse vleesverwerkingssector als gevolg van structurele overcapaciteit af te wenden. Maar economen zijn geneigd een dergelijk 'ongezonde' situatie te betitelen als concurrentie. Concurrentie kan heftig zijn, zeker. Concurrentie kan marges uithollen en tijdelijk zelfs tot verliezen leiden over de volle breedte van een sector. Zo wordt er zelfs wel eens beweerd dat luchtvaartmaatschappijen over de gehele geschiedenis van de luchtvaart per saldo verlies hebben geleden. Het wegnemen van overcapaciteit kan er dan voor zorgen dat de concurrentie minder fel wordt – of zelfs deels wordt uitgeschakeld – waardoor de marges groter worden. Die overcapaciteit bedroeg 32 procent van de piekvraag (r.o. 13a) en zou na de warme sanering geheel verdwenen zijn (132 procent x 75 procent = 99 procent, oftewel: na de sanering zou precies of zelfs net niet aan de piekvraag kunnen worden voldaan).²⁸ Het feit dat deze grotere marges volgens de BIDS-overeenkomst voor 2 euro worden ingezet om de warme sanering te bekostigen, doet daar niets aan af. Het blijft een feit dat de overeenkomst het oogmerk heeft de marges te verruimen en dat deze marges worden opgebracht door de klanten van de bedrijfstak. Bovendien hebben deze klanten minder te kiezen door de toegenomen marktconcentratie (vertrekkers moeten de markt uit) en verhoogde toetredingsdrempels (vertrekkers mogen hun installaties niet verkopen aan nieuwkomers).

Warme sanering versus kille shake-out

Wanneer een sector te kampen heeft met overcapaciteit en het in bedrijf houden van capaciteit relatief goedkoop is, kan een situatie ontstaan die in de economische literatuur bekend staat als Bertrand-concurrentie.²⁹ Onder Bertrand-concurrentie komt de marktprijs dicht in de buurt van de marginale productiekosten te liggen. Dit zijn de kosten die een aanbieder moet maken voor één extra hoeveelheid productie, in dit geval dus de directe kosten die gemoeid zijn met het slachten van één dier. Zolang de marktprijs boven die marginale kosten ligt, zal een aanbieder met leegstand immers geneigd zijn onder de marktprijs te duiken om marktaandeel te verwerven en zo iets van zijn vaste kosten terug te verdienen. In zijn meest strikte vorm is Bertrand-concurrentie in een sector nooit lang houdbaar, omdat het

bedrijven geen ruimte biedt investeringen terug te verdienen. De zwakste bedrijven of de bedrijven met geringe reserves zullen failliet gaan of worden opgekocht, tot zich een evenwicht kan instellen waarin voldoende hoge marges worden behaald voor een gezonde bedrijfsvoering. Dan zijn het echter niet de afnemers, maar de ondernemers die de kosten van de sanering moeten dragen.

De Ierse markt voor rundvleesverwerking bestaat uit enkele grote spelers en veel meer kleintjes. De kleintjes worden weggesaneerd en de resterende markt is beschikbaar voor de grote. De belangrijkste reden om niet voor een kille *shake-out* te kiezen, is dat dit natuurlijke proces kan leiden tot kosten en tot onrust. Stel dat een van de grotere partijen een kleintje opkoopt. Dan draagt de opkopende partij de kosten, terwijl de andere overgebleven partijen ook de baten van de weggehaalde capaciteit ervaren. Het gevolg is dat de grote partijen zullen wachten met opkopen tot de ander het doet (het welbekende *prisoner's dilemma*). Dat kan betekenen dat het of heel langzaam gaat (de groten blijven net zo lang op elkaar wachten tot de kleintjes vanzelf omvallen) of dat de grote partijen toch ineens de smaak te pakken krijgen en kleintjes gaan opkopen om daarmee marktaandeel op de concurrenten te winnen. Gevolg van dit laatste kan zijn dat (te) hoge prijzen voor de kleintjes worden betaald en dat er dus (te) veel kosten zijn. Al met al lijken dit geen redenen om een kartel toe te staan. Even kort door de bocht: een rustig leven willen alle ondernemers wel (geïnspireerd op de econoom John Hicks: 'The best of all monopoly profits is a quiet life.'³⁰).

De tien Ierse rundveeslachten die de BIDS-overeenkomst hebben gesloten, wilden dit pijnlijke (lage marges) en onzekere (wie krijgt de hardste klappen? komt er een dure opkooprace?) proces niet afwachten. Met de overeenkomst trachten zij direct naar het eindspel te gaan. Wanneer de overeenkomst slaagt in de ambitie de intentiemarges te herstellen door de capaciteit in de sector terug te brengen – en daarmee de intensiteit van de concurrentie te verlagen – is de overeenkomst mededingingsbeperkend.

Maar er is meer. De wijze waarop de sanering wordt bekostigd, met de heffing van 2 euro per geslacht dier of 11 euro wanneer het oude marktaandeel wordt overstegen, garandeert dat de concurrentie na de geplande sanering verzacht wordt en dat de overgebleven partijen geen relatief voordeel behalen uit de sanering.

De saneringskosten worden onderdeel gemaakt van de marginale kosten en niet bijvoorbeeld als eenmalig bedrag naar rato van het huidige marktaandeel of de omzet omgeslagen. Zo zullen de overgebleven bedrijven in staat zijn om zelfs onder de meest intensieve concurrentievorm (Bertrand-concurrentie) deze kosten aan de afnemers door te berekenen: de kosten van iedere marktpartij nemen immers in dezelfde mate toe.

Overigens lijkt het onwaarschijnlijk dat in de nieuwe marktsituatie zonder overcapaciteit ten opzichte van de piekvraag nog een dergelijke felle concurrentiestrijd zal bestaan. Integendeel. De 11 euro

28 Men kan het arrest (r.o. 13d1) ook anders lezen, namelijk dat er 25 procent verwerkingscapaciteit van het marktvolume uit gaat, en er dus 132-25=107 procent overblijft. Het besluit en r.o. 6 ondersteunen echter de interpretatie zoals weergegeven in de hoofdtekst.

29 Bertrand-concurrentie (het concurreren op prijs) is de tegenhanger van Cournot-concurrentie waarbij wordt geconcurrereerd op de hoeveelheid van de geproduceerde output.

30 J.R. Hicks, 'Annual survey of economic theory: The theory of monopoly', *Econometrica* 1935, p. 1-20.

per dier die verwerkers dienen te betalen voor zover hun marktaandeel toeneemt, zorgt voor een effectief en eenvoudig hanteerbaar sanctiemechanisme dat de basis vormt voor een stabiel kartel. De toekomstige marktgroei voor de blijvers (circa 420.000 dieren) wordt verdeeld op basis van de status quo onder de resterende bedrijven, en groei van marktaandeel wordt bestraft met per saldo 9 euro per dier.

Al met al heeft de overeenkomst dus alle aspecten in zich, die kwalificeren voor een doelbeperking:

- horizontale prijsbinding, via een generieke toename van de kosten van 2 euro per dier (artikel 81 lid 1a EG-Verdrag). Weliswaar wordt geen eindprijs afgesproken, maar de saneringskosten worden in de marginale kosten versleuteld, zodat minimaal een gelijke stijging van de marktprijzen onontkoombaar is;³¹
- productiebeperking (artikel 81 lid 1b EG-Verdrag), door het verlagen van de beschikbare capaciteit in de markt tot op of zelfs iets onder de maximaal gevraagde piekcapaciteit. Deze beperking wordt verder gesanctioneerd door de clausules die voorkomen dat vertrekkers, hun terreinen of installaties op korte termijn opnieuw in de markt komen;
- het verdelen van markten (artikel 81 lid 1c EG-Verdrag), door het fixeren van de huidige marktaandelen van de overgebleven ondernemers, effectief gesanctioneerd door de verdeelsleutel van de saneringskosten.

Al met al is de constatering dat wanneer een mededingingseconoom gevraagd zou worden een stabiel kartel voor deze sector te ontwerpen, de BIDS-overeenkomst een mogelijke uitkomst zou zijn.

Soortgelijke zaken

Een vergelijking met de uitspraken van rechters in soortgelijke zaken maakt duidelijk dat de uitspraak in de BIDS-zaak ook juridisch gezien geen verrassing is. We noemen hier specifiek twee zaken betreffende capaciteitsbeperkingen die eerder in Nederland hebben gespeeld: de Stichting Baksteen³² en de Stichting Saneringsfonds Varkenslachterijen.³³ De overeenkomst in deze laatste zaak bevat net als in de BIDS-zaak een productiebeperking en werd op grond daarvan verboden, terwijl in de baksteen-zaak geen sprake was van een gecombineerde overeenkomst en een ontheffing werd verleend.

Stichting Baksteen

De Stichting Baksteen sluit in 1992 een overeenkomst tot herstructurering en sanering van de baksteensector in Nederland, waarbij zestien ondernemingen zijn betrokken. De overeenkomst houdt in dat:

-
- 31 In theorie is het mogelijk dat de verwerkers de kostenstijgingen zelf betalen, dus niet doorrekenen aan derden. Dat zou echter tegen hun eigen belang ingaan en ook tegen het idee van de overeenkomst. Bovendien is doorberekenen in plaats van zelf betalen ook de logische uitkomst van concurrentie (de situatie zonder overeenkomst, of meer algemeen: zonder coördinatie).
- 32 Beschikking 94/296/EG van de Commissie van 29 april 1994 in zake een procedure op grond van artikel 85 EG-Verdrag (zaak IV/34.456, *Stichting Baksteen*), *Pb. EU* 1994, L131 van 26 mei 1994, p. 0015-0022.
- 33 Rb. Rotterdam 4 december 2001, MEDED 00/933-SIMO en MEDED 00/955-SIMO, 1. *Stichting Saneringsfonds Varkenslachterijen*, 2. *U-Vlees BV c.s./d-g NMa*, met als derde partij: *SturkoMeat Group BV.*, LJN AD9026.
- 34 Bakstenen zijn het gevolg van de niet-marktconforme investeringen in productiecentrales en de niet-marktconforme (import)contracten die in SEP-verband werden gedaan respectievelijk afgesloten.

- Vier baksteenfabrikanten sluiten zeven productie-eenheden zodat een structurele overcapaciteit van ongeveer 217 miljoen bakstenen wordt weggenomen. Bovendien zullen deze vier ondernemingen gedurende dertig jaar geen keramische bouwmaterialen meer in de te ontmantelen productie-eenheden produceren en de te ontmantelen installaties gedurende dertig jaar niet verkopen aan producenten die deze binnen een straal van vijfhonderd kilometer vanaf de Nederlandse grens voor capaciteitsvergroting zouden willen gebruiken (beide eisen gelden ook voor eventuele nieuwe eigenaren). Indien deze afspraak niet wordt nagekomen, is een geldboete mogelijk.
- De zestien ondernemingen die de overeenkomst hebben ondertekend, zullen deze saneringsoperatie financieel ondersteunen door gedurende vijf jaar (eventueel korter) aan de Stichting Baksteen een bepaald bedrag (20, 15 of 6 gulden) per 1000 geproduceerde bakstenen te betalen. Partijen mogen tijdens de financieringsperiode geen nieuwe capaciteit creëren.

In een markteconomie is het, zo erkent de Europese Commissie in r.o. 20, in de eerste plaats de taak van de ondernemingen om individueel te bepalen op welk moment hun overcapaciteit economisch onhoudbaar wordt, en om de noodzakelijke maatregelen te nemen om deze te verminderen. De Commissie verleent desondanks ontheffing voor dit kartel. De voornaamste redenen daarvoor zijn dat de Commissie ervan overtuigd is dat de beoogde capaciteit- en voorraadvermindering zo groot is dat die niet door een eenzijdige herstructureringsmaatregel zou kunnen worden bereikt (r.o. 16), omdat de prijsgevoeligheid van de vraag te laag is (r.o. 22). Dat laatste is essentieel en wordt helaas niet onderbouwd. Er wordt wel aannemelijk gemaakt dat de totale marktvaart niet erg prijsgevoelig is – het tempo waarin wordt gebouwd hangt van veel dingen af, maar niet van de prijs van bakstenen – maar dat wil niet zeggen dat een individuele onderneming via agressieve prijszetting haar eigen marktaandeel niet kan vergroten. Vergelijk dit met bijvoorbeeld de energiemarkt: de totale vraag naar stroom is inelastisch, maar een prijsvechter kan wel marktaandeel veroveren op de anderen. Om de overcapaciteit die in de elektriciteitssector begin jaren negentig bestond – en die toevalligerwijs de naam 'bakstenen'³⁴ droeg – werd gekozen voor de introductie van marktwerking, juist weg van de centrale aansturing van de elektriciteitsproductie door het productiekartel (SEP).

Vervolgens loopt de Commissie de voorwaarden voor ontheffing langs uit lid 3 van het kartelverbod. De overeenkomst draagt volgens de Commissie bij tot verbetering van de productie en bevordert de technische en economische vooruitgang, omdat:

'de productie-eenheden waarvan sluiting in overweging wordt genomen, wegens de ouderdom, de geringe omvang en/of de achterhaalde technologie ervan het meest onaangepast en het minst rendabel zijn, zal de productie nu worden geconcentreerd in de modernste fabrieken, die op een hoger capaciteits- en productieniveau kunnen functioneren; hierdoor zal de invloed van de vaste kosten, die een zeer groot deel van de kostprijs vormen, in even sterke mate afnemen.' (r.o. 26).

De Commissie vergeet daarbij echter mee te nemen dat die vaste kosten onder de saneringsregeling niet worden bespaard, maar worden afgekocht en afgewenteld op de afnemers van bakstenen.

Vervolgens concludeert de Commissie dat de verbetering van de productie de gebruikers ten goede komt. De redenering die hierbij wordt gegeven is in ieder geval vanuit economisch perspectief niet-valide (r.o. 29):

- 'omdat dezen op lange termijn een gesaneerde sector en een concurrerend aanbod zullen aantreffen'.³⁵ Het is geenszins duidelijk dat de geschetste voordelen niet ook in het geval van een kille *shake-out* gerealiseerd kunnen worden.
- 'terwijl zij op korte termijn verder van de voordelen van de tussen de deelnemers gehandhaafde concurrentie zullen genieten'.³⁶ Deze concurrentie zou bij een kille sanering alleen maar groter zijn.

De Commissie weegt ook mee dat door voor coördinatie van een natuurlijk proces te kiezen, de sluitingen onder sociaal aanvaardbare omstandigheden worden uitgevoerd waarbij de wederinschakeling van het personeel wordt vergemakkelijkt (r.o. 27). Dit klinkt sympathiek: niet de maatschappij draait via de WW op voor de aftocht van de werknemers, maar de sector zelf. Het zijn echter niet alleen of vooral de werknemers die hiervan profiteren maar juist de ondernemers. Het verschil tussen een kille *shake-out* en warme sanering is dat in het laatste geval ook het ondernemersrisico wordt gesocialiseerd, door het af te wentelen op de afnemers.

Stichting Saneringsfonds Varkensslachterijen

De Stichting Saneringsfonds Varkensslachterijen (hierna: SSV) legde in 1998 een warme saneringsregeling voor ontheffing voor aan de NMa (zaak 374). De bij SSV aangesloten bedrijven vertegenwoordigen ongeveer 80 procent van het varkensslachtpotentieel in Nederland. SSV sluit overeenkomsten met individuele slachterijen gericht op uitkoop en sluiting van varkensslachterijen. De NMa heeft dit crisiskartel goedgekeurd op vergelijkbare gronden als ook het baksteen-crisiskartel werd goedgekeurd door de Europese Commissie (zie r.o. 32-37). Tegelijkertijd ging de NMa niet akkoord met de saneringsovereenkomsten die SSV sluit met slachterijen waarin productiebeperkingen voor de (rest)capaciteit van deze slachterijen zijn opgenomen: 'Deze beperken de overgebleven slachterijen te sterk in hun individuele beslissingsvrijheid en concurrentiemogelijkheden.' (r.o. 39). De NMa oordeelt dat de overeenkomst met productiebeperking niet voldoet aan de eis van productieverbetering of technische vooruitgang. Vervolgens stelt de NMa dat niet voldaan is aan de voorwaarde dat een billijk aandeel de gebruikers ten goede komt, omdat een productiebeperking een inefficiënte aanwending van de productiecapaciteit tot gevolg heeft en dus leidt tot hogere prijzen voor de consument. Ook stelt de NMa dat de productiebeperking niet noodzakelijk is voor het behalen van de capaciteitsbeperking (r.o. 42).

Tegen dit NMa-besluit gingen partijen in beroep, eerst bij de NMa die het bezwaar niet gegrond verklaarde en daarna bij de Rechtbank Rotterdam die de NMa in het gelijk stelde.

Bredere consequenties

Een interessante vervolgvraag is of iedere sanering die door de overgebleven partijen wordt bekostigd, dan per definitie mededingingsbeperkend is. Het antwoord daarop luidt 'ja, doorgaans wel'. Bij een sanering verdwijnt capaciteit uit de markt, waardoor de bezettingsgraad en marges van de overgebleven capaciteit toenemen. Dit eindspel wordt bereikt zonder een overgangsfase van faillissementen en overnames, waarin afnemers profiteren van een prijzenslag en ondernemers risico's dragen en sommige van hen verlies lijden.

Wel zijn er situaties denkbaar dat een warme sanering vanuit het bredere perspectief van de maatschappelijke welvaart toch wenselijk is, ondanks de inherente mededingingsbeperking. Dat zal het geval zijn, wanneer de geschetste overgangsfase van overnames

en faillissementen ook voor de afnemers schadelijk is, ondanks de prijserosie waarmee zo'n fase gepaard gaat. Dat kan het geval zijn als de zoekkosten of overstapkosten voor afnemers hoog zijn, of het belang van continuïteit in de dienstverlening zeer hoog. Deze aspecten lijken in de BIDS-zaak echter allerminst van doorslaggevend belang. De onrust van de rationalisatiefase is dan ook voor de afnemers ongewenst of zelfs schadelijk. Een welvaartsanalyse waarin de bredere belangen van de afnemers worden meegewogen, kan in zulke gevallen tot een ander oordeel leiden.

Warme sanering van de capaciteit zal de prijzen altijd verhogen of verwachte prijserosie voorkomen. Wel kan vergroting van schaalvoordelen door sanering leiden tot lagere productiekosten per eenheid, maar het kenmerk van een overcapaciteitsituatie is dat de vaste kosten van te veel capaciteit al gemaakt en verzonken zijn.³⁷

Slotom

In onze ogen kan vanuit economisch perspectief niet gesteld worden dat iedere capaciteitsbeperkende afspraak de mededingingsvoorwaarden per definitie benadeelt. Idealiter moet dat per geval worden bekeken. Vanwege de efficiëntie van het proces ligt het echter in de rede een per se benadering mogelijk te maken (zie de eerste paragraaf van dit artikel). Daarbij zou niet het doel van de mededingingsbeperking voorop moeten staan, maar het feit dat na effectonderzoek in soortgelijke zaken is gebleken dat de gedraging of overeenkomst (vrijwel) altijd tot beperking van de mededinging leidt.

35 Dit argument wordt later in andere bewoordingen herhaald: 'Bovendien waarborgt de overeenkomst hun dat er, dankzij de structurele aanpassing, ondernemingen of capaciteiten op de markt aanwezig blijven die de concurrentie aankunnen, terwijl slecht aangepaste of verouderde installaties, die door verliescompensatie binnen een concern in stand konden worden gehouden ten koste van gezonde productie-installaties, zullen verdwijnen.' Echter, het meest effectieve mechanisme om inefficiënte aanbidders uit de markt te krijgen, is nu juist een kille *shake-out*.

36 Verderop stelt de Commissie in r.o. 31 dat: 'Een overeenkomst tot capaciteitsvermindering, waarvan een systeem van financiering deel uitmaakt, kan echter op korte termijn tot een prijsverhoging voor de gebruikers leiden. In het onderhavige geval wordt dit risico echter grotendeels goedge maakt door het feit dat de met de financiering van de voorraden verbonden hoge kosten zullen afnemen.' Hier staat *grotendeels* goedge maakt; kennelijk erkent de Commissie dat klanten op korte termijn slechter af zijn met de overeenkomst.

37 In de baksteen-zaak stelt de Commissie in r.o. 31: 'Een overeenkomst tot capaciteitsvermindering, waarvan een systeem van financiering deel uitmaakt, kan echter op korte termijn tot een prijsverhoging voor de gebruikers leiden. In het onderhavige geval wordt dit risico echter grotendeels goedge maakt door het feit dat de met de financiering van de voorraden verbonden hoge kosten zullen afnemen.' Het zou nadere bestudering van de specifieke voorraadkosten vergen om hier een definitief oordeel over te vellen. Vooral nog lijkt het echter onwaarschijnlijk dat de sanering zulke grote efficiënties in het voorraadbeheer creëert dat dit opweegt tegen de mededingingsbeperking die eruit voortkomt en de saneringskosten. Voorts is efficiënter voorraadbeheer ook te realiseren via *just-in-time delivery* of het opzetten van distributiecentra.

Conclusies

In de BIDS-zaak gaat het om de vraag of een bepaalde, zeer nauwkeurig omschreven overeenkomst alleen al door haar aard ertoe strekt de mededinging te beperken, of dat om te beoordelen of de overeenkomst in strijd is mededingingsrechtelijke beginselen, naar de verwachte effecten van de overeenkomst moet worden gekeken. Denkend vanuit juridisch *formalistic line drawing*³⁸ concluderen we dat het Hof in deze specifieke zaak terecht heeft geconcludeerd dat de warme saneringsregeling voor Ierse slachthuizen een doelbeperking is (het is overduidelijk dat het doel is om de mededinging te beperken). Belangrijker echter voor economen is dat in deze zaak sprake is van beperking van de mededinging. Dat wil niet zeggen dat capaciteitsbeperkingen vanuit economisch perspectief altijd slecht zijn voor de mededinging – of eigenlijk voor de consumentenwelvaart waar het uiteindelijk om gaat. Dat kan alleen per geval bepaald worden.

Deze specifieke zaak raakt aan het algemene leerstuk van de doelbeperking. Wat betreft dit leerstuk concluderen we als volgt.

De opdeling van het algemene begrip mededingingsbeperkingen in doelbeperkingen en in gevolgbeperkingen is economisch gezien nietszeggend. Wat maakt het uit of de mededingingsbeperking het gevolg of het doel is van een afspraak of gedraging? In beide gevallen gaat het erom vast te stellen dat de concurrentie wordt vervalst. Het is niet voor niets dat de mededingingswetgeving beperkingen die 'ertoe strekken of ten gevolge hebben' in een adem noemt.

Waarom maken juristen dan toch onderscheid tussen doelbeperkingen en gevolgbeperkingen? Omdat dit betekent dat in het geval van een doelbeperking geen effectonderzoek noodzakelijk is.³⁹ Economisch gezien is dat geen voordeel. Effectonderzoek is namelijk altijd nuttig om vast te kunnen stellen of in specifieke gevallen sprake is van een welvaartsverlagende gedraging of afspraak. Ook een hardcore beperking kan welvaartsverhogend zijn. Omdat het gevolg van de juridische kwalificatie 'doelbeperking' is dat effectonderzoek achterwege blijft, noemen we liever geen enkele gedraging een doelbeperking. Overigens is effectonderzoek niet in alle zaken noodzakelijk. Indien in een aanzienlijk aantal gelijksoortige zaken op basis van effectonderzoek is vastgesteld dat een bepaalde gedraging of overeenkomst mededingingsbeperkend is, is het – vanuit het oogpunt van procesefficiëntie – niet nodig om dat in het betreffende geval wederom aan te tonen. Er is dus zeker wel wat te zeggen voor per se verboden (hardcore restricties). De indeling tussen hardcore en overige restricties blijft echter gebaseerd op effectonderzoek en niet op de juridische kwalificatie van het doel van de gedraging of overeenkomst.

Ook het onderscheid in merkbare en niet-merkbare beperkingen is economisch gezien nodeloos complicerend. Een gedraging of afspraak die geen merkbaar effect heeft op de mededinging, beperkt de mededinging niet. Het terugbrengen van merkbaarheid tot markt-

aanderempels lijkt *hard and fast*, maar door effectonderzoek te doen wordt deze vraag automatisch geadresseerd.

Over de noodzakelijkheidstoets is uiteraard veel meer te zeggen (en ook met meer nuances) dan we in dit artikel hebben gedaan. Het punt waar het hier om gaat, is dat de noodzakelijkheidstoets kunstmatig overkomt in de zin dat een onderscheid wordt gemaakt tussen hoofd- en nevenbedingen. Economisch gezien gaat het om de effecten van de overeenkomst als geheel. Onduidelijk is wat de toegevoegde waarde is van een opdeling in hoofd- en nevenbedingen als het geheel kan worden beoordeeld in het kader van artikel 81 lid 3 EG-Verdrag.

Economisch gezien zijn wat betreft mededingingsbeperkingen eigenlijk alleen de volgende mogelijkheden relevant:

1. Er is geen mededingingsbeperkend effect.
2. Er is wel een mededingingsbeperkend effect, maar dat is per saldo een welvaartsverhogend effect: de positieve gevolgen van de gedraging of afspraak zijn groter dan de negatieve gevolgen.
3. Er is wel een mededingingsbeperkend effect, maar dat is per saldo een welvaartsverlagend effect: de positieve gevolgen van de gedraging of afspraak zijn kleiner dan de negatieve gevolgen.

Economen stellen vast of een gedraging of afspraak een mededingingsbeperking is door de effecten ervan tegen elkaar af te wegen. Economisch gezien ligt het dan erg voor de hand om de beoordeling van negatieve mededingingseffecten te koppelen aan de afweging met voordelige effecten. Er is met andere woorden veel te zeggen voor toepassing van de *rule of reason* in de zin van het integraal afwegen van voor- en nadelen bij de beoordeling of een gedraging of afspraak mededingingsbeperkend is (het combineren van artikel 81 lid 1 en lid 3 EG-Verdrag). Ten eerste sluit dat beter aan bij de economische benadering van mededingingsproblemen (mededingingsbeperkingen kunnen alleen op basis van effectonderzoek worden vastgesteld). Ten tweede krijgt het efficiëntieverweer dan pas de plaats die het verdient in de mededingingspraktijk. Door bij de beoordeling binnen artikel 81 lid 1 EG-Verdrag reeds de afweging van positieve en negatieve effecten te betrekken, is het niet nodig om eerst schuldig te pleiten en ontstaat er dan meer duidelijkheid over de criteria waaraan zo al voldaan moet worden om een succesvol efficiëntieverweer te voeren. Op dit moment worden gedragingen en afspraken te snel als mededingingsbeperking aangemerkt. Het lijkt ons verstandig om te erkennen dat de tweetrapsraket van artikel 81 lid 1 en lid 3 EG-Verdrag in de praktijk niet werkt.

38 Gebaseerd op de 'Opinion of the Court' in de *Leegin*-zaak: 'And, as we have stated, a departure from the rule-of-reason standard must be based upon demonstrable economic effect rather than ... upon formalistic line drawing.'

39 Overigens vragen we ons af in hoeverre praktisch gezien sprake is van een voordeel van het juridisch onderscheid tussen doel- en gevolgbeperking. Zoals in de eerste paragraaf al is gememoreerd: bij de toetsing van een concreet geval aan artikel 81 lid 1 EG-Verdrag moet de gedraging of afspraak aan de concrete marktcontext getoetst worden.