UNIVERSITY OF AMSTERDAM

UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Het begrip mededingingsbeperking zoals neergelegd in artikel 101(1) VWEU : een beslismodel

Loozen, E.M.H.

Publication date
2010

Link to publication

Citation for published version (APA):
Loozen, E. M. H. (2010). *Het begrip mededingingsbeperking zoals neergelegd in artikel 101(1) VWEU : een beslismodel*. [Thesis, externally prepared, Universiteit van Amsterdam]. Boom Juridische uitgevers.

General rights
It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations
If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: https://uba.uva.nl/en/contact, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (https://dare.uva.nl)

Download date:16 Dec 2025

2. Uitgangspunten

1. Inleiding

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op twee onderwerpen die in dit proefschrift als uitgangspunten worden gehanteerd. Het eerste onderwerp betreft de invulling van de algemene bewijsverplichting voor het begrip mededingingsbeperking. Bij een economische benadering geldt dat het begrip mededingingsbeperking een economische beoordeling inhoudt.[1] Gelet op het feit dat economische beoordelingen aan een beperkt rechtmatigheidstoezicht worden onderworpen, moet de vraag worden beantwoord in hoeverre de bewijsstandaard voor juridische kwalificaties op grond van economische beoordelingen wellicht lager is dan die voor juridische kwalificaties op grond van feitelijke vaststellingen.[2]

Het tweede onderwerp dat in dit hoofdstuk wordt behandeld betreft de relatie tussen het kartelverbod en het publiek belang. Deze relatie is bepalend voor het antwoord op de vraag in hoeverre andere belangen dan het belang van een effectieve mededinging relevant kunnen zijn bij de toepassing van artikel 101 VWEU. Voorbeelden van zulke niet-mededingingsbelangen zijn milieu, zorg, cultuur en sport. In zijn uitspraak in *Métropole télévision I* heeft het Gerecht er op gewezen dat

"*[...] de Commissie zich voor het verlenen van een ontheffing krachtens artikel [101(3) VWEU] stellig [kan] baseren op overwegingen betreffende het algemeen belang. […]*"[3]

---

[1] Vgl. zaak 42/84 *Remia*, Jur. 1985, 2545, punt 34; gev. zaken C-204/00 P e.a. *Aalborg Portland*, Jur. 2004, I-123, punt 279; zaak T-168/01 *GlaxoSmithKline Services Unlimited (GlaxoSmithKline I)*, Jur. 2006, II-2969, punt 241. Dat het in de genoemde zaken om economische beoordelingen gaat, kan worden afgeleid uit het feit dat de Unie-rechters een redelijkheidstoetsing toepassen. In *Remia* ging het om een non-concurrentiebeding; in *Aalborg Portland* om de uitwisseling van prijsinformatie; in *GlaxoSmithKline* om een beperking van de parallelhandel. Zie ook zaak C-12/03 P *Commissie* (*Tetra Laval II*), Jur. 2005, I-987, punt 39.

[2] Aldus de Commissie in *Tetra Laval II,* supra, punt 19. Vgl. Vesterdorf (2004: 6); Legal (2005: 5); Geradin en Petit (2005: 28) op het punt van de aanwezigheid van een direct verband tussen de hoogte van de bewijsstandaard en de mate van rechterlijk toezicht.

[3] Gev. zaken T-528/93 e.v. *Métropole télévision (Métropole télévision I)*, Jur. 1996, II-649, punt 118.

Deze overweging lijkt een voedingsbodem te bieden voor de opvatting dat artikel 101 VWEU een *maatschappelijke rule of reason* zou kunnen behelzen.[4] Hierna zal echter worden verdedigd dat er in het kader van artikel 101 VWEU ten principale geen weging zou mogen plaatsvinden waarbij niet-mededingingsbelangen zwaarder wegen dan het mededingingsbelang.[5]

2. Bewijsstandaard voor economische beoordelingen

2.1. Inleiding

Volgens vaste rechtspraak geldt dat de Commissie voor de levering van het bewijs van een inbreuk op artikel 101(1) VWEU de elementen dient te leveren die rechtens genoegzaam het bestaan bewijzen van de feiten die een inbreuk vormen.[6] Het algemene uitgangspunt daarbij is dat de Commissie nauwkeurig bepaalde en onderling overeenstemmende bewijzen moet aanvoeren die de vaste overtuiging kunnen dragen dat de inbreuk is gepleegd.[7] In dit onderdeel gaat het erom hoe de hiervoor weergegeven algemene bewijsverplichting moet worden vertaald naar economische beoordelingen.

Volgens vaste rechtspraak zijn juridische kwalificaties op grond van ingewikkelde economische beoordelingen – anders dan juridische kwalificaties op grond van feitelijke vaststellingen – niet aan een volle rechtmatigheidstoetsing onderworpen, maar aan een redelijkheidstoetsing.[8] Deze redelijkheidstoetsing is in beginsel terug te voeren op de inter-institutionele balans zoals die is neergelegd in het Werkingsverdrag.[9] Op grond

---

[4] Mortelmans en Van de Gronden (2002); Monti (2002); Whish (2008); Nazzini (2006); Pijnacker Hordijk (2002); Snoep (2002); Wesseling (2005); Komninos (2005).

[5] Loozen (2006a); Loozen (2007).

[6] Zaak C-185/95 P *Baustahlgewebe*, Jur. 1998, I-8417, punt 58; zaak C-49/92 *Anic Partecipazioni*, Jur. 1999, I-4125, punt 86; zaak T-62/98 *Volkswagen*, Jur. 2000, punt. 43; gev. zaken T-67/00 e.v. *JFE Engineering*, Jur. 2004, II-2501, punt 173; gev. zaken T-44/02 OP, *Dresdner Bank*, Jur. 2006, II-3567, punt 62.

[7] Gev. zaken 29 en 30/83 *CRAM & Rheinzink*, Jur. 1984, 1679, punt 20; gev. zaken C-89/85 e.v. *A. Ahlström Osakeytiö (Houtslijp II)*, Jur. 1995, I-1307, punt 127; gev. zaken T-68/89 e.v. *SIV*, Jur. 1992, II-1403, punten 193-195, 198-202, 205-210, 220-232, 249-250, 322-328; *Volkswagen*, supra, punten 43 en 72.

[8] Conclusie van A-G Tizzano in *Tetra Laval II*, supra, rnr. 85.

[9] In de verdragstekst is niets terug te vinden hierover. Vandersanden en Barav (1977: 204): "*Malgré l'absence dans le traité CEE de toute disposition quant à la limitation du rôle du juge, la Cour de justice estime devoir en quelque sorte, s'autolimiter"*. Zij vermelden dat R. Kovar had geschreven dat "*la reconnaissance par la Cour de l'existence d'un pouvoir discrétionnaire de la Commission devrait amener un développement d'une jurisprudence analogue à celle existant dans le cadre du traité CECA"*. (in een noot onder het arrest 24/62, Journal du droit international (Clunet), 1964, p. 393). In artikel 33, eerste alinea, van het inmiddels vervallen EGKS-Verdrag was bepaald: "*Het onderzoek door het Hof van Justitie kan echter geen betrekking hebben op een beoordeling van de toestand die voortvloeit uit economische feiten en omstandigheden [...]"*.

daarvan is de Commissie onder meer verantwoordelijk voor het vormen van het mededingingsbeleid en is het niet de bedoeling dat de gemeenschapsrechters plaatsnemen op de beleidsstoel van de Commissie. Deze redelijkheidstoetsing houdt in dat de rechter moet nagaan of de procedurevoorschriften en het motiveringsvereiste in acht zijn genomen, of de feiten juist zijn weergegeven en of er geen sprake is van een kennelijke onjuiste beoordeling dan wel van misbruik van bevoegdheid.[10] Het Gerecht propageerde in *Alrosa* dat het bij dit tot de *"kennelijke fout beperkte toezicht"* om een beperkt toezicht zou gaan.[11] Aldus implicerend dat de Commissie bij economische beoordelingen over meer beoordelingsmarge zou beschikken (dan bij feitelijke vaststellingen) en voor economische beoordelingen een lagere bewijsstandaard zou gelden (dan voor feitelijke vaststellingen). De vraag is of deze zienswijze in algemene zin klopt.

Om die vraag te kunnen beantwoorden moet echter eerst worden nagegaan wat een economische beoordeling inhoudt. Daarbij wordt onder meer stilgestaan bij het onderscheid dat het Gerecht in *Alrosa* lijkt te maken tussen economische beoordelingen en ingewikkelde economische beoordelingen respectievelijk historische en prospectieve analyses. In dit verband wordt ook ingegaan op de drie methodes die Odudu hanteert om beperkingen van de mededinging aan te tonen, te weten meting, (economische) voorspelling en (juridisch) vermoeden.[12] Vervolgens wordt nagegaan of een redelijkheidstoetsing wel tot beperkter toezicht leidt en aldus tot een lagere bewijsstandaard voor economische beoordelingen. Hiertoe wordt een uitstapje gemaakt naar de rechtspraak krachtens de Concentratiecontrole-Verordening 139/2004.[13] Ten slotte wordt nader vastgesteld hoe de redelijkheidstoetsing door de rechters en de beoordelingsmarge van de Commissie zich tot elkaar verhouden.

2.2. Wat houdt een economische beoordeling in?

2.2.1. Onduidelijkheid met betrekking tot de aard van een economische beoordeling

Het Gerecht redeneerde in *Alrosa* als volgt:

(i) een beperkt toezicht in de vorm van een redelijkheidstoetsing moet worden voorbehouden aan beschikkingen die berusten op een ingewikkelde economische beoordeling;[14]

[10] *Remia,* supra, punt 34; *Aalborg Portland*, supra, punt 279; *GlaxoSmithKline I,* supra, punt 241.
[11] Zaak T-170/06 *Alrosa*, Jur. 2007, II-2601, punt 108. Hierover: Vogelaar (2008).
[12] Odudu (2006: 102-125).
[13] Verordening 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB 2004, L24/1).
[14] *Alrosa*, supra, punt 108.

(ii) prospectieve analyses vormen ingewikkelde economische beoordelingen;[15]
(iii) de analyse die de Commissie moet verrichten in het kader van een verbodsbeschikking krachtens artikel 101(1) VWEU heeft daarentegen betrekking op bestaande praktijken;[16]
(iv) het is niet uitgesloten dat ook in het geval van bestaande praktijken ingewikkelde economische beoordelingen nodig kunnen zijn, maar er kan zeker geen sprake zijn van beperkt toezicht wanneer de Commissie een dergelijke beoordeling heeft nagelaten.[17]

Siragusa bepleitte al eerder dat "*the burden of proof for historical facts should be considerably higher than that for predictions [...] because it does not involve complex economic assessments but simply the proper application of evidence rules"*.[18]

Hiervoor wees ik er al op dat Odudu drie methodes hanteert om een beperking van de mededinging aan te tonen. Zijn methode *measurement* houdt in dat gemeten wordt of de aangeboden hoeveelheid is afgenomen en de prijs is gestegen.[19] Zijn methode *prediction* houdt in dat marktmacht wordt voorspeld aan de hand van (i) prijselasticiteit, (ii) de Lerner-index, (iii) marktaandelen en concentraties, en/of (iv) toetredingsdrempels.[20] Zijn methode *presumption* betekent dat allocatieve inefficiëntie wordt vermoed zonder dat deze door *measurement* is vastgesteld dan wel door *prediction* kan worden voorspeld. Odudu reserveert *measurement* voor ex post beoordelingen en *predictions* voor ex ante beoordelingen; *presumptions* vinden volgens Odudu alleen toepassing bij doelbeperkingen.[21] De vraag of doelbeperkingen in het kader van artikel 101(1) VWEU aan de hand van juridische vermoedens worden vastgesteld, komt in hoofdstuk 3 aan de orde.

Het bovenstaande duidt erop dat het wezen van een economische beoordeling onduidelijk is. Het Gerecht lijkt ervan uit te gaan dat sommige economische beoordelingen feitelijke vaststellingen inhouden. Ook Siragusa lijkt hiervan uit te gaan wat betreft historische analyses. Odudu, ten slotte, is van mening dat het bij economische beoordelingen deels om feitelijke vaststellingen gaat (bij de toepassing van zijn methode *measurement* dan wel de toepassing van de onderdelen prijselasticiteit en Lerner-index van zijn methode *prediction*), deels om vermoedens (bij de toepassing van zijn methode *presumption*).

[15] Ibid., punt 109.
[16] Ibid., punt 110.
[17] Ibid., punt 110.
[18] Siragusa (2004: 5).
[19] Odudu (2006: 103).
[20] Odudu (2006: 117).
[21] In die gevallen zouden "*measurement or prediction [...] not [..] the most expeditious way to identify conduct causing allocatieve inefficiency*" zijn (Odudu 2006: 113).

2.2.2. Geen zekerheden, maar veronderstellingen

Economische beoordelingen leveren echter per definitie géén feitelijke vaststellingen op.[22] Er zou hooguit sprake kunnen zijn van feitelijke vaststellingen wanneer een beperking van de mededinging aan de hand van een directe methode zou worden vastgesteld. Dat is in de praktijk echter niet het geval. De reden daarvoor is dat metingen van prijsverhogingen moeizame processen zijn. Het vereiste cijfermateriaal is niet altijd voorhanden en in het beste geval geeft dit inzicht in de gevolgen van een afspraak voor de allocatieve efficiëntie. Daar komt nog bij dat de causaliteit tussen afspraak en prijsverhoging niet met feitelijke zekerheid zal kunnen worden vastgesteld. De prijsverhoging kan – deels – aan honderd andere redenen te wijten zijn. Er is aldus altijd sprake van een waarschijnlijkheidsscenario omdat een mededingingsonderzoek eenmaal niet plaatsvindt in een laboratoriumsituatie waarin andere oorzaken kunnen worden uitgesloten.

Daarentegen zijn er wel wetmatigheden die een bepaalde ordening van economische gegevens mogelijk maken. Zo wordt te werk gegaan bij een indirecte methode ter vaststelling van een beperking van de mededinging. Zowel in het geval van ingewikkelde als minder ingewikkelde economische beoordelingen worden gegevens aangaande markt en marktgedrag in hun onderling verband geplaatst om zo zo veel mogelijk in de buurt van een feitelijke vaststelling te komen. Aldus gaat het bij economische beoordelingen in feite om de vraag welke gegevens – in hun onderling verband geplaatst – het best onderbouwde verhaal opleveren.

Deze indirecte methode wordt zowel bij historische als bij prospectieve analyses gehanteerd. In beide gevallen gaat om de vaststelling "*welke de meest waarschijnlijke scenario's zijn*".[23] Met dien verstande dat bij historische analyses meestal meer gegevens voorhanden zijn op grond waarvan de oorzaken van de gebeurtenissen uit het verleden dan wel heden beter kunnen worden begrepen.[24] Terwijl bij prospectieve analyses de mededingingseffecten nog niet waarneembaar zijn en het moeilijker is om aan te tonen welke oorzaken welke gevolgen teweeg gaan brengen.[25] Ervan uitgaande dat er bij een historische analyse sprake is van onzekerheid, zou men aldus kunnen stellen dat er bij een prospectieve analyse sprake is van dubbele onzekerheid. Kortom, bij een economische beoordeling gaat het om een zo goed mogelijk gemotiveerde veronderstelling (die vervolgens op zijn redelijkheid wordt getoetst). Dit geldt mijns inziens ook voor de eerste twee onderdelen van Odudu's tweede methode *prediction*. De methodes prijselasticiteit en Lerner-index worden immers niet daadwerkelijk gehanteerd bij de toepassing van artikel 101(1) VWEU. Zij dienen 'slechts' als referentiepunt voor de invulling

[22] Vgl. Legal (2005: 4 en 7).
[23] *Tetra Laval II*, supra, punt 43.
[24] Ibid., punt 42.
[25] Ibid., punt 44.

van het begrip marktmacht, dat vervolgens wordt aangetoond – onder meer – aan de hand van marktposities en concentraties (de laatste twee onderdelen van Odudu's methode *prediction*).

2.3. Redelijkheidstoetsing en bewijsstandaard

Voorts merkte het Gerecht in *Alrosa* op dat een redelijkheidstoetsing van een ingewikkelde economische beoordeling een beperkte controle inhoudt.[26] De vraag is of dit uitgangspunt juist is gelet op de rechtspraak krachtens de Concentratiecontrole-Verordening.

2.3.1. Redelijkheidstoetsing en bewijsstandaard in abstracto

Sinds *Kali & Salz* geldt het algemene uitgangspunt dat de Commissie ook bij economische beoordelingen onder de Concentratiecontrole-Verordening over een beoordelingsmarge beschikt.[27] In *Tetra Laval II* maakte het Hof echter duidelijk dat deze beoordelingsmarge onverlet laat dat de gemeenschapsrechter de wijze waarop de Commissie economische gegevens heeft geïnterpreteerd, moet toetsen.[28] De gemeenschapsrechter moet niet alleen nagaan of de aangevoerde bewijsstukken materieel juist, betrouwbaar en overeenstemmend zijn, maar ook of zij het relevante feitenkader vormen voor de beoordeling van een complexe situatie, en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen dragen.[29] Er moet sprake zijn van 'deugdelijk bewijs', hetgeen inhoudt dat het bewijs de overtuiging moet doen ontstaan dat een zienswijze gegrond is.[30] Deze overtuiging ontstaat niet wanneer de conclusies van de Commissie gebaseerd zijn op ontoereikende, onvolledige, weinig significante en onderling tegenstrijdige gegevens.[31]

2.3.2. Redelijkheidstoetsing en bewijsstandaard in concreto

De volgende vraag is wat deze verplichting om deugdelijk bewijs te leveren, in concreto betekent. Illustratief in deze zijn de uitspraken in *Tetra Laval I* en *II*, *BaByliss* en *General Electric*.[32] De zaken *Tetra Laval I* en *II* behelsden de

[26] *Alrosa*, supra, punten 108 en 110.
[27] Gev. zaken C-68/94 en C-30/95 *Frankrijk t. Commissie (Kali & Salz)*, Jur. 1998, I-1375, punten 223-224. Vgl. zaak T-102/96 *Gencor*, Jur. 1999, II-753, punten 164-165; en zaak T-342/99 *Airtours plc*, Jur. 2002, II-2585, punt 264.
[28] *Tetra Laval II*, supra, punt 38.
[29] Ibid., punt 39.
[30] Ibid., punt 41.
[31] Ibid., punten 48-49.
[32] Zaak T-5/02 *Tetra Laval (Tetra Laval I)*, Jur. 2002, II-4381; *Tetra Laval II*, supra; zaak T-114/02 *BaByliss SA*, Jur. 2003, II-1279; zaak T-210/01 *General Electric*, Jur. 2005, II-5575.

overname van Sidel SA door Tetra Laval BV die door de Commissie verboden was op grond van de hefboomtheorie. Hefboomwerking door een acquirerende partij houdt in dat de nieuwe entiteit naar alle waarschijnlijkheid vanuit de markt waar zij al een machtspositie bezit, in de betrekkelijk nabije toekomst een machtspositie kan verwerven op een andere markt waar de geacquireerde partij thans een leidende positie bezit, en de betrokken acquisitie aldus leidt tot aanmerkelijke mededingingsbeperkende effecten op de betrokken markten.

De Tetra groep was wereldwijd de dominante speler op de markt voor aseptische en niet-aseptische kartonverpakkingen. Sidel speelde een leidende rol op het gebied van de productie en levering van SBM-machines die worden gebruikt voor de productie van PET-flessen. Sidel had een techniek ontwikkeld die PET-verpakkingen geschikt maakte voor hetzelfde gebruik als aseptische kartonverpakkingen. Volgens de Commissie zou de overname Tetra Laval ertoe aanzetten om haar dominante positie op de kartonverpakkingsmarkt te gebruiken om klanten die voor bepaalde producten overgingen op PET-verpakkingen, over te halen voor SIDEL-machines te kiezen, zodat de leiderspositie van Sidel in een dominante positie zou veranderen. Bovendien zou de positie van Tetra Laval op de markt van kartonverpakkingen worden versterkt door de overname. Volgens de Commissie zijn de markten voor karton- en PET-verpakkingssystemen afzonderlijke maar zeer nauw verbonden markten die steeds meer gemeenschappelijke klanten hebben en in de toekomst verder naar elkaar toe zouden kunnen groeien. De overname zou kunnen leiden tot een vermindering van de potentiële concurrentie tussen verpakkingssystemen. De verminderde concurrentiedruk zou bovendien tot gevolg kunnen hebben dat Tetra Laval minder geneigd zou zijn tot het doen van nieuwe investeringen op het gebied van kartonverpakkingen.[33]

Het Hof stelde vast dat de beoordeling van een concentratie met conglomeraatseffecten een "*zorgvuldig onderzoek [vergt] van de omstandigheden die voor de beoordeling van dat effect op de mededingingssituatie op de referentiemarkt relevant lijken te zijn*".[34] Het Hof wees er verder op dat in geval van een prospectieve analyse de kwaliteit van de door de Commissie overgelegde bewijselementen bijzonder belangrijk is. De Commissie moet aantonen dat de ontwikkelingen die zij verwacht, realistisch zijn.[35] Ook constateerde het Hof dat het Gerecht niet op de stoel van de Commissie was gaan zitten door zijn vaststelling dat de prognose van de Commissie over de groei van het gebruik van PET-verpakkingen voor UHT-melk, te optimistisch was. Het Gerecht had deze vaststelling om te beginnen gedaan in navolging van een erkenning op dit punt van de Commissie ter terechtzitting. Verder had het Gerecht zijn oordeel dat de door de Commissie overgelegde bewijsmiddelen ongegrond waren – alleen maar – gemotiveerd door erop te wijzen dat maar één van de drie door de Commissie aangehaalde rapporten informatie bevatte over het gebruik van PET-verpakkingen voor melk. Daarnaast had het Gerecht enkel aangetoond dat de door de Commissie overgelegde bewijzen weinig overtuigend waren, de in het zojuist genoemde

[33] Beschikking van de Commissie van 30 oktober 2001 in zaak COMP/M.2416 – *Tetra Laval/Sidel*, Pb. 2004, L43/13.
[34] *Tetra Laval II*, supra, punt 40.
[35] Ibid., punt 44.

rapport voorziene groei weinig significant was en dat de prognose van de Commissie over het PET-gebruik niet overeenkwam met de onbetwiste gegevens van de andere rapporten over het HDPE-gebruik.[36]

In *BaByliss* had het gelijknamige bedrijf beroep aangetekend tegen de beschikking van de Commissie waarin deze de overname van Moulinex door SEB onder voorwaarden goedkeurde.[37]

Behalve SEB was ook BaByliss geïnteresseerd geweest in de (gedeeltelijke) overname van Moulinex. Alle drie ondernemingen waren actief op de markt van kleine elektrische huishoudelijke apparaten. BaByliss onder de merken Conair, BaByliss, Interplak, Forfex, Cuisinart, Revlon en Vidal Sassoon. SEB onder de merken Tefal, Rowenta, Calor, SEB, Arno en Samurai. Moulinex onder de merken Moulinex, Krups en Swan. Aanvankelijk had de Commissie met betrekking tot verschillende lidstaten en verschillende producten ernstige twijfels gehad over de verenigbaarheid van de concentratie met de gemeenschappelijke markt.[38] Later concludeerde de Commissie echter dat de door SEB aangeboden verbintenissen de mededingingsproblemen buiten Frankrijk wegnamen.[39] BaByliss was het daar niet mee eens en voerde onder meer aan dat de verbintenissen ontoereikend waren om de opgeworpen mededingingsproblemen weg te nemen.[40]

De Commissie had de overname goedgekeurd op basis van de theorie van het assortimentseffect, die een omgekeerde versie is van de theorie inzake het portfolio-effect. Beide theorieën worden gebruikt om de werkelijke concurrentiepositie te kunnen beoordelen van een na de concentratie ontstane entiteit. Behalve met de samengevoegde marktaandelen van de verschillende partijen wordt in beide gevallen ook rekening gehouden met de toegevoegde marktmacht als gevolg van het feit dat de nieuwe entiteit over een aantal belangrijke merken beschikt en op talrijke markten aanwezig is. Maar, terwijl het portfolioconcept ertoe dient om ernstige twijfel (met de verenigbaarheid van de markt) aan te tonen daar waar marktaandelen op zichzelf geen aanwijzing vormen voor een dergelijke conclusie, dient het assortimentseffect ertoe om de macht van de nieuwe entiteit te relativeren.[41] Het Gerecht stelde vast dat de Commissie de toepassing van haar theorie inzake het assortimentseffect rechtens niet genoegzaam had onderbouwd.[42] De Commissie had verzuimd om haar conclusie dat de wederverkopers elke anticoncurrentiële gedraging van de nieuwe entiteit zouden kunnen bestraffen, met economische onderzoeken te onderbouwen.[43]

---

36 Ibid., punt 46.
37 Beschikking van de Commissie in zaak COMP/M.2621 – *SEB/Moulinex*.
38 *BaByliss*, supra, punten 43 en 44.
39 Ibid., punt 46.
40 Ibid., punt 118. Bijvoorbeeld omdat er geen verbintenissen waren opgelegd met betrekking tot markten waar zich ernstige mededingingsproblemen voordeden (punt 184).
41 Ibid., punt 354.
42 Ibid., punt 363.
43 Ibid., punt 359.

Ook in *General Electric* was er – ten dele – geen sprake van deugdelijk bewijs in de zin van *Tetra Laval I* en *II*. Ook in deze zaak schortte het aan concrete bewijsvoering.

In General Electric was het beroep aan de orde dat General Electric had aangetekend tegen de beschikking waarin de Commissie diens fusie met Honeywell had verboden.[44] General Electric beschikte volgens de Commissie over een machtspositie op de wereldwijde markt voor straalmotoren voor grote commerciële vliegtuigen en voor regionale vliegtuigen. Honeywell beschikte volgens de Commissie over een sterke positie in de markt voor (niet-)elektronische luchtvaartproducten. De Commissie was van mening dat een fusie tussen beide ondernemingen in een aantal markten tot een machtspositie zou leiden dan wel deze zou versterken.

Het Gerecht liet de verbodsbeschikking van de Commissie in stand. Maar, het Gerecht verwierp wel het door de Commissie opgeworpen argument inzake gemengde bundeling.[45] Gemengde bundeling houdt in dat een aantal verschillende producten tezamen tegen een lagere prijs wordt verkocht dan wanneer deze producten apart zouden worden verkocht.[46] De Commissie had betoogd dat, volgens gevestigde economische theorieën, met name van de Cournot-effecten, de nieuwe entiteit voldoende economische prikkels zou hebben om tot gemengde bundeling over te gaan. De Commissie was van mening dat zij haar analyse niet speciaal hoefde te motiveren.[47] Dit betoog werd afgewezen. De reden daarvoor was dat gemengde bundeling in het algemeen wordt beschouwd als gunstig voor de mededinging. Alleen in uitzonderlijke gevallen wordt gemengde bundeling geacht afbreuk te doen aan de mededinging. Namelijk dan wanneer deze vorm van bundeling leidt tot uitsluiting of blijvende marginalisering van concurrenten. Een dergelijke conclusie vergde volgens het Gerecht een gedetailleerde economische analyse.[48] Het gaat immers om een uitzondering op de regel. Om een dergelijke uitzonderlijke conclusie te rechtvaardigen had de Commissie volgens het Gerecht twee dingen moeten aantonen. Ten eerste dat de nieuwe entiteit in staat zou zijn geweest de aankoop van het gehele pakket van haar afnemers af te dwingen. Ten tweede dat het waarschijnlijk was dat de nieuwe entiteit gemengde bundeling in de praktijk zou brengen.[49] Met andere woorden, de Commissie had moeten aantonen dat de Cournot-effecten in dit concrete

[44] Beschikking van de Commissie van 3 juli 2001 in zaak COMP/M.2220.
[45] *General Electric*, supra, punt 462.
[46] Er zijn drie soorten bundeling: gemengde bundeling, pure bundeling en technische bundeling. Bij pure bundeling is er niet sprake van een lagere prijs, maar wordt de verkoop van een product om commerciële redenen gekoppeld met de verkoop van een product in een andere markt. Bij technische bundeling wordt de verkoop van twee producten om technische redenen gekoppeld (punten 367-368).
[47] Ibid., punt 436.
[48] Ibid., punt 369.
[49] Ibid., punt 432. Frontier Economics, een consultantskantoor dat door Rolls Royce, ondersteunende partij van de Commissie, was ingeschakeld, had er in een nieuwsbrief op gewezen dat bewijs op basis van het Cournot-effect een gedetailleerd empirisch onderzoek vergt zowel van de omvang van de kortingen en de verwachte mutaties in de verkoopcijfers als van de kosten en winstmarges van de verschillende marktdeelnemers (punt 453).

geval zouden optreden.[50] Dit nu was niet gebeurd. De Commissie was blijven steken in *"enkel een beschrijving van de economische situatie die volgens haar na de concentratie op de markt zou bestaan"*.[51] Het Gerecht stelde vast dat *"[e]lk bewijs en elke analyse waaruit zou kunnen blijken van een reële waarschijnlijkheid dat dat belang na de concentratie zal bestaan*" ontbrak.[52]

2.3.3. Redelijkheidstoetsing houdt aldus géén beperkter toezicht in

Uit de hierboven weergegeven uitspraken onder de Concentratiecontrole-Verordening kan worden afgeleid dat een redelijkheidstoetsing van ingewikkelde economische beoordelingen correspondeert met de verplichting om deugdelijk bewijs te leveren. Dat houdt in dat het bewijs de overtuiging moet doen ontstaan dat een zienswijze gegrond is. Overtuigen houdt in dat er behalve bewijsstukken die materieel juist, betrouwbaar en overeenstemmend zijn, ook een logische en consistente uiteenzetting moet worden geleverd waaruit de toepassing van de algemene theorie op de concrete situatie kan worden afgeleid. Wanneer sprake is van de toepassing van nieuwe theorieën of wanneer gangbare theorieën op een andere wijze dan voorheen gebruikelijk worden gehanteerd – zoals dat het geval was in *BaByliss* en *General Electric* – dan is er des te meer behoefte aan concreet overtuigend bewijs. Al met al kan worden geconcludeerd dat een redelijkheidstoetsing een effectieve rechtmatigheidstoetsing inhoudt die arbitraire besluitvorming door de Commissie voorkomt en partijen een reële toetsing garandeert van hun rechtspositie.[53]

Götz en Drauz maken voorts uit de hiervoor weergegeven rechtspraak op dat "*the material standard in merger control is that of a balance of probabilities"*.[54] Verder zijn zij de mening toegedaan dat er voor concentraties met conglomeraatseffecten een hogere bewijsstandaard geldt dan voor horizontale concentraties:

"*[t]hose cases require more evidence, because the 'story' due to the very nature of the cases is more complex, as it involves mechanisms of transferring market power from one market to another, rather than additions of power on very same market. These cases also require better evidence, evidence that is capable of convincing the judges, as the chains of causation leading to the competitive harm are less intuitive and less established than in horizontal theories where the mechanisms of resulting harm are far more obvious"*.[55]

---

[50] Ibid., punt 462.
[51] Ibid.
[52] Ibid., punt 449.
[53] Geradin en Petit (2005: 29).
[54] Götz en Drauz (2006: 112) aangezien "*the Commission has to identify the most probable result of a merger in a competitive situation on the markets concerned, and then base its decision on this identified outcome*".
[55] Ibid.

Ik ben het met géén van beide conclusies eens. Als het gaat om de bewijsstandaard van economische beoordelingen is een vergelijking met de bewijsstandaard *'balance of probabilities*' mijns inziens de verkeerde vergelijking. Ik heb de indruk dat Götz en Drauz naar deze civielrechtelijke bewijsstandaard verwijzen omdat het Hof het in *Tetra Laval II* heeft over de vaststelling "*welke de meest waarschijnlijke scenario's zijn*".[56] Mijns inziens is deze opmerking van het Hof echter terug te voeren op de aard van een economische beoordeling waarbij het er immers om gaat welke gegevens – geplaatst in hun onderling verband – het best onderbouwde verhaal opleveren (vgl. paragraaf 2.2.2. van dit hoofdstuk). Aldus objectiveert een economische benadering de invulling van het begrip mededingingsbeperking: het gaat erom nader aan te tonen dat de afspraak in kwestie naar economische maatstaven de mededinging beperkt. Dit uitgangspunt geldt mijns inziens zowel in het kader van administratief, civiel alsook (in voorkomend geval) strafrechtelijk toezicht.

Verder geloof ik niet dat de bewijsstandaard voor concentraties met conglomeraatseffecten hoger is dan die voor horizontale concentraties. Mijns inziens is de bewijsstandaard in wezen voor alle economische beoordelingen gelijk,[57] maar kan wel de omvang van het te leveren bewijs verschillen. Bijvoorbeeld in het geval van de toepassing van het kartelverbod op een doelbeperkende dan wel gevolgbeperkende afspraak. Mede gelet op de uitspraak van het Hof in *T-Mobile Netherlands* is niet gezegd dat de omvang van het te leveren bewijs in het geval van een doelbeperking groter is dan die in het geval van een gevolgbeperking.[58]

2.4. Conclusie

Voor juridische kwalificaties gebaseerd op economische beoordelingen geldt dezelfde algemene bewijsverplichting als voor juridische kwalificaties gebaseerd op feitelijke vaststellingen: in dit geval betekent dat dat het bewijs de overtuiging moet doen ontstaan dat er sprake is van een al dan niet welvaartsgerichte mededingingsbeperking in de zin van artikel 101 VWEU. Maar, anders dan bij feitelijke vaststellingen, gaat het – zowel bij historische als ook bij prospectieve – economische beoordelingen niet om de vaststelling van feitelijke zekerheid, maar om de vaststelling van zo goed mogelijk gemotiveerde veronderstellingen. Bij een economische benadering van het begrip mededingingsbeperking houdt dit in dat de aanwezigheid daarvan naar economische maatstaven moet worden aangetoond. Hierbij past een rechtmatigheidstoetsing waarbij wordt nagegaan of de toepassing van de rechtsnorm in een concreet geval 'redelijk' is.

[56] *Tetra Laval II*, supra, punt 43.
[57] Vgl. Bay en Ruiz Calzado (2005: 450).
[58] Uitspraak van 4 juni 2009 in zaak C-8/08 *T-Mobile Netherlands*, n.n.g.

Blijft de vraag waar deze effectieve rechtmatigheidstoetsing de beoordelingsvrijheid van de Commissie laat. Gelet op het voorgaande kan deze beoordelingsvrijheid niet anders dan beperkt zijn tot de keuze van de toe te passen economische methode in een bepaald geval.[59] Bij economische beoordelingen kan het voorkomen dat verschillende economische methodes geschikt zijn om toe te passen in een bepaald geval. Het is niet de bedoeling dat de rechter ten aanzien van zulke keuzes op de stoel van de Commissie gaat zitten. Is die keuze echter eenmaal gemaakt, dan is er geen sprake meer van enige vrijheid ten aanzien van de toepassing van de gekozen theorie in het concrete geval.

3. Het kartelverbod en het publiek belang

3.1. Inleiding

Artikel 101 VWEU heeft primair tot doel om het belang van een effectieve mededinging te beschermen.[60] Dit roept de vraag op in hoeverre bij de toepassing van artikel 101 VWEU een rol is weggelegd voor niet-mededingingsbelangen zoals bijvoorbeeld milieu, sport, zorg en cultuur.[61] Kan in het kader van artikel 101 VWEU een *maatschappelijke rule of reason* (vgl. paragraaf 4 van hoofdstuk 1) worden toegepast? Maatgevend voor de beantwoording van die vraag is de relatie tussen artikel 101 VWEU en het publiek belang. In dit onderdeel ga ik na waardoor die relatie wordt bepaald. Daartoe wordt, ten eerste, ingegaan op de rolverdeling tussen overheid en bedrijfsleven in een markteconomie. In dat verband worden ook de begrippen privaat, maatschappelijk en publiek belang gedefinieerd. Ten tweede wordt onderzocht in hoeverre het nastreven van niet-mededingingsbelangen door het bedrijfsleven relevant is in het kader van het kartelverbod. Dan komt, ten derde, de vraag aan de orde in hoeverre een strikte uitleg van het kartelverbod zou meebrengen dat het belang van een effectieve mededinging voorrang krijgt boven andere belangen. Ten slotte wordt nagegaan in hoeverre andere parameters van artikel 101 VWEU in dit verband strikt dan wel ruim worden uitgelegd.

[59] Vgl. Legal (2005: 7). Daarnaast is het zo dat de Commissie de bevoegdheid heeft om beleid te maken. In dit verband gaat het echter om de toepassing van artikel 101 VWEU en daarop gebaseerd beleid in een concreet geval. Verder wijst Van der Meulen (2005: 162) erop dat de vraag naar de omvang van de redelijkheidstoetsing eigenlijk alleen de vraag betreft in welke mate het vormen van beleid aan het bestuur is overgelaten en in welke mate ook de rechter zich daarmee bezig mag houden. Hij wijst erop dat over het algemeen wordt aangenomen dat het beleidsprimaat aan het bestuur toekomt.

[60] Richtsnoeren inzake artikel 101(3) VWEU, PB 2004, C101/97, rnr. 13. De doelstelling marktintegratie komt nader aan de orde in hoofdstuk 4.

[61] Mortelmans en Van de Gronden (2002); Monti (2002); Vedder (2005); Whish (2008); Nazzini (2006); Pijnacker Hordijk (2002); Snoep (2002); Wesseling (2005); Komninos (2005); Houdijk (2008); Steenbergen (2008); Amtenbrink en Van de Gronden (2008).

3.2. De rolverdeling tussen overheid en bedrijfsleven in een markteconomie

3.2.1. De begrippen privaat, maatschappelijk en publiek belang

In het rapport *Het borgen van publiek belang* maakt de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) een onderscheid tussen private belangen (in het rapport individuele belangen genoemd), maatschappelijke belangen en publieke belangen.[62] Hoe verhouden deze verschillende belangen zich tot elkaar?

Private belangen vallen samen met maatschappelijke belangen wanneer hun behartiging gewenst is voor de samenleving als geheel. Als voorbeelden van maatschappelijke belangen noemt de WRR het rijden van treinen, het onderhoud van dijken, straatverlichting, het tegengaan van milieuvervuiling, en armoedebestrijding. Veel maatschappelijke belangen worden echter bevorderd zonder dat de overheid daaraan te pas moet komen. De WRR wijst in dit verband op de verzorging van voldoende brood of communicatie. In beide gevallen zorgt het ruilmechanisme van de markt ervoor dat het bestaan van de samenleving niet op het spel staat zonder overheidsbemoeienis. Er is pas sprake van een publiek belang, volgens de WRR, wanneer de overheid zich de behartiging van een maatschappelijk belang aantrekt op grond van de overtuiging dat dit belang anders niet goed tot zijn recht komt.[63]

Aldus kunnen publieke belangen worden gedefinieerd als maatschappelijke belangen waarvan de behartiging tot taak van de overheid is geworden.[64] Dit

[62] Het WRR-rapport, hfd. 1, p. 3.

[63] Ibid., p. 3 en 4. Of zoals Teulings c.s. (2003: 168) het uitdrukken: "*Publieke belangen ontstaan als er sprake is van gecompliceerde externe effecten. Een extern effect doet zich voor wanneer een actie van één partij of een transactie tussen twee (of meer) partijen positieve of negatieve gevolgen heeft voor een andere belanghebbende die niet rechtstreeks betrokken is bij die actie of transactie. Het gevolg is dat het private belang bij die actie of transactie niet samenvalt met het maatschappelijk belang, omdat de externe effecten niet worden meegewogen. Simpele externe effecten met slechts weinig belanghebbenden, zijn echter niet voldoende voor een publiek belang. Dergelijke simpele externe effecten kunnen worden geïnternaliseerd door aanvullende privaatrechtelijke transacties waarbij ook de andere belanghebbende partij(en) worden betrokken. Het inzicht dat de betrokken partijen zelf een prikkel hebben om de ontbrekende markt te creëren via aanvullende transacties is de kern van het zogenaamde Coase-theorema. Ondoelmatigheid vanwege ontbrekende markten impliceert potentiële win-win situaties die door onderlinge ruil kunnen worden gerealiseerd. Wanneer de externe effecten echter gecompliceerd zijn, in die zin dat er veel partijen bij betrokken zijn, dan zijn die aanvullende transacties moeilijk te realiseren vanwege het free-rider probleem. Er is altijd wel één partij die kan profiteren van de transactie zonder er aan te hoeven bij te dragen. De niet-uitsluitbaarheid van de baten van aanvullende transacties verbreekt de directe band tussen betalen en genieten. In die gevallen is sprake van een publiek belang dat behartigd kan worden door de toepassing van publiekrechtelijke dwang*".

[64] Vgl. Teulings c.s. (2003: 212): "*[e]r is sprake van een publiek belang wanneer de externe effecten van acties en transacties complex zijn waarbij free rider gedrag optreedt*".

betekent dat maatschappelijke belangen publieke belangen worden wanneer zij in een proces van politieke oordeelsvorming als zodanig zijn aangeduid.[65] Met andere woorden, de aanwijzing van publieke belangen behoeft democratische legitimatie. De WRR wijst erop dat *"[de overheid] de enige partij [is] die gelegitimeerd is om namens de samenleving als geheel dwingend te bepalen welke publieke belangen moeten worden behartigd"*.[66] De democratisch gekozen organen bepalen aldus de aard van het publieke belang, alsmede de wijze van behartiging.[67] Daarbij spreekt de overheid zich volgens de WRR uit over de mate waarin zij zich gehouden acht een bepaald belang te realiseren, over de doelen die zij wil realiseren en waarop zij wil worden beoordeeld.[68]

3.2.2. De rol van de overheid in een markteconomie

Een markteconomie is gebaseerd op het uitgangspunt dat marktwerking tot een zo hoog mogelijke welvaart leidt. Maar ook in een markteconomie kan overheidsingrijpen geboden zijn en wel om redenen van marktfalen of herverdeling.[69] Markten kunnen falen omdat niet altijd wordt voldaan aan de uitgangspunten van de theorie dat een markteconomie tot maximale welvaart leidt. Herverdeling ziet op een politiek gewenste of rechtvaardige verdeling van de welvaart.[70] Zoals winst bij ondernemingen hoort, hoort herverdeling bij politiek.[71] In dit proefschrift wordt verder niet ingegaan op herverdeling als reden voor overheidsingrijpen.

Volgens de economische theorie zijn er vier gevallen van marktfalen: marktmacht, informatieasymmetrie, externe effecten en collectieve goederen (vgl. de bijlage Economische theorie, paragraaf 7). In die gevallen werken markten niet of niet goed en leidt marktwerking dus niet noodzakelijkerwijs tot een zo hoog mogelijke welvaart. De vraag is vervolgens wanneer overheidsingrijpen geboden is. Bij de beantwoording van deze vraag dient een onderscheid te worden gemaakt tussen marktfalen door marktmacht en de andere drie gevallen van marktfalen (informatieasymmetrie, externe effecten en collectieve goederen).

---

[65] WRR-rapport, hfd. 3, p. 2 en 3.
[66] Ibid., p. 9.
[67] Ibid., hfd. 2, p. 5: "*Indien het om besluiten gaat die de gehele natie betreffen, is besluitvorming door het parlement aangewezen, indien het om besluiten gaat die een kleinere territoriale of functionele gemeenschap betreffen, moet besluitvorming binnen die gemeenschap democratisch gelegitimeerd plaatsvinden*".
[68] Ibid., hfd. 7, p. 2
[69] Teulings c.s. (2003: 10). Overigens is de beschrijving van de rol van de overheid in een markteconomie hier beperkt tot de werking van markten in relatie tot artikel 101 VWEU. Duidelijk moge zijn dat de rol van de overheid in een markteconomie verder gaat dan dat en ook zaken als eigendomsrechten e.d. omvat.
[70] Teulings c.s. (2003: 168).
[71] Teulings c.s. (2003: 15).

Marktfalen dat wordt veroorzaakt door marktmacht wordt door de overheid geadresseerd in de mededingings- en specifieke toezichthoudersregels. Marktmacht ontstaat onder meer doordat ondernemingen de mededinging beperken, bijvoorbeeld door het maken van afspraken. Beperkingen van de mededinging dienen wel het private belang van de betrokken ondernemingen, maar dit ten koste van de totale welvaart omdat het consumentenbelang wordt geschaad (vgl. de bijlage Economische theorie). Het maatschappelijk belang wordt niet gediend en correctie vergt toepassing van publiekrechtelijke dwang.[72]

Correctie van de andere drie gevallen van marktfalen vereist separaat overheidsingrijpen. In het geval van een collectief goed is overheidsingrijpen per definitie geboden (omdat het goed anders niet tot stand komt). Bij informatieasymmetrie en externe effecten is overheidsingrijpen daarentegen niet zonder meer geboden. Teulings, Bovenberg en Van Dalen stellen voor om de vraag of al dan niet tot overheidsingrijpen moet worden overgegaan, te beantwoorden aan de hand van zogenaamde kostenbaten analyses.[73] In algemene termen luidt de definitie van kostenbaten analyse: de meting van de netto baten van iedere verandering in de allocatie van middelen.[74] Zij wijzen erop dat het er bij de toepassing van dit instrument niet zozeer om gaat te bepalen wat moet en niet moet, maar om de belangen in beeld te brengen en zo de maatschappelijke doelmatigheid te bevorderen.[75] Wanneer de som van de interventie uitgedrukt in euro´s positief is, dan is het in principe de moeite waard om de correctie van het marktfalen aan te merken als publiek belang.[76]

3.2.3. De rol van ondernemingen in een markteconomie

Robert Reich vat de rol van ondernemingen in een markteconomie samen als *"giving their customers good deals and thereby maximizing the returns to their investors*".[77] Kortom, ondernemingen als entiteiten die winstmaximalisatie nastreven.[78] Onder bepaalde voorwaarden zullen ondernemingen bij het nastreven van dit private belang onbewust het maatschappelijk belang dienen. Dit wordt meestal aangeduid als de onzichtbare hand van Adam Smith.

[72] Teulings c.s. (2003: 168).
[73] Teulings c.s. (2003: 169-170).
[74] Boadway en Wildasin (1984: hfd. 8).
[75] Teulings c.s. (2003: 169).
[76] Ibid.
[77] Reich (2007: 12).
[78] Het Europeesrechtelijke ondernemingsbegrip richt zich niet zozeer op winstmaximalisatie (zaak C-244/94 *Fédération française des sociétés d´assurance* (*FFSA*), Jur. 1995, I-4013, punt 21; gevoegde zaken C-180/98 e.v. *Pavlov,* Jur. 2000, I-6451, punt 75), maar veeleer op de mogelijkheid van instellingen om op een markt te opereren (*FFSA*, punten 17 en 18; zaak C-67/96 *Albany*, Jur. 1999, I-5751, punten 84-87). Vgl. de conclusie van A-G Kokott in zaak C-49/07 *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE)*, Jur. 2008, I-4863, rnr. 41; vgl. Loozen (1999). In paragraaf 3.5.1. van dit hoofdstuk wordt verder op dit onderwerp ingegaan.

Vervolgens is de vraag of ondernemingen ook op andere wijze maatschappelijke belangen kunnen behartigen, en zo ja, in hoeverre dit relevant is in het kader van de toepassing van artikel 101 VWEU.

3.3. Ondernemingen, maatschappelijke belangen en het kartelverbod

3.3.1. Ondernemingen kunnen maatschappelijke belangen nastreven

Publieke belangen zijn hiervoor gedefinieerd als maatschappelijke belangen waarvan de behartiging tot taak van de overheid is geworden (paragraaf 3.2.1). Hieruit volgt dat ondernemingen per definitie géén publieke belangen kunnen nastreven. Maar, ondernemingen kunnen wel maatschappelijke belangen nastreven. Vandaag de dag 'hoort' ondernemen zelfs op maatschappelijk verantwoorde wijze te gebeuren. In Nederland heet dit maatschappelijk verantwoord of duurzaam ondernemen. Bill Gates heeft het over "*creative capitalism*".[79] Gates propageert dat het bedrijfsleven de morele taak heeft om mondiale kwesties als armoede, klimaatverandering, migratie, gezondheid en kinderarbeid mee op te lossen.

Wanneer ondernemingen een maatschappelijk belang nastreven door een beperkende overeenkomst te sluiten, dan is de volgende vraag wat de relevantie van dat maatschappelijke belang is binnen het kartelverbod. Anders gezegd, moet bij een beoordeling krachtens artikel 101 VWEU rekening worden gehouden met het feit dat een overeenkomst ertoe dient om een maatschappelijk belang te bewerkstelligen zodanig dat dat maatschappelijke belang mogelijk zwaarder weegt dan de mededingingsbeperkende gevolgen van die overeenkomst?

3.3.2. Gewicht maatschappelijke belangen in het kartelverbod

Sommige juristen zijn van mening dat niet-mededingingsbelangen in voorkomend geval zwaarder moeten wegen dan het publieke belang van een effectieve mededinging zoals neergelegd in artikel 101 VWEU. Zo verdedigt Kingston in haar proefschrift onder meer de stelling dat het milieubelang krachtens artikel 11 VWEU een factor van doorslaggevend belang zou moeten zijn in de toepassing van artikel 101 VWEU.[80] Artikel 11 VWEU bepaalt dat

"*[d]e eisen inzake milieubescherming moeten worden geïntegreerd in de omschrijving en uitvoering van het beleid en het optreden van de Unie, in het bijzonder met het oog op het bevorderen van duurzame ontwikkeling*".

[79] World Economic Forum, Davos, 2008.

[80] Kingston (2009); Amtenbrink en Van de Gronden (2008); Monti (2002); Steenbergen (2008); Vedder (2004).

Amtenbrink en Van de Gronden betogen op vergelijkbare wijze dat de centrale integratieverplichting neergelegd in artikel 9 VWEU tot een verdere integratie zal leiden van de daarin genoemde niet-mededingingsbelangen.[81] Artikel 9 VWEU bepaalt dat de Unie wanneer zij haar bevoegdheden uitoefent rekening moet houden met

"*[...] de eisen in verband met de bevordering van een hoog niveau van werkgelegenheid, de waarborgen van een adequate sociale bescherming, de bestrijding van sociale uitsluiting alsmede een hoog niveau van onderwijs, opleiding en bescherming van de volksgezondheid"*.

Ik ben het niet eens met Kingston, Amtenbrink en Van de Gronden en verdedig hier de stelling dat de eendimensionale aard van artikel 101 VWEU maatgevend is voor de beantwoording van die vraag.[82] Het kartelverbod kent in beginsel één doelstelling (het beschermen van het algemeen belang van een effectieve mededinging) en heeft één toetsingskader (gericht op het vaststellen van al dan niet welvaartsgerichte marktmacht).[83] Dit betekent drie dingen. Ten eerste dat het relevante onderscheid dat in artikel 101 VWEU tussen verschillende soorten belangen moet worden gemaakt, het onderscheid is tussen mededingings- en niet-mededingingsbelangen.[84] Ten tweede dat de bepalende factor in het kader van artikel 101 VWEU het belang is van een effectieve mededinging.[85] Ten derde dat maatschappelijke belangen als niet-mededingingsbelangen weliswaar relevant zijn bij de toepassing van artikel 101 VWEU, maar niet van doorslaggevend belang. Noch in het kader van artikel 101(1) VWEU, noch in het kader van artikel 101(3) VWEU.[86]

Volgens Kingston staat mijn benadering echter haaks op "*the imperative [...] of interpreting the Treaty's competition rules in a systemic manner and in conformity with [Article 11 TFEU]"*.[87] Zij bepleit een 'wat meer realistische' interpretatie van het kartelverbod.[88]

"*One of the key features of modern environmental policy, and one viewed as crucial if effective environmental protection is ever to be achieved, is the privatisation of environmental policy*

[81] Amtenbrink en Van de Gronden (2008: 323).
[82] Vgl. Loozen (2006; 2007; 2008; 2009a).
[83] Zoals gezegd, de tweede doelstelling van de Europese mededingingsregels komt in hoofstuk 4 aan bod.
[84] Het gaat dus niet om het in de literatuur veelal gemaakte onderscheid tussen economische en niet-economische belangen. Vgl. Van Damme (2001).
[85] Vgl. Richtsnoeren inzake artikel 101(3) VWEU, supra, rnr. 42.
[86] Vgl. Gyselen (2002), die met betrekking tot de artikelen [11, 147(2), 167(4) en 173(3) VWEU] opmerkte dat *"[...] none of these Treaty provisions imply that these other policies supersede competition policy. Rather they call for their integration into competition policy. By its very nature, such an integration cannot go at the expense of accepting otherwise unacceptable distortions of competition"*. Zie ook Maks (2002).
[87] Kingston (2009: 169).
[88] Ibid.

making, via the enrolment of private actors in situations where stalled action has proven to be ineffective. Loozen's approach ignores this development which, [...], has blurred the distinction between the public and private sectors in this area".[89]

Mijns inziens veronachtzamen Kingston, Amtenbrink en Van de Gronden echter dat er een cruciaal verschil is tussen de positie die de staat en het bedrijfsleven in het Unie-bestel innemen en hun daarop gebaseerde respectievelijke verantwoordelijkheden. Kingston mag dit argument *'too simplistic'*[90] vinden, maar eenvoud is – volgens een oud gezegde – vaak het kenmerk van het ware.[91] Bovendien zijn er twee principiële redenen om niet over te gaan tot een systemische benadering maar vast te houden aan een strikte taakverdeling en scheidslijn.

De eerste principiële reden waarom een systemische benadering mijns inziens uitgesloten is, is de volgende. Het feit dat ondernemingen duurzaam ondernemen, betekent niet dat zij in dat geval hun private belang opzijzetten. Ondernemingen kunnen zich namelijk niet van hun private belang distantiëren. Winstmaximalisatie hoort bij een onderneming zoals herverdeling bij politiek.[92] Dit houdt in dat maatschappelijk verantwoord ondernemen in beginsel beperkt zal zijn tot die gevallen waarin het private belang van de onderneming er niet door wordt aangetast.[93] En daarmee zijn we weer terug bij af: streven naar winstmaximalisatie noopt tot toezicht om te voorkomen dat dit streven ten koste gaat van de maatschappelijke welvaart.

De tweede principiële reden is dat een verdere integratie van niet-mededingingsbelangen in artikel 101 VWEU tot gevolg zou hebben dat de mededingingsautoriteiten en/of de rechterlijke macht – tezamen met het bedrijfsleven – het door de overheid in artikel 101 VWEU neergelegde publieke belang – dat wil zeggen het daarin neergelegde toetsingskader – herdefiniëren. Herdefinitie van een publiek belang vergt echter democratische legitimatie en daaraan ontbreekt het zowel de mededingingsautoriteiten, de rechterlijke macht alsook het bedrijfsleven. De WRR wijst erop dat

---

[89] Ibid.

[90] Ibid.

[91] Vgl. Amato (1997: 116): "*What ought instead to be dropped is interference in the antitrust area from policies of other types that have so far influenced it. From this viewpoint the times are, and are beginning to be seen as, ripe for attention to be paid (as has not yet been done) to the new framework set for us by the Maastricht Treaty. […] From both directions, then, convergent indications are coming for a liberation of antitrust law from the multiple purposes it has served in the past, enabling it to be, as in the USA, antitrust law pure and simple".* (onderstreping toegevoegd, EL).

[92] De eerder aangehaalde uitspraak van Teulings c.s., maar dan in omgekeerde volgorde. Reich wijst in deze op de "*rules of the game*" (2007: 12).

[93] Reich noemt dit "*smart business".* "*In general, corporate initiatives that improve the quality of products without increasing their price, or increase efficiency and productivity so that prices can be lowered, or otherwise generate higher profits and higher returns for investors, are not socially virtuous. They're just good management practices that should – and, given the competitive pressures of supercapitalism, will – be undertaken regardless of how much or how little they benefit society".* (2007: 173).

"*hoe beperkt de sturingsmogelijkheden van de overheid ook mogen zijn, hoe gelijkwaardig aan andere maatschappelijke partijen de overheid daardoor ook soms lijkt, ook binnen de moderne samenleving is zij de enige partij die gelegitimeerd is om namens de samenleving als geheel dwingend te bepalen welke publieke belangen moeten worden behartigd. Het is de opdracht van de overheid te bepalen of bepaalde belangen binnen het maatschappelijk verkeer voldoende tot hun recht komen. En het is de opdracht van de overheid te interveniëren, indien zij van oordeel is dat die belangen onvoldoende tot hun recht komen en er derhalve sprake is van een publiek belang. In dat opzicht is de overheid niet slechts een van de actoren binnen het maatschappelijk verkeer, maar een bijzondere"*.[94] (onderstreping toegevoegd, EL)

Daar komt nog bij dat krachtens Verordening 1/2003 behalve de Commissie ook de nationale mededingingsautoriteiten en nationale rechters de bevoegdheid zouden hebben om mededingings- en niet-mededingingsbelangen tegen elkaar af te wegen bij de toepassing van artikel 101 VWEU. Bourgeois en Bocken hebben er al op gewezen dat deze bevoegdheid een uniforme toepassing van artikel 101 VWEU waarschijnlijk niet ten goede zou komen en hebben om die reden een strikte uitleg bepleit.[95]

Kortom, mededingingsautoriteiten noch rechterlijke instanties zijn gelegitimeerd om binnen het kader van artikel 101 VWEU zelfstandig een afweging te maken tussen het mededingingsbelang en niet-mededingingsbelangen. Een functionele uitleg van het begrip mededingingsbeperking vergt aldus een strikte uitleg: niet-mededingingsbelangen mogen worden meegenomen binnen het kader van artikel 101 VWEU, maar zijn daarbij niet van doorslaggevend belang.

3.3.3. Wat betekent dat voor – bijvoorbeeld – artikel 11 VWEU?

Hoe verhoudt een strikte uitleg van het kartelverbod zich tot de integratieverplichting neergelegd in artikel 11 VWEU? In haar Richtsnoeren inzake artikel 101(3) VWEU vermeldt de Commissie dat

"*[d]oelstellingen die worden nagestreefd met andere Verdragsbepalingen in aanmerking [kunnen] worden genomen in zoverre zij onder de vier voorwaarden van [artikel 101(3) VWEU], kunnen worden begrepen"*.[96]

Dit betekent dat een milieuvoordeel als een kwalitatieve efficiëntieverbetering kan c.q. moet worden meegenomen onder de eerste voorwaarde van artikel 101(3) VWEU.[97] De betreffende overeenkomst moet echter ook voldoen aan de overige voorwaarden van artikel 101(3) VWEU. In geval van *CECED-revisited* zou een besluit van de sector om de productie en import van bepaalde energie-inefficiënte wasmachines stop te zetten aldus niet langer in

[94] WRR-rapport, hoofdstuk 3, p. 9.
[95] Bourgeois en Bocken (2005: 119-120).
[96] Richtsnoeren inzake artikel 101(3) VWEU, supra, rnr. 42.
[97] Ibid., rnr. 69 e.v. Vgl. zaak T-289/01 *Duales System Deutschland (DSD*), Jur. 2007, II-1691, punt 38; Vedder (2004: 430); en Van Damme (2001: 57).

aanmerking komen voor een uitzondering krachtens artikel 101(3) VWEU.[98] Ten eerste omdat de stopzetting van de productie en import van de energie-inefficiënte wasmachines niet noodzakelijk was in de zin van artikel 101(3) VWEU.[99] De Commissie was er kennelijk van uitgegaan dat de factor prijs bij aanschafbeslissingen zwaarder zou wegen dan de factor energie-efficiëntie. Dit was echter onterecht, omdat consumenten de hogere aanschafkosten van energie-efficiënte wasmachines al binnen vier tot negen maanden zouden kunnen terugverdienen.[100] Daarnaast zou een betere energie-efficiëntie verder kunnen worden bespoedigd door minder beperkende maatregelen, zoals de invoering van een milieukeurmerk al dan niet in combinatie met een adequate reclamecampagne.[101] Ten tweede omdat de CECED-regeling de toetreding tot de markt belemmerde zodat er niet voldaan was aan de voorwaarde van voldoende restconcurrentie in artikel 101(3) VWEU.[102] Het gaat er in dit verband niet om – zoals de Commissie had gesteld[103] – dat er drie energieklassen zouden overblijven; waar het om gaat is dat er drie energieklassen werden weggerationaliseerd door de CECED-regeling. Toetreding door nieuwe Europese fabrikanten lag niet voor de hand omdat er sprake was van een verzadigde markt. Toetreding door buitenlandse fabrikanten lag niet voor de hand omdat de belangrijkste Europese importeurs bij de CECED-regeling waren betrokken. Al met al moet worden geconcludeerd dat vooral de betrokken ondernemingen van de CECED-regeling hebben geprofiteerd. De verplichte uitfasering maakte het de fabrikanten immers mogelijk om met de verkoop van efficiëntere, duurdere machines een grotere marge te kunnen behalen.[104]

3.4. Strikte uitleg van het kartelverbod houdt geen absolute voorrang in

De volgende vraag is of een strikte uitleg van het kartelverbod betekent dat het belang van een effectieve mededinging voorrang krijgt boven andere maatschappelijke belangen. Amtenbrink en Van de Gronden veronderstellen

[98] Beschikking van de Commissie in zaak IV.F.1/36.718 *CECED*. De Commissie verleende een ontheffing niettegenstaande het feit dat 95% van de sector betrokken was, de energie-inefficiënte wasmachines ongeveer 10% van de markt uitmaakten, en het algemeen verplichtende karakter van de regeling. Een vergelijkbare aanpak is terug te vinden in de Richtsnoeren voor horizontale overeenkomsten, rnrs. 193-194. Vedder (2004: 159-184) is overigens van mening dat de CECED-regeling aan de vier voorwaarden van artikel 101(3) VWEU voldeed.

[99] Vgl. Maks (2002: 35).

[100] *CECED*, supra, rnr. 52.

[101] De Commissie meende echter dat de CECED-overeenkomst en de milieukeur complementair waren: de overeenkomst had immers ten doel de productie met de geringste energie-efficiëntie te doen verdwijnen, terwijl de milieukeur er – enkel – toe diende de wasmachines met de beste milieuprestaties te onderscheiden (*CECED*, supra, rnr. 63).

[102] Vgl. Maks (2002: 35).

[103] *CECED*, supra, rnr. 64.

[104] Vedder (2000: 240) heeft er al op gewezen dat door de gehele beschikking heen een sterke lobby valt te proeven van de wasmachinefabrikanten die geconfronteerd worden met een stagnerende markt en sterke vraagmacht.

dat een strikte uitleg van de kartelregels tot gevolg zou hebben dat de nadruk op de consumentenwelvaart binnen het kartelverbod ten koste van de totale welvaart gaat.[105] Dat hoeft echter niet het geval te zijn. Het uitgangspunt dat het belang van een effectieve mededinging maatgevend is voor de toepassing van artikel 101 VWEU, betekent immers niet dat het mededingingsbelang absolute voorrang krijgt boven andere maatschappelijke belangen. Die voorrang is namelijk beperkt tot de toepassing van artikel 101 VWEU. Uitgaande van marktwerking voorziet de jurisprudentie namelijk in twee mogelijkheden om het kartelverbod opzij te zetten wanneer de overheid eenmaal heeft vastgesteld dat andere maatschappelijke belangen zwaarder (moeten) wegen dan het belang van een effectieve mededinging. De eerste mogelijkheid biedt het leerstuk van overheidsdwang in combinatie met de nuttig effect-leer. De tweede mogelijkheid biedt de door het Hof gecreëerde uitzondering in de zaken *Albany, Brentjens* en *Drijvende Bokken* (hierna tezamen aangehaald als *Albany*).[106]

3.4.1. Overheidsdwang en nuttig effect

Artikel 101 VWEU is alleen van toepassing op beperkingen die voortvloeien uit ondernemersgedrag; niet op overheidsmaatregelen (ook niet wanneer deze tot beperkende gevolgen leiden). Dienovereenkomstig sluit het leerstuk van overheidsdwang de toepassing van het kartelverbod uit wanneer de oorsprong van een beperkende gedraging niet in de autonome gedragingen van ondernemingen ligt en een nationale wettelijke regeling een rechtskader creëert dat zelf iedere mogelijkheid van concurrentiegedrag door deze ondernemingen uitsluit.[107]

Tegelijkertijd mogen lidstaten krachtens artikel 4(3) VEU géén maatregelen nemen die aan het kartelverbod hun nuttige werking ontnemen.[108] De nuttig effect-leer is echter alleen van toepassing wanneer overheidsmaatregelen

[105] Amtenbrink en Van de Gronden (2008: 325). In dezelfde zin: Houdijk (2008) en Steenbergen (2008).

[106] *Albany*, supra; gev. zaken C-115/97 e.v. *Brentjens*, Jur. 1999, I-1341 en C-219/97 *Drijvende Bokken,* Jur. 1999, I-6121. Hierover: Loozen (1999); Franssen c.s (2000). Vgl. zaak C-222/98 *Van der Woude*, Jur. 2000, I-7111. Hierover: Loozen (2000).

[107] Gev. zaken C-359/95P e.v. *Ladbroke Racing*, Jur. 1997, I-6265, punten 33 en 34; bob van de NMa van 21 augustus 2001 in zaak 568 *Kraaijenbergse Plassen*, rnrs. 37 en 38. Let wel, het leerstuk van overheidsdwang wordt zeer beperkt uitgelegd: gev. zaken 209/78 e.v. *Van Landewyck*, Jur. 1980, 3125, punten 130-134; zaak 41/83 *Italië t. Commissie*, Jur. 1985, 873, punt 19; gev. zaken 240/82 e.v. *Stichting Sigarettenindustrie (SSI)*, Jur. 1985, 3831, punten 27-29; en zaak C-198/01 *Consorzio Industrie Fiammifieri* (*CIF*), Jur. 2003, I- 8055, punten 67-71.

[108] Krachtens artikel 4(3) VEU is het lidstaten niet toegestaan om maatregelen te nemen die het kartelverbod zijn 'nuttig effect' ontnemen. Vgl. zaak 13/77 *INNO t. ATAB*, Jur. 1977, p. 2115, punt 31; zaak 267/86 *Van Eycke t. ASPA*, Jur. 1988, 4769, punt 16; zaak C-185/91 *Reiff*, Jur. 1993, I-5801, punt 14; zaak C-153/93 *Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft*, Jur. 1994, I-2517, punt 14; zaak C-96/94 *Centro Servizi Spediporto*, Jur. 1995, I-2883, punt 20; zaak C-35/99 *Arduino*, Jur. 2002, I-1529, punt 34; en *CIF*, supra, punt 45.

een band hebben met tussen ondernemingen overeengekomen mededingingsbeperkende gedragingen. Hiervan kan op vier manieren sprake zijn. Namelijk wanneer de overheidsmaatregelen (i) mededingingsbeperkende afspraken opleggen, (ii) tot het maken daarvan aanzetten, (iii) de werking ervan versterken, of (iv) economische ordeningsbevoegdheden van de overheid delegeren aan het bedrijfsleven zonder dat deze daarbij zelf het laatste woord behoudt.[109] Wanneer zich echter geen van deze gevallen voordoet, dan vallen overheidsmaatregelen niet onder de nuttig effect-leer.[110]

Dit betekent dat het publieke belang van een effectieve mededinging zoals neergelegd in artikel 101 VWEU opzij kan worden gezet voor een ander, niet-mededingingsbelang, mits het de overheid is die de verantwoordelijkheid draagt voor de beperkende regeling. Neem bijvoorbeeld de Wet op de vaste boekenprijs. Deze dient een cultuurpolitiek doel, te weten het in stand houden van een breed literair aanbod.[111] De toepassing van het kartelverbod op een regeling inzake een vaste boekenprijs valt of staat met de oorsprong van de regeling. Wanneer de uitgevers een vaste boekenprijs overeen zouden komen, dan zou deze onder het kartelverbod vallen. Althans, het argument dat een vaste boekenprijs ertoe dient om een zekere diversiteit in aanbod zeker te stellen, is bij de toepassing van het kartelverbod niet van doorslaggevend belang (zie paragraaf 3.3.3 hiervoor). Maar, wanneer de overheid met datzelfde niet-mededingingsbelang in het achterhoofd een vaste boekenprijs regelt, dan hoeft het kartelverbod niet van toepassing te zijn. Van belang daarbij is dat de regeling de signatuur draagt van de overheid, haar oorsprong niet vindt in autonome gedragingen van de uitgevers, en verdere mededingingsbeperkende gedragingen tussen uitgevers en boekhandel overbodig zijn. Hieraan is in beginsel voldaan. De Wet op de vaste boekenprijs noopt niet tot een privaatrechtelijke regeling naast de overheidsmaatregel.[112] De uitgever stelt eenzijdig de wenselijk geachte wederverkoopprijs vast. Vervolgens verplicht de Wet op de vaste boekenprijs de detaillisten om die prijs na te leven. Met andere woorden, afspraken tussen uitgevers en detaillisten over de naleving van de prijs zijn overbodig. Het mededingingsrechtelijk zwakke punt van de Wet op de vaste boekenprijs is dat de wet vooraf is gegaan door een vergelijkbare privaatrechtelijke regeling, zodat deze wettelijke regeling mogelijk kan worden gezien als een versterkende maatregel.[113] Het komt mij echter voor dat op dit punt een parallel op zijn plaats is met de wijze waarop het Hof in *Mauri* het toezichtsvereiste actief heeft ingevuld in het geval van delegatie.[114]

[109] *Van Eycke v. ASPA*, supra, punt 16; *Reiff*, supra, punt 14; *Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft*, supra, punt 14; *Centro Servizi Spediporto*, supra, punt 21; *Arduino*, supra, punt 35; en *CIF*, supra, punt 46.
[110] Zaak C-2/91 *Meng*, Jur. 1993, I-5751, punt 20.
[111] Wet van 9 november 2004, houdende regels omtrent de vaste boekenprijs, Stb. 2004, 600.
[112] Drijber (2005c).
[113] Drijber (2005c) heeft er in dit verband op gewezen dat DG Mededinging dit punt niet heeft aangegrepen in haar brief van 2 augustus 2004. Hij merkte hierover op dat deze route misschien niet is gekozen omdat die zou hebben geleid tot rechtsongelijkheid (in geval van identieke wetgeving in een andere lidstaat zonder vergelijkbare voorloper).
[114] Zaak C-250/03 *Mauri*, Jur. 2005, I-1267. Szoboszlai (2006: 73-87) wijst erop dat de wijze

Aldus zou een overheidsmaatregel niet als een versterkende maatregel moeten worden gezien wanneer de overheid in het voorbereidingstraject effectieve controle uitoefent (géén geval van *rubber stamping* dus) en het aldus de overheid is die de afweging maakt dat de mededingingsbeperking in kwestie in het publieke belang is.[115]

3.4.2. *Albany*

De tweede mogelijkheid waarin het kartelverbod géén toepassing vindt – ondanks het feit dat het op het eerste gezicht om een regeling gaat die de mededinging zou kunnen beperken – is door het Hof gecreëerd in *Albany*.[116] Kingston, Amtenbrink en Van de Gronden wijzen onder meer op deze uitspraak om hun argument kracht bij te zetten dat het Hof al zou zijn overgegaan tot een verdergaande integratie van niet-mededingingsbelangen in het kartelverbod.[117] Zij zien daarbij echter over het hoofd dat het Hof in *Albany* helemaal niet is toegekomen aan de toepassing van artikel 101 VWEU, laat staan aan een weging binnen het kartelverbod van het mededingingsbelang tegen niet-mededingingsbelangen.

Albany ging over een besluit van werkgevers en werknemers in een bepaalde bedrijfstak om in het kader van een collectieve arbeidsovereenkomst (CAO) één bedrijfspensioenfonds op te richten dat belast was met het beheer van een aanvullende pensioenregeling.[118] Vervolgens deed zich een conflict voor tussen twee van toepassing zijnde verdragsnormen. Aan de ene kant stelde

---

waarop het Hof in die uitspraak het toezichtsvereiste invult, vergelijkbaar is met de actieve supervisie uit de Amerikaanse *Midcal*-doctrine. Met als gevolg dat "*[m]easures formally approved but not genuinely supervised by the State do not constitute State* action, immune from *antitrust scrutiny, any more*". (p. 74).

[115] Vgl. A-G Léger in zijn conclusie in *Arduino*, supra, rnr. 91.

[116] *Albany*, supra.

[117] Kingston (2009: 168); Amtenbrink en Van de Gronden (2009: 324). Zij verwijzen ook naar *Wouters,* supra (alle drie) en zaak C-519/04 P *Meca-Medina en Majcen* (*Meca-Medina en Majcen II*), Jur. 2006, I-6991 (alleen Amtenbrink en Van de Gronden). Deze twee uitspraken worden uitvoerig behandeld in hoofdstuk 7 van dit proefschrift. Kingston (2009: 166) verwijst verder ook nog naar *Brentjens*, supra; *Pavlov*, supra; zaak C-250/92 *Gøttrup-Klim (Gøttrup)*, Jur. 1994, I-5641; beschikking van de Commissie in de zaken IV/117, 171, 856 en 28.173 *Campari*, PB 1978, L70/69; zaak 161/84 *Pronuptia*, Jur. 1986, 353; beschikking van de Commissie in zaak IV/29.395 *Windsurfing International*, PB 1983, L229/1; beschikking van de Commissie in zaak IV/32.595 *d'Ieteren Motor Oils*, PB 1991, L20/42; bekendmaking van de Commissie in *Kathon Biocide*, PB 1984, C59/6; en zaak T-83/91*Tetra Pak,* Jur. 1994, II-755. Ik wijs erop dat het niet gebruikelijk is om *Brentjens* als separate zaak op te voeren, omdat de overwegingen van het Hof in die zaak identiek zijn aan de overwegingen in *Albany* en *Drijvende bokken* (ook A-G Jacobs was met één conclusie in alle drie zaken gekomen). Zie voor de redenen waarom het Hof de zaken niet heeft gevoegd: Loozen (1999: 275-276). Voorts past *Pavlov* mijns inziens niet in dit rijtje, omdat het Hof de toepassing van de *Albany*-route in die zaak juist afwees (*Pavlov*, supra, punten 57-70). De andere zaken behelzen geen weging van mededingings- tegen niet-mededingingsbelangen.

[118] *Albany,* supra, punt 52.

het Hof vast dat aan CAO´s een zekere mededingingsbeperkende werking eigen is, zodat het kartelverbod in beginsel van toepassing zou kunnen zijn.[119] Aan de andere kant viel de pensioenregeling volgens het Hof ook onder het communautaire beleid op sociaal gebied geregeld in de artikelen 2 en 3, sub g en j, en 136-143 EG (thans: de artikelen 3 VEU en 151-159 VWEU).[120]

Hoe dit probleem van conflicterende normen op te lossen? Omdat het om een CAO ging, en niet om een overheidsmaatregel, boden de leerstukken van overheidsdwang en nuttig effect geen uitkomst. Verder had A-G Jacobs er al op gewezen dat *"[a]angezien beide groepen verdragsbepalingen van gelijke rang zijn, de ene groep geen absolute voorrang [mag] krijgen boven de andere en zij geen van beide geheel inhoudsloos [mogen] worden*".[121] Het Hof koos voor de volgende oplossing. Het stelde vast dat het conflict noopte tot *"[...] een nuttige en coherente uitlegging van de bepalingen van het Verdrag, gelezen in hun onderling verband, [...]"*.[122]

In concreto betekende dit de toekenning van kartelrechtelijke immuniteit, maar dan wel in beperkte mate. Aan de ene kant werd kartelrechtelijke immuniteit nodig geacht omdat de toepassing van het kartelverbod er anders toe zal leiden dat de nagestreefde doelstellingen van sociale politiek ernstig zouden worden belemmerd.[123] Aan de andere kant gold deze immuniteit alleen onder bepaalde voorwaarden. Vereist was dat de regeling zowel *"naar haar aard"* als *"naar haar doel"* buiten de werkingssfeer van artikel 101(1) VWEU viel.[124] *"Naar haar aard"* houdt in dat een regeling in het kader van een CAO moet zijn overeengekomen. *"Naar haar doel"* houdt in dat een regeling moet leiden tot een verbetering van de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden van de betrokken werknemers.[125]

In *Albany* was aan beide voorwaarden voldaan. De aanvullende pensioenregeling was overeengekomen in het kader van een CAO. Bovendien droeg de regeling rechtstreeks bij aan de verbetering van de arbeidsvoorwaarden van de werknemers.[126] In *Pavlov* was daarentegen niet aan beide voorwaarden

[119] Ibid., punt 59.
[120] Ibid., punten 54-55. Dit beleid bevordert de sociale dialoog tussen werkgevers en werknemers, onder meer op het terrein van de arbeidsvoorwaarden (punt 57). Daarnaast wordt er ook rekening mee gehouden dat de sociale dialoog tussen werkgevers en werknemers leidt tot CAO´s (artikel 4(1) en (2) van de Overeenkomst betreffende sociale politiek (PB 1992, C 191, p. 91); vgl. punt 58).
[121] A-G Jacobs in *Albany*, supra, rnr. 179.
[122] Ibid., punt 60.
[123] Ibid., punt 59.
[124] Ibid., punten 60-61.
[125] Ibid., punten 62-63.
[126] Ibid. In *Van der Woude* stelde het Hof vast dat de exclusieve uitbesteding van de uitvoering van de collectieve ziektekostenregeling aan VGZ ook kartelrechtelijke immuniteit genoot (supra, punten 25-27). De vraag is in hoeverre de *Albany*-uitzondering hier niet al te ruim is toegepast. In zijn conclusie in *Albany* had A-G Jacobs er al op gewezen dat een CAO-regeling slechts voor immuniteit van kartelrechtelijke toetsing in aanmerking behoort te komen voor zover de regeling niet rechtstreeks van toepassing is op derden of andere markten (rnrs. 191-194). De

voldaan.[127] Deze zaak ging onder meer over de vraag of een aanvullende pensioenregeling die de medisch specialisten waren overeengekomen in het kader van de Landelijke Specialisten Vereniging (LSV) niet *à la Albany* buiten de werkingssfeer van artikel 101(1) VWEU zou moeten vallen.[128] Qua doelstelling kwam de aanvullende pensioenregeling overeen met die in *Albany*: ook hier ging het om een verbetering van de arbeidsvoorwaarden.[129] Maar, omdat deze regeling *niet* in het kader van een CAO tot stand was gekomen, kwam zij niet in aanmerking voor kartelrechtelijke immuniteit.[130]

Kortom, de *Albany*-uitzondering voor regelingen ter verbetering van de arbeidsvoorwaarden gaat alleen op wanneer deze regelingen in het kader van een CAO zijn overeengekomen.[131] Een dergelijk kader verleent de beperkende regeling een zekere Verdragsrechtelijke basis. Analoog aan de leerstukken inzake overheidsdwang en nuttig effect wordt aldus veiliggesteld dat het publiek belang van een effectieve mededinging alleen dan opzij wordt gezet voor andere niet-mededingingsbelangen wanneer deze belangenafweging is terug te voeren op de Europese wetgever (in plaats van het bedrijfsleven).

3.5. Strikte uitleg andere juridische parameters uit artikel 101 VWEU

De hierboven weergegeven strikte uitleg van het begrip mededingingsbeperking staat niet alleen. Ook bij de invulling van andere juridische parameters uit artikel 101 VWEU wordt de scheidslijn tussen overheid en publiek belang aan de ene kant en ondernemingen en privaat belang aan de andere kant, nauwgezet in de gaten gehouden. Hierna wordt ingegaan op de uitleg van

maatstaf zou volgens de A-G moeten zijn of de regeling enkel binnen de arbeidsverhouding tussen werkgevers en werknemers verplichtingen wijzigt of creëert, dan wel verder gaat en rechtstreeks van invloed is op de betrekkingen tussen werkgevers en derden, zoals afnemers, leveranciers, concurrerende werkgevers of consumenten (rnr. 193). Vgl. Loozen (2000).

[127] *Pavlov,* supra. Vgl. Loozen (2000).

[128] Ibid., punten 60-61.

[129] Ibid., punt 68.

[130] Ibid. Het Hof wees erop dat *"[in] het Verdrag geen bepalingen [staan] die, gelijk de artikelen 118 en 118 B EG-Verdrag [thans de artikelen 153 en 155 VWEU] en de artikelen 1 en 4 van de overeenkomst betreffende de sociale politiek […], de beoefenaren van de vrije beroepen aanmoedigen, collectieve overeenkomsten te sluiten ter verbetering van de arbeidsvoorwaarden, en die beogen dat dergelijke overeenkomsten, op verzoek van de leden van deze beroepsgroep, door de overheid voor alle leden van deze beroepsgroep verplicht worden gesteld"* (punt 69).

[131] In de Mededingingswet heeft *Albany* zijn beslag gekregen in een – nieuw – artikel 16. Hierin is neergelegd dat het kartelverbod niet geldt voor a) een collectieve arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 1 van de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst, b) een overeenkomst in een bedrijfstak tussen één of meer werkgeversorganisaties en één of meer werknemersorganisaties uitsluitend met betrekking tot pensioen als bedoeld in artikel 1 van de Pensioenwet, en c) een overeenkomst of besluit van een organisatie van beoefenaren van een vrij beroep houdende uitsluitend de deelname aan een beroepspensioenregeling, indien overeenkomstig artikel 5 van die wet, met betrekking tot een zodanige regeling een verzoek is ingediend tot verplichtstelling door Onze Minister van Sociale Zaken en Werkgeglegenheid en het verzoek niet is afgewezen.

(i) het begrip onderneming en (ii) de begrippen overeenkomst tussen ondernemingen en besluit van een ondernemersvereniging als tegenhanger van een overheidsmaatregel.

3.5.1. Het begrip onderneming

Bij de interpretatie van het begrip onderneming houdt het Hof de rolverdeling tussen overheid en bedrijfsleven nauwgezet in de gaten. Het Hof hanteert een functionele invulling, hetgeen inhoudt dat er sprake is van een onderneming wanneer een entiteit een economische activiteit verricht.[132] Een economische activiteit bestaat in het aanbieden van goederen of diensten op een bepaalde markt.[133] Volgens het Hof in *Fédération française des sociétés d´assurances e.a.* (*FFSA*) en *Albany* vereist de vaststelling van een dergelijke economische activiteit niet het hebben van een winstoogmerk.[134] Eigenlijk gaat het hier om winstmaximalisatie: een economische activiteit vereist niet per definitie winstmaximalisatie. De reden hiervoor is dat winst op twee manieren kan worden aangewend: om de winst te maximaliseren dan wel als restrictie op andere doelstellingen. Dat betekent dat winstmaximalisatie dus wel winstoogmerk veronderstelt. Maar, omgekeerd, winstoogmerk niet noodzakelijkerwijs winstmaximalisatie veronderstelt.

Een voorbeeld. Wanneer de doelstelling van een organisatie is om zo veel mogelijk thuiszorg aan te bieden, dan kan de winst worden ingezet als restrictie op die doelstelling. Dat werkt als volgt. Het zo veel mogelijk leveren van thuiszorg vereist een zeker budget (dat zijn de kosten die daarbij worden gemaakt). Om te voorkomen dat die kosten al te zeer toenemen, wordt winst ingezet als restrictie op het leveren van thuiszorg. Dat betekent dat er weliswaar geen winstmaximalisatie plaatsvindt, maar dat de winst bijvoorbeeld wel op nul wordt gehouden. In ieder geval mag de winst niet negatief worden, want dat zou meebrengen dat er wordt ingeteerd op het eigen vermogen. Aldus noopt het winstoogmerk tot *efficiency,* hetgeen de kosten drukt die de andere doelstelling meebrengt.

De uitspraak in *AOK Bundesverband* waarin het Hof onder meer vaststelde dat de Duitse ziekenfondsen géén ondernemingen waren in de zin van de artikelen 101 en 102 VWEU, sluit hier niet bij aan.[135] De Duitse ziekenfondsen bepaalden zelf de hoogte van de premie en concurreerden bij het aanbieden van diensten met elkaar en met particuliere verzekeraars met betrekking tot personen die niet wettelijk verplicht waren om zich aan te sluiten bij een ziekenfonds.[136]

[132] Zaak C-41/90 *Höfner*, Jur. 1991, p. I-1979.
[133] Zaak C-35/96 *Commissie/Italië*, Jur. 1998, I-3851, punt 36; *Pavlov*, supra, punt 75; zaak C-475/99 *Ambulanz Glöckner*, Jur. 2001, I-8089, punt 19.
[134] *FFSA*, supra, punten 17-18, en *Albany,* supra, punten 85-86.
[135] Gev. zaken C-264/01 e.v. *AOK Bundesverband*, Jur. 2004, I-2493, punt 57. Kritisch: Lasok (2004) en Reysen en Bauer (2004).
[136] Vgl. A-G Jacobs in zijn conclusie bij *AOK Bundesverband*, supra, punt 37. Kern van de

Aldus was in ieder geval een deel van de activiteiten van de ziekenfondsen economisch van aard, zodat de Duitse ziekenfondsen als onderneming hadden moeten worden aangemerkt.

Kortom, overeenkomstig de doelstelling van artikel 101 VWEU – het beschermen van het publieke belang van een effectieve mededinging – is er sprake van een onderneming zodra een entiteit private belangen in de zin van winstmaximalisatie dan wel winstoogmerk kan nastreven op een bepaalde markt. Omgekeerd geldt echter niet dat zodra een winstoogmerk ontbreekt – zowel in de zin van winstmaximalisatie als in de zin van restrictie op andere doelstellingen – er dus geen sprake is van een economische activiteit. Bijvoorbeeld. Wanneer iemand uit oogpunt van algemeen esthetisch belang besluit om voortaan gratis knipbeurten aan te bieden, dan concurreert hij/zij nog steeds met kappers die niet gratis werken. De Europese rechters hebben twee alternatieve methodes ontwikkeld om vast te stellen of een activiteit niet-economisch van aard is: de methode van de strikt sociale activiteit en die van het overheidsprerogatief.[137] Kern van beide methodes is dat de activiteit de strikte uitvoering moet betreffen van een wettelijke taakopdracht die de organen in kwestie géén speelruimte biedt bij de vaststelling van hun diensten en de daarvoor te innen vergoedingen.[138]

3.5.2. De begrippen overeenkomst tussen ondernemingen en besluit van een ondernemersvereniging als tegenhanger van een overheidsmaatregel

Wanneer zowel het bedrijfsleven alsook de overheid bij de totstandkoming van een regeling betrokken zijn geweest, doet zich de vraag voor of toezicht volgens het kartelverbod op zijn plaats is of niet. Dit is wel het geval wanneer de regeling moet worden aangemerkt als een overeenkomst tussen ondernemingen of een besluit van een ondernemersvereniging. Dit is niet het geval wanneer de regeling moet worden aangemerkt als een overheidsmaatregel. De vraag is dus waar de scheidslijn ligt.

---

analyse van het Hof is de zogenaamde *Risikoausgleich* ten gevolge waarvan de ziekenfondsen zouden worden samengevoegd. Deze analyse is twijfelachtig. De *Risikoausgleich* is een mechanisme dat is bedoeld om de effecten van het feit dat de fondsen nu eenmaal verschillende risico´s verzekeren te vereffenen. Terwijl cliënten vrijelijk hun verzekeraar kunnen kiezen, is het de fondsen niet toegestaan om cliënten te selecteren op grond van hun gezondheidsprofiel. Aldus voorziet de *Risikoausgleich* veeleer in een *level playing field* dat concurrentie mogelijk maakt. Vgl. Reysen en Bauer (2004).

[137] Voorbeelden van strikt sociale activiteiten zijn gev. zaken C-159/91 en C-160/91 *Poucet en Pistre*, Jur. 1993, p. I-637, en zaak C-218/00 *Cisal*, Jur. 2002, p. I-691. Voorbeelden van de uitoefening van een overheidsprerogatief zijn zaak C-364/92 *Eurocontrol*, Jur. 1994, p. I-43, en zaak C-343/93 *Diego Cali*, Jur. 1997, p. I-1547. Vgl. zaak C-205/03 P *FENIN*, Jur. 2006, I-6295, punt 25 (waarin inkoop niet als een economische activiteit werd aangemerkt voor zover de ingekochte producten werden aangewend in het kader van een strikt sociale activiteit); vgl. A-G Kokott in *MOTOE*, supra, punten 41-47.

[138] Vgl. Loozen (1999).

Uit de nuttig effect-leer inzake delegatie van economische ordeningsbevoegdheden door de overheid aan het bedrijfsleven kan worden afgeleid dat het er bij deze scheidslijn om gaat nader vast te stellen wie de (eind)verantwoordelijkheid draagt voor de regeling in kwestie: de overheid of het bedrijfsleven.[139] Heeft de overheid haar regelgevende bevoegdheid aan het bedrijfsleven gedelegeerd, dan heeft de regeling haar overheidskarakter verloren en is er sprake van een overeenkomst of een besluit van een ondernemersvereniging waarop het kartelverbod in beginsel van toepassing is.[140] Heeft de overheid haar regelgevende bevoegdheid niet gedelegeerd, dan heeft de regeling haar overheidskarakter niet verloren. Met als gevolg dat het kartelverbod niet van toepassing is, ongeacht het feit dat het bedrijfsleven bij de totstandkoming van de regeling betrokken is geweest.[141] Er is volgens het Hof géén sprake van delegatie wanneer een lidstaat zelf de criteria van algemeen belang vastlegt alsook de essentiële beginselen waaraan de uit te vaardigen regelgeving moet voldoen, en bovendien de bevoegdheid aan zich houdt om in laatste instantie zelf te beslissen.[142]

3.6. Conclusie

In dit proefschrift wordt een functionele uitleg bepleit van het begrip mededingingsbeperking. In navolging van de andere parameters uit artikel 101(1) VWEU, moet mijns inziens ook deze parameter strikt worden uitgelegd. Dat betekent dat het mededingingsbelang maatgevend is binnen het kader van artikel 101 VWEU. De reden daarvoor is dat publieke belangen per definitie alléén door de overheid kunnen worden behartigd. Het belang van een effectieve mededinging zoals neergelegd in artikel 101 VWEU behelst een dergelijk door de Verdragsopstellers gedefinieerd publiek belang. Dit betekent dat afwijken van het daarin neergelegde toetsingskader alleen dan mogelijk is wanneer de Verdragsopstellers (i) al daarin hebben voorzien, dan wel (ii) de Europese of nationale overheden daartoe ruimte hebben gegeven. Bij de toepassing van artikel 101 VWEU kan hiermee rekening worden gehouden krachtens de leerstukken inzake overheidsdwang en nuttig effect dan wel conflictresolutie zoals toegepast in *Albany*. Kenmerkend voor de eerste twee leerstukken is dat de voorrang ten gunste van het niet-mededingingsbelang uitdrukkelijk door de overheid in kwestie is beslecht. Bij conflictresolutie is dat niet het geval. In *Albany* was sprake van verdragsbepalingen van gelijke rang en de toegekende beperkte kartelrechtelijke immuniteit was het resultaat

[139] Over de vraag in hoeverre het om formele dan wel actieve eindverantwoordelijkheid gaat: Chung (1995), Schepel (2002) en Szoboszlai (2006).

[140] En is de overheid aansprakelijk krachtens de nuttig effect-leer (delegatie ontneemt de regeling zijn overheidskarakter). Vgl. zaak 123/83 *BNIC t. Clair*, Jur. 1985, p. 391; zaak C-35/96 *CNSD*, Jur. 1998, p. I-3851.

[141] *Reiff*, supra; *Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft*, supra; *Spediporto*, supra; zaak C-38/97 *Librandi*, Jur. 1998, p. I-5955; *Arduino*, supra; *Mauri*, supra. Zie ook het Rapport inzake de Professies van de Commissie, COM(2004)83 final, punt 86.

[142] *Wouters*, supra, punten 68-69; Rapport inzake de Professies, supra, punt 87.

van conflictoplossing door de Europese rechter. Ook hier geldt echter dat de belangenafweging, die de Europese rechter hierbij maakte, was terug te voeren op de Verdragsrechtelijke basis van de regelingen die in het kader van een CAO overeengekomen waren.

4. Uitgangspunten voor het beslismodel

In dit proefschrift wordt ervan uitgegaan dat de redelijkheidstoetsing die plaatsvindt ten aanzien van (ingewikkelde) economische beoordelingen niet alleen is ingegeven door de inter-institutionele taakverdeling tussen de Commissie en de Europese rechters, maar tevens is terug te voeren op het feit dat het bij economische beoordelingen niet om de vaststelling van feitelijke zekerheid gaat, maar om zo goed mogelijk gemotiveerde veronderstellingen. Dit brengt enerzijds mee dat de bewijsstandaard voor de vaststelling van een mededingingsbeperking bij een economische benadering correspondeert met de verplichting om deugdelijk bewijs te leveren zoals door het Hof vastgesteld in *Tetra Laval II*. Dat betekent dat het te leveren bewijs de overtuiging moet doen ontstaan dat er naar economische maatstaven sprake is van een mededingingsbeperking. Overtuigen houdt in dat er behalve bewijsstukken die materieel juist, betrouwbaar en overeenstemmend zijn, ook een logische en consistente uiteenzetting moet worden geleverd waaruit de toepassing van de algemene theorie op de concrete situatie kan worden afgeleid. Dit betekent anderzijds dat de beoordelingsvrijheid van de Commissie beperkt is tot de keuze van de toe te passen economische theorie in een concreet geval. De concrete toepassing daarvan is echter onderworpen aan een effectieve rechtmatigheidstoetsing.

Voorts wordt er in dit proefschrift van uitgegaan dat artikel 101 VWEU per definitie géén *maatschappelijke rule of reason* in kan houden. De relatie tussen artikel 101 VWEU en het publieke belang brengt mee dat het publieke belang van een effectieve mededinging maatgevend is in het kader van de toepassing van het Europese kartelverbod. Deze strikte benadering heeft niet tot gevolg dat de Unie, zoals Steenbergen heeft opgemerkt, "*als hoogste norm een louter mercantilistisch marktconcept oplegt*".[143] Ik ben het er van harte mee eens dat het publieke belang van een effectieve mededinging slechts een middel is en géén doel. Maar, dit uitgangspunt moet dan wel binnen het Unie-bestel worden bezien, niet binnen artikel 101 VWEU. Marktwerking en concurrentie vormen twee kanten van dezelfde medaille. Een verdere integratie van niet-mededingingsbelangen binnen het kader van artikel 101 VWEU zou betekenen dat deze verbodsnorm reeds bij haar toepassing zou worden uitgehold.

[143] Steenbergen (2008: 143).