

B e s c h i k k i n g e n

markt voor kredietverzekeringen en biedt haar diensten voornamelijk via assurantietussenpersonen en brancheorganisaties aan. Zij heeft op de Nederlandse kredietverzekeringsmarkt een marktaandeel van ongeveer 5%. De twee Cobacvennootschappen zijn verbonden aan de Eulergroep die kredietverzekeringsactiviteiten ontplooit in voor Nederlandse ondernemingen belangrijke exportlanden. De Eulergroep is op zijn beurt weer verbonden met AGF en de Allianzgroep.

De ontheffingsaanvraag heeft betrekking op de overeenkomsten waarbij de drie partijen N.V. Interpolis Kredietverzekeringen oprichten. De joint venture zal actief zijn op de markt voor kredietverzekeringen. Met de samenwerking trachten beide partijen de expertise van Cobac op het gebied van dergelijke verzekeringen te combineren met de distributiekkanalen van Interpolis. Interpolis beoogt middels de samenwerking aan haar cliënten in de toekomst ook kredietverzekeringsdiensten aan te bieden, terwijl voor Cobac de (aanvankelijke) reden van de samenwerking is gelegen in de vergroting van haar marktaandeel nu zij (voor haar eigen kredietverzekeringsdiensten) via de joint venture toegang zou krijgen tot de distributiekkanalen van Interpolis.

De joint venture zal haar commerciële activiteiten en algemene zaken zelfstandig uitoefenen en verantwoordelijk zijn voor de afzet. Zij voert onder meer een eigen product- en prijsbeleid, zal zelf de kredietverzekeringen aanbieden en de contacten met de afnemers en distributeurs onderhouden. Niettemin zullen de uitvoering van de acceptatiewerkzaamheden, dat wil zeggen de risicoinschatting, in- en excassowerkzaamheden en financiële werkzaamheden door de joint venture worden opgedragen aan Cobac. De voor het aanbieden van kredietverzekeringen benodigde expertise blijft berusten bij Cobac. Dat geldt ook voor de omvangrijke gespecialiseerde informatie die noodzakelijk is voor de inschatting van kredietrisico's van debiteuren (betalingsgedrag, kredietwaardigheid, financiële structuur, marktinformatie e.d.) en, dientengevolge, voor de bepaling van de door een onderneming te hanteren kredietvoorwaarden vis-à-vis zijn afnemers. Die informatie zal Cobac tegen betaling aan de joint venture ter beschikking stellen.

Cobac en de joint venture zullen beide, ieder met hun eigen kredietverzekeringsdiensten, op dezelfde markt actief zijn. De aangemelde overeenkomsten voorzagen in eerste instantie in een (vergaande) verdeling van de Interpolis- en Cobacdistributiekkanalen tussen de joint venture en Cobac. Deze afspraken gingen naar het voorlopige oordeel van de NMa verder dan hetgeen noodzakelijk was voor de oprichting en de instandhouding van de joint venture. Op instigatie van de NMa hebben de partijen de overeenkomst daarop gewijzigd in die zin dat de joint venture niet zonder voorafgaande schriftelijke toestemming (op non-exclusieve wijze) zal samenwerken met de vaste distributiekkanalen

Nr. B123

INTERPOLIS/COBAC, zaaknr. 21

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit d.d. 19 oktober 1998 tot afwijzing van een aanvraag om ontheffing als bedoeld in artikel 17 Mw omdat er geen inbreuk wordt gemaakt op het verbod van artikel 6 Mw.

Reikwijdte artikel 6 Mw, coöperatieve joint venture, (potentiële) concurrentie betrokken partijen, nevenrestricties (m. nt. mr H.H.P. Lugard).

Feiten

Dit besluit heeft betrekking op de oprichting van een onderneming, N.V. Interpolis Kredietverzekeringen (de joint venture) door een dochteronderneming van de Rabobankorganisatie, N.V. Interpolis (Interpolis) en 2 ondernemingen die behoren tot de Cobac groep, Cobac N.V., een dochteronderneming van België Cobac N.V. en Cobac Service B.V. (Cobac).

Interpolis beoefent het verzekeringsbedrijf. Interpolis is echter niet actief op het gebied van kredietverzekeringen. Zij biedt haar verzekeringen aan via de Rabobankorganisatie (waar zij deel van uitmaakt), met name de lokale Rabobankkantoren en, op grond van samenwerkingsovereenkomsten, via assurantietussenpersonen. Cobac Nederland N.V. is uitsluitend actief op de Nederlandse

B e s c h i k k i n g e n

van Cobac, terwijl Cobac voor wat betreft haar eigen kredietverzekeringsdiensten niet zonder voorgaande toestemming zal samenwerken met de vaste distributiekanaal van Interpolis. Partijen zullen elkaar die schriftelijke toestemming niet op onredelijke gronden onthouden. 'Vrije' distributiekanaal zullen voorts voor beide partijen toegankelijk zijn. Ook mogen beide partijen offertes uitbrengen naar aanleiding van spontane aanvragen voor kredietverzekeringen van potentiële afnemers. Partijen zijn tot slot overeengekomen dat zij voor de duur van de overeenkomst geen soortgelijke samenwerkingsovereenkomsten zullen aangaan met derden voor wat betreft de uitoefening van het kredietverzekeringsbedrijf op de Nederlandse markt. Voorts is het Interpolis verboden om voor de duur van de overeenkomst anders dan middels de joint venture het kredietverzekeringsbedrijf uit te oefenen, een kredietverzekeraar op te richten, hierin te participeren of daarbij op andere wijze betrokken te zijn.

Beoordeling

De NMa stelt vast dat als relevante markt de kredietverzekeringsmarkt moet worden aangemerkt. Vanuit de vraagzijde bezien bestaat geen substituuat voor een verzekering die dekking geeft voor betalingsrisico's als gevolg van insolvente of uitgestelde betalingen van (binnen- of buitenlandse) afnemers. Ook voor wat betreft de aanbodzijde van de markt dient de kredietverzekeringsmarkt als een aparte markt beschouwd te worden, aangezien de voor de bepaling van het kredietrisico van debiteuren benodigde databanken qua aard, complexiteit en omvang aanmerkelijk verschillen van de databestanden van andere schadeverzekeraars. Het opbouwen van een dergelijk bestand vereist ervaring en expertise en is zeer tijdrovend (8 tot 10 jaar). Gelet op de daarmee gemoeide investeringen, tijd, knowhow en personeel is sprake van aanzienlijke toetredingsbarrières tot deze markt en kan deze markt als relevante dienstenmarkt worden aangemerkt.

De NMa oordeelt vervolgens dat in het midden kan blijven of de geografische markt nationaal dan wel internationaal is. Enerzijds wensen internationale ondernemingen, ongeacht de betrokken landen, vaak gebruik te maken van één kredietverzekeraar, hetgeen wijst op een internationale markt, anderzijds richt het samenwerkingsverband zich met name op verzekeringsnemers uit het Nederlandse midden- en kleinbedrijf. Dat laatste is voor de NMa aanleiding uit te gaan van de Nederlandse markt.

De Nederlandse kredietverzekeringsmarkt wordt gekenmerkt door de aanwezigheid van één partij, de Nederlandsche Crediet-Verzekeringsmaatschappij (NCM) met een marktaandeel van meer dan 80%. De NCM maakt deel uit van de wereldwijd opererende Swiss Re-verzekeringsgroep, de op een na grootste verzekeraar ter wereld. Naast de NCM is een aantal kleinere verzekeraars, waaronder Cobac, elk met een marktaandeel van minder dan 10%, op de Nederlandse markt actief.

De NMa gaat vervolgens na of de samenwerking con-

centratief of coöperatief van aard is en, in dat laatste geval, of er sprake is van een inbreuk op het verbod van artikel 6 Mw. Nu de joint venture voor essentiële onderdelen van zijn werkzaamheden (risicobeoordeling e.d. en distributie) afhankelijk is van beide moederondernemingen, kan zij niet duurzaam alle functies vervullen die noodzakelijk zijn om het kredietverzekeringsbedrijf zelfstandig uit te oefenen. Derhalve is geen sprake van een concentratieve joint venture in de zin van artikel 27 onder c Mw, maar van een samenwerking die aan artikel 6 Mw getoetst dient te worden.

Hoewel partijen kennelijk uitsluitend verzocht hebben om een ontheffing in de zin van artikel 17 Mw, dient de NMa naar haar oordeel eerst vast te stellen of de joint venture zelf of de bijkomende afspraken onder artikel 6 Mw vallen. Na vastgesteld te hebben dat de afspraken met betrekking tot de inbreng van de oprichters weliswaar de handelingsvrijheid van de betrokken partijen aan banden kan leggen, maar niet ten doel hebben de mededinging te beperken, onderzoekt de NMa vervolgens of die afspraken geen mededingingsbeperkende effecten hebben. Daarbij dient rekening gehouden te worden met de economische context van de transactie, in het bijzonder de specifieke kenmerken van de dienst, de structuur van de markt, de toegangsdrempels tot de relevante markt en de positie van de betrokken partijen op die markt. Voorts moet, aldus de NMa, een vergelijking gemaakt worden tussen de mededingingssituatie op de relevante markt voor en na de totstandkoming van de transactie. De aanwezigheid van een sterk overheersende aanbieder, de NCM en de hoge toetredingsbarrières leiden, aldus de NMa, tot de conclusie dat de toetreding van een nieuwe onderneming in beginsel positieve effecten zal hebben voor de mededinging op die markt. Teneinde te bezien of die positieve effecten ook in concreto aanwezig zijn, onderzoekt de NMa vervolgens of de samenwerking leidt tot concurrentiebeperkend gedrag tussen de oprichters. Dergelijke negatieve effecten zouden volgens de NMa slechts kunnen optreden indien de betrokken partijen daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn. Aangezien Interpolis thans niet actief is op de kredietverzekeringsmarkt en het voor haar ook niet commercieel verantwoord is die markt te betreden, is daarvan geen sprake. De oprichting en instandhouding van de joint venture zal de concurrentie op de relevante markt derhalve bevorderen in plaats van beperken. De oprichting en instandhouding van de joint venture valt dientengevolge niet onder artikel 6 Mw.

Met uitzondering van de afspraken omtrent de wijze waarop de herverzekering van de door de joint venture verzekerde risico's zal plaatsvinden, meent de NMa dat de bijkomende (tijdens de procedure gewijzigde) afspraken met betrekking tot het gebruik van de distributiekanaal en de exclusiviteit van de samenwerking rechtstreeks verbonden zijn aan de oprichting en instandhouding van de joint

B e s c h i k k i n g e n

venture en niet verder gaan dan daarvoor strikt noodzakelijk is. Deze afspraken zijn volgens de NMa derhalve als nevenrestricties te beschouwen en behoeven diensgevolge geen afzonderlijke beoordeling onder artikel 6 Mw. Onder verwijzing naar de beschikking van de Europese Commissie in de zaak *General Re/Kölnische Re*¹ oordeelt de NMa tot slot dat de relevante geografische markt voor herverzekeringen wereldwijd is en dat de afspraken met betrekking tot de herverzekering niet merkbaar zijn op die markt en diensgevolge ook geen gevolgen teweeg zullen brengen op de Nederlandse markt.

Beslissing

De NMa concludeert dat 'de afspraken die partijen hebben gemaakt in het licht van hun samenwerkingsverband verenigbaar zijn met artikel 6 Mw van de Mededingingswet. Aan de behandeling van de voorwaarden voor ontheffing hoeft niet te worden gekomen. De aanvraag tot ontheffing wordt derhalve afgewezen'.

Commentaar

Het meest opmerkelijke aspect van dit besluit betreft de interpretatie van artikel 6 Mw. De NMa stelt vast dat de samenwerking, met inbegrip van de bijkomende afspraken (non concurrentiebedingen, gescheiden distributiekanaalen, waarover hieronder meer), in het geheel niet onder artikel 6 Mw valt, aangezien de joint venture – kort gezegd – de concurrentie op de relevante markt zal bevorderen in plaats van beperken.² Die conclusie vormt het sluitstuk van een nauwgezet onderzoek dat zich toespitst op de structuur van de relevante markt en de mogelijkheden om tot die markt toe te treden. Daaruit blijkt, als gezegd, dat bij het aangaan van de samenwerking sprake is van slechts één overheersende aanbieder en zeer hoge toetredingsbarrières. De toetreding van de joint venture zal derhalve concurrentiebevorderende aspecten hebben.

Het opvallende aspect van de beoordeling van de NMa is gelegen in het feit dat de concurrentiebeperkende en –bevorderende effecten in het kader van artikel 6 Mw gezamenlijk en in het licht van de marktomstandigheden beoordeeld worden. De toetsing van de effecten van de samenwerking wordt derhalve niet 'gesplitst' in enerzijds een beoordeling van de concurrentiebeperkende effecten onder het kartelverbod van artikel 6 Mw en anderzijds een waardering van de positieve effecten onder artikel 17 Mw. In het Europese mededingingsrecht wordt deze benadering wel aangeduid als de 'rule of reason', of, met een minder beladen term, 'de economische benadering van artikel 85 lid 1 EG'. Hoewel de doctrine omstreden is en betwijfeld kan worden of deze inmiddels volledig geaccepteerd is in het Europese mededingingsrecht, is de toepassing ervan toch bepaald niet uitzonderlijk. Zo oordeelde de Europese Commissie enkele malen dat horizontale samenwerkingsovereenkomsten weliswaar de handelingsvrijheid van de oprichters beperken, maar – in het licht van de marktom-

standigheden niet als concurrentiebeperkend konden worden aangemerkt.³ Ook in de rechtspraak van het Hof van Justitie en het Gerecht zijn voorbeelden te vinden van toepassingen van de rule of reason.⁴

Was in de ASV Dienstenzaak nog onduidelijk in hoeverre de NMa de 'economische' uitleg van artikel 6 Mw omarmde, thans staat vast dat bij de beoordeling van de toepasselijkheid van het kartelverbod de concrete economische omstandigheden van het geval een doorslaggevende rol kunnen spelen.⁵ Dat de NMa deze benadering reeds in een van haar eerste beschikkingen kiest is des te opmerkelijker. De toekomst zal leren op welke wijze zij dat ook in de toekomst zal doen in minder eenduidige zaken. In ieder geval zal de benadering van de NMa in dit besluit van aanmerkelijk praktisch belang kunnen zijn bij de afweging overeenkomsten wel of niet aan te melden.

De vraag of sprake is van een beperking in de zin van artikel 6 Mw moet onderscheiden worden van de merkbaarheid van een eenmaal aangetroffen concurrentiebeperking. Evenals in het Europese mededingingsrecht moet dat (eveneens) mede beoordeeld worden aan de hand van marktomstandigheden. Inmiddels is duidelijk dat de NMa zich op het standpunt stelt dat de merkbaarheidstoets los staat van de vraag of de bagatelgrenzen van artikel 7 Mw overschreden worden.⁶ Ook in deze zaak komt de toepassing van de merkbaarheidstoets aan de orde, namelijk waar de NMa overweegt dat de herverzekeringafspraken, voorzover die een mededingingsbeperking zouden inhouden, niet merkbaar zijn op de wereldwijde markt voor herverzekering en derhalve ook niet op de Nederlandse markt.

Over de hierboven aangestipte onderwerpen kan men verschillend denken. Duidelijk is wel dat de NMa zowel met de ruime uitleg van artikel 6 Mw als met de aanvaarding van de merkbaarheidstoets naast de bagatelregeling van artikel 7 Mw thans een onomwonden standpunt heeft ingenomen over deze twee belangrijke twistpunten.

Tot slot enkele opmerkingen over de nevenrestricties. De NMa oordeelt dat de bijkomende afspraken met betrek-

- 1 Beschikking van 24 oktober 1994, *General Re/Kölnische Re*, IV/M.491.
- 2 Nu partijen uitsluitend om een ontheffing op grond van artikel 17 Mw verzocht hebben, stelt de NMa dat zij eerst (ambtshalve) dient vast te stellen of aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 6 Mw voldaan is. Zie ook besluit van 2 november 1998 in zaak 301, *Bijenkorf/Hema/Esso*.
- 3 Zie met name beschikking 13 juli 1990, *Elopak/Metal Box – Odin*, Pb. EG 1990 L 209/15, beschikking 22 augustus 1990, *Konsortium 900*, Pb. EG 1990 L 228/31 en beschikking 15 december 1994, *Interational Private Satellite Partners*, Pb. EG 1994, L 354/75.
- 4 Zie bijvoorbeeld HvJ EG, zaak C-250/92, *Gottrup-Klim*, Jur. 1994, I-5641. Zie ook arrest van het Gerecht, zaken T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94, *European Night Services*, n.g., ov. 135 e.v. en de aldaar vermelde jurisprudentie.
- 5 Zie besluit van 20 november 1998 in zaken 681 en 979, ASV Diensten besproken elders in dit tijdschrift en besluit van 2 november 1998 in zaak 301, *Bijenkorf/Hema/Esso*, *infra*, noot 2. Zie hierover Mok, *TVVS* 1998, p. 371 e.v.
- 6 Zie ASV Diensten, *infra*, noot 5, besproken elders in dit nummer, en besluit van 2 november 1998, zaaknr. 301, *Bijenkorf/Hema/Esso*, *infra*, noot 2. Zie hierover Mok, *infra*, noot 5.

B e s c h i k k i n g e n

king tot het gebruik van de distributiekanaal en de non-concurrentiebedingen rechtstreeks verbonden zijn met de oprichting en instandhouding van de joint venture en niet verder gaan dan daarvoor noodzakelijk is. Deze afspraken behoeven, aldus de NMa, niet afzonderlijk onder artikel 6 Mw beoordeeld te worden. Deze redenering sluit aan bij de bekendmaking van de Commissie van 1993 met betrekking tot de coöperatieve joint ventures⁷ en de mededeling betreffende nevenrestricties bij concentraties.⁸

Op het punt van de beoordeling van nevenrestricties bestaat, althans voor wat betreft restricties die aan concentraties verbonden zijn, een discrepantie tussen de Mw en het Europese regime. Immers, ingevolge artikel 10 Mw 'geldt artikel 6 niet' voor dergelijke restricties. Daaruit kan afgeleid worden dat de Nederlandse wetgever nevenrestricties heeft willen aanmerken als uitzondering op het kartelverbod van artikel 6 Mw. De vraag rijst dan of, zoals de NMa in dit geval doet, de NMa de nevenrestricties die verbonden zijn aan een coöperatieve samenwerking mag "wegredeneren" onder artikel 6 Mw met een (impliciet) beroep op bovengenoemde bekendmakingen, of, zoals Mok stelt⁹, artikel 10 Mw analoog moet toepassen op niet-concentratieve joint ventures. In zijn optiek had het de voorkeur verdiend om de nevenrestricties onder artikel 17 Mw te beoordelen. Indien men de Commissiebekendmakingen waarop de NMa zich klaarblijkelijk baseert beschouwt als de interpretatie van de Commissie voor een aantal specifieke gevallen van het door het Hof van Justitie ontwikkelde, meer algemene leerstuk van de ancillary restraints¹⁰, bestaat naar mijn mening geen overwegend bezwaar tegen de beoordeling van nevenrestricties in het kader van artikel 6 Mw bij niet-concentratieve transacties. Niettemin is de gekozen oplossing dogmatisch niet geheel bevredigend, te

meer nu de NMa niet motiveert waarom en in welke gevallen zij meent de genoemde mededelingen te kunnen toepassen.

Een laatste, ietwat curieus, punt betreft de nevenrestrictie terzake van het gebruik van de distributiekanaal. De aanvankelijk overeengekomen verdeling van die kanalen achtte de NMa niet toelaatbaar. Na de aanpassing van die afspraken oordeelt de NMa dat ook deze afspraak als nevenrestrictie kan worden aangemerkt. Blijkbaar meende de NMa dat de oorspronkelijke regeling een met artikel 6 Mw strijdige marktverdeling in het leven riep die niet voor ontheffing in aanmerking kwam, zodat het voor partijen niet opportuun was de aangepaste afspraak onder artikel 17 Mw te doen beoordelen. In hoeverre de aangepaste distributieafspraken nog tegemoetkomen aan Cobac's wens om haar diensten via de distributiekanaal van Interpolis op de Nederlandse markt aan te bieden laat zich na lezing van het besluit overigens slechts raden.

7 Bekendmaking van de Commissie van 16 februari 1993, Pb. EG 1993, C-43/2.

8 Mededeling van 2 juli 1990 betreffende nevenrestricties bij concentraties, Pb. EG 1990, C-203/5. De mededeling ziet thans ook op structurele coöperatieve joint ventures.

9 Zie Mok, *TVVS* 1998, p. 369 e.v.

10 Zie ook Mok, *infra*, noot 9. In meer algemene zin rijst de vraag in hoeverre in mededelingen neergelegde interpretaties van de Commissie van artikel 85 EG van doorslaggevende betekenis zijn bij de uitleg van artikel 6 Mw. Verdedigbaar is dat de NMa zich – ook in gevallen die door de Commissie niet uitdrukkelijk beoogd zijn – mag laten leiden door die interpretatie, voorzover die uitleg uiteraard niet strijdig is met de rechtspraak van het Hof van Justitie en de tekst en het systeem van de Mw zich daartegen niet uitdrukkelijk verzet.