



Recente ontwikkelingen inzake de economische analyse van mededingingsafspraken

mr P.P.J. van Ginneken

In dit artikel worden enige recente ontwikkelingen in de Europese jurisprudentie en beschikkingspraktijk ten aanzien van de economische analyse van mededingingsafspraken behandeld. De beschreven ontwikkelingen hebben gemeen dat hierin een meer economische benadering van mededingingsafspraken wordt voorgestaan. Deze ontwikkelingen zijn, op grond van het beginsel dat het Nederlandse mededingingsrecht zoveel mogelijk dient aan te sluiten bij het Europese mededingingsrecht, ook van belang voor het Nederlandse recht en de beschikkingspraktijk van de NMa.¹

Omtrent de economische relevantie van een mededingingsbeperking die is vereist alvorens het kartelverbod van artikel 81 lid 1 EG respectievelijk artikel 6 lid 1 Mw van toepassing is, bevat de tekst van deze bepalingen geen aanwijzing. Een al te strikte uitleg van beide artikelen zou betekenen dat iedere mededingingsbeperking door de kartelverboden wordt getroffen. In het Europese mededingingsrecht is deze strikte toepassing reeds lang genuanceerd door aanvullende toetsen met een economisch karakter.² In dit kader wordt, als overkoepelende term, van het merkbaarheidsvereiste gesproken.

Hieronder worden enige recente voorbeelden van economische toetsing van mededingingsafspraken besproken. Allereerst zal worden ingegaan op de toetsing van overeenkomsten die een mededingingsbeperkende strekking hebben. Daarna zal worden ingegaan op de toetsing van overeenkomsten die een mededingingsbeperkend

gevolg hebben; hierbij zal aandacht worden besteed aan kwantitatieve toetsing van de gevolgen op grond van marktaandelen en aan kwalitatieve toetsing hiervan aan de hand van de context.³ Steeds zal eerst de toetsing zoals toegepast op Europees niveau worden behandeld, waarna de toetsing in het Nederlandse mededingingsrecht zal worden besproken.

Overeenkomsten met een mededingingsbeperkende strekking

De kartelverboden van artikel 81 lid 1 EG respectievelijk artikel 6 lid 1 Mw verbieden overeenkomsten die naar hun strekking mededingingsbeperkend zijn. Bij overeenkomsten die een mededingingsbeperkende strekking hebben kan met name worden gedacht aan overeenkomsten die vallen onder de zogenaamde per se-verboden betreffende quota, marktverdelingen en prijsafspraken.⁴ Vraag is of er een economische analyse dient plaats te vinden wanneer er sprake is van een overeenkomst die een mededingingsbeperkende strekking heeft.

Europees mededingingsrecht

Uit de Europese beschikkingspraktijk en jurisprudentie uit het minder recente verleden blijkt het volgende. In *Völk vs. Vervaecke*⁵ stelde Het hof dat de criteria van artikel 81 EG lid 1 dienden te worden beoordeeld in de context van

mr P.P.J. van Ginneken is advocaat bij Loeff Claey's Verbeke te Amsterdam.

¹ MvT, TK 1995-1996, 24707, nr. 3, p. 10.

² Een ontwikkeling begonnen bij *Technique Minière*, HvJ EG 30 juni 1966; 56/65.

³ Bij overeenkomsten met een mededingingsbeperkende strekking wordt dit onderscheid niet gemaakt, omdat hierbij geen duidelijke precedents bestaan voor kwalitatieve toetsing.

⁴ Vgl. paragraaf 11 van de *Bagatelbepaling*, Pb. EG 1997, C 372/13.

⁵ *Völk vs. Vervaecke*, HvJ EG 9 juli 1969, 5/69.

A r t i k e l e n

de overeenkomst. In casu vertegenwoordigden de relevante producten van partijen slechts zeer kleine marktaandeelen, namelijk marktaandeelen tussen de 0,2% en 0,5% van de desbetreffende totale productie. Volgens het Hof had de overeenkomst daarom een verwaarloosbaar gevolg op de markt. Soortgelijke bewoordingen zijn terug te vinden in het arrest Miller⁶ van het Hof en in het arrest Parker Pen van het Gerecht.⁷ In beide arresten was sprake van een overeenkomst die naar haar strekking mededingingsbeperkend was. In het Miller-arrest werd gesteld dat van belang was dat Miller's verkopen een niet onaanzienlijk deel van de markt vormden. In het Parker Pen-arrest werd eveneens belang gehecht aan de marktpositie van partijen. Overwogen werd dat, wanneer zou blijken dat de verkopen van ten minste een van de partijen bij de mededingingsbeperkende overeenkomst een niet onaanzienlijk deel van de relevante markt vormden, artikel 81 lid 1 EG moest worden toegepast.

De Commissie heeft in het verleden artikel 81 lid 1 EG vaak toegepast zonder doorslaggevend belang te hechten aan het marktaandeel van minstens een der partijen. Zij wees dan wel vaak ten overvloede op de marktpositie van de betrokken ondernemingen. Bij sommige beschikkingen blijkt reeds uit het feit dat de beschikking is gericht aan een zeer grote onderneming dat sprake is van een niet onaanzienlijk marktaandeel van minstens een der partijen. Duidelijkheid over dit criterium bestaat er dan echter niet.⁸

In het recente arrest BASF Coatings⁹ wordt de rol van een analyse van de positie van partijen op de markt bij overeenkomsten met een mededingingsbeperkende strekking bevestigd. Het betrof hier een overeenkomst aangaande de wederverkoop. De wederverkoper was verplicht aanvragen van klanten buiten zijn contractgebied terug naar BASF te sturen. Deze gebiedsbescherming werd door de Commissie verboden geacht. Het Gerecht verklaarde omtrent de beschikking van de Commissie dat de overeenkomst wegens haar strekking een krachtens artikel 81 lid 1 EG verboden beperking vormde en dat niet behoefde te worden onderzocht of zij aanzienlijke gevolgen op de markt had. Evenwel, onder verwijzing naar de rechtspraak zoals hierboven genoemd werd toegevoegd dat een beding dat beoogt de mededinging te beperken slechts verboden is wanneer blijkt dat de verkopen van ten minste een der partijen bij de concurrentiebeperkende overeenkomst een niet onaanzienlijk deel van de betrokken markt vormen.¹⁰

Ook de huidige Bagatelbekendmaking biedt ruimte voor deze benadering.¹¹ In overweging 11 hiervan wordt enkel gesteld dat er, bij een overeenkomst met een mededingingsbeperkende strekking vallend onder de per se-verboden, in geval van lage marktaandeelen geen vermoeden bestaat dat de overeenkomst buiten het kartelverbod valt. Deze formulering als vermoeden geeft ruimte voor een nadere toetsing.

Nederlands mededingingsrecht

De NMa heeft tot op heden een (marginale) economische analyse van overeenkomsten met de strekking de

mededinging te beperken achterwege gelaten, zoals wel toegepast in de Europese jurisprudentie en beschikkingspraktijk. De NMa beperkt zich tot het stellen dat, wanneer een overeenkomst de strekking heeft de mededinging te beperken, geen acht meer hoeft te worden geslagen op de gevolgen van de overeenkomst.¹² In een enkel geval heeft de NMa wel gesteld dat zij, nu er sprake was van een overeenkomst met een mededingingsbeperkende strekking, de overeenkomst niet op een andere wijze zou toetsen, maar desalniettemin ten overvloede een economische analyse van de markt maakte.¹³

Wel kent het kartelverbod van artikel 6 Mw financiële drempels, neergelegd in artikel 7 lid 1 Mw. De financiële drempels van artikel 7 lid 1 Mw zijn echter niet het equivalent van de toets of alle partijen een dermate zwakke positie op de markt hebben dat de overeenkomst daardoor verwaarloosbaar is. Deze toets is een marktanalyse, terwijl de financiële drempels niets over de markt zeggen.

Zonder marktanalyse bij overeenkomsten met een mededingingsbeperkende strekking worden tal van overeenkomsten die verwaarloosbaar zijn in die markt getroffen door het kartelverbod van artikel 6 lid 1 Mw. Verdedigd kan worden dat een overeenkomst met een mededingingsbeperkende strekking nu eenmaal in beginsel is verboden. Verwaarloosbare overeenkomsten zullen dan op grond van de criteria van artikel 17 Mw door de NMa moeten worden beoordeeld.¹⁴ Deze rigide toepassing van het kartelverbod strookt evenwel niet met de hierboven beschreven Europese voorbeelden.

Overeenkomsten met een mededingingsbeperkend gevolg; kwantitatieve toetsing

Naast een verbod op overeenkomsten met een mededingingsbeperkende strekking bevatten artikel 81 lid 1 EG en 6 Lid 1 Mw een verbod op overeenkomsten met een mededingingsbeperkend gevolg. Deze overeenkomsten kunnen in het kader van een economische analyse aan een 'kwantitatieve' en een 'kwalitatieve' toetsing worden

6 Miller vs. Commissie, HvJ EG 1 februari 1978, 19/77.

7 Parker Pen, GvEA EG 14 juli 1994, T-77/92.

8 Bijv. Pittsburgh Corning Europe, 23 november 1972, Pb. EG 1972, L 272/32; National Panasonic, 7 december 1982, Pb. EG 1982 L 354/28; Sonhofener, 26 november 1980, Pb. EG 1980, L 318/33; Floral, 28 november 1979, Pb. EG 1980, L 39/51.

9 BASF Coatings, GvEA EG 19 mei 1999, T 175/95.

10 Deze benadering gaat overigens niet op bij zogenoemde cumulatieve effecten.

11 Zie paragraaf 11, tweede alinea Bagatelbekendmaking, a.w.

12 Zie bijv. Stichting Uitgeverij en Boekhandel Pegasus, zaaknummer 209, r.o. 24.

13 B.V. Exploitiemaatschappij A.J. Hafkamp en Erma B.V./Vendex Food Groep B.V., zaaknummer 985/16, r.o. 33-38.

14 Wanneer de modernisering van het mededingingsbeleid zoals voorgestaan door de Europese Commissie ingang bij de NMa zou vinden, zal dit probleem zich overigens niet meer voordoen; vgl. bijv. Y.E. de Muynck, Het Witboek betreffende de modernisering van de regels inzake de toepassing van art. 85 EG en 86 EG, *Nieuwsbrief mededingingsrecht* 1999, p. 66-71.

A r t i k e l e n

onderworpen voor wat betreft hun gevolgen.¹⁵ Bij kwantitatieve toetsing wordt bedoeld een toetsing naar aanleiding van de marktaandelen van partijen, met een kwalitatieve toetsing wordt bedoeld een toetsing waarbij naar de gehele context wordt gekeken. Allereerst zal hier aandacht worden besteed aan de kwantitatieve toetsing.

Europees mededingingsrecht

De Europese Commissie geeft een kwantitatieve toetssteen in haar Bagatelbekendmaking van 1997.¹⁶ In deze Bagatelbekendmaking heeft de Commissie een onderscheid gemaakt tussen horizontale en verticale overeenkomsten. Verticale overeenkomsten wordt een minder mededingingsbeperkend gevolg toegekend dan horizontale; horizontale overeenkomsten zijn al bij 5% marktaandeel uit den boze terwijl dit bij verticale overeenkomsten 10% betreft. Ten aanzien van overeenkomsten met een mededingingsbeperkende strekking, vallend onder de per se-verboden, bestaat zoals gezegd geen vermoeden dat deze buiten de werking van het kartelverbod blijven bij marktaandelen onder de 5% respectievelijk 10%.

Een nuancering van deze grenzen in procenten is verwoord in het recente arrest *European Night Services*.¹⁷ Enerzijds wordt in het arrest *European Night Services* gesteld dat zelfs indien een marktaandeel boven de grens van 5% ligt een overeenkomst nog steeds buiten het verbod van artikel 81 lid 1 EG kan vallen wegens de zwakke positie welke de partijen op de markt innemen, waardoor de markt slechts in geringe mate wordt beïnvloed. Het Gerecht wijst op de Bagatelbekendmaking van de Commissie waarin aan de grenzen in procenten evenmin een absoluut karakter wordt verbonden. Aan de andere kant wordt gesteld dat, indien de marktaandelen van partijen onder de grenzen in procenten liggen, er toch een merkbare invloed kan zijn wanneer de marktaandelen groter zijn dan die van concurrerende derden. Kortom, de grenzen van de Bagatelbekendmaking dienen niet als grenzen met een absoluut karakter te worden gezien. De Bagatelbekendmaking kan dan nog wel gelden als richtlijn oftewel 'safe harbour' waarbinnen men geen boeterisico's loopt.

Nederlands mededingingsrecht

In de totstandkomingsgeschiedenis van de Nederlandse Mededingingswet is aandacht besteed aan de eventuele toepasselijkheid van de vorige versie van de Bagatelbekendmaking van de Europese Commissie.¹⁸ De markt-aandelenoets in de toenmalige Bagatelbekendmaking was nog gecombineerd met een omzettoets. De minister achtte toepasselijkheid van de toenmalige Bagatelbekendmaking niet wenselijk vanwege het destijds opgenomen omzetcriterium van 300 miljoen ecu. Dit omzetcriterium was niet per se relevant voor de Nederlandse situatie, aldus de minister.

Het marktaandeelcriterium werd daarnaast als een factor van rechtsonzekerheid gezien. Dit gold met name evenwel in de afweging tussen een financiële drempel

zoals nu neergelegd in artikel 7 lid 1 Mw en een marktaandeeldrempel. Over het gebruik van marktaandeeldrempels bij wijze van economische analyse van de gevolgen van een overeenkomst is daarmee geen oordeel gegeven. De memorie van toelichting vermeldt bovendien zelf dat er plaats is voor een merkbaarheidstoets naast de toets van artikel 7 lid 1 Mw inzake de omzetten.¹⁹

De NMa heeft tot op heden wel een kwantitatieve toets toegepast op overeenkomsten die een mededingingsbeperkend gevolg kunnen hebben²⁰ (om zo overeenkomsten vanwege het ontbreken van hoge marktaandelen buiten het verbod te houden), maar zij heeft geen richtlijn gegeven waar de grens ligt voor wat betreft deze kwantitatieve toets. De NMa heeft de Bagatelbekendmaking niet als richtlijn gebruikt, evenmin als dat zij heeft aangegeven dat zij een andere richtlijn heeft waarop zij de uitzondering van het kartelverbod baseert.

Het ligt voor de hand om overeenkomsten met een eventueel mededingingsbeperkend gevolg aan de kwantitatieve toets van de nieuwe Bagatelbekendmaking te onderwerpen, op de genuanceerde wijze zoals beschreven in het arrest *European Night Services*. Allereerst kleeft aan de Bagatelbekendmaking niet meer het bezwaar dat er voor Nederland irrelevante omzetzempels worden gegeven. Ten tweede lijkt de rechtsonzekerheid groter te worden wanneer de Bagatelbekendmaking niet als richtlijn wordt genomen als toetssteen, dan wanneer dit wel het geval is. Er lijkt daarom geen argument meer te zijn overgebleven om de Bagatelbekendmaking niet toe te passen als richtlijn.²¹

Overeenkomsten met een mededingingsbeperkend gevolg; kwalitatieve toetsing

Naast de hiervoor beschreven ontwikkelingen ten aanzien van kwantitatieve toetsing zijn er recentelijk ook ontwikkelingen ten aanzien van kwalitatieve toetsing van overeenkomsten met een mededingingsbeperkend gevolg. Ten aanzien van kwalitatieve toetsing geldt dat hier soms wordt gesproken van een merkbaarheidstoets, waarbij op een kwalitatieve wijze wordt gekeken naar het merkbare gevolg van een overeenkomst, terwijl soms ook wordt

15 Vgl. W. van Gerven, *Kartelrecht*, p. 157 e.v.

16 Bagatelbekendmaking, a.w.

17 *European Night Services*, GvEA EG 15 september 1998, gevoegde zaken T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94.

18 MvT, TK 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 14.

19 MvT, TK 1995-1996, 24 707 nr. 3, p. 14; vgl. ook E.M.H. Loozen en K.J.M. Mortelmans, *Mededinging in de Kanaaltunnel? De Europese Commissie is ontspoord!*, AA 1999, p. 188.

20 Zie bijv. ASV Diensten B.V. i.o., zaaknummer 681, r.o. 133.

21 Het toekomstige beleid inzake verticale beperkingen zal overigens wellicht hogere drempels dan de Bagatelbekendmaking geven; vgl. over de samenhang met de Bagatelbekendmaking J.C.M. van der Beek, *Ontwikkelingen op het gebied van verticale afspraken: een kleine revolutie met grote gevolgen*, SEW p. 186-202.

A r t i k e l e n

gesproken over toepassing van een 'rule of reason'.²² Op zich maakt dit niets uit voor de inhoud van de toetsing.²³

Europees mededingingsrecht

In het arrest *European Night Services* heeft het Gerecht aangegeven in welke gevallen er kwalitatieve toetsing plaats kan vinden. Het Gerecht stelt dat bij de toetsing van een overeenkomst rekening moet worden gehouden met de concrete situatie waarin de overeenkomst gevolg sorteert en in het bijzonder met de economische en juridische context, de aard van de producten alsmede de structuur van en de omstandigheden op de markt; dit geldt alleen niet wanneer een overeenkomst duidelijke mededingingsbeperkingen bevat zoals prijsafspraken, marktverdelingen of quota. In dat geval dient de toetsing volledig plaats te vinden in het kader van de ontheffingscriteria van artikel 81 lid 3 EG.

Er wordt hier een onderscheid gemaakt tussen overeenkomsten die enkel onder artikel 81 lid 3 EG moeten worden getoetst en overeenkomsten die eerst onder artikel 81 lid 1 EG moeten worden getoetst voor wat betreft de economische situatie waarin zij gevolg sorteren. Overeenkomsten die geen duidelijke mededingingsbeperkingen bevatten dienen voor wat betreft die situatie onder artikel 81 lid 1 EG te worden getoetst.²⁴ Deze benadering is niet volledig nieuw²⁵, maar het onderscheid waar slechts toetsing onder artikel 81 lid 3 EG dient plaats te vinden en waar niet, wordt in het arrest *European Night Services* duidelijker aangegeven dan voorheen.

De kwalitatieve toetsing onder artikel 81 lid 1 EG wordt door het Gerecht niet nader beperkt en het is daarom niet duidelijk waar de grenzen van een dergelijke kwalitatieve toetsing liggen. Het is overigens ook moeilijk denkbaar om de grenzen van een dergelijke toetsing precies aan te geven aangezien het een analyse betreft die per geval zal verschillen.

Ook de Europese Commissie heeft recentelijk een meer economische benadering, in de vorm van een kwalitatieve toetsing onder artikel 81 lid 1 EG in plaats van 81 lid 3 EG, geïntroduceerd.²⁶ Zij heeft dit gedaan in het kader van de toetsing van gemeenschappelijke ondernemingen met het karakter van een samenwerking zoals beschreven in artikel 2 lid 4 van de Concentratieverordening.²⁷ De Europese Commissie heeft inmiddels een aantal beslissingen genomen waarin ze de mogelijke coördinatie van het concurrentiegedrag van de moeders van een gemeenschappelijke onderneming heeft onderzocht onder artikel 81 lid 1 EG. In geen van de beslissingen heeft de Europese Commissie artikel 81 lid 3 EG behoeven toe te passen; de toetsing vond volledig plaats onder artikel 81 lid 1 EG, waarna werd beslist dat het kartelverbod niet van toepassing was.

In de beslissingen komt de Commissie tot deze conclusie met verschillende redeneringen. In sommige gevallen komt de Commissie tot de conclusie dat het de beperking door coördinatie niet merkbaar acht.²⁸ In andere gevallen concludeert de Commissie dat het niet waar-

schijnlijk is dat de moeders hun concurrentiegedrag zullen coördineren.²⁹ Ten slotte concludeert de Commissie soms dat coördinatie tussen de moeders geen causaal verband met de oprichting van de gemeenschappelijke onderneming heeft.³⁰ Tezamen geven deze beslissingen blijk van een meer economische benadering door de Commissie van overeenkomsten die een mededingingsbeperkend gevolg kunnen hebben, dan zij voorheen deed.³¹

Nederlands mededingingsrecht

De NMa heeft tot op heden in weinig gevallen kwalitatieve toetsing van overeenkomsten met een eventueel mededingingsbeperkend gevolg toegepast. In slechts een klein aantal zaken paste de NMa een toetsing toe in het kader van artikel 6 lid 1 Mw om te komen tot niet-toepassing van het kartelverbod.³² Zij toetst in het overgrote deel van de gevallen de overeenkomsten onmiddellijk onder de ontheffingsgronden van artikel 17 Mw. Een

-
- 22 Vgl. bijv. M.R. Mok, *Kartelrecht I*, p. 122-123, 199; vgl. ook M.B.W. Biesheuvel, *Eerste ervaringen met de Mededingingswet, De NV 1998*, p. 209-211; N.W. Anema, *Rule of reason revisited?*, *Nieuwsbrief Mededingingsrecht 1998-8*, p. 2-3; Groot-Brittannië heeft in de procedure voorafgaand aan het arrest *European Night Services* geprobeerd de term 'rule of reason' ingang te doen vinden in de jurisprudentie, evenwel het Gerecht heeft in zijn arrest hier niet aan gewild.
- 23 Ongeacht hoe men de kwalitatieve toetsing benoemt, de overeenkomst wordt getoetst onder artikel 81 lid 1 EG in plaats van onder artikel 81 lid 3 EG.
- 24 Dit is van belang aangezien de Europese Commissie de exclusieve bevoegdheid heeft om overeenkomsten van het kartelverbod te ontheffen op grond van artikel 81 lid 3 EG. Dit verschil tussen artikel 81 lid 1 EG en artikel 81 lid 3 EG zal overigens verdwijnen als de plannen om het mededingingsbeleid te moderniseren doorgang vinden, a.w.
- 25 Vgl. *Delimitis*, HvJ EG 28 februari 1991 C-234/89; *DLG*, HvJ EG 15 december 1994, C-250/92, *Oude Luttikhuis*, HvJ EG 12 december 1995, I-4515; *VGB*, GvEA EG 14 mei 1997, T-77/94.
- 26 Vgl. hierover met name F.E. Gonzalez-Diaz, *Recent developments in EC merger control with regard to remedies and joint ventures*, *SEW 1999*, p. 156 e.v.
- 27 Sinds 1 maart 1998 is de Concentratieverordening gewijzigd en door deze wijziging valt een aantal gemeenschappelijke ondernemingen die voordien exclusief onder artikel 81 EG vielen onder toepassing van de Concentratieverordening. Op grond van artikel 2 lid 4 worden deze ondernemingen, wanneer ze coördinatie beogen of tot stand brengen, zowel getoetst aan het machtspositiecriteria van de Concentratieverordening als aan artikel 81 EG.
- 28 De eerste maal dat de Commissie artikel 2 lid 4 zo toepaste betrof de zaak *Telia/Telenor/Schipsted*, no. IV/JV.1. Op de markt voor het bouwen van websites zou, zelfs in de engst mogelijke marktabakening, het gecombineerde marktaandeel van de moedermaatschappijen van de gemeenschappelijke onderneming minder dan 10% bedragen.
- 29 Ook voor het eerst toegepast in *Telia/Telenor/Schipsted*. Op de markt voor Internet-inbediensten hadden de beide moeders hoge marktaandelen, evenwel het feit dat de markt voor Internet-inbediensten betrekkelijk klein was in vergelijking met de andere markten waarop de gemeenschappelijke onderneming werkzaam zou zijn, maakte een coördinatie tussen de moeders op deze markt niet waarschijnlijk.
- 30 Zo toegepast in *NC/Canal+/CDPQ/Bank-America*, nr. IV/M.1327. In deze zaak werd coördinatie tussen de moeders niet gezien als een causaal gevolg van de oprichting van de gemeenschappelijke onderneming, maar als een reeds bestaand gevolg door andere omstandigheden.
- 31 Vgl. *Bagnasco*, HvJ EG 21 januari 1999, C-215/96 en C-216/96; *P&O Stena Line, Cie.* 26 januari 1999, Pb. EG L 163/61.
- 32 Bijv. in *Interpolis/Cobac*, nr. 21.
- 33 Vgl. bijv. *Telecom Teleservices*, zaaknummer 1011.

Artikelen

gemeenschappelijke onderneming met een karakter van een samenwerkingsverband zal dan bijvoorbeeld snel binnen de grenzen van artikel 6 lid 1 Mw worden geacht te vallen en vervolgens dienen te worden aangemeld voor ontheffing op grond van de vier criteria van artikel 17 Mw.³³

Uit het bovenstaande volgt dat een beoordeling binnen artikel 6 lid 1 Mw op grond van verschillende redeneringen kan plaatsvinden. Uit de Europese jurisprudentie en de beschikkingspraktijk zijn de grenzen van een dergelijke kwalitatieve toetsing nog niet volledig af te leiden. Evenwel, het is duidelijk dat de NMa restrictiever gebruik maakt van kwalitatieve toetsing van overeenkomsten met een eventueel mededingingsbeperkend gevolg dan de Europese Commissie en het Europese Hof daar aanleiding toe geven.

Conclusies

Hierboven zijn enige recente ontwikkelingen inzake een economische analyse van mededingingsafspraken uit de Europese jurisprudentie en beschikkingspraktijk besproken. Voor de NMa kan uit de besproken jurisprudentie en beschikkingspraktijk het volgende worden afgeleid:

- Ten aanzien van overeenkomsten met een mededingingsbeperkende strekking zal ook mogen worden gekeken naar de positie van partijen om te voorkomen dat verwaarloosbare overeenkomsten onder het kartelverbod worden geacht te vallen.
- Ten aanzien van overeenkomsten met een mededingingsbeperkend gevolg zal een toetsing van dit gevolg aan de hand van de marktaandelen kunnen gebeuren door een genuanceerd gebruik van de Bagatelbekendmaking als richtlijn.
- Ten aanzien van overeenkomsten met een mededingingsbeperkend gevolg zal voor wat betreft de context waarin zij gevolg sorteren vaker eerst toetsing plaats moeten vinden onder artikel 6 lid 1 Mw in plaats van de context enkel te betrekken bij de toetsing aan de criteria van artikel 17 Mw.