



### ONTHEFFINGSVERZOEK LIBERTEL, ZAAKNUMMER 275

Besluit van de D-G NMa d.d. 4 augustus 1999.

Service provider-overeenkomst, most favoured service provider clause.

(m.nt. mr E.H. Pijnacker Hordijk)

#### Feiten

Op 30 maart 1998 heeft de Libertel Groep BV bij de D-G NMa op grond van artikel 17 Mw een aanvraag voor een ontheffing ingediend voor een drietal standaardovereenkomsten. De aanvraag had betrekking op de service provider-overeenkomst (SPO), de Liberfone Dealerovereenkomsten en de Mantelovereenkomst Mobiele Communicatiediensten. Het besluit van de D-G NMa heeft enkel betrekking op de SPO.

Op 20 januari 1999 ontving de D-G NMa een klacht van Unipart. Unipart was van mening dat enkele bepalingen in de SPO tussen Libertel en Unipart in strijd waren met artikel 6 Mw. De inhoudelijke overwegingen, die in de klacht waren vermeld en die van belang waren in het kader van de behandeling van het ontheffingsonderzoek, zijn in het besluit opgenomen.

In het besluit wordt een beschrijving gegeven van de markt voor mobiele telecommunicatie. Ten eerste is er in Nederland sprake van de aanbieders van mobiele netwerkdiensten ('netwerkoperators'). Ten tweede kunnen de aanbieders van mobiele telecommunicatiediensten worden onderscheiden. Deze diensten worden zowel door de netwerkoperators zelf, gebruikmakend van hun eigen net, als door aanbieders die geen eigen netwerk hebben aangeboden. Laatstgenoemden maken daarbij gebruik van het netwerk van de netwerkoperators. Zij vallen onder de categorie 'service providers' (SP's). Sommige SP's maken deel uit van een netwerkoperator. Zij bieden dan telefonie aan met gebruikmaking van slechts één netwerk. Andere SP's werken met verschillende netwerkoperators (onafhankelijke SP's). SP's verkopen zowel abonnementen waarvan de voorwaarden door de netwerkoperators zijn vastgesteld als eigen abonnementen waarbij de SP de voorwaarden zelf

vaststelt en waarbij de SP zelf belminuten inkoop bij de netwerkoperators. In beide gevallen sluit de abonnee een overeenkomst met de SP en niet met de netwerkoperator. De SP's opereren voor eigen rekening en risico.

Tenslotte is er ook nog sprake van dealers en onafhankelijke distributeurs, die op grond van overeenkomsten met SP's of netwerkoperators toestellen in combinatie met abonnementen direct aan consumenten verkopen.

Middels de SPO geeft Libertel dienstenaanbieders c.q. SP's het niet exclusieve recht om in Nederland mobiele telecommunicatiediensten aan te bieden aan abonnees, waarbij gebruik wordt gemaakt van het netwerk van Libertel.

De SPO bevat een aantal clausules. Zo ook de 'most favoured service provider'-clausule. Op grond van deze clausule is Libertel verplicht om bij het afsluiten van een SPO met alle SP's dezelfde voorwaarden af te spreken.

Verder bevat de SPO ook overdrachtsbepalingen. Deze houden in dat indien de SP de zeggenschap over zijn onderneming overdraagt aan derden, Libertel de SPO onmiddellijk kan opzeggen. Indien de SP de SPO met Libertel beëindigt mag de SP het gedeelte van het klantenbestand bestaande uit 'Libertel-abonnees' slechts na goedkeuring van Libertel overdragen aan een SP die met Libertel een SPO heeft afgesloten of zal afsluiten. Als dat niet lukt zal dat deel van het klantenbestand, tegen betaling van een vergoeding, door Libertel worden overgenomen.

De SP mag de SPO niet overdragen aan een derde, tenzij deze een SPO met Libertel heeft afgesloten of zal afsluiten. Ook mag de SP het gedeelte van zijn klantenbestand dat bestaat uit 'Libertel-abonnees' niet zonder toestemming van Libertel overdragen aan een derde, tenzij het een aan Libertel gelieerde SP betreft.

Verder bevat de SPO bepalingen inzake tariefvoorwaarden en een systeem van kortingen en bonussen.

#### Beoordeling door de NMa

Daar deze annotatie gaat over de 'most favoured service provider'-clausule, zullen enkel de overwegingen van de NMa worden vermeld die op deze clausule betrekking hebben.

## A n n o t a t i e s

Volgens de D-G NMa is artikel 6 Mw van toepassing op de 'most favoured service provider'-clausule. De bepaling strekt ertoe of heeft in ieder geval tot gevolg dat de voorwaarden die Libertel hanteert richting SP's voor alle SP's gelijk zijn. Het gaat daarbij onder meer om de (financiële) voorwaarden waartegen SP's bij Libertel diensten inkopen en de vergoedingen die Libertel aan de SP's betaalt. Dit betekent dat de voorwaarden waaronder SP's van Libertel met elkaar concurreren voor een groot deel zijn geüniformeerd en aldus dat de onderlinge actuele en potentiële concurrentie (op basis van dergelijke voorwaarden) aanzienlijk wordt beperkt. Dat de betreffende verplichting volgens Libertel op verzoek van diverse SP's in de SPO is opgenomen doet aan het mededingingsbeperkende karakter van artikel 2, lid 2 van de SPO niet af.

De D-G NMa concludeert, dat de betreffende clausule ertoe strekt of in ieder geval ten gevolge heeft dat de mededinging wordt beperkt.

Vervolgens oordeelt de D-G dat de betreffende clausule niet in aanmerking kan komen voor een ontheffing op grond van artikel 17 Mw.

Libertel heeft niet aangetoond waarom artikel 2, lid 2 van de SPO naar haar mening bijdraagt aan de verbetering van de productie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang. De D-G benadrukt dat hij dit overigens ook niet aannemelijk vindt. De clausule sluit concurrentie op basis van (financiële) voorwaarden op SP-niveau uit. Voorts wordt het Libertel onmogelijk gemaakt om per SP verschillende voorwaarden aan te bieden. Zo kunnen aan een goed presterende SP geen betere financiële voorwaarden worden aangeboden. Het is niet aannemelijk dat een dergelijke starheid zal leiden tot verbetering van de productie of distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang.

Verder is niet aangetoond en niet aannemelijk dat een billijk aandeel in de voordelen de gebruikers ten goede komt. Door de betreffende clausule kunnen de afnemers per definitie niet profiteren van de voordelen van concurrentie op handelsvoorwaarden. Verschillen in efficiency kunnen daarom niet doorwerken in het niveau van de eindgebruikersprijzen.

Aangezien de voorwaarden voor het krijgen van een ontheffing cumulatief zijn, behoeven de overige voorwaarden van artikel 17 Mw geen bespreking meer daar nu aan de eerste twee voorwaarden niet is voldaan.

### Commentaar

Deze annotatie spits ik toe op de beoordeling van de in de SPO's opgenomen 'most favoured service provider'-clausules. Door deze clausules verbond Libertel zich jegens elk van haar contractspartij(en) aan derde service providers geen gunstigere voorwaarden aan te bieden. Dergelijke 'most favoured customer clauses', ook wel bekend als MFC-clausules, komen in de praktijk veelvuldig en in velerlei gedaanten voor. Een bij mijn weten meer gebruikelijke verschijningsvorm dan die welke door Libertel was aange-

meld, houdt in dat de afnemer, indien de leverancier met een derde afnemer gunstiger voorwaarden overeenkomt, eveneens op die gunstiger voorwaarden aanspraak zal kunnen maken. In wezen komt dat uiteraard op hetzelfde neer als de door Libertel overeengekomen clausule: de betrokken afnemers hebben een contractuele waarborg dat zij niet worden benadeeld ten opzichte van concurrerende afnemers. Aldus bezien vormen MFC-clausules derhalve een anti-discriminatie waarborg. In gevallen waarin men van doen heeft met een leverancier met een economische machtspositie is een MFC-clausule, zo zou men kunnen betogen, in feite overbodig: de betrokken leverancier mag immers sowieso niet discrimineren.

Onder het Europese mededingingsrecht wordt aangenomen dat MFC-clausules in het algemeen niet de mededinging beperken in de zin van artikel 81 lid 1 EG.<sup>1</sup> Het belangrijkste precedent is nog altijd de beschikking uit 1975 inzake Kabelmetal-Luchair.<sup>2</sup> Weliswaar betrof het hier een 'most favoured licensee'-clausule in een technologie licentie, maar niet valt in te zien waarom de materiële beoordeling daarvan wezenlijk zou moeten afwijken van die van MFC-clausules (die overigens bij formele beschikking onder artikel 81 EG nog nooit negatief zijn beoordeeld). Kernvraag bij de toetsing door de Commissie van de clausule in Kabelmetal aan artikel 81 lid 1 EG is de vraag of de 'verplichting voor Kabelmetal om aan geen onderneming in enig deel van de wereld licentie over zijn technieken te verlenen tegen gunstiger voorwaarden dan die welke voor Luchair gelden [...] in feite de verlening van latere licenties zou kunnen belemmeren en derhalve een beperking van de mededinging zou kunnen vormen'. De Commissie overweegt dat in bijzondere gevallen van een dergelijke belemmering sprake zou kunnen zijn 'met name wanneer de concurrentiesituatie op de markt op een gegeven moment van dien aard is geworden dat andere licentiehouders nog slechts te vinden zijn indien hun duidelijk gunstiger voorwaarden worden geboden dan die welke door de eerste waren aanvaard.' Anders gezegd: een MFC-clausule heeft geen mededingingsbeperkend doel, maar kan binnen bepaalde concurrentieverhoudingen mogelijk een mededingingsbeperkend effect hebben. De Commissie constateert vervolgens dat geen concrete feiten voorhanden zijn die op het bestaan van zodanige concurrentieverhoudingen duiden, en daarmee is de kous af.<sup>3</sup>

1 Vgl. artikel 2 lid 1 sub 10 van Verordening 240/96, de groepsvrijstelling voor overeenkomsten inzake overdracht van technologie, waar de 'most favoured licensee'-clausule figureert in de lijst van afspraken die doorgaans de mededinging niet beperken en voorzover nodig collectief zijn vrijgesteld.

2 Beschikking van 18 juli 1975, Pb. EG 1975, L 22/34.

3 Het gaat om een beperking van de handelingsvrijheid in een verticale relatie. Noch in het Witboek van de Commissie inzake verticale mededingingsbeperkingen worden MFC-clausules überhaupt genoemd als een mogelijke mededingingsbeperking. De opeenvolgende stukken bevatten wel een enkele verwijzing naar Engelse clausules, doch dergelijke clausules hebben als bekend een andere strekking en worden vanuit mededingingsrechtelijk perspectief ook anders beoordeeld dan MFC-clausules.

## A n n o t a t i e s

In schril contrast met deze benadering staat het oordeel van de NMa in de Libertel-zaak. De NMa meent dat de aangemelde 'most favoured service provider'-clausule de mededinging beperkt. Als reden voert zij aan dat 'de voorwaarden waaronder SP's van Libertel met elkaar concurreren voor een groot deel zijn geüniformeerd en aldus dat de onderlinge actuele en potentiële concurrentie (op basis van dergelijke voorwaarden) aanzienlijk wordt beperkt.' Die redenering, waarvoor geen enkel aanknopingspunt kan worden aangetroffen in de communautaire beschikkingspraktijk, is verbazingwekkend. Wij hebben immers zojuist gezien dat een dominante leverancier zijn afnemers gelijk moet behandelen. In de benadering van de NMa impliceert dit dat de concurrentie tussen de afnemers van die dominante leveranciers 'aanzienlijk' wordt beperkt. Het is echter een onjuiste veronderstelling dat in zijn algemeenheid concurrentie op basis van gelijke voorwaarden moet worden aangemerkt als een concurrentie die beperkt is in de zin van artikel 6 lid 1 Mw resp. artikel 81 lid 1 EG. Uit de Kabelmetal-beschikking blijkt dat een MFC-clausule, anders dan de NMa veronderstelt, niet geacht moet worden als zodanig een mededingingsbeperkend doel te hebben. Met het oog op de beoordeling of sprake kan zijn van een mededingingsbeperkend effect is uitsluitend van belang de vraag of de betreffende clausule Libertel in staat stelt de concurrentie te belemmeren, gelet op de concurrentiesituatie op de markt, bij het aangaan van verdere overeenkomsten met nieuw aan te trekken service providers. Door de NMa is niet onderzocht of dergelijke – uitzonderlijke – omstandigheden zich voordoen, en op het eerste gezicht lijkt zulks ook uiterst onaannemelijk.

In dezelfde onjuiste lijn ligt de (overbodige) beoordeling van de 'most favoured service provider'-clausule in het licht van artikel 17 Mw: Volgens de NMa kan van een verbetering van de distributie geen sprake zijn doordat de verplichting 'concurrentie op basis van (financiële) voorwaarden op SP-niveau uit(sluit)'. Die stelling kan niet worden begrepen: de clausule sluit de onderlinge concurrentie tussen service providers niet uit. De clausule bevordert slechts dat de service providers zich voor de verkoop van de producten van leverancier inzetten, doordat zij de waarborg hebben dat concurrerende service providers niet door de leverancier zullen worden voorgetrokken. Even onbegrijpelijk is de bewering dat de eventuele efficiencyvoordelen niet aan consumenten zouden kunnen worden doorgegeven (ander gezegd, dat niet aan de tweede ontheffingsvoorwaarde van artikel 17 Mw voldaan is) omdat het service providers niet is toegestaan gunstiger handelsvoorwaarden te bedingen dan een concurrent. Onbegrijpelijk, omdat een MFC-clausule *als zodanig* de leverancier in het geheel niet verhindert relatief efficiënte afnemers te belonen door in een voor alle afnemers gelijke betalingsstructuur efficiency-incentives op te nemen. Een MFC-clausule waarborgt slechts dat de afnemers met het oog op die beloning gelijk worden behandeld.

Het Libertel-besluit bevat derhalve op het punt van

de beoordeling van MFC-clausules een misslag. Het besluit staat haaks op de beschikkingspraktijk van de Commissie. Meer in zijn algemeenheid is een onwenselijke gedachte dat een onderneming zich op grond van het mededingingsrecht in de regel niet jegens elk van zijn afnemers zou mogen verbinden om tussen die afnemers niet te discrimineren. Een dergelijke verbintenis heeft als zodanig geen mededingingsbeperkende strekking, maar vormt (in zijn algemeenheid) veeleer de uitdrukking van een alleszins legitieme manier van zakendoen, die slechts in uitzonderlijke gevallen geacht kan worden mededingingsbeperkende effecten te sorteren.

Het is te hopen dat het besluit snel wordt teruggedraaid.