

# Samenwerking in de asfaltproductiesector: Mededingingsrecht als middel tot herstructurering van markten

mr G.A. Vriezen

Op 26 februari 2003 heeft de d-g NMa een aantal besluiten genomen met betrekking tot samenwerkingsverbanden tussen wegenbouwondernemingen op het gebied van asfaltproductie. Daarbij is de gelegenheid te baat genomen om de sector te dwingen tot ingrijpende herstructurering. Men kan zich afvragen of de NMa om het beoogde doel te bereiken de mededingingsrechtelijke regels niet te ver heeft opgerekt.

## Samenwerking in asfaltproductie

In Nederland wordt voor verharding van het hoofdwegennet vrijwel uitsluitend gebruik gemaakt van asfalt. Het asfalt dat gebruikt wordt voor de aanleg van wegen is 'warm asfalt', dat bij temperaturen tussen de 140° C en 180° C wordt geproduceerd en verwerkt.<sup>1</sup> Warm asfalt wordt gemaakt van grind of steenslag, zand, vulstof en bitumen. De productie vindt plaats in asfaltcentrales. Daar warm asfalt vanaf het moment van productie tot aan het moment van verwerking warm dient te worden gehouden, is de maximale afstand tussen de asfaltcentrale en het uit te voeren werk beperkt tot enkele tientallen kilometers, afhankelijk van de verkeerssituatie en het gebruikte transportmiddel. Asfaltcentrales zijn dan ook verspreid over het hele land te vinden.

In heel Nederland bestaan een vijftigtal asfaltcentrales. Deze asfaltcentrales worden geëxploiteerd door wegenbouwbedrijven: in sommige gevallen exploiteert een enkel wegenbouwbedrijf een asfaltcentrale, maar vaak vindt exploitatie plaats door samenwerkingsverbanden van wegenbouwbedrijven. Namens vijftien van die samenwerkingsverbanden werden bij de NMa vanaf begin 1998 aanvragen tot ontheffing krachtens artikel 17 Mw ingediend. Eind 2001 en begin 2002 zond de NMa aan een aantal indieners van ontheffingsverzoeken conceptbesluiten, waarin werd vermeld dat de betreffende samenwerkingsverbanden onder het kartelverbod van artikel 6 lid 1 Mw vielen en niet in aanmerking kwamen voor een ontheffing. Een aantal deelnemers besloot vervolgens bepaalde participaties af te stoten, waarna de d-g NMa bij besluiten d.d. 26 februari 2003 de samenwerkingsstructuur van dertien samenwerkingsverbanden alsnog goedgekeurde.<sup>2</sup> Ten aanzien van één samenwerkingsverband werd nog doorgezocht naar een oplossing om aan de eisen van de

NMa te voldoen.<sup>3</sup> Met betrekking tot het laatste aangemelde samenwerkingsverband (ACS) oordeelde de d-g NMa dat de door de deelnemers voorgestelde aanpassingen onvoldoende waren om de mededingingsbezwaren weg te nemen en wees zij het ontheffingsverzoek af.<sup>4</sup> Voorts werden vijf besluiten genomen betreffende samenwerkingsverbanden ten aanzien waarvan geen ontheffingsverzoeken waren ingediend.<sup>5</sup>

## Het ACS-besluit

Van alle genoemde besluiten is het besluit inzake ACS het meest uitvoerig gemotiveerd. Het betreft een samenwerkingsverband tussen wegenbouwbedrijven die deel uitmaken van de concerns Heijmans, HBG, KVWS en Dura Vermeer, tot gezamenlijke exploitatie van Asfaltcentrale Stedendriehoek (ACS) te Deventer.

Het besluit begint met het afbakenen van de relevante markten die door de samenwerking mogelijk geraakt worden en constateert dat er twee betrokken productmarkten zijn: de markt voor de productie van asfalt en de – stroomafwaartse – markt voor het asfalteren van wegen. Voor wat betreft de eerstgenoemde markt wordt de geografische omvang (nationaal of regionaal) in het midden gelaten; ten aanzien van de markt voor het asfalteren van wegen wordt vastgesteld dat die nationaal is. Voor wat betreft de markt voor de productie van asfalt geldt dat de structuur star is, met weinig toe- of uittreding, en dat het overgrote deel van het asfalt dat een asfaltcentrale produceert wordt geleverd aan de exploitant van de betreffende asfaltcentrale of aan de deelnemers in het samenwerkingsverband dat de betreffende asfaltcentrale exploiteert. Op de markt voor de asfaltering van wegen zijn zes grote, landelijk opererende, bouwconcerns actief, die

1 Dit in tegenstelling tot 'koud asfalt', dat bij omgevingstemperatuur wordt verwerkt. Koud asfalt kan minder worden belast en wordt voornamelijk voor reparatiewerkzaamheden gebruikt.

2 Zaak 326, Asfalt Centrale Utrecht; zaak 322, Asfaltcentrale Bovenveld; zaak 326, Rotterdamse Haagse Asfalt Combinatie v.o.f.; zaak 328, Asfalt Centrale Eindhoven; zaak 329, Asfaltcentrale Doetinchem; zaak 454, Asfalt Productie Maatschappij B.V., zaak 460, Oost Groninger Asfaltcentrale Productie; zaak 493, Asfalt Productie De Eem; zaak 536, Asfalt Centrale Twente; zaak 544, Asfaltcentrale Gouda; zaak 630, Asfaltcentrale Limburg; zaak 1574, Asfalt Productie Westerbroek B.V.; zaak 1927, Asfalt Productie Kootstertille.

3 Zie het persbericht van de NMa 03-06 d.d. 26 februari 2003.

4 Zaak 318, ACS.

5 Asfalt Productie Hoogblokland B.V., zaak 3404; Zuid Nederlandse Asfalt Centrale B.V., zaak 3405; Brabantse Asfaltcentrale V.O.F., zaak 3406; Venlose Asfalt Fabriek, zaak 3407; Asfaltcentrale Zwijndrecht, zaak 3408.

mr G.A. Vriezen is werkzaam als advocaat bij Shell International B.V.

tezamen ongeveer de helft van de markt beheersen; daarnaast zijn nog een flink aantal kleinere bedrijven actief. De kosten van de productie van asfalt vormen het grootste deel van de totale kosten van het asfalteren van wegen. Het grootste deel van de asfaltcentrales wordt geëxploiteerd door samenwerkingsverbanden, die in veel gevallen een of meer deelnemers met elkaar gemeen hebben; de zes grootste wegenbouwers zijn in deze samenwerkingsverbanden sterk vertegenwoordigd. Hierdoor ontstaat een netwerkeffect dat, zo wordt geconstateerd, leidt tot een zeer grote mate van horizontale samenwerking en onderlinge verwevenheid tussen de in ACS deelnemende partijen.

Vervolgens wordt onderzocht of de samenwerkingsovereenkomst met betrekking tot ACS specifieke mededingingsbeperkende bepalingen bevat en of de samenwerking als zodanig de toets van artikel 6 lid 1 Mw kan doorstaan. De samenwerkingsovereenkomst bepaalt dat de deelnemende partijen gedurende de looptijd van de overeenkomst geen nieuwe asfaltproductiecapaciteit zullen scheppen in het voorziene afzetgebied van ACS (te weten de stedendriehoek Apeldoorn-Deventer-Almelo). Het behoeft geen verbazing te wekken dat de d-g NMa ten aanzien van deze bepaling tot de conclusie komt dat die ertoe strekt de mededinging te beperken en onder het verbod van artikel 6 lid 1 valt. Voor wat betreft de samenwerking als zodanig ligt de zaak minder duidelijk: daar de samenwerking geen mededingingsbeperkend *doel* heeft, dient te worden beoordeeld of zij mededingingsbeperkende *gevolgen* zou kunnen hebben. Hiertoe dient de samenwerking te worden beschouwd in de economische context.

### Niet-toepasselijkheid van de groepsvrijstelling voor specialisatieovereenkomsten

Alvorens het onderzoek naar de eventuele toepasselijkheid van artikel 6 lid 1 voort te zetten, beoordeelt de d-g NMa of de samenwerking zou kunnen voldoen aan de voorwaarden van de Europese groepsvrijstelling voor specialisatieovereenkomsten<sup>6</sup> (hierna: de groepsvrijstelling). Overeenkomsten die voldoen aan de voorwaarden van de groepsvrijstelling zijn vrijgesteld van het verbod van artikel 81 lid 1 EG en tevens van dat van artikel 6 lid 1 Mw.<sup>7</sup> De groepsvrijstelling is onder meer van toepassing op overeenkomsten tot gezamenlijke productie, dat wil zeggen overeenkomsten waarbij twee of meer partijen zich ertoe verbinden bepaalde producten gezamenlijk te vervaardigen. Dergelijke overeenkomsten zijn in principe vrijgesteld indien het gezamenlijke marktaandeel van de deelnemers op de relevante markt niet groter is dan 20%; onder 'relevante markt' wordt verstaan de relevante product- en geografische markt of markten waartoe de producten waarop de overeenkomst betrekking heeft, behoren. De groepsvrijstelling is overigens alleen van toepassing indien de overeenkomst geen hardcore restricties bevat.

De d-g NMa constateert dat de samenwerkingsovereenkomst weliswaar een 'specialisatieovereenkomst' in de zin van de groepsvrijstelling is, maar dat de overeenkomst niet binnen het toepassingsbereik van de groepsvrijstelling valt

omdat het gezamenlijk marktaandeel van de partijen op een relevante markt groter zou zijn dan 20%. Bij het bepalen van de marktaandelen gaat de d-g NMa – terecht – uit van de 'vrije markt', dat wil zeggen dat gebonden productie (volumes die niet worden verkocht aan derden maar door de partijen zelf worden gebruikt) buiten beschouwing blijven. Daar het overgrote deel van de productie van ACS, en kennelijk ook van andere asfaltcentrales waarin de partijen deelnemen, door de partijen wordt afgenomen voor eigen gebruik, is het gezamenlijke marktaandeel van de partijen op de asfaltproductiemarkt gering. Anders ligt dat voor de markt voor het asfalteren van wegen, waar de partijen een gezamenlijk marktaandeel hebben van ruim 30%. De d-g NMa stelt vervolgens dat de markt voor het asfalteren van wegen een relevante markt is, dat het marktaandeel van partijen op die markt groter is dan 20% en dat de groepsvrijstelling daarom niet van toepassing is.

Het is mijns inziens twijfelachtig of dit oordeel juist is. De groepsvrijstelling spreekt niet van *een* relevante markt maar van *de* relevante markt, te weten de markt waartoe de producten waarop de specialisatieovereenkomst betrekking heeft behoren.<sup>8</sup> Uit de Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten<sup>9</sup> kan naar mijn mening worden afgeleid dat het daarbij gaat om de markt waarop de samenwerking *rechtstreeks* betrekking heeft en bijvoorbeeld niet op een stroomafwaartse markt.<sup>10</sup> In dit geval zou het dus gaan om de markt voor de productie van asfalt, waarop het gezamenlijke marktaandeel van de partijen kennelijk beduidend minder dan 20% bedraagt, hetgeen tot de conclusie zou leiden dat de samenwerkingsovereenkomst wel binnen de reikwijdte van de groepsvrijstelling zou vallen. Indien de overeenkomst een

6 Verordening (EG) 2658/2000 van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81 lid 3 op groepen specialisatieovereenkomsten, Pb. L 304/3 van 5 december 2000.

7 Krachtens artikel 12 Mw indien de overeenkomst een merkbaar effect heeft op de tussenstaatse handel en krachtens artikel 13 lid 1 Mw indien dat niet het geval is.

8 Groepsvrijstelling, artikel 2, aanhef en sub 6.

9 Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Pb. L 3/2 van 6 januari 2001.

10 zie Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten par. 95: 'De analyse zal gewoonlijk slechts betrekking hebben op de relevante markt of markten waarop de samenwerking rechtstreeks betrekking heeft. Onder bepaalde omstandigheden, bijvoorbeeld wanneer de partijen een zeer sterke gecombineerde positie innemen op stroomopwaartse of stroomafwaartse markten of op markten die anderszins nauw verbonden zijn met de rechtstreeks bij de samenwerking betrokken markten, kan het noodzakelijk zijn ook deze spill-over-markten te analyseren.' Deze passage heeft betrekking op de analyse die dient plaats te vinden in geval van overeenkomsten die niet onder de groepsvrijstelling vallen, maar vormt mijns inziens een sterke aanwijzing dat de marktaandeedrempel van de groepsvrijstelling niet dient te worden toegepast op markten stroomafwaarts van de markt waarop de samenwerking plaatsvindt. Vgl. in dit verband ook de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen (Pb. C 291/1 van 13 oktober 2000), par. 22, waarin ten aanzien van Verordening 2790/1999 (zie voetnoot 11) expliciet wordt uiteengezet dat de marktaandeedrempel betrekking heeft op de markt waarop de leverancier en de afnemer elkaar ontmoeten en niet op stroomafwaartse markten.

merkbaar effect op de handel tussen EU lidstaten zou hebben, dan zou dat betekenen dat krachtens artikel 12 Mw het verbod van artikel 6 lid 1 Mw niet van toepassing zou zijn. Onder de groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten<sup>11</sup> kan een nationale mededingingsautoriteit, indien een individuele overeenkomst toch onverenigbaar blijkt te zijn met artikel 81 lid 3 EG, de groepsvrijstelling voor haar eigen grondgebied intrekken. Onder Verordening 1/2003<sup>12</sup>, die op 1 mei 2004 in werking treedt, zal hetzelfde gelden voor alle groepsvrijstellingen, waaronder ook de groepsvrijstelling. Tot die datum is de NMa echter niet bevoegd de groepsvrijstelling in te trekken ten aanzien van overeenkomsten die een merkbaar effect op de tussenstaatse handel hebben. De groepsvrijstelling werkt krachtens artikel 13 lid 1 Mw ook door in het Nederlandse mededingingsrecht in gevallen waarin geen effect is op de handel tussen EU-lidstaten en het Europese mededingingsrecht dus niet van toepassing is; in dat geval voorziet de Mededingingswet wel in de mogelijkheid van buitentoepassingverklaring van die vrijstelling door de d-g NMa. Het besluit gaat niet expliciet in op de mogelijke invloed van de samenwerkingsovereenkomst op de tussenstaatse handel, maar het lijkt aannemelijk dat een dergelijke invloed in dit geval wel aanwezig is. Als inderdaad het marktaandeel op de markt voor asfaltproductie bepalend zou zijn voor de toepasselijkheid van de groepsvrijstelling (en deze dus van toepassing zou zijn), dan had de NMa hetzij de Commissie kunnen verzoeken de groepsvrijstelling in te trekken ten aanzien van de samenwerkingsovereenkomst, hetzij kunnen wachten tot 1 mei 2004 om dan alsnog zelf de groepsvrijstelling in te trekken voor het grondgebied van Nederland. Ik ontkom er niet aan te constateren dat door de interpretatie die de d-g NMa geeft aan het begrip 'relevante markt' zoals gebruikt in de groepsvrijstelling, de tekst en strekking van de groepsvrijstelling geweld wordt aangedaan.

### Beoordeling onder artikelen 6 lid 1 en 17 Mw

De volgende stap is de beoordeling van de samenwerking onder artikel 6 lid 1 Mw. In het besluit wordt geconstateerd dat door de wijdverbreide samenwerkingsverbanden sprake is van een sterke uniformering van de kosten van asfalt; die uniformering werkt door naar de markt voor het asfalteren van wegen, doordat de totale kosten van het asfalteren van wegen voor een groot deel bepaald worden door de kosten van asfalt. Zoals hiervoor reeds opgemerkt kenmerkt de asfaltproductiemarkt zich door een starre structuur; de netwerken van samenwerkingsverbanden op het gebied van asfaltproductie kunnen, door de nauwe verbondenheid van asfaltproductie met de markt voor het asfalteren van wegen, leiden tot de uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie ten aanzien van de laatstgenoemde markt en tot een parallelle in belangen tussen de partijen. Mede in verband met het aanzienlijke gezamenlijke marktaandeel van partijen op de markt voor asfaltering van wegen leidt een en ander volgens de d-g NMa tot spill-over-effecten op de asfalteringsmarkt en valt de samenwerking daarom onder het verbod van artikel 6 lid 1 Mw.

Bij deze analyse kunnen kanttekeningen worden geplaatst. In de Richtsnoeren horizontale overeenkomsten<sup>13</sup> wordt gesteld dat het noodzakelijk kan zijn spill-over-markten te analyseren wanneer partijen daarop een zeer sterke gecombineerde positie innemen. Het kan betwijfeld worden of een gecombineerd marktaandeel van ruim 30% een aanwijzing is voor het bestaan van een 'zeer sterke positie'. Wat voorts opvalt is dat de concentratiegraad van de markt niet in de analyse wordt meegenomen, terwijl dit volgens de Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten een belangrijke factor vormt.<sup>14</sup> Uit de gegevens in het besluit kan worden opgemaakt dat de markt voor asfaltering van wegen een geringe mate van concentratie kent,<sup>15</sup> zelfs indien de marktaandelen van de partijen bij de samenwerkingsovereenkomst tezamen zouden worden genomen, dan zou nog slechts sprake zijn van een matig geconcentreerde markt.<sup>16</sup> Dat betekent niet noodzakelijkerwijs dat de d-g NMa ten onrechte mededingingsrechtelijke bezwaren zou hebben geconstateerd (met name gelet op de geconstateerde netwerkeffecten), maar dat aan de concentratiegraad in de analyse geen aandacht wordt besteed blijft een gemis.

Bij de beoordeling of de samenwerkingsovereenkomst in aanmerking komt voor een ontheffing ingevolge artikel 17 Mw behandelt de d-g NMa eerst de vraag of de samenwerking als 'crisiskartel' kan worden vrijgesteld, zoals betoogd in de ontheffingsaanvraag. Met de term 'crisiskartel' wordt bedoeld op een overeenkomst die ertoe strekt om structurele overcapaciteit in een sector te verminderen. De d-g NMa komt tot de conclusie dat in dit geval niet voldaan is aan de – strikte – eisen die gesteld worden, wil een crisiskartel voor ontheffing in aanmerking komen. Vervolgens worden de voorwaarden voor ontheffing behandeld, waarbij wordt geconstateerd dat in het ontheffingsverzoek onvoldoende aannemelijk is gemaakt dat de samenwerking efficiëntievoordelen met zich meebrengt en dat de klanten (opdrachtgevers van wegenbouwprojecten) ook daadwerkelijk profiteren van die voordelen, als die er al zouden zijn. Voor wat betreft de beweerdelijke onmisbaarheid van de samenwerking merkt de d-g NMa op dat deelname in de exploitatie van een asfaltcentrale niet noodzakelijk is om toegang te krijgen tot asfalt in een bepaalde regio: een wegenbouwbedrijf zou immers ook afnamecontracten kunnen sluiten met asfaltcen-

11 Verordening (EG) 2790/1999 van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81 lid 3 van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, Pb. L 336/21 van 29 december 1999, artikel 7.

12 Verordening (EG) 1/2003 van de Raad betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, Pb. L 1/1 van 4 januari 2003, artikel 29 lid 2.

13 Zie Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten, par. 95.

14 Zie Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten, par. 96.

15 Zie Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten, par. 29; de HHI zou hooguit 800 bedragen.

16 Zie Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten, par. 29; de HHI zou waarschijnlijk niet hoger zijn dan 1500.

trales waarin het niet deelneemt. Daar aan geen van de eerste drie ontheffingsvoorwaarden voldaan is komt de d-g NMa niet toe aan de vierde voorwaarde (voldoende restconcurrentie).

### Verwerping door de NMa van het aanpassingvoorstel

In de loop van de procedure heeft ACS een aanpassingvoorstel ingediend, dat erop neerkwam dat de asfaltcentrale zou worden omgevormd van een vennootschap onder firma tot een besloten vennootschap, dat Heijmans uit ACS zou treden en dat de meerderheid van de aandelen en de uitsluitende zeggenschap in handen zouden komen van Dura Vermeer. KWS en HBG zouden elk een minderheidsdeelneming zonder enige vorm van zeggenschap gaan houden en zouden niet vertegenwoordigd zijn in de bestuursorganen van ACS. De NMa wijst dit voorstel van de hand, op grond van de overweging dat ook de gezamenlijke positie van de drie overblijvende deelnemers in ACS op de markt voor het asfalteren sterk blijft en de mate van uniformering van hun kosten hoog, zodat de samenwerking – ook na wijziging als voorgesteld – noodzakelijkerwijs leidt tot de coördinatie van het concurrentiegedrag van partijen. In de visie van de NMa zouden kennelijk KWS of HBG (of wellicht beiden) geheel uit ACS moeten treden<sup>17</sup> en volstaat het niet dat hun positie in ACS wordt teruggebracht tot die van passieve investeerder en afnemer. Deze visie is voor mij moeilijk te verenigen met Gemeenschapsrechtelijke praktijk, zoals die blijkt uit het – ook door de aanvraagster aangehaalde – Philip Morris arrest van het Hof van Justitie<sup>18</sup> en de beschikkingen van de Commissie ten aanzien van minderheidsdeelnemingen.<sup>19</sup> Anders dan in het onderhavige geval ging het in het Philip Morris arrest en in de meeste van de genoemde beschikkingen van de Commissie om een situatie waarin een onderneming invloed zou verwerven in een concurrerende onderneming, waarbij de vraag aan de orde kwam of dat zou leiden tot coördinatie tussen de beide betrokken ondernemingen. Het criterium is daarbij of de minderheidsdeelneming het commerciële gedrag van de betrokken ondernemingen zodanig kan beïnvloeden, dat de mededinging op de markt waarop die ondernemingen actief zijn wordt beperkt. Dit kan met name het geval zijn wanneer de investerende onderneming zeggenschap krijgt over het commerciële gedrag van de andere onderneming of wanneer de overeenkomst structuren creëert, die een commerciële samenwerking tussen de ondernemingen kunnen bevorderen.<sup>20</sup> In het onderhavige geval is geen sprake van een deelneming van een onderneming in een concurrerende onderneming, doch van deelnemingen in een productieonderneming (ACS) door een aantal ondernemingen die elkaars concurrenten zijn op een stroomafwaartse markt. Het gaat hier dus niet zozeer om de vraag of de deelnemingen het commerciële gedrag van ACS kunnen beïnvloeden, doch of zij het commerciële gedrag van de aandeelhouders op de stroomafwaartse markt kunnen beïnvloeden. Niet zozeer de rechtstreekse invloed van de aandeelhouders op het gedrag van ACS is dus van belang, doch meer het

risico dat de deelnemingen zouden kunnen leiden tot de uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie tussen de aandeelhouders met betrekking tot de markt voor het asfalteren van wegen en daarmee tot een afstemming van het commerciële gedrag op die markt door de aandeelhouders. De gedachte dat minderheidsdeelnemingen een dergelijk risico zouden bevorderen, ook indien door die minderheidsdeelnemingen in het geheel geen invloed op het commerciële gedrag van ACS kan worden uitgeoefend, staat mijn inziens haaks op de praktijk onder artikel 81 EG. Dat de NMa – terecht of ten onrechte – kennelijk weinig vertrouwen heeft in de goede bedoelingen van partijen heeft, heeft duidelijk een rol gespeeld bij de totstandkoming van dit onderdeel van het besluit,<sup>21</sup> maar het is de vraag of dat deze beslissing rechtvaardigt. Uiteraard kan elke vorm van contact tussen kwaadwillige concurrenten worden misbruikt om concurrentiegevoelige informatie uit te wisselen en om commercieel gedrag af te stemmen, maar dat is nog geen reden om dat contact maar bij voorbaat categorisch te verbieden. De voorkeur van de NMa voor structurele verbintenissen is op zich begrijpelijk, maar niet voor elk mogelijk mededingingsprobleem is een structurele oplossing mogelijk of passend: uiteindelijk blijft artikel 6 Mw een instrument om mededingingsbeperkend gedrag van ondernemingen te corrigeren en niet om de structuur van markten te veranderen. Ik kan mij legitieme redenen voorstellen die het noodzakelijk maken dat drie van de partijen blijven deelnemen in ACS, al is het uitsluitend als passieve investeerder; uit het besluit blijkt niet dat de NMa het belang van de partijen in dit opzicht heeft afgewogen tegen het belang van het minimaliseren van de kans op een mogelijke inbreuk op artikel 6 Mw in de toekomst.

17 Zie par. 188 van het besluit, waarin wordt verwezen naar de noodzaak dat een onderneming geen enkel economisch belang meer heeft bij een bepaalde asfaltcentrale.

18 HvJ EG 17 november 1987, gev. zaken 142 en 156/84, *British American Tobacco en R.J.Reynolds Industries/Commissie*, Jur. 1987, p. 4487.

19 Zie onder meer *Enichem/ICI*, 22 december 1987, Pb. L 50/18 van 24.02.1988; *BT/MCI*, 27 juli 1994, Pb. L 223/36 van 27.08.1994; *Olivetti/Digital*, 11 november 1994, Pb. L 309/24 van 2 december 1994. Zie ook *Moaveri Milanesi en Winterstein*, *Minority shareholders, interlocking directorships and the EC Competition Rules – Recent Commission practice*, in: *Competition Policy Newsletter*, 2002 nr. 1, pp. 15 – 18.

20 Philip Morris, voetnoot 18, r.o. 38 – 39.

21 Zie par. 186: 'De d-g NMa is van mening dat het coördinatiegevaar tussen de betrokken bouwondernemingen (aandeelhouders) door deze oplossing niet wordt weggenomen. Hoewel op papier wellicht de indruk kan worden gewekt dat de asfaltcentrale onafhankelijk van haar aandeelhouders kan opereren en dat de aandeelhouders onderling geen commercieel gevoelige informatie kunnen uitwisselen, bestaan er in de praktijk onvoldoende waarborgen om deze onafhankelijkheid daadwerkelijk te bewerkstelligen en derhalve heeft de d-g NMa weinig vertrouwen in de daadwerkelijke onafhankelijkheid van de asfaltcentrale ten opzichte van de bouwondernemingen en in het daadwerkelijk uitblijven van de uitwisseling van commercieel gevoelige informatie tussen de aandeelhouders.'



## Overige besluiten met betrekking tot asfaltcentrales

Ten aanzien van achttien andere samenwerkingsverbanden met betrekking tot asfaltcentrales zijn eveneens besluiten genomen. In vijf gevallen is de samenwerking opgehouden te bestaan, doordat alle deelnemers op één na zijn uitgetreden, zodat niet langer sprake is van overeenkomsten die in strijd met artikel 6 lid 1 Mw zouden kunnen zijn.<sup>22</sup> In tien gevallen wordt, al dan niet na uittreding van een of meer deelnemers, geconstateerd dat het gezamenlijk marktaandeel van de betrokken ondernemingen niet meer dan 20% bedraagt, waardoor de betreffende samenwerkingsverbanden, voor zover nodig, onder het toepassingsbereik van de groepsvrijstelling vallen.<sup>23</sup> In de overige drie gevallen bedraagt het gezamenlijk marktaandeel van de (overblijvende) betrokkenen iets meer dan 20%;<sup>24</sup> de d-g NMa constateert in die gevallen dat de gezamenlijke marktmacht van de betrokkenen beperkt is en dat het dan ook niet waarschijnlijk is dat de betrokken ondernemingen door de samenwerking marktmacht zullen verkrijgen, behouden of vergroten. Zij komt met betrekking tot deze laatste categorie gevallen tot de slotsom dat de gewijzigde samenwerking geen beperking van de mededinging tot gevolg heeft.

Met betrekking tot de laatstgenoemde categorie is interessant het door de d-g NMa aangelegde criterium dat het niet waarschijnlijk is dat de partijen door de samenwerking marktmacht zullen verkrijgen, behouden of vergroten. Het lijkt bijna alsof de d-g NMa het beperken van de marktmacht van partijen als een doel op zich ziet. Uiteraard verbiedt artikel 6 lid 1 Mw het behouden of vergroten van marktmacht niet en het biedt overigens ook niet het instrumentarium om het vergroten van marktmacht tegen te gaan. Marktmacht kan een belangrijke factor zijn in de analyse die leidt tot de slotsom dat een bepaalde overeenkomst of bepaald gedrag mededingingsbeperkend is, maar de vraag is of de d-g NMa zich niet te eenzijdig op deze factor richt.

## Conclusie

Uit het persbericht dat de NMa tegelijk met de hier besproken besluiten uit heeft gebracht blijkt dat zij de herstructurering van de asfaltproductiesector heeft 'opgelegd' aan de sector met als doel het verminderen van de netwerkstructuren die bestonden en het aldus bevorderen van de concurrentie in de asfaltproductiesector en de daarmee verbonden wegenbouwsector. Lezend door de hier besproken besluiten kan ik mij niet aan de indruk onttrekken dat om dit doel te bereiken de grenzen van het mededingingsrecht soms tot het uiterste worden opgerekt. De interpretatie die de d-g NMa geeft aan het begrip 'relevante markt' in de groepsvrijstelling (door in plaats van 'de relevante markt' te spreken van 'een relevante markt'), waardoor de beoordeelde samenwerkingsverbanden buiten de reikwijdte van de groepsvrijstelling vallen, staat mijns inziens op gespannen voet met de tekst van de groepsvrijstelling en met de Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten. Ook de weigering van de NMa genoeg te nemen met een oplossing waarbij twee van de drie deelnemers in een asfaltcentrale afstand doen van alle rechten die hun invloed geven op de asfaltcentrale, een oplossing die hen in feite reduceert tot passieve investeerders, is naar mijn mening niet goed te verenigen met het Gemeenschapsrecht op dit punt. Wellicht dat snel en hard ingrijpen in dit geval nog wel te rechtvaardigen is, gelet op de kennelijk nogal bijzondere situatie in de wegenbouwsector, maar het mag gehoopt worden dat een aanpak waarbij het doel geacht wordt de middelen te heiligen niet de standaard wordt.

22 Asfalt Centrale Eindhoven, Asfaltcentrale Limburg; zie voetnoot 2; Asfalt Productie Hoogblokland B.V., Venlose Asfalt Fabriek B.V., Asfaltcentrale Zwijndrecht V.O.F.; zie voetnoot 5.

23 Asfaltcentrale Utrecht, Asfaltcentrale Bovenveld, Rotterdamse Haagse Asfalt Combinatie V.O.F., Asfaltcentrale Doetinchem, Oost Groninger Asfaltcentrale Productie, Asfalt Productie De Eem, Asfalt Centrale Twente, Asfaltcentrale Gouda, Asfalt Productie Westerbroek B.V.; zie voetnoot 2; Zuid Nederlandse Asfaltcentrale, zie voetnoot 5.

24 Asfalt Productie Maatschappij B.V. (zie voetnoot 2): 21%; Asfalt Productie Kootstertille (zie voetnoot 2): 22,5%; Brabantse Asfaltcentrale V.O.F. (zie voetnoot 5): 21%.