

---

## CR Delta VRV

besluit van de d-g NMa nr. 3353, CR DELTA d.d. 31 december 2003

(m.nt. mr M.E. van Wissen, met dank aan Mr C. Hubert)

---

**CR Delta VRV Holding B.V. en haar dochteronderneming Holland Genetics B.V. (hierna gezamenlijk: CR Delta) houden zich bezig met de verkoop van fokstier- en proefstiersperma aan veehouders in binnen- en buitenland.**

Naar aanleiding van berichten in het CR Delta magazine en informatie van concurrenten van CR Delta heeft de NMa ambtshalve een onderzoek ingesteld naar mogelijk misbruik door CR Delta van haar machtspositie op de markt van fokstiersperma.

Bij besluit d.d. 31 december 2003 heeft de d-g NMa de door CR Delta gehanteerde kortingsystemen in strijd met artikel 24 Mw geoordeeld en haar een boete opgelegd van € 2.600.000. Tevens is een last onder dwangsom opgelegd die CR Delta verplicht het hanteren van de huidige kortingsregelingen te beëindigen en de d-g NMa minimaal eens in de zes maanden te informeren omtrent de op dat moment gehanteerde kortingsregelingen met betrekking tot de verkoop van fokstiersperma. De dwangsom die CR Delta opgelegd krijgt, bedraagt € 2.500 per dag dat zij niet aan deze last voldoet.

## Feiten

CR Delta is een onderneming die zich bezighoudt met veeverbetering en heeft zich in dat kader met name toegelegd op de wereldwijde fokkerij van het melkras Holstein-Frisian. De primaire handelsrelatie van CR Delta met haar afnemers, de veehouders, is dat zij deze bedrijven stiersperma levert ter inseminatie van hun koeien. Hiervoor wordt fokstier- of proefstiersperma gebruikt. Fokstiersperma geeft zekerheid omtrent het te behalen resultaat. Proefstiersperma is ongetest en dient zich eerst in de praktijk te bewijzen. Op de markt voor fokstiersperma neemt CR Delta een belangrijke positie in.

De NMa heeft een drietal door CR Delta ten behoeve van haar afnemers gehanteerde kortingsregelingen onderzocht. CR Delta heeft deze kortingsregelingen door middel van publicaties en brieven aan haar afnemers gecommuniceerd. CR Delta duidt deze kortingen aan als kwantumkorting, regeling klantentrouw en testerskorting.

De kwantumkorting betreft een kortingsregeling op het totale aankoopbedrag voor fokstiersperma dat van CR Delta wordt aangekocht. Het betreft hier een procentueel oplopende korting over de gehele omzet (bij een omzet van € 1.000, 1%, bij € 1.500 2%, bij € 2.000 3% etc.).

De regeling klantentrouw is van toepassing op klanten die alle (of nagenoeg alle) sperma bij CR Delta kopen. De regeling houdt in dat veehouders die 90% of meer van

hun inseminaties verrichten met van CR Delta gekocht sperma 1% korting krijgen op hun omzet bij CR Delta. Veehouders die 100% van hun inseminaties met CR Delta-sperma verrichten, krijgen 2% korting op hun omzet. Voor deelname aan de regeling geldt een jaarlijkse omzet van € 400 als ondergrens. De regeling klantentrouw is na de door de NMa in het kader van het onderzoek aan CR Delta gestelde vragen bij brief aan de betrokken klanten (met terugwerkende kracht) ingetrokken. CR Delta heeft nooit uitvoering gegeven aan de betreffende regeling.

De testerskorting houdt in dat afnemers een lagere prijs krijgen voor proefstiersperma dan diegenen die niet aan het testprogramma deelnemen. Tevens krijgen deelnemers aan het testprogramma korting bij het afnemen van fokstiersperma. Deze korting is niet gebonden aan enig afnamevolume of andere economische prestatie en wordt zonder meer toegekend.

In het door de NMa opgemaakte rapport wordt geconcludeerd dat alle drie de kortingsregelingen deel uitmaken van een stelsel van kortingen dat CR Delta hanteert bij de verkoop van fokstiersperma in Nederland. CR Delta heeft aan afnemers bericht dat deelname aan alle drie de kortingsregelingen tot een gezamenlijke korting op het aankoopbedrag van 15-20% kan leiden. In het rapport wordt dit een stelsel van getrouwheidskortingen genoemd die de afnemers beperken in hun keuze tussen CR Delta en haar concurrenten.

### Beoordeling

Naar aanleiding van bezwaren van CR Delta over de wijze waarop de NMa onderzoek heeft gedaan naar de relevante markt, haar positie op de markt, de strekking en verdere achtergronden van de onderzochte kortingsregelingen en de effecten hiervan stelt de d-g NMa allereerst vast dat hiernaar concludent onderzoek is verricht. De d-g loopt vooruit op de conclusies ten aanzien van de strekking van de regelingen en geeft aan dat een analyse van de daadwerkelijke effecten hiervan niet bepalend is voor de beoordeling van de betrokken regelingen in het licht van artikel 24 Mw. Anders dan CR Delta stelt, is er bij het onderzoek geen sprake geweest van vooringenomenheid en/of strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel nu diverse andere denkbare marktafbakeningen in ogenschouw zijn genomen en gebruik is gemaakt van informatie die hierbij van belang is.

In het besluit wordt het aanbieden van fokstiersperma aan veehouders als relevante productmarkt aangemerkt. Anders dan CR Delta, acht de d-g NMa proefstiersperma en sperma van een eigen stier geen (volwaardig) substituut voor fokstiersperma.

Vanwege het belang van de veehouder om snel over fokstiersperma te kunnen beschikken dient Nederland als relevante geografische markt te worden aangemerkt. CR Delta heeft het tegendeel niet kunnen aantonen.

Bij het bepalen van het marktaandeel van CR Delta is de d-g NMa uitgegaan van de met inseminaties met fok-

stiersperma gegenereerde omzet. Op basis hiervan wordt een marktaandeel van rond de 80% aangenomen. CR Delta beschikt derhalve over een economische machtspositie. De door CR Delta aangevoerde marktaandelen gingen uit van een verkeerde afbakening van de geografische markt en de productmarkt.

In het besluit worden vervolgens alle drie de kortingsregelingen in het licht van CR Delta's bezwaren op de conclusies uit het rapport beoordeeld. In het algemeen verweert CR Delta zich met de stelling niet de intentie te hebben gehad met haar kortingsregelingen klanten te binden. In lijn met het arrest Hoffmann-La Roche<sup>1</sup> overweegt de d-g NMa dat de subjectieve intentie van de onderneming voor het al dan niet vaststellen van misbruik van een machtspositie niet van belang is. Ook is niet vereist dat wordt aangetoond dat afnemers zich daadwerkelijk door de kortingen hebben laten leiden en dat hun loyaliteit ten aanzien van de producten van de desbetreffende leverancier is toegenomen. Volgens vaste jurisprudentie volstaat het bij de vaststelling van schending van artikel 82 EG om aan te tonen dat een gedraging een beperking van de mededinging tot gevolg heeft of kan hebben.<sup>2</sup> Volgens de d-g NMa is er in het geval getrouwheidskortingen zijn gehanteerd dan ook geen nader onderzoek naar de economische context van de markt en de effecten van de regelingen noodzakelijk.

Het feit dat de kortingen in procentuele of absolute zin van beperkte omvang zouden zijn, staat niet in de weg aan de conclusie dat er sprake is van misbruik. In dit verband is de omstandigheid van belang dat CR Delta een marktaandeel heeft van circa 80% en haar concurrenten gezamenlijk hooguit een kwart van het marktaandeel van CR Delta hebben. Volgens de d-g gaan bij dergelijke buitengewoon scheve marktverhoudingen van kortingsregelingen al snel druk uit, zelfs indien deze in procentuele of absolute zin van beperkte omvang zijn.

Ten aanzien van de kwantumkortingsregeling overweegt de d-g dat deze is aan te merken als een getrouwheidskorting. Ook is de kwantumkorting volgens de d-g NMa niet gebaseerd op reële kostenbesparingen of een anderszins rechtvaardigende tegenprestatie. De d-g leidt dit af uit het feit dat de extra korting wordt berekend over het geheel van afgenomen fokstiersperma en dat de korting wordt berekend over een periode van één jaar. Op de voet van *Michelin II* acht de d-g NMa de door CR Delta gehanteerde kwantumkortingsregeling dan ook in strijd met artikel 24 Mw.

Ten aanzien van de regeling klantentrouw volstaat de NMa met de opmerking dat CR Delta het loyaliteitslement

1 Arrest van het HvJ EG van 13 februari 1979, *Hoffman-La Roche*, zaak 85/76, Jur. 1979, p. 461, r.o. 91.

2 Arrest van het GvEA van 30 september 2003, *Michelin II*, zaak T-203/01, nog niet gepubliceerd, r.o. 239 (hierna: *Michelin II*); Arrest van het GvEA van 17 december 2003, *British Airways*, zaak T-219/99, nog niet gepubliceerd, r.o. 293.

dat deze regeling bevat niet wezenlijk ontken. Met betrekking tot de stelling dat negatieve elementen zijn uitgebleven aangezien CR Delta de regeling heeft ingetrokken, merkt de d-g NMa op dat afnemers een plaatsvervangende regeling zou zijn voorgehouden om klantentrouw alsnog te belonen waardoor van een effectieve intrekking van deze regeling niet kan worden gesproken; de gewekte verwachting blijft immers bestaan. De regeling klantentrouw wordt dan ook aangemerkt als een getrouwheidskorting die ertoe strekt de mededinging te beperken en die in strijd is met artikel 24 Mw.

De testerskortingsregeling houdt in dat deelnemers aan het zogenoemde testprogramma van CR Delta kortingen krijgen op proefstiersperma en fokstiersperma. Volgens de d-g heeft CR Delta op deze wijze haar economisch gewicht op de markt voor fokstiersperma gebruikt als een hefboom om haar positie op de aanpalende markt voor proefstiersperma te versterken.<sup>3</sup> Het feit dat op de markt voor proefstiersperma geen machtspositie van CR Delta is vastgesteld doet hier niet aan af. De testerskortingsregeling wordt dan ook als een met artikel 24 Mw strijdige getrouwheidskorting aangemerkt.

Tot slot oordeelt de d-g NMa dat tussen de drie verschillende kortingsregelingen cumulatieve effecten optreden. Tezamen genereren zij een economische prikkel om producten bij CR Delta af te nemen en worden de afnemers beïnvloed bij een keuze tussen CR Delta en haar concurrenten.

De d-g NMa concludeert ten aanzien van de duur van de inbreuk dat deze in de periode vanaf 1 september 2001 tot en met de vaststelling van het rapport op 1 september 2003 heeft plaatsgevonden. Wat betreft de hoogte van de boete stelt de d-g NMa vast dat het hanteren van getrouwheidskortingen een zware overtreding van artikel 24 Mw vormt. De boetegrondslag is 10% van de omzet die is behaald op de markt voor proefstiersperma en bedraagt € 2.600.000. Tevens wordt de hiervoor besproken last onder dwangsom opgelegd.

## Commentaar

Deze zaak vertoont veel overeenkomsten met het onderwerp van het recente *Michelin II*-arrest. De NMa maakt in haar besluit dan ook dankbaar gebruik van het strakke keurslijf dat het Gerecht dominante ondernemingen heeft aangemeten waar het gaat om de door hen gehanteerde kortingenpolitiek. Op het eerste gezicht lijkt het wellicht zo dat de NMa na het *Carglass*-besluit waarbij (ook na terugverwijzing door de Rechtbank Rotterdam) besloten werd het kortingensysteem van de autoruithersteller ongemoeid te laten,<sup>4</sup> een draai heeft gemaakt. Dit is echter niet het geval. CR Delta heeft weliswaar willen doen voorkomen dat veel elementen uit de *Carglass*-zaak met haar kortingensysteem overeenkomen (zie randnummers: 68, 72 en 77), doch hierna zal blijken dat er een aantal wezenlijke verschillen bestaan. Het lijkt dan ook op het eerste gezicht een logisch besluit waarop na de *Michelin II*-

uitspraak weinig af te dingen valt. Toch kunnen er een aantal vraagtekens geplaatst worden bij de wijze waarop de NMa deze zaak één op één in de Michelin-mal heeft willen persen.

In het besluit wordt onderscheid gemaakt tussen een drietal kortingsregelingen. Deze regelingen worden uiteindelijk door de NMa alle als getrouwheidsregelingen aangemerkt. Op verschillende plaatsen in het besluit valt op dat de NMa bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van een regeling niet kijkt naar de effecten die deze in de praktijk teweegbrengt, echter reeds het bestaan zelf van de regeling voldoende acht om de onrechtmatigheid ervan aan te nemen. In randnummer 32 oordeelt de NMa dat het in het licht van artikel 24 Mw niet nodig is een analyse van de daadwerkelijke effecten van de regelingen te maken, daar het volstaat dat hun strekking mededingingsbeperkend is. Deze benadering van de NMa is in lijn met de aanpak door de communautaire rechters (zie randnummer 80). Een regeling met een potentieel mededingingsbeperkend effect op afnemers is reeds voldoende om misbruik te constateren.<sup>5</sup> In *Michelin II* heeft het Gerecht benadrukt dat het voor de toepassing van artikel 82 EG niet nodig is aan te tonen dat afnemers zich daadwerkelijk hebben laten verleiden door de kortingen en dat hun loyaliteit jegens de (producten van de) desbetreffende leverancier is toegenomen.<sup>6</sup> Niet geobjectiverde getrouwheidsregelingen worden aldus aangemerkt als waren het per se verboden.

## Kwantumkortingsregeling

De NMa merkt de door CR Delta gehanteerde kwantumkorting aan als getrouwheidskorting. In de eerste plaats volgt zij in dit verband de redenering van het Gerecht in *Michelin II*. Het loutere feit dat een kortingssysteem als kwantumkorting wordt aangemerkt, kan niet volstaan om de toekenning van een dergelijke korting vanuit het oogpunt van artikel 82 EG te rechtvaardigen. Volgens vaste jurisprudentie levert het hanteren van kwantumkortingen die uitsluitend gerelateerd zijn aan de omvang van bij de dominante onderneming gedane aankopen, in het algemeen geen misbruik van machtspositie op. Kwantumkortingen moeten een afspiegeling zijn van de verbeterde efficiëntie en van de schaalvoordelen die de onderneming met een machtspositie heeft behaald.<sup>7</sup> Een kwantumkorting per gedane bestelling zal in de regel geen problemen opleveren. Na het *CR Delta*-besluit moet mijns inziens wel voorzigtiger worden omgesprongen met het hanteren van

3 *Michelin II*, reeds aangehaald, r.o. 161-163.

4 Besluit 2227-163 d.d. 22 oktober 2003. De NMa heeft het niet nodig gevonden om vast te stellen of Carglass daadwerkelijk een machtspositie geniet, omdat volgens haar er afgezien daarvan toch al geen sprake was van misbruik.

5 Arrest van het HvJ EG van 16 december 1975. *Suiker Unie*, gevoegde zaken 40-48, 50, 54-56, 111, 113 en 114/73, Jur. 1975, p. 1663, r.o. 521.

6 *Michelin II*, reeds aangehaald, r.o. 239.

7 *Michelin II*, reeds aangehaald, r.o. 58-62 met vermelding van eerdere rechtspraak.

hoge factuurkortingen die gerelateerd lijken aan de omvang van de bestellingen. Volgens de NMa moet iedere kwantumkorting die door een dominante onderneming aan afnemers wordt verstrekt namelijk direct gerelateerd zijn aan kostenbesparingen (randnummer 82). Het standpunt van het Gerecht in *Michelin II* lijkt in dit verband iets genuanceerder. In de hiervoor aangehaalde overwegingen wordt in ieder geval over een systeem van kwantumkortingen gesproken. Er is sprake van een met artikel 82 EG strijdig systeem indien uit de criteria en modaliteiten van de korting blijkt dat het systeem niet gebaseerd is op een vanuit economisch oogpunt gerechtvaardigde tegenprestatie, doch er – net als bij de getrouwheidskorting – toe strekt te beletten dat de afnemers zich bij concurrerende ondernemingen bevoorraden.

Wat hier ook van zij, een en ander lijkt in de praktijk op hetzelfde neer te komen. Voor de uitkomst van de onderhavige zaak maakt het in ieder geval weinig verschil. De inrichting van het door Michelin gehanteerde systeem van kwantumkortingen komt overeen met de regeling van CR Delta. In beide gevallen gaat het om procentueel oplopende kortingen over de gehele omzet van een bepaalde afnemer gedurende een jaar. Inherent aan een dergelijk systeem is dat hiervan een sterke klantenbindende werking uitgaat. Met name aan het eind van de referentieperiode zal de druk op de afnemer toenemen om de omzet te behalen die nodig is om de korting (over zijn gehele omzet) te verkrijgen. De referentieperiode van een jaar wordt bij dit systeem als lang bestempeld. De druk op de afnemer is aanzienlijk groter dan bij een systeem van een progressief oplopende staffelgewijze korting waarbij extra korting alleen wordt berekend over het deel van de omzet die boven een bepaalde drempel wordt behaald. Het Gerecht laat aan de hand van een berekening de uitwerking van de verschillende systemen zien waardoor het sterk bindende karakter van de door Michelin en CR Delta gehanteerde regeling duidelijk zichtbaar wordt.<sup>8</sup> In de zaak *Carglass* was sprake van een progressief oplopende staffelgewijze korting die volgens de NMa de toets van artikel 24 Mw kan doorstaan.<sup>9</sup>

De door CR Delta gehanteerde kwantumkortingsregeling wordt wegens het klantenbindende karakter daarvan als een regeling met sterke loyaliteitsbevorderende kenmerken aangemerkt. In *Michelin II* heeft het Gerecht overeenkomstig geoordeeld en vervolgens onderzocht of Michelin kon aantonen dat een zodanig systeem vanuit economisch oogpunt objectief gerechtvaardigd was. De algemene stelling dat het systeem van kwantumkortingen wordt gerechtvaardigd door schaalvoordelen op het gebied van productie- en distributiekosten volstaat in dit verband niet. Er zal concreet moeten worden aangetoond dat de kwantumkortingen op reële kostenbesparingen waren gebaseerd.<sup>10</sup> Ook CR Delta is er volgens de NMa niet in geslaagd haar kwantumkortingsregeling vanuit economisch oogpunt te rechtvaardigen. De NMa besteedt weinig aandacht aan deze vaststelling, hetgeen waarschijnlijk te

maken heeft met de algemeenheid van CR Delta's standpunt dienaangaande (zie randnummer 64). Indien een dominante onderneming een systeem van kwantumkortingen waar een klantenbindende werking van uitgaat tegenover een mededingingsautoriteit wil rechtvaardigen, zal zij dus concreet cijfermateriaal over kostenbesparingen op tafel moeten kunnen leggen. In dit verband zij opgemerkt dat van iedere kwantumkorting een bepaalde bindende werking uitgaat. De NMa laat er dan ook geen twijfel over bestaan dat door dominante ondernemingen gehanteerde kwantumkortingen slechts de toets van artikel 24 Mw kunnen doorstaan wanneer deze direct gerelateerd zijn aan kostenbesparingen. Dit standpunt bevestigt het toch al stevige keurslijf dat het Gerecht dominante ondernemingen heeft aangemeten.<sup>11</sup>

### Regeling klantentrouw

Het tweede punt waarbij moet worden stilgestaan betreft het oordeel van de NMa ten aanzien van de regeling klantentrouw. De NMa acht deze regeling in strijd met de mededingingsregels ondanks het feit dat CR Delta deze met terugwerkende kracht heeft ingetrokken en deze nooit effect zou hebben gesorteerd. De NMa voert als reden hiervoor aan dat afnemers nog tot en met 28 maart 2003 rekening hebben gehouden met de klantentrouwregeling en dat CR Delta niet kan betogen dat (potentiële) negatieve effecten volledig zijn uitgebleven. Het is opvallend dat de NMa het argument van CR Delta dat geen uitkeringen zijn gedaan op basis van deze regeling geheel buiten beschouwing laat en nalaat verder onderzoek te doen naar het effect dat de regeling in de praktijk heeft gehad. In het bovenstaande is reeds aan de orde gekomen dat het bestaan van een regeling met mededingingsbeperkende strekking reeds voldoende is om de onrechtmatigheid van de regeling aan te nemen. De NMa voegt hier nog aan toe dat bij afnemers verwachtingen zijn gewekt dat gezocht zou worden naar een plaatsvervangende regeling om trouwe afnemers te belonen. Van een effectieve intrekking van de regeling klantentrouw was volgens de NMa derhalve geen sprake. De combinatie van deze twee redenen voor de NMa om tot onrechtmatigheid van de regeling te komen is interessant: de NMa constateert de onrechtmatigheid van een ingetrokken regeling op basis van mogelijk gewekte verwachtingen, echter zonder het mogelijke, laat staan daadwerkelijke bestaan van een alternatieve regeling te hebben onderzocht. Hoewel de omstandigheden verschillen van die in *Carglass of Michelin II*, kunnen enkele vergelijkingen worden gemaakt. In *Carglass* was ook intrekking van een regeling aan de orde. In die zaak valt op dat de NMa ten aan-

8 *Michelin II*, reeds aangehaald, r.o. 87 en 88; zie ook D.J.M de Grave, 'Over kortingen, bonussen en dominante marktpartijen', in: *AM* 2003, p. 204 e.v.

9 Besluit *Carglass*, reeds aangehaald, randnrs. 85-87.

10 *Michelin II*, reeds aangehaald, r.o. 107 en 108.

11 Zie ook D.J.M de Grave t.a.p., p. 207.

zien van de door Carglass gehanteerde groepsbonussen een schending van artikel 24 Mw constateerde, maar uiteindelijk niet overgaat tot oplegging van een sanctie, nadat Carglass had aangekondigd de regeling met ingang van een toekomstige datum te zullen intrekken.<sup>12</sup> Het verschil in aanpak door de NMa met de onderhavige zaak is duidelijk, echter de onderliggende verklaring voor de verschillende behandeling is minder helder. In *Carglass* oordeelt de NMa dat de groepsbonusregeling eveneens resulteert in loyaliteitselementen in het bonussysteem. Volgens de NMa is het verschil in aanpak in de twee zaken onder andere gelegen in het feit dat in *Carglass* niet vaststond dat sprake was van een economische machtspositie (randnr. 91). Het wezenlijke verschil is mijns inziens echter gelegen in het feit dat Carglass geen alternatieve regeling had aangekondigd na de intrekking. In *Michelin II* spelen ‘gewekte verwachtingen’ slechts zijdelings een rol. In die zaak had de Commissie betoogd dat de verleende kwantumkortingen onbillijk waren, omdat het voor de wederverkopers onmogelijk was om met zekerheid de uiteindelijke verkoopprijs van de Michelin-banden te kennen. Het verschil in de feiten met de onderhavige zaak is echter dat de gewekte verwachtingen in *Michelin II* nauw in verband stonden met een bestaande kortingsregeling waar in de praktijk veel gebruik van werd gemaakt, terwijl in *CR Delta* in het kader van de gewekte verwachtingen helemaal geen sprake was van een regeling. Het ging daar immers om de aankondiging van een mogelijk in de toekomst in te stellen regeling die loyaal afnemersgedrag zou belonen. Wanneer de NMa haar oordeel van onrechtmatigheid van de regeling puur en alleen zou hebben gebaseerd op de bij afnemers gewekte verwachtingen, zou dit naar alle waarschijnlijkheid onvolgende zijn geweest.

### Testerskortingsregeling

Bij de beoordeling van de testerskortingsregeling van CR Delta wordt eveneens aansluiting gezocht bij *Michelin II*. Michelin zou haar positie op de markt voor nieuwe banden gebruiken om haar positie als loopvlakvernieuwer te versterken door allerlei voordelen aan wederverkopers te bieden die haar als loopvlakvernieuwer zouden kiezen.<sup>13</sup> Op dezelfde wijze zou CR Delta haar dominante positie op de markt van fokstiersperma als hefboom gebruiken om haar positie op de aanpalende markt voor proefstiersperma te versterken door deelnemers aan het testprogramma korting te verlenen op zowel proefstier- als fokstiersperma (randnummer 93).

Ook deze regeling wordt door de NMa dan ook als een getrouwheidskorting aangemerkt die zonder meer in strijd is met artikel 24 Mw. Op zichzelf is het juist dat er van de regeling een zeker getrouwheidsbevorderend element uitgaat en dat CR Delta zich niet kan verschuilen achter het feit dat op de markt voor proefstiersperma geen machtspositie is aangetoond. Uit het voorgaande blijkt echter dat er na vaststelling van het bindende karakter van een regeling altijd nog plaats is voor de beoordeling

omtrent de eventuele economische rechtvaardiging van het betreffende systeem. Mijns inziens kunnen vraagtekens geplaatst worden bij het feit dat de NMa bij haar beoordeling van de testersregeling volledig voorbijgaat aan de mogelijkheid dat afname van proefstiersperma door veehouders tot kostenbesparingen zijdens CR Delta leiden of op een anderszins rechtvaardigende tegenprestatie van de afnemer is gebaseerd. Voor proefstiersperma geldt immers (ook volgens de NMa) dat het zich nog moet bewijzen en dus geen volwaardig substituut voor fokstiersperma vormt. Veehouders die proefstiersperma afnemen, krijgen dus geen enkele zekerheid omtrent het te behalen resultaat. Een testerskorting die alleen betrekking heeft op proefstiersperma zal zonder meer toelaatbaar zijn. Het is echter de vraag of veehouders in dat geval bereid zijn om aan de regeling deel te nemen waarbij slechts op producten die zich nog moeten bewijzen korting wordt verleend. CR Delta heeft dienaangaande echter niets betoogd. Niet onaannemelijk is dat de bijkomende korting op fokstiersperma de afnemer eerder zal bewegen om aan een testprogramma deel te nemen. Tegenover de korting die in het kader van zo'n programma op zowel proefstier- als fokstiersperma wordt verleend staat dat CR Delta haar producten op een betrekkelijk eenvoudige (en wellicht dus goedkope) wijze in de praktijk kan testen. Op deze manier wordt onderzoek en ontwikkeling naar beter sperma gestimuleerd. Dit zou een objectieve economische rechtvaardiging voor het testprogramma kunnen zijn waarbij normale commerciële belangen, te weten onderzoek naar en ontwikkeling van betere producten, in het geding zijn. Nader onderzoek omtrent de vraag of CR Delta met de sanctionering van haar testprogramma door de NMa niet al te zeer belemmerd wordt in de bescherming van haar eigen commerciële belangen tegen aanvallen (in dit geval productverbetering) door concurrenten kan wellicht een ander licht op deze regeling werpen.

### Stelsel van kortingen

De NMa heeft in deze zaak geoordeeld dat het stelsel van de drie kortingsregelingen tezamen cumulatieve effecten genereert. De cumulatie zou aldus de gevolgen van elke regeling op zich versterken. In zowel *Michelin II* als *Carglass* was ook sprake van cumulatieve werking van kortingsystemen, hoewel de omstandigheden verschillend waren. In *Carglass* overwoog de NMa of, hoewel de kortingen ieder afzonderlijk bezien geen misbruik in de zin van artikel 24, eerste lid, Mw vormden, toch een schending van de mededingingsregels zou kunnen worden aangenomen bij gezamenlijke toepassing van de regelingen. De NMa oordeelde dat in de omstandigheden van het geval geen sprake was van kortingselementen die elkaar versterken en

<sup>12</sup> Besluit 1184/188 d.d. 19 oktober 2000, randnrs. 59 en 62.

<sup>13</sup> *Michelin II*, reeds aangehaald, r.o. 161-163.

die daardoor een uitsluitingseffect teweegbrengen, daar de regelingen van een geheel andere aard zijn en in hun werking essentiële verschillen bestaan. In een voetnoot bij het eerste *Carglass*-besluit maakt de NMa duidelijk dat een eenmaal ingetrokken regeling niet kan worden meegeteld bij de beoordeling of sprake is van cumulatief effect.<sup>14</sup> Uit de uitspraak in het onderhavige geval blijkt duidelijk dat de NMa de ingetrokken klantentrouwregeling niet buiten beschouwing heeft gelaten. Dit is deels te verklaren door het reeds besproken punt dat in *Carglass* het bestaan van een economische machtspositie niet vaststond. Belangrijker is dat volgens de NMa in de onderhavige zaak geen sprake was van een effectieve intrekking van de regeling. Gezien deze verschillen kan CR Delta geen beroep doen op de uitspraak van de NMa in *Carglass*. In de beschikking van *Michelin II* zette de Commissie uiteen hoe door cumulatie en combinatie van de verschillende voorwaarden het onrechtmatige karakter van het systeem in zijn geheel werd versterkt. Door de combinatie van de onrechtmatige effecten werd de efficiëntie van de betrokken partijen versterkt.<sup>15</sup> Dit is ook het geval in de onderhavige zaak, waar het stelsel van kortingsregelingen de afnemers beïnvloedt in hun keuze tussen CR Delta en diens concurrenten. Ook CR Delta zelf bracht naar buiten dat het totaalpakket aan kortingen afnemers een kostenbesparing van 15-20% kon opleveren.

---

14 Besluit 2227-163, reeds aangehaald, voetnoot 20.

15 Beschikking van de Commissie van 20 juni 2001, COMP/E-2/36.041/PO *Michelin*, Pb EG [2002] L 143, p.1, randnummer 274 en verder.