

# Annotatie

## CRV/NMa

Dr. mr. M.M. Slotboom en mr. S.G.H. ter Wee\*

### Uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven in zaak *CRV Holding B.V./Raad van Bestuur van de NMa*<sup>1</sup>

26

#### De NMa-besluiten<sup>2</sup>

Op 31 december 2003 heeft de directeur-generaal (d-g) van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) aan CRV een boete opgelegd van € 2.600.000 wegens misbruik van machtspositie in de zin van artikel 24 Mededingingswet (Mw).<sup>3</sup>

Volgens de d-g NMa beschikte CRV over een machtspositie op de Nederlandse markt voor het aanbieden van fokstiersperma aan veehouders. Naar de mening van de d-g NMa maakte CRV misbruik van haar machtspositie door – bij de verkoop van fokstiersperma in Nederland – drie kortingsregelingen toe te passen, te weten een ‘kwantumkortingsregeling’, een ‘klantentrouwregeling’ en een ‘testerskorting’. Volgens de d-g NMa dienden deze kortingsregelingen bestempeld te worden als getrouwheidskortingen die ertoe strekten de mededinging te beperken.

CRV verleende sinds 2001 aan haar afnemers een ‘kwantumkorting’ over het totale aankoopbedrag van alle fokstiersperma dat van CRV werd afgenomen. Bij een omzet van € 1000 verleende CRV een korting van 1 procent, bij een omzet van € 1500 een korting van 2 procent, enzovoort. De d-g NMa stelde vast dat deze ‘kwantumkorting’ inbreuk maakte op artikel 24 Mw, omdat zij loyaliteitsbevorderende kenmerken had.<sup>4</sup>

Bij de regeling klantentrouw kregen veehouders, die ten minste 90 procent of meer, respectievelijk 100 procent, van hun inseminaties lieten verrichten met het fokstiersperma gekocht bij CRV, 1 procent respectievelijk 2 procent korting op hun fokstiersperma-omzet. Naar aanleiding van vragen van de NMa over deze korting heeft CRV bij brief van 28 maart 2003 aan haar afnemers laten weten dat zij de regeling per direct en met terugwerkende kracht zou intrekken. Er zijn op basis van deze regeling dan ook nooit uitkeringen gedaan. De d-g NMa concludeerde evenwel dat niet kan worden betoogd dat (potentiële) negatieve effecten zijn uitgebleven als gevolg van het intrekken van de regeling. De d-g NMa oordeelde dat deze regeling viel aan te merken als een getrouwheidskorting die ertoe strekte de mededinging te beperken.<sup>5</sup>

Bij het aangaan van een testovereenkomst voor proefstiersperma verkreeg een veehouder een testerskorting van 10 procent op de afname van het fokstiersperma. De d-g NMa oordeelde dat – door het toepassen van deze testerskortingsystematiek – CRV haar economisch gewicht op de markt voor fokstiersperma als een hefboom gebruikte om haar positie op de markt voor proefstiersperma te versterken. Door naast de reguliere korting op proefstiersperma ook een korting toe te passen op het fokstiersperma, maakte CRV het volgens de d-g

\* Dr. mr. M.M. Slotboom is advocaat bij Simmons & Simmons LLP te Brussel. Mr. S.G.H. ter Wee is advocaat bij Simmons & Simmons LLP te Brussel.

1. Uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 7 oktober 2010, *CRV Holding B.V./Raad van Bestuur van de NMa*, LJN BN9947.  
2. Zie ook *CR Delta VRV*, *M&M* 2004/2, p. 56-61, m.nt. M.E van Wissen, alsmede J. Hettema, ‘De toepassing van artikel 24 Mw door de NMa in 2003’, *M&M* 2005/1, p. 7.  
3. Besluit van de d-g NMa van 31 december 2003, zaak 3353/89, *CR Delta*.

4. Randnr. 82 van het besluit van 31 december 2003.

5. Randnr. 92 van het besluit van 31 december 2003.

NMa voor de veehouders financieel aantrekkelijk om ook het fokstiersperma bij CRV af te nemen.<sup>6</sup>

Tijdens de bezwaarprocedure heeft CRV erop aangedrongen dat de d-g NMa een onderzoek had moeten verrichten naar de daadwerkelijke effecten van de kortingsregelingen. De d-g NMa heeft dit bij de primaire besluitvorming alsmede bij de besluitvorming op het bezwaar niet nodig geacht. Bij besluit op bezwaar van 25 juli 2005 heeft de Raad van Bestuur van de NMa (RvB NMa) het primaire besluit gehandhaafd.<sup>7</sup>

#### De uitspraak van de Rechtbank Rotterdam<sup>8</sup>

Op 4 juli 2007 vernietigde de Rechtbank Rotterdam het besluit op bezwaar gedeeltelijk.

De rechtbank overwoog dat de kwantumkortingsregeling potentieel een uitsluitend effect kon hebben, maar dat onvoldoende duidelijk was geworden wat de mate van waarschijnlijkheid was dat deze effecten zich ook daadwerkelijk zouden voordoen. De rechtbank stelde verder vast dat de d-g NMa in het geheel geen onderzoek had gedaan naar de vraagzijde van de markt. De rechtbank achtte het uitgevoerde onderzoek met betrekking tot de effecten op deze korting derhalve onvoldoende en oordeelde daarom dat de d-g NMa niet had aangetoond dat de kwantumkortingsregeling een misbruikelijk karakter had.

CRV stelde dat de regeling klantentrouw nooit enig effect heeft gesorteerd, omdat zij bij brief van 28 maart 2003 met terugwerkende kracht is ingetrokken. Volgens de rechtbank had de regeling evenwel naar haar aard tot doel de mededinging te beperken. Indien de regeling een succes zou zijn geworden, zou het immers – naar de mening van de rechtbank – voor de concurrenten van CRV erg moeilijk zijn geweest zich te handhaven op de markt. Van een economische rechtvaardiging was volgens de rechtbank geen sprake. De rechtbank was evenwel van oordeel dat CRV door op 28 maart 2003 naar haar afnemers een brief te sturen, waarin zij de regeling met terugwerkende kracht heeft ingetrokken, zorg heeft gedragen voor een effectieve intrekking van de regeling. Tevens is de rechtbank niet gebleken dat zich na de periode van 28 maart 2003 uitsluitingseffecten hebben voorgedaan. Voor de periode daarvoor meende de rechtbank dat de regeling wel enig effect heeft gehad, omdat afnemers bij hun bestelbedrag in die periode rekening hebben gehouden met het bestaan van die regeling.

Ten slotte was de rechtbank van oordeel dat er door het hoge kortingspercentage van de testerskorting voor de deelnemers van het testprogramma een grote prikkel bestond om geen fokstiersperma af te nemen bij de concurrenten van CRV. De rechtbank oordeelde derhalve dat ook de testerskorting een potentieel uitsluitingseffect had, waarvoor geen economische rechtvaardiging bestond.

6. Randnr. 93 van het besluit van 31 december 2003.

7. Besluit van de NMa van 25 juli 2005, zaak 3353/153, *CR Delta*.

8. Uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 4 juli 2007, MEDED 05/3911-STRN. Zie ook *CRV Holding B.V./Raad van Bestuur NMa, M&M* 2008/1, p. 13-18, m.nt. Kraanen-Balhaj en Speyart.

Bijgevolg verklaarde de rechtbank het beroep van CRV gegrond ten aanzien van de bezwaren die zagen op de effecten van enerzijds de kwantumkortingsregeling en anderzijds de regeling klantentrouw na 28 maart 2003. Met betrekking tot de effecten van de regeling klantentrouw vóór 28 maart 2003 en de testerskortingsregeling verwierp de rechtbank het beroep van CRV. De rechtbank droeg de RvB NMa op een nieuw besluit op bezwaar vast te stellen, waarbij tevens de hoogte van de opgelegde boete heroverwogen diende te worden.

#### Het tweede besluit op bezwaar

De RvB NMa is niet tegen de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam opgekomen. Op 6 maart 2008 heeft hij een nieuw besluit op bezwaar genomen.<sup>9</sup> Daarin heeft de RvB NMa afgezien van verder onderzoek naar de vraag of de kwantumkorting wel of geen misbruik opleverde. Ook heeft hij afgezien van nader onderzoek naar de vraag of de regeling klantentrouw na 28 maart 2003 – de datum waarop zij met terugwerkende kracht werd ingetrokken – wel is voortgezet dan wel heeft doorgevoerd.

De RvB NMa heeft bij zijn nieuwe besluit op bezwaar de boete verlaagd van € 2.600.000 naar € 1.273.000 vanwege misbruik van CRV's machtspositie voor het hantieren van de klantentrouwregeling vóór 28 maart 2003 en de testerskortingsregeling.

#### De uitspraak van het CBb van 7 oktober 2010<sup>10</sup>

Tegen de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam heeft CRV hoger beroep ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb). Dit hoger beroep was tevens gericht tegen het nieuwe besluit op bezwaar van 6 maart 2008. In dit hoger beroep voerde CRV aan dat de rechtbank en de RvB NMa de regeling klantentrouw en de testerskorting ten onrechte als verboden mededingingsbeperkende kortingsregelingen hebben aangemerkt.<sup>11</sup>

Het CBb baseert zich op vaste rechtspraak van het Hof van Justitie. Daaruit volgt dat de kortingsregelingen van dominante ondernemingen, die ertoe strekken te beletten dat afnemers zich bij concurrerende aanbieders bevoorraden, als misbruik van een machtspositie moeten worden aangemerkt.<sup>12</sup> Bij de vaststelling of de gehanteerde kortingsystemen als misbruik kunnen worden gekwalificeerd, moeten aldus het CBb – zich nog steeds basierend op Europese jurisprudentie – alle omstandigheden (en met name de criteria en modaliteiten voor het verlenen van kortingen) in aanmerking worden genomen. Onderzocht dient te worden of de kortingen een niet door een economische tegenprestatie gerechtvaardigd

9. Besluit van de NMa van 6 maart 2008, zaak 3353/225, *CR Delta*.

10. Zie ook *Acutaliteiten Mededingingsrecht* 2010/9-10 p. 217-220, m.nt. Elkerbout.

11. Overwegingen 4.1.1 en 4.1.2 van de uitspraak van 7 oktober 2010.

12. Het CBb verwijst naar de arresten HvJ EG 13 februari 1979, zaak 85/76, *Hoffmann-La Roche*, *Jur.* 1979, p. 461, par. 90, HvJ EG 9 november 1983, zaak 322/81, *Michelin I*, *Jur.* 1983, p. 3461, par. 73 en HvJ EG 15 maart 2007, zaak C-95/04P, *British Airways*, *Jur.* 2007, p. I-2331, par. 67 alsmede GvEA 30 september 2003, zaak T-203/01, *Michelin II*, *Jur.* 2003, p. II-4071, par. 59.

digd voordeel zijn, en tot doel hebben de koper geen – of minder – keus te laten, concurrenten de toegang tot de markt te belemmeren, jegens handelspartners ongelijke voorwaarden bij gelijke prestaties toe te passen of de machtspositie te versterken door een vervalste concurrentie.<sup>13</sup>

Volgens het CBb is de regeling klantentrouw aan te merken als een regeling die er in het algemeen toe strekt om de afnemers aan CRV te binden. Het CBb stelt hierbij voorop dat om een gedraging van een dominante onderneming als misbruik te kunnen kwalificeren, niet noodzakelijkerwijs de daadwerkelijke effecten van deze gedraging aannemelijk behoeven te worden gemaakt, maar dat het volstaat aannemelijk te maken dat deze gedraging een beperking van de mededinging tot gevolg heeft of kan hebben. Voor de beoordeling dient volgens het CBb gekeken te worden naar de betekenis van de ‘regeling klantentrouw’ voor de afnemers van CRV en de mogelijkheid van andere leveranciers om concurrerende kortingen aan te bieden.<sup>14</sup>

Volgens het CBb heeft de RvB NMa niet aannemelijk gemaakt dat de regeling klantentrouw voor de afnemers van CRV de keuze tussen de verschillende leveranciers moeilijker of onmogelijk heeft gemaakt. Tevens is het CBb niet gebleken dat het voor concurrenten moeilijker of onmogelijk is gemaakt om toegang tot de markt te krijgen. CRV heeft daartoe aan de hand van een economische rapportage een drietal stellingen onderbouwd, die de RvB – volgens het CBb – niet of onvoldoende heeft weersproken. Allereerst heeft de RvB NMa niet weersproken dat de verkregen klantentrouwkorting niet meer dan 0,01 procent à 0,02 procent van de totale kosten voor de gemiddelde veehouder betrof. Ten tweede heeft de RvB NMa niet weersproken dat circa de helft van de afnemers van CRV (die bijna 32 procent van de totale markt omzet vertegenwoordigen) niet deelnamen aan de regeling. Ten slotte heeft de RvB NMa onvoldoende weersproken dat het voor de concurrenten van CRV ten aanzien van de groep veehouders – die vanwege hun omzet door de regeling klantentrouw zouden kunnen worden beïnvloed – mogelijk was om de door CRV gegeven korting te evenaren zonder zelf verlies te lijden. Het CBb concludeert dan ook dat niet aannemelijk is geworden dat de regeling een merkbare beperking op de mededinging tot gevolg heeft gehad of kon hebben.<sup>15</sup>

Voor de beoordeling van de vraag of de testerskorting een beperking van de mededinging tot gevolg heeft of kan hebben, hanteert het CBb dezelfde criteria als bij de regeling klantentrouw. Volgens het CBb is ook voor wat betreft de testerskorting niet aannemelijk geworden dat het voor afnemers moeilijker of onmogelijk is gemaakt om voor andere leveranciers te kiezen. Verder is niet gebleken dat voor concurrenten de toegang tot de markt moeilijker of onmogelijk is gemaakt. Volgens het CBb had de testerskorting qua toekenningscriteria en modali-

teiten de kenmerken van een factuurkorting die wordt toegekend zonder bijkomende voorwaarden. Het is dan ook niet duidelijk geworden dat de regeling een merkbare beperking van de mededinging tot gevolg heeft gehad.<sup>16</sup>

Het CBb concludeert derhalve dat, door de toepassing van de regeling klantentrouw en de testerskorting, CRV geen misbruik heeft gemaakt van haar economische machtspositie. Het CBb vernietigt zowel de aangevallen uitspraak van de Rechtbank Rotterdam alsmede het tweede besluit op bezwaar van de RvB NMa.

## Commentaar

### Inleiding

De NMa heeft de onderhavige zaak binnen slechts elf maanden na aanvang van het onderzoek ‘afgehandeld’.<sup>17</sup> Het lijkt erop dat de NMa in 2003 meende bij toeval een ‘standaardgeval’ van misbruikelijke kortingen te hebben aangetroffen in documenten die zij had verkregen in reeds lopende klachtprocedures tegen CRV die zagen op andere kwesties dan kortingen.<sup>18</sup> Wij kunnen anders niet verklaren dat de d-g NMa ambtshalve de zaak tegen de kortingsregelingen van CRV is gestart na het lezen van CR Delta Magazine van januari en september 2002.<sup>19</sup> Maar van een standaardgeval van misbruikelijke kortingen is na zeven jaar procederen niets meer overgebleven.

De zaak was met betrekking tot de kwantumkorting al in eerste instantie bij de rechtbank onderuit gegaan. In tweede instantie doorstaan de vaststellingen van de RvB NMa inzake de regeling klantentrouw en de testerskorting de rechterlijke toets door het CBb niet. De annotators in *M&M* van de rechtbankuitspraak wezen al op een discrepantie tussen enerzijds de economische benadering van de rechtbank ten aanzien van de kwantumkorting en anderzijds de formele overwegingen van de rechtbank ten aanzien van de regeling klantentrouw en de testerskorting.<sup>20</sup> Het CBb lost deze discrepantie op door ook een economische benadering te kiezen voor deze twee kortingsregelingen.

Naar onze mening roepen de overwegingen van het CBb ten aanzien van de regeling klantentrouw in de geannoteerde uitspraak twee samenhangende vragen op. Allereerst dringt zich de vraag op hoe de uitspraak zich verhoudt tot de rechtspraak van het Hof van Justitie, waarin getrouwheidskortingen van een dominante onderne-

13. Overweging 6.4.2 van de uitspraak van 7 oktober 2010.

14. Zie overwegingen 6.4.3 en 6.4.4 van de uitspraak van 7 oktober 2010.

15. Zie overwegingen 6.4.5 en 6.4.6 van de uitspraak van 7 oktober 2010.

16. Zie overwegingen 6.5.3 en 6.5.4 van de uitspraak van 7 oktober 2010.

17. De zaak ving aan met het stellen van vragen aan CRV op 14 februari 2003 (zie randnr. 3 van het besluit van 31 december 2003), terwijl het boetebesluit nog net het oliebollefeest van CRV heeft kunnen bederven (kennelijk op een zodanig laat tijdstip op 31 december 2003, dat het bijhorende NMa-persbericht pas op 7 januari 2004 kon worden uitgebracht).

18. Zie bijv. besluit d-g NMa van 28 maart 2003, zaak 1205, *FHRS/CR Delta*, besluit van d-g NMa van 19 juni 2003, zaak 3105, *Bezwaar Melkcontrole Nijland* en besluit van d-g NMa van 10 juli 2003, zaak 3104, *Bezwaar Vereniging F.H.-Veeras*.

19. Zie randnr. 1 van het besluit van 31 december 2003.

20. Zie noot van Kraanen-Balhaj en Speyart in *M&M* 2008/1, p. 13-18.

ming vrijwel automatisch als misbruikelijk lijken te worden gekwalificeerd. Ten tweede kan men zich afvragen of de ontwikkeling waarbij het CBB kiest voor een meer economische benadering van getrouwheidskortingen, wel of niet toegejuicht moet worden. Deze twee vragen zullen hierna aan de orde komen.

### De Europese rechtspraak over getrouwheidskortingen

De recht-toe recht-aan aanpak van de d-g NMa in december 2003 (en nadien de RvB NMa) in de fokstiersperma-zaak om getrouwheidskortingen zonder nadere analyse als misbruik te kwalificeren, leek aansluiting te vinden bij de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie en de toenmalige beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie om vergelijkbare kortingen, toegepast door dominante ondernemingen, als *per se* verboden te beschouwen.<sup>21</sup> Die praktijk werd *nota bene* enkele maanden voor de vaststelling van het primaire besluit geaccordeerd door het Gerecht van Eerste Aanleg in de intussen veel besproken *Michelin II*- en *British Airways*-zaken.

Inderdaad bevestigde het Gerecht in *Michelin II*<sup>22</sup> (september 2003) en in *British Airways*<sup>23</sup> (december 2003) de jurisprudentie van het Hof van Justitie in onder andere *Hoffmann-La Roche* dat een getrouwheidskorting die wordt toegekend door een dominante onderneming als tegenprestatie voor de toezegging van de klant om zich (bijna) uitsluitend bij de onderneming met een machtspositie te bevoorraden, misbruik oplevert. Niet aangetoond hoeft te worden dat het misbruik een concreet gevolg heeft gehad op de betrokken markten. Het volstaat om aan te tonen dat de als misbruik aangemerkte gedraging van de onderneming met een machtspositie ingaat tegen de mededinging. Of anders gezegd, dat de gedraging naar haar aard een beperking van de mededinging tot gevolg kan hebben. Indien is aangetoond dat het doel van een kortingsregeling het beperken van de mededinging is, zal die regeling ook een dergelijk gevolg kunnen hebben.<sup>24</sup>

In het licht van deze twee uitspraken zal de d-g NMa zich wellicht comfortabel hebben gevoeld bij het vaststellen van het onderhavige boetebesluit, in ieder geval wat betreft de regeling klantentrouw,<sup>25</sup> met name omdat

CRV het loyaliteitselement van de regeling klantentrouw niet wezenlijk ontkend had.<sup>26</sup>

### Naar een meer economische benadering van het begrip 'misbruik'

Na het vaststellen van het boetebesluit in 2003 hebben zich enkele belangrijke ontwikkelingen in het mededingingsrecht voorgedaan die genoemde recht-toe recht-aan aanpak in een ander daglicht hebben gezet.

Allereerst heeft in Nederland het CBB zijn inmiddels befaamde uitspraken gewezen, waaruit volgt dat de lat voor de RvB NMa zeer hoog ligt waar het gaat om de economische bewijslast voor het vaststellen van inbreuken op het mededingingsrecht.<sup>27</sup> Deze rechtspraak zag tot dusverre op de toepassing van het kartelverbod, maar voorspelbaar was dat het CBB ook een zware economische bewijslast zou gaan hanteren voor misbruik van machtspositiezaken.

Daarnaast is de Europese Commissie – eerst in haar *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses* uit 2005<sup>28</sup> en nadien in haar *Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie* uit 2009<sup>29</sup> (de *Richtsnoeren*) – een meer economische aanpak bij misbruikzaken gaan nastreven. Voor zover het gaat om kortingsystemen dient volgens paragrafen 40 en 41 van de *Richtsnoeren* gekeken te worden naar het afschermend effect daarvan. Voor de beoordeling van het getrouwheidsversterkende effect van een korting is

‘(...) niet gewoon het effect op de concurrentie om de laatste individuele eenheid te leveren [relevant], maar wel het afscherpende effect van het kortingsstelsel op de (daadwerkelijke of potentiële) concurrenten van de aanbieder met een machtspositie’.

‘Hoe hoger de korting als percentage van de totale prijs is en hoe hoger het plafond, des te groter is de stimulus onder de drempel en des te sterker is ook de te verwachten afscherming (...).’<sup>30</sup>

Voor de beantwoording van de vraag of sprake is van uitsluiting wordt volgens de *Richtsnoeren* onderzocht of het

21. Zie *Hoffmann-La Roche*, par. 90 en *Michelin I*, par. 105.  
22. Zie *Michelin II*. Besproken door T.R. Ottervanger, 'Korting als misbruik van machtspositie: Michelin II', *M&M* 2003/7-8, p. 228-231.  
23. GvEA 7 december 2003, zaak T-219/99, *British Airways*, *Jur.* 2003, p. II-5917, par. 293, besproken door H. Speyart in 'Michelin II & British Airways: wanneer zijn kwantumkortingen gebruikelijk?', *NTER* 2004/12, p. 337-343.  
24. Zie *Michelin II*, par. 240-244.  
25. In de meer recente uitspraak van het Gerecht van 9 september 2010, zaak T-155/06, *Tomra*, *Jur.* 2010, 00000, par. 241 en par. 286-290, lijkt het Gerecht (ondanks de hierna te bespreken *Richtsnoeren* van de Commissie) de *per se* benadering te bevestigen (beroep bij het Hof van Justitie ingesteld).

26. Randnr. 89 van het besluit van 31 december 2003. Ook al kan kwantiteit uiteraard geen maatstaf zijn voor kwaliteit, toch is opvallend dat het NMa-besluit in deze zaak wel heel summier was (35 pagina's) in vergelijking met Commissiebeschikkingen over abusievelijke kortingen (veelal boekwerken van meer dan 150 pagina's).  
27. Zie bijv. de uitspraak van 6 oktober 2008, AWB 06/667, *Psychotherapeuten*, de uitspraak van 7 december 2005, AWB 04/237 en 04/249, *Secon*, alsmede de uitspraak van 28 oktober 2005, AWB 04/794 en 04/829, *Modint*.  
28. Zie: [www.ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf](http://www.ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf).  
29. Mededeling van de Commissie van 9 februari 2009, Pb. EU 2009, C 45/02. Zie ook L. Gyselen, 'Richtsnoeren voor de handhavingsprioriteiten van de EG-Commissie bij de toepassing van artikel 82 EG-Verdrag. Een koerswijziging – maar hoe precies is het kompas afgesteld?', *M&M* 2009/3, p. 100-109.  
30. *Richtsnoeren*, par. 40.



(...) met de kortingsregeling mogelijk is de uitbreiding of de toetreding van even efficiënte concurrenten te verhinderen door het voor hen moeilijk te maken om een deel van de behoeften van de individuele afnemers te leveren.<sup>31</sup>

Indien een kortingsregeling ertoe zal leiden dat een even efficiënte concurrent producten moet verkopen beneden de gemiddelde vermijdbare kosten om zo de korting van de dominante onderneming te kunnen compenseren, dan is de regeling in staat om een even efficiënte concurrent buiten te sluiten.<sup>32</sup>

De eerste beschikking die de Commissie heeft vastgesteld na de publicatie van de Richtsnoeren is de *Intel*-beschikking van 13 mei 2009. In *Intel* stelt de Commissie voorop dat de door Intel toegepaste getrouwheidskortingen als misbruik van een machtspositie uit hoofde van het *Hoffmann-La Roche* arrest kunnen worden aangemerkt. Daarna past de Commissie niettemin het criterium van de even efficiënte concurrent toe, zoals neergelegd in de Richtsnoeren.<sup>33</sup> Dus ook al voert de Commissie een economische analyse uit, zij blijft zich in de eerste plaats baseren op de rechtspraak van het Hof van Justitie, zoals *Hoffmann-La Roche* waarin getrouwheidskortingen automatisch als misbruik worden aangemerkt.

#### Gedeeltelijke aansluiting bij de Richtsnoeren

In onderhavige zaak lijkt het CBb gedeeltelijk aansluiting te hebben gezocht bij de Richtsnoeren (ook al vermeldt het CBb de Richtsnoeren niet in zijn eigen overwegingen).<sup>34</sup> Inderdaad onderzoekt het CBb of de concurrenten van CRV de korting konden evenaren. Het CBb onderzoekt evenwel niet of deze concurrenten even efficiënt zijn, zoals bedoeld in de Richtsnoeren. Daarnaast acht het CBb relevant in hoeverre de regeling klantentrouw voor afnemers een bepalende factor was om fokstierensperma bij CRV af te nemen. Dat het CBb zich vrij voelt om op deze punten af te wijken van de Richtsnoeren, is onzes inziens niet problematisch. De Richtsnoeren vormen geen uitleg van het recht maar vormen slechts een leidraad voor de Commissie.<sup>35</sup> Bovendien is de doorslaggevende vraag in paragraaf 40 van de Richtsnoeren of een kortingssysteem een afschermend effect heeft op de concurrenten van de aanbieder met een machtspositie, wel beantwoord. Indien vaststaat dat een kortingsregeling geen bepalende factor is om een product van een dominante onderneming af te nemen, ontbreekt uiteraard ook een afschermend effect, zoals

bedoeld in de Richtsnoeren. Vanuit dit perspectief sluit de uitspraak van het CBb duidelijk aan bij de meer economische aanpak, die de Commissie voorstaat in haar de Richtsnoeren.

#### Hoe verhoudt de uitspraak van het CBb zich ten aanzien van de regeling klantentrouw tot de Europese rechtspraak inzake getrouwheidskortingen?

Terwijl uit de Europese rechtspraak volgt dat zonder nader onderzoek aangenomen kan worden dat een getrouwheidskorting van een dominante onderneming een mededingingsbeperkend gevolg kan hebben en derhalve misbruik oplevert, gaat het CBb anders te werk. Het CBb grijpt weliswaar terug naar bedoelde Europese rechtspraak waarin is bepaald dat het voor de vaststelling van misbruik volstaat om aan te tonen dat een gedraging van een dominante onderneming een beperking van de mededinging tot gevolg heeft of kan hebben, maar gaat daarbij in het onderhavige geval in op de door middel van een economisch rapport onderbouwde stelling van CRV dat de regeling klantentrouw geen beperking van de mededinging tot gevolg *kan* hebben gehad.<sup>36</sup> Het is precies op dit punt dat het CBb verder lijkt te gaan dan de Europese rechters tot dusver hebben gedaan bij hun oordeelsvorming over getrouwheidskortingen.

Het lijkt erop dat het CBb zelf ook geworsteld heeft met de vraag in hoeverre zijn aanpak in overeenstemming kan worden gebracht met de Europese jurisprudentie. Terwijl het CBb in 6.4.5 overweegt dat van belang is of 'de vraag of een regeling klantentrouw een beperking van de mededinging tot gevolg kan hebben' concludeert het in overweging 6.4.6 dat 'niet aannemelijk is dat de regeling een *merkbare* beperking van de mededinging tot gevolg heeft of kan hebben' (cursivering toegevoegd). Heeft het CBb met deze toevoeging van het woord 'merkbare' willen suggereren dat de regeling klantentrouw misschien wel een mededingingsbeperkend gevolg kan hebben, maar dat deze niet merkbaar is? Wij denken van niet en menen dat in dit geval aan het woord 'merkbare' in overweging 6.4.6 niet te veel gewicht dient te worden toegekend. Immers, in dezelfde lange volzin concludeert het CBb zonder enige verwijzing naar de merkbaarheid dat niet aannemelijk is gemaakt dat de regeling klantentrouw voor afnemers de keuze tussen verschillende leveranciers moeilijker of onmogelijk maakt en voor concurrenten de toetreding tot de markt moeilijker of onmogelijk maakt. Daarmee geeft het CBb naar onze mening duidelijk aan dat *ieder* mededingingsbeperkend gevolg kan worden uitgesloten. In ieder geval volgt uit de geannoteerde uitspraak dat het CBb een dominante onderneming de ruimte geeft te ontsnappen aan de aanname dat haar getrouwheidskortingen een mededingingsbeperkend gevolg kunnen hebben, terwijl de Europese jurisprudentie die ruimte op dit moment niet lijkt te geven. Hierbij dient wel opgemerkt te wor-

31. Richtsnoeren, par. 41.

32. Richtsnoeren, par. 44.

33. Zaak COMP/C-3/37.900, *Intel*, Commissiebeschikking van 13 mei 2009, overwegingen 1575 en 1760. Zie ook P.P.J. van Ginneken en H.H.P. Lugard, 'De Intel-Beschikking', *M&M* 2010/1, p. 34-41. De Commissie had ook al gekozen voor een dergelijke aanpak in de *Tomra*-beschikking, die het voorwerp was van GVEA 9 september 2010, zaak T-155/06, *Tomra*.

34. Wel volgt onder meer uit overwegingen 4.4 en 6.4.5 van de uitspraak van 7 oktober 2010 dat door partijen wel over de Richtsnoeren is gedebatteerd.

35. Zie par. 2 van de Richtsnoeren.

36. De d-g NMA had overigens reeds in zijn besluit van 31 december 2003 vastgesteld dat niet is gebleken dat de gehanteerde kortingen daadwerkelijk sterke negatieve effecten hebben gehad.

den dat de onderhavige situatie bijzonder was ten opzichte van de kortingszaken waarop de Europese jurisprudentie betrekking heeft, omdat CRV vanwege de intrekking van de regeling klantentrouw nooit daadwerkelijk kortingen heeft verstrekt. Bovendien lijkt het belang van de korting qua percentages (1 procent en 2 procent) en de absolute bedragen voor de afnemers wel zeer marginaal te zijn geweest in vergelijking met de financiële belangen die afnemers hadden bij kortingen waarop de Europese misbruikklachten zagen.

#### Parallel met de karteluitspraken van het CBb

Er bestaat een zekere parallelie tussen onderhavige zaak en uitspraken van het CBb over het kartelverbod. In diverse zaken oordeelde het CBb immers dat de RvB NMa ten onrechte niet had onderzocht of aannemelijk was dat zogenoemde strekkingsbeperkingen in de gegeven omstandigheden de mededinging wel konden beperken.<sup>37</sup> In het onderhavige geval stelt het CBb vast dat niet aannemelijk is gemaakt dat een getrouwheidskorting van een dominante onderneming, die normalerwijze geacht wordt misbruikelijk te zijn, inderdaad de mededinging kon beperken. De hoge lat die het CBb ophoudt voor de RvB NMa ten aanzien van de economische bewijslast in misbruikzaken lijkt weliswaar op gespannen voet te staan met de Europese rechtspraak, maar de aanpak van de CBb sluit wel aan bij zijn eigen jurisprudentie ten aanzien van het kartelverbod.

#### De testerskorting

Het CBb oordeelt dat de testerskorting qua toekenningscriteria en modaliteiten het karakter had van een factuurkorting, waar geen klantenbindende effecten van konden uitgaan.<sup>38</sup> Deze aanpak is in lijn met de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie.<sup>39</sup>

Opmerkelijk is wel de overweging van het CBb dat ‘van de testerskorting *zelf* geen druk uitgaat op veehouders om zich bij appelante te bevoorraden (...)’ (cursivering toegevoegd). De d-g NMa heeft in het besluit van 31 december 2003 uitsluitend zijn pijlen gericht op ‘testerskorting’ en niet op de voorwaarden (zoals de duur van de overeenkomst en een afnameverplichting) die de testovereenkomst oplegt aan een veehouder. De vraag of van die voorwaarden bindende en derhalve misbruikelijke effecten kunnen uitgaan, blijft dan ook onbeantwoord.

#### Afronding

In overeenstemming met de Europese jurisprudentie baseert het CBb zich op een aanname dat getrouwheidskortingen van een dominante onderneming in het algemeen een mededingingsbeperkend gevolg hebben of kunnen hebben. Wel geeft het CBb de dominante onderneming de ruimte om aan te tonen dat in specifieke omstandigheden zijn getrouwheidskortingen

– ondanks deze aanname – toch niet kunnen leiden tot potentiële uitsluitingseffecten, indien vaststaat dat zich geen daadwerkelijke mededingingsbeperkende gevolgen hebben voorgedaan. Naar onze mening valt deze aanpak van het CBb toe te juichen. Indien een dominante onderneming aannemelijk kan maken dat een kortingsregeling geen mededingingsbeperking tot gevolg heeft of kan hebben, mag er onzes inziens ook geen ruimte zijn voor sanctieoplegging wegens misbruik van een machtspositie. Wij zouden dan ook hopen dat in een vergelijkbaar geval de Europese Commissie tot een overeenkomstig resultaat zou komen.

37. Zie bijv. de uitspraak van 6 oktober 2008, AWB 06/667, *Psychotherapeuten*, de uitspraak van 7 december 2005, AWB 04/237 en 04/249, *Secon*, alsmede de uitspraak van 28 oktober 2005, AWB 04/794 en 04/829, *Modint*.

38. Overweging 6.5.3 van de uitspraak van 7 oktober 2010.

39. Zie *Michelin I*, par. 73 en *British Airways*, par. 67.