

Misbruik van een economische machtspositie

Oktober 2009

Misbruik van een economische machtspositie

De Mededingingswet stelt regels ten aanzien van:

- concurrentiebeperkende afspraken;
- misbruik van een economische machtspositie;
- concentraties van ondernemingen.

Deze brochure bevat een toelichting op het verbod op misbruik van een economische machtspositie

Aan de brochure kunnen geen rechten worden ontleend.

VOORWOORD

Concurrentie, ofwel mededinging, bevordert de dynamiek van de economie. Gedrag dat de werking van de vrije markt verhindert, beperkt of vervalst, verstoort deze dynamiek. De Mededingingswet geeft een impuls aan het bedrijfsleven doordat onderlinge concurrentie wordt gegarandeerd.

De Mededingingswet verbiedt bepaalde concurrentiebeperkende gedragingen. Op overtreding daarvan kan de NMa sancties opleggen. Deze brochure geeft een toelichting op één van de verbodsbepalingen uit de Mededingingswet, het verbod op misbruik van een economische machtspositie. Ook leest u hoe u een tip bij de NMa kunt indienen.

De Europese Commissie en de lidstaten waken al jaren over een eerlijke concurrentie op de Europese markt. De Mededingingswet past in het overheidsbeleid dat gericht is op versterking van de concurrentiekracht van de Nederlandse economie. De Nederlandse wetgeving sluit daarbij nauw aan bij de mededingingsregels in het EG-verdrag.

Er is een algemene brochure verkrijgbaar over de inhoud en achtergrond van de Mededingingswet en de praktische consequenties ervan: 'Mededingingswet'. De onderhavige brochure bevat specifieke informatie over de betekenis en strekking van het verbod op misbruik van een economische machtspositie.

1) De Mededingingswet

Wat verbiedt de Mededingingswet?

De Mededingingswet verbiedt:

- kartels (artikel 6);
- misbruik van een economische machtspositie (art 24);
- concentraties van ondernemingen zonder voorafgaande melding (art 27 en 34).

De Mededingingswet is alleen van toepassing als de bewuste gedraging, kort gezegd, een effect kan hebben op Nederlands grondgebied. Ondernemingen dienen er echter rekening mee te houden dat ook de Europese mededingingswetgeving van toepassing kan zijn op activiteiten op de Nederlandse markt.

In Nederland zijn ook de Europese mededingingsregels van toepassing. Vaak zijn gedragingen die in strijd zijn met de Mededingingswet tevens in strijd met de Europese mededingingsregels. De Nederlandse en Europese mededingingsregels zijn nagenoeg gelijklopend. Als een gedraging in strijd is met zowel de Mededingingswet als het Europese mededingingsregels dan kan de Europese Commissie als handhaver optreden in plaats van de NMa. Dat hoeft echter niet. De NMa heeft ook de bevoegdheid de Europese mededingingsregels toe te passen in Nederland.

Een onderneming die de Mededingingswet overtreedt kan daarvoor beboet worden. Ook kan de NMa in dat geval persoonlijke boetes opleggen aan bepaalde personen die bij de ondernemingsgedraging betrokken zijn geweest.

Voor wie geldt de Mededingingswet?

De Mededingingswet geldt voor alle ondernemingen en verenigingen van ondernemers (zoals brancheverenigingen) die actief zijn op de Nederlandse markt. De Mededingingswet is in beginsel op alle sectoren van de economie van toepassing. Bepalend voor het van toepassing zijn van de Mededingingswet is dat economische activiteiten worden uitgevoerd. Vrije beroepsbeoefenaren zijn ook ondernemingen.

Overheidsinstellingen kunnen soms ook ondernemingen zijn. Op de website staat een themadossier overheid. Hierin wordt uiteengezet in welke gevallen u niet en in welke gevallen u mogelijk wel bij de NMa terecht kunt met klachten over het beperken van de mededinging door de overheid.

De NMa kan ook persoonlijke boetes opleggen aan natuurlijke personen die betrokken zijn of waren bij een ondernemingsgedraging die in strijd is met de Mededingingswet. Het moet dan gaan om mensen die zijn aan te merken als zogenaamde “feitelijk leidinggever” of “opdrachtgever” met betrekking tot de ondernemingsgedraging.

Van “opdracht geven” kan sprake zijn als de persoon aan een ander persoon een uitdrukkelijke opdracht geeft om de ondernemingsgedraging te verrichten.

Van “feitelijk leidinggeven” kan sprake zijn als de persoon maatregelen achterwege laat ter voorkoming van de ondernemingsgedraging, hoewel de persoon daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden was, en daarmee

bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de ondernemingsgedraging zich zal voordoen, zodat hij de gedraging opzettelijke bevordert.¹

Wie handhaaft de Mededingingswet?

Het toezicht op naleving van de Mededingingswet en de uitvoering van de taken die uit de wet voortvloeien zijn opgedragen aan de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa). Indien u als bedrijf of als consument hinder ondervindt van ondernemingen die de Mededingingswet overtreden, dan kunt u een klacht indienen bij de NMa. In hoofdstuk 4 leest u hier meer over.

Daarnaast kunt u bij vermeende overtredingen van de Mededingingswet de civiele rechter inschakelen, bijvoorbeeld door middel van het instellen van een actie uit onrechtmatige daad. Bij een actie uit onrechtmatige daad kan schadevergoeding worden geëist. De civiele rechter is namelijk ook bevoegd om de Mededingingswet toe te passen.

¹ Deze definitie volg uit de zogenaamde Slavenburg arresten van de Hoge Raad, HR 19-11-1985, NJ 1986, 129 en 16-12-1986, NJ 1987, 321.

2) Een economische machtspositie

Een onderneming met een economische machtspositie is in staat zich in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen ten opzichte van haar concurrenten, leveranciers, afnemers of de eindgebruikers. Daarom gelden voor zo'n onderneming strengere regels dan voor een onderneming zonder economische machtspositie. Het hebben van een economische machtspositie is niet verboden. In de Mededingingswet staat dat ondernemingen met zo'n positie geen misbruik mogen maken.

Wanneer heeft een onderneming een economische machtspositie?

Als eerste stap moet worden vastgesteld om welke markt het gaat. Een markt is het gebied waarbinnen de concurrentie tussen aanbieders van gelijkwaardige producten plaatsvindt. Iedere markt wordt dus bepaald door het geografische gebied en door het soort product. Zowel de relevante geografische markt als de relevante productmarkt moeten daarom worden afgebakend.

De relevante productmarkt bestaat uit alle goederen en/of diensten die – op grond van hun kenmerken, prijzen en het gebruik waarvoor zij zijn bestemd – door de afnemer als onderling verwisselbaar of substitueerbaar worden beschouwd.

De relevante geografische markt is het gebied waarbinnen ondernemingen goederen en/of diensten vragen en aanbieden, waarbinnen de concurrentievoorwaarden gelijkwaardig zijn én duidelijk afwijken van die van aangrenzende gebieden. De relevante markt moet ten minste gedeeltelijk in Nederland liggen, anders zijn de Nederlandse mededingingsregels niet van toepassing. Van iedere onderneming kan zo worden bepaald op welke markt(en) zij actief is. Bijvoorbeeld: de markt voor levensverzekeringen in Nederland of de markt voor bakkerijproducten op Schiermonnikoog.

Als de relevante markt eenmaal is afgebakend, dan moet als tweede stap worden nagegaan of de onderneming of ondernemingen in kwestie op die relevante markt een economische machtspositie innemen. De marktstructuur is daarbij met name van belang. Het ontbreken van een economische machtspositie kan vaak worden afgeleid uit een klein marktaandeel. Als echter blijkt dat een onderneming op de relevante markt een marktaandeel heeft van meer dan 50 procent, kan er sprake zijn van een economische machtspositie. Ook bij een kleiner marktaandeel (van bijvoorbeeld 40%) kan dit soms het geval zijn.

Behalve naar marktaandeel dient echter ook naar andere factoren te worden gekeken. Een machtspositie kan namelijk niet direct worden afgeleid uit het marktaandeel.

Voorbeelden van dergelijke factoren:

- de marktpositie van bestaande concurrenten;
- de (on)mogelijkheden voor nieuwe bedrijven om tot de markt toe te treden of voor bestaande concurrenten om hun activiteiten op de markt uit te breiden;
- de positie van afnemers op de markt;
- de omvang en de financiële slagkracht van de betreffende onderneming.

Concentratietoezicht

Misbruik van een economische machtspositie heeft altijd betrekking op het gedrag van ondernemingen. Wijzigingen in de structuur van ondernemingen die daarmee tot een wijziging in de structuur van de markt leiden, zoals door fusies, overnames of de vorming van joint ventures, kunnen ook leiden tot het vormen of versterken van een economische machtspositie. Hierop is het in de Mededingingswet opgenomen concentratietoezicht van toepassing. Over het onderwerp concentratietoezicht is een aparte brochure beschikbaar.

2) Misbruik maken

Misbruik van een economische machtspositie

Het hebben van een economische machtspositie vormt op zichzelf geen probleem en is dan ook niet verboden. De Mededingingswet wordt pas overtreden als een onderneming haar machtspositie misbruikt.

Voorbeelden van misbruik geeft de Mededingingswet niet. Wel worden in de praktijk van de toepassing van het misbruikartikel twee vormen van misbruik onderscheiden. De eerste vorm kan worden getypeerd als uitbuiting. Dit zijn gedragingen waarbij de economische machtspositie wordt gebruikt om voordelen te behalen die in normale marktomstandigheden niet behaald zouden kunnen worden.

De tweede vorm van misbruik is uitsluiting. Hierbij versterkt de onderneming haar eigen positie verder door die van haar (efficiënte) concurrenten op een oneigenlijke manier te verzwakken of toetreding te bemoeilijken.

Voorbeelden van mogelijke misbruikelijke gedragingen zijn:

- het rechtstreeks of indirect opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke voorwaarden (bijvoorbeeld te hoge, te lage of discriminerende prijzen);
- het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van gebruikers (bijvoorbeeld leveringsweigering);
- het ten opzichte van concurrenten toepassen van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, waardoor zij nadeel ondervinden bij de mededinging (bijvoorbeeld prijsdiscriminatie);
- het feit dat het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden van bijkomende prestaties, die naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten (koppelverkoop);
- het geven van getrouwheidskortingen.

Handhavingsprioriteiten van de Europese Commissie

In februari 2009 heeft de Europese Commissie een Mededeling vastgesteld met Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie. In dit document worden de handhavingsprioriteiten van de Commissie beschreven voor het misbruikverbod in het Europese mededingingsrecht. De NMa onderschrijft de door de Commissie als doel van het mededingingsbeleid aangegeven bescherming van het concurrentieproces ter voorkoming van schade aan de consument, alsmede het streven naar een meer effectgerichte in plaats van vormgerichte benaderingswijze bij het toepassen van het misbruikverbod.

Essentiële faciliteit

Van misbruik kan ook sprake zijn als een onderneming met een economische machtspositie op de ene markt deze positie gebruikt om de concurrentie op een andere (afgeleide) markt te beperken of te verhinderen. Dit geldt temeer als die onderneming zelf ook actief is op die (afgeleide) markt. Denk bijvoorbeeld aan voorheen beschermde nuts- en/of netwerksectoren, zoals elektriciteit en gas. In dergelijke sectoren kunnen concurrenten voor toetreding tot de markt afhankelijk zijn van het verkrijgen van toegang tot een bepaalde infrastructurele voorziening om hun diensten aan te kunnen bieden, de zogenaamde essentiële faciliteit. Dit is een faciliteit of infrastructuur die essentieel is voor concurrenten om hun bedrijf uit te kunnen oefenen en/of hun klanten te bereiken en die niet kan worden vervangen door enig redelijk alternatief. Een weigering om toegang te verlenen tot zo'n essentiële faciliteit of het opleggen van onbillijke of discriminatoire toegangsvoorwaarden kan misbruik opleveren als daardoor de concurrentie op een aangrenzende markt wordt verhinderd.

Misbruik van vraagmacht

Niet alleen gedragingen van aanbieders van goederen of diensten jegens hun afnemers kunnen misbruik opleveren. Er kan ook misbruik zijn bij gedragingen van afnemers als zij een economische machtspositie hebben ten opzichte van de aanbieder(s) op een markt. Dit wordt misbruik van vraagmacht genoemd.

3) Taken van algemeen economisch belang

Misbruik van een economische machtspositie is in beginsel ook verboden voor ondernemingen die door de overheid zijn belast met een taak van algemeen economisch belang. Wanneer dit verbod de onderneming echter belemmert in de uitoefening van zo'n taak, kan deze de NMa verzoeken het verbod niet van toepassing te verklaren.

De NMa gaat dan na of het verbod inderdaad een behoorlijke taakvervulling in de weg staat. Als dat zo is, kan de NMa beslissen dat het verbod niet geldt voor bepaalde gedragingen van deze onderneming. Het gaat dan natuurlijk om die gedragingen die noodzakelijk zijn voor het uitoefenen van de taak van algemeen economisch belang.

Een onderneming die is belast met een taak van algemeen economisch belang krijgt, in het kader van haar taakvervulling, van de overheid de opdracht om de afname van producten door bepaalde groepen van consumenten te bevorderen. Een manier om dit te bereiken is het toepassen van prijsdiscriminatie. Prijsdiscriminatie door een onderneming met een economische machtspositie houdt echter misbruik van die positie in. De onderneming die is belast met een taak van algemeen economisch belang kan toestemming vragen aan de NMa voor het toepassen van prijsdiscriminatie. De NMa zal bij de beoordeling van het verzoek bekijken of het toepassen van prijsdiscriminatie inderdaad noodzakelijk is voor een goede uitoefening van de aan de onderneming opgedragen taak.

4) Handhaving van de wet

De NMa kan optreden tegen overtreding van de Mededingingswet. Zo kan de NMa een boete en een last onder dwangsom opleggen. Boetes kunnen oplopen tot maximaal 10 procent van de totale netto jaaromzet van de onderneming.

Op 1 oktober 2009 zijn nieuwe beleidsregels² van het Ministerie van Economische Zaken in werking getreden. De belangrijkste wijzigingen zijn:

1) Voor zeer zware overtredingen wordt een toeslag op de basisboete geïntroduceerd.

Dit gebeurt om ondernemingen ervan te weerhouden überhaupt dergelijke overtredingen te begaan. Deze toeslag bedraagt ten hoogste 25 procent van de betrokken omzet in het laatste volledige jaar dat de onderneming heeft deelgenomen aan de overtreding.

2) Het maximum van de 'ernstfactor' ('E') is verhoogd van 3 naar 5. Dit is een vermenigvuldigingsfactor die wordt toegepast op de basisboete en rekening houdt met de ernst van de overtreding. De verruiming van de ernstfactor geldt voor alle overtredingen van de Mededingingswet en de energiewetten.

3) In geval van recidive wordt de basisboete verdubbeld, tenzij dit gezien de omstandigheden van het geval evident onredelijk zou zijn.

De besluiten van de NMa zijn openbaar en worden gepubliceerd op de website.

Tegen beslissingen van de NMa kan bezwaar worden aangetekend bij de NMa. Vervolgens kan tegen de beslissing op bezwaar beroep worden ingesteld bij de rechtbank te Rotterdam. Ook kunnen partijen de NMa verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de Rechtbank Rotterdam.

Hoger beroep wordt ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

Tips, signalen, klachten

De NMa onderzoekt klachten van derden die last hebben van concurrentievervalsing door mogelijke overtreders van het kartelverbod. Signalen van ondernemingen en elders uit de maatschappij over specifieke situaties zijn van groot belang voor de effectiviteit van de NMa. Maar, er komen bij de NMa meer tips en klachten binnen. Daarom kunnen wij niet alles onderzoeken. Of een melding uitmondt in concrete actie van de NMa kan de NMa niet zeggen.

Besluitaanvraag

Indien u echter een besluit wenst van de NMa, kunt u een besluitaanvraag indienen. Belanghebbenden kunnen namelijk een formele klacht indienen bij de NMa. Dit heet een besluitaanvraag. Voor de NMa maakt het in principe geen verschil of u een klacht/tip/signaal of een besluitaanvraag indient. Het enige verschil is dat de NMa verplicht is om naar aanleiding van een besluitaanvraag een besluit te nemen. Dat betekent overigens niet

² Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de NMa 2009

automatisch dat de NMa naar aanleiding van een besluitaanvraag een onderzoek zal starten. Maar u hoort dan wel van de NMa wat er met uw klacht gaat gebeuren.

Hoe kan ik een tip of klacht indienen als ondernemer?

Als u een klacht/tip/signaal wilt indienen, kunt u op verschillende manieren contact opnemen met de NMa Informatielijn voor ondernemers:

- **Internet:** U kunt gebruik maken van het formulier op de NMa-website (www.nmanet.nl). U klikt in de rechterkolom op 'Tip ons'.
- **E-mail:** U kunt een e-mail sturen aan info@nmanet.nl.
- **Telefoon:** U kunt de NMa Informatielijn bereiken via tel. 0800-0231 885 (vanuit het buitenland +31 70 330 1306) Als u anoniem wilt blijven, geef dit dan aan het begin van het gesprek aan.
- Daarnaast is het mogelijk om via het landelijk "meldpunt M" om op anonieme basis een misdaad te melden. Het nummer van "meldpunt M" is 0800-7000 en zeven dagen per week bereikbaar.
- **Brief:** U kunt de NMa een brief sturen. Het postadres van de NMa vind u aan het eind van deze brochure.

De NMa informatielijn kan geen specifieke situaties beoordelen, maar geeft algemene informatie over de Mededingingswet en is het aanspreekpunt voor het indienen van tips en signalen. Alle informatie die binnenkomt wordt geregistreerd en kan door de NMa gebruikt worden.

Ondernemingen die de status van "belanghebbende" hebben en die een besluitaanvraag willen indienen, dienen hiervoor gebruik te maken van het "formulier besluitaanvraag". U kunt hier meer over lezen in de brochure 'Klachten, tips, signalen en besluitaanvragen'.

U kunt met uw klacht tevens terecht bij de civiele rechter.

Hoe kan ik een tip of klacht indienen als consument?

Indien u als consument een tip wil geven, kunt u terecht bij [ConsuWijzer](http://www.consuwijzer.nl). Dit is het gezamenlijke loket van de NMa, Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) en de Consumentenautoriteit. De contactgegevens van Consuwijzer zijn:

- **Telefoon:** 088 - 070 70 70. Bereikbaar van maandag tot en met vrijdag van 8.30 tot 17.30 uur (nationaal tarief).
- **E-mail:** info@consuwijzer.nl
- **Brief:**
ConsuWijzer
Postbus 1031
2260 BA Leidschendam

5) Algemene informatie

De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) houdt toezicht op de naleving van de Mededingingswet en geeft uitvoering aan de taken die uit deze wet voortvloeien. Deze brochure geeft een beknopte toelichting op de Mededingingswet. Aan de brochure zelf kunnen geen rechten worden ontleend.

Voor algemene informatie over de Mededingingswet en het indienen van tips en signalen kunt u:

- als ondernemer contact opnemen met de NMa Informatielijn:
telefoon 0800-0231 885 (maandag t/m vrijdag van 9.00 tot 17.00 uur)
e-mail: info@nmanet.nl
- de website bezoeken: www.nmanet.nl
- als consument contact opnemen met ConsuWijzer via 0880707070 of www.consuwijzer.nl.

De NMa informatielijn kan geen specifieke situaties beoordelen, maar geeft algemene informatie over de Mededingingswet en is het aanspreekpunt voor het indienen van tips en signalen. Alle informatie die binnenkomt wordt geregistreerd en kan door de NMa gebruikt worden.

Alle brochures en formulieren kunt u downloaden van de website van de NMa. Daar vindt u ook de volledige wetstekst van de Mededingingswet.

Indien u klachten heeft over de wijze waarop de NMa haar werk uitvoert, kunt u dit melden aan de klachtenfunctionaris van de NMa. In het besluit 'Klachtenfunctionaris NMa', dat gebaseerd is op de Algemene wet bestuursrecht, staat beschreven hoe u een klacht kunt indienen. U vindt het besluit onder andere op de website van de NMa. Schriftelijk ingediende klachten kunt u richten aan:

Klachtenfunctionaris NMa
Postbus 16326
2500 BH Den Haag

NMa
Postbus 16326
2500 BH Den Haag

Bezoekadres: Muzenstraat 81
2511 WB Den Haag
T 070 330 33 30
F (070) 330 33 70
E info@nmanet.nl

www.nmanet.nl