

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 2872-33

Betreft zaak: Beldico v. Nutricia & Friesche Vlag

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit op het bezwaar van Beldico S.A. tegen zijn besluit van 11 oktober 2002.

I. Verloop van de procedure

1. Bij e-mail van 11 januari 2002 heeft Beldico S.A. (hierna: Beldico) een klacht ingediend bij de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: d-g NMa) tegen Nutricia Nederland B.V. (hierna: Nutricia) en Friesche Vlag wegens vermeende schending van artikel 6 en/of artikel 24 van de Mededingingswet (hierna: Mw). Gelet op hetgeen in randnummer 8 wordt overwogen, moet de klacht van Beldico, voor zover betrekking hebbend op Friesche Vlag, worden geacht tot Friesland Nutrition te zijn gericht.
2. Bij besluit van 11 oktober 2002 heeft de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: d-g NMa) de klacht afgewezen.
3. Bij brief van 18 november 2002, ingekomen 20 november 2002, heeft Beldico tijdig bezwaar aangetekend.
4. Op 25 maart 2003 heeft een hoorzitting plaatsgevonden ten kantore van de NMa. Beldico heeft aldaar haar standpunten herhaald en toegelicht. Nutricia en Friesland Nutrition hebben schriftelijk afgezien van het recht te worden gehoord. Van de hoorzitting is een verslag gemaakt, dat op 23 april 2003 aan de betrokkenen is toegezonden.
5. Op 13 november 2003 heeft Beldico telefonisch verzocht de uitspraak van de rechtbank Den Haag van 12 november 2003 (KG 03/ 1190) inzake beschikbaarstelling door KPN van gratis internet aan onderwijsinstellingen bij de beoordeling te betrekken.

II. Betrokken partijen

6. Beldico is een naamloze vennootschap naar Belgisch recht en is gevestigd te Marche-en-Famenne (België). Beldico is fabrikant van onder meer spenen en *disposable* kunststof zuigelingenflessen.
7. Nutricia is een besloten vennootschap naar Nederlands recht en is gevestigd te Zoetermeer. Zij is een 100% dochtermaatschappij van Koninklijke Numico N.V. Koninklijke Numico N.V. is een naamloze vennootschap naar Nederlands recht, gevestigd te Zoetermeer, en is een beursgenoteerde onderneming. Nutricia is actief op het gebied van de marketing, verkoop en distributie van baby- en kindervoeding en klinische voeding.
8. Friesland Nutrition is een *business unit* van Friesland Consumer Products en is gevestigd te Leeuwarden. Friesland Consumer Products is een werkmaatschappij van Friesland Coberco Dairy Foods B.V. Friesland Coberco Dairy Foods B.V. is een besloten vennootschap naar Nederlands recht, statutair gevestigd te Meppel, en een 100% dochtermaatschappij van Friesland Coberco Dairy Foods Holding N.V. Friesland Coberco Dairy Foods Holding N.V. is een naamloze vennootschap naar Nederlands recht, gevestigd te Meppel, met als enig aandeelhouder Zuivelcoöperatie De Zeven Provinciën U.A. Friesland Nutrition houdt zich bezig met de ontwikkeling, productie en marketing van onder meer baby- en kindervoeding. Friesche Vlag, evenals Friesland Nutrition een *business unit* van Friesland Consumer Products, produceert diverse zuivelproducten, maar geen baby- en kindervoeding.

III. De klacht

9. Beldico stelt dat Friesland Nutrition en Nutricia glazen, steriele, met water of voeding gevulde zuigelingenflessen¹ tegen ongeveer de kostprijs of – via een achteraf te verrekenen korting – onder de kostprijs aan ziekenhuizen in Nederland leveren. Tevens worden (bijbehorende) spenen voor een luttel bedrag geleverd. Op deze wijze maken beklagden, aldus Beldico, reclame voor hun producten. Klager merkt dit, gegeven de monopoliepositie van beide ondernemingen, aan als oneerlijke concurrentie. Het genoemde gedrag van Friesland Nutrition en Nutricia vindt alleen in Nederland plaats en heeft daar het gevolg, aldus Beldico, dat zij haar ongevulde, van kunststof vervaardigde zuigelingenflessen niet, of althans niet in de door haar gewenste mate, aan ziekenhuizen kan leveren.

¹ Genoemde flessen zijn te gebruiken voor het opvangen van moedermelk en het klaarmaken van zuigelingenvoeding.

IV. Het bestreden besluit en het bezwaar

10. Bij besluit van 11 oktober 2002 heeft de d-g NMa aannemelijk geacht dat de relevante productmarkt de markt voor *disposable* flessen is. De relevante geografische markt werd in ieder geval niet kleiner geacht dan Nederland, daar de concurrentievoorwaarden voor *disposable* flessen in heel Nederland dezelfde zijn. Op deze relevante markt hebben de beklagde partijen geen economische machtspositie. Van misbruik van een economische machtspositie kan daarom geen sprake zijn, aldus het oordeel in genoemd besluit.
11. In bezwaar voert Beldico, voor zover hier van belang, aan dat Nutricia en Friesland Nutrition tegen een zeer lage prijs of onder de kostprijs glazen flessen en spenen leveren aan Nederlandse ziekenhuizen, gevuld met kant en klare voeding voor zuigelingen van nul tot zes maanden, dan wel gevuld met water. Deze leveranties geschieden op basis van jaarcontracten. De prijs voor de verkoop van kant en klare zuigelingenvoeding in flessen aan ziekenhuizen ligt in Nederland 80% lager dan in omliggende landen, aldus Beldico.
12. Aldus trachten Nutricia en Friesland Nutrition hun machtspositie op de Nederlandse ziekenhuismarkt te bestendigen. De bedoeling van Nutricia en Friesland Nutrition is dat de zuigelingen die hun voeding in het ziekenhuis krijgen hetzelfde merk ook buiten het ziekenhuis blijven gebruiken. Met dat doel zetten beklagden daarom hun merknaam duidelijk op hun producten. Door deze gang van zaken is het voor Beldico met haar lege wegwerpflessen en spenen moeilijk concurreren op de Nederlandse ziekenhuismarkt.

V. Beoordeling van het bezwaar

13. Voor de goede orde constateert de d-g NMa dat in de klacht niet wordt gesproken over een mogelijke overeenkomst dan wel afstemming tussen Nutricia en Friesland Nutrition met betrekking tot de (voorwaarden voor) levering van flessen en spenen voor zuigelingenvoeding aan ziekenhuizen in Nederland en dat daarvan ook overigens niets is gebleken. Terecht is de klacht in het bestreden besluit derhalve niet beoordeeld op grond van artikel 6, eerste lid, Mw, maar op grond van artikel 24, eerste lid, Mw.
14. Artikel 24, eerste lid, Mw luidt: “*Het is ondernemingen verboden misbruik te maken van een economische machtspositie*”. Blijkens de Memorie van Toelichting bij de Mededingingswet zijn de voorbeelden van misbruik genoemd in artikel 82 EG eveneens te beschouwen als voorbeelden van misbruik in de zin van artikel 24 Mw.²

² *Kamerstukken II, 1995/96, 24 707, nr. 3, p.71 (MvT).*

15. De bezwaren van Beldico zijn met name gericht op heroverweging van de beoordeling in het bestreden besluit van de betrokken markt(en) en marktverhoudingen. Hetgeen daarover door Beldico naar voren is gebracht, noopt de d-g NMa evenwel niet tot het herroepen van zijn conclusie dat Nutricia en Friesland Nutrition geen misbruik maken van een machtspositie in de zin van artikel 24, eerste lid, Mw.
16. De d-g NMa overweegt daarbij dat het voor de uitkomst van de mededingingsrechtelijke beoordeling geen verschil maakt, of kunststof flessen en glazen flessen voor zuigelingenvoeding tot één en dezelfde productmarkt moeten worden gerekend,³ of al dan niet een afzonderlijke markt voor leveringen aan ziekenhuizen moet worden onderscheiden⁴ en hoe deze markt of markten geografisch moeten worden afgebakend.⁵
17. Onomstreden is dat Nutricia en Friesland Nutrition zelf geen aanbieders zijn van steriele kunststof wegwerpflessen zoals geproduceerd door Beldico. Nutricia en Friesland Nutrition zijn wellicht wel als aanbieders van glazen flessen en bijpassende spenen te beschouwen, maar dan alleen als nevenactiviteit. De desbetreffende flessen en spenen dienen uitsluitend als verpakkings- en promotiemateriaal bij het aanbieden van zuigelingenvoeding aan ziekenhuizen. Deze praktijken bestaan volgens Beldico al 25 jaar.⁶ Nutricia en Friesland Nutrition produceren deze glazen flessen en spenen niet zelf, maar kopen deze in van onafhankelijke producenten.
18. Kennelijk is er geen sprake van dat Nutricia of Friesland Nutrition het aanbieden van glazen flessen en spenen als doel op zich zien of erop uit zijn de fabrikanten daarvan en fabrikanten van eventuele substituut-producten (zoals Beldico) op hun gebied concurrentie aan te doen, of deze producenten zelfs te verdringen.⁷ In zoverre onderscheidt het onderhavige geval zich duidelijk van de situatie die in de arresten van het Gerecht van Eerste Aanleg en het Hof van Justitie van de EG inzake Tetra Pak aan de orde was, waarin de betrokken onderneming op basis van een machtspositie op de ene markt, haar positie op een andere, doch nauw

³ Enerzijds stelt Beldico dat haar wegwerpflessen volkomen substitueerbaar zijn met die welke Nutricia en Friesland Nutrition gebruiken (verslag van de hoorzitting van 25 maart 2003, p. 2); anderzijds lijkt de voorkeur van laatstgenoemde ondernemingen voor glazen flessen te zijn ingegeven door een betere houdbaarheid van de daarin aanwezige voeding.

⁴ De klacht van Beldico richt zich niet op gedragingen van Nutricia en Friesland Nutrition op de 'consumentenmarkt' voor flessen en spenen voor zuigelingenvoeding.

⁵ Beldico zelf is behalve in Nederland nog actief in onder meer België, Frankrijk en Duitsland.

⁶ Verslag van de hoorzitting van 25 maart 2003, p. 2.

⁷ Het door Beldico aangevoerde verdringingseffect wordt overigens sterk gerelativeerd door haar verklaring dat zij inmiddels aan 40 van 110 Nederlandse ziekenhuizen haar wegwerpflessen levert; verslag van de hoorzitting van 25 maart 2003, p. 2 en 3.

gerelateerde markt trachtte te versterken.⁸ Tevens onderscheidt de situatie zich in dit opzicht van die waarover de rechtbank Den Haag op 12 november 2003 in kort geding uitspraak deed. De eisers in die zaak waren actief op de markt voor breedband internettoegang en stonden als zodanig in *directe* concurrentie met KPN.

19. Daarenboven zijn Nutricia en Friesland Nutrition, zolang zij de door hen als verpakkings- en promotiemateriaal gebruikte flessen en spenen niet zelf produceren, afhankelijk van toeleveranciers die in staat moeten worden geacht hun producten ook direct aan ziekenhuizen en andere (groot-)afnemers van zuigelingenvoeding te leveren. Deze afhankelijkheid vermindert niet door het feit dat Nutricia en Friesland Nutrition de flessen en spenen onder de inkoopprijs doorleveren (of zelfs praktisch cadeau doen) in combinatie met de (rendabele) afzet van zuigelingenvoeding. In de huidige marktverhoudingen en zonder aanzienlijke investeringen is het voor Nutricia en Friesland Nutrition daarom objectief gezien niet mogelijk een machtspositie op de markt voor flessen en spenen voor zuigelingenvoeding – ongeacht de nadere afbakening daarvan – in te nemen of te verwerven.⁹ In navolging van de Europese jurisprudentie definieert artikel 1, onder i, Mw het begrip economische machtspositie immers als “een positie van een of meer ondernemingen die hen in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan te verhinderen door hun de mogelijkheid te geven zich in belangrijke mate onafhankelijk van hun concurrenten, hun leveranciers, hun afnemers of de eindgebruikers te gedragen.”
20. De vraag die Beldico ten slotte in bezwaar nader aan de orde heeft gesteld, is of Nutricia en/of Friesland Nutrition misbruik maken van een (eventueel: gezamenlijke) machtspositie op de markt voor *zuigelingenvoeding* in Nederland. Uit openbare bron blijkt dat Nutricia op deze markt een aandeel van 60% heeft en Friesland Nutrition van ongeveer 32%.¹⁰ Mogelijk is, zoals Beldico stelt, hun aandeel in de leveranties aan Nederlandse ziekenhuizen nog omvangrijker.

⁸ GvEA 6 oktober 1994, zaak T-83/91 Tetra Pak International t. Commissie, Jur. 1994 II-755 en HvJEG 14 november 1996, zaak C-333/94P, Tetra Pak International t. Commissie, Jur. 1996 I-5951. Het Hof formuleerde hier als stelregel, dat “bij onderscheiden, doch met elkaar in verband staande markten, zoals in het onderhavige geval, slechts bijzondere omstandigheden [kunnen] rechtvaardigen dat artikel 86 [thans artikel 82 EG] wordt toegepast op een gedraging die is vastgesteld op de verbonden, niet gedomineerde markt, die effecten heeft op deze markt zelf” (r.o. 27).

⁹ Van belang hierbij is tevens dat Nutricia en Friesland Nutrition kennelijk al 25 jaar lang nalaten de markt voor (glazen) flessen en spenen te annexeren, aangenomen dat zij daar toe financieel in staat zouden zijn.

¹⁰ Bron: Het Financieele Dagblad 7 april 2003.

21. Nog afgezien van het feit dat Beldico op haar beurt niet op deze markt actief is, ziet de d-g NMa in hetgeen door Beldico is aangevoerd geen aanleiding om een nader onderzoek in te stellen naar gedragingen van Nutricia en Friesland Nutrition op de markt voor zuigelingenvoeding.
22. Ten eerste is niet aanstonds duidelijk of de markt voor zuigelingenvoeding – aangenomen dat hiermee een correct afgebakende relevante productmarkt kan worden aangeduid – wel tot Nederland beperkt is, nu op deze markt verschillende wereldwijd opererende concerns opereren en als gevolg van een Europese richtlijn dezelfde kwaliteitsnormen van kracht zijn voor de gehele Europese Unie.¹¹ Daarmee staat geenszins vast dat Nutricia en/of Friesland Nutrition op de in aanmerking te nemen geografische markt een machtspositie hebben.
23. Ten tweede, indien er al van een afzonderlijke Nederlandse markt voor zuigelingenvoeding sprake zou zijn, is het niet aannemelijk dat als gevolg van de betreffende (permanente) promotieactie sprake is van toepassing van buitensporig lage prijzen voor zuigelingenvoeding (*predatory pricing*), waarmee de betrokken ondernemingen hun positie op de markt voor zuigelingenvoeding zodanig kunnen versterken dat zij in een later stadium hun prijzen boven het bij mededinging passende niveau kunnen verhogen. Zolang dit niet het geval is, moeten de verleende kortingen op meegeleverde flessen en spenen veeleer worden gezien als een gevolg van werkzame concurrentie in het voordeel van de betrokken afnemers, de ziekenhuizen, en kunnen zij niet als misbruik in de zin van artikel 24, eerste lid, Mw worden gekwalificeerd.

VI. Conclusie

24. Gelet op het bovenstaande kan, ongeacht de invalshoek die bij de mededingingsrechtelijke beoordeling wordt gekozen, geen sprake zijn van misbruik van een machtspositie als bedoeld in artikel 24, eerste lid, Mw.
25. De d-g NMa blijft bij zijn oordeel in het besluit van 11 oktober 2002 dat het verzoek van Beldico tot optreden op grond van de Mededingingswet tegen Nutricia en Friesche Vlag (in feite: Friesland Nutrition) dient te worden afgewezen. Het bezwaar van Beldico dient ongegrond verklaard te worden.

¹¹ Richtlijn 91/321/EEG van de Commissie van 14 mei 1991 inzake volledige zuigelingenvoeding en opvolgzuigelingenvoeding, Pb. 1991, nr. L 175, p. 35.

Openbaar

BESLUIT

De directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit verklaart het bezwaar van Beldico S.A. gericht tegen zijn besluit van 11 oktober 2002 ongegrond.

Datum: 26 januari 2004

w.g. Mr. P. Kalbfleisch

Directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd beroepschrift indienen bij de arrondissementsrechtbank te Rotterdam, sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam.