

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 2498-106

Betreft zaak: Tango

**Beschikking van de directeur-generaal van de Nederlandse
Mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 62, eerste lid, van de
Mededingingswet inzake:**

Zaak 2498, Sparu B.V., Vermeulen Neerboscheweg B.V., Vermeulen St. Anna
B.V., B.V. Benzine Exploitatie Maatschappij en Texaco Nederland B.V.

I. Procedure

1. Bij brief van 20 april 2000 heeft Tango C.V., (hierna Tango) een klacht ingediend bij de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: d-g NMa) tegen Sparu B.V. (hierna: Sparu), Vermeulen Neerboscheweg B.V. (hierna: VN), Vermeulen St. Anna B.V. (hierna: VA) en B.V. Benzine Exploitatie Maatschappij (hierna: BEM) wegens schending van artikel 6 van de Mededingingswet (hierna: Mw), omdat deze ondernemingen afspraken hebben gemaakt over de hoogte van kortingen die zij voor benzine, diesel en lpg willen hanteren. Deze afspraken, aldus Tango in haar klacht, hebben tot doel de mededinging op de markt voor de verkoop van benzine te beperken door Tango als nieuwe toetreders van de markt te drukken.
2. Tevens heeft Tango de d-g NMa verzocht Sparu, VN, VA en BEM een boete als bedoeld in artikel 56, eerste lid, aanhef en onder a Mw, op te leggen.
3. Naar aanleiding hiervan heeft de d-g NMa een onderzoek als bedoeld in artikel 1, eerste lid, aanhef en onder k, Mw verricht, ten einde vast te stellen of Sparu, VN, VA, BEM en Texaco Nederland B.V. (hierna: Texaco) een overtreding als bedoeld in artikel 56, eerste lid, Mw hebben begaan.

4. Na afloop van dit onderzoek heeft de d-g NMa op 14 mei 2001 een rapport als bedoeld in artikel 59, eerste lid, Mw, doen opmaken (hierna: het rapport), dat op 14 mei 2001 is toegezonden aan Sparu, VN, VA, BEM, Texaco en Tango.
5. Gelet op het bepaalde in artikel 60, eerste lid, Mw hebben Sparu op 6 september 2001, VN en VA op 7 september 2001 en Texaco op 7 september 2001 schriftelijk hun zienswijzen naar voren gebracht omtrent het bovengenoemde rapport.
6. Gelet op het bepaalde in artikel 60, eerste lid, Mw, hebben Sparu, VN, VA, Tango en Texaco (mede namens BEM, aldus de ter hoorzitting overgelegde pleitnota) op 14 september 2001 ten kantore van de Nederlandse Mededingingsautoriteit tevens mondeling zienswijzen naar voren gebracht omtrent het bovengenoemde rapport.
7. Van deze hoorzitting is ingevolge artikel 61, tweede lid, Mw, een verslag gemaakt dat naar de betrokken partijen is verzonden.

II. Rapport van 14 mei 2001

8. Tango exploiteert sinds 28 maart 2000 een benzinestation te Nijmegen. Het betreft een onbemand self service-benzinestation dat zich beperkt tot de verkoop van motorbrandstoffen. Tango heeft aangegeven dat zij, mede door de lagere kosten die aan de exploitatie van een dergelijk station zijn verbonden, in staat is om benzine en diesel tegen lagere prijzen dan haar concurrenten aan te bieden.
9. In het rapport is aangegeven dat Tango zich erover heeft beklagd dat vier Texaco dealers, die zijn gevestigd in haar directe nabijheid in Nijmegen, afspraken hebben gemaakt over het gedurende een bepaalde periode hanteren van dezelfde kortingen op de prijs van benzine, diesel en lpg. Tango wijst hierbij op een advertentie in het regionale dagblad "De Gelderlander" (geplaatst in de editie van 15 april 2000 en 18 april 2000), waarin wordt aangekondigd dat deze dealers van 15 april 2000 tot en met 22 april 2000 een korting zullen geven van 30 cent per liter op benzine en diesel en 20 cent per liter op lpg. Deze afspraken hebben volgens Tango tot doel de mededinging op de markt voor de verkoop van benzine en diesel te beperken door Tango als nieuwe toetreders van de markt te drukken.
10. Texaco is actief als leverancier van motorbrandstoffen en als verhuurder van benzinestations die haar eigendom zijn. Ook exploiteert zij verschillende benzinestations. VN, VA en Sparu zijn zogeheten CoDo stations.¹ BEM is een zogeheten CoCo-station.² Texaco, BEM, VN, VA en Sparu zijn ondernemingen in de zin van artikel 1, aanhef en onder f, Mw.

¹ De afkorting CoDo staat voor Company owned/Dealer operated. Dit zijn benzinestations, waarvan de leverancier van motorbrandstoffen, in dit geval Texaco, eigenaar is. Texaco heeft met de

11. In het rapport wordt verder gesteld dat de exploitanten van VN, VA, en Sparu tezamen met een vertegenwoordiger van Texaco/ BEM tijdens een gezamenlijke bijeenkomst de komst van Tango hebben besproken, waarvan de gezamenlijke afspraak om kortingen op brandstoffen te hanteren in de periode van 15 april 2000 tot en met 22 april 2000 het gevolg is geweest. Deze afspraak is tot uiting gekomen in genoemde advertentie in het regionale dagblad "De Gelderlander". De kortingsactie is geïnitieerd en gecoördineerd door Texaco. VN, VA, Sparu en BEM hebben de in bovengenoemde advertenties vermelde kortingen in de periode van 15 april 2000 tot en met 22 april 2000 feitelijk gehanteerd. Texaco heeft, zo wordt in het rapport vermeld, de kortingen op de literprijs voor benzine, diesel en lpg in die week geheel voor haar rekening genomen.
12. Ook na 22 april 2000 is, aldus het rapport, sprake van het gelijktijdig aanbieden van dezelfde kortingen door laatstgenoemde ondernemingen, hetgeen door Texaco is geïnitieerd en gecoördineerd. Het gelijktijdig hanteren van dezelfde kortingen heeft tot en met 17 juli 2000 geduurd. In het rapport wordt vermeld dat Sparu vanaf 6 mei 2000 afweek van de gezamenlijk te hanteren kortingen, maar wel tegelijkertijd met de andere ondernemingen haar kortingen aanpaste. In de periode 23 april 2000 tot en met 17 juli 2000 nam Texaco door middel van het zogeheten margebijdragesysteem³ het grootste deel van de kortingen voor haar rekening.
13. In het rapport wordt verder aangegeven dat het volumeverloop van door Tango verkochte brandstoffen vanaf de openingsdatum een progressief stijgende tendens vertoonde. Vanaf 15 april 2000 is dit volume sterk gedaald, waarna het eerst op 22 mei 2000 weer op het niveau van voor 15 april lag. Een en ander heeft ertoe geleid dat Tango zowel schade heeft geleden waar het betreft het afgezette volume aan motorbrandstoffen als waar het betreft haar marge op het verkochte volume aan motorbrandstoffen.
14. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, aldus het rapport, vormen overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen concurrenten met betrekking tot kortingen, indirect middelen om prijzen vast te stellen of te reguleren.

exploitanten van deze benzinestations afzonderlijke exploitatie-overeenkomsten gesloten, waarbij deze exploitanten (dealers) zelf ondernemersrisico dragen. Daarnaast hebben deze exploitanten exclusieve leveringsovereenkomsten voor motorbrandstoffen met Texaco gesloten.

² De afkorting CoCo staat voor company owned/company operated. Veelal wordt een dergelijk station 'gerund' door een speciaal voor dit doel opgerichte exploitatiemaatschappij, zoals in het onderhavige geval BEM, die een 100%-dochter van Texaco is. Ook hier is sprake van een exclusieve leveringsovereenkomst voor motorbrandstoffen met Texaco.

³ Zie randnummer 52 t/m 55 van het rapport.

Dergelijke afspraken dienen te worden aangemerkt als verboden prijsafspraken.

15. Conclusie van het rapport luidt dat er vanaf 15 april 2000 tot 17 juli 2000 sprake is geweest van een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen Sparu, VA, VN en Texaco in de zin van artikel 1, sub e en/of h, Mw, met betrekking tot het geven van kortingen op motorbrandstoffen, hetgeen een inbreuk op artikel 6 Mw oplevert. Prijsafspraken zijn in strijd met het kartelverbod. Dit geldt temeer voor het gedrag van VN, VA, Sparu, Texaco en BEM nu als gevolg daarvan de toetreding van Tango tot de markt voor de verkoop van motorbrandstoffen in de "agglomeratie Nijmegen", het gebied over een afstand van 10 kilometer over de openbare weg rondom Tango, wordt belemmerd, hetgeen ook het doel is van deze partijen. Texaco heeft een leidinggevende rol gespeeld ten aanzien van de overtreding, aangezien zij het initiatief voor de kortingsactie heeft genomen en deze heeft gecoördineerd.

III. In het dossier opgenomen verklaringen

Bespreking komst Tango

16. In het dossier bevinden zich verschillende verklaringen waarop het rapport is gebaseerd en waarin wordt ingegaan op de wijze waarop door vertegenwoordigers van een aantal benzinestations in de regio Nijmegen de vestiging van Tango binnen die regio is besproken. Relevant zijn in dit verband met name de volgende verklaringen:

Mulder, bedrijfsleider van Sparu:

"(..) Ik weet mij nog te herinneren dat op zo'n meeting Tango ter sprake is gekomen. Daar is van gedachten gewisseld dat Tango ons 1 à 2% omzet zou kunnen kosten. (..)

Van de bijeenkomst waarop de komst van Tango is aangehaald overhandig ik u de notulen en ook van de vergadering daarna. Op die notulen staat abusievelijk vermeld de datum 23-3-2000. (..)

*U ziet hier niets over Tango vermeld staan, omdat het maar een randgesprek geweest is."*⁴

Van Gool, directeur van de besloten vennootschap Van Gool Beheer BV:

"(..) Met Texacopompen in de regio hebben wij regelmatig overleg, alwaar over van alles met betrekking tot de bedrijfsuitoefening wordt gesproken, zoals acties die gevoerd worden op het gebied van reclames en speciale aanbiedingen, de zogenaamde Texaco klantenacties.

Ik ben volgens mij op 23 maart 2000 op zo'n bijeenkomst geweest in restaurant Oriënt Plaza te Nijmegen. (..) Ik herinner mij dat hier zijdelings over de komst van Tango is gesproken, maar niet meer dan in de trant van er komt een nieuw benzinestation.

⁴ Zie stuk 1893/93. De verklaring dateert van 28 maart 2001 en is ondertekend op 3 april 2001.

*Er heeft geen gesprek plaatsgevonden over acties tegen Tango. (...)*⁵

Vermeulen, directeur van VN en VA:

"(...) Vooraf hebben wij als Texacopomphouders onderling overleg gehad hoe te handelen bij de vestiging van Tango. (...) Dit overleg is gevoerd in ons normale overleg dat wij als pomphouders hebben.

*(...) In de regiovergaderingen is besproken hoe te handelen bij de komst van Tango. (...)*⁶

Bespreking gezamenlijke actie tegen Tango

17. Ook bevinden zich in het dossier enkele verklaringen waarin wordt ingegaan op de wijze waarop door vertegenwoordigers van een aantal benzinestations in de regio Nijmegen de gezamenlijke actie tegen Tango is besproken. Relevant zijn met name de volgende verklaringen.

Vermeulen, directeur van VN en VA:

*"(...) In de regiovergaderingen is besproken hoe te handelen bij de komst Tango. In eerste instantie was sprake van kortingen volgens het normale margebijdragesysteem. Met name ik zag dit niet zo zitten. Texaco wilde toch iets ondernemen en heeft toen de kosten van deze actie op zich genomen. Dit zal niet in de notulen staan, want het was geen agendapunt en dit is zijdelings besproken, maar het was wel een item. (...)*⁷

Mulder, bedrijfsleider van Sparu:

"(...) [vertrouwelijk] van Texaco gaf mij door dat er in de week van 15 april 2000 een actie zou worden gehouden met korting op de brandstofprijzen bij enkele pompen in Nijmegen en omgeving.

Daar heb ik eerder aan u over verteld. De dag voor de actie, een vrijdag, kreeg ik dat dus van [vertrouwelijk] van Texaco door. Er zou een advertentie worden geplaatst en die is dus betaald door Texaco.

De actie zou dus worden gehouden bij meerdere pompen. Wie de andere pompen zouden zijn wist ik niet, dat heeft [vertrouwelijk] niet verteld. Maar ik kon dat natuurlijk wel op mijn vingers natellen, dat is een kwestie van logisch nadenken. Maar ik las pas in de advertentie die in De Gelderlander stond wie de andere pompen waren waar korting werd geboden.

Nogmaals, de actie is door Texaco geïnitieerd er is door mij echt geen contact geweest met de pomphouders die mee gingen doen aan die zogenaamde actieweek en die in de

⁵ Texaco heeft een contractuele relatie met dit station in de vorm van een leveringscontract. In het kader van het onderzoek heeft Van Gool desgevraagd verklaringen afgelegd, welke in het dossier zijn opgenomen. Zie stuk 1893/92. De verklaring dateert van 28 maart 2001 en is ondertekend op 6 april 2001.

⁶ Zie stuk 1893/81. De verklaring dateert van 9 maart 2001 en is ondertekend op 9 maart 2001.

⁷ Zie eerder genoemd stuk 1893/81.

*advertentie stonden vermeld. (...)*⁸

Mulder, bedrijfsleider van Sparu:

"(...) Wij hebben wel aan de 30 cent actie meegedaan. De actie uit de krant.

Wij als dealers vonden dat wij niets moesten doen, maar Texaco vond kennelijk anders en gaf ons het dringende advies mee te doen aan de actie.

De actie is mij telefonisch medegedeeld.

*Het is nooit een vergaderpunt geweest. (...)*⁹

Vermeulen, directeur van VN en VA:

"(...) De actie is verder gedragen door Texaco. (...) De regiomanager [vertrouwelijk] is teruggekomen bij ons met de actie en dat de Texacopompen in de regio meedoen. Als braaf soldaat volg je de maatschappij, want je wilt ze niet tegen krijgen. Over de advertentie over deze actie kan ik zeggen dat alleen de CoDo en CoCo pompen zijn vermeld, maar dat de andere Texacostations ook meededen. Ook zij hadden de 30 cent korting, maar hoe dat gefinancierd is door Texaco weet ik niet. (...)

*De actieweek is bedoeld om een klap uit te delen aan Tango. (...)*¹⁰

Van Gool, directeur van de besloten vennootschap Van Gool Beheer BV:

*"(...) Gelet op de advertentie toentertijd in de krant, speculeer ik dat er tussen de stations wel overleg geweest moet zijn, want anders kan zo'n advertentie toch niet tot stand komen."*¹¹

Voorzetting gedragingen na de actieweek

18. In het dossier bevinden zich verschillende verklaringen, waarin wordt ingegaan op de wijze waarop verschillende vertegenwoordigers van benzinstations in de regio Nijmegen de gezamenlijke actie hebben voortgezet. Relevant zijn met name de volgende verklaringen.

Vermeulen, directeur van VN en VA:

"(...) Na de actieweek is door Texaco [vertrouwelijk] medegedeeld dat de prijzen weer in stappen naar een acceptabel niveau zouden gaan. (...)

Er is toen wel door Texaco een beleid bepaald dat wij in de buurt van Tango moeten blijven met de prijzen.

*Volgens mij zijn alle Texacopompen in de regio in dezelfde stappen de prijzen omhoog gaan doen. [vertrouwelijk] kwam hiermee en ik denk dat alle Texacopompen in de regio dit hebben gevolgd. (...)*¹²

⁸ Zie stuk 1893/76. De verklaring dateert van 7 maart 2001 en is ondertekend op 7 maart 2001.

⁹ Zie eerder genoemd stuk 1893/93.

¹⁰ Zie eerder genoemd stuk 1893/81.

¹¹ Zie eerder genoemd stuk 1893/92.

¹² Zie eerder genoemd stuk 1893/81.

Mulder, bedrijfsleider van Sparu:

"(..) Na de betreffende actieweek zijn de kortingen op advies van de vertegenwoordigers van Texaco Nederland B.V. teruggebracht naar 15 cent per liter voor benzines, 12 cent voor diesel en 10 cent voor lpg. (..) "¹³

Vermeulen, directeur van VN en VA:

*"(..) De actie heeft een week geduurd. Aan het eind van de actieweek heeft **[vertrouwelijk]** van Texaco doorgegeven dat wij, de pompen waar de actie werd gehouden, niet ineens na de actieweek de prijzen konden terugbrengen naar het niveau van voor de actie. (..) "¹⁴*

Mulder, bedrijfsleider van Sparu:

*"(..) Na de actieweek is er door **[vertrouwelijk]** gezegd dat de prijzen terug moesten, maar niet direct naar het niveau van voor de actie. Maar het gebeurde wel met een forse stap, bijvoorbeeld 15 cent op super. Ook dit werd weer geïnitieerd door Texaco, **[vertrouwelijk]** (..) "¹⁵*

IV. _____ Zienswijzen partijen

19. Zakelijk weergegeven luiden hun zienswijzen, zoals schriftelijk uiteengezet en ter hoorzitting toegelicht dan wel aangevuld, als volgt.

Texaco

20. Volgens Texaco heeft de NMa de door eigenaren of directeurs van relatief kleine ondernemingen afgelegde verklaringen oneigenlijk gebruikt. Deze verklaringen zijn onjuist geparafraseerd en leveren geen bewijs voor de gestelde feiten. Ook ontbreken in het dossier ten onrechte bepaalde stukken.
21. Er is volgens Texaco geen bewijs voor het bestaan van een overeenkomst of onderlinge afgestemde feitelijke gedragingen tussen VN, VA, Sparu en BEM met betrekking tot het hanteren van identieke kortingen. Texaco heeft daar in ieder geval nooit aan deelgenomen.

¹³ Zie eerder genoemd stuk 1893/67.

¹⁴ Zie stuk 1893/68. De verklaring dateert van 11 augustus 2000 en is ondertekend op 18 oktober 2000.

¹⁵ Zie eerder genoemd stuk 1893/76.

22. Bovendien had deze gestelde overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedragingen volgens Texaco niet tot doel of gevolg dat de mededinging merkbaar werd beperkt, hetgeen wordt onderstreept door het ingebrachte economische rapport van Lexecon Ltd (hierna: het Lexecon-rapport).¹⁶ In dit verband wordt gewezen op het feit dat de NMa ten onrechte heeft nagelaten een adequate beschrijving te geven van de relevante markt. De NMa heeft overigens ook onvoldoende onderzoek verricht. Ook kan de toelaatbaarheid van een (gezamenlijke) prijsverlaging alleen aan de orde komen in het kader van een onderzoek naar een handelen in strijd met artikel 24 Mw.
23. Texaco heeft in de periode van 23 april tot en met 17 juli 2000 aan de betrokken dealers adviesprijzen doorgegeven en hen op geen enkele wijze (in)direct gedwongen deze adviezen op te volgen. In zoverre is, zo stelt Texaco, evenmin sprake van een overtreding.
24. Daarnaast is er volgens Texaco, zo er al sprake zou zijn van het bestaan van een overeenkomst, sprake van verticale overeenkomsten tussen Texaco enerzijds en VN, VA en Sparu anderzijds.
25. Ook vraagt Texaco zich af waarom de d-g NMa ondernemingen wenst te bestraffen, die hun prijzen verlagen.
26. Aangezien er in dit geval geen sprake is van een ernstige overtreding van het mededingingsrecht is er geen grond Texaco een (hoge) boete op te leggen.

Sparu

27. De door Mulder, bedrijfsleider van Sparu, afgelegde verklaringen, zijn volgens Sparu onjuist geïnterpreteerd. Ook ontbreken in het dossier ten onrechte bepaalde stukken.
28. De NMa beschikt volgens Sparu over onvoldoende bewijzen voor het bestaan van de door haar gestelde overeenkomst dan wel onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Texaco heeft Sparu advies gegeven haar prijzen te verlagen en Sparu heeft over de kortingsactie op geen enkele manier contact gehad met de andere in de bewuste advertentie genoemde exploitanten.
29. Bovendien is er volgens Sparu geen sprake van een gedraging die de mededinging merkbaar heeft beperkt.

VN en VA

¹⁶ Het ook in het Nederlands vertaalde rapport heet voluit: "Entry and price competition among Nijmegen gasoline stations, Lexecon for Texaco Nederland B.V.-august 2001."

30. Ter onderbouwing van de vermeende afspraak worden de door ambtenaren van de NMa op schrift gestelde verklaringen van Vermeulen, directeur van VN en VA, opgevoerd. Vermeulen voelt zich, zo stellen VN en VA, misleid en meent dat hem veel van zijn formuleringen in de mond zijn gelegd. Derhalve dienen de verklaringen met het nodige voorbehoud te worden gelezen. Ook ontbreken in het dossier ten onrechte bepaalde stukken.
31. Vermeulen heeft als directeur van VN en VA de kortingsactie zelfstandig bepaald. Zij zijn niet gebaseerd op een afspraak of feitelijke afstemming tussen concurrenten.
32. Daarnaast is er geen sprake van een merkbaar mededingingsbeperkend effect.

Tango

33. Volgens Tango is er duidelijk sprake van een overeenkomst tussen de exploitanten. De wilsovereenstemming blijkt uit de gezamenlijke advertentie, de verklaringen van Vermeulen en het feit dat partijen de kortingsactie keurig hebben uitgevoerd.

V. Onbetwiste feiten

34. Bij de hierna volgende beoordeling gaat de d-g NMa in ieder geval uit van de volgende feiten welke door partijen niet zijn weersproken.
35. De exploitanten van Texaco-stations in de regio Nijmegen voeren in gezamenlijke bijeenkomsten regelmatig overleg over de bedrijfsvoering van hun pompstations.¹⁷ Een van die bijeenkomsten vond plaats op 23 maart 2000 in restaurant "Oriënt Plaza" te Nijmegen (hierna ook te noemen: de regiomeeting).¹⁸ Blijkens de notulen van de regiomeeting¹⁹ waren onder andere Vermeulen (namens VN en VA), Mulder (namens Sparu), **[vertrouwelijk]** (namens Texaco/BEM) en Van Gool (namens de besloten vennootschap "Autobedrijf van Gool B.V.") aanwezig.
36. Op 15 april 2000 en op 18 april 2000 is een advertentie in het regionale dagblad "De Gelderlander" (De Gelderlander) verschenen met de volgende tekst:

¹⁷ Onder meer randnummer 57 van het rapport en de eerder genoemde stukken 1893/81, 1893/92, 1893/93, 1893/100 alsmede stuk 2498/74, p.3 (zienswijze van Sparu BV van 6 september 2001), stuk 2498/75, p.4 (zienswijze Vermeulen, directeur van VN en VA van 7 september 2001), en stuk 2498/83 (de pleitnotitie van Texaco).

¹⁸ Onder meer randnummer 58 van het rapport en de eerder genoemde stukken 1893/92, 1893/93, stuk 2498/73, randnummers 22 en 23 (zienswijze van Texaco van 7 september 2001) en stuk 2498/84, p.1 (pleitnotitie van Sparu BV).

¹⁹ Bijlage bij eerder genoemd stuk 1893/93.

“Van zaterdag 15 april tot en met 22 april zullen de Texaco Service Stations Annastraat, Nijmegen, Neerbosscheweg, Nijmegen, Wijchenseweg, Nijmegen²⁰ & Randweg Noord, Wijchen²¹ Onze kwaliteitsbrandstoffen aanbieden met een korting van 30 ct/ltr op benzines en diesel en 20 ct/ltr op LPG. (...)”

37. Texaco heeft het initiatief tot de kortingsactie genomen, deze gecoördineerd en de kosten voor de gezamenlijke advertentie geheel voor haar rekening genomen. Eveneens heeft zij de door VN, VA en Sparu verleende kortingen in de actieweek geheel voor haar rekening genomen.²² Ook staat vast dat de in de advertentie genoemde stations de daarin genoemde kortingen daadwerkelijk hebben gehanteerd.
38. Tevens is vast komen te staan dat de betrokken benzinestations tijdens de actieweek een substantieel grotere omzet hebben gehad in vergelijking met de omzetten van de weken voorafgaand aan de actieweek.
39. Ook na 22 april 2000 zijn door de betrokken stations kortingen verleend. Texaco heeft vanaf 23 april 2000 tot en met 17 juli 2000 via het margebijdragesysteem het grootste deel van deze kortingen voor haar rekening genomen.²³
40. Verder staat vast dat VN, VA en BEM vanaf 23 april 2000 tot 17 juli 2000 dezelfde kortingen hanteerden, zij het dat - aldus de zienswijzen van Texaco - VN en VA, en BEM op 4, 5 en 15 mei 2000 verschillende prijzen hanteerden voor euro respectievelijk euro en diesel. Sparu hanteerde tot en met 5 mei 2000 dezelfde kortingen als VN, VA en BEM en paste vanaf 6 mei 2000 nagenoeg tegelijkertijd met VN, VA en Sparu haar kortingen aan, doch deze weken iets af van de door VN, VA en BEM gehanteerde kortingen.²⁴
41. Ten slotte staat vast dat de prijzen van VN, VA, Sparu en BEM na 17 juli 2000 regelmatig onderling afwijken.²⁵

VI. Beoordeling

²⁰ BEM is aan de Wijchenseweg Nijmegen gevestigd.

²¹ Sparu is aan de Randweg Noord-Wijchen gevestigd.

²² Onder meer eerder genoemde stukken 1893/67, 1893/68, 1893/81, 2498/75 (zienswijze VN en VA) en 2498/74 (zienswijze Sparu). De exploitanten konden benzine en diesel met genoemde korting aanbieden, terwijl hun winstmarge per liter verkochte benzine en diesel dezelfde bleef.

²³ Dit blijkt uit eerder genoemde stukken 1893/67 en 1893/68. Zie ook randnummer 65 van het rapport.

²⁴ Aldus randnummer 62 van het rapport alsmede de daarbij behorende bijlage II, figuur 1 en 2.

²⁵ Aldus randnummer 82 van het rapport.

(i) Procedurele aspecten

A. Ontbreken van stukken

42. VN, VA, Sparu en Texaco hebben er in hun zienswijzen op gewezen dat het dossier in eerste instantie ten onrechte bepaalde stukken niet bevatte. Het betreft hier door ambtenaren van de NMa opgenomen verklaringen van Mulder (stuk 1893/93) en van Van Gool (stuk 1893/92). Deze omissie is reeds vóór het plaatsvinden van de hoorzitting hersteld en partijen hebben alsnog kennis kunnen nemen van deze stukken, voor zover zij daarover al niet de beschikking hadden. Gelet hierop zijn partijen door deze handelswijze niet in hun belangen geschaad.

B. Gebruik van verklaringen

43. VN, VA, Sparu en Texaco hebben in verschillende bewoordingen aangevoerd dat de afgelegde verklaringen oneigenlijk zijn gebruikt en derhalve niet kunnen dienen als onderbouwing van de beoordeling door de d-g NMa in de onderhavige zaak. Meer in het bijzonder zijn partijen van oordeel dat de ondervraagden woorden in de mond zijn gelegd.
44. De d-g NMa deelt dit standpunt niet. Ter hoorzitting heeft een ambtenaar van de directie Concurrentietoezicht van de NMa, die belast is met onderzoekstaken en die betrokken was bij het onderzoek dat aan het opstellen van het onderliggende rapport is vooraf gegaan, de wijze van het opnemen van verklaringen alsmede hetgeen daarna gebeurt, als volgt uiteengezet. Alvorens van iemand een verklaring af te nemen, leggen de betrokken NMa ambtenaren in de eerste plaats uit wie zij zijn, wat voor een instantie de NMa is en waaruit haar takenpakket bestaat. Ook wordt uiteengezet wat de Mededingingswet inhoudt. Hierbij wordt rekening gehouden met de veronderstelde kennis van de Mededingingswet bij degene van wie een verklaring wordt gevraagd. Zo zal een 'leek' op het gebied van het mededingingsrecht een grondigere uiteenzetting krijgen dan een advocaat of een bedrijfsjurist. Vervolgens geven zij aan - al dan niet in algemene termen - met welk onderzoek zij bezig zijn, in het kader waarvan zij enkele vragen willen stellen. Bij een redelijk vermoeden als bedoeld in artikel 53 Mw wordt de cautie gegeven. In beginsel zijn twee ambtenaren aanwezig bij het opnemen van de verklaringen om misinterpretatie te voorkomen. Antwoorden worden, - voor zover mogelijk - ter plaatse opgemaakt in concept, waarna de tekst in delen wordt gerecapituleerd met degene die zojuist een verklaring heeft afgelegd, waarbij laatstgenoemde kan aangeven of hij het eens is met de gebezigde formulering. Verslagen, met daarin zowel belastende als niet-belastende elementen, worden zoveel mogelijk in eigen bewoordingen weergegeven. Indien ter plekke vervolgens een uitdraai kan worden gemaakt van de aldus opgemaakte concept-verklaringen, dan krijgt degene van wie zojuist een verklaring is opgemaakt, de gelegenheid deze nog eens goed door te lezen, waarna hem wordt verzocht deze te ondertekenen. In andere gevallen wordt de verklaring ten kantore van de NMa in concept opgemaakt. Dit wordt degene wie het aangaat toegestuurd, met de vraag of hij het, al dan niet gecorrigeerd, ondertekend kan terugsturen. Daarna wordt een zogeheten "Verslag van

verrichte ambtshandelingen” opgemaakt, waarin wordt vastgelegd welke ambtenaar wanneer op welke plaats is geweest en wie precies is gehoord. Aan dit verslag worden de uiteindelijke verklaringen al dan niet met de aanvullingen van betrokken partijen toegevoegd, inclusief de door betreffende ambtenaren opgemaakte concepten.

45. Niet gebleken is dat het afnemen van verklaringen in deze zaak niet volgens de hiervoor omschreven methode heeft plaatsgevonden. Er bestaat geen enkele aanwijzing dat de betrokken NMa ambtenaren de ondervraagden woorden in de mond zouden hebben gelegd. Gezien de geldende procedure, de ervaring van de betrokken ambtenaren en de gehanteerde zorgvuldigheid kan de d-g NMa uitgaan van het deugdelijke karakter van bedoelde verklaringen en hieraan in de onderhavige zaak bewijs ontlenu. Bij Vermeulen en Mulder, die verscheidene keren met onderzoeksambtenaren hebben gesproken, is bij het afnemen van elke verklaring steeds de cautie gegeven. Niet is gebleken dat de gehanteerde methode rechtens onjuist of ondeugdelijk zou zijn.
46. Gelet hierop ziet de d-g NMa niet in waarom van de in dit dossier afgelegde en ondertekende verklaringen niet zou mogen worden uitgegaan. Hieraan doet niet af, dat partijen door hun gestelde ontoereikende kennis van de Mededingingswet niet konden begrijpen dat de opgestelde verklaringen in juridisch opzicht voor hen belastend zouden kunnen zijn en dat zij deze verklaringen wellicht niet dan wel in andere bewoordingen zouden hebben afgelegd wanneer aan hen rechtskundige bijstand zou zijn verleend. Voorts dient opgemerkt te worden dat de NMa tijdens een onderzoek niet is gehouden mede te delen welke gedragingen onwettig zijn of welke gevolgen de voortzetting van de gedragingen zal hebben.

(ii) Materiële beoordeling

C. Inleiding

47. Ingevolge artikel 6, eerste lid, Mw, zijn verboden, voor zover hier van belang, overeenkomsten tussen ondernemingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.
48. Blijkens hoofdstuk 3 van de Memorie van Toelichting op de Mededingingswet sluit artikel 6 Mw zoveel mogelijk aan bij artikel 81, eerste lid, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (hierna: EG). Ten aanzien van de toepasselijkheid van het verbod van artikel 6 Mw dient derhalve ook in het onderhavige geval aansluiting te worden gezocht bij de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie (hierna: de Commissie) en de jurisprudentie van het Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen (hierna: het GvEA) en het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: het HvJ).

D. Onderneming

49. Texaco, haar dochteronderneming BEM, VN, VA en Sparu zijn aan te merken als ondernemingen in de zin van artikel 1, eerste lid, aanhef en onder f, Mw. Gesteld noch gebleken is dat deze kwalificatie onjuist zou zijn.

E. De relatie tussen Texaco en BEM

50. Zoals Texaco ter hoorzitting heeft bevestigd, is Texaco enig aandeelhouder van BEM, een zogeheten CoCo-station.²⁶ Eveneens heeft Texaco ter hoorzitting bevestigd dat BEM onder meer actief is op het gebied van het aanbieden van motorbrandstoffen, waarmee Texaco als moedermaatschappij ook actief is op deze markt. Weliswaar heeft Texaco ter hoorzitting aangegeven dat BEM binnen Texaco onderdeel uitmaakt van een andere organisatorische eenheid, niet is gebleken dat BEM, althans in deze zaak, zelfstandig en onafhankelijk van Texaco heeft gehandeld. Uit de door Texaco op 9 juni 2000 beantwoorde vragen van de NMa stelt Texaco immers dat *“het initiatief voor B.V. BEM (“BEM”) om de prijsverlaging door te voeren is genomen door de 100% moeder van BEM, Texaco Nederland B.V. (‘Texaco’).”*²⁷ Wanneer, zoals in casu, de dochtermaatschappij volgens instructies handelt die haar al dan niet rechtstreeks worden gegeven door de moedermaatschappij die haar in beginsel voor 100% kan controleren, is de dochtermaatschappij niet in staat haar marktgedrag werkelijk zelfstandig te bepalen. Texaco en BEM vormen derhalve een economische eenheid. Het feit dat BEM een afzonderlijke rechtspersoon is doet hier niet aan af. Het gaat immers niet om de formele scheiding tussen vennootschappen maar om de eenheid van marktgedrag van de moedermaatschappij en haar dochtermaatschappij.²⁸ Dat er sprake is van eenheid van marktgedrag blijkt voorts uit de tussen Texaco en BEM gesloten exploitatieovereenkomst waarbij een en dezelfde persoon niet alleen Texaco (als manager retail) maar ook BEM (als directeur) vertegenwoordigde. Gelet hierop wordt in het navolgende gesproken van Texaco/BEM.

F. Overeenkomst

51. VN, VA, Sparu en Texaco/BEM hebben - ieder in hun eigen bewoordingen - aangegeven dat er wat betreft de vanaf 15 april 2000 gehanteerde kortingen geen sprake kan zijn van een overeenkomst. De d-g NMa volgt, zoals hierna zal blijken, dit standpunt niet.
52. Ingevolge artikel 1, aanhef en onder e, Mw wordt in deze wet en de daarop berustende bepalingen onder overeenkomst verstaan een overeenkomst in de zin van artikel 85 (oud,

²⁶ Zie randnummer 10.

²⁷ Zie stuk 1893/10.

²⁸ Zie het arrest van het HvJ van 24 oktober 1996, Zaak C-73/95, *Viho vs Commissie*, Jur. EG 1996, I-5457, r.o. 51 en het arrest van het HvJ van 25 oktober 1983, Zaak 107/182, *AEG vs Commissie*, Jur. EG 1983, 3151, r.o. 50.

hierna: 81), eerste lid, EG. Zoals reeds in de Memorie van Toelichting is aangegeven, is de vorm waarin afspraken zijn neergelegd niet bepalend voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een overeenkomst in de zin van artikel 81, eerste lid, EG. Het HvJ en de Commissie hanteren dan ook een ruimere omschrijving van het begrip dan het Burgerlijk Wetboek. Zo hoeft er geen sprake te zijn van een juridische binding of de mogelijkheid afspraken rechtens af te dwingen. Ook een mondelinge afspraak die niet schriftelijk wordt bevestigd en gebaseerd is op wederzijds vertrouwen, is een overeenkomst in de zin van artikel 81, eerste lid, EG.²⁹ Wel moet er sprake zijn van wilsovereenstemming tussen economisch onafhankelijke ondernemingen om rekening te houden met elkaars belangen en zich te onderwerpen aan economische, sociale of morele druk.³⁰

53. Meer specifiek hebben VN, VA, Sparu en Texaco/ BEM in de procedure aangevoerd dat op de regiomeeting geen overleg heeft plaatsgevonden over kortingsacties noch dat daarover afspraken zijn gemaakt.
54. In dit verband merkt de d-g NMa op dat Mulder, bedrijfsleider van Sparu, heeft verklaard dat hij zich kan herinneren dat de vestiging van Tango ter sprake is gekomen, hoewel dit in de notulen van de regiomeeting, waaraan buiten de vertegenwoordigers van VN, VA, Sparu en Texaco/ BEM ook andere personen hebben deelgenomen, niet wordt vermeld, omdat het maar een randgesprek is geweest.
55. Dat op de regiomeeting, althans in de context daarvan, tussen de vertegenwoordigers van VN, VA, Sparu en Texaco/ BEM geen overleg heeft plaatsgevonden over kortingsacties, acht de d-g NMa voorts niet aannemelijk, gelet op andere in het dossier opgenomen verklaringen, zoals met name die hiervoor onder randnummer 16 tot en met 18 zijn weergegeven, waaronder: *“(..). Vooraf hebben wij als Texacopomphouders onderling overleg gehad hoe te handelen bij de vestiging van Tango. (...) Dit overleg is gevoerd in ons normale overleg dat wij als pomphouders hebben.(..) In de regiovergaderingen is besproken hoe te handelen bij de komst van Tango. In eerste instantie was sprake van kortingen volgens het normale margebijdragesysteem”*.³¹
Deze verklaringen laten aan duidelijkheid niet te wensen over.

²⁹ Kamerstukken II, 1995/1996, 24 707, nr. 3, p.57, waarin het arrest van het HvJ van 20 juni 1978, Zaak 28/77, *Tepea vs Commissie*, Jur. EG 1978, 141 wordt aangehaald. Zie ook randnummer 91 van het rapport.

³⁰ Kamerstukken II, 1995/1996, 24 707, nr. 3, p.11.

³¹ Zie eerder genoemd stuk 1893/81.

56. Texaco/BEM, VN en VA hebben hier tegenover gesteld dat Vermeulen later heeft verklaard dat tijdens de regiomeeting niet over prijsafspraken is gesproken.³² Daargelaten dat deze bewering geen betrekking heeft op het bespreken van kortingsacties, acht de d-g NMa deze bewering op grond van het navolgende ook verder niet aannemelijk.
57. Texaco/BEM heeft in dit verband aangevoerd dat Van Gool, directeur van de besloten vennootschap "Van Gool Beheer B.V.", heeft gesteld dat op de regiomeeting geen gesprek heeft plaatsgevonden over acties tegen Tango. Evenmin is, aldus Van Gool, over prijzen gesproken of zijn daarover afspraken gemaakt. Deze verklaring van Van Gool acht de d-g NMa verklaarbaar uit het feit dat Van Gool derhalve ook niet bij de (vervolg)besprekingen zal zijn geweest. In dit geval kan ook worden gewezen op het vervolg van de verklaring waarin Van Gool aangeeft, dat hij, gelet op de advertentie toentertijd in de krant, er op speculeert dat er tussen die stations wel overleg moet zijn geweest, want anders kan zo'n advertentie, aldus Van Gool, toch niet in de krant komen.³³
58. Gelet hierop staat naar het oordeel van de d-g NMa vast dat op de regiomeeting van 23 maart 2000, althans in de context daarvan, VN, VA, Sparu en Texaco/BEM hebben besloten een gezamenlijke kortingsactie te houden in verband met de vestiging van Tango.
59. Verder acht de d-g NMa voldoende bewezen dat vervolgens, gelet op de in het dossier opgenomen verklaringen, en met name die weergegeven in randnummer 16 tot en met 18 tussen VN, VA, Sparu en Texaco/BEM is overeengekomen om dezelfde kortingen te gaan hanteren.
60. Dit blijkt onder meer uit de verklaring van Vermeulen, zoals opgemaakt op 12 maart 2001.

Vermeulen, directeur VN en VA:

"(..) Vooraf hebben wij als Texacopomphouders onderling overleg gehad hoe te handelen bij de vestiging van Tango. De actie is verder gedragen door Texaco.(..) De regiomanager [vertrouwelijk] is teruggekomen bij ons met de actie en dat de Texacopompen in de regio meedoen. (..)"³⁴

61. De d-g NMa ziet niet in dat Vermeulen hiermee een onjuiste suggestie heeft gewekt, zoals door Texaco/BEM is gesteld. Dat Texaco/BEM en Sparu zouden hebben betoogd dat er geen afspraken zijn gemaakt, betekent niet dat van deze verklaring van Vermeulen een onjuiste

³² Zie stuk 1893/100. De verklaring dateert van 28 maart 2001. De heer Vermeulen heeft echter geweigerd deze verklaring te ondertekenen.

³³ Zie eerder genoemd stuk 1893/92.

³⁴ Zie eerder genoemd stuk 1893/81.

suggestie uitgaat.

62. VN, VA, Sparu en Texaco/ BEM wisten van elkaar, gelet op het voorafgaande overleg, dat zij in deze advertentie zouden worden vermeld en dat zij de daarin genoemde kortingen zouden gaan hanteren. Het feit dat Texaco/ BEM hen bij het telefonisch op de hoogte stellen van de exacte ingangsdatum van de reeds onderling besproken gezamenlijke kortingsactie niet de namen van de andere pompstationhouders zou hebben medegedeeld -wat hier van ook zij- doet in het kader van de beoordeling van artikel 6 Mw hieraan niet af. Dat zij van elkaars deelname aan de advertentie wisten, blijkt ook de verklaring van Mulder, waarin hij zegt:

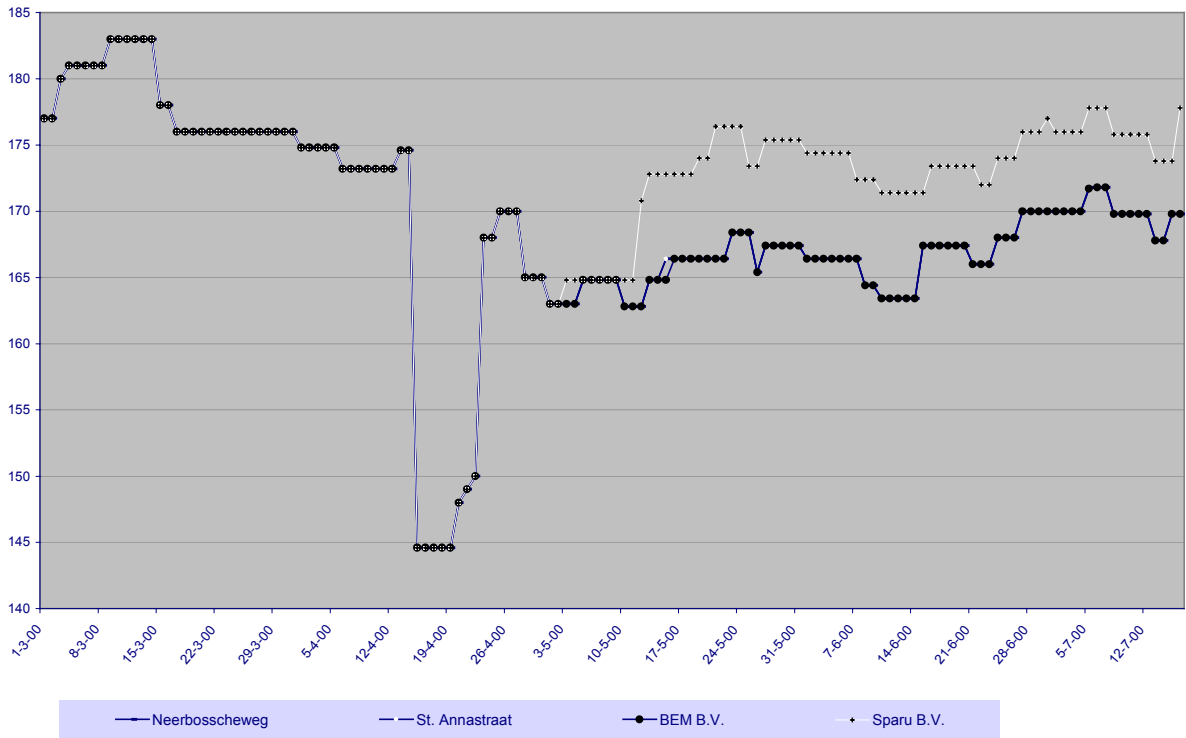
“(..) Wie de andere pompen zijn wist ik niet, dat heeft [vertrouwelijk] niet verteld. Maar ik kon dat natuurlijk wel op mijn vingers natellen, dat is een kwestie van logisch nadenken. (...)”³⁵

63. De feiten, zoals in het rapport vermeld en waarvan thans ook na kennisneming van de zienswijzen van de betrokken ondernemingen kan worden uitgegaan, wijzen op het bestaan van een overeenkomst om gelijke kortingen te hanteren gedurende de periode vanaf 15 april 2000 tot 17 juli 2000, zoals hieronder verder uiteen zal worden gezet. Dat deze afspraak niet op schrift is gesteld, maakt, gelet op de hiervoor gememoreerde passage uit de Memorie van Toelichting, niet uit voor het oordeel dat sprake is van wilsovereenstemming tussen VN, VA, Sparu en Texaco/ BEM om gelijke kortingen te hanteren.
64. Aangezien de regiomeeting, althans de bijeenkomst in de context daarvan, tot doel had de mededinging te beperken door een coördinatie van het prijsbeleid, kan reeds worden geoordeeld dat op deze regiomeeting, althans in de context van deze bijeenkomst, een verboden overeenkomst tussen VN, VA, Sparu en Texaco/ BEM in de zin van artikel 6 Mw tot stand is gekomen.³⁶
65. De wilsovereenstemming blijkt verder uit het marktgedrag van VN, VA, Sparu en Texaco/ BEM, aangezien zij vanaf 15 april 2000 tot 17 juli 2000 dezelfde kortingen hebben gehanteerd, althans hun prijzen nagenoeg gelijktijdig in dezelfde richting en op dezelfde momenten aanpasten. Dit is ook weergegeven in de figuren 1 en 2 welke op de volgende pagina zijn afgebeeld. Deze figuren, welke tevens als bijlage aan het rapport waren gehecht, zijn door partijen niet weersproken.

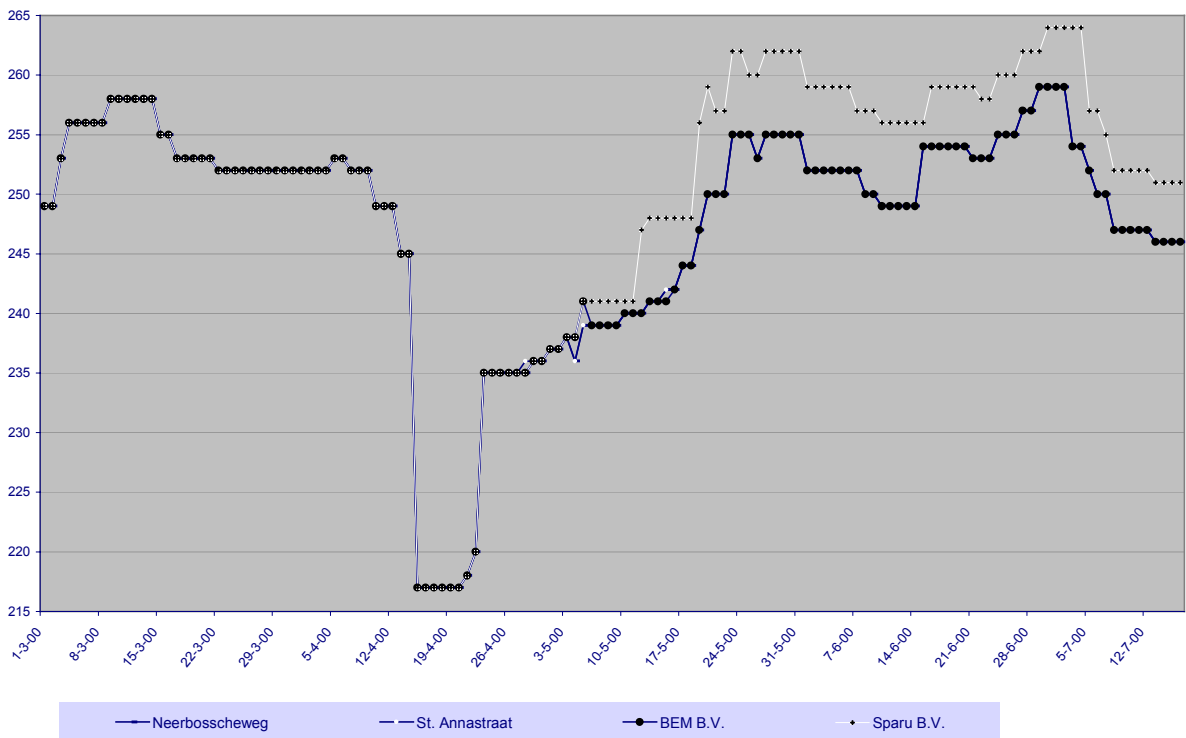
³⁵ Zie eerder genoemd stuk 1893/76.

³⁶ Zie het arrest van het GvEA van 12 juli 2001, Gevoegde Zaken T-202/98, T-204/98 en T-207/98, *Tate & Lyle e.a. vs Commissie*, Jur. EG 2001, 0000, r.o. 42 tot en met r.o. 68.

Figuur 1. Prijsverloop van diesel van de vier Texacostations



Figuur 2. Prijsverloop van Euro 95 van de vier Texacostations



66. De wilsovereenstemming blijkt ook eens te meer uit de meergenoemde advertentie in “De Gelderlander”, waaruit de gezamenlijke kortingsactie blijkt. Uit vaste rechtspraak volgt immers dat voor het bestaan van een overeenkomst in de zin van artikel 81, eerste lid, EG volstaat, dat de betrokken ondernemingen hun gezamenlijke wil tot uitdrukking hebben gebracht om zich op de markt op een bepaalde wijze te gedragen³⁷, hetgeen in dit geval is geschied door middel van genoemde advertentie. Uit de feitelijke gedragingen komt naar voren dat de betrokken partijen de kortingen ook daadwerkelijk hebben doorgevoerd en aldus overeenkomstig de advertentie hebben gehandeld. De stelling van Texaco/BEM dat partijen vrij werden gelaten om hogere kortingen te geven kan, wat hiervan ook zij, niet leiden tot het oordeel dat reeds hierom geen sprake is van een horizontale overeenkomst tussen VN, VA, Sparu en Texaco/BEM, noch afdoen aan de mededingingsbeperkende strekking van hetgeen is afgesproken.³⁸ Voorts hebben de betrokken benzinestations feitelijk geen andere kortingen verleend, maar consequent dezelfde kortingen toegepast, zoals zij ook hadden afgesproken.
67. De advertentie en het gezamenlijk prijsgedrag wijzen op het bestaan van wilsovereenstemming tussen de betrokken partijen, die tijdens, althans in de context van de regiomeeting, via Texaco/BEM tot stand is gekomen.³⁹ Texaco/BEM heeft de advertentiekosten voor haar rekening genomen en tevens de uitvoeringskosten van de overeenkomst, in eerste instantie in zijn geheel en later gedeeltelijk voor haar rekening genomen. Vervolgens hebben VN, VA, Sparu en Texaco/BEM de overeenkomst uitgevoerd.
68. Evenmin treft het verweer van Texaco/BEM doel dat hier slechts sprake is van een eenzijdige handeling. In geding is een horizontale overeenkomst en/of onderlinge afgestemde feitelijke gedragingen tussen VN, VA, Sparu en Texaco/BEM. Niet is gebleken dat Texaco/BEM in deze relatie eenzijdig zou hebben gehandeld. Zoals hiervoor is gebleken en hierna verder zal worden uiteengezet hebben Sparu, VN en VA uitdrukkelijk ingestemd met de onderlinge overeenkomst en/of onderlinge afgestemde feitelijke gedragingen, gericht op onderlinge coördinatie van prijsgedrag.
69. Bij de zienswijze van Texaco is als bijlage gevoegd een door Texaco/BEM zelf opgestelde verklaring van 7 september 2001 van **[vertrouwelijk]**, derhalve na de datum van het opstellen

³⁷ Zie het arrest van het GvEA van 26 oktober 2000, Zaak T-41/96, *Bayer vs Commissie*, Jur. 2000, II-3383, r.o. 67.

³⁸ Zie Besluit d-g NMa van 20 december 2000, zaak 272/Nederlandse Kleding Conventie, r.o. 86.

³⁹ Dat deze mogelijkheid bestaat volgt onder meer uit de wetsgeschiedenis van de Mw, zie Kamerstukken II, 1995/1996, 24 707, nr. 3, p.11.

van het rapport⁴⁰, waarin hij in zijn hoedanigheid van Customer Service Consultant van Texaco Nederland B.V. onder meer heeft verklaard, dat hij, na interne goedkeuring, de betrokken dealers afzonderlijk heeft gevraagd op vrijwillige basis mee te doen aan de kortingsactie, waarbij zij desgewenst ook meer korting konden geven dan 30 cent per liter. Hij heeft hen, zo wordt gesteld, niet geïnformeerd over de andere betrokken dealers en evenmin heeft hij hen van tevoren de advertentie laten zien. Bij zijn weten hebben de dealers vooraf ook niet gesproken over de actie.

70. Deze verklaring is feitelijk een herhaling van de zienswijze van Texaco/BEM in dezen. Zij bevat geen nieuwe gezichtspunten en zijn in het voorgaande reeds weerlegd. Deze door Texaco/BEM overgelegde verklaring leidt de d-g NMa dan ook niet tot een ander oordeel.
71. Zoals reeds hiervoor is aangegeven in randnummer 62 en gelet op de in randnummer 16 tot en met 18 genoemde verklaringen is de d-g NMa van oordeel dat na de actieweek de overeenkomst tussen VN, VA, Sparu en Texaco/BEM nog steeds van kracht was, althans heeft geleid tot onderlinge afgestemde feitelijke gedragingen (zie hierna onder G) en wel tot 17 juli 2000, hoewel de oorspronkelijke advertentietekst maar betrekking had op een week. Dit blijkt reeds aanstonds uit het feit dat VN, VA, Sparu en Texaco/BEM ook na de actieweek dezelfde kortingen hanteerde dan wel, in geval van Sparu, vanaf 6 mei 2000 nagenoeg gelijktijdig met VN, VA en Texaco/BEM de prijzen naar beneden aanpaste. Het enkele feit dat Texaco/BEM gedurende drie dagen andere kortingen zou hebben gehanteerd, brengt niet met zich dat de overeenkomst daarmee zou zijn beëindigd.

G. Onderling afgestemde feitelijke gedragingen

72. VN, VA, Sparu en Texaco/BEM hebben – ieder in hun eigen bewoordingen – aangegeven dat geen sprake kan zijn van onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de periode van 15 april 2000 tot 17 juli 2000. Texaco/BEM wijst er op dat sprake is geweest van een vrijblijvend advies aan de betrokken pomphouders over de te hanteren tarieven. Het prijsgedrag van de betrokken benzinstations kan, volgens Texaco/BEM, worden verklaard vanuit het gegeven dat BEM een vorm van ‘barometrisch prijsleiderschap’ heeft en dat Tango nu eenmaal een agressief prijsbeleid voerde dat moest en mocht worden gevolgd door de Texaco-stations die hiervan direct hinder ondervonden.
73. Ingevolge artikel 1, aanhef en onder h, Mw wordt in deze wet en de daarop berustende bepalingen onder onderling afgestemde feitelijke gedragingen verstaan onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 81, eerste lid, EG. Een onderling afgestemde

⁴⁰ Dit is te meer opvallend aangezien in het kader van het aan het rapport voorafgegane onderzoek aan Texaco reeds een aantal keren is verzocht om [vertrouwelijk] te mogen horen, en aan dit verzoek door Texaco geen gehoor is gegeven.

feitelijke gedraging houdt een vorm van coördinatie tussen ondernemingen in die, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's van de onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking. De termen coördinatie en samenwerking dienen te worden verstaan in het licht van de verdragsvoorschriften inzake de mededinging besloten voorstelling dat iedere ondernemer zelfstandig moet bepalen welk beleid hij op de gemeenschappelijke markt zal voeren.⁴¹

74. Alvorens in te gaan op de vraag of in dit geval sprake is van onderling afgestemde feitelijke gedragingen, wijst de d-g NMa op het volgende. Uit de jurisprudentie van het HvJ volgt dat een overtreding kan aanvangen in de vorm van een overeenkomst en bij het verstrijken van de tijd in toenemende mate tegelijkertijd karakteristieken van onderling afgestemd feitelijke gedrag kan hebben.⁴² Voor de mededingingsrechtelijke beoordeling van concrete samenwerkingsvormen is de precieze juridische vormgeving echter niet relevant.⁴³ Overeenkomsten en onderling afgestemde gedragingen van ondernemingen worden op dezelfde manier beoordeeld. Het gaat om de geoorlooftheid van de concrete samenwerkingsvorm, niet of de juridische kwalificatie daarvan volledig aansluit bij de feitelijke verschijningsvorm van de overtreding, nu deze zowel karakteristieken van een overeenkomst als karakteristieken van een onderling afgestemde feitelijke gedraging kan hebben. Ook geldt dat nog steeds sprake is van een overtreding van de Mededingingswet, indien na de beëindiging van de overeenkomst het parallel gedrag wordt voortgezet, zonder dat een nieuwe overeenkomst tot stand is gekomen.⁴⁴ In het hierna volgende zal worden uiteengezet dat de onderhavige vorm van samenwerking, voor zover deze niet in haar geheel dan wel gedeeltelijk zou kunnen worden gekwalificeerd als overeenkomst, in ieder geval kan worden aangemerkt als onderling afgestemd feitelijke gedrag, aangezien sprake is geweest van een vorm van coördinatie tussen VN, VA, Sparu en Texaco/BEM dat resulteerde in een feitelijke afstemming tussen hen, waarbij zij niet meer zelfstandig hun beleid bepaalden.
75. Zoals eerder vermeld hebben VN, VA, Sparu en Texaco/BEM deelgenomen aan de regiomeeting waarop, althans in de context waarvan, is besloten een gezamenlijke kortingsactie te houden in verband met de komst van Tango.

⁴¹ Zie het arrest van het HvJ van 8 juli 1999, Zaak C-199/92, *Hüls AG vs Commissie*, Jur. EG, I-4278, r.o. 158-159.

⁴² Zie de beschikking van de Commissie van 21 oktober 1988, Kartel voor voorgeïsoleerde buizen, Pb. L024, p.1, r.o. 132.

⁴³ Zie randnummer 22 van Richtsnoeren Samenwerking Bedrijven, richtsnoeren voor de beoordeling van samenwerking tussen bedrijven binnen en buiten branche-organisaties 29 mei 2001, Stert. 2001, nr. 108, p.28. Deze Richtsnoeren zijn ook gepubliceerd op de website van de NMa (www.nma-org.nl)

⁴⁴ Zie het arrest van het HvJ van 3 juli 1985, Zaak 243/83, *Binon vs Commissie*, Jur. EG 1985, 2015, r.o. 17.

Door het bijwonen van deze bijeenkomst en bijdragen aan besprekingen inzake de desbetreffende actie hebben de betrokken benzinstations deelgenomen aan een onderlinge afstemming, strekkende tot beïnvloeding van elkaars marktgedrag ten aanzien van het verlenen van kortingen. Elk van de betrokken benzinstations heeft de onzekerheid over het toekomstig strategisch gedrag van zijn concurrenten met betrekking tot het verlenen van kortingen bij voorbaat uitgesloten, althans aanzienlijk beperkt.⁴⁵ Het is niet van belang dat de betrokken benzinstations geen daadwerkelijk en uitgewerkt "plan" hebben opgesteld.⁴⁶ Voor onderling afgestemd feitelijk gedrag is voldoende dat een ondernemer zijn marktbeleid niet langer meer zelfstandig bepaalt.

76. Ook al zou tijdens de regiomeeting alleen zijdelings zijn gesproken over de komst van Tango, in die zin dat daar niet is afgesproken een gezamenlijke kortingsactie te houden, hetgeen - zoals reeds eerder aangegeven - de d-g NMa niet aannemelijk acht, dan nog hebben VN, VA, Sparu en Texaco/BEM zich schuldig gemaakt aan onderlinge afstemming. Er is op de bijeenkomst immers rechtstreeks contact geweest tussen met elkaar concurrerende ondernemers, waarbij, of in de context waarvan, is gesproken over de komst van Tango en de naar aanleiding daarvan gezamenlijk te ondernemen acties, dat vervolgens hun strategisch marktgedrag heeft beïnvloed, te weten het hanteren van uniforme kortingen gedurende de periode 15 april 2000 tot 17 juli 2000.⁴⁷
77. Daarnaast kan nog worden vermeld dat sprake kan zijn van verboden onderling afgestemde feitelijke gedragingen zonder dat sprake is van rechtstreeks contact tussen de betrokken ondernemingen. Ook het niet rechtstreeks contact opnemen met een concurrent strekkend tot beduiding van het marktgedrag, is verboden.⁴⁸ In het onderhavige geval hebben de vertegenwoordigers van VN, VA, Sparu en Texaco/BEM niet alleen rechtstreeks met elkaar gecommuniceerd over de kortingsacties, maar ook indirect via Texaco/BEM. Aan dit (in)directe contact is vervolgens uitdrukking gegeven door de gemeenschappelijke advertenties alsmede het daaropvolgend gedrag.⁴⁹
78. Ten aanzien van Sparu dient te worden opgemerkt dat zij vanaf 6 mei 2000 weliswaar andere kortingen hanteerde, maar dat het aanpassen daarvan nagenoeg gelijktijdig geschiedde met Texaco/BEM, VN en VA. Dit in samenhang met het feit dat de aanpassing van de prijs nog

⁴⁵ Zie het arrest van GvEA van 24 oktober 1991, Zaak T-1/89, *Rhone Poulenc*, Jur. EG 1991, II-0867, r.o. 121-123.

⁴⁶ Zie het arrest van het HvJ van 16 december 1975, Gevoegde Zaken nrs. 40 tot 48, 50, 54 tot 56, 111, 113 en 114/73, *Suiker-Unie e.a. vs. Commissie*, Jur. EG 1975, 1663, r.o. 173.

⁴⁷ Zie het arrest van het HvJ van 8 juli 1999, Zaak C-199/92, *Hüls AG vs Commissie*, Jur. EG 1999, I-4278, r.o. 160.

⁴⁸ Zie het arrest van het HvJ van 16 december 1975, Gevoegde Zaken nos. 40 tot 48, 50, 54 tot 56, 111, 113 en 114/73, *Suiker-Unie e.a. vs Commissie*, Jur. EG 1975, 1663, r.o. 174.

⁴⁹ Zie onder meer de in randnummer 16 tot en met 18 opgenomen verklaringen.

steeds in dezelfde richting geschiedde, de bijeenkomst op 23 maart 2000 en de verschillende contacten tussen Sparu en Texaco/BEM, zoals hiervoor omschreven, wijzen niet op zelfstandig marktgedrag van Sparu maar op onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Zoals ook uit de beschikkingspraktijk van de Commissie blijkt betekent het feit dat betrokken partijen in sommige gevallen na een bijeenkomst zich niet geheel aan de afspraak hielden, niet dat er geen sprake meer is van een handelen in strijd met artikel 6, eerste lid Mw. Het feit dat af en toe een van de betrokken partijen de prijzen 'in strijd met de afspraken' vaststelde, in een poging om zijn positie te verbeteren ten koste van de andere weerlegt geenszins het bewijs van het bestaan van onderling afgestemd feitelijk gedrag.⁵⁰

79. Het argument van Texaco/BEM dat het prijsgedrag van de betrokken benzinestations verklaard kan worden vanuit het gegeven dat BEM een vorm van 'barometrisch prijsleiderschap' heeft - wat hier ook van zij - neemt niet weg dat het parallel gedrag ten aanzien van het hanteren van dezelfde kortingen in het onderhavige geval, zoals hiervoor is gebleken, wordt veroorzaakt, door de onderlinge contacten hierover tussen VN, VA, Sparu en Texaco/BEM.⁵¹

H. Mededingingsbeperking

80. VN, VA, Sparu en Texaco/BEM stellen zich op het standpunt dat prijsverlagingen als deze in het voordeel van de consument/afnemer werken en om die reden niet in strijd zijn met de Mededingingswet. Dit standpunt is niet juist.
81. Weliswaar is een ondernemer gerechtigd zijn beleid intelligent aan te passen aan het marktgedrag van een (toetredende) concurrent door zijn prijzen te laten zakken, het is partijen echter niet toegestaan dit gezamenlijk te doen als gevolg van een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Zoals eerder is vastgesteld is er sprake van een horizontale overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen concurrenten. Dergelijke arrangementen zijn verboden, ongeacht of deze betrekking hebben op een hogere of een lagere prijs dan die welke tot stand zou zijn gekomen bij vrije mededinging of zelfs indien deze een daaraan gelijke prijs opleveren. Deze arrangementen zijn reeds verboden omdat hierdoor prijzen met een kunstmatig karakter zijn ontstaan. Partijen verkrijgen bovendien dusdoende inzicht in elkaars marktgedrag en beïnvloeden elkaar ook daarin, hetgeen volgens vaste jurisprudentie in strijd is met artikel 81 EG.⁵²

⁵⁰ Zie de beschikking van de Commissie van 23 april 1986, *Polypropyleen*, Pb. L230, p.1, r.o. 85, bevestigd in het arrest van het GvEA van 20 maart 2002, zaak T-23/99, *LR AF 1998 AS vs Commissie*, nog niet gepubliceerd, r.o. 342.

⁵¹ Zie de beschikking van de Commissie van 6 augustus 1984, *Zinc Producer Group*, Pb. L220, p.7, r.o. 75.

⁵² Zie o.m. het arrest van het GvEA van 12 juli 2001, Gevoegde Zaken T-202/98, T-204/98 en T-207/98, *Tate & Lyle vs Commissie*, Jur. EG 2001, 0000, r.o. 56.

I Effecten, gevolgen en merkbaarheid

82. In de onderhavige zaak is sprake van een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen VN, VA, Sparu en Texaco/BEM met betrekking tot het hanteren van identieke kortingen.
83. Volgens vaste Europese jurisprudentie vormen overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen concurrenten met betrekking tot kortingen, indirect middelen om prijzen vast te stellen of te reguleren. Dergelijke afspraken dienen te worden aangemerkt als prijsafspraken.⁵³
84. In bepaalde gevallen leidt de aard van de samenwerking er toe, dat artikel 6 Mw van toepassing is. Dit is het geval voor overeenkomsten die tot doel hebben de mededinging te beperken door het vaststellen van prijzen of productiequota of door het verdelen van markten of klanten. Dit volgt onder meer uit artikel 81, eerste lid, onder a, EG. Dit artikel bepaalt dat met name onder het kartelverbod vallen overeenkomsten die bestaan uit 'het *rechtstreeks of zijdelings bepalen van aan- en verkoopprijzen* of andere contractuele voorwaarden'. In de door de d-g NMa vastgestelde Richtsnoeren Samenwerking Bedrijven⁵⁴ worden prijsafspraken tussen concurrenten tevens als uitdrukkelijk niet toegelaten vorm van samenwerking genoemd.
85. Alle overeenkomsten tussen ondernemingen, die betrekking hebben op prijzen en tarieven, met inbegrip van kortingen en toeslagen, vallen onder het verbod van artikel 6 Mw. Ten aanzien van dergelijke overeenkomsten hoeft voor de beoordeling in het kader van artikel 6 Mw geen rekening te worden gehouden met de concrete situatie waarin deze overeenkomst effect sorteert. Dit houdt in dat een gedetailleerd onderzoek naar de economische en juridische context waarin de betrokken ondernemingen opereren, de aard van de diensten waarop deze overeenkomst betrekking heeft, en de structuur van de relevante markt en de werkelijke omstandigheden waaronder zij functioneert, achterwege kan blijven.⁵⁵ Dergelijke overeenkomsten kunnen slechts in het kader van een ontheffing op eventuele beweerde gunstige gevolgen voor de mededinging worden beoordeeld.

⁵³ Zie o.m. Beschikking van de Commissie van 16 mei 2000, Far East Trade Tariff Charges and Surcharges Agreement, Pb. L268, p.1. Zie ook Rechtbank Rotterdam 3 december 2001 (MEDED 00/910 SIMO) (COV).

⁵⁴ Zie de eerder genoemde Richtsnoeren Samenwerking Bedrijven.

⁵⁵ Zie het arrest van het GvEA van 15 september 1998, Gevoegde Zaken T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94, *European Night Services e.a. vs Commissie*, Jur. EG 1998, II-3141, r.o. 136.

86. In het geval van een horizontale overeenkomst welke ertoe strekt de mededinging te beperken is evenmin, zo volgt uit het voorgaande, een gedetailleerde afbakening van de relevante markt vereist.⁵⁶ In het arrest van 12 juli 2001 (*Tate & Lyle*⁵⁷) is dit door het GvEA nog eens bevestigd.
87. In het rapport is dan ook aangegeven dat een exacte afbakening van de relevante markt achterwege kan blijven. Evenwel is, om een duidelijk beeld te geven van de situatie op de markt van verkoop van motorbrandstoffen, op basis van onderzoek naar het effect dat de vestiging van Tango in Nijmegen heeft gehad op het prijsgedrag van omliggende benzinstations, aangegeven dat bij benzinstations, die binnen een afstand van 10 kilometer over de openbare weg rondom Tango zijn gesitueerd, prijseffecten optreden. Dit gebied wordt, zoals hiervoor reeds onder randnummer 15 is aangegeven, aangeduid als “agglomeratie Nijmegen”.⁵⁸
88. Gezien de onderliggende doelen bij de toepassing van artikel 81, lid 1, EG, heeft het GvEA in zijn arrest van 12 juli 2001 (*Tate & Lyle*) geoordeeld dat het niet nodig is om de concrete effecten van een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedragingen in aanmerking te nemen, wanneer het overduidelijk is, dat deze overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedragingen de strekking heeft de mededinging te beperken. Op gelijke wijze heeft het HvJ geoordeeld in de zaak *Hüls*⁵⁹ ten aanzien van onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Dergelijke overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen worden geacht een negatieve uitwerking op de markt te hebben. Zoals hiervoor reeds aangegeven dient ten aanzien van de toepasselijkheid van het verbod van artikel 6 Mw aansluiting te worden gezocht bij de beschikkingspraktijk van de Commissie en de jurisprudentie van het HvJ. Om deze reden dient ook voor dergelijke overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen in het kader van artikel 6 Mw te gelden dat de daadwerkelijke gevolgen voor de mededinging en de markt niet behoeven te worden onderzocht om vast te stellen dat zij onder het verbod van artikel 6 Mw vallen.⁶⁰
89. Voor de toepassing van artikel 6 Mw wordt voorts niet het bewijs verlangd dat dergelijke overeenkomsten de mededinging inderdaad merkbaar hebben beïnvloed, doch voldoende is

⁵⁶ Zie het arrest van het GvEA van 6 juli 2000, Zaak T-62/98, *Volkswagen AG vs Commissie*, Jur. EG 2000, II-02707, r.o. 231.

⁵⁷ Zie het arrest van het GvEA van 12 juli 2001, Gevoegde Zaken T-202/98, T-204/98 en T-207/98, *Tate & Lyle vs Commissie*, Jur. EG 2001, 0000, r.o. 71-74.

⁵⁸ Zie randnummer 43 van het rapport.

⁵⁹ Zie het arrest van het HvJ van 8 juli 1999, Zaak C-199/92, *Hüls AG vs Commissie*, Jur. EG 1999, I-4278, r.o. 163-167.

⁶⁰ Overeenkomstig de richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Mededeling van de Commissie van 6 januari 2001, Pb. C3, p.2. Zie ook het Besluit van de d-g NMa van 18 maart 2002, zaak 2333/Modint (voorheen Nederlandse Kleding Conventie), r.o. 108.

dat deze overeenkomsten een dergelijk gevolg kunnen hebben.⁶¹ Van regelingen die naar hun aard mededingingsbeperkend zijn, moet worden aangenomen dat de mededinging merkbaar wordt beperkt in de zin van artikel 6 Mw. Slechts indien de betrokken overeenkomsten en gedragingen niet meer dan in geringe mate afbreuk kunnen doen aan de mededinging kunnen zij van het verbod van artikel 6 Mw worden uitgesloten. Hiervan is in het onderhavige geval geen sprake. Het marktaandeel van de betrokken ondernemingen is in het onderhavige geval niet minimaal. Uit het dossier blijkt dat het marktaandeel van de betrokken ondernemingen VN, VA, Sparu en Texaco/BEM tussen de 10-15% ligt.⁶² Er is in elk geval geen sprake van een dermate zwakke positie van de betrokken partijen op de markt voor de betrokken producten, dat aangenomen moet worden dat meergenoemde betrokken ondernemingen slechts een minieme invloed kunnen uitoefenen op de concurrentie en hun overeenkomst en/of onderlinge afgestemde feitelijke gedragingen buiten het bereik van artikel 6 Mw valt/vallen.⁶³

90. In het licht van bovenstaande feitelijke en juridische achtergrond kan geconcludeerd worden dat, in weerwil van het standpunt van VN, VA, Sparu en Texaco/BEM, in de onderhavige zaak sprake is van een merkbare mededingingsbeperking. Dit is te meer het geval nu de betrokken partijen door het plaatsen van de advertentie andere marktpartijen direct inzicht hebben gegeven in hun afgestemde gedrag.
91. Bij haar zienswijzen heeft Texaco/BEM het Lexecon-rapport overgelegd, een - zo blijkt uit de inleiding van het rapport - bedrijf van economen gespecialiseerd in de toepassing van economische analyse op en in mededingingsrechtelijke geschillen. Conclusie van dit rapport luidt dat op grond van conventionele economische analyse Texaco niet de mogelijkheid had om marktmacht uit te oefenen in de regio Nijmegen. Geen onderling afgestemde feitelijke gedraging kan, aldus het Lexecon-rapport, bij afwezigheid van marktmacht, de concurrentie tussen de door de NMa onderzochte stations, verstoren. Er bestaat evenmin bewijs dat Texaco een prijsleider was in de markt die prijzen verlaagde in de hoop dat andere grote oliemaatschappijen zouden volgen in een poging Tango van de markt te drukken. In het onderhavige geval, zo eindigt de conclusie van het Lexecon-rapport, betekent de afwezigheid van marktmacht door Texaco dat er geen grond is voor interventie.
92. Het Lexecon-rapport miskent hiermee echter dat het rapport zoals opgesteld door de d-g NMa betrekking heeft op een horizontale overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke

⁶¹ Zie het arrest van het HvJ van 1 februari 1978, Zaak 19/77 *Miller International Schallplatten GmbH vs. Commissie*, Jur. EG 1978, p.131, r.o. 15.

⁶² Zie het door Lexecon Ltd opgestelde rapport dat als bijlage bij de zienswijzen van Texaco/BEM is gevoegd.

⁶³ Zie het arrest van het HvJ van 9 juli 1969, Zaak no. 5/69, *Völk vs Vervaecke*, Jur. EG 1969, p.295. Daarin ging het maar om een marktaandeel tussen de 0,2 en 0,6 %.

gedragingen tussen concurrerende benzinestations. Dergelijke prijsafspraken zijn in strijd met artikel 6 Mw, zoals hiervoor uiteengezet. Voor de beoordeling of een dergelijke overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen rechtens toelaatbaar is, is niet relevant of Texaco marktmacht heeft, maar of als gevolg van deze overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen de mededinging merkbaar wordt beperkt, hetgeen, zoals hiervoor is aangegeven, het geval is.

VII. Duur van de overtreding

93. De overeenkomst en/of het onderling afgestemd gedrag tussen VN, VA, Sparu en Texaco/BEM heeft/hebben geduurd van 15 april 2000 tot 17 juli 2000 en bestrijkt/bestrijken derhalve een periode van ruim 13 weken.

VIII. Schadelijk karakter van de verboden gedraging

94. In het onderhavige geval gaat het om overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen met betrekking tot het hanteren van gelijke kortingen op een markt waar mede als gevolg van de oligopolistische marktverhouding nauwelijks sprake is van prijsconcurrentie. Ook in de agglomeratie Nijmegen geldt dat op de markt voor verkoop aan consumenten, ondanks het feit dat sprake is van een homogeen product, niet of nauwelijks op prijs wordt geconcurrereerd. In een dergelijke marktsituatie kan een nieuwe toetreders, zoals Tango, een belangrijke bijdrage leveren aan de marktwerking. De lagere consumentenprijs die Tango als onbemand self service-benzinestation kan vragen heeft in eerste instantie tot meer prijsconcurrentie geleid waardoor de betrokken partijen hun positie opnieuw moesten bepalen.
95. In reactie op deze toegenomen prijsconcurrentie zijn de betrokken benzinestations evenwel overeengekomen gelijke kortingstarieven te hanteren, hetgeen resulteerde in gelijke (lagere) prijzen. Door de reactie op de nieuwe toetreders te coördineren verminderen VN, VA, Sparu en Texaco/BEM de positieve gevolgen van een dergelijke toetreding voor de marktwerking; zij bestendigen hun bestaande posities op de markt, althans ten opzichte van elkaar. Ook gaat van deze gecoördineerde reactie een disciplinerende werking uit op het prijsgedrag van de nieuwe toetreders.
- Indien VN, VA, Sparu en Texaco/BEM door hun verboden gedragingen de toetreding van Tango tot de markt hadden belemmerd, zou de door de komst van Tango positieve gevolgen voor de mededinging, namelijk meer prijsconcurrentie, wederom teniet worden gedaan. De overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen kan er verder toe bijdragen dat Tango haar ambities in de agglomeratie Nijmegen dient bij te stellen, hetgeen van invloed is op de afweging van andere potentiële toetreders.

Dit heeft een consoliderend effect ten aanzien van de huidige oligopolistische marktverhouding die ook in de agglomeratie Nijmegen doorwerkt.

IX. Conclusie

96. VN, VA, Sparu en Texaco/ BEM hebben inbreuk gemaakt op artikel 6, eerste lid Mw door gedurende de periode vanaf 15 april 2000 tot 17 juli 2000 met elkaar een overeenkomst af te sluiten en/of hun feitelijke gedragingen onderling af te stemmen met betrekking tot het hanteren van gelijke kortingen op motorbrandstoffen, welke kortingen in die periode ook daadwerkelijk zijn gegeven en die resulteerden in gelijke prijzen voor de verkoop van motorbrandstoffen aan consumenten.
97. Het hierboven omschreven gedrag van VN, VA en Sparu, dat werd geïnitieerd, gecoördineerd en voor een belangrijk deel ook gefinancierd door Texaco/ BEM, heeft de toetreding van Tango tot de markt bemoeilijkt.
98. Overeenkomsten dan wel onderling afgestemde feitelijke gedragingen met betrekking tot kortingen worden als prijsafspraken aangemerkt. Prijsafspraken leiden tot ernstige beperkingen van de mededinging. Temeer is sprake van een ernstige mededingingsbeperking, aangezien de markt voor de verkoop van motorbrandstoffen aan consumenten een markt is waarop de toetredingsmogelijkheden voor nieuwe aanbieders beperkt zijn en waarop, ondanks het feit dat sprake is van een homogeen product, nauwelijks op prijs wordt geconcurrereerd.
99. Texaco is voor de vastgestelde inbreuk door BEM verantwoordelijk, omdat BEM een 100% dochteronderneming van Texaco is en hier geen enkele zelfstandige rol heeft vervuld maar slechts de instructies van Texaco heeft gevolgd.⁶⁴
100. Op grond van het bovenstaande besluit de d-g NMa tot het opleggen van een boete aan de ondernemingen die de overtreding van artikel 6 Mw hebben begaan en aan wie deze overtreding in de zin van artikel 56, eerste lid, Mw kan worden toegerekend. In het onderhavige geval dient de overtreding van artikel 6 Mw toegerekend te worden aan de verantwoordelijke rechtspersonen, te weten Texaco, VN, VA, en Sparu.

X. Sanctie

A. Inleiding

⁶⁴ Zie de beschikking van de Commissie van 28 januari 1998, *VW*, Pb. L124, p.60, r.o. 205.

101. Ingevolge artikel 56, eerste lid, aanhef en onder a, Mw kan de d-g NMa in geval van overtreding van artikel 6, eerste lid, of van artikel 24, eerste lid, de natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend, een boete opleggen.
102. Ingevolge artikel 57, eerste lid, Mw bedraagt, voor zover hier van belang, de in artikel 56, eerste lid, onder a, bedoelde boete ten hoogste EUR 450.000 (voorheen NLG 1 miljoen) of, indien dat meer is, 10 % van de omzet van de onderneming in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking.
103. Met het oog op een transparante toepassing van zijn in artikel 56 Mw neergelegde discretionaire bevoegdheid, heeft de d-g NMa de Richtsnoeren boetetoemeting vastgesteld.⁶⁵

B. De Richtsnoeren boetetoemeting

104. De Richtsnoeren boetetoemeting (hierna: de Richtsnoeren) nemen als uitgangspunt dat boetes zodanig hoog dienen te zijn dat zij overtreders van een volgende overtreding weerhouden alsmede potentiële overtreders afschrikken.
De d-g NMa houdt bij de vaststelling van de boete rekening met de ernst en de duur van de overtreding.
105. De ernst van de overtreding wordt bepaald door de zwaarte van de overtreding te bezien in samenhang met de economische context⁶⁶ waarin deze heeft plaatsgevonden. De d-g NMa onderscheidt drie type overtredingen, te weten zeer zware, zware en minder zware.⁶⁷
106. De duur van de overtreding komt tot uitdrukking in de boetegrondslag welke 10% van de betrokken omzet van de desbetreffende onderneming bedraagt.⁶⁸ De betrokken omzet wordt bepaald aan de hand van de waarde van alle transacties, die de onderneming tijdens de totale duur van de overtreding heeft behaald met de verkoop van goederen en/of levering van diensten waarop de overtreding betrekking heeft. Van deze omzet kan de d-g NMa een schatting maken indien de benodigde gegevens niet voorhanden zijn. Ook kan de d-g NMa, in afwijking van het voorgaande, de boete baseren op de totale jaaromzet van de onderneming in Nederland in het jaar voorafgaand aan het opmaken van het rapport als

⁶⁵ Richtsnoeren boetetoemeting - met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 57 van de Mededingingswet - , gepubliceerd in de Staatscourant 2001, 248. Tevens zijn de Richtsnoeren te vinden op de website van de NMa (www.nma-org.nl).

⁶⁶ Voor een nadere specificering van dit begrip wordt verwezen naar randnummer 14 van de Richtsnoeren.

⁶⁷ Zie verder randnummers 11 t/m 13 van de Richtsnoeren voor een nadere invulling van deze typen.

⁶⁸ Zie randnummers 15 t/m 19 van de Richtsnoeren voor een uitgebreide uiteenzetting over de boetegrondslag.

bedoeld in artikel 59 Mw, indien naar zijn oordeel ten aanzien van de overtreding de betrokken omzet in de hiervoor bedoelde zin niet kan worden bepaald.

107. De hoogte van de boete wordt bepaald door de boetegrondslag te vermenigvuldigen met een rekenfactor.⁶⁹ Per type overtreding is een bandbreedte vastgesteld waarbinnen deze factor zich dient te bevinden. Hierdoor kan de boete worden gedifferentieerd naar gelang de ernst van de overtreding. Uit het oogpunt van de gewenste preventieve werking kan het verkregen resultaat worden aangepast in verband met het gewicht van de onderneming, uitgedrukt in de totale omzet van deze onderneming in Nederland in het jaar voorafgaand aan het opmaken van het rapport als bedoeld in artikel 59 Mw, hetgeen kan leiden tot een vereenvoudiging van de eerdere uitkomst. De aldus verkregen boete wordt ten slotte aangepast indien sprake is van boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden.⁷⁰

C. Beoordeling van de ernst van de overtreding

108. In geschil is een horizontale overeenkomst en/of een horizontale onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen VN, VA, Sparu en Texaco/BEM om dezelfde korting te geven op de prijs van benzine, diesel en lpg gedurende de periode van 15 april 2000 tot 17 juli 2000, hetgeen heeft geleid tot gelijke prijzen. Zoals hiervoor reeds onder randnummer 84 aangegeven, vormen volgens vaste Europese jurisprudentie overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen concurrenten met betrekking tot kortingen, (indirect) middelen om prijzen vast te stellen of te reguleren. Dergelijke afspraken dienen te worden aangemerkt als prijsafspraken. Horizontale prijsafspraken worden in de Richtsnoeren als voorbeeld genoemd van een zeer zware overtreding.⁷¹ Daarnaast geven de Richtsnoeren aan dat als zware overtredingen met name worden aangemerkt (geheel of gedeeltelijk) horizontale regelingen die niet kunnen worden aangemerkt als een zeer zware overtreding.⁷²

109. Hoewel in het algemeen horizontale prijsafspraken worden gekwalificeerd als zeer zware overtredingen, ongeacht of deze een verlaging of verhoging van de prijs betreffen, is de d-g NMa in dit geval van oordeel dat onderhavige horizontale prijsafpraak dient te worden gekwalificeerd als een zware overtreding. De d-g NMa neemt in dit verband met name in aanmerking dat de inhoud van de betrokken prijsafpraak (een verlaging en niet een verhoging van de consumentenprijs), die werd gemaakt door ondernemingen die een exploitatieovereenkomst met eenzelfde leverancier hebben gesloten, geen directe schade voor de consument tot gevolg heeft gehad.

⁶⁹ Zie randnummers 20 t/m 25 van de Richtsnoeren voor een uitgebreide uiteenzetting.

⁷⁰ Zie randnummers 26 t/m 28 van de Richtsnoeren voor een uitgebreide uiteenzetting.

⁷¹ Zie randnummer 11 van de Richtsnoeren.

⁷² Zie randnummer 12 van de Richtsnoeren.

110. Bij een zware overtreding dient de rekenfactor, afhankelijk van de economische context, volgens de Richtsnoeren te worden gesteld op een waarde van ten hoogste 2.⁷³ In het onderhavige geval acht de d-g NMa een rekenfactor van 1 aangewezen. Bij het vaststellen van de factor is enerzijds betekenis toegekend aan de situatie dat, ondanks het feit dat sprake is van een homogeen product, nauwelijks op prijs wordt geconcurrereerd. Toetreding van nieuwe marktpartijen levert onder dergelijke omstandigheden een belangrijke impuls voor prijsconcurrentie; prijsafspraken zijn - ook als zij een prijsverlaging betreffen - in dat licht bezien schadelijk voor het concurrentieproces. Anderzijds is betekenis toegekend aan de relatief kleine omvang van de relevante geografische markt.

D Duur van de overtreding en boetgrondslag

111. Het handelen in strijd met artikel 6 Mw heeft plaatsgevonden vanaf 15 april 2000 tot 17 juli 2000 en beslaat derhalve een periode van ruim 13 weken.
112. Op basis van de door Texaco overgelegde gegevens over de periode 15 april 2000 tot 17 juli 2000 inzake de door Texaco aan VN, VA, Sparu en BEM geleverde liters brandstof en gelet op de door VN, VA, Sparu en BEM gehanteerde pomprijzen in de periode 15 april 2000 tot 17 juli 2000, is voor elk van de betrokken partijen de betrokken omzet voor de periode 15 april 2000 tot 17 juli 2000 vastgesteld. Het gaat hier om de netto-omzet, waarbij derhalve de af te dragen belasting toegevoegde waarde, accijnzen en heffingen buiten beschouwing zijn gelaten.
113. Op basis van het gestelde in randnummer 112 gaat de d-g NMa voor VN voor de periode 15 april 2000 tot 17 juli 2000 uit van een betrokken omzet van EUR 250.290,--. De boete kan derhalve volgens de hiervoor beschreven methodiek worden bepaald op EUR 25.029,-- * 1 = EUR 25.029,--, welk bedrag wordt afgerond op EUR 25.000,--. De d-g NMa is ten aanzien van VN niet gebleken van boeteverhogende dan wel boeteverlagende omstandigheden als bedoeld in randnummers 27 en 28 van de Richtsnoeren.
114. Op basis van het gestelde in randnummer 112 gaat de d-g NMa voor VA voor de periode 15 april 2000 tot 17 juli 2000 uit van een betrokken omzet van EUR 488.980,--. De boete kan derhalve volgens de hiervoor beschreven methodiek worden bepaald op EUR 48.898,-- * 1 = EUR 48.898,--, welk bedrag wordt afgerond op EUR 48.500,--. De d-g NMa is ten aanzien van VA niet gebleken van boeteverhogende dan wel boeteverlagende omstandigheden als bedoeld in randnummers 27 en 28 van de Richtsnoeren.

⁷³ Zie randnummer 20 van de Richtsnoeren.

115. Op basis van het gestelde in randnummer 112 gaat de d-g NMa voor Sparu voor de periode 15 april 2000 tot 17 juli 2000 uit van een betrokken omzet van EUR 466.840,-. De boete kan derhalve volgens de hiervoor beschreven methodiek worden bepaald op EUR 46.684,- * 1 = EUR 46.684,-, welk bedrag wordt afgerond op EUR 46.500,-. De d-g NMa is ten aanzien van Sparu niet gebleken van boeteverhogende dan wel boeteverlagende omstandigheden als bedoeld in randnummers 27 en 28 van de Richtsnoeren.

116. Op basis van het gestelde in randnummer 112 gaat de d-g NMa voor BEM voor de periode 15 april 2000 tot 17 juli 2000 voor het bepalen van de boete van Texaco/BEM uit van een betrokken omzet van EUR [vertrouwelijk],-. De boete kan derhalve volgens de hiervoor beschreven methodiek worden bepaald op EUR [vertrouwelijk],- * 1 = EUR [vertrouwelijk],-.

117. Daarnaast acht de d-g NMa het feit dat Texaco de kortingsactie heeft geïnitieerd en gecoördineerd een boeteverzwarend element als bedoeld in randnummer 27 van de Richtsnoeren. Daarnaast acht de d-g NMa het in dit geval noodzakelijk toepassing te geven aan randnummer 23 van de Richtsnoeren, teneinde van de hoogte van de boete de gewenste preventieve werking te doen laten uitgaan.

118. Gelet hierop wordt de boete voor Texaco vastgesteld op EUR 1.000.000,-.

XI. Besluit

De directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:

- a) stelt vast dat Vermeulen Neerboscheweg B.V., Vermeulen St. Anna B.V., Sparu B.V. en Texaco Nederland B.V. tezamen met B.V. Benzinstation Exploitatie Maatschappij, artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet hebben overtreden doordat zij een overeenkomst hebben gesloten, dan wel hun gedrag onderling hebben afgestemd met betrekking tot het hanteren van dezelfde kortingen op de prijs voor motorbrandstoffen bestemd voor de consumenten in de periode van 15 april 2000 tot 17 juli 2000;
- b) rekent de onder a) bedoelde overtreding toe aan respectievelijk Vermeulen Neerboscheweg B.V. statutair gevestigd te Nijmegen, Vermeulen St. Anna B.V. statutair gevestigd te Nijmegen, Sparu B.V. statutair gevestigd te Wijchen en Texaco Nederland B.V. statutair gevestigd te Rotterdam;
- c) legt een boete op ten belope van EUR 25.000,-- aan Vermeulen Neerboscheweg B.V. wegens voornoemde overtreding;
- d) legt een boete op ten belope van EUR 48.500,-- aan Vermeulen St. Anna B.V. wegens voornoemde overtreding;
- e) legt een boete op ten belope van EUR 46.500,-- aan Sparu B.V. wegens voornoemde overtreding;
- f) legt een boete op ten belope van EUR 1.000.000,-- aan Texaco Nederland B.V. wegens voornoemde overtreding;
- g) De hierboven onder c), d), e), en f) vastgestelde geldboetes dienen overeenkomstig het bepaalde in artikel 67, eerste lid, van de Mededingingswet binnen dertien weken na verzending van dit besluit te worden betaald door storting op bankrekeningnummer 19.23.24.233 ten name van de Nederlandse Mededingingsautoriteit te Den Haag onder vermelding van het kenmerk van dit besluit. Na het verstrijken van bovengenoemde termijn wordt overeenkomstig artikel 67, tweede lid, van de Mededingingswet, deze geldboetes vermeerderd met de wettelijke rente.

Openbaar

Deze beschikking is gericht tot Texaco Nederland B.V. statutair gevestigd te Rotterdam,
Vermeulen Neerboscheweg B.V. statutair gevestigd te Nijmegen, Vermeulen St. Anna B.V.
statutair gevestigd te Nijmegen en Sparu B.V statutair gevestigd te Wijchen.

Datum: 25 juni 2002

w.g. A.W. Kist

Directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit