

<i>Datum</i>	<i>Uw kenmerk</i>	<i>Ons kenmerk</i>	<i>Bijlage(n)</i>
17 september 2003		2422-210	

Onderwerp
Advies voor zaak 2422, Klager vs AUV en Aesculaap

**Subcommissie samengesteld uit de leden mr.dr.s. R.C. van Houten (voorzitter),
prof.dr. J.A.H. Maks en prof.mr. F.O.W. Vogelaar**

Secretaris van de subcommissie: mr. J.W. van de Gronden

1 Inleiding

1. Op 20 april 1998 heeft de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: "d-g NMa") een klacht ontvangen van klager, dierenarts (hierna: "klager"), gericht tegen de AUV Coöperatieve Nederlandse Veterinair-farmaceutische Groothandel UA (hierna: "AUV"). De klacht was gericht tegen de weigering van de AUV, die een groothandel in diergeneesmiddelen exploiteert, om producten aan zijn dierenartsenpraktijk te leveren. Bij de klacht heeft klager een kopie van een lijst van dierenartsen die door de AUV van leverantie waren uitgesloten van 22 februari 1998, overgelegd. De klacht is voor de d-g NMa aanleiding geweest om onderzoek te doen. Uit dit onderzoek bleek dat de AUV en een andere onderneming op het terrein van de groothandel in diergeneesmiddelen, Aesculaap BV (hierna: "Aesculaap"), een beleid van leveringsweigeringen hanteerden, dat op gespannen voet met de Mededingingswet (hierna: "Mw") kon staan.

2. Naar aanleiding van het onderzoek heeft de d-g NMa op 15 februari 2001 een rapport doen opmaken op grond van artikel 59, eerste lid, Mw. Het rapport is op dezelfde datum bekend gemaakt aan AUV en Aesculaap. Op 8 maart 2001 is een niet-vertrouwelijke versie van het rapport toegezonden aan klager.

3. Parallel aan het onderzoek naar aanleiding van de klacht van klager liep een ontheffingsprocedure als bedoeld in artikel 17 Mw in het kader van een ontheffingsaanvraag die de AUV op 31 maart 1998 had ingediend voor het "lidmaatschap van AUV" en haar Statuten. Over dit ontheffingsverzoek heeft overleg plaatsgevonden tussen de NMa en de AUV. Tijdens dit overleg is ook het onderzoek naar aanleiding van deze klacht ter sprake gekomen. AUV heeft in dit overleg aangegeven bereid te zijn onder meer artikel 10, zevende lid, van haar Statuten te schrappen en het in de Veterinaire Producten Katalogus (hierna: "VPK") van AUV opgenomen calculatieoverzicht met rekenvoorbeelden te laten vervallen. Op 15 februari 2000 heeft de d-g NMa in een voorlopige zienswijze aan de AUV aangegeven dat de aangemelde regelingen niet voor een ontheffing in aanmerking kwamen. Daarbij is tevens medegedeeld "*dat het in het belang van de AUV en haar leden kan zijn om de bewuste regelingen en gedragingen, wanneer deze geen voorlopige geldigheid genieten dan wel buiten het kader van het ontheffingsverzoek vallen of zaak 668 betreffen, zo spoedig mogelijk te beëindigen*". Medio 2000 heeft de AUV haar statuten aangepast en het calculatieoverzicht met de rekenvoorbeelden laten vervallen. Daarna heeft de AUV op 18 juli 2000 de ontheffingsaanvraag ingetrokken. De d-g NMa heeft evenwel het onderzoek naar aanleiding van de klacht van klager voortgezet.¹

4. Op 29 augustus 2002 heeft de d-g NMa het besluit (hierna: "bestreden besluit") genomen, waarin aan AUV een boete van EUR 9,7 miljoen is opgelegd en aan Aesculaap een boete van EUR 750.000. In het bestreden besluit is aan AUV en Aesculaap ieder afzonderlijk tevens een last onder dwangsom opgelegd.

2 Verloop van de procedure

5. Tegen het bestreden besluit heeft de AUV op 2 oktober 2002 bezwaar aangetekend en Aesculaap heeft op 9 oktober 2002 een bezwaarschrift ingediend. Beide bezwaarschriften zijn tijdig ingediend. De gronden van bezwaar zijn, eveneens tijdig, door Aesculaap aangevuld op 28 november 2002 en door AUV op 5 december 2002.

6. Op grond van artikel 92, eerste lid, Mw adviseert de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: "Adviescommissie") over bezwaren tegen een beschikking als bedoeld in artikel 62, eerste lid, Mw.

¹ De d-g NMa heeft ook een besluit omtrent de oplegging van een boete of een last onder dwangsom genomen ten aanzien van de KNMvD. In dit besluit is afgezien van het daadwerkelijk opleggen van een sanctie. Zie het Besluit van de d-g NMa in zaak 25, Holland Dier Identiteit t. KNMvD van 6 juli 2000.

7. Op 3 februari 2003 is namens de d-g NMa een schriftelijke toelichting op het bestreden besluit bij de Adviescommissie ingediend en verstuurd naar de gemachtigden van de AUV en Aesculaap.

8. Op 14 februari 2003 heeft de Adviescommissie de vertegenwoordigers van de AUV en Aesculaap, van de d-g NMa, van klager en andere uitgesloten dierenartsen gehoord ten kantore van de Nederlandse Mededingingsautoriteit. Op 7 april 2003 is aan de partijen het verslag toegestuurd en zijn zij in de gelegenheid gesteld daarover opmerkingen te maken.²

9. Voor het verdere verloop van de procedure die voorafging aan de hoorzitting van 14 februari 2003 wordt verwezen naar het bestreden besluit.

3 Het bestreden besluit

10. In het bestreden besluit stelt de d-g NMa vast dat de AUV en Aesculaap artikel 6, eerste lid, Mw hebben overtreden door geen diergeneesmiddelen te leveren aan bepaalde dierenartsen, die zich niet hielden aan het bepaalde in artikel 10, zevende lid, van de Statuten van de AUV en aan bepaalde regelingen van de Koninklijke Nederlandse Maatschappij voor Diergeneeskunde (hierna: "KNMvD"). Aangezien op grond van artikel 10, zevende lid, van de Statuten diergeneesmiddelen slechts mochten worden aangewend voor gebruik in de eigen praktijk, was er volgens de d-g NMa sprake van een verboden markt- of klantenverdeling. Tot de regelingen van de KNMvD behoorden onder meer tarieven en calculatieschema's, welke horizontale prijsregelingen opleverden. Ook stelde de d-g NMa vast dat op grond van de regelingen van de KNMvD vrije vestiging (zonder toestemming van buurtpraktijken) ongeoorloofd was. Het bestuur van de AUV besloot, zo wordt uiteengezet in het bestreden besluit, vaak na klachten van buurtpraktijken dierenartsen uit te sluiten van levering. Ook nadat artikel 10, zevende lid, Statuten medio 2000 was geschrapt, zouden leveringsweigering tot de datum van de vaststelling van het rapport (15 februari 2001) onderdeel hebben uitgemaakt van het handelsbeleid van de AUV en Aesculaap.

11. Tussen Aesculaap en AUV was mondeling overeengekomen dat zij gezamenlijk het leveringsweigeringsbeleid van de AUV zouden handhaven. Deze afspraak werd gemaakt toen de AUV de andere activiteiten dan die op het terrein van de groothandel in diergeneesmiddelen van Aesculaap overnam. Onder deze zelfde voorwaarde was de AUV bereid ook haar eigen productassortiment aan Aesculaap ter fine van wederverkoop te leveren. Afsproken werd dat bij wege van uitzondering aan de

² Op 10 april 2003 is aan partijen een brief toegestuurd om de termijn waarbinnen zij konden reageren, te corrigeren. De termijn is toen op 18 april 2003 gesteld.

uitgesloten dierenartsen wel unieke producten van de AUV (waarvoor geen reëel alternatief bestond op de markt) mochten worden geleverd.

12. De d-g NMa stelt in het bestreden besluit dat de overtredingen van artikel 6, eerste lid, Mw een zeer ernstige overtreding vormen. Aan de AUV wordt daarom een boete van EUR 9,7 miljoen opgelegd en aan Aesculaap een boete van EUR 750.000. Aan beide ondernemingen wordt ook een last onder dwangsom gegeven. Zij dienen schriftelijk aan alle afnemers, de (voorheen) uitgesloten dierenartsen daaronder begrepen, en aan alle leden van de AUV en Aesculaap op schrift uiteen te zetten dat het leveringsweigeringsbeleid definitief is beëindigd wegens strijd met de Mededingingswet. Voor iedere dag dat niet binnen de gestelde termijn van twee maanden na bekendmaking van het bestreden besluit aan deze last wordt voldaan, verbeurt de AUV EUR 50.000 en Aesculaap EUR 5.000. Het bedrag waarboven de AUV en Aesculaap geen dwangsom verbeuren bedraagt EUR 1 miljoen respectievelijk EUR 100.000.

4 Bezwaren van partijen en beoordeling

4.1 Besluit van een ondernemersvereniging en overeenkomst

13. De AUV stelt dat, hoewel zij afhankelijk van de feitelijke omstandigheden zowel een onderneming als een ondernemersvereniging kan zijn, zij in het kader van de levering van producten optreedt als een onderneming en niet als een ondernemersvereniging. Een onderneming in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw verricht zelfstandig een economische activiteit. Een ondernemersvereniging daarentegen is een verband van leden die economische activiteiten ontplooiën, maar verricht zelf dergelijke activiteiten niet. De levering van diergeneesmiddelen aan dierenartsenpraktijken moet worden beschouwd als een activiteit van een groothandelaar of van een producent en is derhalve een economische activiteit. De handelingen met betrekking tot levering zijn volgens de AUV daarom ten onrechte als besluit van een ondernemersvereniging gekwalificeerd. Tijdens de hoorzitting van 14 februari 2003 is door de AUV enerzijds ontkend dat er een causaal verband bestond tussen de uitsluitingen en de klachten van de buurtpraktijken en anderzijds niettemin gesteld dat er wel in bepaalde mate een causaal verband tussen de uitsluitingen en de rol van de buurtpraktijken moet worden gelegd omdat, gezien de beperkte controlecapaciteit van de Algemene Inspectiedienst van het Ministerie van LNV (hierna: "AID"), de (buurt)dierenartsen meestal als allereersten overtredingen van de diergeneesmiddelenwetgeving signaleren, hetgeen voor de AUV aanleiding kan vormen om over te gaan tot uitsluiting.

14. Vervolgens stelt de AUV dat, ook al zou er sprake zijn van een weigering van levering afkomstig van een ondernemersvereniging in de onderhavige zaak, zulks dan nog geen schending van artikel 6, eerste lid, Mw oplevert. De leden van de AUV zijn

immers nooit gevraagd om bepaalde afnemers niet meer te leveren. Daarnaast vormden de leveringsweigeringen geen uitdrukking van de wil van de leden, omdat de leveringsweigeringen niet aan de leden waren gericht. Veel afnemers die niet door de AUV werden geleverd, waren immers geen lid.

15. Voorts ontkent de AUV dat er tussen haar en Aesculaap een overeenkomst zou bestaan. Door de bereidheid van de AUV haar producten voor wederverkoop aan Aesculaap te leveren, is deze laatste onderneming een groothandel geworden die een volledig assortiment kon aanbieden, hetgeen een gunstige ontwikkeling voor de concurrentie was. De verplichting om geen producten van de AUV te leveren in bepaalde omstandigheden, is niet meer dan de keerzijde van de bereidheid van de AUV om deze producten aan Aesculaap, die met haar eigen groothandel concurreerde, te verkopen. Het opleggen van deze verplichting is een eenzijdige handeling.

16. *Aesculaap* stelt eveneens dat er tussen haar en de AUV geen overeenkomst bestond. De voorwaarde van levering is eenzijdig door de AUV aan Aesculaap opgelegd. Aesculaap heeft aan de door de AUV uitgesloten dierenartsen alle producten geleverd, behalve de alternatieven van de AUV voor een aantal producten. Ten onrechte is in het bestreden besluit gesteld dat Aesculaap heeft meegewerkt aan een absolute uitsluiting van bepaalde afnemers.

17. Van de zijde van de *d-g NMa* is gesteld dat de AUV zowel een onderneming als een ondernemersvereniging is. Dat de leveringsweigerings zich niet richt tot c.q. wordt uitgevoerd door de leden-dierenartsen brengt evenwel niet automatisch met zich mee dat geen sprake zou zijn van een besluit van een ondernemersvereniging. Het feit dat de uitvoering van het leveringsbeleid plaatsvond c.q. werd overgelaten aan de onderneming van de AUV betekent niet automatisch dat hiermee niet tevens de belangen van de ondernemersvereniging zijn gemoeid. In de onderhavige zaak is er een duidelijke inbreng van de leden van de AUV bij de leveringsweigeringen, nu deze tot stand kwamen op basis van klachten ingediend door bepaalde leden-dierenartsen bij het bestuur van de AUV. Deze klachten werden ingediend, indien een concurrerende dierenarts in de omgeving zich 'schuldig' maakte aan als ongewenst aangemerkt concurrentiegedrag. Voorts blijkt onder meer uit de statuten van de AUV dat deze vereniging mede de belangen van haar leden beoogt te behartigen.

18. Voorts wordt namens de *d-g NMa* gesteld onder verwijzing naar de argumentatie, zoals weergegeven in randnummers 63 en 150-151 van het bestreden besluit, dat het betoog dat er sprake zou zijn van een eenzijdig door de AUV aan Aesculaap opgelegde verplichting, niet kan slagen. Tevens wordt volgens de *d-g NMa* door Aesculaap toegegeven dat zij in beginsel de afspraak met de AUV naleefde door aan de uitgesloten dierenartsen geen producten van de AUV te leveren, tenzij deze als uniek dienden te worden aangemerkt.

Beoordeling

19. De AUV is een coöperatieve vereniging en exploiteert (onder meer) een onderneming in de groothandel van diergeneesmiddelen. De AUV is derhalve zowel een onderneming als een ondernemersvereniging in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw. Uit rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat er sprake is van een besluit van een ondernemersvereniging, indien dit besluit een getrouwe weergave vormt van de wil van de vereniging om het gedrag van haar leden op de markt te coördineren.³ In dit verband herinnert de Adviescommissie er voorts aan dat handelingen van een onderneming, die passen in het kader van contractuele betrekkingen met andere ondernemingen, geen eenzijdige handelingen zijn, maar gedragingen die onder de reikwijdte van het kartelverbod vallen.⁴ Het is derhalve van belang om na te gaan of de beslissingen van de AUV om dierenartsen uit te sluiten van levering de getrouwe weergave vormt van de wil van deze vereniging om het gedrag van de dierenartsen op de markt te coördineren.

20. In dit verband acht de Adviescommissie van belang dat de uitsluitingen van de dierenartsen verliepen volgens een vast patroon. In de brieven die de AUV stuurde naar de uitgesloten dierenartsen werden de redenen voor uitsluiting steeds summier aangegeven; er werd standaard verwezen naar de behartiging van belangen van de leden.⁵ Hieruit blijkt reeds dat er een verband bestaat tussen een beslissing van uitsluiting en het gedrag van de leden.

21. Uit de brief van de AUV zelf van 9 september 1996 blijkt voorts dat over de uitsluiting van levering door de AUV van de klager overleg geweest is tussen verschillende leden van deze vereniging.⁶ Hoewel ten tijde van de hoorzitting door de AUV een causaal verband tussen de uitsluiting van een dierenarts en de klachten van buurtpraktijken is ontkend, heeft de AUV in haar brief van 23 maart 1999, die zij aan de NMa heeft verzonden,⁷ aangegeven dat een verzoek tot uitsluiting in behandeling werd genomen, indien meerdere praktijken de AUV attent maakten op 'storend gedrag' van een regionaal opererende dierenarts. Vervolgens merkt de AUV in haar brief het volgende op: "*Via regiobestuur wordt de situatie in kaart gebracht en evt. advies gegeven aan het hoofdbestuur om tot uitsluiting over te gaan indien het regiobestuur*

³ Zie bijvoorbeeld zaak 45/85, Verband der Sachversicherer, Jur. 1987, p. I-405.

⁴ Zie zaak 107/82, AEG, Jur. 1983, p. 3151 en gevoegde zaken 25/84 en 26/84, Ford, Jur. 1985, p. 2725.

⁵ Zie brieven die naar verschillende uitgesloten dierenartsen zijn gestuurd en opgenomen zijn in dossierstukken 2, 38, 40 en 59.

⁶ In deze brief (dossierstuk 2) wordt naar aanleiding van de uitsluiting van klager melding gemaakt van overleg met en advisering door het regiobestuur, naar aanleiding waarvan een definitieve beslissing zal worden genomen.

⁷ Zie dossierstuk 14.

van mening is dat de wijze van opereren van de betreffende dierenartsen schadelijk is voor de belangen van de overige leden. In de meeste gevallen overtreedt de betreffende dierenarts een of enkele artikelen van artikel 10 van de statuten." Vervolgens wordt in de brief aangegeven dat klager is uitgesloten wegens de overtreding van artikel 10, zevende lid, van de Statuten. Daarnaast bevat het dossier brieven, waarin buurtpraktijken bij de AUV hun beklag doen over bepaalde dierenartsen, en brieven, waarin de AUV deze dierenartsen meedeelde hen niet langer te beleveren;⁸ deze door de AUV als vertrouwelijk aangemerkte brieven zijn door deze organisatie zelf aan de NMa opgestuurd en kunnen derhalve tegen AUV in aanmerking worden genomen. Ter zitting is door de AUV voorts toegegeven dat de klachten van de buurtpraktijken een rol speelden, daar buurtpraktijken, eerder dan de AID, (vermeende) overtredingen van de diergeneesmiddelenwetgeving bij andere dierenartsen constateerden; deze (vermeende) overtredingen zouden dan weer, zo betoogde de AUV op de zitting, aanleiding zijn geweest de dierenartsen uit te sluiten. Daarnaast blijkt uit de brieven die een aantal dierenartsen aan de NMa stuurde ter beantwoording van vragen van de NMa, dat de buurtpraktijken de AUV met succes verzochten om bepaalde dierenartsen uit te sluiten van levering van diergeneesmiddelen.⁹

22. Naar het oordeel van de Adviescommissie kan uit het bovenstaande worden geconcludeerd dat de uitsluitingen van bepaalde dierenartsen door de AUV volgens een procedure verliepen, waarbij de leden van de AUV, in het bijzonder de buurtpraktijken, een cruciale rol speelden. De uitsluitingen van de dierenartsen weerspiegelden derhalve de wil van de AUV om het gedrag op de markt van de aangesloten dierenartsen te coördineren. Het betoog van de AUV dat de uitsluitingen geen besluit van een ondernemersvereniging kan zijn omdat niet de leden zelf zijn gevraagd om leveringen aan de uitgesloten dierenartsen te weigeren, moet worden afgewezen. Vast staat, zoals in randnummers 20 en 21 is opgemerkt, dat de uitsluitingen een weergave zijn van de wil van de ondernemersvereniging om het marktgedrag van haar leden te coördineren. Voor de aanwezigheid van een besluit van een ondernemersvereniging is niet vereist dat de daadwerkelijke uitvoering van de leveringsweigeringen door de leden ter hand wordt genomen. Indien deze

⁸ Zie de brieven opgenomen in dossierstuk 65. Op deze brieven wordt nader ingegaan in de randnummers 55-57 van dit advies.

⁹ Meerdere dierenartsen hebben aangegeven op verzoek van de buurtpraktijken te zijn uitgesloten. Zie de brief van [VERTROUWELIJK] van 10 april 1999 (dossierstuk 33), de brief van [VERTROUWELIJK] van 16 april 1999 (dossierstuk 39), de brief van [VERTROUWELIJK] van 26 april 1999 (dossierstuk 42), de brief van [VERTROUWELIJK] van 9 juni 1999 (dossierstuk 61), de brief van [VERTROUWELIJK] van 17 juni 1999 (dossierstuk 64). Daarnaast blijkt uit een telefoonnotitie van 24 februari 2000 van een ambtenaar van de NMa (dossierstuk 76) naar aanleiding van telefonische gesprekken met drie dierenartsen, dat, hoewel deze drie dierenartsen op het moment van het gesprek met de ambtenaren weer werden beleverd, zij in het verleden van levering waren uitgesloten op verzoek van de buurtpraktijken.

argumentatie van de AUV zou worden aanvaard, dan zou het beleid van een onderneming geëxploiteerd door een ondernemersvereniging ontsnappen aan de toepassing van artikel 6, eerste lid, Mw ook al wordt dit beleid gebruikt voor de instandhouding van concurrentiebeperkende regelingen van deze ondernemersvereniging, enkel en alleen omdat de onderneming niet door de leden zelf wordt geëxploiteerd maar 'slechts' door de vereniging. Een dergelijke interpretatie van het begrip 'besluit van een ondernemersvereniging' zou de toepassing van het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw, afhankelijk maken van de toevallige organisatiestructuur van een ondernemersvereniging en de bij haar aangesloten ondernemingen en moet daarom worden afgewezen. Het is in overeenstemming met de ratio van artikel 6, eerste lid, Mw, welke gelegen is in de bestrijding van mededingingsbeperkende afspraken in ruime zin, dat ook handelingen die door een door een ondernemersvereniging geëxploiteerde onderneming op verzoek van haar leden zijn verricht en waardoor het gedrag op de markt wordt gecoördineerd, onder de reikwijdte van deze wettelijke bepaling vallen.

23. Tevens ontvalt aan de leveringsweigeringen niet het karakter van 'besluit van een ondernemersvereniging' omdat ze waren gericht aan een dierenarts die geen lid van de AUV was. Een schadelijk effect van een besluit van een ondernemersvereniging kan zijn dat de concurrentie afkomstig van niet aangesloten ondernemingen wordt beperkt; het spreekt voor zich dat een dergelijke situatie onder de reikwijdte van artikel 6, eerste lid, Mw valt.

24. Voorts stelt de Adviescommissie dat vast staat dat er tussen de AUV en Aesculaap een overeenkomst bestond, op grond waarvan laatstgenoemde onderneming geen diergeneesmiddelen van de AUV mocht doorleveren aan de door de AUV uitgesloten dierenartsen. Zoals terecht door de d-g NMa in randnummer 63 van het bestreden besluit is opgemerkt, was de voorwaarde om niet te leveren onlosmakelijk verbonden aan de overeenkomst van de overname van de bedrijfsactiviteiten en de *management buy out*. Door met het sluiten van deze overeenkomst in te stemmen, was de feitelijke wil van Aesculaap ook gericht op de instemming met de door de AUV voorgestelde voorwaarde niet door te leveren aan uitgesloten dierenartsen. Dat Aesculaap zich gezien de economische omstandigheden genoodzaakt voelde om deze voorwaarde te accepteren, doet niets af aan de omstandigheid dat zij ermee heeft ingestemd. Gelijk terecht door de NMa is opgemerkt, heeft Aesculaap vervolgens die afspraak nageleefd, door in veel gevallen de niet-unieke producten van de AUV niet te leveren aan de dierenartsen wier namen op de door de AUV aan Aesculaap verschaftte lijst van uitgesloten dierenartsen stonden vermeld.

4.2 Beperking van de mededinging

De leveringsweigering en de regelingen waarvan de naleving werd afgedwongen

25. De AUV stelt dat van de aanwezigheid van een leveringsweigering slechts sprake kan zijn indien (1) een verzoek tot levering gedaan wordt door een afnemer waaraan (2) de onderneming van de AUV geen gevolg geeft en dat (3) kenbaar heeft gemaakt aan de afnemer. Na de inwerkingtreding van de Mededingingswet, althans na juli 2000, zou de AUV geen verzoeken tot levering meer hebben geweigerd. Vanaf deze datum, zo stelt de AUV, heeft haar hoofddirectie in het nummer van maart 2000 van haar tijdschrift Veterinaire Praktijk Informatie (hierna: "VPI") en op 8 maart 2000 ter gelegenheid van de vergadering van hoofdbestuur, regiobesturen en hoofddirectie toegelicht dat artikel 10 (waaronder het zevende lid van dit artikel) van haar Statuten zou worden gewijzigd, omdat de d-g NMa deze bepaling uit de Statuten mededingingsbeperkend achtte. Tevens zou aan de lijsten, waarop de namen van uitgesloten dierenartsen voorkwamen, weinig betekenis toekomen nu zij slechts de functie van waarschuwing voor de ordertelefoniste zouden hebben gehad.

26. Voorts zou het beleid van de onderneming van de AUV om alleen te leveren aan dierenartsen die zich houden aan de wetgeving voor diergeneesmiddelen moeten worden gezien als onderdeel van een selectief distributiesysteem. Daar dit selectief distributiesysteem zou zijn gebaseerd op een selectief en objectief criterium dat voldoet aan de eisen van de noodzakelijkheid en evenredigheid, is er geen strijd met artikel 6, eerste lid, Mw.

27. Daarnaast benadrukt de AUV dat van haar niet kan worden verwacht, dat zij producten aan dierenartsen levert die de wet overtreden. De meeste overtredingen vormen een strafbaar feit, waardoor de AUV, indien zij wel aan dergelijke dierenartsen zou leveren, medeplichtig zou worden aan deze strafbare feiten.

28. Door de AUV is in dit kader uiteengezet dat er drie typen geneesmiddelen bestaan. Naast zogenoemde vrije geneesmiddelen bestaan de UDD-middelen en UDA-middelen. De UDD-middelen mogen alleen worden toegediend door de dierenartsen. De UDA-middelen mogen alleen door de dierenartsen worden afgeleverd, maar het is de dierhouder toegestaan ze zelf toe te passen. Het is derhalve de dierenartsen niet toegestaan zo maar aan een ieder alle soorten diergeneesmiddelen in onbeperkte zin af te leveren. De Diergeneesmiddelenwet wordt overtreden, indien diergeneesmiddelen aan veehouders door een dierenarts die niet bij deze veehouders 'praktiseert', worden afgeleverd. Ook is er sprake van een overtreding, indien UDD-middelen worden afgegeven zonder deze zelf als dierenarts toe te dienen. Tevens in strijd met de wet is het leveren van UDD- en UDA-middelen aan zogenaamde lekenhandelaren in plaats van rechtstreeks aan de dierhouder. Op verzoek van de AID zou de AUV geen

diergeneesmiddelen hebben geleverd aan dierenartsen, die zich schuldig maakten aan illegale handel.

29. Voorts heeft de NMa, zo stelt de AUV, een aantal individuele gevallen in onvoldoende mate onderzocht. Een aantal dierenartsen heeft reeds voor de inwerkingtreding van de Mededingingswet de dierenartsenpraktijk neergelegd. Ten aanzien van een aantal dierenartsen is de levering weer hervat voor 1998. Aan een aantal dierenartsen is niet geleverd, omdat zij de diergeneesmiddelenwetgeving hadden overtreden. Op de hoorzitting heeft de AUV onder meer aan de hand van een geschreven verklaring van een ambtenaar van de AID betoogd dat een groot aantal van de dierenartsen die uitgesloten was geweest, in strijd met de toepasselijke diergeneesmiddelenwetgeving heeft gehandeld.

30. Ten onrechte is volgens de AUV door de NMa gesteld dat de leveringsweigeringen zijn aan te merken als een collectieve boycot. Er is in de onderhavige zaak niet, zoals in de arresten *Belgische Behangselpapierfabrikanten*¹⁰ en *Van Landewyck*¹¹, sprake van ondernemingen die als leden van een ondernemersvereniging bepaalde afnemers boycotten.

31. Ook is gesteld door de AUV dat zij de levering van diergezondheidsmiddelen kon weigeren, omdat haar producten mededingingsrechtelijk gezien geen unieke producten zijn. Voor de meeste van haar producten zijn andere diergeneesmiddelen voorhanden met dezelfde therapeutische werking; een dierenarts is derhalve niet afhankelijk van de producten van de AUV. Op zijn minst had de NMa behoren te onderzoeken of er alternatieven waren voor de producten van de AUV. Daarnaast heeft de AUV nooit zo verborgen mogelijk gehouden dat unieke preparaten wel konden worden geleverd aan dierenartsen die op de lijst van uitgesloten ondernemingen stonden.

32. Volgens de AUV beperkte artikel 10, zevende lid van haar Statuten de dierenartsen niet in hun vrijheid om afnemers te kiezen. De verplichting uit deze bepaling om diergeneesmiddelen slechts te gebruiken in de eigen praktijk, behelsde niet meer dan een verplichting dat diergeneesmiddelen alleen mochten worden voorgeschreven voor dieren die door de dierenarts zelf zijn onderzocht en gezien. Wellicht bevatte artikel 10, zevende lid van de Statuten achteraf gezien een wat ongelukkige weergave van de diergeneesmiddelenwetgeving; het ging echter om een basale beroepsregel voor de goede praktijkuitoefening van een dierenarts in overeenstemming met wetgeving en deontologie.¹² De dierenarts is geen 'retailer' die diergeneesmiddelen verkoopt, maar een arts die met inachtneming van strenge wettelijke regels dieren behandelt. Voorts

¹⁰ Zaak 73/74, *Behangselpapierfabrikanten*, Jur. 1975, p. 1491.

¹¹ Gevoegde zaken 209 tot 215 en 218/78, *Van Landewyck*, Jur. 1980, p. 3125.

¹² In dit verband verwijst AUV in een voetnoot naar zaak C-303/99, *Wouters*, Jur. 2002, p. I-1577.

bedraagt bedrijfseconomisch gezien de inkoop van diergeneesmiddelen maar circa 20-45% van de omzet, terwijl bij een detaillist de verkoop van zaken ongeveer 80% van de omzet zou bestrijken. Daarnaast beperkte artikel 10, zevende lid van de Statuten op geen enkele wijze de vrijheid van de dierenartsen voor wat betreft de hoeveelheid goederen of diensten die hij wilde aanbieden. Tevens heeft de d-g NMa ten onrechte gesteld dat op grond van artikel 10, zevende lid van de Statuten het werven van klanten verboden was.

33. Door de AUV is voorts betoogd dat zij niet de regels van de KNMvD heeft gehandhaafd, op grond waarvan een dierenarts zich niet vrij mag vestigen zonder toestemming van de buurtpraktijken. De AUV heeft aan 96 'vrije vestigingen' diergeneesmiddelen geleverd. De twee dierenartsen die de d-g NMa noemt als voorbeelden van ondernemingen aan wie niet is geleverd omdat zij zich vrij hebben gevestigd, zijn onjuist. Aan klager is niet geleverd, omdat deze in strijd heeft gehandeld met de regels van een systeem van selectieve distributie van een fabrikant en de diergeneesmiddelenwetgeving heeft geschonden. Daarnaast is dierenarts [VERTROUWELIJK] geen voorbeeld van vrije vestiging.

34. Voorts ontkent de AUV dat zij de adviestarieven van de KNMvD heeft gehandhaafd. Uit het dossier blijkt dat de AUV nooit naar deze tarieven heeft verwezen. Uit het dossier blijkt slechts dat de AUV een calculatieschema van de KNMvD als bijlage heeft opgenomen in de VPK van de onderneming van de AUV. Onjuist zijn de voorbeelden van de dierenartsen waarnaar de d-g NMa verwijst om aan te tonen dat ondernemingen die zich niet hielden aan de adviesprijzen van de KNMvD niet meer werden beleverd. [VERTROUWELIJK] wordt sinds 1 december 1997 weer van leveringen voorzien door de AUV. [VERTROUWELIJK] kreeg geen leveringen omdat hij in strijd met de diergeneesmiddelenwetgeving handelde. Hij was daarvoor veroordeeld. De AUV heeft weer diergeneesmiddelen aan [VERTROUWELIJK] geleverd na zijn dissociatie met [VERTROUWELIJK].

35. Voorts stelt de AUV niet het initiatief te hebben genomen om een calculatieschema te publiceren. De beslissing om dit te publiceren, is genomen door de hoofddirectie van de onderneming van de AUV toen zij de inhoud bepaalde (met haar commerciële medewerkers) van de productencatalogus van de onderneming van de AUV. Tevens is het calculatieschema niet bindend. Ook mag niet uit het oog worden verloren dat het calculatieschema is opgesteld en afkomstig is van de KNMvD.

36. Volgens de AUV wordt de conclusie van de d-g NMa omtrent de afstemming van de prijzen niet gestaafd door de feiten. In de praktijk lopen de tarieven van de dierenartsen uiteen.

37. De tussen de AUV en Aesculaap overeengekomen voorwaarde om niet te leveren aan uitgesloten dierenartsen is volgens de AUV een nevenrestrictie in het kader van de overname van bepaalde bedrijfsonderdelen van Aesculaap door de AUV, en is als zodanig niet in strijd met artikel 6 Mw; integendeel, de opname van de producten van de AUV in het assortiment van Aesculaap werkt juist concurrentiebevorderend. Aangezien Aesculaap een volgesorteerde groothandel wilde exploiteren, was het van cruciaal belang, dat zij producten van de AUV aan haar assortiment kon toevoegen. Op deze wijze kon de groothandel van Aesculaap volgesorteerd zijn en alleen onder deze voorwaarde zou deze groothandel levensvatbaar zijn.

38. Door *Aesculaap* is betwist dat zij heeft meegewerkt aan de absolute uitsluiting van bepaalde afnemers. Indien een bepaald product van de AUV niet mocht worden geleverd, werd er een alternatief product aan de uitgesloten dierenarts in kwestie verschaft. Unieke producten van de AUV werden altijd door Aesculaap geleverd. Aesculaap heeft er nooit beleid van gemaakt bepaalde dierenartsen uit te sluiten. Het niet afleveren van bepaalde producten van AUV heeft niet geleid tot afzetbeperking, daar sinds 14 maart 2001, zijnde het moment dat de AUV op last van de NMa haar leveringsbeleid heeft gestaakt, de omzet in producten van de AUV bij Aesculaap niet is toegenomen. De dierenartsen die nooit door Aesculaap werden beleverd, handelden in strijd met de beginselen van *Good Veterinary Practice* of waren slechte debiteuren.

39. Aesculaap stelt voorts dat zij door de economische machtspositie die de AUV innam tot 14 maart 2001 (toen de AUV haar beleid wijzigde vanwege de publicatie van het rapport door de NMa in de onderhavige zaak), niet in de positie was om geen gevolg te geven aan de voorwaarden die de AUV aan haar oplegde. Ook zou uit rechterlijke uitspraken zijn gebleken, dat het beleid van Aesculaap om in bepaalde gevallen geen diergeneesmiddelen te leveren niet in strijd was met het mededingingsrecht. Er bestond daardoor geen aanleiding om over de door de AUV opgelegde voorwaarden te klagen bij de bevoegde instanties.

40. Namens de *d-g NMa* is betoogd dat het leveringsweigeringsbeleid van de AUV niet als eenzijdig handelen van de AUV kan worden beschouwd. De inbreng van de leden van de AUV, de buurtpraktijken, bij de totstandkoming van de leveringsweigerings staat buiten kijf. Dat het beleid niet door de leden van de AUV maar door de onderneming van de AUV werd uitgevoerd doet niets af aan het horizontale karakter van de collectieve acties van de leden van de AUV, nu zij door middel van deze onderneming handelden tegen als ongewenst aangemerkt concurrentiegedrag van andere dierenartsen.

41. Door de *d-g NMa* wordt niet aanvaard dat er een objectieve rechtvaardiging zou bestaan voor het leveringsweigeringsbeleid van de AUV. Voor zover de AUV al door de bevoegde overheidsinstanties zou zijn verzocht om aan bepaalde dierenartsen geen

diergeneesmiddelen te leveren, dan kunnen deze verzoeken uitsluitend verband houden met dierenartsen die al dan niet tijdelijk waren geschorst voor de uitoefening van de diergeneeskundepraktijk. Tevens is het afleveren van diergeneesmiddelen aan veehouders buiten de eigen praktijk ten onrechte door de AUV als overtreding van de diergeneesmiddelenwetgeving aangemerkt. Alleen het afleveren van diergeneesmiddelen zonder de gezondheid van de dieren te controleren kan onder omstandigheden een overtreding van deze wetgeving opleveren. Andere vermeende illegale praktijken waardoor de uitgesloten dierenartsen in staat zouden zijn lagere tarieven te rekenen, zijn door de AUV grotendeels niet bewezen. Hieraan voegt de d-g NMa nog toe dat voor de AUV geen toezichthoudende of handhavingstaak is weggelegd in het kader van de diergeneesmiddelenwetgeving en de Wet Economische Delicten. Op de hoorzitting is van de zijde van de d-g NMa betoogd dat, indien zou moeten worden aangenomen dat de geschreven verklaring van de ambtenaar van de AID bij de beoordeling moet worden betrokken, in deze verklaring slechts ten aanzien van vijf of zes dierenartsen (op een aantal van 36 uitgesloten dierenartsen) een tuchtrechtelijke of strafrechtelijke veroordeling heeft plaatsgevonden, terwijl twee dierenartsen tijdelijk en een dierenarts onvoorwaardelijk de uitoefening van zijn beroep is ontzegd. Daarnaast golden de uitsluitingen van een aantal dierenartsen reeds voordat er sprake was van een tuchtrechtelijke of strafrechtelijke veroordeling.

42. Van de zijde van de d-g NMa is het verweer van de AUV verworpen dat onvoldoende zou zijn aangetoond dat in individuele gevallen de leveringsweigering van de AUV zou berusten op het niet naleven van de Statuten van de AUV dan wel de regels van de KNMvD. Het gaat volgens de d-g NMa niet zozeer om de individuele gevallen van de leveringsweigering, als wel om het toegepaste beleid van de leveringsweigering als handhavingssysteem van de AUV.

43. Gezien het mededingingsbeperkende oogmerk van het leveringsbeleid is reeds sprake van een inbreuk op artikel 6, eerste lid, Mw. Het is niet doorslaggevend voor de vaststelling van de overtreding van deze bepaling of alleen niet-levering van unieke preparaten de praktijkuitoefening voor de uitgesloten dierenartsen onmogelijk zou maken.. Voldoende om deze overtreding aan te nemen is de aanwezigheid van het mededingingsbeperkende oogmerk van het leveringsbeleid, namelijk het pogen te voorkomen en/of bestraffen van ongewenst concurrentiegedrag van dierenartsen en daarmee het consolideren van bestaande marktpraktijken en marktverhoudingen. Overigens was het bij veel uitgesloten dierenartsen niet bekend dat zij, met name via Aesculaap, bepaalde unieke preparaten konden verkrijgen. Daar komt nog bij dat het leveringsbeleid wel degelijk nadelige gevolgen had voor de praktijkuitoefening van de uitgesloten dierenartsen, daar zij slechts een beperkter assortiment konden aanbieden dan hun concurrenten en het niet kunnen aanbieden van producten van de AUV stigmatiserend werkte.

44. Het betoog van Aesculaap dat zij niet deelnam aan de systematische leveringsweigering kan niet slagen volgens de d-g NMa, nu onweersproken is dat Aesculaap bepaalde (niet-unieke) AUV-producten weigerde te leveren aan de uitgesloten dierenartsen.

45. Namens de d-g NMa is voorts gesteld dat ten onrechte door de AUV is gesteld dat het bepaalde in artikel 10, zevende lid van de Statuten van deze onderneming niet verder zou gaan dan de diergeneesmiddelenwetgeving. Zoals reeds door de d-g NMa is aangegeven, mag volgens hem op grond van de toepasselijke wetgeving een diergeneesmiddel worden afgeleverd aan een dierhouder, ongeacht of deze tot zijn praktijk behoort, zolang deze medicijnen bestemd zijn voor de dieren van de betreffende houder. Ook al is de verplichting om diergeneesmiddelen slechts aan te wenden voor het gebruik in de eigen praktijk wellicht voor meerdere uitleg vatbaar, dit doet niets af van de omstandigheid dat deze verplichting werd aangegrepen om ongewenst gedrag van bepaalde dierenartsen (zoals het voordelig aanbieden of toedienen van diergeneesmiddelen) tegen te gaan. Van de zijde van de d-g NMa is er voorts op gewezen dat, aangezien de dierenartsen voor de dierhouders vaak de enige bron zijn van levering van diergeneesmiddelen, de eerstgenoemden voor de laatstgenoemden wat de distributie c.q. de verkoop van deze middelen betreft werkzaam zijn op detailhandelsniveau. Het beroep van de AUV op de in de rechtspraak erkende vrijheid om deontologische beroepsregels op te stellen, slaagt niet volgens de d-g NMa. In het onderhavige geval zijn dergelijke beroepsregels niet aan de orde, nu de regels die zouden zijn overtreden volgens de AUV een wettelijke grondslag hebben. Voor zover deze regels verdergaan dan de wettelijke regels, bestaat gezien het wettelijk kader hiervoor geen enkele rechtvaardiging.

46. Volgens de NMa kan de afspraak tussen de AUV en Aesculaap om niet te leveren aan uitgesloten dierenartsen niet als nevenrestrictie worden beschouwd. Nog daargelaten of de doctrine van de nevenrestrictie kan worden toegepast op de onderhavige overeenkomst die tot stand is gekomen toen er nog geen concentratiecontrole in het Nederlandse mededingingsrecht bestond, is deze overeenkomst in ieder geval niet noodzakelijk voor de realisering van de overname van de bedrijfsactiviteiten door de AUV. De afspraken zijn primair verbonden aan de producten die de AUV aan Aesculaap levert en niet aan de overname van de bedrijfsactiviteiten. Daarnaast moeten deze afspraken worden getoetst aan een objectief noodzakelijkheids criterium en niet aan de subjectieve noodzaak van de AUV om haar leveringsweigeringsbeleid voort te zetten of aan de subjectieve noodzaak van Aesculaap om het beding om niet te leveren aan uitgesloten dierenartsen te accepteren.

Beoordeling

47. Naar het oordeel van de Adviescommissie kan het betoog van de AUV dat er geen sprake is van een leveringsweigeringsbeleid, omdat er in ieder geval na 2000 aan de AUV geen expliciet verzoek tot levering is gedaan dat de AUV uitdrukkelijk geweigerd heeft, niet worden aanvaard. Onbetwist is dat in het verleden verzoeken tot levering van dierenartsen expliciet zijn geweigerd. Na in sommige gevallen tevergeefs te hebben getracht diergeneesmiddelen geleverd te krijgen, hebben zij (logischerwijs) na verloop van tijd geen uitdrukkelijk verzoek tot levering meer ingediend. In dit verband is het van belang dat er bij de AUV nog een lijst met uitgesloten dierenartsen werd gehanteerd welke vastgesteld was op 11 augustus 2000.¹³ De AUV kan niet in zijn stelling worden gevolgd dat aan deze lijsten weinig betekenis toekomt nu zij slechts de functie van waarschuwing voor de ordertelefoniste zouden hebben. Uit door Aesculaap ook ter hoorzitting gedane mededelingen blijkt dat aan deze onderneming door de AUV deze lijsten werden toegestuurd, zodat het voor Aesculaap duidelijk was aan welke dierenartsen geen 'niet-unieke' preparaten mochten worden geleverd. Hieruit blijkt dat deze lijsten geen vrijblijvend karakter hadden.

48. Hieruit moet de conclusie worden getrokken dat het leveringsweigeringsbeleid door de AUV is voortgezet tot na de inwerkingtreding van de Mededingingswet en ook nog na medio 2000. De op de vergadering van de AUV van 8 maart 2000 en de in de VPI van maart 2000 gedane mededelingen kunnen niet gelden als berichtgeving waaruit onomstotelijk blijkt dat de AUV afstand heeft gedaan van haar leveringsweigeringsbeleid. In deze mededelingen wordt alleen gesteld dat artikel 10 van de Statuten wordt gewijzigd. Op geen enkele wijze wordt bericht noch in een openbare publicatie noch in een brief gericht aan de dierenartsen dat de nog geldende uitsluitingen worden opgeheven. Het document met daarin het standpunt dat op de vergadering van 8 maart 2000 werd ingenomen, is door de AUV zelfs als vertrouwelijk aangemerkt. Pas nadat het rapport in de onderhavige zaak op 14 februari 2001 tot stand was gekomen, verstuurde de AUV alle uitgesloten dierenartsen een brief gedateerd op 14 maart 2001, waarin afstand werd gedaan van het leveringsweigeringsbeleid. Tot deze datum waren er derhalve nog steeds dierenartsen uitgesloten van levering. Pas na het versturen van deze brieven kan het leveringsweigeringsbeleid worden geacht door de AUV te zijn beëindigd. Het beleid rond de weigeringen van de levering is begonnen voor de inwerkingtreding van de Mededingingswet op 1 januari 1998, maar heeft voortgeduurd tot na deze datum en wel tot 14 maart 2001.

¹³ Deze lijst, welke op verzoek van de AUV als vertrouwelijk is aangemerkt, is door de AUV zelf als bijlage bij haar brief van 7 november 2000 aan de NMa opgestuurd, dossierstuk 89, en kan derhalve in dezen tot bewijs bijdragen.

49. De Adviescommissie stelt zich op het standpunt dat het leveringsweigeringsbeleid als een collectieve boycot moeten worden beschouwd, nu op verzoek van buurtpraktijken dierenartsen werden uitgesloten van levering van diergeneesmiddelen door de onderneming van de AUV. Het betoog van de AUV dat er geen sprake is van een collectieve boycot, omdat in tegenstelling tot de zaken Belgische Behangselpapierfabrikanten en Van Landewyck niet de leden van de ondernemersvereniging, maar de ondernemersvereniging zelf (namelijk de AUV) de dierenartsen boycotten, gaat niet op. Zoals in randnummer 22 reeds is betoogd, hangt de toepasselijkheid van artikel 6, eerste lid, Mw, niet af van de omstandigheid of de uitsluiting afkomstig is van de leden of van de ondernemersvereniging. Het stelselmatig uitsluiten door de AUV van dierenartsen van levering, nadat hierom was verzocht door buurtpraktijken, impliceert de aanwezigheid van een collectief element in het leveringsweigeringsbeleid. De conclusie moet dan ook luiden dat in de onderhavige zaak sprake is geweest van een collectieve boycot.

50. Ook kan de AUV niet worden gevolgd in haar argumentatie dat haar leveringsweigeringen onderdeel zijn van een stelsel van selectieve distributie. Van een dergelijk stelsel is sprake, indien een leverancier aan de hand van objectieve criteria die in de eerste plaats verband houden met de aard van een product, zijn afnemers selecteert.¹⁴ Op geen enkele wijze is gebleken dat de AUV op deze wijze haar afnemers benadert. Dierenartsen werd niet vooraf te kennen gegeven niet te zullen worden beleverd omdat zij niet voldeden aan objectieve criteria; sommige dierenartsen zijn naar aanleiding van een klacht van buurtpraktijken achteraf uitgesloten zonder dat aan hen de reden van deze uitsluiting werd meegedeeld.

51. Volgens de Adviescommissie bestond er voor de AUV geen objectieve rechtvaardigingsgrond voor het leveringsweigeringsbeleid, dat is ontleend aan de naleving van de diergeneesmiddelenwetgeving. Niet is door de AUV aannemelijk gemaakt dat aan de uitsluiting van de dierenartsen overtredingen van de diergeneesmiddelenwetgeving ten grondslag lagen.

52. Gelijk terecht door de d-g NMa is opgemerkt, is slechts voor een klein aantal uitgesloten dierenartsen vast komen te staan dat zij strafrechtelijk of tuchtrechtelijk zijn veroordeeld. Uit de bijlagen bij het aanvullend bezwaarschrift van de AUV trekt Adviescommissie de conclusie dat blijkbaar in 4 à 5 gevallen sprake is van een strafrechtelijke veroordeling, een tuchtrechtelijke uitspraak en/of ontzegging van de uitoefening van het beroep van dierenarts. Hieraan voegt de Adviescommissie toe dat het afhankelijk is van de inhoud van een veroordeling of daaraan de consequentie van de weigering van levering van elk diergeneesmiddel kan worden verbonden. Van belang

¹⁴ Zie randnummer 184 van de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen van de Commissie, Pb. 2000 C291/1.

is om allereerst na te gaan welke bepaling is geschonden, wat de aard en de frequentie van de overtredingen is, alvorens een uitsluiting van een dierenarts van de levering van elk diergeneesmiddel gerechtvaardigd kan zijn. Niet mag uit het oog worden verloren dat met een strafrechtelijke veroordeling of met een tuchtrechtelijke uitspraak, waarbij straffen en/of maatregelen worden opgelegd, de desbetreffende dierenarts al is gesanctioneerd.

53. Aan de door de AUV overlegde verklaring van een ambtenaar van de AID, waarin een aantal dierenartsen wordt omschreven als overtreders van de diergeneesmiddelenwetgeving, komt naar het oordeel van de Adviescommissie geen betekenis toe. Ten tijde van de hoorzitting waren slechts vier van de in de verklaring genoemde dierenartsen aanwezig. Ten aanzien van de andere dierenartsen was het niet mogelijk om het beginsel van hoor en wederhoor toe te passen. Naar aanleiding van de verklaringen van de vier aanwezige dierenartsen trekt de Adviescommissie de conclusie dat niet onomstotelijk vast is komen te staan dat zij de diergeneesmiddelenwetgeving hebben overtreden. Ook bestaat onduidelijkheid over de beantwoording van de vraag of consequent elke dierenarts aan wie de overtreding van de diergeneesmiddelenwetgeving werd verweten, door de AUV werd uitgesloten van levering. Niet kan worden uitgesloten dat enige dierenartsen die deze wetgeving overtraden, desalniettemin niet werden uitgesloten van levering. Nu slechts kan worden gespeculeerd over de waarde van de verklaring van de ambtenaar van de AID, dient deze verklaring buiten beschouwing te blijven.

54. In dit verband moet erop worden gewezen dat in de in randnummer 20 aangehaalde brieven, die de AUV verstuurd aan van levering uitgesloten dierenartsen, geen enkele melding werd gemaakt van de (vermeende) overtredingen van de diergeneesmiddelenwetgeving. Op deze wijze kregen de uitgesloten dierenartsen geen mogelijkheid om zich te verweren tegen bijvoorbeeld de stelling dat zij de toepasselijke regelgeving zouden hebben overtreden. Hieraan voegt de Adviescommissie toe dat door de AUV evenmin aannemelijk is gemaakt dat zij, indien een dierenarts niet werd belevd wegens (vermeende) overtredingen van de diergeneesmiddelenwetgeving, er dan stelselmatig beleid van maakte om de AID in te lichten. In dit verband wijst de Adviescommissie erop dat de Rechtbank Rotterdam in de zaak SEP t. d-g NMa¹⁵ eveneens overwoog dat, indien een onderneming het redelijk vermoeden heeft dat wetgeving wordt overtreden die strafrechtelijk wordt gehandhaafd (in casu ging het om de oude Elektriciteitswet 1989 die door middel van WED werd gehandhaafd), deze onderneming zich tot het Openbaar Ministerie had kunnen wenden. Ook overtredingen van bepalingen uit de Diergeneesmiddelenwet zijn strafbaar gesteld krachtens de WED. Indien een onderneming kennis draagt van strafbare feiten, ligt het op haar weg om de bevoegde instanties in te lichten; in dergelijke omstandigheden kan

¹⁵ Rb. Rotterdam 26 november 2002, SEP t. d-g NMa, Actualiteiten Mededingingsrecht 2003, p. 41.

niet worden volstaan met het alleen treffen van eigen maatregelen in de commerciële sfeer. Om betrokkenheid bij een strafbaar feit te voorkomen, lijkt het voor de hand te liggen dat een onderneming, zodra zij weet heeft van een dergelijk feit, dit meldt aan de bevoegde toezichthoudende instanties, zoals de AID, en eventueel advies vraagt hoe te handelen, al was het maar ter voorkoming van eigen, door de AUV geschetste, strafrechtelijke betrokkenheid.

55. Naar het oordeel van de Adviescommissie is door de d-g NMa voldoende aannemelijk gemaakt dat aan het leveringsweigeringsbeleid motieven ten grondslag lagen die verband houden met de naleving van artikel 10, zevende lid van de Statuten en de gedragsregels van de KNMvD.¹⁶ In de eerste plaats heeft de AUV in zijn brief van 23 maart 1999¹⁷ zelf aangegeven dat dierenartsen werden uitgesloten, omdat zij artikel 10, daaronder begrepen het zevende lid, van de Statuten overtraden; als voorbeeld hiervan werd in deze brief klager genoemd. Op grond van het zevende lid van dit artikel mogen diergeneesmiddelen alleen gebruikt worden voor de eigen praktijk. Tevens heeft de AUV in zijn brief van 29 juni 1999 gericht aan de d-g NMa aangegeven dat dit artikellid de leden verplichtte de diergeneesmiddelen alleen te gebruiken voor de eigen praktijk; de diergeneesmiddelen mochten dus alleen worden aangewend voor eigen klanten. Voorts zijn dierenartsen uitgesloten geweest, wanneer zij deze verplichting overtraden en actief klanten van andere dierenartsen gingen werven. Voorbeelden hiervan zijn aan te treffen in brieven die de AUV zelf bij brief van 29 juni 1999 aan de NMa heeft toegezonden.¹⁸ Voorbeelden van dierenartsen die werden uitgesloten vanwege onder meer het actief werven van klanten nadat buurtpraktijken hadden geklaagd zijn [VERTROUWELIJK],¹⁹ [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK]²⁰ en [VERTROUWELIJK].²¹

56. Ook wat de gedragsregels van de KNMvD betreft, heeft de d-g NMa voldoende aannemelijk gemaakt dat de overtreding van deze regels door een dierenarts door de AUV 'bestraft' werd met leveringsweigeringen.²² In de eerste plaats bestond er een verband tussen de regelingen omtrent tarieven en calculatieschema's alsmede omtrent

¹⁶ Zie in dit verband randnummers 61 t/m 69 van het rapport in deze zaak en randnummers 29-33 van het bestreden besluit.

¹⁷ Zie dossierstuk 14.

¹⁸ Deze brieven zijn opgenomen in dossierstuk 65. Deze brieven, die op verzoek van de AUV als vertrouwelijk zijn aangemerkt, zijn dus door de AUV zelf aangeleverd.

¹⁹ Zie de brief van 3 maart 1999 van de kring van dierenartsen [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK], dossierstuk 65.

²⁰ Zie de brief van 25 februari 1998 van [VERTROUWELIJK] en de brief van 2 maart 1998 van [VERTROUWELIJK]. Beide brieven zijn opgenomen in dossierstuk 65.

²¹ Zie de brief van 28 november 1997 van [VERTROUWELIJK].

²² Zie randnummers 54-60 van het rapport en randnummers 29-33 van het bestreden besluit.

het verbod diensten en goederen tegen een lager tarief aan te bieden dan naburige concurrenten enerzijds en de uitsluitingen van de AUV anderzijds. Tot het jaar 2000 werden de van de KNMvD overgenomen calculatieschema's gepubliceerd in de VPK van de AUV. Voorts heeft de AUV in zijn brief van 29 juni 1999²³ aangegeven dat onder meer de tariefstelling de reden was om dierenartsen uit te sluiten van de levering. Tevens blijkt uit brieven van buurtpraktijken die de AUV zelf bij zijn hierboven reeds aangehaalde brief aan de NMa heeft toegezonden, dat concurrentie met lage tarieven een reden voor de buurtpraktijken was om de AUV te verzoeken een bepaalde dierenarts uit te sluiten van levering. Zo zijn [VERTROUWELIJK],²⁴ [VERTROUWELIJK],²⁵ [VERTROUWELIJK]²⁶ uitgesloten geweest (onder meer) vanwege het aanbieden van diensten tegen 'te lage prijzen'. Hetzelfde geldt voor [VERTROUWELIJK], die nadat buurtcollega's daarover hadden geklaagd, van de AUV een brief kreeg niet langer geleverd te krijgen.²⁷ Daarnaast zijn naar aanleiding van klachten van buurtpraktijken tegen de dierenartsen [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] die niet alleen betrekking hadden op de volksgezondheid maar ook op economische redenen als scherpe prijsstellingen, deze dierenartsen uitgesloten geweest.²⁸ Het beeld dat het aanbieden van diensten onder de overeengekomen

²³ Dossierstuk 65.

²⁴ Zie de brief van de AUV van 3 juli 1997, bijlage bij dossierstuk 65. Met ingang van 1 december 1997 is hij weer beleverd, waarbij gecontroleerd werd of hij zich hield aan de code van de KNMvD en de Statuten van de AUV.

²⁵ Zie de brief van 8 mei 1992 van [VERTROUWELIJK], de brief van 15 juli 1994 van de AUV, de brief van 1 september 1994 van [VERTROUWELIJK], en de brief van 28 september 1994 van de AUV, waarin meegedeeld werd dat [VERTROUWELIJK] uitgesloten bleef van leveringen. Deze brieven zijn alle opgenomen in dossierstuk 65.

²⁶ Zie de brief van 28 december 1988 van [VERTROUWELIJK], de brief van 18 januari 1989 van de AUV, de brief van [VERTROUWELIJK] van 3 maart 1989, de brieven van 21 oktober 1994 van de AUV, de brief van 24 oktober 1994 [VERTROUWELIJK], de brief van 27 oktober 1994 van [VERTROUWELIJK], de brief van 29 oktober 1994 van [VERTROUWELIJK], de brief van 10 november 1994 van de AUV, de brief van 21 november 1994 van [VERTROUWELIJK], de brief van 21 november 1994 van [VERTROUWELIJK], de brief van 21 november 1994 van [VERTROUWELIJK], de brief van 21 november 1994 van [VERTROUWELIJK], de brief van 21 november 1994 van [VERTROUWELIJK], de brief van 21 november 1994 van [VERTROUWELIJK], de brief van 21 november 1994 van [VERTROUWELIJK], de brief van 21 november 1994 van [VERTROUWELIJK], de brief van 21 november 1994 van [VERTROUWELIJK].

²⁷ Zie de brieven van [VERTROUWELIJK] van 12 november 1997 en van 19 november 1997, de brief van [VERTROUWELIJK] van 28 november 1997, de brief van 11 december 1997 van de [VERTROUWELIJK], de brief van [VERTROUWELIJK] van 16 december 1997 en de brief van 8 januari 1998 van de AUV, waarin aan [VERTROUWELIJK] werd meegedeeld dat hij uitgesloten was van levering van de AUV. Deze brieven zijn alle opgenomen in dossierstuk 65.

²⁸ Zie de brief van [VERTROUWELIJK] van 14 januari 1998, de brief van [VERTROUWELIJK] van 18 februari 1998, de brief van [VERTROUWELIJK] van 25 februari 1998, de brief van [VERTROUWELIJK]

tarieven voor de AUV een reden voor uitsluiting was, wordt bevestigd door brieven die uitgesloten dierenartsen aan de NMa hebben opgestuurd; in dit verband wordt gewezen op de (ongedateerde) brief van [VERTROUWELIJK]²⁹ en de brief van 17 juni 1999 van [VERTROUWELIJK].³⁰ Het bezwaar van de AUV dat zij nooit naar de tarieven van de KNMvD heeft verwezen, moet worden afgewezen, nu zij zelf bij brief van 29 juni 1999 heeft aangegeven dat de tariefstelling een reden tot uitsluiting was en naar aanleiding van klachten van buurtpraktijken over 'ongewenste tarieven' dierenartsen van levering heeft uitgesloten. In de tweede plaats blijkt de zogenaamde 'vrije vestiging'³¹ van een dierenarts, waartegen andere dierenartsen bij de AUV bezwaar maakten, een reden voor uitsluiting van levering door de AUV te zijn geweest. Dit blijkt eveneens uit de brieven van buurtpraktijken die de AUV zelf als bijlagen bij zijn aangehaalde brief aan de NMa heeft meegezonden. De dierenartsen [VERTROUWELIJK]³² en [VERTROUWELIJK]³³ zijn ook om de reden dat zij zich vrij hadden gevestigd, uitgesloten geweest.³⁴ Het beeld dat vrije vestiging een reden was om door de AUV te worden uitgesloten, wordt ook bevestigd door de brieven die uitgesloten dierenartsen naar de NMa hebben gestuurd. Dit blijkt uit de brief van 18 april 1998 die de klager heeft gestuurd,³⁵ uit de ongedateerde brief van [VERTROUWELIJK],³⁶ de brief van [VERTROUWELIJK] van 16 april 1999³⁷ en de brief

(ongedateerd), de brief van [VERTROUWELIJK] van 12 maart 1998 en de brieven van 16 maart 1998 en van 24 maart 1998 van de AUV, waarin kenbaar gemaakt werd de leveranties aan [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] gestaakt werden. Deze brieven zijn alle opgenomen in dossierstuk 65.

²⁹ Dossierstuk 64.

³⁰ Dossierstuk 63.

³¹ Volgens de code van KNMvD diende een dierenarts zich te melden alvorens hij zich konden vestigen in een bepaalde plaats, zodat de Begeleidingscommissie van de KNMvD en de desbetreffende Vestigingscommissie van de KNMvD zijn toestemming konden geven. Indien een dierenarts zich vrij vestigde (derhalve zonder deze toestemming) kon een dierenarts bestraft worden door de Eeraad van de KNMvD.

³² Zie de brieven van [VERTROUWELIJK] van 12 november 1997 en van 19 november 1997, de brief [VERTROUWELIJK] van 28 november 1997, de brief van 11 december 1997 van [VERTROUWELIJK], de brief van [VERTROUWELIJK] van 16 december 1997 en de brief van 8 januari 1998 van de AUV, waarin aan [VERTROUWELIJK] werd meegedeeld dat hij uitgesloten was van levering van de AUV. Deze brieven zijn alle opgenomen in dossierstuk 65.

³³ Zie de brief van 28 december 1998 van [VERTROUWELIJK]

³⁴ Zie de brieven van [VERTROUWELIJK] van 12 november 1997 en van 19 november 1997, de brief van [VERTROUWELIJK] van 28 november 1997, de brief van 11 december 1997 van [VERTROUWELIJK], de brief van [VERTROUWELIJK] van 16 december 1997 en de brief van 8 januari 1998 van de AUV, waarin aan [VERTROUWELIJK] werd meegedeeld dat hij uitgesloten was van levering van de AUV. Deze brieven zijn alle opgenomen in dossierstuk 65.

³⁵ Dossierstuk 1.

³⁶ Dossierstuk 65.

van 26 april 1999 van [VERTROUWELIJK].³⁸ Ook blijkt uit een telefoonnotitie van een ambtenaar van de NMa van een gesprek dat hij onder meer met dierenarts [VERTROUWELIJK] heeft gevoerd, dat deze dierenarts uitgesloten is geweest vanwege vrije vestiging.³⁹

57. In de in de vorige randnummers aangehaalde correspondentie werd in een aantal gevallen verwezen door de buurtpraktijken naar het belang van de volksgezondheid en de naleving van de diergeneesmiddelenwetgeving. Altijd werd evenwel het financiële dan wel economische belang van de dierenartsen aangehaald. Nu in deze correspondentie op geen enkele plek melding gemaakt werd van de betrokkenheid van de AID, staat naar het oordeel van de Adviescommissie vast dat het niet naleven van artikel 10, zevende lid van de Statuten van de AUV en van de gedragsregels van de KNMvD (met name die betreffende de tarieven en de vrije vestiging) de reden geweest is van de uitsluiting van de dierenartsen. Deze gedragingen dienen derhalve aan de hand van artikel 6, eerste lid, Mw te worden getoetst, ook al zijn een aantal gedragingen voor de inwerkingtreding van de Mededingingswet op 1 januari 1998 begonnen. Zoals hierboven reeds aan de orde is geweest, zijn lijsten met uitgesloten dierenartsen tot medio 2000 bij de AUV aangetroffen en is pas op 14 maart 2001 afstand gedaan van dit beleid door de AUV. Dat een aantal individuele uitgesloten dierenartsen voor deze datum weer kregen geleverd, doet niet af aan de conclusie dat de leveringsweigeringsbeleid als beleid voortduurde. Het is zelfs niet uitgesloten dat deze dierenartsen weer diergeneesmiddelen bij de AUV konden betrekken, omdat zij zich conformeerden aan de in de volgende randnummers te behandelen regelingen. Dat het leveringsweigeringsbeleid tot op de dag van 14 maart 2001 nog werd gehanteerd door de AUV, blijkt uit de omstandigheid dat op deze datum aan 19 dierenartsen een brief met als inhoud dat zij niet langer van levering waren uitgesloten, diende te worden gestuurd. Deze dierenartsen waren tot deze datum dus nog steeds uitgesloten geweest. Dat enkelen hun praktijk reeds hadden beëindigd doet niet af van deze conclusie, daar voor de meesten van deze 19 dierenartsen de uitsluiting nog steeds daadwerkelijk effect had in de praktijk. Daarnaast is voor de onderhavige zaak niet van belang dat medio 2000 artikel 10, zevende lid van de Statuten werd ingetrokken, daar het leveringsweigeringsbeleid, dat onder meer diende om de naleving van dit artikel af te dwingen, voortduurde en niet in de eerste plaats op deze statutaire bepaling was gebaseerd. Dit beleid dient tezamen met artikel 10, zevende lid van de Statuten, met de regelingen van de KNMvD en met de verzoeken van de buurtpraktijken als één geheel te worden beschouwd. De gedragingen die voor de inwerkingtreding van de Mededingingswet hun oorsprong hadden, hebben naar het oordeel van de Adviescommissie voortgeduurd tot 14 maart 2001.

³⁷ Dossierstuk 39.

³⁸ Dossierstuk 42.

³⁹ Dossierstuk 76.

58. Terecht heeft de d-g NMa het leveringsweigeringsbeleid als zodanig, naast de hieronder te behandelen regelingen, als zelfstandig mededingingsbeperkend element aangemerkt. Door middel van dit beleid wordt immers opgetreden tegen concurrentiegedrag van dierenartsen dat de leden van de AUV als onwenselijk ervoeren. Aangezien een dergelijke beperking naar zijn aard de mededinging beperkt, mag de AUV de levering van zijn producten niet weigeren, ook al zijn ze niet uniek en bestaan er alternatieven. Dat sommige dierenartsen na uitgesloten te zijn geweest weer werden geleverd, dat sommige dierenartsen hun bedrijfsvoering hadden gestaakt of dat een enkele dierenarts niet werd geleverd omdat hij een wanbetaler was, doet niet af aan de mededingingsbeperkende strekking van het leveringsweigeringsbeleid, dat in het kader van het niet-naleven van artikel 10, zevende lid 7 van de Statuten en de gedragsregels van de KNMvD werd gehanteerd. Uit vaste rechtspraak van het Hof⁴⁰ en het Gerecht⁴¹ blijkt dat de omstandigheid dat een afspraak ertoe strekt de mededinging te beperken, terwijl daaraan door de betrokken partijen geen uitvoering is gegeven, niet voldoende is om deze afspraak aan het kartelverbod te onttrekken. Indien dus ten aanzien van enkele dierenartsen een einde is gemaakt aan het leveringsweigeringsbeleid dat ertoe strekt de mededinging te beperken, terwijl dit beleid ten aanzien van andere dierenartsen nog wordt voortgezet, moet de conclusie luiden dat artikel 6, eerste lid, Mw nog steeds geschonden is.

59. Een stelselmatige leveringsweigering beperkt een dierenarts in de keuze van de diergeneesmiddelen die hij in zijn praktijkvoering wil gebruiken. Dat de AUV bereid was wel unieke producten aan de uitgesloten dierenartsen te leveren, doet niet af aan de beperking van deze keuze. Naar het oordeel van de Adviescommissie kan derhalve in het midden blijven of de AUV het voor deze dierenartsen zoveel mogelijk verborgen hield dat unieke middelen konden worden geleverd. De mededingingsbeperking vloeide uiteindelijk voort uit de weigering om niet-unieke middelen te leveren.

60. Artikel 10, zevende lid van de Statuten van de AUV was een concurrentiebeperkende bepaling. Ten onrechte is door de AUV betoogd dat deze bepaling niet verder ging dan de toepasselijke wettelijke bepalingen of deontologische vereisten. Onbetwist is dat op grond van de toepasselijke wetgeving UDD-middelen en UDA-middelen alleen door dierenartsen mogen worden geleverd aan de veehouders, waarbij UDD-middelen door de dierarts zelf moeten worden toegepast. Deze wettelijke verplichting verbiedt evenwel een dierenarts geenszins om actief veehouders of andere klanten te werven die nog niet tot zijn vaste cliëntèle behoren, zolang hij zelf maar de UDD-middelen en de UDA middelen aan hen levert en de UDD-middelen, zo nodig,

⁴⁰ Zie bijvoorbeeld rechtsoverweging 7 van zaak 19/77, Miller, Jur. 1978, p. 131.

⁴¹ Zie bijvoorbeeld rechtsoverweging 139 van zaak T-175/95, BASF, Jur. 1999, p. II-1581 en overweging 191 van zaak T-348/94, Enso Espanola. Jur. 1998, p. II-1875.

zelf toepast. Uit randnummer 55 bleek dat artikel 10, zevende lid van de Statuten zo werd geïnterpreteerd in de praktijk dat dierenartsen die diergeneesmiddelen niet voor de eigen vaste cliëntèle gebruikten maar actief klanten wierven, geacht werden dit artikel te overtreden. Een dergelijk verbod is geen gedragsregel die noodzakelijk kan worden geacht voor de deontologie. Vrije beroepsbeoefenaren (zoals dierenartsen) dienen te worden beschouwd als ondernemingen, worden als zodanig ook geacht met elkaar te concurreren en vallen derhalve onder de mededingingsregels.⁴² Alleen de gedragsregels die noodzakelijk zijn voor de organisatie, bekwaamheid, deontologie, toezicht en aansprakelijkheid worden niet-mededingingsbeperkend geacht, zo blijkt uit de rechtspraak van het Hof⁴³ en van de rechtbank Rotterdam.⁴⁴ Door de AUV is op geen enkele wijze enige noodzakelijkheid in deze zin voor artikel 10, zeven lid van haar Statuten aangetoond. Deze bepaling staat aan een dierenarts in de weg om actief nieuwe klanten te verwerven en beperkt veehouders in hun keuze uit verschillende dierenartsen. Naar het oordeel van de Adviescommissie heeft de d-g NMa in randnummer 75 van zijn bestreden besluit derhalve terecht geconcludeerd dat er sprake is van een verboden horizontale markt- of klantenverdeling en dat een dergelijke verdeling naar zijn aard mededingingsbeperkend is.⁴⁵

61. De regelingen van de KNMvD omtrent de calculatieschema's en tarieven vormen een horizontale prijsafspraken welke naar hun aard de mededinging beperken. Ook de regelingen op grond waarvan het is verboden goederen en diensten aan te bieden tegen een lager tarief dan de buurtpraktijken strekken ertoe de mededinging te beperken. Reeds in zijn besluit naar aanleiding van het ontheffingsverzoek heeft de d-g NMa deze regeling in strijd met artikel 6, eerste lid, Mw geoordeeld.⁴⁶ Door op verzoek van haar leden (de buurtpraktijken) andere dierenartsen die zich niet aan deze regelingen hielden uit te sluiten van levering, zijn de tarieven rechtstreeks dan wel zijdelings bepaald door de AUV. Ook al is er formeel sprake van adviesprijzen⁴⁷, dan nog moeten deze als horizontale prijsbinding worden beschouwd, aangezien de uitsluiting van de AUV de wil van de leden om het tariefbeleid te coördineren, weerspiegelden. De omstandigheid dat de regelingen omtrent de tarieven en de

⁴² Zie rechtsoverweging 64 van zaak T-144/99, EPI, Jur. 2000, p. II-1087.

⁴³ Zaak C-309/99, Wouters, Jur. 2002, p. I-1577.

⁴⁴ Rb. Rotterdam 16 mei 2001, KNMvD t. d-g NMa, MEDED 99/2584-SIMO.

⁴⁵ In zijn in de vorige voetnoot aangehaalde rechtspraak bepaalde de Rechtbank Rotterdam dat niet is in te zien waarom een afspraak om te werken onder de kostprijs, een noodzakelijke deontologische gedragsregel is.

⁴⁶ Zie het besluit van de d-g NMa in zaak 379, KNMvD van 27 augustus 1998.

⁴⁷ Ten overvloede zij vermeld dat het Hof reeds in zijn arrest inzake VCH van 1972 adviesprijzen 'met landelijke dekking' als beperkingen van de mededinging heeft aangemerkt. De conclusie van de NMa in dezen zou derhalve voor de AUV geen verrassing behoeven te zijn.

calculatieschema's niet van de AUV afkomstig waren, doet niet af aan deze conclusie, nu zij op de niet-naleving van deze regelingen reageerde met uitsluiting.

62. De gedragsregels inzake vrije vestiging beperken naar hun aard de mededinging, daar een dierenarts zonder toestemming van buurtpraktijken zich niet mag vestigen. Op deze wijze wordt de markt verdeeld. Dat de AUV niet alle zogenoemde vrije vestigingen heeft uitgesloten, doet niet af aan de conclusie dat de AUV met zijn leveringsweigeringsbeleid is opgetreden naar aanleiding van klachten van buurtpraktijken tegen dierenartsen die zich zonder hun toestemming hadden gevestigd. De omstandigheid dat zogenoemde vrije vestigingen nog kunnen worden onderscheiden, is vanuit mededingingsoogpunt geen gunstige ontwikkeling, omdat in de definitie van het begrip 'vrije vestiging' de toestemming van buurtpraktijken en daarmee het concurrentiebeperkende element besloten ligt.

63. De overeenkomst tussen de AUV en Aesculaap, op grond waarvan Aesculaap geen diergeneesmiddelen mocht doorleveren aan bepaalde afnemers, namelijk de uitgesloten dierenartsen, dient te worden beschouwd als een verticale afspraak. Uit de vaste rechtspraak van het Hof⁴⁸ en de beleidspraktijk van de Commissie⁴⁹ blijkt dat een dergelijk doorleveringsverbod ertoe strekt de mededinging te beperken en dient te worden aangemerkt als een zgn. *hard core* beperking, die niet voor ontheffing in aanmerking komt. Aesculaap wordt immers in zijn vrijheid beperkt om bepaalde afnemers te leveren, terwijl deze afnemers de mogelijkheid wordt ontnomen bepaalde producten te betrekken van Aesculaap. Dat Aesculaap zich niet in de positie achtte om het doorleveringsverbod af te wijzen en zoveel mogelijk (veelal heimelijk) tegemoet probeerde te komen aan de wensen van de afnemers door bijvoorbeeld alternatieven te leveren of soms de afspraken te ontgaan, doet niet af van de omstandigheid dat zij heeft ingestemd met het doorleveringsverbod en in de meeste gevallen daaraan wel uitvoering heeft gegeven. Dat Aesculaap het doorleveringsverbod niet strikt naleefde doet niets af aan het concurrentiebeperkende karakter van dit verbod, daar het bestaan van een dergelijke afspraak een 'optisch en psychologisch klimaat' kan scheppen dat de AUV en haar leden tevreden stelt en bijdraagt aan het in stand houden van de concurrentiebeperkingen op de markt. Een dergelijk 'optisch en psychologisch' klimaat,

⁴⁸ Zie bijvoorbeeld gevoegde zaken 56 en 58/64, Grundig-Consten, Jur. 1966, p. 449 en zaak 86/82, Hasselblad, Jur. 1984, p. 883. Zie in dit verband ook zaak T-77/92, Parker Pen, Jur. 1994, p. 549.

⁴⁹ Zie randnummer 53 en 54 van de (reeds aangehaalde) Richtsnoeren inzake verticale beperkingen. Zie in dit verband ook artikel 4 sub b van Verordening 2790/1999 van de Commissie van 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, Pb. 1999 L 336/21. Ook in de vorige groepsvrijstelling 1983/83 werd een dergelijk doorleveringsverbod al als een niet voor vrijstelling in aanmerking komende beperking aangemerkt; vgl. considerans in nr. 8.

dat voortvloeit uit het bestaan van een doorleveringsverbod, is in strijd met het kartelverbod.⁵⁰

64. Het doorleveringsverbod kan evenmin worden beschouwd als nevenrestrictie overeengekomen in het kader van de overname van bepaalde bedrijfsactiviteiten van Aesculaap door de AUV. In de eerste plaats merkt de Adviescommissie op, dat zgn. *hard core* beperkingen nimmer als nevenrestrictie zijn of kunnen worden aanvaard. Voorts kan in casu het doorleveringsverbod niet worden gezien als een beperking, die noodzakelijk zou zijn voor de behoorlijke overgang van bepaalde bedrijfsactiviteiten van Aesculaap naar de AUV, of voor de aanpassingen die Aesculaap daardoor in haar eigen bedrijfsvoering diende aan te brengen. En ten slotte verdient het vermelding dat de werking van het doorleveringsverbod, een bepaling die naar haar aard de mededinging belemmert, niet in de tijd was beperkt, zodat dit verbod ook al op die grond evenmin evenredig kon zijn aan de te bereiken doelstelling van de overname van de bedrijfsactiviteiten.⁵¹

Marktafbakening en merkbaarheid

65. Volgens de AUV zou de d-g NMa de markt onjuist hebben afgebakend door uit te gaan van een markt van (veterinair) farmaceutische producten waarop farmaceutische producenten als aanbieders en groothandelaren als kopers optreden, en van een markt waarop de groothandelaren als aanbieders en de dierenartsenpraktijken als kopers optreden. Uit de beschikkingspraktijk van zowel de Commissie als de NMa zou volgen dat doorslaggevend bij de afbakening van de relevante productmarkt ter zake van (veterinaire) diergeneesmiddelen moet zijn het beoogde gebruik van deze geneesmiddelen vanuit de vraagzijde. Ten onrechte heeft de d-g NMa echter de markt afgebakend door rekening te houden met de wijze van distributie.

66. Voorts, zo betoogt de AUV, heeft de NMa een verdere afbakening van de relevante markt ten onrechte achterwege gelaten door te stellen dat bij overeenkomsten en gedragingen van de AUV die naar hun aard mededingingsbeperkend zijn, de merkbaarheid van de mededingingsbeperking moet worden aangenomen. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG,⁵² maar ook uit het Besluit van de d-g NMa zelf in de zaak Chilly en Basilicum⁵³ blijkt dat eveneens bij afspraken die ertoe

⁵⁰ Zie rechtsoverweging 7 van het arrest Miller (reeds aangehaald).

⁵¹ In zaak T-112/99, Métropole Télévision e.a. t. de Commissie, Jur. 2001, p. II- 2459, werd een exclusiviteitsbeding dat tien jaar duurde reeds als onevenredig beschouwd.

⁵² Verwezen wordt door AUV naar zaak 5/69, Völk/Vervaecke, Jur. 1969, p. 302.

⁵³ Zie het Besluit van de d-g NMa in zaak 757, Chilly en Basilicum van 12 januari 2000. Tevens verwijst AUV naar het Besluit van de d-g NMa in zaak 767, Zorg en Zekerheid/Theo de Graaf Brillen, van 19 april 2000.

strekken de mededinging te beperken de vraag of de concurrentie merkbaar wordt beperkt, onverkort relevant blijft.

67. Over de relevante markt stelt de *d-g NMa* dat deze wat de diergeneesmiddelen betreft kan worden afgebakend naar therapeutische werking op het productieniveau. Op het detailhandelsniveau, waar het in de onderhavige zaak om gaat, speelt de specifieke functie van de groothandel, zoals de levering van verschillende middelen uit een breed assortiment, een belangrijke rol. Het onder al dan niet moeilijke omstandigheden gebruik kunnen maken van de inkoop via de groothandel is een belangrijk onderdeel in de concurrentie tussen dierenartsen. Het ligt daarom voor de hand om in de onderhavige zaak af te bakenen naar distributiewijze.

68. In het bestreden besluit is evenwel geen exacte marktafbakening gemaakt, daar dit niet nodig was om tot de conclusie te komen dat het leveringsweigeringsbeleid in strijd was met artikel 6, eerste lid, Mw. Aangezien dit beleid de strekking had om de mededinging te beperken (namelijk het voorkomen en bestraffen van ongewenst concurrentiegedrag van dierenartsen), behoeft niet meer het bewijs te worden geleverd dat de concurrentie daadwerkelijk merkbaar is beïnvloed en is derhalve geen nadere (uitgebreide) marktanalyse vereist.⁵⁴ Ook de Commissie gaat ervan uit dat regelingen die naar hun aard de mededinging beperken een merkbare beperking van de concurrentie opleveren, zoals blijkt uit de *de minimis*-bekendmaking.⁵⁵ Er dient alleen nog te worden beoordeeld of de mededingingsbeperking niet een onbetekenend effect op de markt heeft gezien de (uiterst) zwakke positie van de betrokken partijen.⁵⁶ In de onderhavige zaak is daar geen sprake van nu 90% van de dierenartsen is aangesloten bij de AUV en het marktaandeel van de betrokken AUV-producten minimaal 30% is.

Beoordeling

69. In randnummers 58-64 heeft de Adviescommissie aangegeven dat het leveringsweigeringsbeleid en de onderliggende regelingen naar hun aard mededingingsbeperkend zijn; zij strekken ertoe de mededinging te beperken. Het is

⁵⁴ De *d-g NMa* verwijst ter onderbouwing van deze stelling naar Europese rechtspraak, zoals Gevoegde zaken T-374, 375, 384 en 388/94, *European Night Services*, Jur. 1998, p. II-3141; gevoegde zaken T-305, 307, 313, 316, 318, 325, 328, 329 en 335/94, *Limburgse Vinyl Maatschappij*, Jur. 1999, p. II-931; gevoegde zaken C-238, 244, 245, 247, 250-252, *Limburgse Vinyl Maatschappij*, 15 oktober 2002, n.n.g. en zaak T-62/98, *Volkswagen*, Jur. 2000, p. II-2707. Ook wordt verwezen naar de adviezen van de Adviescommissie *Bezwaarschriften Mededingingswet*, namelijk het advies in zaak 952, *Bredase notarissen* en in zaak 757, *Chilly/Basilicum vs. Secon Group/G-star*.

⁵⁵ De *d-g NMa* verwijst naar de *de minimis*-bekendmaking uit Pb. 1997 C372/13. Inmiddels is deze vervangen door de *Bekendmaking* uit Pb 2001 L368/13.

⁵⁶ De *d-g NMa* verwijst eveneens als AUV naar zaak 5/69, *Völk/Vervaecke*, Jur. 1969, p. 295. In deze zaak, zo betoogt de *d-g NMa*, was een marktaandeel tussen de 0,2 en 0,6% aan de orde.

vaste rechtspraak van het Hof dat voor overtreding van het kartelverbod de merkbaarheid van de mededinging vast moet staan.⁵⁷ Bij afspraken die evenwel ertoe strekken de mededinging te beperken, behoeft niet op de concrete gevolgen van de mededinging te worden ingegaan.⁵⁸ Een nadere marktanalyse is dan niet meer noodzakelijk.⁵⁹

70. Aan de d-g NMa kan derhalve niet worden verweten dat hij een nadere marktafbakening achterwege heeft gelaten. Door in randnummer 100 van het bestreden besluit erop te wijzen dat 90% van de zelfstandig praktiserende dierenartsen lid van de AUV is en dat het marktaandeel van de AUV van de betrokken producten tussen de 30% en 70% moet liggen, heeft de d-g NMa op voldoende wijze de merkbaarheid van de mededingingsbeperking aangetoond. Er kan van worden uitgegaan dat in deze omstandigheden de concurrentiebeperkende afspraken een merkbaar effect hebben. Hieraan voegt de Adviescommissie toe dat, nu volgens zowel de AUV als Aesculaap het voor het overleven van Aesculaap van groot belang werd geacht dat deze onderneming bij de AUV producten kon betrekken, daarmee de economische waarde van deze producten en van deze leveranties is komen vast te staan; door deze omstandigheid wordt de merkbaarheid van de mededingingsbeperking van een beleid om de producten van de AUV niet te leveren alleen maar onderstreept.

71. De Adviescommissie komt tot de conclusie dat de d-g NMa in het bestreden besluit terecht heeft gesteld dat de AUV artikel 6, eerste lid, Mw, heeft overtreden door de dierenartsen die artikel 10, zevende lid, van haar Statuten en/of de gedragsregels van de KNMvD niet naleefden, stelselmatig te weigeren te leveren, nadat buurtpraktijken daartoe een verzoek hadden ingediend. Ook Aesculaap heeft artikel 6, eerste lid, Mw, geschonden door met de AUV, en in haar verticale relatie tot deze onderneming, een doorleveringsverbod overeen te komen. Door dit doorleveringsverbod zijn de concurrentiebeperkende gevolgen van het leveringsweigeringsbeleid uitgebreid naar de enige andere volgesorteerde groothandel op de Nederlandse markt naast AUV, waarmee de merkbaarheid van de concurrentiebeperking van de afspraak tussen de AUV en Aesculaap gegeven is.

⁵⁷ Zie bijvoorbeeld de reeds aangehaalde zaak Völk/Vervaecke en zaak C-234/89, Delimitis, Jur. 1991, p. I-935.

⁵⁸ Zie bijvoorbeeld de reeds aangehaalde zaak Consten en Grundig; zaak 123/83, BNIC, Jur. 1985, p. 391; zaak 45/85, Verband der Sachversicherer, Jur. 1987, p. 405; zaak C-277/87, Sandoz, Jur. 1990, blz. I-45; gevoegde zaken T-39/92 en T-40/92, Groupement des Cartes Bancaires, Jur. 1994, p. II-49 en gevoegde zaken T-202/98, T-204/98 en T-207/98, Tate&Lyle, Jur. 2001, p. II-203. Zie in dit verband ook reeds aangehaalde adviezen van de Adviescommissie in zaak 952, Bredase notarissen (randnummer 51) en in zaak 757, Chilly/Basilicum vs. Secon Group/G-star (randnummer 79).

⁵⁹ Zie overweging 232 van het arrest Enso Espanola (reeds aangehaald).

4.3 Overtreding van artikel 24 Mw

72. *Aesculaap* stelt dat ten onrechte door de d-g NMa niet is onderzocht of de AUV een machtspositie had en of zij deze machtspositie jegens *Aesculaap* heeft misbruikt. *Aesculaap* stelt slachtoffer te zijn van het misbruik dat de AUV van haar machtspositie heeft gemaakt. Zij betoogt de AUV aansprakelijk te hebben gesteld voor alle schade die hierdoor is geleden en die zij nog steeds lijdt.

Beoordeling

73. De d-g NMa heeft een onderzoek ingesteld naar aanleiding van een klacht van een uitgesloten dierenarts. In het rapport en in het bestreden besluit is ingegaan op de gevolgen voor de mededinging van het leveringsweigeringsbeleid dat betrekking had op de dierenartsen. Op grond van de op deze wijze verkregen gegevens kan niet worden geconcludeerd of de AUV jegens *Aesculaap* misbruik van zijn machtspositie heeft gemaakt door aan deze onderneming een doorleveringsverbod op te leggen. *Aesculaap* heeft ter zake geen klacht ingediend bij de d-g NMa. Naar het oordeel van de Adviescommissie heeft de d-g NMa dan ook terecht besloten geen onderzoek in te stellen naar het eventuele misbruik van machtspositie door de AUV jegens *Aesculaap*.

4.4 Overgangsrecht

74. Door de AUV is naar voren gebracht dat weigeringen om te leveren niet ook reeds waren verboden onder de WEM. Aangezien de Minister van EZ geen aanwijzing aan de AUV had gegeven, kon artikel 24 WEM niet zijn overtreden. Daarnaast zou de verplichting uit artikel 10, zevende lid van de Statuten van de AUV om diergeneesmiddelen slechts te gebruiken in de uitoefening van het beroep van dierenarts geen marktbeschermings- of marktverdelingsregeling zijn in de zin van het Besluit marktverdelingsregelingen. Wat de gepubliceerde tarieven en calculatieschema's van de KNMvD betreft, heeft de AUV ook niet in strijd met de WEM of het Besluit horizontale prijsbinding gehandeld. Deze tarieven en calculatieschema's waren niet van de AUV maar van de KNMvD afkomstig. De AUV heeft nooit op de naleving ervan aangedrongen en deze tarieven en schema's ook niet gepubliceerd. Het calculatieschema is enkel (voor het laatst in 1999) als voorbeeld gepubliceerd als bijlage in de VPK (een catalogus van diergezondheidsproducten). Tevens was een niet-bindend calculatieschema ten tijde van de WEM niet in strijd met het Besluit horizontale prijsbinding.

75. Vervolgens is door de AUV betoogd dat haar gedrag met betrekking tot de weigering van levering en artikel 10, zevende lid van haar Statuten t/m 18 juli 2000 en haar gedrag met betrekking tot het calculatieschema en de door de NMa genoemde

'nalevingsdwang' van de KNMvD-regels t/m 15 oktober 1999 onder het overgangsrecht van artikel 100 Mw zouden vallen. Deze bescherming van het overgangsrecht komt aan de AUV toe, nu haar gedragingen niet reeds in strijd waren met de WEM en zij voor haar Statuten een ontheffing had aangevraagd. Voorts stelt de AUV dat in ieder geval aan een aantal dierenartsen voor 1 januari 1998 en aan een aantal voor 18 juli 2000 weer werd geleverd.

76. Van de zijde van *d-g NMa* is naar voren gebracht dat in het bestreden besluit niet is gesteld dat de AUV artikel 24 WEM heeft overtreden. In het bestreden besluit is verwezen naar het Besluit marktverdelingsregelingen en het Besluit horizontale prijsbinding; beide besluiten waren gebaseerd op artikel 10 van de WEM. Het leveringsweigeringsbeleid diende ter naleving van de regelingen die op zich in strijd waren met deze besluiten (marktverdeling en horizontale prijsbinding). Aan de AUV komt derhalve niet de bescherming van het overgangsrecht van artikel 100 Mw toe. Dat sommige dierenartsen reeds voor 1 januari 1998 en sommige dierenartsen voor 18 juli 2000 weer werden beleverd, doet niet af aan het feit dat het beleid van de leveringsweigeringsbeleid van de AUV allerm minst was gestaakt. Daarnaast wijst de *d-g NMa* er nog op dat de periode gedurende welke de ontheffingsaanvraag van de AUV in behandeling was, niet in aanmerking is genomen bij de vaststelling van de boete.

Beoordeling

77. Op grond van artikel 100, eerste lid, Mw is het overgangsrecht niet van toepassing op overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen en gedragingen die reeds waren verboden op grond van het bepaalde bij en krachtens de WEM. Nagegaan dient derhalve te worden of het leveringsweigeringsbeleid, artikel 10, zevende lid van de Statuten van de AUV, de regelingen van de KNMvD en het doorleveringsverbod dat de AUV en Aesculaap overeengekomen waren, reeds in strijd waren met de WEM en de krachtens de WEM tot stand gekomen algemene maatregelen van bestuur.

78. Het Besluit horizontale prijsbinding,⁶⁰ dat op grond van de WEM tot stand was gekomen, verbood in artikel 1 afspraken waarbij ondernemingen in hun vrijheid werden beperkt prijzen te aanvaarden bij het aankopen van goederen of het afnemen van diensten. De regelingen van de KNMvD, waarbij de tarieven tussen de dierenartsen onderling werden gecoördineerd, beperkten de dierenartsen in hun vrijheid om voor hun diensten bepaalde tarieven te aanvaarden, nu het niet in acht nemen van deze tarieven leidde tot uitsluiting van de levering van diergeneesmiddelen door de AUV; deze regeling was derhalve reeds krachtens de WEM verboden. Het Besluit marktverdelingsregelingen⁶¹ verbood in artikel 2 onder d afspraken waarbij ondernemingen werden beperkt in het kiezen van hun afnemers of leveranciers.

⁶⁰ Stb. 1993, 80.

⁶¹ Stb. 1994, 56.

Artikel 10, zevende lid van de Statuten van de AUV verbood de dierenartsen om actief nieuwe klanten te verwerven en beperkte hen derhalve in de keuze van hun afnemers; dit artikel uit de Statuten was derhalve krachtens de WEM reeds verboden. Ook in strijd met artikel 2 onder d van het Besluit marktverdelingsregelingen was het doorleveringsverbod dat de AUV en Aesculaap waren overeengekomen, daar door dit verbod Aesculaap was beperkt in zijn vrijheid om afnemers te kiezen voor de producten die zij van de AUV had betrokken (voor zover het geen unieke preparaten betrof), daar zij deze producten niet aan de uitgesloten dierenartsen mocht leveren. Het Besluit marktverdelingsregelingen verbood in artikel 2 onder c afspraken waarbij ondernemingen werden beperkt in het bepalen van hun vestigingsplaats. De KNMvD-regels betreffende vrije vestiging beperkte een dierenarts in de keuze van zijn plaats van vestiging, daar buurtpraktijken hiermee dienden in te stemmen; deze regels waren derhalve krachtens de WEM reeds verboden. Daar het leveringsweigeringsbeleid onlosmakelijk verboden was met de naleving van artikel 10, zevende lid van de Statuten van de AUV en met de regelingen van KNMvD, die alle in strijd met de WEM waren, was dit beleid zelf ook reeds verboden krachtens de WEM.

79. Uit het bovenstaande blijkt dat het leveringsweigeringsbeleid, artikel 10, zevende lid van de Statuten van de AUV, de regelingen van de KNMvD en het doorleveringsverbod dat de AUV en Aesculaap waren overeengekomen, niet onder het overgangsrecht van artikel 100 Mw vielen. Deze waren derhalve vanaf het moment van de inwerkingtreding van de Mededingingswet op 1 januari 1998, in strijd met artikel 6, eerste lid, Mw.

4.5 Boete

80. De AUV stelt dat de d-g NMa in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel heeft gehandeld door lang onderzoek te doen naar de vermeende overtredingen (34 maanden), waardoor de periode waarover de NMa de boete heeft berekend, is ontstaan. Het is niet juist om bij gelijktijdige behandeling van het ontheffingsverzoek en van de klacht van klager, de procedure naar aanleiding van deze klacht later af te doen. Hierdoor is de boeteperiode ontstaan. Bovendien zou de bewijsgraving van de d-g NMa onzorgvuldig zijn geweest, nu hij zich heeft laten leiden door verklaringen van uitgesloten dierenartsen.

81. Volgens de AUV is de boete tevens in strijd met het evenredigheidsbeginsel, nu de hoogte ervan bijna gelijk is aan het eigen vermogen, hetgeen heeft geleid tot ernstige financiële problemen. Daarnaast is de boete onevenredig daar de uitgesloten dierenartsen slechts een beperkte hoeveelheid diergeneesmiddelen afnamen bij de onderneming van de AUV.

82. Daarnaast stelt de AUV dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden, nu de AUV beboet wordt voor 'nalevingssdwang' van de regels van KNMvD, terwijl de KNMvD zelf,

die de auteur was van deze regels, geen boete heeft gehad.⁶² Voorts is de boete niet in overeenstemming met de boetes die in de zaak ANKO,⁶³ de zaak Taxi Rotterdam⁶⁴ en de Bredase Notarissen⁶⁵ zijn opgelegd.

83. De boete is volgens de AUV in strijd met artikel 6 EVRM, nu de d-g NMa de redelijke termijn van 2 jaren voor de periode van onderzoek en vervolging ruimschoots heeft overschreden.

84. De AUV betwist dat zij een zeer zware overtreding in de zin van de Richtsnoeren Boetetoemeting heeft gepleegd. Haar leverings- of uitsluitingsbeleid is niet gehanteerd om marktverdelings- en prijsregelingen af te dwingen. De reden om niet te leveren aan een dierenarts was gelegen in de onverantwoorde wijze van praktijkuitoefening door deze dierenarts. Voorts ontkent de AUV in verband met het criterium van de economische context uit de Richtsnoeren Boetetoemeting dat haar beleid een aanzienlijke economische weerslag op de markt zou hebben gehad. Dierenartsen hadden voldoende alternatieven voor de levering van diergeneesmiddelen van de AUV; bijvoorbeeld 50% van de totale levering van diergeneesmiddelen aan dierenartsen loopt via de farmaceutische industrie. Consumenten hebben eveneens weinig schade geleden, nu de prijzen voor diergeneesmiddelen in Nederland lager zijn dan in de omringende landen. Ten onrechte heeft de d-g NMa derhalve de boetegrondslag met een factor 2 verhoogd.

85. Voorts beroept de AUV zich op boeteverlagende omstandigheden. Zij heeft haar statuten zelf ter ontheffing aangemeld en op verzoek van de d-g NMa aangepast, voor zover deze bezwaar had tegen de statuten.

86. *Aesculaap* stelt dat, ook al zou de aan haar door de AUV opgelegde voorwaarde als overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw moeten worden beschouwd, deze overtreding haar niet kan worden verweten. Zij was immers afhankelijk van de AUV die een economische machtspositie heeft. Daarnaast mocht zij vertrouwen ontlenen aan bepaalde rechterlijke uitspraken waaruit bleek dat het weigeren om bepaalde diergeneesmiddelen te leveren geen strijd met de WEM of met de artikelen 85 en 86 (thans de artikelen 81 en 82) EG-verdrag zou opleveren.

87. Voorts bestrijdt *Aesculaap* dat haar (vermeende) overtreding van artikel 6, eerste lid Mw, als zeer ernstig moet worden aangemerkt. Het initiatief tot het beleid lag bij de

⁶² Besluit van de d-g NMa in zaak 25, Holland Dier Identiteit t. KNMvD van 6 juli 2000.

⁶³ Besluit van de d-g NMa in zaak 2234, ANKO van 31 december 2001.

⁶⁴ Besluit van de d-g NMa in zaak 2228, Taxi Rotterdam van 23 mei 2001.

⁶⁵ Besluit van de d-g NMa in zaak 952, Bredase Notarissen, van 12 februari 2001

AUV en Aesculaap heeft zoveel mogelijk getracht dit beleid te omzeilen door bijvoorbeeld te proberen zoveel mogelijke preparaten uniek te laten verklaren.

88. Ook bestrijdt Aesculaap dat uitgesloten dierenartsen enige schade zouden hebben geleden. Dit is door deze dierenartsen niet onderbouwd. De schadestaten die bij de d-g NMa zijn ingediend, zijn bij Aesculaap onbekend, omdat de d-g NMa deze als betrouwbaar heeft aangemerkt. Daarnaast wijst Aesculaap erop dat de uitgesloten dierenartsen alle gevraagde preparaten van haar hebben gekregen; indien het geen product van de AUV kon zijn, dan werd een alternatief product geleverd.

89. De hoogte van de aan Aesculaap opgelegde boete is onevenredig volgens deze onderneming. Indien deze boete daadwerkelijk moet worden betaald, zou dit haar faillissement betekenen. Hierdoor zou de enige andere volgesorteerde groothandel naast die van de AUV van de (Nederlandse) markt verdwijnen.

90. De *d-g NMa* wijst het verweer van de AUV af dat haar beleid slechts was gericht op de bevordering van de naleving van de diergeneesmiddelenwetgeving en dat haar daarom geen verwijt zou treffen. Door zich op te werpen als hoeder van de diergeneesmiddelenwetgeving heeft zij bewust het risico genomen dat haar optreden in strijd zou komen met de Mededingingswet.

91. Ook aan Aesculaap kan volgens de d-g NMa de overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw worden verweten. Ook al verkeert Aesculaap in een zekere economische afhankelijkheid ten opzichte van de AUV, dan nog heeft zij een eigen verantwoordelijkheid om niet in strijd met de Mededingingswet te handelen. Wel is in de hoogte van de boete die in het bestreden besluit aan Aesculaap is opgelegd, verdisconteerd dat deze onderneming zich zeer passief en uiterst terughoudend heeft opgesteld bij de uitvoering van het leveringsweigeringsbeleid. Aesculaap kon echter geen vertrouwen ontlenen met betrekking tot de rechtmatigheid van haar beleid aan de uitspraken van de rechterlijke instanties die zij aanhaalt. Nog afgezien van de omstandigheid dat de aangehaalde uitspraken betrekking hebben op andere leveringsweigeringen dan aan de orde kwamen in het bestreden besluit, moest Aesculaap sinds augustus 1998, toen de d-g NMa de KNMvD-regelingen als verboden mededingingsbeperkende afspraken had gekwalificeerd, weten dat zij geen uitvoering meer mocht geven aan het leveringsweigeringsbeleid. Van de zijde van de d-g NMa is erop gewezen dat het gegeven dat Aesculaap zich sterk heeft gemaakt voor de levering van unieke preparaten aan uitgesloten dierenartsen, in aanmerking is genomen als boeteverlagende omstandigheid.

92. Volgens de d-g NMa zijn de omstandigheden in de onderhavige zaak niet te vergelijken met die uit zijn Besluit in de zaak KNMvD (waarin geen boete is opgelegd). Na het besluit in deze laatstgenoemde zaak hebben de AUV en Aesculaap hun

overtredingen gewoon voortgezet, terwijl in het kader van de ontheffingsaanvraag aan de AUV uiteen was gezet dat er sprake was van een mededingingsbeperking die niet voor ontheffing in aanmerking kwam. Juist over de periode, waarin de overtredingen werden voortgezet, is de boete opgelegd. Ook zijn de feiten die aan de orde zijn in het bestreden besluit, niet te vergelijken met de feiten die centraal stonden in het Besluit over de Bredase notarissen. In de zaak van de Bredase notarissen zag de mededingingsbeperkende regeling slechts op een fractie van de totale omzet, terwijl in het bestreden besluit het leveringsweigeringsbeleid betrekking heeft op het totaal van de groothandelsactiviteiten van de AUV en Aesculaap.

93. Ten aanzien van het evenredigheidsbeginsel merkt de d-g NMa op dat hij van de Richtsnoeren Boetetoemeting, waarin uitdrukkelijk wordt gesteld dat de financiële positie van ondernemingen in principe geen rol speelt, kan afwijken, indien het faillissement dreigt van levensvatbare ondernemingen. Uit de door de AUV en Aesculaap (tot nu toe) overlegde stukken blijkt evenwel niet dat van een dergelijke dreiging van een faillissement nu al sprake is. Indien de AUV en Aesculaap alsnog aannemelijk kunnen maken dat faillissement dreigt, dan zou dit voor de d-g NMa redenen kunnen zijn om de boete naar beneden bij te stellen of om een nadere regeling te treffen. Zolang dit evenwel niet aannemelijk is gemaakt, acht de d-g NMa het evenredigheidsbeginsel niet geschonden.

94. Aangezien het leveringsweigeringsbeleid er toe strekt de mededinging te beperken en een horizontaal karakter heeft, is er op grond van randnummer 11 van de Richtsnoeren Boetetoemeting sprake van een zeer zware overtreding volgens de d-g NMa. De boetegrondslag (10% van de betrokken omzet) moet dan worden vermenigvuldigd met een factor tussen 1,5 en 3. Mede omdat het leveringsweigeringsbeleid onderdeel uitmaakte van de totale verkoop van diergeneesmiddelen en het beleid van invloed was op de concurrentieverhoudingen tussen dierenartsen op de gehele Nederlandse markt, waardoor (in potentie) aanzienlijke schade kon ontstaan, heeft de d-g NMa niet gekozen voor de lichtste factor maar voor de factor 2. De door de dierenartsen ingediende schadestaten zijn niet bepalend voor de hoogte van de boete, maar illustreren slechts dat de potentie om schade toe te brengen niet zuiver theoretisch is. Het betoog van de AUV dat in vergelijking met de omringende landen het prijsniveau in Nederland laag is zodat het economisch effect van het leveringsweigeringsbeleid gering was en het betoog van de AUV en Aesculaap dat de schade van de uitgesloten dierenartsen gering was gezien de toegang die deze artsen hadden tot alternatieve diergeneesmiddelen, gaat niet op. De d-g NMa wijst erop reeds te hebben aangegeven dat het leveringsweigeringsbeleid wel degelijk nadelige consequenties kon hebben voor dierenartsen. Voor de vaststelling van de ernst van de overtreding is uiteindelijk volgens de d-g NMa niet van belang of deze schadelijke effecten zich daadwerkelijk hebben voorgedaan. In dit verband stelt de d-g NMa voorts dat het opleggen van een boete tevens bedoeld is om de naleving van

de Mededingingswet te bevorderen en dat hiervan een bepaalde preventieve werking dient uit te gaan.

95. Volgens de d-g NMa is er ten aanzien van de AUV geen sprake van boeteverlagende omstandigheden. Het aanmelden van de statuten ter ontheffing is geen reden om de boete te verlagen, te meer nu de periode van aanmelding buiten beschouwing is gelaten in het kader van de boetetoemeting. Ook de brief van 14 maart 2001 geeft geen aanleiding om de boete te verlagen, nu de periode na 14 maart 2001 door de d-g NMa eveneens buiten beschouwing is gelaten.

Beoordeling

96. Naar het oordeel van de Adviescommissie kunnen de mededingingsbeperkende gedragingen zowel aan de AUV als aan Aesculaap worden verweten. De AUV was in ieder geval sinds het Besluit van de d-g NMa op het ontheffingsverzoek van de KNMvD (reeds aangehaald) en het Besluit naar aanleiding van een klacht tegen de KNMvD (reeds aangehaald) ervan op de hoogte dat de regelingen van de KNMvD mededingingsbeperkend waren. In zijn hierboven in randnummer 60 reeds aangehaalde uitspraak heeft de Rechtbank Rotterdam het mededingingsbeperkende karakter van een aantal KNMvD-regels bevestigd. De AUV wist sinds de intrekking van haar eigen ontheffingsverzoek dat artikel 10, zevende lid van haar Statuten ook mededingingsbeperkend was. Daarnaast heeft de AUV, zoals reeds in randnummers 51 e.v. uiteen is gezet, niet aannemelijk kunnen maken dat zij haar leveringsweigeringsbeleid uitsluitend toepaste, wanneer de diergeneesmiddelenwetgeving werd overtreden.

97. Aesculaap diende op de hoogte te zijn van de twee in het vorige randnummer aangehaalde besluiten van de NMa gericht aan de KNMvD alsmede van de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam in de zaak van de ontheffingsaanvraag van de KNMvD. Daarnaast is het vaste rechtspraak, zoals in randnummers 63 en 64 reeds is gesteld, dat een doorleveringsverbod, voorkomend in een verticale overeenkomst, een *hard core* bepaling is die naar zijn aard de mededinging beperkt. Naar het oordeel van de Adviescommissie treft Aesculaap echter niet in dezelfde mate verwijt als de AUV. In de eerste plaats kon Aesculaap medio 2000 er niet van op de hoogte zijn dat de AUV zijn ontheffingsverzoek had ingetrokken. In de tweede plaats is naar de mening van de Adviescommissie door Aesculaap terecht opgemerkt dat gezien de economische omstandigheden het voor haar niet eenvoudig was om te weigeren met het doorleveringsverbod in te stemmen. Door dit te doen had zij het risico gelopen van de AUV geen producten geleverd te krijgen, hetgeen voor het welslagen van de groothandel van Aesculaap een onoverkomelijke tegenslag zou zijn geweest. In de hoogte van de boete is evenwel reeds door de d-g NMa in het bestreden besluit verdisconteerd dat Aesculaap zich in de uitvoering van de overeenkomst terughoudend heeft opgesteld. Naar het oordeel van de Adviescommissie dient in de hoogte van de

boete wel te worden verdisconteerd dat Aesculaap zich in een economisch afhankelijke positie bevond ten opzichte van Aesculaap. Hieronder wordt hierop nader teruggekomen.

98. De AUV kan niet worden gevolgd in zijn bezwaar dat de oplegging van de boete in strijd is met het zorgvuldigheidsbeginsel gezien de duur van de onderzoekstijd van de NMa. Medio 2000 is aan de AUV in het kader van haar ontheffingsverzoek kenbaar gemaakt dat artikel 10, zevende lid van haar Statuten een mededingingsbeperking bevatte, die niet voor ontheffing in aanmerking kwam. Vanaf dat moment behoorde het tot haar verantwoordelijkheden haar mededingingsbeperkend beleid, in het kader waarvan dit artikel een belangrijke functie had, te beëindigen. Sinds medio 2000 was de AUV derhalve op de hoogte van het mededingingsbeperkende karakter van haar gedragingen, maar kreeg zij desalniettemin de gelegenheid dit beleid aan te passen. Toen zij van deze gelegenheid geen gebruik maakte, heeft de d-g NMa op 15 februari 2001, dus binnen een jaar, een rapport doen opstellen. Aldus is niet gebleken van een voor de onderneming van de AUV onevenredig lange onderzoeksperiode. Hieruit volgt tevens dat er ook overigens geen omstandigheden zijn gesteld, waaruit zou blijken dat de d-g NMa geen redelijke termijn in de zin van artikel 6 EVRM in acht heeft genomen.

99. Naar het oordeel van de Adviescommissie is voorts het evenredigheidsbeginsel niet geschonden. Ook al zou de hoogte van de boete het eigen vermogen van de AUV overtreffen, dan nog is dit geen reden om de boete te verlagen. De AUV is een coöperatieve vereniging, hetgeen impliceert dat zij, nu zij is opgericht om in bepaalde stoffelijke behoeften van haar leden te voorzien,⁶⁶ (relatief veel van) haar winst aan de leden zal uitkeren. Hierdoor blijft het eigen vermogen van de AUV relatief en wellicht zelfs kunstmatig laag. De juridische structuur van de coöperatieve vereniging kan geen aanleiding vormen om de hoogte van de boete te verlagen, omdat anders het gelijkheidsbeginsel geschonden zou zijn ten opzichte van ondernemingen die worden geëxploiteerd door andere rechtspersonen, zoals een NV of een BV. In dit verband herinnert de Adviescommissie eraan dat uit vaste Europese rechtspraak blijkt dat bij de bepaling van de hoogte van de boete in aanmerking moet worden genomen dat de invloed van een ondernemersvereniging op de markt niet afhangt van haar eigen omzet, maar van de omzet van haar leden die een aanwijzing van haar omvang en haar economische macht vormt.⁶⁷ De stelling dat de hoogte van de boete het financiële einde betekent van de AUV, kan derhalve niet worden onderbouwd met een argumentatie welke alleen is gebaseerd op het eigen vermogen van de AUV.

⁶⁶ Zie artikel 2:53 lid 1 Burgerlijk Wetboek.

⁶⁷ Zie rechtsoverweging 137 van gevoegde zaken T-39/92 en T-40/92, Groupement des cartes bancaires, Jur. 1994, p. II-49; rechtsoverweging 385 van zaak T-29/92, VSO, Jur. 1995, p. II-289 en rechtsoverweging 33 van zaak T-18/96 R, SCK en FNK, Jur. 1996 blz. II-407.

100. Voorts stelt de Adviescommissie zich op het standpunt dat het gelijkheidsbeginsel evenmin is geschonden. In het besluit naar aanleiding van de klacht tegen de KNMvD en in het besluit in de zaak ANKO hebben de betrokken ondernemersverenigingen na een eerste waarschuwing, die voor hen in het rapport dan wel in een ontheffingsbesluit en een rapport uit hetzelfde tijdvak besloten lag, hun mededingingsbeperkende gedragingen aangepast. De AUV daarentegen heeft na de eerste waarschuwing, die aan haar ten tijde van de intrekking van het ontheffingsverzoek was kenbaar gemaakt, haar leveringsweigeringsbeleid niet gestaakt. Hieruit volgt dat de AUV ten opzichte van de KNMvD en ANKO niet in dezelfde omstandigheden verkeerde. In het besluit in de zaak Taxi Rotterdam heeft de d-g NMa geen boete opgelegd, omdat betrokken partijen zelf contact met de NMa hadden gezocht, voordat er een rapport was opgemaakt, terwijl nadat dit rapport tot stand was gekomen, waarin een 'eerste waarschuwing' was opgenomen, de overtreding is gestaakt. Ten aanzien van de partijen uit de zaak Taxi Rotterdam verkeert de AUV derhalve evenmin in dezelfde positie. Gelijk terecht door de d-g NMa is opgemerkt verkeert de AUV ook niet in dezelfde positie als de notarissen uit Breda. De door deze notarissen gemaakte mededingingsbeperkende afspraken hadden slechts betrekking op een fractie van de totale omzet van deze notarissen. Het leveringsweigeringsbeleid van de AUV daarentegen strekte zich uit over het totaal van haar groothandelsactiviteiten.

101. Voorts is de aan de AUV opgelegde boete niet te hoog, wanneer de criteria van de boeterichtsnoeren in acht worden genomen. Zoals in randnummers 60-62 reeds aan de orde is geweest, zijn de regelingen die werden 'gehandhaafd' door het leveringsweigeringsbeleid te beschouwen als horizontale prijsafspraken en horizontale marktverdelingsafspraken. Voorts kan het leveringsweigeringsbeleid zelf als collectieve boycot worden gekwalificeerd. In randnummer 11 van de Richtsnoeren boetetoemeting van de d-g NMa worden horizontale prijsafspraken, horizontale marktverdelingsafspraken en collectieve boycotacties als zeer zware overtredingen aangemerkt. Terecht heeft de d-g NMa ervoor gekozen de grondslag van de boete, die op grond van deze richtsnoeren de betrokken omzet (de waarde van alle transacties behaald door de onderneming tijdens de duur van de overtreding met de verkoop van de goederen en/ of levering van diensten waarop de overtreding betrekking heeft) vormt, te vermenigvuldigen met de factor 2. Uit randnummer 20 van de richtsnoeren volgt dat bij een zeer zware overtreding de factor gesteld kan worden tussen 1,5 en 3.

102. Voorts houdt de d-g NMa bij de beoordeling van de ernst van de boete rekening, zo blijkt uit randnummer 14 van de Richtsnoeren, met de economische context, waarin de overtreding heeft plaatsgevonden. Hierbij komt betekenis toe aan de aard van de betrokken producten, aan de omvang van de markt, aan de grootte van de betrokken onderneming(en) alsmede het (gezamenlijk) marktaandeel, aan de structuur van de markt en aan de geldende regelgeving. Terecht heeft de d-g NMa een aanzienlijke

(tenminste potentiële) weerslag op de markt geconstateerd en de schade die het leveringsweigeringsbeleid heeft toegebracht aan de afnemers en consumenten als potentieel groot beschouwd. Bij de AUV zijn immers 90% van de dierenartsen in Nederland aangesloten (ofwel als lid ofwel als potentiële leden en afnemers die aan de voorwaarden van de AUV dienden te voldoen om geleverd te krijgen), zodat vrijwel de gehele markt onder de reikwijdte van de mededingingsbepalende regelingen viel. Hieraan doet de stelling van de AUV dat 50% van de totale levering van diergeneesmiddelen loopt via de farmaceutische industrie, niet af, nu uitsluiting van levering door de enige twee volgesorteerde groothandels op de Nederlandse markt de bedrijfsvoering van een dierenarts aanzienlijk bemoeilijkt en het niet kunnen doorleveren van AUV-producten een stigmatiserend effect heeft. Daarnaast kan ook uit het gegeven dat de prijzen van diergeneesmiddelen in Nederland lager liggen dan in de omliggende landen geen afbreuk doen aan de conclusie dat het leveringsweigeringsbeleid een (tenminste potentieel) aanzienlijke economische weerslag heeft gehad. Het gaat in deze zaak immers niet om de eventuele, relatieve prijsverschillen tussen de Nederlandse markt en de ons land omringende markten, maar veeleer om de interne concurrentieverhoudingen op de Nederlandse markt zelf. Op die markt zijn afnemers van de diensten immers verstoken gebleven van de vrije keuze van dierenartsen en daarmee van de voordelen van de concurrentie tussen dierenartsen, welke voordelen uit meer bestaan dan alleen lagere prijzen voor diergeneesmiddelen (bijvoorbeeld serviceverlening en concurrentie op kwaliteit).

103. Aangezien er aldus sprake was van een zeer zware overtreding en van (tenminste potentieel) een aanzienlijke economische weerslag op de markt, kan de factor 2 bepaald niet als onredelijk worden beschouwd.

104. Van boeteverlagende omstandigheden is niet gebleken. De aanmelding van de Statuten ter ontheffing en de aanpassing van de Statuten kunnen niet als zodanig worden gekwalificeerd, nu ook na intrekking van het ontheffingsverzoek het leveringsweigeringsbeleid en daarmee de *de facto* naleving van het bepaalde uit de Statuten is voortgezet.

105. Naar het oordeel van de Adviescommissie kan evenwel de overtreding van Aesculaap niet worden geacht een aanzienlijke economische weerslag te hebben gehad. Niet uitgesloten moet worden geacht dat, indien Aesculaap had geweigerd in te stemmen met het doorleveringsverbod, zij van Aesculaap geen producten had kunnen betrekken. Zij zou dan niet in staat zijn geweest een tweede volgesorteerde groothandel op de Nederlandse markt op te zetten. Zoals uit randnummers 37, 39 en 70 blijkt, kon volgens de AUV en Aesculaap de groothandel van laatstgenoemde onderneming alleen levensvatbaar zijn, indien deze ook de producten van de eerstgenoemde onderneming kon inkopen. Het was derhalve voor Aesculaap moeilijk om zonder een overeenkomst betreffende de levering van producten van de AUV toe te

treden tot de markt als een volgesorteerde marktdeelnemer. Door wel in te stemmen met het doorleveringsverbod is er een tweede volgesorteerde groothandel ontstaan. Uit randnummer 14 van de Richtsnoeren boetetoemeting blijkt dat bij de bepaling van de ernst van de overtreding de d-g NMa rekening houdt met de economische context, waarin de overtreding heeft plaatsgevonden. De Adviescommissie acht het in dit verband van groot belang dat de schade die Aesculaap heeft toegebracht aan de afnemers van diergeneesmiddelen door in te stemmen met het doorleveringsverbod, niet aanzienlijk is. Deze omstandigheid dient alsnog te worden verdisconteerd in de hoogte van de boete.

106. Voorts is de overtreding van Aesculaap op grond van de Richtsnoeren niet te kwalificeren als zeer zware overtreding. Nu er volgens de Adviescommissie, zoals in randnummer 63 aan de orde is geweest, sprake is van een verticale beperking, namelijk een doorleveringsverbod, moeten de door Aesculaap gemaakte afspraken worden beschouwd als verticale afspraken die rechtstreeks van invloed zijn op de afzet. In randnummer 12 van de Richtsnoeren boetetoemeting worden doorleveringsverboden beschouwd als zware overtreding (en niet als zeer zware overtreding). De factor voor de bepaling van de hoogte van de boete kan dan worden gesteld op ten hoogste 2, zo blijkt uit randnummer 20 van de Richtsnoeren boetetoemeting.

107. Gezien het gestelde in randnummers 97, 105 en 106 bestaat er volgens de Adviescommissie aanleiding om de hoogte van de boete opgelegd aan Aesculaap te verlagen. Aangezien Aesculaap niet in dezelfde mate verwijt treft als de AUV, aangezien de economische weerslag van de overtreding van Aesculaap niet aanzienlijk is geweest en aangezien Aesculaap geen zeer zware maar 'slechts' een zware overtreding heeft begaan, terwijl in het bestreden besluit alleen de boeteverlagende omstandigheden betreffende de terughoudende opstelling van Aesculaap zijn verdisconteerd in de hoogte van de boete, dient de boete te worden verlaagd. Nu voor de AUV niet is gekozen voor de hoogst mogelijke factor (namelijk 3) maar 2, moet voor Aesculaap voor factor 1,5 worden gekozen (factor 2 is het hoogst mogelijke) voor de bepaling van de hoogte van haar boete. Bij een boetgrondslag van NLG [VERTROUWELIJK], zoals die volgt uit randnummer 144 van het bestreden besluit zou dit resulteren in een bedrag van NLG [VERTROUWELIJK]. Het bedrag van NLG [VERTROUWELIJK] dient vervolgens door twee te worden gedeeld, daar de NMa een vergelijkbare werkwijze hanteerde in randnummer 148 van het bestreden besluit; in dit randnummer werd immers in acht genomen het (relatief) geringe gewicht van de onderneming van Aesculaap op de markt en de omstandigheid dat vooral de AUV en haar leden hebben geprofiteerd van de overtredingen. Dit resulteert in een bedrag van NLG [VERTROUWELIJK]. Dit is afgerond op twee decimalen achter de komma: EUR

[VERTROUWELIJK].⁶⁸ Gezien de terughoudende wijze waarop Aesculaap het doorleveringsverbod uitvoerde in de praktijk alsmede de (niet al te grote) economische weerslag van de gedraging van Aesculaap en de mate van verwijtbaarheid die niet even groot is als in het geval van de AUV, dient dit bedrag voorts nog te worden verlaagd met ruim EUR 500.000, waarbij naar beneden dient te worden afgerond. Dit resulteert in een boetebedrag van EUR 250.000.

4.6 Dwangsom

108. De AUV stelt dat de d-g NMa ten onrechte een last onder dwangsom heeft opgelegd, nu het hoofdbestuur van de AUV reeds februari 2000 had besloten akkoord te gaan met de informele zienswijze van de d-g NMa, zoals later verwoord in de brief van 15 februari 2000. Daarnaast heeft de AUV in de VPI van maart 2000 bekend gemaakt dat artikel 10, zevende lid van haar Statuten verleden tijd was. Bij brief van 14 maart 2001 heeft de AUV nogmaals bevestigd dat de voorheen uitgesloten dierenartsen opnieuw bij de AUV konden bestellen. De last onder dwangsom is voorts onevenredig, aangezien de d-g NMa had kunnen volstaan met verzending van een brief aan in het verleden uitgesloten dierenartsen.

109. Volgens de d-g NMa is de oplegging van de last onder dwangsom noodzakelijk daar de AUV en Aesculaap jarenlang het leveringsweigeringsbeleid hebben toegepast. Dit beleid hebben beide ondernemingen voortgezet ook na de informele zienswijze in het kader van het ontheffingsbeleid en de statutenwijziging medio 2000. Zelfs uit de brief van 14 maart 2001 van de AUV blijkt niet ondubbelzinnig of deze onderneming definitief afstand genomen heeft van haar leveringsweigeringsbeleid, daar de uitgesloten dierenartsen slechts wordt meegedeeld dat de leveringen 'tot nader order' worden hervat. De oplegging van de last onder dwangsom is dan ook passend en noodzakelijk om herhaling van de toepassing van het leveringsweigeringsbeleid te voorkomen. Niet had kunnen worden volstaan met de verzending van een brief alleen aan voorheen uitgesloten dierenartsen, nu het niet zo zeer gaat om de individuele uitsluitingen maar om de beëindiging van het leveringsweigeringsbeleid in haar geheel.

Beoordeling

110. Naar het oordeel van de Adviescommissie heeft de d-g NMa terecht vastgesteld dat de oplegging van de dwangsom noodzakelijk was. Ook na de intrekking van het ontheffingsverzoek voor de statuten medio 2000 en de wijziging ervan, heeft de AUV zijn leveringsweigeringsbeleid niet beëindigd. Ook na de waarschuwing van de d-g NMa dat door de AUV mededingingsbeperkend beleid werd gevoerd, waren nog steeds

⁶⁸ Een euro is 2,20371 gulden. Zie Verordening 2866/98 van de Raad van 31 december 1998, over de omrekeningskoersen tussen de euro en de munteenheden van de lidstaten die de euro aannemen, Pb. 1998 L359/1.

dierenartsen uitgesloten van levering door de AUV. Pas onder druk van het rapport heeft de AUV de uitgesloten dierenartsen een brief gestuurd, waarin aan hen medegedeeld werd dat aan hen weer geleverd zou worden. In deze brief werd evenwel niet ondubbelzinnig afstand gedaan van het leveringsweigeringsbeleid daar volgens de AUV 'tot nader order' de leveringen werden hervat, zonder dat daarbij invulling werd gegeven wat 'tot nader order' inhield. De d-g NMa kon er dus niet op vertrouwen dat aan de mededingingsbeperkende gedragingen een einde was gekomen, hetgeen de oplegging van de dwangsom noodzakelijk maakte.

111. Gelijk terecht van de zijde van de d-g NMa is opgemerkt, diende aan het beleid in zijn geheel een einde te worden gemaakt. Niet alleen de dierenartsen die waren uitgesloten wegens het niet naleven van de mededingingsbeperkende regelingen, maar ook aan dierenartsen die niet waren uitgesloten en die wellicht nog in de veronderstelling leefden dat zij de mededingingsbeperkende regelingen dienden na te leven in de praktijk, moest kenbaar worden gemaakt dat een einde gemaakt was aan het leveringsweigeringsbeleid. Derhalve was de last om aan alle afnemers een brief te sturen geenszins onevenredig.

5 Conclusie

112. De Adviescommissie komt aldus tot de volgende conclusies:

Het leveringsweigeringsbeleid van de AUV en de regelingen die door middel van dit beleid werden gehandhaafd zijn in strijd met artikel 6, eerste lid, Mw.

Het doorleveringsverbod dat de AUV met Aesculaap overeengekomen was, is eveneens in strijd met artikel 6, eerste lid, Mw.

In de onderhavige zaak was het niet opportuun voor de d-g NMa om te onderzoeken of de AUV jegens Aesculaap misbruik van een economische machtspositie heeft gemaakt en daarmee artikel 24, eerste lid, Mw heeft overtreden door aan laatstgenoemde onderneming een doorleveringsverbod op te leggen.

Het overgangsrecht van artikel 100 Mw is niet van toepassing op het doorleveringsbeleid van de AUV, op de regelingen die door middel van dit beleid werden gehandhaafd en op het doorleveringsverbod.

De hoogte van de boete opgelegd aan de AUV behoeft geen bijstelling met dien verstande dat de Adviescommissie de d-g NMa in overweging geeft AUV nog een laatste kans te geven om aan te tonen dat betaling van een boete van deze omvang haar faillissement zou betekenen, zulks op grond van uitlatingen van de gemachtigde van de d-g NMa ter hoorzitting (zie ook in randnummer 99 van dit advies).

De hoogte van de boete opgelegd aan Aesculaap dient te worden verlaagd met EUR 500.000 en derhalve te worden vastgesteld op EUR 250.000.

6 Advies

113. Het advies van de Adviescommissie luidt als volgt:

Het bezwaar van de AUV dient voor wat betreft de materiële inhoud ongegrond te worden verklaard.

De aan de AUV opgelegde geldboete behoeft niet te worden aangepast, tenzij de AUV alsnog overtuigend kan aantonen dat de huidige hoogte van de boete onvermijdelijk tot haar faillissement zou leiden.

Het bezwaar van Aesculaap dient, voor zover betrekking hebbende op de hoogte van de boete, gegrond te worden verklaard. De boete dient derhalve te worden verlaagd van EUR 750.000 naar EUR 250.000.

Voor het overige dient het bezwaar van Aesculaap te worden verworpen.

Den Haag, 17 september 2003

Mr.drs. R.C. van Houten
Voorzitter
Subcommissie voor zaak 2422 van de Adviescommissie bezwaarschriften
Mededingingswet

mr. J.W. van de Gronden
Secretaris
Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet

