

[97/11141]

## Beslissing van 25 maart 1997, nr. 97-RPR-01

Inzake :

E/A-94/0005 — PRA-94/0007

N.V. Laroy — Duvo/N.V. Aniserco

Bij tussenbeslissing van 10 september 1996 gaf de Raad voor de Mededinging aan de Dienst voor de Mededinging opdracht een aanvullend onderzoek uit te voeren naar de afbakening van de relevante markten. Deze tussenbeslissing werd niet betekend. De wetgever heeft hierin niet voorzien (1). Zulks doet inderdaad geen afbreuk aan de rechten van de N.V. Laroy-Duvo, die hierdoor overigens geenszins werd geschaad. De Raad acht dit onderzoek naar de relevante markten van belang om uitspraak te doen over de vraag of de praktijken van de N.V. Laroy-Duvo de mededinging merkbaar beperken op de Belgische betrokken markt.

De N.V. Laroy-Duvo houdt voor dat door haar afspraak de mededinging op de Belgische betrokken markt niet merkbaar wordt verhinderd, met name door het feit dat de afspraken betrekking hebben op een klein marktaandeel. Om deze redenen vroeg de Raad aan de Dienst een aanvullend onderzoek naar de afbakening van de relevante markten.

De wet stelt uitdrukkelijk dat het om een « merkbare » mededingingsbeperking moet gaan; te verwaarlozen beperkingen vallen dus niet binnen het toepassingsgebied van artikel 2, lid 1 van de wet. De beperkende praktijk moet ertoe strekken of tot gevolg hebben dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Dit betekent dat, indien aangetoond is dat zij hiertoe strekt, niet hoeft te worden bewezen dat zij dit ook tot gevolg heeft. Omgekeerd moeten, indien geen poging om de mededinging te schaden bewezen is, de gevolgen van de praktijk worden beoordeeld.

Bovendien mag bij het hanteren van de minimumregel niet uit het oog verloren worden dat de overeenkomst steeds in haar economische en juridische context moeten worden gezien; zij kan immers deel uitmaken van een net van overeenkomsten zodat de mededinging desgevallend wel merkbaar wordt beperkt (2).

Om te onderzoeken of de mededinging merkbaar aangetast is, kunnen verschillende criteria in aanmerking genomen worden, onder meer het omzetcriterium, het marktaandeelcriterium en de aard van de mededingingsbeperkende afspraak zelf.

In het gemeenschapsrecht wordt voorgehouden : « De aard van de overeenkomst speelt een belangrijke rol bij de merkbaarheidstest; de merkbare mededingingsbeperking kan afgeleid worden uit de aard van de overeenkomst zelfs zonder dat nog op het marktaandeel of de belangrijkheid van de onderneming(en) wordt gewezen.

In het gemeenschapsrecht is overigens de Commissie van plan haar Bagatel-bekendmaking grondig te wijzigen (vijfentwintigste Mededingingsverslag, 36). De Commissie denkt er immers aan om de marktaandeeldrempel af te schaffen voor overeenkomsten die bijzonder kwalijke inbreuken op artikel 85 vormen en die zij dan ook als per se verboden heeft beschouwd, zoals ondermeer bij verticale afspraken, vaste wederverkoopprizen. Voor de afschaffing van de marktaandeeldrempel pleit de overweging dat het per se verbod precies geldt voor de overeenkomsten die er naar hun aard toe strekken de mededinging te verstoren en het dus overbodig is na te gaan welke gevolgen zij op de markt hebben » (3).

(1) Tweede activiteitenverslag van de Raad voor de Mededinging, nr. 74-76.

(2) TPR 1992, J. Steenlant « De nieuwe wet tot bescherming van de economische mededinging », blz. 352.

(3) W. Van Gerven, L. Gyselen, J. Stuyck, M. Maresceau en J. Steenbergen; « *Beginselen van Belgisch Privaatrecht* », D XIII Handels- en Economisch recht, D2 Mededingingsrecht, B Kartelrecht, Story-Scientia, 1996, blz. 158.

Tussen N.V. Laroy-Duvo en haar wederverkopers werden mondelinge afspraken gemaakt waarbij N.V. Laroy-Duvo verticale prijsbinding opdringt; bij iedere verstuurde prijscourant wordt in een begeleidend schrijven door N.V. Laroy-Duvo aangedrongen bij de klanten om de voorgeschreven consumentenprijzen te hanteren. Om het risico van een neerwaartse spiraal van de prijzen te vermijden heeft N.V. Laroy-Duvo van bij de aanvang van de commercialisatie van de produkten « Eukebana » en « lams » haar handelspartners erop gewezen dat distributie van deze produkten slechts kan indien de voorgeschreven consumentenprijzen worden gerespecteerd. Bij niet-naleven ervan worden de klanten uitdrukkelijk gewezen op de eerder gemaakte mondelinge afspraken waarop, bij niet naleving, de levering wordt gestopt.

*In casu* bestaat er een distributieovereenkomst tussen een leverancier en verschillende wederverkopers. Eén van de clausules, die als restrictief kan worden aangemerkt en de handelsvrijheid van de wederverkopers beperkt, is de verticale prijsbinding waarbij de wederverkopers niet vrij zijn om hun verkoopprijs te bepalen; er is dus sprake van een beperking van de mededinging en er moet bijgevolg nagegaan worden of er overtreding is van artikel 2, § 1 van de wet.

De overeenkomst waarbij een wederverkoper zich verbindt niet te verkopen onder de door de leverancier vastgestelde wederverkoopprijs is uitdrukkelijk verboden door artikel 2, § 1, a) van de wet; er moet wel nagegaan worden of de prijsbinding de mededinging merkbaar aantast op de betrokken markt. De door de leverancier aanbevolen prijzen leveren in beginsel geen aantasting op van de mededinging tenzij uit de praktijk zou blijken — wat hier het geval is — dat de leverancier of andere wederverkopers maatregelen of sancties nemen opdat de zogenaamde aanbevolen prijzen zouden worden nageleefd, of dat de aanbevolen prijzen een onderdeel zijn van een onderling afgestemde gedraging. Uit het onderzoek door de Dienst blijkt dat tijdens onderhandelingen N.V. Laroy-Duvo erop gewezen heeft dat, indien de adviesverkoopprijzen niet werden toegepast, de leveringen zouden worden stopgezet. De verticale distributie-overeenkomst tussen N.V. Laroy-Duvo en haar wederverkopers vormt een overeenkomst, met betrekking tot prijsafspraken, die verboden is volgens artikel 2, § 1 van de wet.

De Raad is van oordeel dat de aard zelf van de overeenkomst en/of feitelijke afspraken — namelijk het opleggen door N.V. Laroy-Duvo van de verticale prijsrestricties aan de wederverkopers — naar omstandigheden een merkbare aantasting van de mededinging vormt zonder dat nog verder de afbakening van de relevante markten moet onderzocht worden.

De Raad meent dat zulks het geval is wanneer dergelijke verplichting, nadat een voldoende beduidend marktaandeel is ingenomen, onbeperkt in de tijd wordt gehandhaafd en haar efficiëntie heeft bewezen; terzake is het ingenomen aandeel in de markt weliswaar gering, doch beduidend, daar de overgang van de consument naar een ander produkt een stap is die slechts met behoedzaamheid door de consument gezet wordt.

Overwegende dat dient nagegaan te worden of de afspraak niet in aanmerking komt voor vrijstelling op grond van artikel 2, § 3 van de wet.

In deze zaak hebben we te maken met een systeem van individuele verticale prijsbinding. Om van een individuele vrijstelling van een mededingingsbeperkende overeenkomst te kunnen genieten moeten de voorwaarden van artikel 2, § 3 van de wet vervuld zijn.

Als de toepassing van artikel 85, lid 3 door de Europese Commissie in acht wordt genomen, blijkt de aard van de afspraak en de positie van de ondernemingen op de betrokken markt in het algemeen de voornaamste factoren zijn om een vrijstelling van een restrictieve mededingingspraktijk te overwegen. Het is nochtans duidelijk dat bepaalde types van afspraken slechts zeer uitzonderlijk een vrijstelling ontvangen, onder meer afspraken met betrekking tot prijsvaststellingen, versterking van markten en export verboden. De Europese Commissie eist ook systematisch dat clausules met betrekking tot prijsrestricties van de wederverkoop uit distributieakkoorden verwijderd worden met het oog op een vrijstelling.

*In casu* bewijst N.V. Laroy-Duvo niet dat de instandhouding van de mededingingsbeperkende afspraak (verticale prijsbinding) bijdraagt tot ofwel de verbetering van de verdeling van de produkten ofwel de economische vooruitgang bevordert of bijdraagt tot de verbetering van de concurrentiepositie van de kleine en middelgrote ondernemingen.

De verticale prijsbinding is voor de consument nadelig om de volgende redenen :

— verticale prijsbinding verplicht de consument prijzen te betalen die niet aan de kostprijs van de verdelers zijn aangepast;

— verticale prijsbinding kan tot prijsstijging leiden;

— verticale prijsbinding kan leiden tot het beschermen van minder produktieve handelsondernemingen;

— verticale prijsbinding ontnemt de consument de mogelijkheid om het artikel tegen een lagere prijs te kopen en de consument kan ook geen prijsvergelijkingen meer maken omdat de prijzen bij alle wederverkopers dezelfde zijn. De keuzevrijheid van de consument wordt beperkt; ook het toestaan van kortingen door de wederverkoper ten gunste van de consument wordt uitgesloten.

De consument zal ook eerder geneigd zijn om te kiezen voor prijsveranderingen met betrekking tot dierenvoedingsprodukten dan voor de kwaliteit en de dienstverlening die ermede gepaard gaan omdat er een substitutiemogelijkheid is binnen de categorie van de kwalitatieve honden- en kattenvoeding waarmee evenzeer een hoge dienstverlening gepaard gaat.

Dat op basis van het voorgaande de Raad voor de Mededinging van oordeel is dat de consument geen billijk aandeel van de voordelen, indien deze zouden bestaan — *quod non* — kan verwerven.

Dat aan de vereiste van vrijstelling niet is voldaan.

Om deze redenen,

De Raad voor de Mededinging,

Stelt vast dat er een restrictieve mededingingspraktijk bestaat in hoofde van de N.V. Laroy-Duvo en beveelt dat deze beëindigd wordt op straffe van een dwangsom van F 250 000 per dag.

Zegt dat aan de vereiste van vrijstelling op grond van artikel 2, § 3 van de wet niet is voldaan.

Aldus uitgesproken bij beslissing van 25 maart 1997 door de Kamer van de Raad voor de Mededinging, samengesteld uit de heren Michel Handschoewerker, kamervoorzitter, Prosper Vanhelfmont, Paul Eeckman en Michel Flamée, leden van de Raad.

(Volgen de handtekeningen.)