CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
V. TRSTENJAK
van 4 september 2008 [1]

Inhoud

I — Inleiding . . . . . II - 8643

II — Toepasselijke bepalingen . . . . . II - 8643

III — Feiten, hoofdgeding en prejudiciële vraag . . . . . II - 8645

A — Feiten . . . . . II - 8645

B — Procedure voor de Ierse mededingingsautoriteit en hoofdgeding . . . . . II - 8647

C — Prejudiciële vraag . . . . . II - 8648

IV — Procesverloop voor het Hof . . . . . II - 8650

V — Argumenten van partijen . . . . . II - 8650

VI — Juridische beoordeling . . . . . II - 8653

A — Begrip restrictie met mededingingsbeperkende strekking . . . . . II - 8653

1. Inhoud, structuur en toepassing van artikel 81 EG . . . . . II - 8653

a) Structuur van artikel 81 EG . . . . . II - 8653

b) Toepassing van artikel 81 EG . . . . . II - 8654

2. Restrictie met mededingingsbeperkende strekking . . . . . II - 8655

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

a) Relevant criterium . . . . . II - 8656

b) Kennelijke mededingingsbeperkingen? . . . . . II - 8657

c) Uitputtende lijst? . . . . . II - 8657

d) Juridische en economische context . . . . . II - 8658

3. Conclusie . . . . . II - 8661

B — Strekken overeenkomsten als de BIDS-overeenkomsten ertoe de mededinging te beperken? . . . . . II - 8661

1. Beperking van de vrijheid om zelfstandig het op de markt te volgen beleid te bepalen . . . . . II - 8661

2. Ongunstige beïnvloeding van de marktvoorwaarden . . . . . II - 8662

a) Reductie met 25 % van de productiecapaciteit van de verwerkende industrie in haar geheel . . . . . II - 8663

b) Terugtrekking van de vertrekkers uit de markt . . . . . II - 8666

c) Heffingen . . . . . II - 8667

d) Bepalingen inzake het gebruik en de beschikkingsbevoegdheid . . . . . II - 8668

e) Conclusie . . . . . II - 8670

3. Inaanmerkingneming van de met de BIDS-overeenkomsten nagestreefde doelen . . . . . II - 8670

4. Conclusie . . . . . II - 8671

C — Eindbeoordeling van de elementen van een overeenkomst als de BIDS-overeenkomsten . . . . . II - 8671

VII — Conclusie . . . . . II - 8673

I — Inleiding

1. Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van het in artikel 81, lid 1, EG bedoelde begrip restrictie met mededingingsbeperkende strekking. De economische achtergrond van dit verzoek bestaat in de door de verwijzende rechter vastgestelde overcapaciteit in de Ierse rundvleesverwerkende industrie (hierna: „verwerkende industrie"). De verwerkende industrie koopt runderen van veehouderijen, slacht en ontbeent deze, en verkoopt het rundvlees vervolgens in binnen- en buitenland. De vleesverwerkers willen de overcapaciteit door middel van overeenkomsten beperken.

2. Met zijn prejudiciële vraag wenst de nationale rechterlijke instantie te vernemen, of het begrip restrictie met mededingingsbeperkende strekking als bedoeld in artikel 81, lid 1, EG aldus moet worden uitgelegd, dat de overeenkomsten tussen de vleesverwerkers daaronder vallen. De prejudiciële vraag is aldus in twee opzichten afgebakend. Enerzijds heeft zij enkel betrekking op overeenkomsten die ertoe strekken de mededinging te beperken, en niet op overeenkomsten die een beperking van de mededinging tot gevolg hebben. Anderzijds is alleen aan de orde, of de overeenkomsten onder het in artikel 81, lid 1, EG neergelegde principeverbod van mededingingsbeperkende overeenkomsten vallen, en moet er niet worden onderzocht of de overeenkomsten wegens hun positieve effecten op grond van artikel 81, lid 3, EG alsnog met de gemeenschappelijke markt verenigbaar zouden kunnen zijn.

II — Toepasselijke bepalingen

3. Artikel 81, lid 1, EG bepaalt dat alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst en met name die welke bestaan in:

a) het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden;

b) het beperken of controleren van de productie, de afzet, de technische ontwikkeling of de investeringen;

c) het verdelen van de markten of van de voorzieningsbronnen;

d) het ten opzichte van handelspartners toepassen van ongelijke voorwaarden bij

gelijkwaardige prestaties, hun daarmede nadeel berokkenend bij de mededinging;

e) het afhankelijk stellen van het sluiten van overeenkomsten van de aanvaarding door de handelspartners van bijkomende prestaties welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.

onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden zijn.

4. Volgens artikel 81, lid 3, EG kunnen de bepalingen van artikel 81, lid 1, EG buiten toepassing worden verklaard

— voor elke overeenkomst of groep van overeenkomsten tussen ondernemingen,

— voor elk besluit of groep van besluiten van ondernemersverenigingen, en

— voor elke onderling afgestemde feitelijke gedraging of groep van gedragingen

die bijdragen tot verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen

a) beperkingen op te leggen welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn,

b) de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.

5. Artikel 1, leden 1 en 2, van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag [2] bepaalt:

2 — PB 2003, L 1, blz. 1.

„1. Overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen als bedoeld in artikel 81, lid 1, van het Verdrag die niet aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, van het Verdrag voldoen, zijn verboden, zonder dat hiertoe een voorafgaande beslissing vereist is.

2. Overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen als bedoeld in artikel 81, lid 1, van het Verdrag die aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, van het Verdrag voldoen, zijn niet verboden, zonder dat hiertoe een voorafgaande beslissing vereist is."

III — Feiten, hoofdgeding en prejudiciële vraag

A — *Feiten*

6. De overcapaciteit die er volgens de verwijzingsbeslissing in de verwerkende industrie in Ierland bestaat, is met name een gevolg van het feit dat de bouw en het outilleren van verwerkingsfabrieken vroeger sterk werden ondersteund, ongeacht de daadwerkelijke vraag naar rundvlees. Bovendien varieerde de hoeveelheid te verwerken runderen vroeger sterk per seizoen. Dit had tot gevolg dat de verwerkers tijdens de seizoenpieken grote hoeveelheden moesten verwerken. De veehouderij heeft inmiddels haar seizoengebonden karakter verloren. Weliswaar zijn er nog zekere seizoenschommelingen, maar de totale capaciteit van de verwerkingsfabrieken overschrijdt thans de hoeveelheden te verwerken runderen met ongeveer 32 %, en dit zelfs tijdens de seizoenpieken.

7. Aangezien de rundvleessector een belangrijke rol speelt in de Ierse economie, hebben de Ierse regering en vertegenwoordigers van de verwerkende industrie een economisch adviesbureau verzocht om een marktstudie. Deze marktstudie had tot doel, maatregelen te identificeren die de winstgevendheid van alle operatoren van de Ierse rundvleessector in Ierland gedurende lange tijd zouden kunnen verhogen.

8. De marktstudie, die in 1998 werd bekendgemaakt, stelde dat er een grote overcapaciteit bestond in de verwerkende industrie, die waarschijnlijk zou leiden tot verlaging van de winstgevendheid van de hele verwerkende industrie. Deze prognose was hoofdzakelijk op de volgende redenering gebaseerd: bepalend voor de winst van de verwerker is de marge tussen de aankoopprijs van het rund plus de verwerkingskosten enerzijds en de verkoopprijs van het rundvlees anderzijds. De

winst van een verwerker hangt met name af van de benuttingsgraad van de verwerkingsfabriek en van het bestaan van overcapaciteit. Bij een hogere benuttingsgraad kunnen schaalvoordelen worden gerealiseerd, waardoor de verwerkingskosten dalen. Overcapaciteit zorgt voor meer mededinging tussen de verwerkers bij de verkoop van rundvlees en leidt dus tot dalende prijzen. Voorts voorspelt de studie dat de dalende winstgevendheid van de verwerkers op termijn ertoe zal leiden dat verwerkende bedrijven de deuren zullen moeten sluiten.

9. Als aanzet voor een oplossing stelt de marktstudie voor om het aantal verwerkers in de verwerkende industrie te reduceren. Een compensatieregeling dient stimulansen te geven om de markt te verlaten. De marktstudie benadrukte de besparingen voor de verwerkende industrie in haar geheel en raamde deze op 18 miljoen Ierse Pond (IEP); door bijkomende rationalisatiemaatregelen kon nog 14 miljoen IEP worden bespaard.

10. Een door de Minister for Agriculture and Food (minister van Landbouw en Voedselvoorziening) ingestelde werkgroep rundvlees (Beef Task Force) heeft in 1999 een rapport uitgebracht. Daarin werden de conclusies van de marktstudie erkend en werd de verwerkende industrie opgeroepen om deze studie ten uitvoer te leggen.

11. In 2000 hebben verwerkers de Beef Industry Development Society Ltd (hierna: „BIDS") opgericht. De huidige leden van BIDS produceren ongeveer 93 % van het in Ierland verkochte rundvlees. Het statutair doel van BIDS is de uitvoering van de marktstudie van het economisch adviesbureau en van het rapport van de werkgroep rundvlees. Te dien einde heeft BIDS een overeenkomst (hierna: „BIDS-overeenkomst") opgesteld. Deze overeenkomst heeft tot doel de totale capaciteit van de verwerkende industrie binnen een jaar met 25 % te verlagen. Daartoe voorziet de BIDS-overeenkomst in de hieronder beschreven regeling.

12. Een deel van de verwerkers, die lid zijn van BIDS (hierna: „vertrekkers"), verbindt zich er middels overeenkomsten met BIDS toe, de verwerkende industrie te verlaten, hun verwerkingsfabrieken uit bedrijf te nemen en een non-concurrentiebeding van twee jaar in acht te nemen (hierna: „vertrekovereenkomsten"). De vertrekovereenkomsten moeten voorts voorzien in de verplichting om de bedrijfsterreinen van de voormalige verwerkingsfabrieken gedurende vijf jaar niet te gebruiken voor de verwerking van runderen (hierna: „beperking van het gebruik") en in de verplichting om de uitrusting voor de elementaire verwerking van runderen uitsluitend voor gebruik als reserve-uitrusting of reserveonderdelen te verkopen aan verwerkers in Ierland, dan wel om bedoelde uitrusting buiten Ierland te verkopen (hierna: „beperking van de beschikkingsbevoegdheid"). De

overeenkomsten voorzien niet in de mogelijkheid om individuele verwerkingsfabrieken van een verwerker uit bedrijf te nemen. BIDS heeft reeds een vertrekovereenkomst gesloten met de verwerker Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd (hierna: „Barry Brothers").

13. Ter compensatie moeten de vertrekkers door BIDS schadeloos worden gesteld. De schadeloosstellingen worden intern gefinancierd door de leden van BIDS die in de verwerkende industrie blijven (hierna: „blijvers").

14. De te betalen heffingen zijn progressief. Voor zover de blijvers hun traditionele slachtpercentage niet overschrijden, bedraagt de heffing twee euro per verwerkt rund. Overschrijden zij hun traditionele slachtpercentage, dan bedraagt de heffing elf euro per verwerkt rund waarmee bedoeld slachtpercentage wordt overschreden. Het traditionele slachtpercentage is gebaseerd op het gemiddelde slachtpercentage van een verwerker gedurende de laatste drie jaar vóór de uitvoering van de BIDS-overeenkomst.

B — *Procedure voor de Ierse mededingingsautoriteit en hoofdgeding*

15. Tijdens het opstellen van de BIDS-overeenkomst heeft BIDS geprobeerd tot overeenstemming te komen met de Ierse Competition Authority (hierna: „Competition Authority"). De Competition Authority deelde BIDS op 5 en 26 juni 2003 mee, dat zij van mening was dat de BIDS-overeenkomst en de met Barry Brothers gesloten vertrekovereenkomst (hierna tezamen: „BIDS-overeenkomsten") onverenigbaar waren met het Ierse mededingingsrecht. Op 30 juni 2003 heeft de Competition Authority de Ierse High Court (hierna: „High Court") verzocht vast te stellen dat de BIDS-overeenkomsten in strijd zijn met artikel 81 EG.

16. De High Court heeft het verzoek van de Competition Authority bij arrest van 27 juli 2006 afgewezen op grond dat de BIDS-overeenkomsten niet onder het verbod van artikel 81, lid 1, EG vielen. Volgens de High Court hadden de BIDS-overeenkomsten niet tot doel, de mededinging te beperken, aangezien zij niet voorzien in prijsafspraken, toewijzing van klanten of beperking van de productie in de zin van artikel 81, lid 1, sub a tot en met c, EG. De verlaging van de totale capaciteit kan niet worden beschouwd als een beperking van de productie. Voorts was de High Court van oordeel dat de BIDS-overeenkomsten geen beperking van de mededinging tot gevolg hadden. Een vermindering van de totale capaciteit met 25 % zou de mededinging slecht kunnen beperken, wanneer er als gevolg daarvan een gebrek aan capaciteit zou zijn dat zou leiden tot een verhoging van de prijzen. Aangezien de totale rundvleesproductie in Ierland in de toekomst niet zal stijgen, maar veeleer een dalende tendens te zien zal geven, is ook bij een vermindering van de totale capaciteit met 25 % de verwerking van alle runderen verzekerd. Ook de prijzen zullen waarschijnlijk niet stijgen. Weliswaar

doen de heffingen de verwerkingskosten van de verwerkers stijgen, maar volgens de High Court gaat dit niet gepaard met een prijsstijging, met name omdat de blijvers schaalvoordelen zouden genieten door de vermindering van de totale capaciteit en omdat de klanten van de verwerkers een sterke onderhandelingspositie hebben.

17. Volgens de High Court zijn de beperkingen van het gebruik en van de beschikkingsbevoegdheid evenmin mededingingsbeperkingen. Weliswaar is het onder de huidige marktomstandigheden economisch onrendabel om nieuwe verwerkingsfabrieken te bouwen, maar potentiële concurrenten zouden de markt kunnen betreden door de koop van andere verwerkingsfabrieken (dus van blijvers of van niet-leden van BIDS).

18. De High Court komt tot de slotsom dat de BIDS-overeenkomsten niet zo laakbaar zijn dat zij als een restrictie met een mededingingsbeperkende strekking kunnen worden aangemerkt.

19. Voorts was de High Court van oordeel dat niet was voldaan aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, EG. BIDS heeft niet aangetoond dat een billijk aandeel in de voordelen de gebruikers ten goede kwam. Artikel 81, lid 3, EG is evenwel niet relevant, aangezien de overeenkomsten reeds niet onder het principeverbod van artikel 81, lid 1, EG vallen.

20. De Competition Authority is tegen de beslissing van de High Court in hoger beroep gekomen voor de Ierse Supreme Court (hierna: „Supreme Court").

C — *Prejudiciële vraag*

21. De Supreme Court is van oordeel dat in het geding een voor de beslechting ervan belangrijke vraag om uitlegging van artikel 81, lid 1, EG aan de orde is. Derhalve heeft hij het Hof van Justitie krachtens artikel 234 EG de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Wanneer ten genoegen van de rechter is aangetoond dat:

a) er sprake is van overcapaciteit in de rundvleesverwerkende industrie, die berekend op de piek van de verwerkte hoeveelheid, ongeveer 32 % bedraagt;

b) het effect van deze overcapaciteit op middellange termijn zeer ernstige gevolgen zal hebben voor de winstgevendheid van de bedrijfstak als geheel;

c) terwijl, zoals is gerapporteerd, de gevolgen van een overschotsituatie tot op heden nog niet in enige belangrijke mate zijn gevoeld, onafhankelijke adviseurs het onwaarschijnlijk achten dat de overcapaciteit op korte termijn wordt opgeheven door normale marktmaatregelen, en stellen dat zij op termijn evenwel zal leiden tot zeer belangrijke verliezen en uiteindelijk ertoe zal leiden dat verwerkers en installaties de bedrijfstak zullen verlaten;

d) rundvleesverwerkers die ongeveer 93 procent van de markt voor het aanbod van rundvlees van die bedrijfstak vertegenwoordigen, zijn overeengekomen om stappen te nemen om de overcapaciteit op te heffen en bereid zijn een heffing te betalen teneinde betalingen aan verwerkers te financieren die bereid zijn hun productie te staken, en dat,

bedoelde verwerkers, die tien ondernemingen omvatten, een rechtspersoon (‚de Society') [3] oprichten teneinde een afspraak met de volgende kenmerken uit te voeren:

1. fabrieken […] [4] die per jaar 420 000 stuks vee slachten en verwerken en ongeveer 25 % van de actieve capaciteit vertegenwoordigen, sluiten met de overblijvende ondernemingen […] [5] een overeenkomst om de bedrijfstak te verlaten en zich aan de volgende voorwaarden te houden;

2. vertrekkers tekenen een non-concurrentiebeding voor de duur van twee jaar met betrekking tot het verwerken van rundvlees op het eiland Ierland;

3. de installaties van vertrekkers worden uit bedrijf genomen;

4. de bedrijfsterreinen van de uit bedrijf genomen installaties worden niet gebruikt voor het verwerken van rundvlees gedurende een periode van vijf jaar;

3 — Bedoeld wordt BIDS.

4 — De bijvoeging „(‚vertrekkers' genaamd)" is weggelaten.

5 — De bijvoeging „(‚blijvers' genaamd)" is weggelaten.

5. aan vertrekkers wordt in termijnen een schadeloosstelling betaald door middel van door de blijvers aan de Society verstrekte leningen;

6. door alle blijvers wordt aan de Society een vrijwillige heffing betaald van 2 EUR per dier in het kader van het traditionele slachtpercentage en van 11 EUR per geslacht dier waarmee dat percentage wordt overschreden;

7. de heffing wordt gebruikt om de leningen van de blijvers terug te betalen; de heffingen worden beëindigd wanneer de leningen zijn terugbetaald.

8. de uitrusting van vertrekkers die wordt gebruikt voor het elementaire verwerken van rundvlees, wordt enkel verkocht aan blijvers voor gebruik als reserve-uitrusting of reserveonderdelen of wordt buiten het eiland Ierland verkocht;

9. de vrijheid van de blijvers wat betreft productie, prijsstelling, verkoopvoorwaarden, in- en uitvoer, uitbreiding van de capaciteit, etc. wordt niet aangetast,

en vaststaat dat een dergelijke overeenkomst vanuit het oogpunt van artikel 81, lid 1, EG aanzienlijke gevolgen kan hebben voor het handelsverkeer tussen de lidstaten, moet een dergelijke afspraak dan worden beschouwd als ertoe strekkend, dus afgezien van de gevolgen ervan, de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt te verhinderen, te beperken of te vervalsen en derhalve als onverenigbaar met artikel 81, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap?"

IV — Procesverloop voor het Hof

22. De verwijzingsbeslissing is op 20 april 2007 ingekomen ter griffie van het Hof. BIDS, de Competition Authority, de Belgische regering en de Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Ter terechtzitting van 4 juni 2008 hebben de Competition Authority, BIDS en de Commissie hun argumenten aangevuld.

V — Argumenten van partijen

23. BIDS, de Competition Authority, het Koninkrijk België en de Commissie zijn het over het volgende eens: in artikel 81, lid 1, EG wordt een onderscheid gemaakt tussen restricties die tot mededingingsbeperking strekken en restricties die mededingingsbeperking ten gevolge hebben. Bij restricties met mededingingsbeperkende strekking moeten

geen effecten worden aangetoond. Bij het onderzoek, of er sprake is van een restrictie met mededingingsbeperkende strekking moet niet alleen worden gezien naar de inhoud van de overeenkomst, maar ook naar de juridische en de economische context ervan.

24. De partijen zijn het oneens over het antwoord op de vraag, wanneer er sprake is van een restrictie die tot mededingingsbeperking strekt, en of de BIDS-overeenkomsten onder deze definitie vallen. Dienaangaande is BIDS van mening dat de BIDS-overeenkomsten geen restricties met een mededingingsbeperkende strekking zijn, terwijl de Competition Authority, het Koninkrijk België, en de Commissie de tegenovergestelde mening zijn toegedaan.

25. *BIDS* stelt restricties met een mededingingsbeperkende strekking gelijk met hardekernbeperkingen en met overeenkomsten die *als zodanig* de mededinging beperken. Deze categorie overeenkomsten moet volgens BIDS strikt worden uitgelegd en omvat slechts een beperkt aantal ernstige concurrentiebeperkingen zoals prijsafspraken, productiebeperkingen, verdeling van markten en toewijzing van klanten. Slechts bij zulke dermate duidelijke en schadelijke overeenkomsten is er volgens BIDS sprake van restricties met een mededingingsbeperkende strekking.

26. BIDS is van mening dat bij de BIDS-overeenkomsten geen sprake is van een restrictie met een mededingingsbeperkende strekking. Uit de juridische en economische context van de BIDS-overeenkomsten blijkt dat deze niet moeten worden ingedeeld in de categorie van de restricties met een mededingingsbeperkende strekking. In dat verband beroept BIDS zich met name op de vaststellingen van de High Court, dat de totale productie niet zou dalen en de prijzen niet zouden stijgen. Uit het arrest GlaxoSmith-Kline Services/Commissie [6] blijkt dat met dergelijke omstandigheden rekening moet worden gehouden. Bovendien wordt de vrijheid van de blijvers met betrekking tot hun productiequota, marktaandelen en prijzen niet ingeperkt. Voorts moet rekening worden gehouden met de omstandigheid dat de BIDS-overeenkomsten een legitiem doel hebben, namelijk het afbouwen van overcapaciteit. De heffingen, het non-concurrentiebeding en de bepalingen inzake het gebruik en de beschikkingsbevoegdheid zijn noodzakelijke maatregelen om dit doel te bereiken. Bovendien heeft BIDS niet in het geheim gehandeld.

27. Volgens BIDS blijkt bij inaanmerkingneming van deze omstandigheden, dat de BIDS-overeenkomsten niet dermate duidelijk of mededingingsverstorend zijn dat zij kunnen worden ingedeeld in de categorie van de restricties met mededingingsbeperkende strekking.

28. De *Competition Authority* is van mening dat er bij duidelijke mededingingsbeperkingen of bij hardekernbeperkingen sprake is van restricties met mededingingsbeperkende strekking. Er bestaat evenwel geen uitputtende lijst van duidelijke mededingingsbeperkingen of hardekernbeperkingen.

6 — Arrest van 27 september 2006 (T-168/01, Jurispr. blz. II-2969).

Volgens haar is de vaststelling van de bedoeling van partijen niet noodzakelijk. Uit het arrest GlaxoSmithKline Services/Commissie [7] kunnen geen conclusies voor het onderhavige geval worden getrokken.

29. Uit de inhoud van de BIDS-overeenkomsten blijkt dat deze ertoe strekken de mededinging te beperken. De Competition Authority verwijst in dat verband naar de geplande uittreding uit de verwerkende industrie door verwerkers die 25 % van de totale capaciteit vertegenwoordigen. Zij meent dat dit een productiebeperking is, of althans een beperking van de capaciteit, die eveneens de mededinging beperkt. Voorts verwijst de Competition Authority naar de prijsstijgingen als gevolg van de heffingen, naar de beperkingen van het gebruik en van de beschikkingsbevoegdheid voor de vertrekkers, en naar de omstandigheid dat de blijvers niet noodzakelijkerwijs de meest efficiënte verwerkers zijn. Zij is van mening dat ook deze elementen van de BIDS-overeenkomsten moeten worden aangemerkt als restricties met mededingingsbeperkende strekking.

30. Met de positieve effecten van de BIDS-overeenkomsten moet in de context van artikel 81, lid 3, EG rekening worden gehouden.

31. Voor de uitlegging van het begrip restrictie met mededingingsbeperkende strekking beroept het *Koninkrijk België* zich op de structuur van artikel 81 EG. Gelet op het feit dat ondernemingen sinds de inwerkingtreding van verordening nr. 1/2003 overeenkomsten zelf moeten evalueren, moet het onderscheid tussen artikel 81, lid 1, EG en artikel 81, lid 3, EG worden benadrukt. In het kader van het onderzoek krachtens artikel 81, lid 1, EG wordt slechts onderzocht, of er sprake is van een mededingingsbeperking. Hiervan los staat de vraag, of een overeenkomst die onder het principeverbod van artikel 81, lid 1, EG valt, op grond van artikel 81, lid 3, EG verenigbaar kan zijn met de gemeenschappelijke markt.

32. Volgens het Koninkrijk België strekt een overeenkomst die de rationalisatie van de verwerkende industrie beoogt en daartoe voorziet in de uittreding van verwerkers die tezamen 25 % van de totale capaciteit vertegenwoordigen, ertoe de marktvoorwaarden te wijzigen. Bijgevolg zijn de BIDS-overeenkomsten restricties met mededingingsbeperkende strekking.

33. De *Commissie* merkt op dat de rechtspraak van de communautaire rechterlijke instanties betreffende het begrip restrictie met mededingingsbeperkende strekking aanvankelijk beperkt bleef tot zaken waarin sprake was van hardekernbeperkingen. Inmiddels hebben de communautaire rechterlijke instanties evenwel ook overeenkomsten met een rechtmatig doel als restricties met mededingingsbeperkende strekking aangemerkt. Het nastreven van een legitiem doel sluit dus niet uit dat er sprake kan zijn van een restrictie met mededingingsbeperkende strekking. Artikel 81, lid 1, EG is bijgevolg ook van toepassing op overeenkomsten die ertoe

7 — Aangehaald in voetnoot 6.

strekken een crisis te boven te komen. Een andere zienswijze zou onverenigbaar zijn met de structuur van artikel 81 EG. Voorts is niet vereist dat er sprake is van een duidelijke mededingingsbeperking. Evenmin is relevant, of de onderhandelingen over en het afsluiten van de BIDS-overeenkomsten in het geheim of in het openbaar plaatsvonden.

34. Wat de beoordeling van de BIDS-overeenkomsten betreft, sluit de Commissie zich in wezen bij het standpunt van de Competition Authority aan.

VI — Juridische beoordeling

35. Aangezien de partijen een verschillende opvatting hebben van het begrip restrictie met mededingingsbeperkende strekking, zal ik eerst dit begrip behandelen (A), vooraleer ik zal onderzoeken, of overeenkomsten zoals de BIDS-overeenkomsten ertoe strekken de mededinging te beperken (B). Ten slotte zal ik onderzoeken hoe de verschillende elementen van deze overeenkomsten, gelet op de in artikel 81, lid 1, sub b, EG bedoelde categorieën en op de algemene clausule in artikel 81, lid 1, EG, moeten worden beoordeeld (C).

A — *Begrip restrictie met mededingingsbeperkende strekking*

36. Zoals ik in de inleiding reeds heb opgemerkt, heeft de prejudiciële vraag alleen betrekking op de uitlegging van het in artikel 81, lid 1, EG bedoelde begrip restrictie met mededingingsbeperkende strekking. Dit begrip kan evenwel niet worden uitgelegd zonder rekening te houden met het wettelijke kader ervan. Bijgevolg zal ik hieronder om te beginnen ingaan op de inhoud, de structuur en de toepassing van artikel 81 EG (1) en vervolgens op de betekenis van het begrip restrictie met mededingingsbeperkende strekking (2).

1. Inhoud, structuur en toepassing van artikel 81 EG

a) Structuur van artikel 81 EG

37. Op grond van artikel 81, lid 1, EG zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de

mededinging merkbaar wordt beperkt, in beginsel verboden.[8] Het beogen en het teweegbrengen van een mededingingsbeperking zijn twee alternatieve criteria.[9] Wanneer vaststaat dat een overeenkomst ertoe strekt de mededinging te beperken, is het van geen belang of zij daadwerkelijk een beperking van de mededinging tot gevolg heeft.[10] Voor het principeverbod van artikel 81, lid 1, EG volstaat dus, dat een overeenkomst ertoe strekt de mededinging te beperken.

38. Het principeverbod van artikel 81, lid 1, EG kan evenwel krachtens artikel 81, lid 3, EG buiten toepassing worden verklaard. Daarvoor moet zijn voldaan aan de volgende vier cumulatieve voorwaarden: 1) de overeenkomst draagt bij tot het ontstaan van voordelen doordat zij bijdraagt tot de verbetering van de productie of van de verdeling van de producten of tot de verbetering van de technische en economische vooruitgang; 2) een billijk aandeel in deze voordelen komt de gebruikers ten goede; 3) de overeenkomst legt de onderneming geen beperkingen op die niet onmisbaar zijn voor het bereiken van deze doelstellingen, en 4) de overeenkomst maakt het niet mogelijk, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.

39. Artikel 81 EG voorziet dus in een *onderzoek in twee delen*. Een overeenkomst is met de gemeenschappelijke markt verenigbaar, wanneer zij niet onder het principeverbod van artikel 81, lid 1, EG valt, of wanneer zij wel onder bedoeld verbod valt, maar voldoet aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, EG. Met de vaststelling, dat een overeenkomst ertoe strekt de mededinging te beperken en dus onder het principeverbod van artikel 81, lid 1, EG valt, staat dus nog niet finaal vast dat deze overeenkomst onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. Bij het onderzoek van de vraag, wanneer er sprake is van een restrictie met mededingingsbeperkende strekking in de zin van artikel 81, lid 1, EG, mag dit onderscheid tussen artikel 81, lid 1, EG en artikel 81, lid 3, EG niet uit het oog worden verloren.

b) Toepassing van artikel 81 EG

40. Vóór 1 mei 2004 was het onderscheid tussen artikel 81, lid 1, EG en artikel 81, lid 3, EG belangrijk voor de procedure. Krachtens artikel 4, lid 1, van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962 over de toepassing van de artikelen 85 (thans artikel 81 EG) en 86 (thans artikel 82 EG) van het Verdrag[11] gold een regeling die voorzag in een verbod behoudens vrijstelling: een overeenkomst die onder het principeverbod van artikel 81, lid 1, EG viel maar waarvoor geen groepsvrijstel-

8 — Vgl. de volledige tekst van artikel 81, lid 1, EG in punt 3 van deze conclusie.

9 — Arrest van 30 juni 1966, LTM (56/65, Jurispr. blz. 391, blz. 414).

10 — Arrest LTM (aangehaald in voetnoot 9, blz. 414), en arrest van 13 juli 1966, Consten en Grundig/Commissie (56/64 en 58/64, Jurispr. blz. 449, blz. 516).

11 — PB L 13, blz. 204.

lingsverordening gold, moest bij de Commissie worden aangemeld. Zij alleen kon een dergelijke overeenkomst vrijstellen van het principeverbod van artikel 81, lid 1, EG.

41. Met de inwerkingtreding van verordening nr. 1/2003 [12] is deze regeling vervangen door een regeling van zelfevaluatie. Overeenkomsten die onder het principeverbod van artikel 81, lid 1, EG vallen maar voldoen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, EG zijn niet verboden, zonder dat hiertoe een voorafgaande beslissing van de Commissie is vereist. [13] Thans staat het in beginsel aan de betrokken ondernemingen — die daarbij eventueel een beroep kunnen doen op een juridisch adviseur — om te onderzoeken of is voldaan aan de voorwaarden van artikel 81, lid 1, EG en van artikel 81, lid 3, EG. [14]

2. Restrictie met mededingingsbeperkende strekking

42. De overeenkomst moet ertoe strekken de *mededinging te beperken.* Dit criterium is niet eenvoudig te begrijpen. [15] Artikel 81 EG beschermt de mededinging inzonderheid met het oog op de functie ervan, één enkele markt tot stand te brengen met soortgelijke voorwaarden als een interne markt, en met het oog op de functie ervan, de gebruikers zo goed mogelijk te bedienen. [16] Om na te gaan of een overeenkomst inbreuk maakt op deze rechtens beschermde belangen, onderzoeken de communautaire rechterlijke instanties of de overeenkomst een beperking inhoudt van de vrijheid van een of meer ondernemingen om zelfstandig het beleid te bepalen dat zij op de markt willen volgen (eis van zelfstandigheid), en of deze beperking van de vrijheid de marktvoorwaarden merkbaar ongunstig beïnvloedt. [17]

43. Wanneer wordt onderzocht of een overeenkomst *ertoe strekt* de mededinging te beperken, moet volgens de rechtspraak van de communautaire rechterlijke instanties worden uitgegaan van de inhoud van de overeenkomst, bezien tegen de juridische en economische context ervan. [18] Hierna zal ik eerst ingaan op het criterium, aan de hand waarvan moet worden beoordeeld of een overeenkomst ertoe strekt de mededinging te beperken (a). Vervolgens zal ik nagaan, of het begrip beperkt is tot kennelijke mededingingsbeperkingen (b) en of er een uitputtende lijst van restricties met mededingingsbeperkende strekking bestaat (c). Ten slotte zal ik

12 — Verordening nr. 1/2003 is op 1 mei 2004 in werking getreden.

13 — Artikel 1, leden 1 en 2, van verordening nr. 1/2003.

14 — De omstandigheid dat het onderzoeksschema van artikel 81 EG uit twee delen bestaat, speelt evenwel een rol bij de verdeling van de bewijslast. Volgens artikel 2 van verordening nr. 1/2003 dient de partij of autoriteit die zich op het principeverbod van artikel 81, lid 1, EG beroept de bewijslast te dragen dat aan de voorwaarden ervan is voldaan, terwijl de partij die aanvoert dat het principeverbod niet van toepassing is, dient aan te tonen dat is voldaan aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, EG.

15 — Zie betreffende het begrip mededingingsbeperking Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, 6e druk, Oxford, 2008, nrs. 2.062-2.120; Wish, R., *Competition Law*, 5e druk, Londen, 2003, blz. 106-128; Faull, J., en Nikpay, A., *The EC Law of Competition,* Oxford, 1999, nrs. 2.56-2.99.

16 — Arresten van 25 oktober 1977, Metro SB-Großmärkte/Commissie (26/76, Jurispr. blz. 1875, punt 20); 8 juli 1999, Commissie/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, Jurispr. blz. I-4125, punt 117), en 23 november 2006, Asnef-Equifax en Administración del Estado (C-238/05, Jurispr. blz. I-11125, punt 52); betreffende inzonderheid het aspect van de welvaart van de gebruikers, zie Leupold, H., en Weidenbach, G., „Neues zum Verhältnis zwischen Art. 81 Abs. 1 und Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag?", *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2006, blz. 1003, blz. 1008, voetnoot 28 met verdere verwijzingen.

17 — Zie arresten Commissie/Anic Partecipazioni, aangehaald in voetnoot 16, punt 117, en Asnef-Equifax en Administración del Estado, ibid., punt 52. Zie betreffende de merkbare gevolgen het beginselarrest van 9 juli 1969, Völk/Vervake (5/69, Jurispr. blz. 295, punten 5-7).

18 — Arrest LTM (aangehaald in voetnoot 9, blz. 414); arrest van 28 maart 1984, CRAM en Rheinzink/Commissie (29/83 en 30/83, Jurispr. blz. 1679, punten 25-28, punt 26), en arrest GlaxoSmithKline Services/Commissie (aangehaald in voetnoot 6, punt 110).

uiteenzetten, welke elementen van de juridische en economische context relevant kunnen zijn voor het bestaan van een mededingingsbeperking, en welke dit niet kunnen zijn (d).

a) Relevant criterium

44. Zoals uit de benaming ervan blijkt, verwijst het begrip restrictie met mededingingsbeperkende strekking in de eerste plaats naar het doel van de overeenkomst. De communautaire rechterlijke instanties hebben in het bijzonder vastgesteld dat een overeenkomst ertoe strekte de mededinging te beperken wanneer zij noodzakelijkerwijs leidde tot een beperking van de mededinging. [19] In dat geval kunnen de partijen in beginsel niet stellen dat het niet de bedoeling was de mededinging te beperken, of dat met de overeenkomst ook een ander doel werd nagestreefd. [20]

45. Uit deze rechtspraak kan evenwel niet worden afgeleid, dat de bedoelingen van partijen niet in aanmerking kunnen worden genomen, aangezien daarin enkel de geachte tot uitdrukking komt, dat rationeel handelende ondernemingen rekening zullen houden met de waarschijnlijke gevolgen van de overeenkomst in de gegeven omstandigheden, zodat zij deze gevolgen althans tot op zekere hoogte hebben gewild. [21]

46. Integendeel, uit de omstandigheid dat er bij het beogen en het teweegbrengen van mededingingsbeperkingen in artikel 81, lid 1, EG [22] sprake is van alternatieven, en dat artikel 81, lid 1, EG in de alternatieve mogelijkheid van de restrictie met mededingingsbeperkende strekking is opgezet als een abstract gevaarzettingsdelict [23], volgt dat niet uitsluitend mag worden gezien naar de onvermijdelijke gevolgen van een overeenkomst. Er kan ook rekening worden gehouden

19 — Arrest van 1 februari 1978, Miller International Schallplatten/Commissie (19/77, Jurispr. blz. 131, punt 7), en arrest CRAM en Rheinzink/Commissie (aangehaald in voetnoot 18, punten 25-28).

20 — Arrest van 8 november 1983, IAZ International Belgium e.a./Commissie (96/82–102/82, 104/82, 105/82, 108/82 en 110/82, Jurispr. blz. 3369, punt 24); arresten Miller International Schallplatten/Commissie (aangehaald in voetnoot 19, punt 7), en CRAM en Rheinzink/Commissie (aangehaald in voetnoot 18, punten 25-28).

21 — Zoals advocaat-generaal Tizzano in punt 77 van zijn conclusie in de zaak General Motors/Commissie (C-551/03 P, arrest van 6 april 2006, Jurispr. blz. I-3173) terecht heeft vastgesteld, kunnen de partijen daarenboven niet aanvoeren dat zij geen kennis hadden van het verbod van artikel 81, lid 1, EG (ignorantia legis non excusat). Zie eveneens Emmerich, V., in Immenga en Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht*, deel 1, 4e druk, München, 2007.

22 — Vgl. punt 37 van de onderhavige conclusie.

23 — Vgl. de conclusie van rechter Vesterdorf, aangewezen als advocaat-generaal in de verbonden zaken T-1/89–T-4/89 en T-6/89–T-15/89 (Rhône-Poulenc e.a./Commissie, arrest van 24 oktober 1991, Jurispr. blz. II-867, blz. II-945).

met de bedoeling van de partijen. [24] Conclusies betreffende de bedoeling van de partijen kunnen inzonderheid worden getrokken uit de ontstaansgeschiedenis van de overeenkomst. [25]

b) Kennelijke mededingingsbeperkingen?

47. Uit het voorgaande blijkt dat de categorie van de restricties met mededingingsbeperkende strekking niet kan worden beperkt tot overeenkomsten die de mededinging duidelijk beperken. Wanneer niet alleen met de inhoud van een overeenkomst, maar ook met de juridische en economische context ervan rekening moet worden gehouden, kan de indeling onder de restricties met mededingingsbeperkende strekking niet afhangen van de vraag, of bedoelde strekking op het eerste gezicht duidelijk is of eerst bij een grondiger onderzoek van de omstandigheden en de bedoeling van partijen aan het licht komt. [26]

c) Uitputtende lijst?

48. Mijns inziens kan het begrip restricties met mededingingsbeperkende strekking evenmin worden herleid tot een uitputtende lijst. Reeds uit het woord „met name" in artikel 81, lid 1, EG blijkt, dat deze bepaling ook doelt op andere mededingingsbeperkingen dan deze welke in artikel 81, lid 1, sub a-e, EG zijn vermeld. Bijgevolg kan het begrip restricties met mededingingsbeperkende strekking evenmin tot de voorbeelden in artikel 81, lid 1, sub a-c, EG worden beperkt. [27]

49. Voorts kan het begrip restrictie met mededingingsbeperkende strekking niet worden gereduceerd tot het bepalen van prijzen, het verdelen van de markt of het controleren van de afzet. Uit de omstandigheid dat de communautaire rechterlijke

24 — Vgl. punt 78 van de conclusie van advocaat-generaal Tizzano in de zaak General Motors/Commissie (aangehaald in voetnoot 21); Odudu, O., „Interpreting Art. 81 (1): object as subjective intention", *European Law Review*, 2001, blz. 61, blz. 62.

25 — Punt 78 van de conclusie van advocaat-generaal Tizzano (aangehaald in voetnoot 24).

26 — Zie punt 24 van het arrest IAZ International Belgium e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 20), waarin het Hof het stelsel van controle door conformiteitsmerkplaatjes heeft geanalyseerd. Ook uit de punten 60, 64 en 65 van het arrest General Motors/Commissie (aangehaald in voetnoot 21) blijkt dat de mededingingsbeperking niet kennelijk hoeft te zijn. Punt 136 van het arrest van 15 september 1998, European Night Services e.a./Commissie (T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94, Jurispr. blz. II-3141), leidt evenmin tot een andere conclusie. Uit de omstandigheid dat het Gerecht in dat arrest heeft vastgesteld dat bij duidelijke beperkingen, zoals het bepalen van prijzen, het verdelen van de markt of het controleren van de afzet, geen onderzoek van de juridische en economische context noodzakelijk is, blijkt slechts dat het onderzoek van de juridische en economische context in duidelijke gevallen summier kan zijn. Daaruit kan evenwel niet worden afgeleid, dat het begrip restrictie met mededingingsbeperkende strekking beperkt is tot deze duidelijke gevallen.

27 — Zie in deze zin eveneens Aicher, J., en Schuhmacher, F., in Grabitz en Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, deel 2, München, 34e aanvulling (januari 2008), artikel 81, punt 1; Bellamy & Child, op. cit. (voetnoot 15), voetnoot 402 bij punt 2.097, waarin terecht wordt opgemerkt, dat andere overeenkomsten ertoe kunnen strekken de mededinging te beperken. Ook Wish, R., op. cit. (voetnoot 15), blz. 106, wijst erop, dat de opsomming illustratief is.

instanties zich veelvuldig over dit soort mededingingsbeperkingen hebben uitgesproken, volgt niet dat overeenkomsten met een ander voorwerp er niet toe kunnen strekken de mededinging te beperken. [28]

d) Juridische en economische context

50. Zoals gezegd moet bij het onderzoek, of een overeenkomst ertoe strekt de mededinging te beperken, niet alleen worden gezien naar de inhoud van de overeenkomst, maar ook naar de juridische en economische context ervan. [29] Dit vereiste moet serieus worden genomen, maar kan niet worden opgevat als een criterium waarlangs alle omstandigheden die pleiten voor de verenigbaarheid van een overeenkomst met de gemeenschappelijke markt, ter sprake kunnen komen. Uit de structuur van artikel 81 EG blijkt veeleer dat in het kader van artikel 81, lid 1, EG slechts rekening moet worden gehouden met elementen uit de juridische en economische context die twijfel kunnen doen rijzen over het bestaan van een mededingingsbeperking. [30]

51. Hierna zal ik drie groepen gevallen beschrijven, waarin uit de feitelijke en juridische context van een overeenkomst blijkt, dat er geen mededingingsbeperking bestaat, of dat het bestaan ervan althans in twijfel kan worden getrokken. [31]

52. De *eerste groep gevallen* betreft gevallen waarin een beperking van de vrijheid van de onderneming om zelfstandig het beleid te bepalen dat zij op de markt wil volgen, geen relevante gevolgen heeft voor de mededinging. Dit kan het geval zijn, wanneer het twijfelachtig is of de ondernemingen bij de

28 — Zie Wish, R., op. cit. (voetnoot 15), blz. 112-114. Hoewel het begrip restrictie met mededingingsbeperkende strekking in dit werk zeer restrictief wordt opgevat [het is twijfelachtig of artikel 81, lid 1, EG een categorie van *per se* mededingingsbeperkingen omvat (ibid., blz. 116 en 117)], wordt daarin uitdrukkelijk gesteld dat deze lijst van overeenkomsten niet uitputtend is. Tegen een beperking van het begrip tot dit type mededingingsbeperkingen pleit ook de verhouding tussen artikel 81, lid 1, EG en artikel 81, lid 3, EG. In artikel 81, lid 1, EG wordt slechts onderzocht of een mededingingsbeperking wordt beoogd of teweeggebracht. Met de vaststelling, dat een mededingingsbeperking wordt beoogd of teweeggebracht, staat dus nog niet finaal vast of een overeenkomst verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, aangezien deze op grond van artikel 81, lid 3, EG verenigbaar met de gemeenschappelijke markt kan zijn. Overeenkomsten die ertoe strekken prijzen te bepalen, de markt te verdelen, of de afzet te controleren, worden evenwel gekenmerkt door het feit, dat zij bijzonder schadelijk zijn. In de regel zijn zij dan ook onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt. Wanneer het begrip restrictie met mededingingsbeperkende strekking echter tot deze types bijzonder schadelijke overeenkomsten wordt beperkt, wordt eraan voorbij gegaan, dat ook restricties met mededingingsbeperkende strekking op grond van artikel 81, lid 3, EG met de gemeenschappelijke markt verenigbaar kunnen zijn. Een dergelijke benadering is mijns inziens niet verenigbaar met de structuur van artikel 81 EG. Zie dienaangaande ook Bellamy & Child, op. cit. (voetnoot 15), voetnoot 291 bij punt 2.069.

29 — Zie punt 43 van de onderhavige conclusie.

30 — Zie dienaangaande inzonderheid het arrest van 8 juli 1999, Montecatini/Commissie (C-235/92 P, Jurispr. blz. I-4539, punten 114-128).

31 — De grens tussen deze groepen gevallen is niet zo scherp dat ieder concreet geval slechts in een van de drie categorieën kan worden ingedeeld. Voor de onderhavige procedure volstaat evenwel het onderzoek, of een overeenkomst in op zijn minst een van de drie groepen gevallen kan worden ingedeeld.

overeenkomst concurrenten zijn. [32] Nog een voorbeeld zijn gevallen waarin het twijfelachtig is of er überhaupt voldoende concurrentie bestaat die door de overeenkomst kan worden beperkt. [33]

53. De *tweede groep gevallen* betreft gevallen waarin een overeenkomst tegenstrijdige gevolgen heeft voor de mededinging. Wanneer een overeenkomst een concurrentiebevorderend doel heeft, zoals de versterking van de mededinging op een markt, het openen van een markt, of de toetreding van een nieuwe concurrent tot een markt, dan kan de daartoe noodzakelijke beperking van de eis van zelfstandigheid bij een globale beoordeling minder belangrijk zijn dan het concurrentiebevorderende doel. [34]

54. De *derde groep gevallen* betreft nevenrestricties die noodzakelijk zijn om een hoofddoel na te streven. [35] Binnen deze categorie moet, met het oog op het aan de orde zijnde verzoek om een prejudiciële beslissing, het volgende onderscheid worden gemaakt: indien het hoofddoel niet onder het principeverbod van artikel 81, lid 1, EG valt, omdat het vanuit concurrentieoogpunt neutraal is of de concurrentie bevordert, dan vallen de nevenrestricties die noodzakelijk zijn om dat doel te bereiken evenmin onder het principeverbod van artikel 81, lid 1, EG. [36] In deze gevallen kan niet worden geacht sprake te zijn van een mededingingsbeperking. Valt het hoofddoel daarentegen onder het principeverbod van artikel 81, lid 1, EG, dan is sprake van een mededingingsbeperking. [37]

55. Met omstandigheden die geen twijfel kunnen doen rijzen betreffende het bestaan van een mededingingsbeperking, zoals de verbetering van de productie van goederen als gevolg van schaalvoordelen, kan, ook wanneer zij uiteindelijk moeten worden geacht positief te zijn voor de verenigbaarheid

32 — Arrest European Night Services e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 26): potentiële mededinging niet bewezen.

33 — Arrest GlaxoSmithKline Services/Commissie (aangehaald in voetnoot 6, punten 114-147): twijfel betreffende de gevolgen voor de prijsconcurrentie, aangezien de prijzen voor de eindverbruiker op grond van wettelijke bepalingen weinig onderhevig waren aan het spel van vraag en aanbod. Dit arrest zal ik nader bespreken in de punten 74 en 75 van deze conclusie.

34 — Arrest LTM (aangehaald in voetnoot 9, blz. 415): alleenverkoopclausule om een plaats te veroveren op een markt; arrest van 8 juni 1982, Nungesser en Eisele/Commissie (258/78, Jurispr. blz. 2015, punten 44-58): verlening van een open licentie om een nieuwe technologie te verspreiden, en arrest Metro SB-Großmärkte/Commissie (aangehaald in voetnoot 16, punten 20-22): verkoopskanalen die zijn aangepast aan technisch hoogwaardige goederen.

35 — Voorbeelden van nevenrestricties zijn concurrentieverboden, die noodzakelijk zijn voor de verkoop van een onderneming (arrest van 11 juli 1985, Remia e.a./Commissie, 42/84, Jurispr. blz. 2545, punten 19 en 20), deelnameverboden of beperkingen van de activiteiten, voor zover deze noodzakelijk zijn voor de werking van een vennootschap waarvan het doel vanuit het oogpunt van de mededinging onproblematisch is (arrest van 15 december 1994, DLG, C-250/92, Jurispr. blz. I-5641, punten 30-45), en beperkingen van de activiteiten die noodzakelijk zijn voor het tuchtrecht van vrije beroepen (arrest van 19 februari 2002, Wouters e.a., C-309/99, Jurispr. blz. I-1577, punt 97), of voor een dopingvrije sport (arrest van 18 juli 2006, Meca-Medina en Majcen/Commissie, C-519/04 P, Jurispr. blz. I-6991, punt 42-44).

36 — Bellamy & Child, op. cit. (voetnoot 15), punt 2.112, merken dit terecht op.

37 — In het kader van de onderhavige procedure hoeft niet te worden beslist over de vraag of ook het concept nevenrestricties op deze gevallen toepassing vindt (zie in deze zin Bellamy & Child, op. cit.), dan wel enkel artikel 81, lid 3, EG.

van een overeenkomst met artikel 81 EG, geen rekening worden gehouden in het kader van artikel 81, lid 1, EG, maar alleen in het kader van artikel 81, lid 3, EG. [38]

56. Dit onderscheid blijkt reeds uit de bewoordingen van artikel 81, lid 3, EG, die duidelijk maken dat met deze soort gevolgen van een overeenkomst rekening moet worden gehouden in het kader van artikel 81, lid 3, EG. De grondgedachte achter dit onderscheid is de volgende: artikel 81 EG strekt er globaal beschouwd toe, verbruikers optimaal te bevoorraden. [39] In artikel 81, lid 1, EG en in artikel 81, lid 3, EG wordt echter gezien naar *verschillende aspecten* van de toestand van de verbruikers. Krachtens artikel 81, lid 1, EG zijn overeenkomsten die de mededinging tussen marktdeelnemers beperken, en aldus inzonderheid de functie van de mededinging beperken die erin bestaat de verbruiker optimaal met producten te bevoorraden tegen een zo laag mogelijke prijs [40] of met innovatieve producten [41], in beginsel verboden. [42] Dergelijke overeenkomsten resulteren onmiddellijk in een minder gunstige situatie voor de verbruikers en zijn daarom in beginsel verboden.

57. Artikel 81, lid 3, EG erkent evenwel, dat overeenkomsten die de mededinging tussen marktdeelnemers beperken inzonderheid resulteren in een daling van de productiekosten en dat die vermindering van de productiekosten indirect de situatie van de verbruikers kan verbeteren. [43] Aangezien de daling van de productiekosten echter in de eerste plaats rechtstreeks ten goede komt aan de producenten, [44] stelt artikel 81, lid 3, EG de verenigbaarheid van een dergelijke overeenkomst met de gemeenschappelijke markt in het bijzonder afhankelijk van de voorwaarde, dat de verbruikers delen in de verkregen voordelen. De gemeenschapswetgever heeft aan dit idee uitdrukking gegeven in het bewijsrecht met de verplichting voor de partijen bij een mededingingsbeperkende overeenkomst om te bewijzen dat is voldaan aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, EG, en inzonderheid aan de voorwaarde dat de verbruikers in de voordelen delen. [45]

58. Omstandigheden die geen twijfel kunnen doen rijzen betreffende het bestaan van een mededingingsbeperking, met name een rationalisering van de productie als gevolg van schaalvoordelen, kunnen derhalve, ook wanneer zij uiteindelijk moeten worden geacht positief te zijn voor de verenigbaarheid

38 — Arresten van 10 maart 1992, Montedipe/Commissie (T-14/89, Jurispr. blz. II-1155, punt 265); 6 april 1995, Tréfilunion/Commissie (T-148/89, Jurispr. blz. II-1063, punt 109), en 18 september 2001, M6 e.a./Commissie (T-112/99, Jurispr. blz. II-2459, punten 72-74).

39 — Leupold, H., en Weidenbach, G., op. cit. (voetnoot 16), blz. 1008, voetnoot 28 met verdere verwijzingen.

40 — Deze functie van de mededinging kan inzonderheid worden belemmerd door prijsafspraken, beperkingen van de productie (artikel 81, lid 1, sub a, EG) en het verdelen van markten (artikel 81, lid 1, sub c, EG).

41 — Deze functie van de mededinging kan inzonderheid worden belemmerd door overeenkomsten tot beperking van de investeringen (artikel 81, lid 1, sub a, EG).

42 — Leupold, H., Weidenbach, G., op. cit. (voetnoot 16), blz. 1008 en 1009, omschrijven deze functies als allocatieve en dynamische efficiënties; Odudu, O., „Art. 81(3), Discretion and Direct Effect", *European Competition Law Review*, 2002, blz. 20.

43 — Leupold, H., Weidenbach, G., op. cit. (voetnoot 16), blz. 1008 en 1009, omschrijven deze als efficiënties bij de productie; Odudu, O., „Art. 81(3), Discretion and Direct Effect", op. cit. (voetnoot 42), blz. 20.

44 — Odudu, O., „Art. 81(3), Discretion and Direct Effect", op. cit. (voetnoot 42), blz. 20.

45 — Zie artikel 2, tweede volzin, van verordening nr. 1/2003.

van een overeenkomst met artikel 81 EG, niet in aanmerking worden genomen in het kader van artikel 81, lid 1, EG, maar alleen in het kader van artikel 81, lid 3, EG. [46]

3. Conclusie

59. Ik concludeer dus dat de restrictieve opvatting van BIDS niet kan worden gevolgd. Een restrictie met mededingingsbeperkende strekking impliceert geen kennelijke mededingingsbeperking. Voorts bestaat er geen uitputtende lijst van restricties met mededingingsbeperkende strekking. Met de juridische en economische context moet slechts rekening worden gehouden voor zover deze twijfel kan doen rijzen betreffende het bestaan van een mededingingsbeperking. Met andere omstandigheden, ook al moeten ze worden geacht positief te zijn voor de gemeenschappelijke markt, kan slechts rekening worden gehouden in het kader van artikel 81, lid 3, EG.

B — *Strekken overeenkomsten als de BIDS-overeenkomsten ertoe de mededinging te beperken?*

60. Om te beginnen moet worden gesteld dat artikel 81, lid 1, EG van toepassing is op de activiteit en de producten van de verwerkende industrie. [47] Zoals hierboven [48] is aangetoond, moet bij het onderzoek van de vraag, of overeenkomsten zoals de BIDS-overeenkomsten ertoe strekken de mededinging te beperken, als volgt te werk worden gegaan: eerst moet worden onderzocht of dergelijke overeenkomsten noodzakelijkerwijs mededingingsbeperkingen ten gevolge hebben of ertoe strekken de vrijheid van de partijen om zelfstandig het beleid te bepalen dat zij op de markt willen volgen, te beperken (1) en daardoor de marktvoorwaarden ongunstig te beïnvloeden (2). Vervolgens moet in het kader van een globale beoordeling worden onderzocht, of de restricties noodzakelijk zijn voor het bereiken van een doel dat de mededinging bevordert, of voor het bereiken van een hoofddoel dat niet onder het principeverbod van artikel 81, lid 1, EG valt (3).

1. Beperking van de vrijheid om zelfstandig het op de markt te volgen beleid te bepalen

61. Overeenkomsten zoals de BIDS-overeenkomsten strekken tot beperking van de vrijheid van de vertrekkers en de blijvers om zelfstandig het beleid te bepalen dat zij op de

46 — Arresten Montedipe/Commissie (aangehaald in voetnoot 38, punt 265), Tréfilunion/Commissie (aangehaald in voetnoot 38, punt 109) en M6 e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 38, punten 72-74).

47 — De prejudiciële vraag heeft betrekking op de uitlegging van het in artikel 81, lid 1, EG neergelegde begrip restrictie met mededingingsbeperkende strekking. Bij overeenkomsten als de BIDS-overeenkomsten kan evenwel slechts sprake zijn van een restrictie met mededingingsbeperkende strekking in de zin van artikel 81, lid 1, EG, wanneer artikel 81 EG van toepassing is op dergelijke overeenkomsten. In casu volgt de toepasselijkheid van artikel 81 EG uit de artikelen 1 en 2 van verordening nr. 26 van de Raad van 4 april 1962 inzake de toepassing van bepaalde regels betreffende de mededinging op de voortbrenging van en de handel in landbouwproducten (PB 1962, 30, blz. 993), zoals gewijzigd bij verordening nr. 49 van de Raad van 29 juni 1962 tot wijziging van de datum waarop bepaalde besluiten met betrekking tot het gemeenschappelijk landbouwbeleid van toepassing worden (PB 1962, 53, blz. 1571). De inwerkingtreding van verordening nr. 1184/2006 van de Raad van 24 juli 2006 heeft de juridische situatie op dit punt niet gewijzigd.

48 — Zie punten 42 en 59 van de onderhavige conclusie.

markt willen volgen. De vertrekkers dienen in de vertrekovereenkomst in het bijzonder de verbintenis aan te gaan om de markt te verlaten, om een concurrentieverbod te eerbiedigen en om met betrekking tot de uit bedrijf genomen fabrieken beperkingen van het gebruik en van de beschikkingsbevoegdheid in acht te nemen. [49] De blijvers verbinden zich op grond van de BIDS-overeenkomst tot betaling van heffingen.

2. Ongunstige beïnvloeding van de marktvoorwaarden

62. Deze beperkingen van de eis van zelfstandigheid moeten de marktvoorwaarden ongunstig beïnvloeden. Dienaangaande zij opgemerkt dat het in beginsel niet aan het Hof staat om in een prejudiciële procedure de feitelijke vaststellingen van de nationale rechterlijke instanties te controleren. Evenmin staat het aan het Hof om na te gaan of de Supreme Court gebonden is aan de vaststellingen van de High Court. Daarentegen staat het wel aan het Hof, het gemeenschapsrecht aldus uit te leggen, dat de verwijzende nationale rechter in staat is dit recht juist toe te passen. Daartoe behoort ook de beoordeling van de vraag, welke feitelijke omstandigheden relevant zijn voor de toepassing van het gemeenschapsrecht en welke dit niet zijn.

63. De vraag of een overeenkomst de marktvoorwaarden ongunstig beïnvloedt dient aan de hand van de vergelijking van twee hypothetische situaties te worden vastgesteld. [50]

64. De *eerste hypothetische situatie bij de vergelijking* is de situatie die zou bestaan zonder de BIDS-overeenkomsten. Deze kan met name uit de punten a tot en met d van de prejudiciële vraag worden afgeleid. Uit punt c van de prejudiciële vraag en uit de processtukken blijkt dat toen nog maar weinig verwerkers de verwerkende industrie hadden verlaten en dat de marktuittredingen zonder de BIDS-overeenkomst althans op korte termijn geen 25 % zouden vertegenwoordigen van de productiecapaciteit van de verwerkende industrie in haar geheel.

65. De *tweede hypothetische situatie bij de vergelijking* is de situatie zoals die zich zou voordoen bij toepassing van de BIDS-overeenkomsten. Hier moet worden onderzocht, of de BIDS-overeenkomsten ertoe strekken de

49 — Op dit punt verschillen de BIDS-overeenkomsten van een situatie waarin de ondernemingen eenzijdig beslissen om de markt te verlaten.

50 — Arrest LTM (aangehaald in voetnoot 9, blz. 414).

mededinging te beperken. Derhalve moet — zoals hierboven [51] is aangetoond — in deze tweede hypothetische situatie rekening worden gehouden met de noodzakelijke gevolgen van de in de punten 1 tot en met 9 van de prejudiciële vraag beschreven bepalingen en met de gevolgen die de partijen met deze bepalingen nastreven.

66. Om te beginnen moet worden opgemerkt, dat de BIDS-overeenkomst een horizontale overeenkomst is, dus een overeenkomst tussen concurrenten op hetzelfde niveau van de markt. Ook de vertrekovereenkomst is een horizontale overeenkomst tussen een verwerker en een vereniging van verwerkers, BIDS.

a) Reductie met 25 % van de productiecapaciteit van de verwerkende industrie in haar geheel

67. De BIDS-overeenkomsten strekken ertoe de productiecapaciteit van de verwerkende industrie in haar geheel te reduceren met 25 % door de terugtrekking van verwerkers uit de markt. Het verlaten van de markt door verwerkers en de overeenkomst om hun verwerkingsfabrieken niet te gebruiken, kunnen mijns inziens in beginsel de mededinging tussen de blijvers op de markt beperken. [52]

68. Er is niet alleen sprake van mededinging wanneer producenten hun capaciteit ten volle kunnen benutten, maar ook wanneer zij overcapaciteit hebben. Een producent dient de vaste kosten te dragen van het bezit en het onderhoud van de productie-installaties. Bij geringe benutting van de productie-installaties hebben de vaste kosten een groter aandeel in de productiekosten per eenheid dan bij hoge benutting, aangezien het aandeel van de vaste kosten in de productiekosten per eenheid bij hoge benutting daalt (zogenoemde schaalvoordelen). De producent heeft bijgevolg in beginsel goede redenen om schaalvoordelen te realiseren door de benutting van zijn productie-installaties. [53]

69. BIDS trekt dit in twijfel. Daarbij beroept zij zich op de volgende omstandigheden: de reductie van de totale capaciteit leidt niet tot een daling van de totale productie; de prijs van de producten van de verwerkers stijgt niet; er is sprake van een eenmalige reductie van de productiecapaciteit van de hele markt. Alvo-

51 — Zie punten 42 en 59 van de onderhavige conclusie.

52 — Zie arrest van 28 februari 2002, Atlantic Container Line e.a./Commissie (T-395/94, Jurispr. blz. II-875, punt 56); zie in dezelfde zin Jürgens, R., *Strukturkrisenkartelle im deutschen und europäischen Kartellrecht*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2007, blz. 95.

53 — Zie betreffende het verband tussen overcapaciteit, schaalvoordelen en de toename van de concurrentie Schulz, N., *Wettbewerbspolitik*, Tübingen, 2003, blz. 84-86.

rens in te gaan op deze omstandigheden, merk ik nogmaals op dat in dit stadium uitsluitend rekening kan worden gehouden met omstandigheden die twijfel kunnen doen rijzen over het bestaan van een mededingingsbeperking. [54]

70. *In de eerste plaats* lijkt het mij logisch, dat bij een gelijk blijvende totale productie [55] de concurrentie tussen de marktdeelnemers in beginsel sterker zal zijn op een markt met hoge overcapaciteit dan op een markt met geringe (of geen) overcapaciteit. Op een markt met hoge overcapaciteit is het voor een gemiddelde producent moeilijker om zijn productie-installaties in dezelfde mate te benutten als op een markt met lage overcapaciteit. Aangezien de schaalvoordelen geringer zijn naarmate de benuttingsgraad daalt, is de concurrentiedruk voor een gemiddelde producent hoger op een markt met hoge overcapaciteit dan op een markt met lage overcapaciteit. In de economische wetenschap is de onderlinge afhankelijkheid tussen overcapaciteit, schaalvoordelen en concurrentiedruk erkend. [56]

71. Ik zie geen enkele reden die in het onderhavige geval tegen deze onderlinge afhankelijkheid pleit. Inzonderheid lijkt het mij voor het bestaan van deze onderlinge afhankelijkheid niet belangrijk te zijn, of de overcapaciteit is ontstaan als gevolg van een lagere vraag dan wel, zoals in het onderhavige geval, als gevolg van de ondersteuning van de bouw en de uitbreiding van verwerkingsfabrieken en van de grotere regelmaat in de aanvoer van het te verwerken primaire product. Deze analyse vindt steun in de omstandigheid, dat deze onderlinge afhankelijkheid ook in de marktstudie is vastgesteld. De omstandigheid dat de totale productie niet daalt, kan dus op zichzelf niet uitsluiten dat er sprake is van een mededingingsbeperking. [57]

72. *In de tweede plaats* kan ook de omstandigheid dat de prijzen niet zouden stijgen, mijns inziens niet uitsluiten dat de mededinging wordt beperkt. In de onderhavige zaak is slechts aan de orde, of overeenkomsten zoals de BIDS-overeenkomsten ertoe strekken de mededinging te beperken. De vraag of er sprake is van een mededingingsbeperking moet worden onderscheiden van de vraag naar de mogelijke gevolgen van een mededingingsbeperking voor de prijs, al was het maar omdat tal van factoren de prijs kunnen beïnvloeden. Niet al deze factoren kunnen het bestaan van een mededingingsbeperking uitsluiten.

54 — Zie punten 50-58 van de onderhavige conclusie.

55 — De High Court is ervan uitgegaan dat de totale productie niet wezenlijk zou veranderen.

56 — Zie betreffende het verband tussen overcapaciteit, schaalvoordelen en de toename van de concurrentie Schulz, N., op. cit. (voetnoot 53), blz. 84-86.

57 — De opvatting van BIDS kan bovendien met een voorbeeld ad absurdum worden gevoerd: zou er op een markt met een duopolie sprake zijn van hoge overcapaciteit en zou een van de twee aanbieders in onderling overleg met de andere aanbieder zijn productie staken, zonder dat dit tot een beperking van de totale productie leidt, dan zou een dergelijke overeenkomst volgens BIDS er niet toe strekken de mededinging te beperken. Een dergelijke wijziging van de marktstructuur zou evenwel in werkelijkheid leiden tot een verstrekkende uitschakeling van de mededinging, aangezien de overblijvende aanbieder in zijn hoedanigheid van monopolist nog slechts onderhevig zou zijn aan potentiële mededinging.

73. In de onderhavige zaak wordt gesteld dat er zich geen prijsstijgingen zouden voordoen als gevolg van de door de hogere benutting gerealiseerde schaalvoordelen en van de marktmacht van de klanten. De reductie van de productiecapaciteit van de verwerkende industrie in haar geheel kan weliswaar schaalvoordelen doen ontstaan, maar deze kunnen het bestaan van een mededingingsbeperking als bedoeld in artikel 81, lid 1, EG niet uitsluiten. Aangezien schaalvoordelen voordelen zijn die in eerste instantie rechtstreeks aan de verwerkers ten goede komen, moet daarmee rekening worden gehouden in het kader van artikel 81, lid 3, EG. [58] Evenmin kan de onderhandelingspositie van de tegenpartij op de markt, zelfs zo zij in de weg zou staan aan een prijsstijging, in beginsel twijfel doen rijzen over het bestaan van een mededingingsbeperking. Bijgevolg moet deze in het kader van artikel 81, lid 3, EG in aanmerking worden genomen. [59]

74. De onderhavige situatie is evenmin vergelijkbaar met de situatie die ten grondslag lag aan het arrest GlaxoSmithKline Services/Commissie. [60] In dat geval — waarin overigens een verticale prijsregeling aan de orde was — waren de prijzen voor de eindgebruikers in hoge mate wettelijk vastgelegd en dus weinig onderhevig aan het spel van vraag en aanbod. [61] In een dergelijk geval zou er twijfel over kunnen bestaan, of een verticale prijsregeling de mededinging kan beperken in de zin van artikel 81, lid 1, EG. [62] Het onderhavige geval is echter niet vergelijkbaar, al was het maar omdat er geen wettelijke voorschriften bestaan die kunnen verhinderen dat voordelen, die voortvloeien uit de mededinging tussen de blijvers, worden doorgegeven aan de gebruikers.

75. Voorts sluit de omstandigheid dat de prijzen niet zullen stijgen, de mogelijkheid van een daadwerkelijke mededinging niet uit. Op een markt met hoge overcapaciteit en een gelijk blijvende totale productie is *het verlagen van de prijzen* integendeel een typische concurrentiemaatregel. Daarmee kan een producent proberen een groter marktaandeel te veroveren en aldus zijn benuttingsgraad te verhogen en schaalvoordelen te realiseren. [63] De omstandigheid dat de prijzen niet zullen stijgen kan dus als zodanig het bestaan van een mededingingsbeperking niet uitsluiten.

58 — Zie de punten 55-58 van de onderhavige conclusie; zie eveneens Bellamy & Child, op. cit. (voetnoot 15), punt 3.029; Odudu, O, „Art. 81(3), Discretion and Direct Effect", op. cit. (voetnoot 42), blz. 19, en Leupold, H., Weidenbach, G., op. cit. (voetnoot 16), blz. 1008 en 1009.

59 — Zie betreffende de onderhandelingspositie van de tegenpartij op de markt de punten 114-128 van het arrest Montecatini/Commissie (aangehaald in voetnoot 30). Volgens punt 116 van dit arrest had rekwirante met name gesteld dat het Gerecht geen rekening had gehouden met het overwicht van de tegenpartij op de markt bij de sluiting van overeenkomsten. In punt 127 van dat arrest heeft het Hof vastgesteld, dat dergelijke omstandigheden slechts relevant kunnen zijn indien de economische context elke mogelijkheid van daadwerkelijke mededinging uitsluit.

60 — Aangehaald in voetnoot 6.

61 — Ibid., punten 114-134.

62 — In een dergelijk geval moet grondig worden onderzocht, of de functie van de mededinging die erin bestaat in de gebruiker optimaal te bevoorraden tegen een zo laag mogelijke prijs (zie dienaangaande punt 52 van de onderhavige conclusie) wordt aangetast.

63 — Schulz, N., op. cit. (voetnoot 53), blz. 84- 86.

76. *In de derde plaats* valt niet in te zien hoe de omstandigheid dat de totale capaciteit „eenmalig" moet worden gereduceerd, kan uitsluiten dat de mededinging wordt beperkt door de reductie van de totale capaciteit. Voorts moet erop worden gewezen dat de effecten van de vertrekovereenkomsten en van de BIDS-overeenkomst niet tot één tijdstip zijn beperkt. Zo geldt het concurrentieverbod voor de vertrekkers twee jaar en gelden de beperkingen van het gebruik en van de beschikkingsbevoegdheid vijf jaar.

77. *Gelet op een en ander* doen de door BIDS uiteengezette omstandigheden en de andere omstandigheden van het hoofdgeding mijns inziens geen twijfel rijzen betreffende het feit dat er bij de reductie met 25 % van de totale productiecapaciteit van de verwerkende industrie door de terugtrekking van een aantal verwerkers uit de markt, sprake is van een mededingingsbeperking. De overeenkomst is integendeel een afkoop van mededinging. Bij een reductie met 25 % van de totale capaciteit koester ik geen ernstige twijfel dat een dergelijke maatregel merkbare gevolgen heeft voor de mededinging. Onder voorbehoud van de hieronder in punt 3 te verrichten globale beoordeling lijkt de reductie met 25 % van de totale productiecapaciteit van de verwerkende industrie ertoe te strekken, de mededinging merkbaar te beperken. [64]

64 — Zie in die zin eveneens Jürgens, R., op. cit. (voetnoot 52), blz. 95.

b) Terugtrekking van de vertrekkers uit de markt

78. Zoals gezegd [65] leid ik uit punt c van de prejudiciële vraag en uit de processtukken af, dat tot dusver nog maar weinig verwerkers de verwerkende industrie hebben verlaten en dat de marktuittredingen zonder de BIDS-overeenkomst althans op korte termijn geen 25 % zouden vertegenwoordigen van de productiecapaciteit van de verwerkende industrie in haar geheel.

79. Volledigheidshalve zal ik thans nog nagaan, of een mededingingsbeperking ook dan moet worden geacht te bestaan, wanneer er zich in de eerste hypothetische situatie van de vergelijking als gevolg van marktmechanismen een vergelijkbare uittreding uit de markt zou voordoen.

80. Op grond van artikel 81, lid 1, EG is iedere beperking van de eis van zelfstandigheid verboden, wanneer daardoor mededingings-

65 — Zie punt 64 van de onderhavige conclusie.

voorwaarden ontstaan die, gelet op de aard van de producten of verleende diensten, de grootte en het aantal van de ondernemingen en de omvang van de betrokken markt, niet met de normale voorwaarden van die markt overeenkomen. [66]

81. In de eerste hypothetische situatie van de vergelijking (situatie zonder de BIDS-overeenkomsten) zou de selectiefunctie van de mededinging er in beginsel toe leiden, dat de meest efficiënte verwerkers of de verwerkers die het best voorzien in de behoeften van hun klanten en uiteindelijk van de gebruikers, zich op de markt handhaven. Is de selectie van de blijvers in de tweede hypothetische situatie van de vergelijking (situatie met BIDS-overeenkomsten) niet het resultaat van marktmechanismen, maar van een afspraak tussen de verwerkers, dan belemmert dit de selectiefunctie van de mededinging. Deze analyse vindt in casu inzonderheid steun in de omstandigheid dat de BIDS-overeenkomst niet voorziet in de mogelijkheid om afzonderlijke verwerkingsfabrieken uit bedrijf te nemen. Ingevolge de BIDS-overeenkomst kan een verwerker bijgevolg niet zijn inefficiënte verwerkingsfabrieken uit bedrijf nemen en op de markt blijven met de efficiënte verwerkingsfabrieken.

82. Onder voorbehoud van de hieronder in punt 3 te verrichten globale beoordeling lijkt deze belemmering van de selectiefunctie van de mededinging erop gericht te zijn, de mededinging te beperken. [67]

c) Heffingen

83. Om te beginnen moet worden opgemerkt dat de betaling van heffingen met zich meebrengt dat de blijvers niet vrij kunnen beschikken over de bijdragen en dat hun verwerkingskosten stijgen. Door de stijging van de verwerkingskosten komen de blijvers sneller in de rode cijfers. Dit kan resulteren in een mededingingsbeperking indien de heffingen een merkbare invloed zouden uitoefenen op het marktgedrag van de blijvers. [68] Het staat derhalve aan de nationale rechter om te onderzoeken, of de heffingen, ongeacht het bedrag ervan, het marktgedrag van de blijvers merkbaar kunnen beïnvloeden.

84. Voorts kan de omstandigheid dat de heffingen hoger uitvallen bij overschrijding van het traditionele slachtpercentage, ertoe leiden dat de mededinging tussen de blijvers wordt beperkt. BIDS heeft dienaangaande evenwel gesteld, dat de betaling van de heffingen louter een „prijs" is voor de overname van de marktaandelen van de vertrekkers door de blijvers, die onderling moeten strijden om deze marktaandelen te veroveren. Daarbij draagt iedere verwerker een kost van 11 EUR. De mededinging tussen de blijvers wordt dus niet beperkt.

66 — Vgl. arrest Commissie/Anic Partecipazioni (aangehaald in voetnoot 16, punten 116 en 117).

67 — Zie in deze zin eveneens Jürgens, R., op. cit. (voetnoot 52), blz. 95.

68 — Arrest van 12 september 2000, Pavlov e.a. (C-180/98, Jurispr. blz. I-6451, punten 90-97).

85. Hier volstaat de vaststelling, dat een dergelijke regeling er onvermijdelijk toe leidt dat het traditionele marktaandeel van de blijvers wordt beschermd. Wanneer een blijver die zijn traditionele slachtpercentage reeds heeft bereikt (outperformer), concurreert met een blijver die zijn traditionele slachtpercentage nog niet heeft bereikt (lowperformer), dan ondervindt de outperformer een kostennadeel van 9 EUR zolang de lowperformer zijn traditionele slachtpercentage niet heeft bereikt. De progressiviteit leidt er dus toe, het traditionele slachtaandeel van iedere blijver te beschermen. De blijvers beconcurreren elkaar evenwel niet alleen met betrekking tot de vrijgekomen marktaandelen van de vertrekkers, maar ook in het kader van hun traditionele slachtpercentage. De progressiviteit van de heffingen beperkt de mededinging dus ook ten aanzien van het traditionele slachtpercentage. Wanneer een verwerker op grond van de marktomstandigheden kan verwachten dat de totale productie in de toekomst gelijk zal blijven of zal dalen [69], dan kan hij bovendien zeer precies voorspellen vanaf wanneer hij zijn traditionele slachtpercentage overschrijdt.

86. De omstandigheid dat de heffingen niet leiden tot een daling van de totale productie of een stijging van de prijzen is om de hierboven [70] genoemde redenen irrelevant. Ook de omstandigheid, dat de heffingen in beginsel maar één jaar moesten worden betaald, kan niet in het algemeen het bestaan van een mededingingsbeperking uitsluiten. Met dergelijke omstandigheden kan eventueel rekening worden gehouden in het kader van artikel 81, lid 3, EG.

d) Bepalingen inzake het gebruik en de beschikkingsbevoegdheid

87. Voor zover de bepalingen inzake het gebruik en de beschikkingsbevoegdheid ertoe strekken te voorkomen dat vertrekkers opnieuw de markt betreden, gaat het om maatregelen die de terugtrekking uit de markt waarborgen en aldus de gevolgen versterken van de terugtrekking van de vertrekkers uit de markt. Dienaangaande verwijs ik naar mijn eerdere opmerkingen. [71]

88. Voorts kunnen de beperkingen van het gebruik en van de beschikkingsbevoegdheid er ook toe strekken potentiële derde concurrenten, die geen lid zijn van BIDS, af te

69 — Vaststelling van de High Court.

70 — Zie punten 70-75 van de onderhavige conclusie.

71 — Zie punten 67-77 van de onderhavige conclusie.

schrikken. Staat vast, dat de bouw van nieuwe verwerkingsfabrieken onder de huidige marktomstandigheden economisch onrendabel is [72], dan lijken beperkingen van het gebruik en van de beschikkingsbevoegdheid als die waarin de BIDS-overeenkomsten voorzien mijns inziens in beginsel de mededinging door potentiële derde concurrenten te kunnen beperken.

89. Ook de potentiële mededinging wordt beschermd door artikel 81, lid 1, EG. [73] Wanneer vaststaat dat in het verleden nieuwe concurrenten met succes tot de markt zijn toegetreden [74], dan lijkt dit ook in de toekomst meer dan een louter theoretische mogelijkheid te zijn. Er zijn dus goede gronden om aan te nemen dat de bepalingen inzake het gebruik en de beschikkingsbevoegdheid de markttoegang van potentiële concurrenten belemmeren.

90. De vraag of potentiële derde concurrenten ook andere mogelijkheden hebben om toegang te krijgen tot de markt, kan mijns inziens slechts relevant zijn op het niveau van de merkbare gevolgen van de mededingingsbeperking. Aangezien een gebruiks- en beschikkingsverbod zou moeten gelden voor ongeveer 25 % van de totale productiecapaciteit, lijkt het zeer waarschijnlijk dat de mededingingsbeperking merkbare gevolgen zou hebben.

91. Het staat dus aan de nationale rechter om te onderzoeken, of er potentiële concurrenten zijn die de markt willen betreden, en of deze interesse zouden kunnen hebben om dit te doen met gebruikmaking van de verwerkingsfabrieken van de vertrekkers.

92. Voorts mogen de blijvers de uit bedrijf genomen bedrijven niet gebruiken om hun capaciteit te vergroten. Ook dit verbod is een beperking van de mededinging, inzonderheid omdat de bouw van nieuwe verwerkingsfabrieken onder de huidige marktomstandigheden economisch onrendabel is. [75]

93. De omstandigheid dat de bepalingen inzake het gebruik en de beschikkingsbevoegdheid niet leiden tot een daling van de totale productie of een stijging van de prijzen, is om de hierboven [76] genoemde redenen irrelevant.

72 — Vaststelling van de High Court.

73 — Arrest van 28 februari 1991, Delimitis (C-234/89, Jurispr. blz. I-935, punt 21).

74 — De High Court verwees naar de komst van Exel Meats Limited op de markt.

75 — Vaststelling van de High Court.

76 — Zie punten 70-75 van deze conclusie.

e) Conclusie

94. Onder voorbehoud van de inaanmerkingneming van een concurrentiebevorderend doel of een vanuit het oogpunt van de mededinging onproblematisch hoofddoel van de BIDS-overeenkomsten kom ik derhalve tot de voorlopige conclusie, dat op zijn minst de geplande reductie met 25 % van de totale productiecapaciteit van de verwerkende industrie door de terugtrekking van verwerkers uit de markt, de progressiviteit van de heffingen, en de beperkingen van het gebruik en van de beschikkingsbevoegdheid elementen van de overeenkomst zijn die noodzakelijkerwijs leiden tot een mededingingsbeperking.

95. Louter volledigheidshalve merk ik in dat verband nog op dat BIDS niet handelde onder dwang van de overheid. [77] De omstandigheid dat de marktstudie door de Ierse regering werd gefinancierd en dat de werkgroep rundvlees de verwerkende industrie heeft opgeroepen om deze studie ten uitvoer te leggen, maakt geen door de overheid uitgeoefende dwang uit.

77 — In beginsel dient een dergelijke omstandigheid slechts te worden onderzocht, wanneer de betrokken onderneming zich daarop beroept, zie arrest Montecatini/Commissie (aangehaald in voetnoot 30, punt 128).

3. Inaanmerkingneming van de met de BIDS-overeenkomsten nagestreefde doelen

96. BIDS voert aan dat de BIDS-overeenkomsten ertoe strekken de overcapaciteit te beperken en schaalvoordelen te realiseren. Met name de heffing van bijdragen en de beperkingen van het gebruik en van de beschikkingsbevoegdheid zijn in het licht van dit legitieme doel gerechtvaardigd.

97. *In de eerste plaats* zij er nogmaals op gewezen, dat in het onderhavige onderzoek alleen de vraag aan de orde is, of een overeenkomst ertoe strekt de mededinging te beperken. Het onderzoek in het kader van artikel 81, lid 1, EG ziet niet op de vraag, of de mededingingsbeperking zo duidelijk of laakbaar is dat zij vergelijkbaar is met een typische mededingingsregeling.

98. *In de tweede plaats* zij eraan herinnerd, dat de omstandigheid dat een sector zich in een conjuncturele of structurele crisis bevindt, volgens vaste rechtspraak niet in de weg staat aan de toepassing van artikel 81, lid 1, EG. [78]

78 — Arresten van 13 december 2006, FNCBV/Commissie (T-217/03 en T-245/03, Jurispr. blz. II-4987, punt 90), en 20 april 1999 (Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie, T-305/94–T-307/94, T-313/94–T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 en T-335/94, Jurispr. blz. II-931, punt 740).

99. *In de derde plaats* sluit de omstandigheid dat de partijen met de overeenkomst een legitiem doel nastreven, volgens de rechtspraak van het Hof in beginsel het bestaan van een restrictie met mededingingsbeperkende strekking niet uit. [79]

100. Volgens de hierboven beschreven [80] rechtspraak van het Hof geldt dit slechts dan niet, wanneer het doel van een overeenkomst de concurrentie bevordert of vanuit concurrentieoogpunt neutraal is. In casu is dit niet het geval. Het doel, de winstgevendheid van de verwerkende industrie in haar geheel te doen stijgen door de reductie van de capaciteit met 25 %, heeft integendeel onvermijdelijk een mededingingsbeperking tot gevolg. [81]

101. *In de vierde plaats* bestaat het doel van BIDS erin, bij de productie voordelen te verkrijgen door middel van schaalvoordelen. Uit artikel 81, lid 1, EG juncto artikel 81, lid 3, EG blijkt evenwel, dat met een dergelijk doel slechts in het kader van artikel 81, lid 3, EG rekening kan worden gehouden. [82]

79 — Arrest IAZ International Belgium e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 20, punten 22-25).

80 — Zie punten 52-55 van de onderhavige conclusie.

81 — Zie punten 67-77 van de onderhavige conclusie.

82 — Zie punten 55-57 van de onderhavige conclusie.

4. Conclusie

102. Ik concludeer dat een overeenkomst als de BIDS-overeenkomsten ertoe strekt de mededinging te beperken.

C — Eindbeoordeling van de elementen van een overeenkomst als de BIDS-overeenkomsten

103. Thans zal ik uiteenzetten hoe de verschillende elementen van overeenkomsten zoals de BIDS-overeenkomsten moeten worden beoordeeld in het licht van de in artikel 81, lid 1, sub b, EG bedoelde categorieën en van de algemene clausule in artikel 81, lid 1, EG.

104. Mijns inziens bestaan er beslist bezwaren tegen een overmatige categorisering van mededingingsbeperkingen. De inhoud van een overeenkomst moet steeds worden onderzocht in het licht van de juridische en economische context ervan. Uit het onderhavige geval blijkt mijns inziens dat een benadering die erin bestaat een overeenkomst te vergelijken met typische ernstige mededingingsbeperkingen, niet steeds relevant is en integendeel kan voorbijgaan aan de vraag wanneer er sprake is van een restrictie met mededingingsbeperkende

strekking. Aangezien bij de in artikel 81, lid 1, sub a tot en met e, EG bedoelde gevallen bovendien sprake is van een niet-uitputtende lijst van voorbeelden, is een dergelijke categorisering evenmin absoluut noodzakelijk. Vanuit juridisch oogpunt volstaat de subsumptie van de betrokken restrictie onder de algemene clausule.

105. Voor ondernemingen en hun juridisch adviseurs kan het evenwel nuttig zijn categorieën te vormen, in het bijzonder tegen de achtergrond van de thans geldende regeling van zelfevaluatie. Daarom geef ik het Hof in overweging, de hierboven geïdentificeerde restricties met mededingingsbeperkende strekking als volgt te categoriseren.

106. De reductie van de totale capaciteit is op zichzelf een mededingingsbeperking die onder de algemene clausule van artikel 81, lid 1, EG valt. De vraag, of zij bovendien een beperking van de productie in de zin van artikel 81, lid 1, sub b, EG is [83], hoeft hier niet te worden beantwoord. Voor zover — zoals in casu — de beperking van de totale capaciteit tot stand wordt gebracht door de terugtrekking uit de markt en dus door de staking van de productie door individuele verwerkers, is eveneens sprake van een beperking van de productie in de zin van artikel 81, lid 1, sub b, EG. In de eerste plaats blijkt niet uit de bewoordingen van artikel 81, lid 1, sub b, EG, dat het noodzakelijkerwijs moet gaan om de totale productie. In de tweede plaats pleit een vergelijking met de andere voorbeeldgevallen ervoor, dat reeds de beperking van de productie van één marktdeelnemer volstaat. In de derde plaats lijkt het mij gelet op de doelstelling van de bepaling ook niet gerechtvaardigd, uit te gaan van de productie van de markt in zijn geheel. De beschermingsdoelstelling van artikel 81, lid 1, EG, is integendeel reeds dan van toepassing op de mededinging, in de functie ervan die erin bestaat de verbruiker optimaal te bevoorraden met producten tegen een zo laag mogelijke prijs, wanneer een marktdeelnemer zijn productie beperkt of volledig staakt.

107. Het progressieve karakter van de heffingen kan een blijver ervan weerhouden om zijn marktaandeel te vergroten ten koste van het traditionele marktaandeel van een andere blijver. Ook dit is dus een beperking van de productie.

108. De beperkingen van het gebruik en van de beschikkingsbevoegdheid kunnen eveneens in de weg staan aan de verhoging van de productie van een verwerker door verhoging van zijn capaciteit, zodat zij eveneens als een beperking van de productie moeten worden aangemerkt.

83 — Vgl. dienaangaande punt 56 van het arrest Atlantic Container Line e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 52).

VII — Conclusie

109. Op basis van het voorgaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vraag van de Supreme Court als volgt te beantwoorden:

„Een overeenkomst met de inhoud en onder de omstandigheden zoals deze in de prejudiciële vraag zijn beschreven, strekt ertoe de mededinging te beperken en is bijgevolg onverenigbaar met artikel 81, lid 1, EG, voor zover is voldaan aan de andere voorwaarden van deze bepaling."