
HOF VAN BEROEP BRUSSEL 29 MEI 2012

MEDEDINGING

Europees mededingingsrecht – Machtspositie en misbruik – Overeenkomst – Eenzijdige prijsverhoging – Prijsdiscriminatie – Excessieve prijzen – Modaliteiten van de prijsverhoging – Verkoopweigering – Stakingsvordering – Wet marktpraktijken – Persdistributie
 Belgisch mededingingsrecht – Restrictieve praktijken – Misbruik – Overeenkomst – Eenzijdige prijsverhoging – Prijsdiscriminatie – Excessieve prijzen – Modaliteiten van de prijsverhoging – Verkoopweigering – Stakingsvordering – Wet marktpraktijken – Persdistributie

I. Een verbreking of opzegging van een overeenkomst die de verdere noodzakelijke uitvoering beoogt van een door het hof vast te stellen misbruik van economische machtspositie vormt eveneens misbruik van economische machtspositie en kan om die reden geen rechtsgevolg sorteren. De stakingsrechter die vaststelt dat een verbreking of opzegging van een overeenkomst – ongeacht of deze verbreking of opzegging strookt met de bedingen van een overeenkomst – de noodzakelijke uitvoering of verderzetting beoogt van een inbreuk op artikel 3 WBEM en/of artikel 102 VWEU kan de staking van deze praktijk bevelen op grond van de WMPC.

II. Wanneer de rechter de staking beveelt van een met de eerlijke handelsgebruiken strijdige handeling, kan hij de betrokken onderneming ertoe verplichten bepaalde handelingen te verrichten die voor de staking van de verboden handeling nodig zijn.

III. Ook een onderneming met marktmacht is gerechtigd de prijzen voor haar dienstverlening aan te passen wanneer deze verlieslatend blijkt. Een onderneming kan niet verplicht worden om verlieslatende prijzen te handhaven wanneer de door haar gedragen kosten naar rede economisch verantwoord zijn en de door haar aangerekende prijs bijgevolg overeenkomt met de economische waarde van de dienst. Een prijsverhoging die niet objectief economisch verantwoord is, maakt daarentegen wel een misbruik van machtspositie uit.

IV. Een onderneming mag geen kunstmatige prijsverschillen toepassen waardoor haar afnemers in een ongunstige positie worden gebracht en die de mededinging kunnen vervalsen. Een prijsverhoging die niet in gelijke mate alle afnemers van eenzelfde dienst treft, is discriminerend.

CONCURRENCE

Droit européen de la concurrence – Position dominante – Abus – Convention – Augmentation de prix unilatérale – Discrimination de prix – Prix excessifs – Modalités de l'augmentation des prix – Refus de vente – Action en cessation – Loi sur les pratiques du marché – Distribution de presse

Droit belge de la concurrence – Pratiques restrictives – Abus – Convention – Augmentation de prix unilatérale – Discrimination de prix – Prix excessifs – Modalités de l'augmentation des prix – Refus de vente – Action en cessation – Loi sur les pratiques du marché – Distribution de presse

I. La rupture ou la résiliation d'une convention, qui a pour objet la continuation nécessaire d'un abus de position dominante, est également un abus de position dominante et ne peut dès lors pas engendrer des effets de droit. Le juge en cessation, qui constate qu'une rupture ou une résiliation de convention – indépendamment du fait de savoir si cette rupture ou cette résiliation est conforme aux clauses contractuelles – a pour objet l'exécution ou la continuation nécessaire d'une infraction à l'article 3 LPCE et/ou à l'article 102 TFEU, peut ordonner la cessation de cette pratique sur base de la LPMC.

II. Le juge qui ordonne la cessation d'une pratique déloyale, peut ordonner à l'entreprise en question d'entreprendre certaines actions qui sont nécessaires pour la cessation des pratiques prohibées.

III. Une entreprise en position dominante peut être autorisée à adapter le prix de ses services si ceux-ci ne couvrent pas ses coûts. Une telle entreprise ne peut être obligée à maintenir des prix si ceux-ci ne permettent pas de couvrir des coûts qui peuvent être considérés comme raisonnables et que le prix appliqué par elle correspond à la valeur économique du service. En revanche, une augmentation de prix qui n'est pas justifiée économiquement constitue un abus de position dominante.

IV. Une entreprise en position dominante ne peut appliquer des différences de prix artificielles ayant pour effet de placer ses clients dans une situation défavorable et de provoquer une distorsion de concurrence. Une augmentation de prix qui n'est pas appliquée de manière uniforme à tous les clients d'un même service est discriminatoire.

Standaard Boekhandel NV / AMP NV

Prodipresse VZW, Vlaamse Federatie van Persverkopers VZW en Buurtsuper.be VZW / AMP NV

Zet.: P. Blondeel (voorzitter), E. Bodson en Y. Herinckx (raadsheren)

Pl.: Mrs. Ch. Tijsebaert en A. Hallemans loco R. Dupont en P. De Bandt

(...)

IV. Vorderingen van partijen en beslissingen in eerste aanleg

A. Zaak 2009/AR/1457

5. Bij dagvaardingsexploot van 20 februari 2009 vordert Standaard Boekhandel in eerste aanleg voor de stakingsrechter de vaststelling van een inbreuk door AMP:

– op artikel 94/3 van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de consument, *BS* 29 augustus 1991 (hierna: WHPC), *juncto* artikel 3 van de wet tot bescherming van de economische mededinging, *BS* 15 september 2006 (hierna: WBEM), door de prijs voor de ophaling en de terugzending van de persleveringen te verhogen naar 210% van het contractueel bedongen tarief;

– op artikel 94/3 van WHPC *juncto* artikel 1382 BW, door de overeenkomst ‘Algemene voorwaarden voor leveringen van pers’ (hierna: ALVP) te beëindigen en door te weigeren om de verkooppunten van Standaard Boekhandel te beleveren;

en de veroordeling van AMP om deze daden onmiddellijk te staken onder verbeurte van een dwangsom van 1.000 EUR per dag dat AMP weigert een verkooppunt van Standaard Boekhandel te beleveren aan de bestaande contractvoorwaarden.

Minstens vordert Standaard Boekhandel de voorlopige staking van voormelde daden, in afwachting van de verdere instaatstelling van de zaak voor de rechtbank van koophandel. Verder vordert Standaard Boekhandel de veroordeling van AMP in de gedingkosten inbegrepen een rechtsplegingsvergoeding van 1.200 EUR evenals de uitvoerbaarheid bij voorraad van het tussen te komen vonnis.

AMP betwistte de gegrondheid van de vordering en vorderde de veroordeling van Standaard Boekhandel tot alle gerechtskosten, inbegrepen een rechtsplegingsvergoeding van 10.000 EUR.

6. Het bestreden vonnis van 29 april 2009 ontvangt de vordering maar verklaart ze ongegrond en veroordeelt Standaard Boekhandel tot de kosten van het geding begroot op 1.456,65 EUR voor zichzelf en op 1.200 EUR voor AMP.

Het bestreden vonnis overweegt dat Standaard Boekhandel aantoonde dat AMP op de relevante, geografische en huidige markt van logistieke organisatie van levering van persartikelen een machtspositie heeft maar dat het misbruik van deze machtspositie niet bewezen is niettegenstaande de verdubbeling van het minimum forfait voor de belevering van persartikelen van 103,40 EUR per maand naar 219 EUR per maand. De kostenregeling die AMP voorheen hanteerde (0,95%-regeling) kon volgens de eerste rechter de vermindering aan inkomsten tengevolge van de achteruitgaande markt van persartikelen en het bedrijfsverlies van 7.000.000 EUR op reële kosten van 14.000.000 EUR – aangetoond op basis van een weliswaar eenzijdig studierapport van Deloitte – financieel niet opvangen.

Verder wordt in de bestreden beslissing geoordeeld dat de opzeg van de overeenkomst rechtmatig heeft plaatsgevonden waardoor de vordering een contractueel karakter heeft gekregen wat niet binnen de bevoegdheid van de stakingsrechter valt.

7. Standaard Boekhandel vraagt bij hoofdberoep het eerste vonnis teniet te doen.

In hoger beroep herneemt Standaard Boekhandel haar oorspronkelijke vorderingen en preciseert dat de inbreuk van AMP op artikel 3 WBEM er in zou bestaan “*de prijs voor de ophaling en de terugzending van de persleveringen eenzijdig en op discriminatoire wijze (enkel ten aanzien van de kleinere verkooppunten met een omzet van minder dan 23.000 EUR per maand) te verhogen naar 210% van het contractueel bedongen bedrag*”.

Standaard Boekhandel vraagt concreet dat AMP zou veroordeeld worden tot de voortzetting van de levering van persartikelen aan haar verkooppunten overeenkomstig de voorwaarden van de AVLP van toepassing op het ogenblik van de opzegging, zijnde 30 januari 2009.

Standaard Boekhandel vraagt tevens het incidenteel beroep van AMP als ongegrond af te wijzen en AMP te veroordelen in de gerechtskosten, inbegrepen de door haar vooruitbetaalde expertisecosten, ten belope van 63.698,03 EUR en een rechtsplegingsvergoeding ten belope van 11.000 EUR voor beide aanleggen.

AMP vraagt het hoofdberoep onontvankelijk en minstens ongegrond te verklaren en het vonnis van 29 april 2009 te bevestigen voor zover de oorspronkelijke vorderingen van Standaard Boekhandel werden afgewezen en de vrijwillige tussenkomst van Prodipresse, VFP en Buurtsuper ontvankelijk maar ongegrond te verklaren.

Ondergeschikt vraagt AMP te zeggen voor recht dat een minimumforfait van 200,72 EUR per maand in 2009 voor tertiaire transportkosten, zonder proratering en zonder toepassing van het percentage systeem van 0,95%, betaald door alle verkooppunten die onder het minimumforfait vallen, geen misbruik van machtspositie uitmaakt in hoofde van AMP.

Meer ondergeschikt vraagt zij het stakingsbevel te herleiden tot precies omschreven handelingen en de maximaal te verbieden dwangsommen vast te stellen op een bedrag van 100.000 EUR.

Zij vraagt tevens de veroordeling, solidaire en *in solidum*, de ene bij gebreke van de andere van appellanten tot de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding begroot op 11.000 EUR in hoger beroep en 10.000 EUR in eerste aanleg en de terugbetaling aan AMP van een bedrag van 17.450 EUR door haar voorgeschoten expertisecosten na voeging met de zaak 2011/AR/1009.

8. Incidenteel vraagt zij de uitspraak van de stakingsrechter

te hervormen wat betreft de machtspositie die AMP op de relevante markt zou bekleden.

B. Zaak 2011/AR/1009

9. Bij verzoekschrift van 6 februari 2009 hebben Prodipresse, VFP, Buurtsuper een vordering tot staking ingeleid bij de rechtbank van koophandel te Brussel tegen AMP, die ertoe strekte:

(i) vast te stellen dat AMP:

door de verhoging van meer dan 100% van het maandelijks minimumforfait voor kosten van ophang en terugname van persleveringen, en door de wijze waarop deze litigieuze verhoging wordt doorgevoerd (met name op eenzijdige wijze, in één keer en zonder enig overleg), misbruik maakt van haar machtspositie in de zin van artikel 3 van de WBEM en artikel 82 EG-verdrag (thans art. 102 VWEU), hetgeen eveneens een daad is die in strijd is met de eerlijke handelspraktijken die de professionele belangen kan schaden in de zin van artikel 94/3 van de WHPC (thans art. 95 van de wet van 6 april 2010 betreffende de marktpraktijken en consumentenbescherming, *BS* 12 april 2010 (hierna: WMPC);

(ii) de NV AMP te veroordelen tot:

– onmiddellijke staking van deze oneerlijke handelspraktijken, onder verbeurte van een dwangsom van 10.000 EUR per dag dat AMP de litigieuze tarieven blijft toepassen en/of per dag dat AMP een persverspreider na een uitspraak ten gronde weigert te beleveren omwille van de opzegging van zijn overeenkomst als gevolg van het protesteren van de verhoging van het minimumforfait;

– tot mededeling aan al hun verkooppunten in België, op haar kosten van de integrale versie van het tussen te komen vonnis binnen de twee weken na betekening ervan, onder verbeurte van een dwangsom van 2.500 EUR per dag dat deze mededeling niet tijdig is gedaan;

– en voor recht te zeggen dat indien AMP niet vrijwillig en tijdig overgaat tot de mededeling conform voorgaande paragraaf, eiseressen het recht hebben zelf over te gaan tot mededeling en AMP de kosten daarvan dient te voldoen op eenvoudig vertoon van de factuur, dit zonder dat dergelijke mededeling door eiseressen het recht op eerdere vervallen dwangsommen teniet doet.

In ondergeschikte orde vragen ze in ieder geval vast te stellen dat de opzegging begint te lopen vanaf de 1^{ste} dag van de maand volgend op de uitspraak van de rechtbank van koophandel en dat AMP de persverspreiders, die de nieuwe bijlage ‘ophaling en terugname’ niet tijdens de daaropvolgende opzeggingstermijn van drie maanden tekenen en zonder afbreuk te doen aan haar rechten van hoger beroep, moet blijven beleveren overeenkomstig het minimumforfait van 219 EUR tot afloop van deze termijn.

In elk geval AMP te veroordelen tot de kosten van het geding, inbegrepen de rechtsplegingsvergoeding begroot op 10.000 EUR.

10. De bestreden beslissing van 18 maart 2011 ontvangt de vordering maar wijst ze af als ongegrond en veroordeelt Prodipresse, VFP en Buurtsuper tot de kosten van het geding en verwijst de zaak naar de algemene rol wat de begroting van de kosten betreft.

De bestreden beslissing overweegt dat de machtspositie van AMP reeds aanvaard werd in het tussenvonnis van 10 juni 2009 maar dat een verhoging van enkel het minimumforfait op zichzelf geen misbruik van machtspositie inhoudt en kan beschouwd worden als een economische sanering van de tertiaire transportkosten waarbij de minimumforfaits nog steeds lager liggen dan de effectieve leverings- en ophalingskosten. Daarenboven blijkt uit het deskundige verslag dat een verhoging van het forfait tot 205,01 EUR per maand economisch verantwoord is zodat het benaderend bedrag van 219 EUR niet disproportioneel is en geen misbruik van machtspositie uitmaakt.

De eerste rechter oordeelt dat hij geen bevoegdheid heeft om de prijzenpolitiek van AMP te bepalen of contractuele voorwaarden op te leggen tenzij AMP misbruik maakt van haar machtspositie.

11. Bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van het hof op 27 april 2011 tekenen Prodipresse, VFP en Buurtsuper beroep aan tegen het vonnis van 18 maart 2011 teneinde het vonnis te horen vernietigen of alleszins hervormen en opnieuw rechtdoende de oorspronkelijke vorderingen ontvankelijk en gegrond te verklaren.

V. Exceptie van onbevoegdheid

(...)

(ii) Beoordeling

17. De appellanten voerden voor de stakingsrechter aan dat AMP een misbruik pleegt van haar economische machtspositie en zodoende een met de eerlijke handelsgebruiken strijdige handeling stelt waardoor zij schade lijden. Naar haar onderwerp beschouwd, behoort deze vordering tot de bevoegdheid van de stakingsrechter volgens artikel 589, 1^o Gerechtelijk Wetboek.

In de mate AMP met haar exceptie de contractuele aard van de vorderingen tegenwerpt, moet worden beaamd dat in de regel het hof niet bevoegd is om in het kader van onderhavige stakingsprocedure te oordelen over een praktijk die een louter contractuele basis heeft.

18. Evenwel, betogen de appellanten net dat AMP van een contractueel recht om de relaties te beëindigen misbruik maakt.

Een verbreking of opzegging van een overeenkomst die de verdere noodzakelijke uitvoering beoogt van een door het hof vast te stellen misbruik van economische machtspositie vormt eveneens misbruik van economische machtspositie en

kan om die reden geen rechtsgevolg sorteren. De stakingsrechter die vaststelt dat een verbreking of opzegging van een overeenkomst – ongeacht of deze verbreking of opzegging strookt met de bedingen van een overeenkomst – de noodzakelijke uitvoering of verderzetting beoogt van een inbreuk op artikel 3 WBEM en/of artikel 102 VWEU kan de staking van deze praktijk bevelen op grond van de WMPC.

19. Voor zover de exceptie van AMP gesteund is op de onbevoegdheid van de stakingsrechter tot het opleggen van een leveringsplicht oordeelt het hof dat het in principe niet bevoegd is om AMP een injunctie op te leggen tot de beleving van persverkooppunten met persartikelen onder door haar vastgestelde voorwaarden, anders dan bij wijze van maatregel alvorens recht te doen.

Wanneer de rechter evenwel de staking beveelt van een met de eerlijke handelsgebruiken strijdige handeling, kan hij de betrokken onderneming ertoe verplichten bepaalde handelingen te verrichten die voor de staking van de verboden handeling nodig zijn; zo kan een onderneming wanneer zij misbruik maakt van haar machtspositie door te weigeren de voorwaarden aan te geven waarvan zij de verstrekking van een dienst laat afhangen, op straffe van een dwangsom, worden veroordeeld om een aanbod te doen waarin de berekeningswijze van de gevraagde prijs wordt gepreciseerd (Cass. 23 juni 2005, www.juridat.be).

20. In de mate AMP betwist dat er sprake is van een inbreuk op de WMPC, betreft dit een betwisting ten gronde.

VI. De ontvankelijkheid van het gevorderde

21. AMP betoogt dat door de stakingsrechter geen stakingsbevel meer kan worden uitgesproken voor de toekomst nu de stakingsvordering van appellanten gebaseerd is op een inbreuk op artikel 94/3 WHPC. Aangezien de WHPC werd opgeheven door artikel 138 van de WMPC op datum van haar inwerkingtreding op 12 mei 2010 en artikel 2 van de wet van 6 april 2010 met betrekking tot de regeling van bepaalde procedures in het kader van de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming bepaalt dat de voorzitter van de rechtbank van koophandel het bestaan vaststelt van *de inbreuk op de bepalingen van de WMPC* en de staking ervan beveelt, kan er geen stakingsbevel meer worden uitgesproken voor de toekomst op basis van de WHPC die niet meer bestaat (conclusie, p. 60).

22. Volgens Prodipresse, VFP en Buurtsuper zijn de regels die het misbruik van machtspositie verbieden (art. 3 WBEM en 102 VWEU) normen van openbare orde waarvan de schending kan worden gesanctioneerd door de WHPC en de WMPC met een bevel tot staking indien die schending schade toebrengt aan de professionele belangen van één of meer verkopers. Zij wijzen er nog op dat hun vordering werd ingeleid vóór de inwerkingtreding van de WMPC.

Volgens Standaard Boekhandel zijn handelingen die een inbreuk uitmaken op de WBEM, behoudens wettelijke uit-

zonderingen, meteen ook daden die strijdig zijn met de eerlijke handelspraktijken waardoor het mogelijk is om op basis van de artikelen 93 en 94/3 oude WHPC en artikel 95 WMPC een stakingsbevel te bekomen voor handelingen die in strijd zijn met de WBEM.

23. De WMPC is onmiddellijk toepasselijk vanaf haar datum van inwerkingtreding (12 mei 2010). Aangezien deze wet niet uitdrukkelijk afwijkt van het beginsel van niet-retroactiviteit vastgelegd in artikel 2 van het Burgerlijk Wetboek, beschikt zij in principe enkel voor de toekomst en laat zij de rechtsverhoudingen onverlet die definitief voor de inwerkingtreding ervan zijn ontstaan.

Dit staat er echter niet aan in de weg dat het hof nog steeds op basis van de WHPC het bestaan kan vaststellen van een bij de inleiding van de procedure verboden handelspraktijk onder de toen toepasselijke wetgeving (Cass. 29 april 2004, www.juridat.be).

Daarenboven betreft de stakingsvordering een handeling waarvan de gevolgen nog steeds voortduren ook onder de nieuwe wet.

Derhalve kan het hof in voorliggend geschil nog steeds het bestaan vaststellen van een verboden handelspraktijk op basis van de WHPC, en in zoverre vaststaat dat de gevolgen hiervan nog steeds voortduren en tevens verboden zijn onder de WMPC, de onrechtmatige praktijken die eraan ten grondslag liggen, doen staken op grond van de WMPC en de wet procedures WMPC (wet van 6 april 2010 met betrekking tot de regeling van bepaalde procedures in het kader van de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming, *BS* 12 april 2010).

Partijen zijn het eens dat de voor huidige zaak relevante artikelen van de WHPC en de WMPC niet wezenlijk van elkaar verschillen.

VII. Relevante feiten en procedurele antecedenten

A. De partijen

24. Standaard Boekhandel is een keten van boekenwinkels die onder meer boeken, magazines en DVD's aanbiedt.

Prodipresse, VFP en Buurtsuper zijn beroepsverenigingen die de belangen van in België gevestigde onafhankelijke persverspreiders vertegenwoordigen.

Prodipresse treedt op voor de belangen van de Brusselse en Waalse onafhankelijke persverspreiders en de VFP treedt op voor de Vlaamse onafhankelijke persverspreiders.

Onafhankelijke persverspreiders zijn zelfstandige ondernemingen die in hoofdzaak een krantenwinkel uitbaten waarnaast zij vaak ook boeken, kansspelen, tabak, frisdrank en allerlei benodigdheden verkopen.

Buurtsuper is een beroepsvereniging die de belangen van de zelfstandige voedingswinkeliers behartigt en verdedigt en

dit zowel op economisch, sociaal, fiscaal, cultureel, juridisch als op algemeen maatschappelijk vlak. Deze voedingswinkels verkopen vaak persartikelen naast hun hoofdactiviteit.

Deze verenigingen hebben onder meer tot doel om hun leden te informeren, advies te geven, opleidingen te verzorgen en in het algemeen om de belangen van hun leden te verdedigen.

Naast de verdeling van telefoonkaarten, foto's en postorderpakketten staat AMP in voor de logistieke organisatie voor uitgever van persartikelen om hun producten van uitgeverij naar detailhandelaren of grootwarenhuizen over het hele Belgische grondgebied te brengen.

De hoofdaandeelhouder van AMP is de groep Lagardère, een Franse multinational met activiteiten binnen en buiten Europa en voornamelijk actief in de sector van de uitgave van kranten, tijdschriften en boeken.

25. AMP heeft rechten voor de verdeling van o.m. de volgende kranten en tijdschriften (stuk 8 Prodipresse):

In Vlaanderen:

– kranten uitgegeven door Concentra, met name 'Belang van Limburg' en 'Gazet van Antwerpen', met uitzondering van de verdeling van deze laatste krant in de regio Antwerpen waar Concentra een eigen systeem van distributie en facturering heeft opgezet;

– kranten uitgegeven door Corelio, met name 'Het Nieuwsblad' en 'De Standaard';

– kranten uitgegeven door De Persgroep, met name 'Het Laatste Nieuws', 'De Nieuwe Gazet', 'De Morgen' en 'De Tijd';

– tijdschriften uitgegeven door Sanoma, met name de weekbladen 'Humo', 'Story', 'Flair', 'Libelle', 'TV-Blad' en de maandelijks tijdschriften 'Feeling', 'Milo', 'Galm'it', 'Vitaya' alsook een reeks Franse weekbladen onder andere 'Femmes d'aujourd'hui' en 'Télé Moustique';

– tijdschriften uitgegeven door De Persgroep, onder meer 'Dag Allemaal', 'Joepie', 'Blik', 'TV-Familie', 'TV-Ekspress', 'Goed Gevoel';

– tijdschriften van Roularta, zoals onder meer 'Knack' en 'Trends'.

In Wallonië en Brussel:

– kranten uitgegeven door IPM, met name 'Dernière Heure' en 'La Libre Belgique';

– kranten uitgegeven door groep Rossel, met name 'Le Soir', 'La Meuse', 'La Capitale', 'Le Quotidien' en 'La Gazette', met uitzondering van de verdeling van deze kranten in de regio Brussel en Waals-Brabant die door groep Rossel zelf wordt verzorgd;

– tijdschriften uitgegeven door Rossel, met name 'Le Soir magazine';

– tijdschriften uitgegeven door Sanoma, met name 'Télé Moustique', 'Télé Pocket', 'Flair', 'Femmes d'aujourd'hui', 'Marie-Claire', 'Gaël', enz.;

– tijdschriften uitgegeven door Roularta Media Group, met name 'Vif l'Express', 'Moniteuro Auto', 'Trends Tendances';

– tijdschriften uitgegeven door Belgomedia, met name 'Télépro'.

Daarenboven verdeelt AMP ook een aantal gespecialiseerde tijdschriften en het merendeel van de buitenlandse kranten en tijdschriften.

B. De organisatie van de distributie en het tertiaire transport

26. De organisatie van de persleveringen van uitgever naar verkooppunt wordt ingedeeld in drie niveaus van transporten.

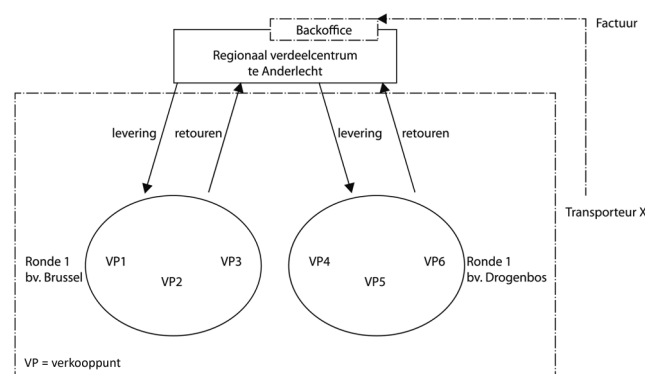
Het 'primaire transport' bestaat uit het ophalen van persartikelen bij de uitgever en het brengen naar het nationale sorteercentrum van AMP te Mollem waar de opgehaalde titels gesorteerd worden per bestelling van de verkooppunten.

Vervolgens gebeurt het 'secundaire transport' vanuit het nationale sorteercentrum worden de persartikelen verdeeld aan de regionale verdeelpunten van AMP.

Het 'tertiaire transport' bestaat uit de verdeling van de persartikelen van het regionale verdeelcentrum van AMP naar de individuele verkooppunten. Bij de levering van de persartikelen worden tegelijk de onverkocht gebleven persartikelen uit vorige leveringen teruggenomen. Deze niet-verkochte persartikelen worden terug geleverd aan de persuitgevers.

Schematisch kan het transport als volgt worden voorgesteld:

Tertiair transport – diagram



C. De relevante contractuele verhoudingen

27. Om persartikelen te kunnen verdelen moeten lokale persverkooppunten een overeenkomst hebben met de uitgever van de betreffende persartikelen (kranten of tijdschriften). Gelet op de afspraken van de voornaamste persuitgevers met AMP wordt in de praktijk de terbeschikkingstelling van de

persartikelen afhankelijk gemaakt van het sluiten van een overeenkomst met AMP.

Dit blijkt onder meer uit de overeenkomst tussen Standaard Boekhandel en Roularta (stuk 17, Standaard Boekhandel) met betrekking tot een nieuw verkooppunt in Meise waarin in aanmerking wordt genomen dat:

(...)

2. *De hierboven aangehaalde titels voor wat de losse verkoop in België betreft, uitsluitend verdeeld en geleverd worden via de Nationale distributiefirma 'AMP' (...).*

3. *AMP hetzij rechtstreeks, hetzij via een regionale distributiefirma (verdelers) de verkooppunten aanlevert.*

4. *U voor het bovenvermelde nieuwe verkooppunt VOORAFGAANDELIJK AAN DIT SCHRIJVEN, VANWEGE AMP OF DE REGIONALE VERDELER VAN AMP DE TOEZEGGING HEBT ONTVANGEN dagbladen en tijdschriften te worden aangeleverd en u de algemene verkoop- en leveringsvoorwaarden van AMP of de regionale verdelers van AMP heeft aanvaard (...)*

28. De contractuele relatie tussen de persverkooppunten en AMP wordt bepaald in een standaardovereenkomst genoemd AVL P. Een voorbeeld van AVL P wordt overgelegd als stuk 1 door Standaard Boekhandel, eveneens als stuk 1 door Propresse, VFP en Buurtsuper en als stuk 2.1 door AMP.

De specificiteit van het product en de wijze van verdeling wordt kort toegelicht in de preambule bij de AVL P:

In tegenstelling tot de meeste commerciële producten is de PERS niet louter een economisch object. Ze is eveneens een fundamenteel element van de democratische grondslagen en een belangrijk gegeven in de culturele ontwikkeling. Om die tweevoudige bijzondere en belangrijke rol te kunnen behouden en optimaliseren is het onontbeerlijk dat de pers op een specifieke wijze haar weg vindt naar de lezer en aan de behoeften van een groot deel van de gebruikers tegemoet komt.

29. Deze overeenkomst bevat een bijlage genaamd 'Ophaling en terugname van persleveringen' waarin de bepalingen aangaande de structuurkosten en de transportkosten verbonden aan de levering zijn opgenomen.

30. De structuurkosten (Artikel V – Deelneming in de structuurkosten) omvatten een bijdrage die gefactureerd wordt aan persverkooppunten waarvan de jaarlijkse netto-omzet (dit zijn de leveringen min de onverkochte persartikelen) per verkooppunt kleiner of gelijk is aan 31.662,96 EUR en worden geïndexeerd aan de hand van de index van de consumptieprijzen. De structuurkosten maken geen voorwerp uit van onderhavig geschil.

31. Naast de 'structuurkosten' die de kleinere verkooppunten betalen, zijn alle verkooppunten die een beroep doen op

het tertiaire transport van AMP voor de levering en ophaling een maandelijkse transportbijdrage verschuldigd.

AMP heeft een eigen organisatie opgezet voor de levering en ophaling van persartikelen bij de verkooppunten. Artikel XI – Ophaling en terugname van persleveringen omschrijft deze dienst als volgt:

1. *De distributeur heeft volgens de door hem aangestipte modaliteiten in verschillende geografische zones die hij bedient zijn eigen organisatie van levering en terugname van zijn persleveringen aan de verkooppunten gecreëerd.*

Indien de klant tot deze organisatie wenst toe te treden, moet hij daarover op voorhand met de distributeur overleggen of deze eventuele keuze logistiek haalbaar is en zich informeren over de praktische en financiële voorwaarden die van toepassing zijn.

2. *Zelfs als het logistiek mogelijk is om een beroep te doen op de organisatie voor leveringen van de distributeur, kan de klant ervoor kiezen zelf op zijn eigen kosten te zorgen voor de ophaling en terugzending van de persleveringen in de lokalen van de distributeur, volgens de praktische modaliteiten die hem door de distributeur meegedeeld worden.*

3. *De praktische modaliteiten van de hierboven in punt 1 en 2 vermelde principes zullen geregeld worden in een specifieke bijlage bij onderhavige 'Algemene voorwaarden voor leveringen van pers'.*

De betreffende bijlage voorziet in een expliciete keuzemogelijkheid ('schrappen wat niet past') voor de klant tussen beroep doen op de transportdienst van AMP of zelf op eigen kosten zorgen voor ophaling en terugzending (art. I.1 van de bijlage 'Ophaling en terugzending van persleveringen', stuk 2 Standaard Boekhandel).

Klanten die voor de eerste mogelijkheid opteren betalen voor deze dienst maandelijkse transportkosten bestaande uit een vergoeding die 0,95% van het netto-omzetcijfer van de vorige maand bedraagt, met een forfaitair minimum te indexerend volgens de index van het 'Nationaal Wegtransport' (art. II.3 van de bijlage 'Ophaling en terugzending van persleveringen'). In artikel III dienen de uitvoeringsmodaliteiten ingevuld te worden indien de klant kiest voor zelfophaling bij AMP. Artikel IV bepaalt verder dat de keuze tussen zelfophaling of transport door AMP kan gewijzigd worden door de klant.

32. Tussen AMP en de externe transportdienst bestaat een vervoerovereenkomst.

D. De verhoging van het minimumforfait en het geschil

33. In 2008 bedroeg het (geïndexeerde) minimumforfait 103 EUR per maand voor persverkooppunten met een omzet van minder dan 10.850 EUR per maand of 130.200 EUR per jaar.

Met een schrijven van 17 november 2008 (stuk 3 Standaard Boekhandel en stuk 3 Prodipresse, VFP en Buurtsuper) kondigt AMP een verhoging aan van de transportvergoeding. Het variabele gedeelte (percentage van 0,95% op de netto-omzet) zou behouden blijven maar het maandelijks forfaitaire minimum zou verhoogd worden van 103,04 EUR naar 219 EUR. Meer bepaald stelt AMP in dit schrijven:

“De voorbije jaren weerspiegelt de forfaitaire minimale tussenkomst van de verkooppunten, gemiddeld 4,10 EUR per dag, niet de werkelijke kost van onze activiteiten (leveringen en terugname van niet verkochte). De werkelijke kost van onze aangeboden diensten loopt op tot gemiddeld 8,70 EUR per dag. Tot onze spijt is het niet langer mogelijk om onze diensten op dit kwalitatief niveau aan te bieden zonder de minimale aangerekende kost te herzien (...).

Wij zijn ons bewust van de impact van deze prijsstijging, maar zij weerspiegelt de werkelijke kosten van onze dagelijkse aangeboden diensten en inspanningen. Daarnaast bieden wij, aan de verkooppunten die dat wensen, steeds de mogelijkheid om de goederen rechtstreeks op te halen in één van onze opslagplaatsen.

U ontvangt binnen enkele dagen een aanhangsel aan de bijlage van onze ‘AVLP’ die deze evolutie in detail toelicht.”

Deze verhoging wordt in een addendum bij de AVLP overgemaakt aan de persverkooppunten met een schrijven van 1 december 2008 (stuk 4 Standaard Boekhandel en stuk 4 Prodipresse, VFP en Buurtsuper) met het verzoek om het te ondertekenen voor akkoord:

“In bijlage vindt u het nieuwe aanhangsel bij de ‘Algemene voorwaarden voor de levering van pers’, dat de wijziging van het forfait (art. II-3) en van de ophalingsmodaliteiten (art. III) weergeeft.

Indien u besluit om vanaf 1 januari 2009 de goederen rechtstreeks op te halen in één van onze opslagplaatsen, gelieve deze keuze aan te geven in bijgevoegd document en, volledig ingevuld, vóór 15 december 2008 terug te sturen naar uw regionale verdeler.”

34. Standaard Boekhandel stelt AMP schriftelijk in kennis op 8 januari 2009 dat zij de verhoging van de transportvergoeding niet kan aanvaarden en hierover een bespreking wenst te hebben (stuk 6 Standaard Boekhandel).

Prodipresse, VFP en Buurtsuper van hun kant starten onderhandelingen op met AMP en adviseren hun leden om in afwachting van het resultaat van de onderhandelingen, de prijsverhoging niet te aanvaarden (stuk 17 Prodipresse, VFP en Buurtsuper). Sommige leden van Prodipresse, VFP en Buurtsuper richten een protestschrijven aan AMP (stuk 14 Prodipresse, VFP en Buurtsuper) aangaande de gefactuurde verhoging.

Na enkele besprekingen tussen partijen bericht Standaard Boekhandel op 30 januari 2009 aan AMP voorlopig niet

akkoord te kunnen gaan met de voorgestelde prijswijziging, eerst juridisch advies te willen inwinnen en veertien dagen bedenktijd nodig te hebben voor haar antwoord (stuk 7 Standaard Boekhandel).

Op dezelfde datum wordt per aangetekende post door AMP (stuk 8 Standaard Boekhandel) gemeld dat de gevraagde termijn van twee weken niet kan worden aanvaard omwille van het laattijdig karakter van de betwisting van de verhoging. Tegelijk wordt door AMP een opzeggingstermijn van drie maanden betekend (met in bijlage een lijst van de betrokken verkooppunten) in de volgende bewoordingen:

“Aangezien u de voorgestelde wijziging van de kostprijs van de persleveringen niet aanvaardt, voelen wij ons genoodzaakt de overeenkomst tussen partijen op te zeggen met een opzegtermijn van 3 maand, overeenkomstig artikel 13 van de Algemene voorwaarden voor de leveringen van de pers, geldend tussen AMP en de Standaard Boekhandel. Deze opzegtermijn zal beginnen lopen op 1 februari 2009 en de opzegging zal in werking treden op 1 mei 2009.”

35. Prodipresse, VFP en Buurtsuper leiden op 6 februari 2009 een procedure in voor de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brussel. In deze procedure vorderen Prodipresse, VFP en Buurtsuper een voorlopige maatregel om AMP te verplichten hun leden te blijven beleveren aan de bestaande transportvergoeding en vervolgens vorderen zij ten gronde een bevel tot staking van de litigieuze verhoging en beëindiging van de bestaande overeenkomsten door AMP.

36. Op 25 februari 2009 richt AMP een schrijven aan bepaalde persverspreiders met de mededeling dat de overeenkomst wordt opgezegd met een verlenging van opzegperiode (stuk 11 Prodipresse, VFP en Buurtsuper):

Vanaf 1 maart 2009 start dan ook de opzegperiode die zou aflopen op 1 juni 2009. Gezien de hangende zaak voor de rechtbank van koophandel te Brussel op vordering van Prodipresse, VFP en VDV, hebben wij beslist de opzegperiode niet te beperken tot 3 maanden, maar deze te laten lopen tot de uitspraak van de rechtbank van koophandel, indien deze binnen een redelijke termijn wordt uitgesproken, zijnde voor het einde van de maand juni 2009.

Standaard Boekhandel laat op haar beurt op 20 februari 2009 een dagvaarding zoals in kort geding betekenen aan AMP en op de inleidingszitting van 28 april 2009 gaat AMP akkoord om Standaard Boekhandel voorlopig te blijven beleveren aan de bestaande contractvoorwaarden tot en met 16 mei 2009 (stuk 46c Standaard Boekhandel).

37. Het bestreden vonnis van 29 april 2009 verwerpt de stakingsvordering van Standaard Boekhandel. De eerste rechter oordeelt dat AMP weliswaar een machtspositie inneemt op de relevante markt maar dat niet wordt aangetoond dat er sprake is van misbruik van machtspositie in hoofde van AMP. Hij achtte zich als stakingsrechter ook niet bevoegd

om uitspraak te doen over een contractuele betwisting nadat hij het misbruik onbewezen had verklaard.

38. Op eenzijdig verzoekschrift van Standaard Boekhandel wordt AMP evenwel bij beschikking van 15 mei 2009 van de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brussel verplicht Standaard Boekhandel te blijven beleveren aan de bestaande contractvoorwaarden van 18 mei 2009 tot 18 november 2009 met die wijziging dat het minimumforfait zou worden verhoogd tot 219 EUR, dit evenwel onder voorbehoud van alle rechten van partijen.

39. Op 25 juni 2009 beveelt de voorzitter de rechtbank van koophandel te Brussel AMP bij wijze van voorlopige maatregel om de reeds opgezegde leden van Prodipresse, VFP en Buurtsuper te blijven beleveren tegen de nieuwe transportvergoeding van 219 EUR, evenwel onder voorbehoud van alle rechten van partijen. Deze voorlopige maatregelen worden verlengd bij tussenvonnis van 23 december 2009 tot het ogenblik van uitspraak van het eindvonnis.

E. De aanstelling van een deskundige door de voorzitter

40. Bij tussenvonnis van 10 juni 2009 in de procedure ingeleid door Prodipresse, VFP en Buurtsuper wordt door de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brussel beslist een deskundige aan te duiden (Carlo van der Hertten) met als opdracht te onderzoeken of de door AMP doorgevoerde verhoging economisch verantwoord is. De voorzitter acht het bestaan van een machtspositie van AMP bewezen.

F. De aanstelling van een deskundige door het hof

41. In haar beroepsakte tegen het vonnis van 29 april 2009 vraagt Standaard Boekhandel eveneens bij wijze van maatregel alvorens recht te doen, de aanstelling van een deskundige. Standaard Boekhandel verklaart tevergeefs gevraagd te hebben om te mogen tussenkomen in het kader van het deskundigenonderzoek bevolen door de eerste rechter in de parallelle procedure aangespannen door Prodipresse, VFP en Buurtsuper. Zij omschrijft in haar beroepsakte de opdracht van de deskundige echter ruimer dan de eerste rechter in het vonnis van 10 juni 2009 in de procedure aangespannen door Prodipresse, VFP en Buurtsuper. Zij vraagt eveneens de vertaling van een aantal stukken in het Nederlands en de terugverwijzing van de zaak naar de eerste rechter.

In haar conclusies betwist AMP evenwel bij wijze van incidenteel beroep de beslissing van de eerste rechter voor zover die het bestaan van een machtspositie in haren hoofde heeft aangenomen. AMP meent dat ervoor het aanstellen van een deskundige, met de opdracht na te gaan of de door haar doorgevoerde kostenverhoging gerechtvaardigd is of integendeel misbruik uitmaakt, geen reden bestaat indien zij niet over een machtspositie beschikt. Om proceseconomische redenen vraagt AMP om haar incidenteel beroep te behandelen alvorens eventueel een deskundige aan te stellen.

42. Bij tussenarrest van 14 januari 2010 heeft het hof over deze betwisting uitspraak gedaan en beslist om de uitvoering van een gedeeltelijk aangepast deskundig onderzoek toe te vertrouwen aan de heer Carlo van der Hertten.

De voorzitter van de rechtbank van koophandel heeft ten gevolge van het tussenarrest van 14 januari 2010 de opdracht van de gerechtsdeskundige zoals bepaald in het tussenvonnis van 10 juni 2009 aangevuld teneinde eenzelfde verslag te hebben in de beide procedures.

De tussenkomst van Prodipresse, VFP en Buurtsuper werd door het hof bij tussenarrest van 6 mei 2010 ingewilligd waardoor het deskundig onderzoek tegensprekelijk ten aanzien van alle partijen kon verlopen.

VIII. Het deskundig verslag

43. In het tussenarrest van 14 januari 2010 werd de opdracht van de deskundige als volgt geformuleerd:

“– na kennis genomen te hebben van de verklaringen en dossiers van partijen inbegrepen de door hem gevraagde boekhoudkundige en andere documenten met betrekking tot de periode die hij relevant acht, te onderzoeken of de door AMP toegepaste verhoging van het maandelijks minimum forfait van de transportvergoeding tot 219 EUR per verkooppunt een economische rechtvaardiging vindt in de door AMP met betrekking tot de betreffende activiteit werkelijk gedragen kosten en daarvoor ontvangen vergoedingen op grond van de met de verkooppunten en persuitgevers gemaakte afspraken;

– dienaangaande een gemotiveerd verslag op te stellen met indien nodig een vertrouwelijke versie waarin als bedrijfsgeheim aangemerkte gegevens van AMP niet worden aangegeven;

– te antwoorden op alle nuttige vragen van partijen.”

Bij tussenarrest van 11 mei 2010 wordt op verzoek van de deskundige de opdracht verder als volgt gepreciseerd:

“Het uitgangspunt blijft dat de deskundige de methodologie bepaalt die naar zijn inzien aangewezen is om zijn opdracht tot een goed einde te brengen en inzonderheid om te verzekeren dat hij een eindverslag kan indienen zonder dat hij enig voorbehoud moet formuleren wegens ontoereikend toetsbare gegevens.

Anderzijds dient de te verlenen toegang tot de boekhoudkundige en andere gegevens van AMP niet verder te reiken dan naar rede vereist is om een gefundeerde opinie te kunnen formuleren over de toevertrouwde opdracht.

Derhalve dient de deskundige zijn vragen om informatie zo precies en gericht mogelijk te formuleren, ook wat het bestreken tijdsbestek betreft.

Een kalender met korte tijdsbestekken voor het terbeschikkingstellen en houden van de boekhoudkundige gegevens dient daarbij te worden nageleefd.

Indien AMP de mening toegedaan is dat een vraag om gegevens de perken van de redelijkheid te buiten gaat, zal de deskundige aangeven waarom een door hem opgevraagd gegeven vereist is in het licht van zijn opdracht, aldus begrepen dat deze toelichting aangeeft waarom zonder de gevraagde toegang tot bedrijfsinformatie een eindverslag zonder voorbehoud niet kan worden ingediend.”

44. De deskundige heeft zijn definitief verslag neergelegd op 15 oktober 2010.

Er werd door de deskundige een analyse uitgevoerd aangaande de economische rechtvaardiging van twee onderscheiden elementen:

- de verhoging van het forfait van 103,04 EUR tot 219 EUR;
- het verhoogde forfait van 219 EUR per 17 november 2008, ongeacht het forfait dat in de periode voorafgaandelijk aan 17 november 2008 werd gehanteerd.

Hierbij werd er voor wat betreft de verhoging van het forfait een nazicht gedaan van de boekhoudkundige gegevens van AMP voor de periode van 2004 tot en met 2009. In het bijzonder werden de kosten van het tertiaire transport van de jaren 2004, 2005, 2006, 2007, 2008 en 2009 met elkaar vergeleken teneinde zicht te krijgen in de evolutie van deze kosten.

Voor wat betreft de analyse van het verhoogde forfait werd nazicht gedaan van de boekhoudkundige gegevens van partij AMP voor de door deze laatste opgegeven referentieperiode (oktober 2007 tot en met september 2008). In het bijzonder werd de realiteit van de door AMP beweerde kosten voor tertiair transport geanalyseerd.

Bij de analyse van de transportkosten voor het jaar 2008 komt de deskundige tot het volgende besluit (p. 21 verslag):

“In het merendeel van de door ons geselecteerde registraties kan vastgesteld worden dat de desbetreffende kosten betrekking hebben op transportkosten. In bepaalde gevallen is er sprake van de diverse geschriften waarbij er een vermoeden is dat deze eveneens betrekking hebben op transportkosten.

In het merendeel van de door ons geselecteerde registraties kan er niet vastgesteld worden dat de transportkosten in overeenstemming zijn met de schriftelijke contracten met de externe transporteur. Uit deze laatste vermelde registraties blijken geen aanwijzingen dat deze betrekking zouden hebben op andere dan tertiaire transporten.”

Bij de analyse van de transportkosten voor het jaar 2009 komt de deskundige tot het volgende besluit (p. 29 verslag):

“Voor de door ons geselecteerde registraties kan vastgesteld worden dat de desbetreffende kosten betrekking hebben op transportkosten.

In bepaalde van de door ons geselecteerde registraties kon er niet vastgesteld worden dat de transportkosten in overeenstemming zijn met een desbetreffend schriftelijk contract

met de externe transporteurs. Er blijken geen aanwijzingen dat deze betrekking zouden hebben op andere dan tertiaire transporten.”

Wat betreft de evolutie van de tertiaire transportkosten over de periode 2004 t.e.m. 2008 besluit de deskundige op pagina 32 van zijn verslag dat uit het analytische nazicht van de resultatenrekeningen geen elementen blijken die een stijging a rato van 112% van de tertiaire transportkosten van 2008 ten opzichte van deze van 2004 aanwijzen. Er kan enkel een globale stijging voor dezelfde periode worden vastgesteld ten belope van 17%.

Op pagina 39 van zijn verslag besluit de deskundige dat kan vastgesteld worden dat de aangerekende transportvergoedingen in overeenstemming met de AVLP-overeenkomsten werden berekend behoudens:

- het weerhouden van de desbetreffende maand in plaats van de voorgaande maand als basis voor de berekening;
- de proratering van de transportvergoeding in functie van effectieve leveringsdagen hetgeen niet voorzien is in de AVLP-overeenkomsten.

Tevens kunnen de door AMP weerhouden minima niet steeds afgestemd worden met onderliggende documenten.

De deskundige voerde een analyse uit van de globale bruto marge waaruit bleek dat er geen aanwijzingen waren van indirecte opbrengsten voortkomende uit afspraken met de persuitgevers maar er is wel gebleken dat er vanaf 2005 een relevante daling van de activiteiten heeft plaatsgevonden welke resulteert in een daling van de bruto marge van ca. 5.530 kEUR of 10.015 kEUR al naargelang de informatiebron (p. 45 verslag).

Wat betreft de analyse van de indirecte kosten besloot de deskundige in zijn verslag op pagina 52 dat AMP tijdens de expertisewerkzaamheden opgave heeft gedaan van de tertiaire transportkosten welke een direct verband houden met de tertiaire transportactiviteiten en deze betroffen grotendeels vergoedingen aan externe transporteurs. De deskundige acht het zeer aannemelijk dat met de tertiaire transportactiviteiten ook indirecte kosten verbonden zijn en heeft AMP verzocht hiervan opgave te doen. De deskundige stelde evenwel vast dat de groep AMP in het kader van het geschil arbitraire verdeelsleutels heeft toegepast welke niet verantwoord worden door objectieve gegevens aangezien de verdeelsleutels gebaseerd zijn op subjectieve inschattingen door het management. Daarenboven beschikt de groep AMP niet over een kostprijsstelsel waarbij indirecte kosten van de organisatie worden verdeeld over diverse activiteiten. De deskundige leidt hieruit af dat de opgave door de groep AMP van de indirecte kosten niet op haar realiteit kan getoetst worden en dat de structuren van de groep AMP niet in staat zijn deze kosten op verantwoorde wijze te begroten.

Van pagina 53 tot en met 97 beantwoordt de deskundige de vragen van partijen op het voorverslag en vult waar nodig het definitief verslag aan.

45. Op pagina 100 van het verslag formuleert de deskundige zijn algemene besluiten:

“Op basis van onze vaststellingen, bevindingen en analyses zijn wij van oordeel dat in het standpunt van partijen Prodi-press e.a. de verhoging van het forfait op 17 november 2008 van 103,94 EUR naar 219 EUR, zonder enig voorbehoud, economisch niet verantwoord (‘rechtvaardig’) is.

(...)

Op basis van onze vaststellingen, bevindingen en analyses zijn wij van oordeel dat in het standpunt van AMP de verhoging van het forfait van 103,94 EUR naar 219 EUR, zonder enig voorbehoud, economisch niet verantwoord (‘rechtvaardig’) is, doch een verhoogd forfait naar 205 EUR wel economisch verantwoord (‘rechtvaardig’) is.”

IX. Ten gronde

A. Het bestaan van een economische machtspositie

46. Het Hof van Justitie van de EU heeft in het bijzonder in zaak *United Brands* (HvJ 14 februari 1978, 27/76, *United Brands / Commissie*, Pb.C 1978, 76, 3) het begrip ‘machtspositie’ gedefinieerd als *“een economische machtspositie van een onderneming, die deze in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging in de betrokken markt te verhinderen doordat zij sterk genoeg is om zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, afnemers en uiteindelijk de consumenten te gedragen”*. Het bestaan van een dergelijke positie wordt vastgesteld aan de hand van een aantal indicatoren waarvan een groot marktaandeel de voornaamste is (HvJ 3 juli 1991, C-62-86, *Akzo Chemie BV / Commissie*, Jur. 1991, p. I-3359). Andere factoren die van belang zijn bij de afweging of een onderneming op een bepaalde markt een machtspositie inneemt, zijn de economische zwakte van de concurrenten, de afwezigheid van potentiële concurrentie en de macht over de toegang tot hulpbronnen en technologie.

(i) Beslissing van de eerste rechter

47. De eerste rechter heeft geoordeeld dat AMP een machtspositie inneemt *op de markt van de logistieke organisatie van levering van persartikelen* onder meer omdat AMP in België het grote merendeel van kranten en tijdschriften verdeelt die onontbeerlijk zijn voor de onafhankelijke persverspreiders.

(...)

(iii) Beoordeling

57. Zoals reeds aangegeven heeft het hof in het tussenarrest van 14 januari 2010 geen uitspraak gedaan over het bestaan van een machtspositie in hoofde van AMP maar een facultatief advies gevraagd van de mededingingsautoriteit aangaande de afbakening van de relevante markt en over het bestaan van een machtspositie in hoofde van AMP.

Het Auditoraat bij de Raad voor de Mededinging heeft bij schrijven van 18 oktober 2011 meegedeeld dat zij zich niet bevoegd acht een onderzoek te voeren in het kader van onderhavige procedure aangezien het arrest van het hof geen beslissing is zoals voorzien in artikel 75 van de WBEM waarvoor het hof op basis van artikel 76, § 2, 8^{ste} lid WBEM een bijkomend onderzoek aan het Auditoraat kan vragen.

Gelet op het standpunt van het Auditoraat dient het hof zelf uitspraak te doen op basis van de voorliggende gegevens over het al dan niet bestaan van een machtspositie in hoofde van AMP.

58. Artikel 1, 2^o van de WBEM luidt als volgt:

machtspositie: de positie die een onderneming in staat stelt om de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging te verhinderen en het haar mogelijk maakt zich, jegens haar concurrenten, afnemers of leveranders, in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen.

Deze bepaling is geïnspireerd op het Europees mededingingsrecht (art. 102 VWEU) en op de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (zie onder meer HvJ 14 februari 1978, nr. 27/76, *United Brands / Commissie*, Pb.C 1978, 76, 3; HvJ 13 februari 1979, nr. 85/76, *Hoffman-La Roche / Commissie*, Jur. 1979, p. 461; HvJ 7 oktober 1999, nr. 7-228/97, *Irish Sugar / Commissie*, Pb.C 1997, 318, 29) waarin meermaals werd geoordeeld dat een economische machtspositie van een onderneming deze in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging in de relevante markt te verhinderen doordat zij sterk genoeg is om zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, afnemers en uiteindelijk ook consumenten te gedragen. Dit houdt niet in dat alle concurrenten moeten verdwenen zijn (HvJ 14 februari 1978, nr. 27/76, *United Brands / Commissie*, Pb.C 1978, 76, 3).

59. Relevant voor deze toets zijn de afbakening van de relevante product- en geografische markt, het marktaandeel van de onderneming en andere ondernemingen op de relevante markt, het bestaan van toetredings- of expansiedrempels, de mate waarin de onderneming zich (on)afhankelijk kan opstellen ten aanzien van concurrenten, afnemers en consumenten en andere bijkomende structurele en gedragsfactoren (zie ook bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijk mededingingsrecht, Pb.C 372/5, 9 december 1997).

60. Op grond van de standpunten van partijen en van de voorgelegde stukken kan de relevante product- en geografische markt met de eerste rechter omschreven worden als de markt voor de logistieke organisatie van levering en ophaling van persartikelen bij persverdelers in België. De organisatie van AMP strekt zich uit over het ganse grondgebied, de voorwaarden waaronder AMP haar dienst levering en afhaling van persartikelen aanbiedt zijn dezelfde voor gans België en de concurrentievoorwaarden lijken voldoende homogeen (met name de toegepaste tarieven) om een ruime marktdefi-

nitie aan te nemen. Een engere marktafbakening (bv. alleen binnenlandse kranten of Nederlandstalige persartikelen) is eveneens denkbaar maar leidt niet tot een andere conclusie.

61. Het bestaan van een afzonderlijke (stroomafwaartse) markt enkel voor het tertiaire transport – zoals AMP verdeeld – kan niet worden weerhouden nu deze dienst door AMP niet wordt aangeboden onafhankelijk van haar logistieke organisatie en dus enkel beschikbaar is voor verkooppunten die met AMP een AVL P hebben afgesloten. Het feit dat transportrondes door AMP op een productspecifieke manier en op basis van een specifieke *knowhow* georganiseerd worden onder meer in functie van de ligging van de verkooppunten moet doen besluiten dat het niet om een zuiver transport gaat dat onder dezelfde omstandigheden en tegen gelijkaardige voorwaarden door individuele transporteurs kan worden aangeboden. Het gaat veeleer om de mogelijkheid voor een persverkoop punt om een plaats in te nemen in een efficiënt georganiseerde collectieve transportronde aansluitend bij een wij dvertakt nationaal distributienetwerk.

Individuele transportondernemingen die niet over eenzelfde *knowhow*, organisatie en netwerk beschikken maken bijgevolg geen deel uit van de relevante markt.

62. De markt zou in die zin ook kunnen worden omschreven als de markt voor het verwerven van een stopplaats in een door een verdeler van persartikelen georganiseerde dagelijkse transportronde.

63. Wat de afbakening van de relevante productmarkt betreft, zijn andere vormen van verspreiding van persartikelen via huis-aan-huisbezorging (abonnementen) of via Internet hiervan duidelijk onderscheiden en vormen geen onderdeel van de relevante markt omwille van hun specifieke verdeelwijze die onder meer inzake logistieke organisatie, wijze van transport en kostenstructuur niet vergelijkbaar is met de verspreiding via lokale verkooppunten (zgn. losse verkoop).

64. Wat de substitutiemogelijkheden aan de vraagzijde betreft dient vooreerst opgemerkt dat NV Imapress en de NV Tondeur Diffusion hoofdzakelijk actief zijn op de deelmarkt van de verdeling van gespecialiseerde tijdschriften en AMP niet aantoon t dat deze ondernemingen de tijdschriften en kranten zouden (kunnen) verdelen die door AMP verdeeld worden of deze kunnen vervangen in het aanbod van de persverdelers. Uit stuk 48 van Prodipresse, VFP en Buurtsuper kan worden afgeleid dat een vrije keuze tussen meerdere distributeurs voor persartikelen althans volgens de NV Imapress geen evident gegeven is met name omwille van de kostenvoordelen verbonden aan een ruime dekking zoals AMP die geniet (p. 18). Deze substitutiemogelijkheid blijft hoe dan ook beperkt tot een beperkt gedeelte van de tijdschriftenportefeuille van AMP.

65. Verder dient gewezen op het bestaan van exclusieve contractuele afspraken tussen AMP en bepaalde persuitgevers blijkens de door Standaard Boekhandel voorgelegde correspondentie met Sanoma, Roularta en Corelio (stukken 16-18

Standaard Boekhandel). Zelfs indien deze juridische exclusiviteit niet absoluut is, zoals AMP aanvoert, dan nog blijkt dat in de praktijk de belangrijkste uitgevers geen beroep (kunnen) doen op een evenwaardig alternatief voor AMP. De persartikelen die het voorwerp uitmaken van deze exclusiviteit kunnen niet verdeeld worden door concurrenten van AMP. Bovendien maken sommige persuitgevers hun goedkeuring voor de verdeling via een nieuw verkooppunt afhankelijk van het ondertekenen van een AVL P met AMP door dat verdeelpunt (stuk 17 Standaard Boekhandel).

66. Het blijkt afdoende uit de voorliggende gegevens dat AMP verdeler is van bijna alle Belgische (met uitzondering van de beperkte regionale zelfverdeling van de kranten *Le Soir*, *Gazet van Antwerpen* en *Belang van Limburg*) en een groot aantal buitenlandse kranten en de portefeuille tijdschriften die door haar verdeeld worden de meest verkochte titels (volgens berekeningen van Standaard Boekhandel maken voor de periode 2008 de 20 best verkochte tijdschrifttitels die AMP verdeelt 47% uit van de totale omzet terwijl de 20 beste verkochte titels die de concurrenten verdelen slechts 6% van de totale verkoop uitmaken (stuk 21 Standaard Boekhandel)) bevat en bijgevolg een onmisbaar bestanddeel vormt voor het aanbod waarover een plaatselijk verdeelpunt (krantenwinkel) dient te kunnen beschikken. Deze gegevens worden door AMP niet afdoende weerlegd.

AMP zou momenteel ook de enige verdeler zijn die in België op dagelijkse basis een uitgebreid assortiment van kranten en tijdschriften verdeelt. De NV's Imapress en Tondeur Diffusion verzorgen slechts één tot twee rondes per week. De NV Imapress heeft sinds 2011 de dagelijkse verdeling van buitenlandse kranten stopgezet (stuk 42 Prodipresse, VFP en Buurtsuper).

67. AMP hecht veel belang aan de substitutiemogelijkheid aan vraagzijde die er in bestaat een beroep te doen op zelfophaling of op andere transporteurs dan degene die door AMP werden gecontracteerd.

Het hof acht op basis van de voorliggende elementen de mogelijkheden voor de persverkoop punten om de levering en afhaling op economisch gelijkwaardige wijze zelf te organiseren of beroep te doen op een derde transporteur uiterst beperkt.

Het feit dat een beperkt aantal verkooppunten (80 volgens appellanten) na de verhoging overgaat tot zelfophaling is te verklaren door de geografische nabijheid van die verkooppunten ten aanzien van een regionaal verdeelpunt van AMP. Kennelijk leidde de substantiële prijsverhoging van het transport niet tot een belangrijke toename van het aantal verkooppunten dat overging tot zelfophaling. Voor de grote meerderheid van de verkooppunten bestond en bestaat er op dit ogenblik geen werkelijk alternatief voor het beroep doen op AMP.

68. Het beroep doen op een derde transporteur stuit verder op het bezwaar van beperkte keuzemogelijkheden nu AMP

kennelijk ook met een groot aantal tertiaire vervoerders exclusieve afspraken maakt voor haar eigen rondes (art. IX van de kaderovereenkomst voor tertiair vervoer stipuleert dat de vervoerder geen handelsbetrekkingen mag aanknopen met de klanten van de opdrachtgever tijdens de duur van het contract, stuk 1 AMP). De bewering van AMP dat het hier slechts om een uitzondering zou gaan lijkt weinig geloofwaardig. Het valt evenwel op basis van de gegevens waarop het hof vermag acht te slaan niet uit te maken hoeveel transporteurs een overeenkomst op basis van de modelovereenkomst met zulk exclusiviteitsbeding hebben ondertekend.

69. Het vervoer (levering en ophaling) door een derde transporteur op vraag en voor rekening van één bepaald verkooppunt kan daarenboven niet gebeuren aan dezelfde gunstige voorwaarden en omstandigheden als via een door AMP kostenefficiënt georganiseerde transportronde waarbij één transporteur meerdere verkooppunten aandoet volgens een vooropgesteld transportschema. AMP maakt in elk geval niet aannemelijk dat een doorsnee verkooppunt het transport van en naar haar regionaal centrum aan eenzelfde kostprijs van 8,40 EUR per dag kan laten gebeuren door een derde transporteur.

70. De organisatie van alternatieve gezamenlijke verdeelrondes door een aantal verkooppunten samen of door hun beroepsorganisatie vormt op korte termijn geen alternatief. De specifieke *knowhow*, schaalvoordelen van de logistieke organisatie van AMP en haar marktmacht tegenover de transporteurs zijn van aard te resulteren in kostenvoordelen die niet gemakkelijk kunnen bekomen worden door kleinere organisaties die zelf het transport zouden organiseren. De organisatie van AMP dupliceren op korte termijn lijkt daarom uitgesloten.

71. Het hof beschikt niet over recente onderzoeksgegevens die het toelaten het marktaandeel van AMP op de relevante markt en de concentratiegraad objectief vast te stellen. Volgens Standaard Boekhandel bedraagt het marktaandeel van AMP tot 90% van alle krantentitels en 85% van alle tijdschriften in België. Prodipresse, VFP en Buurtsuper houden het op een totaal marktaandeel tussen 80 en 90%.

Prodipresse, VFP en Buurtsuper ramen de volgende omzetten voor 2008:

| | |
|--------------------|-------------|
| AMP: | 670 MIO EUR |
| IMAPRESS: | 27 MIO EUR |
| TONDEUR DIFFUSION: | 10 MIO EUR |

AMP betwist de juistheid van deze schattingen maar stelt hier geen meer geloofwaardige ramingen tegenover. Het geheel van de gegevens wijzen niettemin ontegensprekelijk op een zeer substantieel marktaandeel in hoofde van AMP.

Uit de door AMP voorgelegde stukken en het deskundige verslag (onder meer op p. 40) blijkt dat AMP voor 2009 471.557.571 EUR (in conclusie p. 55 vermeldt Standaard

Boekhandel een omzet van 487.233.000 EUR) netto-omzet realiseerde (in vergelijking met 23.182.000 EUR door de NV Imapress), meer dan 4.500 titels verdeelt en dat AMP zelf aangeeft dat 92% van alle persverdelers beroep doet op de leveringen van AMP.

72. Deze gegevens maken het voldoende geloofwaardig dat AMP over een substantieel marktaandeel beschikt dat naar alle waarschijnlijkheid boven de 50% ligt en dat het marktaandeel van de overige concurrenten veel beperkter is. Niettegenstaande de aanwezigheid van concurrenten op de markt (zoals Imapress, Tondeur Diffusion) bestaat er een aanzienlijke kloof tussen de marktaandelen van AMP en deze van andere verdelers. Wegens haar grote marktaandeel vormt AMP een quasi onvermijdelijke handelspartner voor de persverdeelpunten.

Er bestaan bijgevolg momenteel voor de meeste persverkooppunten slechts zeer beperkte en partiële alternatieven voor het door AMP georganiseerde transport van persartikelen.

AMP identificeert ook geen ondernemingen die op langere termijn volwaardige concurrenten zouden kunnen worden op de Belgische markt. Gelet op de reeds aangehaalde toegangsbelemmeringen lijkt AMP wel gebeiteld als onderdeel van de sectororganisatie. Enkel de gezamenlijke persuitgeverijen lijken in staat een alternatieve logistieke organisatie te kunnen opzetten of dit op termijn mogelijk te maken door af te zien van hun exclusieve samenwerking met AMP. De gegevens van het dossier bevatten evenwel geen indicaties dat de persuitgevers plannen in die zin zouden hebben.

Het voorgaande wordt niet tegengesproken door het door AMP aangehaalde feit dat enkele krantenuitgevers in een beperkte regio zelf voor de verdeling in staan ('Le Soir' in Brussel en Waals Brabant, 'Gazet van Antwerpen' in Waasland, Antwerpen en Kempen, ...). De mogelijkheid om voor deze titels rechtstreeks beleverd te worden sluit niet uit dat de persverkooppunten voor een groot aantal *must have*-titels enkel bij AMP terecht kunnen.

73. Wat potentiële concurrentie aan de aanbodzijde betreft, overweegt het hof verder nog het volgende. Het feit dat er buiten AMP nog meerdere transportfirma's zijn die persartikelen zouden kunnen vervoeren, betekent nog niet dat zij potentieel concurrenten zijn op de relevante markt en er voldoende zekerheid is dat zij ingevolge een duurzame verhoging door AMP van de transportkostenvergoeding ook daadwerkelijk zouden toetreden. Nergens blijkt immers dat tengevolge van de begin 2009 doorgevoerde verhoging nieuwe spelers naast AMP zich op de relevante markt hebben gemanifesteerd of daartoe de intentie hebben uitgedrukt. Dit bevestigt het bestaan van ernstige toetredingsbelemmeringen (o.a. hoge vaste kosten, belangrijke schaalvoordelen, exclusieve samenwerking met uitgevers en/of transporteurs) waardoor AMP zich onafhankelijk kan gedragen tegenover haar afnemers. Het bestaan van reële concurrentiedruk aan

de aanbodzijde door potentiële concurrenten wordt niet bewezen. Een zeer belangrijke prijsverhoging zoals door AMP in 2009 doorgevoerd blijkt hiervoor alleszins geen voldoende stimulans te zijn.

Bovendien is AMP verankerd in de structuur van de groep Lagardère die een belangrijke rol speelt bij de verspreiding van perspublicaties in meer dan 40 landen.

74. Ten slotte laat het hof nog opmerken dat de eenzijdige, eenmalige en abrupte manier waarop AMP deze belangrijke verhoging heeft doorgevoerd een verdere aanwijzing vormt van de marktmacht van AMP omdat hieruit blijkt dat AMP kennelijk geen rekening dient te houden met de reactie van haar afnemers of met mogelijke concurrenten.

AMP heeft een dominante positie op de markt van de logistieke organisatie van levering en ophaling van persartikelen in België.

75. De andersluidende stelling van AMP moet worden verworpen. AMP heeft overigens geen belang om met een incidenteel beroep op te komen tegen de enkele vaststelling van de eerste rechter van het bestaan van een machtspositie in haar hoofde, maar die verder besliste dat er geen misbruik was en de vordering tegen haar verwierp. Immers, de vaststelling door de burgerlijke rechter dat een onderneming op een bepaald tijdstip een machtspositie bekleedt, heeft geen ruimer gezag van gewijsde dan binnen de perken bepaalde in artikel 23 Gerechtelijk Wetboek.

B. Toepasselijke regelgeving en beoordeling inzake misbruik van economische machtspositie

76. Gelet op de weerhouden marktdefinitie (relevante geografische markt gelijk aan gans België wat betekent dat de litigieuze verhoging een impact kan hebben op de interstatenhandel bijvoorbeeld wat betreft de verspreiding van buitenlandse kranten en tijdschriften) dienen op grond van artikel 3, 2. van verordening 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het verdrag (Pb.L 4 januari 2003, 1/1-1/25), zowel de regels van het Belgisch als van het Europees mededingingsrecht te worden toegepast.

77. In principe moet ook een onderneming met een economische machtspositie maatregelen kunnen nemen die redelijk zijn en evenredig aan de noodzaak om haar eigen commerciële belangen te verdedigen. Enkel indien zij van haar machtspositie misbruik maakt, zijn deze verboden.

78. De rechtspraak en rechtsleer onderscheiden uitsluitingsmisbruik en exploitatiemisbruik. De litigieuze handelingen betreffen in casu niet de uitsluiting van actuele of potentiële mededingers op de markt maar het misbruikelijk onttrekken van economische voordelen aan afnemers.

79. Het begrip misbruik wordt door de wetgever niet gedefinieerd. De verboden praktijken van een dominante onderne-

ming die vallen onder het begrip machtsmisbruik worden in de toepasselijke regelgeving niet limitatief omschreven.

80. Artikel 3 van de WBEM luidt als volgt:

Het is verboden, zonder dat hiertoe een voorafgaande beslissing nodig is, dat één of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de betrokken Belgische markt of op een wezenlijk deel daarvan. Dit misbruik kan met name bestaan in

1° het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden;

2° het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de verbruikers;

3° het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties hun daarmede nadeel berokkend bij de mededinging;

4° het feit dat het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden door de handelspartners van bijkomende prestaties, welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.

81. Artikel 3 WBEM heeft deze voorbeelden van misbruik overgenomen van artikel 102 VWEU (oud art. 82 VEG) dat luidt als volgt:

Onverenigbaar met de interne markt en verboden, voor zover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, is het, dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de interne markt of op een wezenlijk deel daarvan.

Dit misbruik kan met name bestaan in:

a) het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden;

b) het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de verbruikers;

c) het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmede nadeel berokkend bij de mededinging;

d) het feit dat het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden door de handelspartners van bijkomende prestaties, welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.

De relevante voorbeelden in beide artikelen zijn gelijklopend.

82. Artikel 3 WBEM en artikel 102 VWEU verbieden uitdrukkelijk het opleggen van excessieve of onbillijke prijzen. Indien een dominante onderneming bij gebrek aan objec-

tieve verantwoording een prijs oplegt die in belangrijke mate afwijkt van de economische waarde van de geleverde prestatie kan er sprake zijn van misbruik. Om het buitensporig karakter van de prijszetting aan te tonen dient de aangerekende prijs vergeleken te worden met de naar rede verantwoorde kosten en een redelijke winstmarge van de betrokken onderneming en/of met de prijzen van vergelijkbare prestaties geleverd door derde ondernemingen. Het volstaat op zich niet om te verwijzen naar prijzen gehanteerd door één of meer andere marktpelers, de voorwaarden waaronder die diensten worden geleverd moeten vergelijkbaar zijn.

In principe dient ook rekening te worden gehouden met de toerekenbare indirecte kosten en inkomsten van de betrokken onderneming voor het berekenen van de winstmarge.

83. Artikel 3 WBEM en artikel 102 VWEU voeren geen algemeen verbod van prijsdifferentiatie in voor dominante ondernemingen maar verbieden discriminatie die er in bestaat om arbitrair zonder objectieve verantwoording ongelijke voorwaarden zoals prijzen of tarieven op te leggen aan verschillende afnemers van gelijkwaardige prestaties (of dezelfde voorwaarden voor niet gelijkwaardige prestaties) wanneer hierdoor de concurrentieverhoudingen tussen de afnemers onderling worden scheefgetrokken. Prestaties worden onder meer geacht niet gelijkwaardig te zijn als ze een verschillende kostprijs met zich meebrengen.

Het volstaat niet dat één onderneming minder betaalt dan een andere voor dezelfde prestatie zonder objectieve reden (bv. kostprijsverschil) opdat er sprake zou zijn van ongeoorloofde discriminatie. Vereist is eveneens dat de gediscrimineerde ondernemingen hierdoor een concurrentienadeel ondervinden ten opzichte van de andere. Dit kan bijvoorbeeld inhouden dat de concurrentieverhoudingen van bepaalde afnemers van de dominante onderneming op hun eigen stroomafwaartse markt ten opzichte van hun concurrenten worden scheefgetrokken of dat zij zelfs verplicht worden hun activiteit te staken en uit de markt verdwijnen als de praktijk niet gestaakt wordt.

Er is met name sprake van ‘tweedelijs’ discriminatie als de dominante onderneming op een stroomafwaartse markt minder gunstige voorwaarden oplegt aan één of meer afnemers in vergelijking met één of meer andere afnemers (D. GERADIN en N. PETIT, “Price Discrimination under EC Competition Law: The need for a case-by-case Approach”, *The Global Competition Law Centre Working Paper Series*, nr. 07/05, p. 9 en 25 e.v.).

84. Indien de dominante onderneming zelf niet actief is op de stroomafwaartse markt heeft ze doorgaans weinig goede redenen om arbitrair te discrimineren tussen afnemers onderling (D. GERADIN en N. PETIT, “Price Discrimination under EC Competition Law: The need for a case-by-case Approach”, *The Global Competition Law Centre Working Paper Series*, nr. 07/05, p. 34).

Prijsdiscriminatie kan evenwel economisch verantwoord zijn wegens het bestaan van hoge vaste kosten en lage marginale kosten in hoofde van de betrokken onderneming of een verschillende prijselasticiteit bij de afnemers indien deze prijsdiscriminatie bijdraagt tot een maximalisatie van de omzet en het consumentenwelzijn (S. BISHOP en M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law*, Sweet & Maxwell, 2010, p. 252 tot 256).

85. AMP voert als algemeen verweer aan dat de door haar gehanteerde AVLP-modelovereenkomst eerder door de Commissie werd goedgekeurd in het kader van een aanmelding op basis van de toenmalige verordening nr. 17/62 inzake de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het verdrag (*Pb.* 13 van 21 februari 1962, p. 204-2011) zodat de omstreden verhoging niet meer kan worden verboden op basis van artikel 102 VWEU en artikel 3 WBEM (stuk 31 AMP).

Onverminderd de vaststelling dat de betreffende aanmelding betrekking heeft op een ‘samenwerkingsovereenkomst’ en dus op de toepassing van het Europese kartelverbod en niet het misbruikverbod – inzake toenmalig artikel 86 van het EEG-verdrag kon enkel een negatieve verklaring worden verleend en geen vrijstelling worden gevraagd zoals op grond van artikel 85, 3^{de} lid – en het oordeel van de Commissie dat de aangemelde overeenkomsten binnen het toepassingsgebied van verordening nr. 17/62 steunt op een voorlopig onderzoek, dient vastgesteld dat de Commissie haar goedkeuring betrekking heeft op een aantal wijzigingen in een in 1999 aangemelde overeenkomst. Uit deze aanmelding en de voorlopige goedkeuring van de Commissie van deze wijzigingen kan niet worden afgeleid dat (i) latere wijzigingen automatisch of noodzakelijk verenigbaar zouden zijn met de toepasselijke mededingingsregels en (ii) het opleggen van deze wijzigingen door een onderneming met een economische machtspositie in functie van de concrete omstandigheden geen verboden misbruik van machtspositie meer kan uitmaken.

86. Appellanten betogen dat de eenzijdige verhoging van de forfaitaire minimumvergoeding voor het tertiaire transport een misbruik uitmaakt door AMP van haar economische machtspositie.

Zij argumenteren dat de verhoging van het minimumforfait discriminerend, excessief en onbillijk is omdat (i) het een verhoging betreft van meer dan 100% terwijl niet bewezen is dat die verhoging economisch verantwoord is, (ii) de verhoging is opgelegd zonder voorafgaand overleg met de persverkopers wat toch van een redelijke en voorzichtige marktspeler zou mogen verwacht worden, (iii) de verhoging in één keer is doorgevoerd zonder rekening te houden met de economische situatie van de betrokken persverkopers en (iv) ze enkel de kleinere verkooppunten van persartikelen zou treffen en niet de grotere verkooppunten die een variabele vergoeding betalen. Hierbij achten ze zich ondersteund door de thesis van de deskundige dat een prijsverhoging zowel op het

forfait als op het variabel gedeelte betrekking zou kunnen hebben zonder discriminerend te zijn (p. 23 e.v. van het deskundig verslag).

1. Ongelijke en discriminerende voorwaarden

(...)

(III) BEOORDELING

92. Het argument van AMP dat zij de verhoging niet heeft opgelegd omdat persverkooppunten zelf hun producten kunnen ophalen of op andere transporteurs beroep kunnen doen kan niet worden gevolgd. Er mag naar rede aangenomen worden dat voor de meeste verkooppunten het organiseren van een evenwaardig en kostenefficiënt alternatief systeem van levering en ophalen per regio op korte termijn in elk geval uitgesloten is. AMP beschikt immers over jarenlange ervaring in de sector, een specifieke logistieke *knowhow* en een onderhandelingsmacht naar transporteurs. Daarenboven geniet AMP onmiskenbaar van schaalvoordelen en heeft zij met een aantal transporteurs een exclusieve afspraak. Zelf afhalen blijkt een marginaal alternatief dat enkel voorhanden is voor een kleine groep verkooppunten die in de nabije omgeving van een AMP-distributiecentrum zijn gelokaliseerd.

In die omstandigheden bestond er in 2009 kennelijk geen werkelijk alternatief op korte termijn voor de grote meerderheid van verkooppunten die de verhoging niet wensen te betalen en is er de facto duidelijk sprake van het 'opleggen' van een verhoging.

93. AMP betwist het discriminerend evenwel karakter van de verhoging.

94. Een onderneming mag geen kunstmatige prijsverschillen toepassen waardoor haar afnemers in een ongunstige positie worden gebracht en die de mededinging kunnen vervalsen (Gerecht 6 oktober 1994, T-83/91, *Tetra Pak / Commissie, Jur.*, p. II-755, punt 160). De door AMP doorgevoerde selectieve prijsverhoging van het forfait treft – zoals aangegeven door de deskundige in zijn verslag – enkel de persverkooppunten met een omzet van minder dan 23.000 EUR per maand. Dit wordt door AMP niet ontkend.

De vraag is of deze selectieve tariefverhoging leidt tot een concurrentieel nadelig prijsverschil voor evenwaardige prestaties in hoofde van de afnemers van het tertiaire transport, de lokale persverkooppunten.

95. Het wordt niet betwist dat de logistieke dienstverlening voor grotere en kleinere verkooppunten in wezen identiek is (een plaats in een transportronde georganiseerd door AMP).

96. Het argument van AMP dat het grootste gedeelte van de verkooppunten door de verhoging van het forfait getroffen worden is niet dienend. Het volstaat dat één afnemer wordt bevoordeeld tegenover de anderen om van een verschillende behandeling te kunnen spreken. Het feit dat kleine verkoop-

punten doorgaans minder dagen geopend zijn en omwille van de door AMP toegepaste proratering de verhoging van het maandelijks forfait niet volledig moeten dragen neemt niet weg dat de verhoging slechts een deel van de verkooppunten treft.

97. AMP voert nog aan dat de grotere persverkooppunten – zij die niet het forfait maar een prijs gelijk aan 0,95% van hun netto omzet betalen – in feite meer betalen dan de effectieve kostprijs, aangezien de kost voor het transport volgens haar niet zozeer afhankelijk is van het volume maar van de afstand en de duur van het transport. Alle verkooppunten in eenzelfde ronde zouden immers ongeveer eenzelfde (vaste) kost genereren.

98. Het hof overweegt in dit verband het volgende.

Een prijsverhoging uitsluitend via het minimumforfait betekent een selectieve prijsverhoging voor de verkooppunten die het forfait betalen. Voor de andere ondernemingen die een percentage op hun omzet betalen blijft de prijs gelijk. Nochtans zijn de prestaties (een plaats in een transportronde) die daar tegenover staan voor beide categorieën gelijk gebleven.

Men kan niet aan de vaststelling ontkomen dat de categorie verkooppunten met een maandomzet van meer dan 23.000 EUR aan de verhoging van de transporttarieven ontsnappen. De prijsverhoging treft bijgevolg niet in gelijke mate alle afnemers van eenzelfde dienst en is daarom discriminerend.

99. AMP voert nog aan dat de verhoging van het forfait niet tot doel heeft de mededingingssituatie op de stroomafwaartse markt scheef te trekken of zichzelf een kunstmatig concurrentievoordeel te verschaffen.

Het is evenwel niet vereist dat een dominante onderneming in het kader van tweedelijns prijsdiscriminatie (d.i. ten aanzien van haar afnemers) een concurrentieel voordeel geniet. Wel is vereist dat tengevolge van deze prijsdiscriminatie de concurrentieverhoudingen tussen afnemers worden scheefgetrokken.

100. AMP stelt verder terecht dat een discriminerende prijsdifferentiatie geen misbruik van machtspositie uitmaakt indien er een objectieve verantwoording voor bestaat.

Als eerste objectieve reden om alleen het forfait te verhogen en niet het percentage van 0,95% vermeldt AMP de teruglopende verkoop van kranten en tijdschriften onder meer door de financiële crisis en de opkomst van het Internet waar uitgeverij krantenartikels publiceren. Door de verminderde verkoop daalt de netto opbrengst van de verkooppunten zodat een verhoging van het percentage volgens AMP geen doel zou treffen. Samen met de netto-opbrengst zou de deelname in de kosten van het tertiaire transport immers dalen door de teruglopende omzet terwijl de kosten ervan grotendeels stabiel blijven omdat de leveringsrondes in principe dezelfde blijven. Alleen de verhoging van het minimumforfait zou

AMP toelaten op een duurzame en structurele manier de kosten van het verlieslatende tertiaire vervoer te dekken.

Als tweede reden verwijst AMP naar de subsidiëring van de effectieve tertiaire transportkosten van de kleinere verdeelpunten door de grotere (die 0,95% betalen) en naar de objectieve noodzaak om de kleinere verkooppunten die nu minder zouden betalen dan de effectieve kost meer te laten bijdragen zodat de vergoeding die zij betalen in een redelijke verhouding komt te staan met de economische waarde van het tertiaire transport.

101. Verder argumenteert AMP in antwoord op de stelling van Standaard Boekhandel en Prodipresse, VFP en Buurtsuper dat het aanrekenen van een kostenforfait op zich door de rechtspraak *Sabam tegen VZW Radio Tienen* (beslissing van de voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 30 augustus 2000, CONC-1/0-97/002, BS 4 januari 2001) als discriminatoir werd veroordeeld noch dat het minimumforfait en de verhoging ervan beantwoordt aan de doelstellingen van het Europees mededingingsrecht en met name van artikel 102 VWEU geïnterpreteerd in het licht van artikel 10 EVRM waartoe de EU is toegetroten dat de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van informatie garandeert. Welnu, het systeem van de AVL (zie art. II.1 van het aanhangsel inzake tertiair transport) beoogt volgens AMP deze doelstelling te behartigen nu het tot doel heeft *“aan een zo breed mogelijk deel van de klanten een dienst aan te bieden die de economische kosten optimaliseert”*.

Ten slotte benadrukt AMP het primordiaal belang van een structurele en duurzame oplossing voor AMP dat zich in een precaire situatie zou bevinden door het structureel bedrijfsverlies dat zij op de post tertiair transport sinds een aantal jaren lijdt.

102. Het hof overweegt in dit verband het volgende.

Sinds jaren wordt de dienst tertiair transport volgens AMP met verlies uitgebaat in het verlengde van de doelstellingen geformuleerd in de bijlage inzake tertiair transport van de AVL. AMP wist of moest sinds geruime tijd weten dat de effectieve kosten van het tertiaire transport niet volledig werden gedekt door de aangerekende transportvergoeding.

Haar keuze om deze verliespost voor de toekomst te elimineren of minstens te reduceren en van het tertiaire transport een kostendekkende activiteit te maken is op zich niet onrechtmatig maar houdt een fundamentele wijziging in van het gehanteerde zakenmodel door AMP. Een dergelijke wijziging kan in principe de verhoging van de bijdrage van de verkooppunten in de kosten van het transport op economische gronden verantwoorden zoals ook de deskundige in zijn verslag besluit.

102. AMP verantwoordt evenwel nog niet waarom die verhoging van de bijdrage enkel zou moeten gebeuren via het optrekken van het minimumforfait en niet via het % op de omzet van de kleinere verkooppunten.

De daarvoor door AMP aangevoerde motieven overtuigen niet.

103. Dat het verhogen van enkel het variabel gedeelte (% op de netto-omzet) door AMP niet garandeert dat er kostendekkend kan gewerkt worden omdat de globale netto-omzet van kranten en tijdschriften daalt, betekent vooreerst niet dat de kostendekking wel gegarandeerd zou zijn bij een verhoging van het forfait. Ook bij een naar alle waarschijnlijkheid te verwachten terugloop van het aantal verkooppunten wegens het verhoogde minimumforfait verdwijnt immers een deel van haar omzet. Het wegvallen van een marginaal verkooppunt uit een ronde brengt daarenboven geen substantiële besparing van kosten met zich mee. Enkel de extra kost van die ene stop verdwijnt terwijl de vaste kosten grotendeels gelijk zouden blijven. AMP toont met andere woorden niet aan dat de verhoging van het forfait de beste manier zou zijn om duurzaam kostendekkend te werken.

104. Dat de verhoging van het forfait aangerekend aan de kleinere verkooppunten die in het verleden per hypothese volgens AMP een tariefvoordeel genoten (beneden kostprijs) ten opzichte van de grotere verkooppunten (boven kostprijs) noodzakelijk is opdat hun tarief meer in verhouding zou staan tot de werkelijke waarde van de dienst kan ook geen afdoende verantwoording vormen voor de selectieve verhoging van het forfait nu de tariefberekening door AMP sowieso niet vertrekt van de reële kostprijs van een toegevoegde stop in een verdeelronde maar gesteund is op een herverdelingssysteem gebaseerd op solidariteit tussen grotere en kleinere verkooppunten met een correctiemechanisme zoals gedefinieerd in de AVL.

AMP lijkt door deze verhoging te beperken tot het optrekken van het forfait, het herverdelingssysteem verder te willen corrigeren door een terugdringen van de solidariteit tussen grotere en kleinere verkooppunten. Een correctie op het bestaande solidariteitsmechanisme kan objectief noodzakelijk zijn om de doelstellingen ervan te blijven realiseren en de haalbaarheid ervan te verzekeren.

105. Indien de globale kostprijs voor een solidair kostenverdelingssysteem prohibitief wordt door de evolutie op de markt, moet nagegaan worden of het aanpassen van het correctiemechanisme (minimumforfait) de enige of meer efficiënte oplossing is om de duurzaamheid van het systeem te verzekeren. Het kan de aanleiding zijn om een efficiënter systeem uit te werken zoals bijvoorbeeld een transportvergoeding bestaande uit een combinatie van een forfait ter dekking van de vaste kosten en een variabel gedeelte in functie van de omzet.

In dezelfde zin stelt de deskundige in zijn verslag dat het mogelijk is om deze verhoging van de bijdrage evenredig te spreiden over alle deelnemers aan het systeem door bijvoorbeeld een gecombineerde en evenredige verhoging van het forfait en het variabel gedeelte.

106. Indien er in de visie van AMP in het verleden een objectieve verantwoording bestond (en alle partijen lijken het daar over eens te zijn) voor een voorkeurbehandeling ten gunste van kleine verkooppunten, dan vereist het terugschroeven van die voorkeurbehandeling door het eenzijdig verhogen van het minimumforfait eveneens een objectieve verantwoording.

AMP geeft niet aan waarom die gedifferentieerde behandeling ten voordele van kleine en grote verkooppunten niet langer (in dezelfde mate) verantwoord is en bijgevolg zou moeten worden teruggeschroefd.

107. Het kunnen recupereren van de volledige kostprijs is alleszins op zichzelf geen afdoende verantwoording om de voorheen juist als verantwoord geachte gunstige behandeling van de kleinere verkooppunten terug te schroeven.

108. Voor het bereiken van de doelstelling van een betere kostendekking voor de dienst van het tertiaire transport is het verhogen van het minimumforfait niet de enige mogelijke oplossing.

AMP toont trouwens ook niet aan dat voor het bereiken van de doelstelling van een betere kostendekking het louter verhogen van het minimumforfait een meer efficiënte oplossing biedt dan het gecombineerd en evenredig verhogen van forfait en variabel gedeelte. AMP maakt het niet aannemelijk dat de verwachte daling van de omzet op de stroomafwaartse markt (ten gevolge van sluiting van verkooppunten) bij een gecombineerde verhoging van forfait en percentage groter of even groot zou zijn dan wanneer alleen het minimumforfait wordt verhoogd.

Integendeel mag naar rede aangenomen worden dat de grotere verdeelpunten die rendabeler kunnen werken door hun grotere omzet verhoudingsgewijs ook een grotere bijdrage aan het transport kunnen leveren zonder dat er omzet verloren gaat (wat wel het geval is bij sluiting van kleinere verkooppunten die hun reeds beperkte marge substantieel aangetast zien). In het licht van de doelstelling van een zo ruim mogelijke verspreiding van informatiedragers naar het publiek, kan AMP bijgevolg niet enkel het forfait verhogen zonder dat vaststaat dat een gecombineerde verhoging van forfait en variabel gedeelte de realisatie van haar doelstelling onmogelijk of veel moeilijker zou maken of het consumentenwelzijn in belangrijker mate zou aantasten.

109. Het feit dat de prijs die wordt aangerekend aan de groep van kleinere verkooppunten – naar zeggen van AMP – nog steeds ‘zeer concurrentieel’ zou zijn en zelfs onder de kosten zou liggen, neemt niet weg dat de kostenstructuur voor deze groep van kleinere ondernemingen relatief gezien ten opzichte van hun grotere concurrenten op duurzame wijze verzwaart.

110. Bovendien is het aannemelijk dat de concurrentieverhoudingen tussen kleine en grotere verkooppunten die in elkaars geografische nabijheid liggen en zodoende minstens

gedeeltelijk een zelfde klantenbestand bedienen, worden scheefgetrokken. Enkel de investering- en expansiemogelijkheden en dus de concurrentiecapaciteit van de kleinere verkooppunten met name van degene die een hoger kostenforfait dienen te betalen (en diegene die voorheen geen forfait betaalden) worden hierdoor aangetast.

111. Het hof beschikt niet over de mogelijkheid om een concrete impactanalyse in haar beoordeling te betrekken. De door partijen aangereikte gegevens laten niet toe met zekerheid de impact van de selectieve prijsverhoging op de stroomafwaartse markt te evalueren. Het is echter aannemelijk dat de verhoging alleen al door haar omvang leidt tot de sluiting van een aantal verkooppunten met de laagste omzetten gelet op hun beperkte marges en op het feit dat deze niet de mogelijkheid hebben de door de uitgevers vastgelegde verkoopprijzen aan de gebruikers van hun artikelen evenredig op te trekken. Door het verdwijnen van kleinere marktspelers wordt de concentratiegraad op de stroomafwaartse markt vergroot. Gezien de omvang van de verhoging (112%) mag redelijkerwijs worden aangenomen dat de impact daarvan niet verwaarloosbaar is.

112. Door het selectief verhogen van het minimumforfait d.w.z. zonder evenredig verhogen van het variabel gedeelte van de transportvergoeding pleegt AMP misbruik van haar economische machtspositie nu zij niet verantwoordt en het op basis van de voorliggende gegevens niet verantwoordbaar voorkomt dat enkel het verhogen van het forfait een betere kostendekking kan garanderen of van aard is het consumentenwelzijn te maximaliseren ten opzichte van een gecombineerde en evenredige verhoging van minimumforfait en percentage.

Er is misbruik indien AMP van twee gelijkwaardige alternatieven datgene kiest wat vanuit het oogpunt van het maatschappelijk belang, zoals te dezen het consumentenwelzijn dat baat heeft bij het behoud van zoveel mogelijk en gespreide verkooppunten, nadeliger uitvalt dan het andere.

2. Excessieve prijs(verhoging)

(...)

(III) BEOORDELING

132. Wat betreft het argument van AMP dat de verhoging niet werd opgelegd, verwijst het hof naar de overwegingen in dit verband onder randnr. 92.

Kritiek in verband met de uitvoering van het deskundig onderzoek

133. Aangaande de tekortkomingen die Standaard Boekhandel aanvoert met betrekking tot de uitvoering van het deskundig onderzoek dient vooreerst vastgesteld te worden dat de ruime interpretatie van de opdracht van de deskundige die appellanten voorstaan niet gesteund is op de door het hof geformuleerde opdracht. De deskundige diende enkel rekening te houden met de vergoedingen ontvangen “*op grond*

van de met de verkooppunten en persuitgevers **gemaakte afspraken**” (onderlijning door het hof). Uit de lezing van het verslag blijkt dat de deskundige geen aanwijzingen heeft gevonden dat de contractueel overeengekomen vergoedingen die de persuitgevers betalen aan AMP geheel of gedeeltelijk betrekking zouden hebben op het tertiaire transport en dat hij geen andere elementen heeft vastgesteld die wijzen op een verband tussen enerzijds het tertiaire transport en anderzijds het primaire en secundaire transport. In het licht van deze vaststelling kan hem niet verweten worden het volledige transport van AMP niet te analyseren en de economische verantwoording van het gebruikte zakenmodel niet te onderzoeken ondanks het herhaalde aandringen van appellanten daartoe.

Meer algemeen stelt hij dat het onderscheid tussen de verschillende soorten transport en de boekhoudkundig gescheiden behandeling ervan door AMP beantwoordt aan een economische werkelijkheid zodat de kosten en opbrengsten van het tertiaire transport principieel afgezonderd kunnen worden van het primaire en secundaire transport (verslag p. 76).

134. De hiertegen aangevoerde argumenten door appellanten in conclusies, kunnen het hof niet doen besluiten principieel afstand te nemen van het standpunt van de deskundige.

135. Het hof overweegt in dit verband voorafgaandelijk het volgende.

Indien men mag aannemen dat de persuitgevers een belang hebben bij een zo ruim mogelijke verspreiding van hun persartikelen en dus een incentive kunnen hebben om de kosten van het tertiaire transport voor de verkooppunten laag te houden, is het de vraag of persuitgevers rationeel economisch zouden handelen door mee te betalen voor het tertiaire transport.

In principe is het de rechtstreekse afnemer van de dienst van het tertiaire transport zelf die voor de dienst betaalt, anders dreigt overconsumptie en inefficiëntie.

Een financiële tussenkomst door de persuitgevers is anderzijds niet ondenkbaar in de mate er een onvoldoende markt-vraag naar de dienst van AMP zou zijn en deze moet gestimuleerd worden om de verspreiding van de persartikelen te optimaliseren. M.a.w. indien het aantal persverkooppunten voor een optimale verdeling te laag zou zijn, zouden persuitgevers er belang kunnen bij hebben een deel van de kostprijs van het tertiaire transport voor hun rekening te nemen om toetreders aan te moedigen of uittreding te voorkomen.

Men mag echter ook aannemen dat in dat geval ook de persuitgevers zich zouden verzetten tegen een drastische verhoging van het minimum forfait door AMP. Dit lijkt niet het geval te zijn.

136. De door de deskundige geanalyseerde overeenkomsten noch andere elementen door partijen aangebracht laten toe om te besluiten tot het (waarschijnlijk) effectieve bestaan van een eigen bijdrage van de persuitgevers in de kosten van

het tertiaire transport. Dat de berekening van de vergoeding voor het primaire en secundaire transport en de logistieke afhandeling door AMP mede bepaald wordt door het aantal verkooppunten is nog geen eenduidige aanwijzing van het feit dat die vergoeding ook (een deel van) het tertiaire transport naar die verkooppunten dekt nu zoals AMP en de deskundige terecht aangeven het sorteren (een dienst ten behoeve van de persuitgevers) van de persartikelen beïnvloed wordt door het aantal verkooppunten.

Hetzelfde geldt voor het feit dat de contractuele omschrijving van de door AMP aan de persuitgevers geleverde prestaties verwijst naar de ‘levering bij verkooppunten’ en ‘volledige distributie’ (stuk 20), de persartikelen enkel in consignatie worden gegeven aan de verkooppunten en niet in eigendom worden verkocht en dat de kosten van het primaire en secundaire transport meer zijn gestegen dan het tertiaire transport zonder dat de vergoeding vanwege de persuitgevers is gestegen.

137. Deze elementen zijn zowel afzonderlijk als gezamenlijk niet voldoende zwaarwichtig en eenduidig om het bestaan van een bijdrage door de persuitgevers in de kosten van het tertiaire transport met voldoende zekerheid te kunnen veronderstellen.

Er is bijgevolg geen afdoende bewijs van het bestaan van indirecte inkomsten die AMP geniet in hoofde van het tertiaire transport.

138. Anderzijds betogen appellanten terecht dat wat betreft de afhaling van de onverkochte exemplaren door AMP deze dienst ook ten voordele is van de persuitgevers en dat het onlogisch is dat de persverkooppunten hiervoor alleen betalen. Het argument dat het afhalen van de onverkochte exemplaren in dezelfde ronde gebeurt dan de levering en bijgevolg geen extra kosten meebrengt, wijzigt naar de mening van het hof niets aan het gegeven dat deze dienst voornamelijk ten behoeve van de persuitgevers gebeurt en dat het niet onredelijk zou zijn dat zij een proportioneel deel gelijk aan de economische waarde van deze dienst zouden dragen. In zoverre het verhoogde minimumforfait de economische waarde van de dienst ophaling van onverkochte kranten en tijdschriften uitsluitend ten laste legt van de persverkooppunten is het verhoogde minimumforfait excessief.

Het niet in rekening brengen van de indirecte kosten en winstmarge

139. Inzake de niet-aanrekening van indirecte kosten heeft de deskundige in een gemotiveerd standpunt, dat het hof bijtreedt, aangegeven waarom in de gegeven omstandigheden en met name het ontbreken van een betrouwbaar kostprijs-systeem met de door AMP voorgestelde verdeelsleutels geen rekening kan worden gehouden.

140. AMP kan zich bijgevolg bij het verantwoorden van de litigieuze verhoging van het forfait niet beroepen op het bestaan van deze indirecte kosten omdat de omvang van die

kosten volgens de deskundige niet objectief kan worden bepaald zonder aangepaste analytische boekhouding.

141. AMP maakt geen aanspraak op het realiseren van een winstmarge op de door haar aan derden uitbestede dienst van transport. Voor de verantwoording van de litigieuze verhoging van het forfait kan dan ook geen beroep worden gedaan op een dergelijke winstmarge.

Het excessief karakter van de verhoging

142. Het is niet betwist dat de doorgevoerde verhoging niet verantwoord wordt door de gestegen kosten van het tertiaire vervoer. De door de deskundige onderzochte en verantwoord bevonden kostenstijging blijkt grotendeels gedekt door de indexatie van het minimumforfait.

Het argument dat de verhoging ten belope van 112% daarom op zichzelf excessief en onbillijk zou zijn, kan niet gevolgd worden. Ook een onderneming met marktmacht is gerechtvaardigd de prijzen voor haar dienstverlening aan te passen wanneer deze verlieslatend blijkt. AMP kan niet verplicht worden om ‘verlieslatende’ prijzen te handhaven wanneer de door haar gedragen kosten naar rede economisch verantwoord zijn en de door haar aangerekende prijs bijgevolg overeenkomt met de economische waarde van de dienst. Een dergelijke prijsaanpassing is een gerechtvaardigde inhaalbeweging en dient niet gerelateerd te zijn aan de evolutie van de kosten, anders zou een historisch verlieslatende dienstverlening nooit kostendekkend kunnen worden.

Het excessief karakter van het verhoogde minimumforfait

143. De door AMP voorgelegde vergelijkingspunten inzake dagtarieven in binnen- en buitenland overtuigen evenmin (conclusie p. 31 en 32). Het gebruik van extrapolaties waarmee AMP tracht aan te tonen dat ook NV Imapress een dagvergoeding van 7,92 EUR zou aanrekenen is onvoldoende bewijskrachtig. Dit geldt trouwens ook voor deze voorgelegd door Standaard Boekhandel gebaseerd op één factuur van één firma (Trans-o-flex). In elk geval spreken de door appellanten aangevoerde gegevens elkaar tegen wat het aanrekenen van kosten betreft door de NV Imapress.

144. De aangevoerde prijsvergelijkingen met het buitenland zijn onvoldoende pertinent, geloofwaardig en precies en laten het hof ook niet toe om de geleverde diensten en toegepaste tarieven te vergelijken (bv. Aldipress Nederland op basis van één factuur, wettelijk vastgelegde minimumpercentage in Frankrijk, ‘carriage service charges’ in Engeland en Wales, Ierland) en hier gevolgtrekkingen uit te trekken voor het economisch verantwoord zijn of niet van de verhoging of het verhoogde tarief van AMP.

De onderscheiden marktomstandigheden en verschillen in dienstverlening (kranten vs. tijdschriften) kunnen verklaren dat de toegepaste tarieven erg uiteenlopend zijn.

145. Het hof kan zich bij ontbreken van betrouwbare prijsvergelijkingen bijgevolg enkel steunen op de door de des-

kundige gemaakte kostprijsberekeningen die zij afdoende bewijskrachtig acht.

146. Hoewel de deskundige geen gevolgen trekt uit de vaststelling van een systematische proratering door AMP (in afwijking van de AVLP) kan niet worden ontkend dat deze tot gevolg heeft dat de gemiddelde effectieve transportvergoedingen lager zullen liggen dan het maandelijks forfait van 219 EUR. AMP is tot die proratering echter contractueel niet verplicht (en zij voert dit ook niet aan) en zou bijgevolg in principe van deze systematische proratering in sommige of alle gevallen in de toekomst kunnen afstappen zolang deze niet contractueel is vastgelegd. Gelet op dit gegeven is het redelijk om bij de berekening van het economisch verantwoorde minimumforfait in het licht van de vaststaande kosten uit te gaan van de contractuele bepalingen die het maandelijks minimumforfait vastleggen en niet met het effectief gemiddelde van dit forfait. Het bedrag van het gemiddelde maandelijks betaalde forfait van 200,72 EUR zonder proratering zoals door AMP berekend, wordt betwist door Standaard Boekhandel en is per definitie onderhevig aan schommelingen en veranderingen.

De door AMP aangevoerde mate van proratering vormt bijgevolg geen voldoende vaststaand en onbetwistbaar gegeven dat toelaat om het economisch verantwoorde minimumforfait zonder proratering vast te stellen op 200,72 EUR zoals door AMP subsidiair gevorderd.

147. Het toepassen van de contractuele indexering op het verhoogde forfait kan op zichzelf niet als excessief worden aanzien omdat het aanpassen aan de prijsevolutie in principe geen dubbel gebruik uitmaakt met het doorvoeren van een inhaalbeweging. Zij is excessief in de mate de indexering gebeurt op het gedeelte van de transportvergoeding dat het objectief verantwoorde bedrag overstijgt.

148. Het door de deskundige berekende en als economisch verantwoord weerhouden bedrag van 205,01 EUR voor het maandelijkse minimumforfait (zonder rekening te houden met de proratering) dient dan ook in principe als uitgangspunt te worden aanvaard voor het jaar 2009.

149. Met andere woorden is het aanrekenen van het verhoogde minimumforfait van 219 EUR voor het tertiaire transport excessief en onbillijk voor het gedeelte dat een bedrag van 205 EUR per maand te boven gaat. Voor dat gedeelte – dat een vergoeding inhoudt voor haar indirecte kosten – biedt AMP geen afdoende verantwoording. Het maakt in die mate een verboden misbruik van economische machtspositie uit in hoofde van AMP. Hetzelfde geldt voor het gedeelte van de vergoeding dat overeenkomt met de economische waarde die de dienst ophaling uitmaakt voor de persuitgevers.

3. Onbillijke modaliteiten van de verhoging

(...)

(II) BEOORDELING

152. In zoverre de vordering van appellanten gesteund is op de modaliteiten waaronder de verhoging werd doorgevoerd met name dat ze zou hebben plaatsgevonden zonder voorafgaand overleg, in één keer en zonder het akkoord van de persverkooppunten af te wachten, kan een stakingsbevel waarbij deze handelingen worden verboden enkel effectief zijn voor appellanten in de mate de litigieuze handelingen nog niet werden gesteld.

153. De doorvoering van de verhoging is evenwel een aflopende handeling geweest die als zodanig niet kan worden gestaakt en zodoende ook niet door een stakingsbevel kan worden getroffen.

Ten overvloede overweegt het hof hierover het volgende. Gezien de omvang van het door AMP geleden verlies zoals door de deskundige werd vastgesteld, kan aan AMP niet verweten worden een prijsaanpassing op korte termijn te hebben willen doorvoeren om haar dienst kostendekkend te maken.

154. Mogelijks hebben persverkooppunten economische en professionele schade geleden door de eenzijdige en abrupte manier waarop AMP de verhoging heeft doorgevoerd. Maar de opgelegde prijsverhoging – in de mate het hof die verantwoord acht – maakt geen misbruik uit omdat ze eenzijdig en in één keer, zonder een contractwijziging of het akkoord van de afnemers af te wachten wordt doorgevoerd.

155. Uit de modaliteiten waaronder de verhoging werd doorgevoerd, blijkt weliswaar dat AMP in de mogelijkheid was die verhoging op te leggen zonder rekening te moeten houden met haar afnemers of met concurrenten tot wie de afnemers zich zouden kunnen richten. Dat gegeven wijst mee op het bestaan van een machtspositie in hoofde van AMP maar maakt in zichzelf geen misbruik uit.

4. Verkoopweigerings

(...)

(II) BEOORDELING

161. Verkoopweigerings door een dominante onderneming kan beschouwd worden als een bijzonder geval van het verbod van discriminatie. Maar niet elke verkoopweigerings door een dominante onderneming maakt een verboden verkoopweigerings uit. Ondermeer het abrupt stopzetten van een bestaande handelsrelatie kan misbruik uitmaken. De Europese Commissie oordeelde reeds (beschikking 87/500/EEG van de Commissie van 29 juli 1987, *Brass Band Instruments Ltd (BBI) / Boosey & Hawkes plc*, Pb.L 9 oktober 1987, 286,36, nr. 19) dat een weigerings om te leveren door een fabrikant die een machtspositie inneemt aan een vaste klant zonder objectieve rechtvaardiging het misbruik in de zin van het huidige artikel 102 VWEU kan opleveren.

162. Indien de verkoopweigerings beoogt de mededingings te beperken maar geen overtredings met zich meebrengt van het mededingingsrecht, maakt zij geen gedrag uit dat strijdig is met de eerlijke handelsgebruiken.

Enkel indien de verkoopweigerings misbruik van recht inhoudt, kan de weigerings in dat geval aangemerkt worden als strijdig met de eerlijke handelspraktijken.

163. Het hof heeft evenwel reeds vastgesteld in welke mate de litigieuze verhogings misbruik van machtspositie uitmaakt. De verbreking of opzegging van de bestaande AVLK met het oog op de toepassing van de als misbruik gekwalificeerde prijsverhogings en de daaropvolgende weigerings om te verkopen aan de betreffende verkooppunten aan andere dan de litigieuze voorwaarden maakt eveneens in diezelfde mate een misbruik uit en dient elk rechtsgevolg te worden ontzegd. Het betreft immers een handeling die de noodzakelijke uitvoering of verderzetting beoogt van een inbreuk op het verbod tot misbruik van economische machtspositie van artikel 3 WBEM en artikel 102 VWEU.

Het argument van de reflexwerking is bijgevolg niet meer pertinent en het is bijgevolg ook niet nodig verder te onderzoeken of in casu de leveringsweigerings eveneens op andere gronden (bv. rechtsmisbruik) als oneerlijke handelspraktijk verboden is.

X. Besluit

164. Het misbruik van machtspositie in hoofde van AMP staat vast en de vordering van appellanten is gegrond in de mate het hof heeft vastgesteld dat het verhoogde minimumforfait voor het tertiaire transport niet economisch verantwoord is.

Het verhoogde minimumforfait is met name niet verantwoord ten belope van:

- het bedrag dat 205 EUR per maand overstijgt zonder dat hiervoor een objectieve verantwoording voorhanden is;
- de vast te stellen economische waarde die de ophaling van onverkochte kranten en tijdschriften betekent voor de persuitgevers zonder dat een objectieve verantwoording voorhanden is waarom de persverkopers hiervoor zouden moeten betalen;
- het bedrag dat ten laste gelegd wordt van de persverkooppunten die het forfait betalen maar dat verschuldigd zou zijn door de verkooppunten die een % op hun omzet betalen indien een evenredige verhogings van de variabele transportkosten wordt toegepast (zoals voorgesteld door de deskundige) zonder dat er een objectieve economische verantwoording voorhanden is om enkel het minimumforfait te verhogen.

165. Misbruik door een onderneming van haar economische machtspositie die verboden is op grond van artikelen 3 WBEM en 102 VWEU en die de professionele belangen van één of meer verkopers kan schaden maakt een daad uit die strijdig was met de eerlijke handelspraktijken op het ogen-

blik van haar uitvoering in 2008 op grond van de handelspraktijkenwet (art. 94 WHCP) en op het ogenblik van deze uitspraak strijdig is (art. 95 WMPC) met de eerlijke handelspraktijken nu zij nog steeds gevolgen resorteert, kan worden gesanctioneerd met een bevel tot staking.

166. Het is gepast dat het hof nader aangeeft op welke manier AMP concreet gevolg dient te geven aan het stakingsbevel.

Het hof houdt daarbij rekening met de rechterlijke bevelen waardoor AMP verplicht werd om de persverkooppunten te blijven beleveren zij het aan het verhoogde minimumforfait, onder voorbehoud van de rechten van partijen en dat de persverkooppunten die de samenwerking met AMP niet hebben beëindigd effectief het verhoogde minimumforfait hebben betaald tot op heden.

Dit gegeven, samen met de objectieve noodzaak voor AMP om de verliespost op het tertiaire transport te beperken, rechtvaardigt mede dat de verhoging door AMP doorgevoerd in 2008 gedeeltelijk gehandhaafd kan blijven, met name voor zover ze naar het oordeel van het hof objectief verantwoord was en met dien verstande dat in de vaststelling van misbruik besloten ligt dat AMP geen grond heeft om hetgeen aangerekend werd boven hetgeen geen misbruik uitmaakt, te behouden.

XI. Bekendmaking van het arrest

167. De appellanten in zaak 2011/AR/1109 vragen tevens dat AMP zou worden veroordeeld om aan alle door haar beleverde verkooppunten de integrale versie van onderhavig arrest mee te delen per aangetekende post. Ze wijzen er in dit verband ook op dat AMP de in eerste aanleg gewezen beslissing aan alle 5.800 verkooppunten heeft meegedeeld.

De gevraagde bekendmaking is verantwoord aangezien ze eraan bijdraagt dat de beslissing zal worden nageleefd en dat de verkooppunten zich kunnen oriënteren wat hun rechtspositie ten aanzien van AMP betreft.

De mee te delen tekst kan evenwel beperkt blijven tot een uittreksel uit dit arrest waarvan deel uitmaken: de nummers 1 tot en met 11, de nummers 164 tot en met 171 en vervolgens de hele na nummer 171 volgende tekst.

Laat AMP na om de mededeling spontaan te doen binnen de vijftien dagen na de uitspraak van dit arrest, dan zijn de appellanten gerechtigd om die mededeling te doen per gewone brief op kosten van AMP en de kosten te verhalen op laatstgenoemde op voorlegging van de desbetreffende kostennota.

(...)

Om deze redenen,

HET HOF,

In acht genomen artikel 24 van de wet op het gebruik van talen in gerechtszaken;

Beslist op tegenspraak;

Voegt de zaken met de algemene rolno's. 2009/AR/1457 en 2011/AR/1009;

Verklaart het hoofdberoep van appellanten in beide gevoegde zaken in de hierna volgende mate gegronnd;

Verwerpt het incidenteel beroep van AMP;

Bevestigt de bestreden vonnissen enkel voor zover die vaststellen dat AMP beschikt over een economische machtspositie op de relevante markt;

Hervormt ze voor het overige en beslist opnieuw als volgt:

Zegt dat AMP in de door het hof onder randnummer 164 vastgestelde mate door de litigieuze verhoging van het minimumforfait misbruik maakt van haar economische machtspositie en aldus een daad stelt die strijdig is met de eerlijke handelspraktijken en de beroepsbelangen kan schaden van appellanten en hun leden.

Beveelt de staking door AMP van het vastgestelde misbruik en van alle daden die uitvoering geven aan de mededeling van 17 november 2008 om het minimumforfait aangerekend aan de persverkooppunten te verhogen in de mate die volgens het hof misbruik uitmaken van haar machtspositie.

Zegt dat AMP gehouden is om aan alle door haar beleverde verkooppunten mededeling te doen van een uittreksel van dit arrest, zoals aangegeven onder randnummer 167, en dat de appellanten in de zaak 2011/AR/1109 gerechtigd zijn zulks op haar kosten te doen indien ze in gebreke blijft om die mededeling te doen binnen de opgelegde termijn.

De vorderingen van partijen worden voor het overige verworpen.

Veroordeelt AMP in de kosten van beide aanleggen in beide procedures met inbegrip van de expertisecosten.

Begroot de overige kosten in hoger beroep op 372 EUR (2 x 186 EUR rolrecht hoger beroep), en op 7.500 EUR rechtsplegingsvergoeding te betalen aan Standaard Boekhandel enerzijds en aan Prodipresse, VFP en Buurtsuper gezamenlijk anderzijds.

(...)

Noot

Er werd cassatieberoep tegen het arrest ingesteld.

Note

Un pourvoi en cassation a été introduit contre l'arrêt.