

Het mededingingsrecht van 2008 in vogelvlucht

Mr. O.L. van Daalen en mr. M.F. van Wissen

In dit artikel worden de belangrijkste mededingingsrechtelijke ontwikkelingen van 2008 behandeld en waar mogelijk in een bredere context geplaatst. Deze ontwikkelingen lijken deels een bevestiging van eerder ingezette trends: de economisering van het mededingingsrecht; de toenemende aandacht voor private handhaving naast de publieke handhaving van het mededingingsrecht; en de uitbreiding van de bevoegdheden van de Europese Commissie (Commissie) en de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) en het toenemende gebruik hiervan. In 2008 meenden wij bovendien een aanzet voor een mogelijke (Nederlandse) tegentrend te herkennen: de Nederlandse overheid lijkt het mededingingsbeleid dichter naar zich toe te halen. Niet alle vermeldenswaardige ontwikkelingen passen echter in dit conceptuele kader: aan het slot van dit artikel bespreken wij een aantal resterende Europese en nationale ontwikkelingen die wij vermeldenswaardig vinden: de *Bertelsmann/Sony/Impala*-zaak, waarin het Hof van Justitie EG (HvJ EG) de onderzoek- en motiveringsvereisten die aan een beschikking van de Commissie in concentratiezaken mogen worden gesteld heeft verduidelijkt; de *CISAC*-beschikking van de Commissie en andere gerelateerde auteursrecht/mededingingsrecht-zaken; en een opmerkelijk curiosum op het snijvlak van het mededingingsrecht en het belastingrecht.

De trend van economisering: machtsmisbruik en doelbeperkingen

De artikel 82-richtsnoeren

Sinds een aantal jaren wordt het mededingingsrecht economischer van aard: er wordt meer gebruik gemaakt van economische theorieën en de analyses richten zich in toenemende mate op het effect dat een gedraging op de mededinging heeft. Een van de belangrijkste ontwikkelingen op Europees niveau in 2008 is in dit verband dat de Commissie de langverwachte Richtsnoeren over de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op misbruikelijke gedragingen met

een markt afschermend effect (Richtsnoeren) heeft gepubliceerd.¹ De Richtsnoeren bevatten de uitgangspunten voor het handhaving-beleid van de Commissie op dit gebied,² maar zijn ook voor de toepassing van artikel 24 Mededingingswet (Mw) van belang.³

Met de Richtsnoeren zoekt de Commissie aansluiting bij een meer economische benadering voor de toepassing van artikel 82 EG-Verdrag: een economische, op effecten gebaseerde (*effects-based*) analyse, in plaats van de voorheen gangbare, meer formalistische (*form-based*) benadering waarbij gedragingen voornamelijk werden beoordeeld op basis van vaste regels zonder de mogelijke effecten van de gedraging te onderzoeken.

Volgens de Commissie is enkel sprake van misbruik met een markt afschermend effect in (1) situaties waarin de effectieve toegang van daadwerkelijke of potentiële concurrenten tot goederen of markten wordt verstoord of uitgesloten (2) als een gevolg van het handelen van een dominante onderneming (3) waardoor de dominante onderneming waarschijnlijk in een positie verkeert dat het de prijzen winstgevend kan verhogen (4) ten nadele van de consument.⁴ De Commissie bevestigt hiermee het uitgangspunt dat de belangen van de consument – en niet zozeer de belangen van individuele concurrenten – vooropgesteld dienen te worden bij de toepassing van het mededingingsrecht. Dit kan betekenen dat de uitsluiting van bijvoorbeeld een slecht presterende (niet-efficiënte) concurrent niet *per se* misbruik van een machtspositie hoeft op te leveren.⁵

De door de Commissie in de Richtsnoeren geïntroduceerde *effects-based* benadering betekent een aansluiting bij het eerder ingezette beleid op het gebied van artikel 81 EG-Verdrag en concentratiezaken. Het gaat veelal om algemene uitgangspunten die in de praktijk nadere uitwerking verdienen. Of in de rechtspraak die meer economische benadering zal worden gevolgd in artikel 82 EG-Ver-

1 Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, Pb. EU 2009, C45/7.

2 Anders dan in de eerdere *Staff Discussion Paper*, wordt in de Richtsnoeren niet ingegaan op gedragingen met een uitbuitend in plaats markt afschermend effect.

3 *Kamerstukken II 2004/2005*, 30 071, nr. 3, pag. 3 (MvT).

4 Richtsnoeren, punt 19.

5 Richtsnoeren, punt 6.

De auteurs zijn advocaat te Amsterdam bij De Brauw Blackstone Westbroek N.V.

dragzaken, valt echter te bezien. De zaak *France Télécom/Commissie* is in dit verband illustratief. Hier staat in het kader van een hoger beroep bij het HvJ EG tegen een boete aan Wanadoo (de rechtsvoorganger van France Télécom) centraal of het toepassen van afbraakprijzen pas misbuik oplevert als bewezen is dat de onderneming haar eerdere verliezen kan terugverdienen na uitsluiting van haar concurrenten. Deze test, de zogeheten *recoupment-test*, vormt onder het Amerikaanse recht een voorwaarde voor de beoordeling of de toepassing van afbraakprijzen tot een beperking van de mededinging heeft geleid.⁶ In beroep heeft het Gerecht van Eerste Aanleg EG (GvEA EG) overwogen dat een dergelijk bewijs bij toepassing van artikel 82 EG-Verdrag niet hoeft te worden geleverd. Het verwijst daarbij naar het *Tetra Pak II*-arrest.⁷

In zijn conclusie van 25 september 2008 oordeelt A-G Mazák echter dat het GvEA EG een onjuiste toepassing heeft gegeven aan de eerdere jurisprudentie van het HvJ EG (verwijzend naar de arresten *Akzo*⁸ en *Hoffman-La Roche*⁹).¹⁰ Hieruit zou volgens de A-G volgen dat bewijs van de mogelijkheid van verhaal noodzakelijk is voor de constatering van een praktijk van afbraakprijzen.¹¹ Hoewel de Commissie in de Richtsnoeren niet uitdrukkelijk de toepassing van een *recoupment-test* voorschrijft, overweegt zij wel dat

*'(i)n het algemeen mag worden aangenomen, dat de gebruikers schade zullen lijden wanneer de onderneming met een machtspositie redelijkerwijs kan verwachten dat haar marktmacht, wanneer er een einde komt aan het rooiprijsgedrag, groter zal zijn dan het geval was geweest wanneer de onderneming in de eerste plaats dat gedrag niet had aangenomen, d.w.z. wanneer de onderneming waarschijnlijk in een positie is van het offer te profiteren.'*¹²

Weliswaar volgt uit deze overweging niet dat de Commissie de mogelijkheid tot verhaal als een uitdrukkelijke voorwaarde stelt, maar wel dat deze mogelijkheid een belangrijke indicatie vormt voor het vermeende misbruik.

De A-G heeft mogelijk met zijn conclusie de deur opengezet naar een meer economische benadering van de beoordeling van misbruikelijke afbraakprijzen. Hij lijkt daarbij een striktere toepassing voor te staan dan de Commissie in haar nieuwe Richtsnoeren. Of wij in Europa ook daadwerkelijk een *recoupment-test* zullen krijgen zal echter afhangen van het uiteindelijke oordeel van het HvJ EG in de *France Télécom*-zaak.

Voorkomen van parallelhandel: van per se regel naar meer economische benadering

Wat dat betreft is de uitspraak van het HvJ EG in het *GSK*-arrest over het beëindigen van een relatie met een afnemer en hoe dit zich verhoudt tot de mogelijkheid om parallelhandel tegen te gaan veelbelovend.¹³ Omdat GSK vermoedde dat een deel van de geneesmiddelen die zij aan haar afnemers in Griekenland leverde, werd geëxporteerd naar andere landen, beperkte zij de leveringen aan deze Griekse afnemers, waarbij zij rekening hield met de Griekse behoefte aan deze geneesmiddelen. In een civiel geding hebben de groothandelaars vervolgens gesteld dat dit misbruikelijk was en verzocht GSK te gelasten meer geneesmiddelen te leveren. De Griekse rechtbank heeft naar aanleiding hiervan prejudiciële vragen aan het HvJ EG gesteld, die – kort gezegd – draaien om de vraag: is de weigering van een dominante onderneming om bestellingen volledig uit te voeren met de bedoeling om de export te beperken misbruikelijk en moet daarbij rekening worden gehouden met het binnenlandse verbruik en de te lijden schade van de dominante onderneming, of vergt dit een belangenafweging?

Het HvJ EG stelt allereerst vast dat parallelhandel nuttig is voor de eindverbruiker. Praktijken van dominante ondernemingen die ertoe strekken alle parallellexport van een lidstaat naar andere lidstaten te voorkomen, vallen onder artikel 82 EG-Verdrag. Tegelijkertijd zullen de vaste prijzen die de lidstaten in dit geval voorschrijven, parallelhandel juist faciliteren (door het verschil in prijzen) en de mededingingsregels zouden ook niet tot gevolg moeten hebben dat een bedrijf om zijn commerciële belangen te beschermen zijn geneesmiddelen helemaal niet meer in de handel brengt. Een onderneming moet dus maatregelen kunnen nemen die redelijk zijn en evenredig zijn aan de noodzaak om haar eigen commerciële belangen te verdedigen. Hieruit blijkt dat maatregelen die dominante ondernemingen nemen om parallelhandel te voorkomen niet als *per se* misbruikelijk worden aangemerkt: het is voorstelbaar dat die trend zich doorzet naar gedrag dat van oudsher wel als *per se* misbruikelijk werd beschouwd (zoals getrouwheidskortingen).¹⁴ Het HvJ EG antwoordt vervolgens dat artikel 82 EG-Verdrag zo moet worden uitgelegd dat een onderneming met een machtspositie die ter voorkoming van parallel-export weigert om normale bestellingen uit te voeren, misbruik maakt van haar machtspositie. Het staat aan de verwijzende rechter om te bepalen of die bestellingen normaal zijn, gelet op de omvang van deze bestellingen uit het oogpunt van de behoeften van de markt van die lidstaat en op de vroegere commerciële relaties tussen die onderneming en de betrokken groothandelaren.

Doelbeperkingen en het bewijsrecht: Nederlands Instituut van Psychologen e.a. / NMa

De trend van economisering uit zich niet alleen in een meer flexibele toepassing van artikel 82 EG-Verdrag en artikel 24 Mw: deze uit zich ook in een strengere toepassing van de bewijsregels bij de beoordeling van 'doelbeperkingen' (beperkingen die het doel hebben de mededinging te beperken). Dit blijkt onder meer uit de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) in de zaak *Nederlands Instituut van Psychologen e.a./NMa*, waarin is geoordeeld over de boetebesluiten die de NMa aan brancheorganisaties van psychologen en psychotherapeuten heeft opgelegd in verband met tariefaanbevelingen van deze verenigingen aan hun leden.¹⁵ Nadat de rechtbank Rotterdam in 2005 de eerste boetebesluiten ver-

6 Zie bijvoorbeeld het rapport van het USA Department of Justice, *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*, 2008, p. ix. Verkrijgbaar via: <http://www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.pdf>.

7 HvJ EG 14 november 1996, zaak C-333/94P, *Jur.* 1996, p. I-05951, r.o. 148.

8 HvJ EG 3 juli 1991, zaak C-62/86, *Jur.* 1991, p. I-3359.

9 HvJ EG 13 februari 1979, zaak 85/76, *Jur.* 1979, p. 00461.

10 Conclusie A-G Mazák d.d. 25 september 2008, zaak C-202/07P, n.n.g.

11 Conclusie A-G Mazák d.d. 25 september 2008, zaak C-202/07P, n.n.g.

12 Richtsnoeren, punt 70.

13 HvJ EG 16 september 2008, gevoegde zaken C-468/06 tot en met C-478/06, *Sot. Lélos kai Sia EE/GSK AEVE*, n.n.g. Een eerdere vraag van de mededingingsautoriteit was al niet-ontvankelijk verklaard: zie HvJ EG 31 mei 2005, zaak C-53/03, *Syfait*, *Jur.* 2005, p. I-04609.

14 Zie de conclusie van A-G Ruiz-Jarabo Colomer d.d. 1 april 2008, n.n.g., die hierop uitgebreider ingaat.

15 CBB 6 oktober 2008, LJN BF8820.

nietigde¹⁶ omdat de NMa onvoldoende onderzoek naar de door de verenigingen aangevoerde argumenten had gedaan, zijn in hoger beroep de inmiddels opnieuw gemotiveerde boetebesluiten ook gesneuveld.

In hoger beroep stond, evenals in eerste aanleg, de vraag centraal of in het geval van besluiten die ertoe strekken de mededinging te beperken, van de NMa kan worden verlangd dat zij feitelijk onderzoek doet naar de ontwikkeling van de concurrentie zoals zij zonder deze besluiten zou zijn ontwikkeld. Partijen hadden aangevoerd dat de tariefaanbevelingen niet tot doel hadden de mededinging te beperken, omdat de tarieven voor psychologische en psychotherapeutische diensten geen relevante concurrentiefactor zijn. Het CBB oordeelt dat de NMa zich terecht op het standpunt stelt dat niet van haar kan worden verlangd dat zij de strekking van het besluit aanneemt door te onderzoeken hoe de concurrentie zich zou hebben ontwikkeld zonder de betreffende besluiten. Volgens het CBB neemt dit echter niet weg dat zij gemotiveerd had moeten reageren op de stelling van partijen dat de tarieven voor psychologische en psychotherapeutische diensten geen relevante concurrentiefactor zijn. De verwijzing van de NMa naar een door KPMG opgesteld rapport over de psychologische zorg in Nederland kan volgens het CBB geen voldoende onderbouwing vormen, aangezien daar niet uit valt af te leiden dat prijsconcurrentie een relevante concurrentieparameter is. Om deze reden komt het CBB tot het oordeel dat de NMa haar opnieuw genomen besluiten onvoldoende heeft gemotiveerd. De NMa zal zich dan ook voor de vierde maal over de tariefaanbevelingen moeten buigen. Gezien de uitspraak van het CBB ontkomt zij er niet meer aan om daarbij de prijsconcurrentie in deze markt nader te onderzoeken. Uit deze uitspraak blijkt dat zelfs een verwijt dat een gedraging ertoe *strekt* de mededinging te beperken, in de praktijk van een nadere economische onderbouwing moet worden voorzien.

Doelbeperkingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen: Mobiele operators / NMa

De vraag wanneer een gedraging de strekking heeft de mededinging te beperken, staat ook centraal in de aan het CBB voorgelegde *mobiele operators-zaak*.¹⁷ In deze zaak draait het om een bijeenkomst van vertegenwoordigers van mobiele operators in de zomer van 2001, waarbij bedrijfsvertrouwelijke informatie zou zijn uitgewisseld met het oog op de onderlinge afstemming van hun gedragingen ten aanzien van de verlaging van bepaalde dealervergoedingen voor prepaid-pakketten en postpaid-pakketten. Het CBB heeft in deze zaak drie prejudiciële vragen aan het HvJ EG gesteld over de beoordeling van onderling afgestemde feitelijke gedragingen op grond van artikel 81 EG-Verdrag. Het antwoord op de eerste prejudiciële vraag zal mogelijk meer duidelijkheid scheppen over wat de NMa moet bewijzen als zij wil vaststellen dat sprake is van onderling afgestemde feitelijke gedragingen die ertoe strekken de mededinging te beperken.

Met zijn eerste prejudiciële vraag wenst het CBB te vernemen aan de hand van welke criteria kan worden vastgesteld of een onderling afgestemde feitelijke gedraging *ertoe strekt* de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen. Daarbij overweegt het CBB dat de NMa in het betreffende besluit weliswaar heeft geconclu-

deerd dat het mededingingsbeperkende doel van de betreffende gedraging kon worden vastgesteld, aangezien Vodafone haar voornemens tot verlaging van de standaardvergoedingen heeft bekendgemaakt met als doel het verminderen van de onzekerheid dat de andere operators zouden volgen. Het CBB vervolgt echter dat daarmee nog niet is vastgesteld dat de mededinging door een dergelijke gedraging zou worden beperkt. Met zijn vraag wil het CBB dan ook vernemen of een nationale mededingingsautoriteit bij de beoordeling van een onderling afgestemde feitelijke gedraging dient na te gaan of de betreffende gedraging *daadwerkelijk* ertoe kan strekken de mededinging te beperken.

De conclusie van A-G Kokott van 19 februari 2009¹⁸ biedt een aantal belangrijke overwegingen met betrekking tot de aan het HvJ EG voorgelegde vragen. Allereerst gaat de A-G nader in op het argument van het CBB dat de uitwisseling van informatie in het onderhavige geval enkel betrekking had op dealervergoedingen en daarom geen rechtstreekse invloed op de consumentenprijzen zou hebben gehad. Volgens het CBB zouden dealers geen invloed op consumentenprijzen kunnen uitoefenen. De A-G meent dat het CBB hiermee een onjuiste uitleg aan artikel 81 EG-Verdrag geeft, door aldus te suggereren dat slechts mededingingsbeperkende praktijken met *rechtstreekse* gevolgen voor de eindgebruikers verboden zouden zijn. De A-G wijst erop dat artikel 81 EG-Verdrag niet uitsluitend en niet in de eerste plaats is bedoeld om de belangen van individuele concurrenten of consumenten te beschermen, maar om de structuur van de markt en daarmee de mededinging als zodanig veilig te stellen. Daarmee dienen uiteindelijk de belangen van de consument te worden beschermd. De A-G concludeert dan ook dat een onderling afgestemde feitelijke gedraging niet pas de strekking heeft de mededinging te beperken wanneer zij rechtstreekse gevolgen voor consumenten te weeg kan brengen, maar reeds wanneer de gedraging geschikt is om de mededinging te verhinderen, te beperken of vervalsen.

Vervolgens overweegt de A-G dat – anders dan het CBB heeft betoogd – voor de beoordeling of sprake is van een onderling afgestemde feitelijke gedraging reeds voldoende kan zijn dat informatie wordt uitgewisseld over enkele concurrentieparameters en niet alle concurrentieparameters. Zodra de informatie-uitwisseling tot gevolg heeft dat de onzekerheid over het marktgebeuren wordt vermindert, kan er volgens de A-G sprake zijn van een mededingingsbeperkende afspraak, ongeacht de overige concurrentieparameters die een rol kunnen spelen.

Van belang is ten slotte de constatering van de A-G dat het voor de beoordeling van een doelbeperking niet van belang is of slechts één onderneming haar concurrenten eenzijdig heeft geïnformeerd over haar voorgenomen marktgedrag of dat alle betrokken ondernemingen elkaar over hun afwegingen of intenties hebben geïnformeerd. Volgens de A-G kan de eenzijdige informatieverschaffing door één concurrent over haar toekomstige marktgedrag reeds voldoende zijn om de mededinging te beperken door onzekerheid over het toekomstige marktgebeuren te verminderen.

Op basis van het voorgaande concludeert de A-G dat de uitwisseling van vertrouwelijke bedrijfsinformatie tussen concurrenten een mededingingsbeperkende strekking heeft wanneer met de uitwisseling bestaande onzekerheden over het door de betrokken ondernemingen voorgenomen marktgedrag kunnen worden weggenomen en op deze wijze de spelregels van een vrije mededinging worden uitgeschakeld. De A-G legt daarmee een strikte toets aan voor onderling afgestemde feitelijke gedragingen die de strekking

16 Rb. Rotterdam 17 juli 2006, LJN AY4928.

17 CBB 31 december 2007, LJN BC1396.

18 Conclusie A-G Kokott d.d. 19 februari 2009, zaak C-8/08, n.n.g.

hebben de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen. Hoewel het HvJ EG nog over de onderhavige zaak dient te oordelen zijn ondernemingen gewaarschuwd: ook wanneer eenzijdig informatie door een concurrent wordt verschaft – al is het eenmalig – over toekomstig marktgedrag kan dit onder het verbod van artikel 81 EG-Verdrag vallen. De ontvangers van deze gegevens doen er dan ook goed aan zich uitdrukkelijk van deze handelingen te distantiëren.

Het kartelverbod en potentiële concurrentie: Solétanche / NMa

Ook in de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 4 maart 2008 stonden de onderzoek- en motiveringsverplichtingen van de NMa centraal.¹⁹ In deze zaak betrof het een besluit van de NMa waarin aan twee bedrijven (Solétanche en Heijmans) een boete van 50.000 euro werd opgelegd in verband met een ongeoorloofde samenwerking bij bepaalde bouwprojecten door de twee ondernemingen. In beroep heeft Solétanche betoogd dat de samenwerking met Heijmans niet tot een beperking van de mededinging kon leiden omdat zij geen (potentiële) concurrenten van elkaar zijn. De rechtbank Rotterdam volgt dit betoog van Solétanche. Volgens de rechtbank had de NMa enkel tot haar oordeel kunnen komen wanneer de NMa een uitgebreid onderzoek had gedaan naar de markt, de concrete omstandigheden op de markt in Nederland, hoe de markt werkt, welke partijen op die markt van belang zijn en hoe de onderlinge verhoudingen zijn. Door het achterwege blijven van een dergelijk onderzoek kunnen de stellingen van Solétanche omtrent haar positie en haar (on)mogelijkheden om de markt te betreden niet zonder meer terzijde worden geschoven. De NMa heeft naar aanleiding van deze uitspraak op 13 november 2008 een nieuw besluit genomen.²⁰ Daarin oordeelt de NMa dat het niet opportuun is opnieuw onderzoek naar de feiten te doen en besluit daarom af te zien van het opleggen van een boete aan Solétanche.

De trend van privatisering: het Witboek schadevergoeding en het liftenkartel

Naast de hierboven genoemde toenemende economisering van het mededingingsrecht staat de verdere verschuiving van bestuursrechtelijke naar privaatrechtelijke handhaving hoger op de agenda. De Commissie is al een tijd bezig maatregelen te nemen om het instellen van mededingingsrechtelijke schadevergoedingsacties in het communautaire en nationale recht makkelijker te maken. De belangrijkste ontwikkeling op dit gebied in 2008 is in dit verband het *Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van communautaire mededingingsregels* (Witboek) van de Commissie, dat volgt op het eerdere *Groenboek betreffende schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels* (Groenboek).

Het Witboek

In het Witboek doet de Commissie voorstellen voor maatregelen die erop zijn gericht het mogelijk te maken schade door inbreuken op het communautaire mededingingsrecht te verhalen. Het bevat onder meer voorstellen over de toegang tot bewijs, de begroting van de geleden schade, de toepasselijke verjaringstermijnen en de verhaalbaarheid van proceskosten bij civiele mededingingsrechtacties.

De voorstellen zijn niet alleen gericht op zogeheten *follow-on* acties (schadevergoedingsprocedures die worden gestart nadat een mededingingsautoriteit een inbreuk op de mededingingsregels heeft vastgesteld), maar ook op *stand-alone* acties. Bij *stand-alone*

acties gaat het om procedures die door particulieren worden gestart tegen vermeende inbreuken op het mededingingsrecht die nog niet door een mededingingsautoriteit zijn vastgesteld.²¹ Hiermee wordt aanvullende handhaving gestimuleerd naast de publieke handhaving, waardoor volgens de Commissie een groter aantal inbreuken op de mededingingsregels aan het licht worden gebracht.²² Een dergelijke vorm van private handhaving komt in de Verenigde Staten veel vaker voor, waar de handhaving van het mededingingsrecht voor meer dan 90 procent een private aangelegenheid is.²³ Dat de Commissie echter geen situatie als in de Verenigde Staten beoogt, blijkt uit de nadruk die de Commissie in het Witboek legt bij het behoud van een daadkrachtige publieke handhaving. Tegelijkertijd zullen de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten bij het bepalen van hun prioriteiten ongetwijfeld rekening houden met de ontwikkelingen op het gebied van private handhaving.

Wat betreft mogelijke *follow-on* acties, is tevens relevant de in 2008 door de Commissie geïntroduceerde schikkingsprocedure.²⁴ Op grond hiervan kunnen karteldeelname een schikking met de Commissie treffen met het oog op een boeteverlaging van 10 procent. De schikkingsprocedure resulteert in een eindbeschikking op grond waarvan slachtoffers van een kartelgedraging, evenals in 'gewone' procedures, een schadevergoedingsactie kunnen instellen. Dat kan zelfs sneller, omdat bij een schikking eerder duidelijkheid bestaat over overtredingen.

De Commissie gaat in het Witboek ook in op de afschrikwekkende werking die – volgens de Commissie – van private handhaving zou kunnen uitgaan. Interessant in dit kader is de vraag of schadevergoedingsacties enkel betrekking zouden mogen hebben op daadwerkelijk geleden schade of dat de op te leggen schadevergoeding ook een punitief element zou mogen bevatten. In het Groenboek heeft de Commissie geopperd de schadevergoeding voor horizontale kartels te verdubbelen.²⁵ In het Witboek is deze mogelijkheid komen te vervallen. In de bijbehorende *Staff Working Paper*²⁶ wordt echter nog wel betoogd dat uit het arrest van het HvJ EG in de *Manfredi*-zaak²⁷ kan worden afgeleid dat punitieve schadevergoedingen onder het gemeenschapsrecht mogelijk zijn en een functie kunnen hebben bij de afschrikwekkende werking van private handhaving. Dat de Commissie desondanks in het Witboek niet meer aan de mogelijkheid

19 Rb. Rotterdam 4 maart 2008, LJN BC8958.

20 Besluit NMa 13 november 2008, zaak 2906.

21 Zie in dit verband Chr. F. Kroes, 'Bedolven onder een "lawine van schadeclaims"?', *Markt & Mededinging* 2008, p. 111.

22 Witboek, p. 3.

23 Zie E.H. Pijnacker Hordijk, 'Private handhaving als alternatief voor overheidshandhaving, mede in het licht van overheidsaansprakelijkheid', *O&A* 2006, 1-2, p. 31 en 35. Zie ook P.C. Adriaanse, 'Private handhaving (van het mededingingsrecht) in opmars, Bespreking van het preadvies 'Privaatrechtelijke aspecten van het mededingingsrecht' van mr. W.A.J. van Lierop en mr. E.H. Pijnacker Hordijk voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht', *NTBR* 2007/8, nr. 44, p. 314.

24 Verordening (EG) nr. 622/2008 van de Commissie van 30 juni 2008 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 773/2004, wat betreft schikkingsprocedures in kartelzaken, Pb. EU 2008, L 171/3-5.

25 Groenboek, p. 7.

26 Staff Working Paper, punt 189 e.v.

27 HvJ EG 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04 tot C-298/04, *Jur.* 2006, p. I-06619.

van punitieve schadevergoedingen refereert, lijkt ingegeven door de reacties die zij op het Groenboek heeft ontvangen.²⁸ Uit deze reacties blijkt dat de meerderheid van de respondenten meent dat schadevergoedingen niet verder zouden moeten gaan dan de daadwerkelijke schade die een slachtoffer heeft geleden. De Commissie lijkt zich in het Witboek bij dit standpunt neergelegd te hebben en volstaat met het voornemen een kader te scheppen op basis waarvan de geleden schade in mededingingszaken kan worden berekend.²⁹

Schadevergoedingsactie van Commissie tegen deelnemers liftenkartel

Om de daad bij het woord te voegen, is de Commissie dit jaar ook bij de rechtbank van koophandel te Brussel een schadevergoedingsactie tegen vier liftfabrikanten gestart (Otis, Kone, Schindler en Thyssenkrupp die eerder door de Commissie zijn beboet voor deelname aan een kartel).³⁰ De Commissie meent dat zij schade heeft geleden door de opgeblazen prijzen voor installatie en onderhoud van liften en roltrappen in de gebouwen van de Commissie. De schadevergoedingsactie is natuurlijk interessant omdat de Commissie hiermee op concrete wijze het goede voorbeeld geeft aan slachtoffers van inbreuken op het mededingingsrecht, maar is ook aardig omdat de spanning tussen publiekrechtelijke en civielrechtelijke handhaving naar voren komt. De Commissie zal zich in deze procedure tegen de karteldeelnemers immers beroepen op de beschikking die zij zelf eerder heeft genomen. Aangezien de Commissie in deze procedure als civiele partij optreedt, zal zij zich niet mogen baseren op de informatie die zij tijdens de procedure heeft ontvangen (waaronder de samenhangende clementieverzoeken).³¹ De procedure biedt een goede *testcase* voor de door de Commissie in het Witboek geïdentificeerde knelpunten in nationale rechtstelsels voor schadevergoedingsacties. Mogelijk zal het ook navolging vinden van nationale autoriteiten³² en – naar de Commissie hoopt – benadeelde consumenten en concurrenten.

28 Staff Working Paper, punt 182.

29 Witboek, p. 8.

30 Persbericht van de Europese Commissie van 24 juni 2008, IP/08/998.

31 Dit volgt uit artikel 28 van Verordening (EG) nr. 1/2003, waarin uitdrukkelijk is bepaald dat de door de Commissie verkregen inlichtingen enkel mogen worden gebruikt voor het doel waarvoor zij zijn verkregen.

32 Voor zover wij hebben kunnen nagaan heeft de Nederlandse overheid dergelijke publieke stappen nog niet gezet. Wel heeft de minister van Verkeer en Waterstaat aangegeven te overwegen een schadevergoedingsactie in te stellen tegen de deelnemers aan het zogeheten Bitumen-kartel. Zie *Kamerstukken II 2007/2008*, 31200 XII, nr. 16, p. 4. Daarnaast is bekend dat de overheid naar aanleiding van de bouwfraude onderhandse schikkingen heeft getroffen met bouwbedrijven die door samen te spannen te hoge kosten rekenden.

33 Gerechtshof 's-Gravenhage 21 mei 2008, LJN BD3383.

34 *Kamerstukken II 2007/2008*, 31200 XIII, nr. 76.

35 Beschikking Commissie d.d. 30 januari 2008 in zaak COMP/B-1/39.326 (*E.ON Energie AG*) en Besluit NMa d.d. 10 oktober 2008, zaak 6432 (*Zegelverbreking Sara Lee*).

36 Rb. Rotterdam 4 maart 2008, LJN BC9420; Beschikking NMa d.d. 19 november 2008, zaak 6286, *Nooteboom/Pacton* en beschikking NMa d.d. 3 april 2008, zaak 6170, *Invinments Holding B.V.*

37 Zaak T-141/08, Pb.EU 2008, C158/18.

Strafrechtelijke sancties voor overtreden kartelverbod

Specifiek voor Nederland geldt dat, naast de publieke en private handhaving van het kartelverbod, mogelijk een 'derde' handhavingmethode zal worden ingevoerd: de strafrechtelijke sanctivering van overtredingen van het kartelverbod.

Het Gerechtshof 's-Gravenhage heeft in 2008 in een zaak over het zogeheten 'glazenwasserskartel' geoordeeld dat op grond van de huidige Nederlandse wetgeving geen strafrechtelijke sancties kunnen worden opgelegd in verband met overtredingen van het kartelverbod.³³ Dit is het gevolg van de decriminalisering van het Nederlandse kartelrecht per 1 januari 1998, op grond waarvan kartelovertradingen door de NMa en met gebruikmaking van bestuurlijke handhavingsmiddelen dienen te worden aangepakt.

Hier komt op termijn mogelijk verandering in. Bij brief van 2 juli 2008 heeft de minister van Economische Zaken de Tweede Kamer geïnformeerd over het voornemen de bestuursrechtelijke handhaving van de Mw aan te vullen met een nader uit te werken mogelijkheid van strafrechtelijke sanctivering, waarbij de NMa zaken kan aanbrengen bij het Openbaar Ministerie.³⁴ Op grond van deze nieuwe regelgeving zou leidinggevenden (natuurlijke personen) een strafrechtelijke sanctie kunnen worden opgelegd. De minister verwacht in de eerste helft van 2009 een eerste wetsvoorstel aan de Tweede Kamer te sturen.

Sanctivering: zegelbreuk, gunjumping en facilitators

De derde trend die wij verder bevestigd zien in 2008 noemen wij 'sanctivering': de Commissie en de NMa hebben de afgelopen jaren meer bevoegdheden gekregen, die meer gebruikt en de grenzen hiervan opgezocht. De Commissie heeft ten eerste een boete opgelegd aan E.ON voor het verbreken van een zegel tijdens een onderzoek door de Commissie en Sara Lee is voor eenzelfde vergrijp een boete opgelegd door de NMa.³⁵ De rechter heeft de beschikking van de NMa over *gun-jumping* in stand gelaten (het implementeren van een concentratie voordat goedkeuring is verkregen) en de NMa heeft twee boetes opgelegd voor eenzelfde vergrijp.³⁶ Tot slot heeft het GvEA EG bevestigd dat de Commissie voor het eerst een boete mocht opleggen aan een facilitator van een kartel.

Boetes aan E.ON en Sara Lee wegens verbreking zegel

De Commissie heeft voor het eerst in haar geschiedenis een boete opgelegd wegens het verbreken van een zegel dat zij had aangebracht tijdens een inspectie. De boete was 38 miljoen euro. Het zegel was aangebracht in een kamer waar de Commissie mogelijk belastend materiaal tijdelijk had opgeslagen aan het eind van de eerste dag van haar onderzoek, zodat ze de volgende dag dit materiaal kon doorzoeken en kopiëren. De volgende dag bleek het zegel echter verschoven. De Commissie vond de verklaringen van E.ON hiervoor (luchtvochtigheid, trillingen, veroudering van het materiaal, enzovoort) niet overtuigend. Het feit dat de Commissie niet heeft aangetoond dat de betreffende deur was geopend of dat er documenten zijn verwijderd kan volgens haar niet als een verzachtende omstandigheid worden aangemerkt. De Commissie heeft een boete opgelegd van 38 miljoen euro (0,14 procent van de omzet van E.ON). E.ON heeft beroep ingesteld.³⁷

Ondertussen heeft de NMa in 2008 ook een boete opgelegd voor de verbreking van een zegel (wel een stuk lager: 269.000 euro). De NMa had een zegel aangebracht tijdens een inval bij Sara Lee (Household and Bodycare Nederland B.V.). De volgende dag consta-

teerde de NMa dat het zegel verbroken was. Evenals de Commissie overweegt de NMa dat het niet relevant is of de deur in werkelijkheid gesloten is gebleven; het zegel was verbroken. Als blijkt dat een verzegeling is verbroken, kan de NMa aan Sara Lee een boete opleggen, tenzij Sara Lee kan aantonen dat haar hiervoor geen verwijt kan worden gemaakt. De NMa is van mening dat zij dus geen opzet hoeft aan te tonen. Slechts in uitzonderlijke situaties zou sprake kunnen zijn van afwezigheid van verwijtbaarheid. De NMa rekent deze overtreding toe aan Sara Lee, maar ziet geen aanleiding om de overtreding tevens toe te rekenen aan Koninklijke Douwe Egberts B.V. (de moeder van Sara Lee).

Interessant is het feit dat het de eerste keer is dat deze verdergaande boetemogelijkheid door de Commissie en de NMa wordt gehanteerd, maar dat zij deze omstandigheid niet als een boeteverlagende (of -verhogende) omstandigheid aanmerken, terwijl de Commissie dat in de hierna te bespreken *Treuhand*-zaak wel deed.

Boete wegens totstandbrengen concentratie voordat vergunning is gekregen

De rechtbank Rotterdam heeft in de zaak *Chellomedia/NMa* bevestigd dat de door de NMa opgelegde boete wegens het totstandbrengen van een concentratie voordat de vereiste vergunning hiervoor is verkregen, in stand kon blijven.³⁸ De NMa had de boete opgelegd in het kader van de overname van Canal+ door Chellomedia. Chellomedia had de betreffende overname gemeld bij de NMa, die vervolgens had aangegeven dat hiervoor een vergunning was vereist. Chellomedia had toen echter al een lening aan Canal+ verstrekt onder de voorwaarde dat zij in substantiële zaken gekend zou worden en daarover haar fiat kon geven dan wel haar veto kon uitspreken. De NMa stelde zich op het standpunt dat Chellomedia met die lening zeggenschap had gekregen over Canal+ en dat die overgang van zeggenschap had moeten worden gemeld bij de NMa. De transactie was echter pas een jaar later, op 15 december 2004, bij de NMa gemeld.

De rechtbank is het eens met de NMa dat de gesloten leningsovereenkomst moet worden aangemerkt als een concentratie, die pas had mogen worden geïmplementeerd nadat hiervoor goedkeuring van de NMa was verkregen. De argumenten van Chellomedia konden niet overtuigen: de NMa mocht in het midden laten of sprake was van gezamenlijke dan wel uitsluitende zeggenschap en bovendien was deze zeggenschap, anders dan Chellomedia meende, duurzaam van aard (omdat de lening werd opgevolgd door een overgang van aandelen). De bepalingen waren tot slot niet aan te merken als nevenrestrictie, omdat ze niet rechtstreeks verbonden en noodzakelijk waren voor de concentratie, maar daarentegen de concentratie tot stand brachten. De rechtbank laat de beslissing van de NMa in stand.

De NMa heeft in 2008 ook twee keer van haar boetebevoegdheden ten aanzien van het voortijdig implementeren van een concentratie gebruik gemaakt. De eerste boete heeft ze opgelegd in de overname door HAL van Delta Wines.³⁹ Een maand nadat Delta Wines was overgenomen is de overname gemeld bij de NMa. De NMa stelt vast dat HAL en de verkopers in strijd met het overnameverbod hadden gehandeld. De overtreding kon niet worden toegerekend aan het investeringsvehikel dat voor de overname door HAL was opgericht. De NMa acht verzachtende omstandigheden dat de overtreding uit eigen initiatief is gemeld, dat partijen volledige medewerking hebben verleend aan het onderzoek, dat zij een *standstill*-overeenkomst hebben gesloten, dat de melding snel na de overname is gedaan en (ten aanzien van de verkopers) dat partijen onderling

hadden afgesproken dat HAL de 'overname zou regelen'. De melding is gedaan vóór inwerkingtreding van de nieuwe boetebevoegdheden van de NMa en zij legt HAL dus 16.000 euro en de verkopers ieder 15.000 euro op (ten opzichte van het toen geldende maximum van 22.500 euro).

De tweede boete heeft zij opgelegd in de overname door Henal van Pacton.⁴⁰ In deze zaak kon de NMa gebruik maken van haar uitgebreidere boetebevoegdheden. Henal had Pacton overgenomen van Schilde. Deze concentratie had moeten worden aangemeld, maar partijen hebben dit pas gedaan nadat de NMa een onderzoek hiernaar had ingesteld. De NMa stelt vast dat partijen het implementatieverbod hebben overtreden. Zij rekent deze overtreding toe aan Henal (als koper) en Schilde (als verkoper). Dat partijen direct nadat zij zich bewust werden van de meldingsplicht een *standstill*-overeenkomst hebben gesloten, kan daar niet aan af doen. De NMa legt de koper een boete op van 315.000 euro (ongeveer 7,5 procent van de omzet van de koper) en de verkoper een boete op van 92.000 euro (ongeveer 2,5 procent van de omzet van de verkoper). Daarbij overweegt de NMa dat de concentratie op zich niet op mededingingsrechtelijke bezwaren stuitte, dus dat er geen aanleiding is om dit bedrag nog te verhogen met een boeteverhogende ernstfactor.

Treuhand/Commissie

Tot slot heeft het GvEA EG bevestigd dat de Commissie de grenzen van haar bevoegdheid kan opzoeken in de zaak *Treuhand/Commissie*.⁴¹ Hierin heeft het GvEA EG voor het eerst geoordeeld over de verantwoordelijkheid van een onderneming die niet rechtstreeks verbonden was met een kartel, maar wel een faciliterende rol voor het kartel heeft vervuld.⁴² Het ging om de onderneming *Treuhand*, een in Zwitserland gevestigd consultancybureau, die door de Commissie werd beboet voor het ondersteunen van een kartel van de belangrijkste producenten van organische peroxiden in Europa. Deze ondersteunende diensten bestonden onder meer uit de verzameling en bewerking van marktgegevens, secretariële taken voor de organisatie van bijeenkomsten tussen de karteldeelnemers (waaronder het maken van reserveringen en het vergoeden van reiskosten) en het bijwonen van deze bijeenkomsten.

Treuhand betoogde bij het GvEA EG dat de Commissie zonder wettelijke grondslag een boete aan haar had opgelegd, in strijd met het beginsel *nullum crimen, nulla poena sine lege* (geen misdaad, geen straf zonder wet). Volgens *Treuhand* zou voor de toepassing van artikel 81 EG-Verdrag onderscheid gemaakt moeten worden tussen de daders enerzijds en de uitlokkers en medeplichtigen van een inbreuk anderzijds. Aangezien zij enkel ondersteunende diensten aan het kartel had geleverd, meende zij dat haar handelen niet onder het kartelverbod viel. Deze zienswijze wordt door het GvEA EG verworpen. Het GvEA overweegt dat elke onderneming die samspannings-

38 Rb. Rotterdam 4 maart 2008, LJN BC9420.

39 Beschikking NMa d.d. 3 april 2008, zaak 6170, *Invinments Holding B.V.*

40 Beschikking NMa d.d. 19 november 2008, zaak 6286, *Nooteboom/Pacton*.

41 GvEA EG 8 juli 2008, zaak T-99/04, n.n.g.

42 De Commissie heeft overigens wel in een eerdere beschikking uit 1980 besloten een vergelijkbare overtreding aan een consultancybureau toe te rekenen. In deze zaak besloot de Commissie uiteindelijk geen boete op te leggen. Zie beschikking Commissie d.d. 17 december 1980 in zaak IV/29/369, *Gegoten glas in Italië*.

gedrag vertoont, daaronder begrepen consultancybureaus die niet op dezelfde markt als de karteldeelneemers actief zijn, redelijkerwijs kon voorzien dat het in artikel 81 EG-Verdrag uitgevaardigde verbod in beginsel op haar van toepassing was.⁴³ Volgens het GvEA EG kon zij er immers niet onkundig van zijn of was zij in ieder geval in staat te begrijpen dat uit de eerdere beschikkingspraktijk van de Commissie en de eerdere communautaire rechtspraak volgt dat zij in strijd met artikel 81 EG-Verdrag handelde wanneer zij actief en bewust bijdraagt aan een kartelgedraging op een andere markt dan dat zij actief is. Overigens heeft de Commissie aan Treuhand slechts een boete van 1.000 euro opgelegd. Uit het persbericht van de Commissie blijkt dat de boete beperkt is gebleven vanwege een 'nieuwe' aanpak, maar dat van een symbolische boete bij nieuwe overtredingen van de mededingingsregels door een medepleger geen sprake zal zijn.⁴⁴ Ondersteuners van mededingingsbeperkende gedragingen zijn aldus gewaarschuwd. Ook zij kunnen op forse boetes rekenen bij ontdekking van een verboden gedraging.⁴⁵

Een tegentrend: NMa en MinEZ in bevoegdhedenstrijd ontwikkeld

Naast de eerder genoemde trends signaleren wij in Nederland ook een tegentrend: een inperking van de bevoegdheden van de NMa. In 2008 heeft zich achter de schermen een bevoegdhedenstrijd afgespeeld tussen de NMa en het Ministerie van Economische Zaken. Tijdens een congres in maart 2008 ter ere van het tienjarig jubileum van de NMa gaf minister Van der Hoeven een opmerkelijke speech: zij kondigde aan dat zij het gesprek wilde aangaan over de scheiding tussen beleid en uitvoering, om te voorkomen dat de toezichthouder op de stoel van de wetgever gaat zitten en andersom. Zij stelde drie scenario's voor 'om die scheidslijn tussen verantwoordelijkheden scherper te trekken': (1) de minister zou een goedkeuringsrecht op de uitvoeringsregels van de NMa krijgen, (2) de minister stelt zelf de beleidsregels op of (3) uitvoeringsregels worden vastgesteld bij Algemene Maatregel van Bestuur of Ministeriële Regeling. Zij heeft aan dit voornemen vervolgens uitvoering gegeven door het al

bestaande relatiestatoot tussen de NMa en de minister van EZ aan te scherpen, waardoor de NMa voorgenomen uitvoeringsregels of wijzigingen in bestaande uitvoeringsregels vooraf aan de minister moet voorleggen.⁴⁶ Als deze naar de mening van de minister in strijd zijn met het algemeen belang van een goede taakuitvoering van de NMa, mag de NMa ze niet vaststellen. De NMa kan dan – zo nodig na overleg – een gewijzigd voorstel aan de minister voorleggen. De minister heeft ook de bevoegdheid om eigen beleidsregels op te stellen. Het eerste wapenfeit van de minister op basis van dit nieuwe beleid is een consultatie over de conceptbeleidsregels voor combinatieovereenkomsten:⁴⁷ het is de vraag hoe dit zich zal ontwikkelen, juist nu de NMa een interne reorganisatie heeft ondergaan om haar slagvaardigheid te vergroten.

Onderzoek- en motiveringsvereisten Commissie in concentratiezaken

Het afgelopen jaar is ook op een ander deelgebied van het mededingingsrecht meer duidelijkheid ontstaan over de onderzoek- en motiveringsvereisten van mededingingsautoriteiten: in de *Impala*-zaak heeft het HvJ EG de onderzoek- en motiveringsvereisten die aan een beschikking van de Commissie in concentratiezaken mogen worden gesteld, nader uitgewerkt. Het arrest is gewezen naar aanleiding van het door Bertelsmann en Sony ingestelde hoger beroep⁴⁸ tegen het arrest waarin het GvEA EG de beschikking van de Commissie vernietigde waarin de oprichting van een joint venture tussen deze twee ondernemingen werd goedgekeurd.

Allereerst wordt ingegaan op de bewijsrechtelijke relevantie van de punten van bezwaar van de Commissie in de administratieve procedure. Het HvJ EG meent dat het GvEA EG ten onrechte sommige onderdelen van de punten van bezwaar als vaststaande feiten heeft aangenomen. Volgens het HvJ EG gaat het GvEA EG daarmee eraan voorbij dat partijen naar aanleiding van de punten van bezwaar informatie kunnen geven waardoor het oordeel in de beschikking uiteindelijk anders uitvalt.⁴⁹ Het HvJ EG benadrukt dan ook het voorlopige karakter van de punten van bezwaar. Daarbij overweegt het Hof uitdrukkelijk dat er geen verplichting voor de Commissie bestaat om in haar beschikking eventuele verschillen met de punten van bezwaar te verklaren.⁵⁰

Ten tweede wordt stilgestaan bij de beoordeling door de Commissie van informatie die de betrokken partijen pas naar aanleiding van de punten van bezwaar naar voren hebben gebracht. Het HvJ EG oordeelt dat de betrokken ondernemingen niet kan worden verweten dat zij bepaalde, mogelijk doorslaggevende argumenten, feiten of bewijselementen pas in het kader van hun verweer tegen de mededeling van de punten van bezwaar naar voren brengen.⁵¹ Het HvJ EG meent echter dat – met name gezien de relatief korte termijnen in concentratiezaken – de Commissie niet gehouden is om in elk afzonderlijk geval na de mededeling van de punten van bezwaar en na het horen van de betrokken ondernemingen een uitgebreid marktonderzoek naar deze informatie te verrichten.⁵²

Ten derde wijst het HvJ EG de door Bertelsmann en Sony opgeworpen stelling af dat er een algemeen vermoeden van verenigbaarheid van concentraties met de gemeenschappelijke markt zou bestaan en dat daarom de bewijslast van de Commissie bij goedkeuringsbeschikkingen minder streng zou zijn dan bij afwijzingsbeschikkingen. Het HvJ EG oordeelt dat de juridische vereisten die aan goedkeurings- en afwijzingsbeschikkingen van de Commissie worden gesteld, gelijk zijn.⁵³

43 GvEA EG 8 juli 2008, zaak T-99/04, n.n.g., r.o. 150.

44 Persbericht van de Europese Commissie van 10 december 2003, IP/03/1700.

45 Dit is ook bevestigd door de NMa in een persbericht naar aanleiding van de *Treuhand/Commissie*-zaak, waarin zij erop wijst dat kartelondersteuners ook in aanmerking kunnen komen voor de clementieregeling. Zie persbericht van de NMa van 29 juli 2008.

46 Relatiestatoot EZ-NMa 2008, *Stcrt.* 2008, 402.

47 Zie brief minister van EZ aan de voorzitter van de Tweede Kamer betreffende beleidsregels combinatieovereenkomsten, 3 februari 2009 met Bijlage: Beleidsregels met betrekking tot de uitoefening van de aan de raad als bedoeld in artikel 1 onder c van de Mededingingswet toegekende bevoegdheden tot toepassing van artikel 6 lid 1, 3 en 4 van deze wet ten aanzien van combinatieovereenkomsten, 18 december 2008.

48 HvJ EG 10 juli 2008, zaak C-413/06, n.n.g.

49 HvJ EG 10 juli 2008, zaak C-413/06, n.n.g., r.o. 75.

50 *Idem*, r.o. 67.

51 *Idem*, r.o. 89.

52 *Idem*, r.o. 91.

53 *Idem*, r.o. 48.

Ten slotte bevestigt het HvJ EG de eerder door het GvEA EG in zijn arrest *Airtours/Commissie*⁵⁴ geformuleerde criteria voor de beoordeling van een collectieve machtspositie. Het HvJ EG komt echter tot het oordeel dat het GvEA EG *in casu* niet aan alle criteria heeft voldaan door geen onderzoek te verrichten naar de argumenten van Bertelsmann en Sony die met name betrekking hadden op de delen van de litigieuze beschikking die gewijd waren aan de transparantie van de markt. Het HvJ EG wijst er daarbij op dat bij de toepassing van de relevante criteria een mechanische benadering dient te worden vermeden die erin bestaat dat elk van deze criteria afzonderlijk wordt gecontroleerd en voorbij wordt gegaan aan het algemene economische mechanisme dat achter een hypothetische stilzwijgende coördinatie schuilgaat.⁵⁵

Voorlopig komt er nog geen einde aan de onderhavige zaak. Het HvJ EG heeft de zaak terugverwezen naar het GvEA EG voor een nieuwe beoordeling. Daarnaast is Impala reeds een nieuwe procedure bij het GvEA EG gestart⁵⁶ in verband met de tweede goedkeuringsbeschikking die de Commissie in oktober 2007 heeft gegeven.⁵⁷

Auteursrechtelijk landschap was voorwerp van mededingingsrechtelijk onderzoek

Een andere ontwikkeling die het vermelden waard is, is de niet-aflattende stroom beschikkingen en jurisprudentie op het gebied van collectieve beheersorganisaties en het mededingingsrecht. Het belangrijkste is dat de Commissie met de CISAC-beschikking heeft geprobeerd de mededinging tussen collectieve beheersorganisaties te bevorderen.⁵⁸ De beschikking leidde tot veel onrust en vrijwel alle beheersorganisaties hebben hiertegen beroep ingesteld, maar het effect bleek al snel beperkt, zo blijkt ook uit de uitspraak van de rechtbank Haarlem in het kort geding tussen de Nederlandse collectieve beheersorganisatie BUMA en de organisatie PRS.⁵⁹ Ondertussen oordeelde de NMa tweemaal dat BUMA geen misbruik maakt van haar machtspositie tegenover Fresh FM respectievelijk XS4All.⁶⁰ De uitspraak van het HvJ EG in de *Kanal 5*-zaak over discriminatie in het kader van de licentiëring van auteursrechten, een belangrijk onderwerp in een samenleving waar auteursrechten een steeds belangrijker rol spelen, bleek tot slot minder interessant dan verwacht.⁶¹

De CISAC-beschikking en wat hieruit volgde

De CISAC-beschikking is van belang omdat de Commissie hiermee de van oudsher beperkte concurrentie tussen collectieve beheersorganisaties voor de exploitatie van auteursrecht probeert te stimuleren. De beschikking is gericht tegen de Europese beheersorganisaties die zijn aangesloten bij de branchevereniging CISAC. De Commissie heeft de beschikking genomen op grond van een onderzoek naar klachten van mediabedrijven die een pan-Europese licentie voor muziekdistributie via internet wilden afnemen van één beheersorganisatie maar daarbij werden geconfronteerd met het feit dat deze beheersorganisaties slechts licenties voor gebruik op hun eigen territorium konden afgeven.

De Commissie richtte haar pijlen op twee bepalingen in de wederkerige overeenkomsten tussen collectieve beheersorganisaties. Zij had ten eerste bezwaar tegen de zogenoemde 'lidmaatschapsbepalingen' in deze overeenkomsten. De strekking hiervan was dat een collectieve beheersorganisatie slechts met instemming van een organisatie in een ander land een auteur die al lid is van een andere organisatie of onderdaan is van het grondgebied waar een

andere organisatie werkzaam is als lid mocht aanvaarden. Dit had tot gevolg dat niet-Europese onderdanen slechts bij één organisatie lid konden worden en dat Europese onderdanen niet konden kiezen bij welke organisatie zij lid worden (omdat in iedere lidstaat één collectieve beheersorganisatie werkzaam is) en beperkt daarmee de concurrentie op de markt voor dienstverlening door deze collectieve beheersorganisaties aan auteurs. De Commissie had bovendien bezwaar tegen de zogenoemde 'exclusiviteitsbepalingen'. De strekking hiervan was dat de collectieve beheersorganisatie het portfolio dat zij beheert op exclusieve basis in licentie geeft aan organisaties op ander grondgebied. Dit heeft tot gevolg dat beheersorganisaties niet meer pan-Europese licenties kunnen verstrekken aan gebruikers die hierom vragen. Dit beperkt de concurrentie op de markt voor de licentiëring van rechten aan commerciële gebruikers.

De Commissie heeft in de beschikking maatregelen genomen om aan deze praktijken een eind te maken. Zij heeft alle beheersorganisaties verboden deze twee soorten afspraken in de wederzijdse overeenkomsten op te nemen. De beheersorganisaties zijn tegen deze beschikking in beroep gegaan en hangende dit beroep hebben zij verzocht om de uitvoering hiervan op te schorten. Dit verzoek is afgewezen.⁶²

PRS/BUMA

Het bleek echter dat de praktijk weerbarstiger was dan de theorie want concurrentie op de markt voor licentieverlening kwam zelfs na de CISAC-beschikking niet van de grond. PRS, de Engelse collectieve beheersorganisatie, heeft namelijk kort na deze beschikking bij de rechtbank Haarlem een kort geding aanhangig gemaakt tegen de Nederlandse collectieve beheersorganisatie BUMA. Zij vorderde dat BUMA verboden zou worden muziekllicenties voor onlinegebruik (via satelliet, kabel of internet) van het PRS-repertoire buiten Nederland aan te bieden, af te sluiten of daaraan uitvoering te geven. De voorzieningenrechter wees de vordering toe omdat BUMA op grond van de wederkerigheidsovereenkomsten eenvoudigweg niet het recht had om pan-Europese licenties uit te geven van auteurs wier portfolio was ondergebracht bij PRS. De uitspraak heeft tot gevolg dat het BUMA weliswaar niet meer op grond van de wederkerigheidsovereenkomsten verboden is om licenties te geven voor andere landen, maar dat zij nog steeds niet het recht heeft om licenties buiten

54 GvEA EG 28 juni 2004, zaak T-342/99, *Jur.* 2004 p. II-01785.

55 HvJ EG 10 juli 2008, zaak C-413/06, n.n.g., r.o. 125.

56 GvEA EG 13 juni 2008, zaak T-229/08, n.n.g.

57 Beschikking Commissie d.d. 3 oktober 2007 in zaak COMP/M.3333, Pb.EU 2008 C94/09, *Sony/BMG*.

58 Beschikking Commissie d.d. 16 juli 2008 in zaak COMP/C2/38.698, Pb.EU 2008 C 323/12, *CISAC*.

59 Rb. Haarlem 19 augustus 2008, LJN BE8765.

60 Besluit op bezwaar NMa d.d. 2 april 2008, zaak 3295/133, *Fresh FM/BUMA* en Besluit NMa d.d. 21 december 2007, zaak 4070/22, *XS4All/BUMA*.

61 HvJ EG 11 december 2008, zaak C-52/07, n.n.g.

62 Zie Pres. GvEA 14 november 2008, zaak T-401/08 R, *STT/Commissie*, n.n.g.; Pres. GvEA 14 november 2008, zaak T-398/08 R, *ZAIKS/Commissie*, n.n.g.; Pres. GvEA 14 november 2008, zaak T-410/08 R, *GEMA/Commissie*, n.n.g.; Pres. GvEA 20 november 2008, zaak T-533/08 R, *SIAE/Commissie*, n.n.g.; Pres. GvEA 5 december 2008, zaak T-425/08 R, *KODA/Commissie*, n.n.g.

Nederland te verstrekken.⁶³ De beschikking heeft het dus nog steeds niet mogelijk gemaakt een pan-Europese licentie af te nemen bij een collectieve beheersorganisatie in Europa. *To be continued.*

Fresh FM / BUMA en XS4All / BUMA

De NMa heeft zich in 2008 ook twee keer over de mededingingsrechtelijke positie van beheersorganisaties gebogen. In de *Fresh FM*-zaak is de NMa uitgebreid ingegaan op de vraag of de tarieven die BUMA hanteert voor het beheeren van het portfolio van auteurs zijn aan te merken als een vorm van uitbuiting (van haar klanten) of uitsluiting (van concurrenten). Ten aanzien van de eerste vraag heeft zij onderzocht of de tarieven aan te merken zijn als excessief en zij concludeert dat dit niet het geval is. Zij past daarbij een internationale tariefvergelijking toe, waaruit blijkt dat de tarieven kort gezegd onvoldoende afwijken van de tarieven die andere collectieve beheersorganisaties hanteren. Ook het argument dat het repartitiesysteem van BUMA tot gevolg heeft dat auteurs soms betaald krijgen voor niet-gespeelde muziek en vice versa kan volgens de NMa niet als misbruik worden aangemerkt (auteurs kunnen ervoor kiezen om zich niet bij BUMA aan te sluiten). Ook de tweede vraag, of sprake is van uitsluiting, wordt door de NMa afgewezen. Ten eerste is BUMA niet actief op de markt waarop Fresh FM actief is, zodat zij geen prikkel heeft om Fresh FM uit te sluiten. Ten tweede heeft BUMA haar prijzen inmiddels aangepast zodat geen sprake meer is van tariefdifferentiatie: er worden weliswaar staffels gehanteerd die er in de praktijk toe kunnen leiden dat verschillende regionale stations een verschillend tarief per inwoner betalen, maar mede gelet op het lage bedrag van de vergoedingen acht de NMa het onwaarschijnlijk dat dit in de praktijk tot uitsluiting zal leiden. Ook in de beslissing op bezwaar wijst zij de klacht af.

In de *XS4All*-zaak heeft de NMa zich over een ander aspect van het handelen van BUMA gebogen: BUMA zou misbruik maken van haar machtspositie door te vergen dat haar leden het volledige auteursrecht aan BUMA overdragen, zowel voor het bestaande als het toekomstige repertoire. Ook hiervan is volgens de NMa geen sprake. De NMa erkent dat door technologische ontwikkelingen auteurs onder omstandigheden mogelijk hun repertoire gratis via het internet ter beschikking willen stellen (en dat de eis van BUMA in beginsel hiermee in strijd zou zijn), maar zij meent dat BUMA ook aan deze vraag voldoet door de pilot die is opgezet door BUMA en Creative Commons, waarbij auteurs de mogelijkheid wordt geboden om hun materiaal voor niet-commerciële doeleinden te verspreiden via het internet. Bovendien neemt het merendeel van de auteursrechtgebruikers op dit moment een *blanket license* af voor het gehele repertoire van BUMA: het ligt dus niet voor de hand dat gebruikers ten aanzien van muziekstukken afzonderlijk zullen onderhandelen met licentiegevers. Tot slot geeft BUMA auteurs de mogelijkheid om bepaalde exploitatievormen of territoria uit te sluiten van de overdracht.

63 Ook de Duitse collectieve beheersorganisatie GEMA is in een *ex-parte* kort geding in Duitsland verboden om pan-Europese licenties te verstrekken, zo begrijpen wij: zie D.J.G. Visser, 'Zusterorganisaties in het auteursrecht', *AMI* 2009, p. 14.

64 Rb. Haarlem 3 oktober 2008, LJN BF7320.

Kanal 5

Naast uitsluitel over de manieren waarop BUMA haar geld int en auteursrechtelijk beschermd materiaal beheert, hoopten wij dat in 2008 in het *Kanal 5*-arrest van het HvJ EG verduidelijking zou worden gegeven over de mogelijkheid om als collectieve beheersorganisatie te discrimineren in het kader van de licentieverlening. Dit is van belang omdat de klassieke maatstaf voor ongeoorloofde prijsdiscriminatie (waarbij de geoorloofde prijs grotendeels samenhangt met de kosten van de aanbieder) moeilijk toepasbaar is op informatieproducten want de marginale kosten zijn voor de licentiegever immers nihil.

De Zweedse commerciële televisiestations Kanal 5 en TV 4 hadden geklaagd bij de Zweedse mededingingsautoriteit dat de collectieve beheersorganisatie STIM, die licenties voor tv-uitzending uitgaaf, de Zweedse publieke omroep andere tarieven in rekening bracht dan Kanal 5 en TV 4 en dat dit ongeoorloofde prijsdiscriminatie inhield. Aan Kanal 5 en TV 4 werden de tarieven berekend aan de hand van de inkomsten uit de voor publiek bestemde uitzendingen, reclames en abonnementen. Na een aantal procedurele verwikkelingen vraagt de verwijzende rechter in beroep – kort gezegd – (1) of sprake is van misbruik wanneer een vergoeding wordt berekend aan de hand van de inkomsten van een televisiezender en (2) of het misbruikelijk is als verschillende vergoedingsmodellen worden gehanteerd jegens publieke respectievelijk commerciële televisiezenders.

In dit arrest heeft het HvJ EG zich echter slechts in bedekte termen uitgelaten over de mogelijkheid van een collectieve beheersorganisatie om discriminatoire vergoedingsmodellen te hanteren. Het HvJ EG heeft bepaald dat een vergoedingsmodel in beginsel gebaseerd mag zijn op de inkomsten van de licentienemer. De voorwaarde hiervoor is wel dat de gelicentieerde muziek in grote lijnen in verhouding moet staan tot de inkomsten van deze zenders en er geen andere methode is waarmee het gebruik van deze werken het kijkcijfer nauwkeuriger kan worden geïdentificeerd en gekwantificeerd, zonder dat de beheerkosten onevenredig worden verhoogd. Het HvJ EG heeft bovendien bepaald dat een verschillende berekeningsmethode voor royalties misbruikelijk kan zijn, als ten opzichte van deze televisiezenders ongelijke voorwaarden worden toegepast bij gelijkwaardige prestaties en hun daarmee nadeel wordt berokkend bij de mededinging zonder dat een dergelijke praktijk objectief kan worden gerechtvaardigd. Deze maatstaf was al bekend en geeft de nationale rechter helaas weinig houvast hoe hij deze vraag in de praktijk zou moeten oplossen.

Curiosum: aftrek van boete Commissie/NMa bij belasting en de rol van de Commissie als *amicus curiae*

Tot slot willen wij een opmerkelijk curiosum vermelden dat een kruising is van het mededingingsrecht en het belastingrecht. Op 3 oktober 2008 heeft de rechtbank Haarlem bepaald dat een boete die door de NMa was opgelegd, niet in aanmerking komt voor belastingaftrek.⁶⁴ De NMa had in 2006 een boete opgelegd voor een kartelovertrekking in de groenvoorzieningssector. De eiser stelde zich op het standpunt dat de boetes geheel of gedeeltelijk een voordeelontnemend karakter hebben en daarom niet onder de aftrekuitsluiting van de Wet Inkomstenbelasting zouden vallen.

De rechtbank stelt echter vast dat, hoewel de gedragingen waarvoor de boetes zijn opgelegd het zakelijk belang van de onderneming hebben gediend en dus in beginsel voor aftrek in aanmerking zouden komen, de aftrekuitsluiting van de Wet Inkomstenbelasting hieraan in

de weg staat. Daarin is bepaald dat geldsommen betaald aan de Staat ter voldoening van een bestuurlijke boete 'die is gericht op bestrafing van degene die een gedraging in strijd met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift pleegt' niet van de belasting kunnen worden afgetrokken. De rechtbank is van oordeel dat de bestuurlijke boete opgelegd door de NMa een punitief karakter heeft omdat er primair rekening wordt gehouden met de ernst en duur van de overtreding, terwijl het behaalde voordeel bij deze beoordeling van ondergeschikt belang is. Ook het feit dat bij de berekening wordt gekeken naar de omzet is geen reden om aan het punitief karakter te twijfelen want als deze boete een voordeelontnemend effect zou moeten hebben, dan zou ook rekening moeten worden gehouden met de kosten van de overtreder.

Dit staat in contrast met een in 2006 gewezen zaak waarin dezelfde rechtbank een boete van de Commissie wel aftrekbaar achtte.⁶⁵ De rechtbank oordeelde dat deze boete zowel punitieve als voordeelontnemende elementen bevat, maar naar onze mening is die redenering niet overtuigend. De rechtbank komt tot deze conclusie omdat uit de verordening op grond waarvan de boete is opgelegd niet zou blijken dat deze een punitief karakter heeft en in de boeterichtsnoeren van de Commissie bovendien is aangegeven dat het bedrag van de geldboete een afschrikwekkend karakter moet hebben (waaruit de rechtbank afleidt dat de boete ten minste gelijk dient te zijn aan het bedrag van de voordelen die zijn behaald met opzettelijke inbreuken op het kartelverbod).

Het is dan ook begrijpelijk dat de Commissie in het hoger beroep bij het Gerechtshof Amsterdam in 2007 wilde deelnemen en dat heeft aanleiding gegeven tot een interessant vraagstuk dat hieraan raakt: of de Commissie kan optreden als *amicus curiae* in een nationale belastingprocedure.⁶⁶ De Commissie had in het hoger beroep dat de Belastingdienst had ingesteld aan het gerechtshof kenbaar gemaakt dat zij als *amicus curiae* in de zaak schriftelijke opmerkingen wilde indienen. Het gerechtshof twijfelt echter of de geïntroduceerde mogelijkheid van de Commissie om te interveniëren als *amicus*, zich beperkt tot 'echte' mededingingsrechtzaken, of dat deze zich ook uitstrekt tot zaken die hieraan slechts raken (zoals deze zaak waar het Nederlands belastingrecht centraal staat). Het Gerechtshof acht een brede uitleg van deze interventiemogelijkheid redelijkerwijs voor twijfel vatbaar en schorst de procedure om prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ EG.

Tot slot

De door ons gesignaleerde ontwikkelingen in 2008 zullen naar verwachting ook in 2009 verder vorm geven aan het Europese en nationale mededingingsrecht.

Met de Richtsnoeren betreffende markt afschermend misbruik heeft de Commissie een belangrijke stap gezet naar een meer economische benadering bij de beoordeling onder artikel 82 EG-Verdrag. Weliswaar was deze tendens al eerder ingezet in zaken zoals *Wanadoo*⁶⁷ en *Téléfonica*,⁶⁸ maar het is onze verwachting dat de Commissie de nieuwe richtsnoeren ook zal aangrijpen om meer misbruiken met een markt afschermend effect te onderzoeken. Hetzelfde geldt mogelijk voor de handhaving door de NMa onder artikel 24 Mw, welk artikel het afgelopen jaar in de gereedschapskist van de NMa ongebruikt is gebleven.⁶⁹ De Commissie zal daarnaast in 2009 mogelijk (concept-) richtsnoeren publiceren die zien op uitbuitende vormen van machtsmisbruik. Voor de verdere ontwikkeling van een meer economische benadering onder artikel 82 EG-Verdrag is in

het bijzonder van belang in hoeverre het HvJ EG bereid is het nieuwe beleid van de Commissie te accepteren. Deze vraag zal waarschijnlijk in ieder geval deels worden beantwoord: het is de verwachting dat het HvJ EG nog dit jaar uitspraak zal doen in de hiervoor genoemde *France Télécom*-zaak over de beoordeling van afbraakprijzen door een dominante onderneming.

Ook de privatisering van het mededingingsrecht zal in 2009 verder zijn beslag krijgen. In vervolg op het gepubliceerde Witboek over schadevergoedingsacties is de Commissie voornemens om in 2009 met concrete wetsvoorstellen te komen die erop zijn gericht schadevergoedingsacties onder het gemeenschapsrecht te vergemakkelijken.⁷⁰ Afhankelijk van het succes van de Commissie in de *liftenkartel*-zaak zullen mogelijk meer civiele schadevergoedingsacties worden ingesteld. De kredietcrisis heeft misschien tot gevolg dat meer civiele geschillen over non-concurrentiebedingen aanhangig zullen worden gemaakt.

Ten slotte is het onze verwachting dat mededingingsautoriteiten ook in 2009 hun handhavingsbevoegdheden veelvuldig zullen gebruiken en de grenzen ervan zullen opzoeken. Mededingingsautoriteiten zullen meer bedacht zijn op ondernemingen die elkaar opzoeken om de financiële tegenwind gezamenlijk te weerstaan en daarbij mogelijk de mededingingsregels overtreden. De NMa heeft reeds op de gevaren van dergelijk handelen voor de concurrentie gewezen en aangekondigd hard tegen inbreukmakers te zullen optreden.⁷¹

65 Rb. Haarlem 22 mei 2006, LJN AX7112.

66 Hof Amsterdam 12 september 2007, LJN BB3356.

67 Beschikking Commissie d.d. 16 juli 2006 in zaak COMP/38.233, *Wanadoo*.

68 Beschikking Commissie d.d. 4 juli 2007 in zaak COMP/38.784, Pb. EU 2008 C83, *Telefonica S.A.*

69 Wij hebben twee besluiten gevonden waarin de NMa in 2008 heeft geoordeeld over mogelijke overtredingen van artikel 24 Mw. In zaak 5985, Stichting Auteursdomein/Centraal Boekhuis heeft de NMa in bezwaar het oordeel gehandhaafd dat een door van Stichting Auteursdomein ingestelde klacht ongegrond was. In de zaak 3353, *CR Delta* diende de NMa naar aanleiding van een uitspraak van de rechtbank Rotterdam een nieuw besluit te nemen over een in 2003 geconstateerde overtreding van artikel 24 Mw.

70 Mededeling van de Commissie, *Wetgevings- en werkprogramma van de Commissie voor 2009*, COM(2008) 712, p. 6.

71 Persbericht van de NMa van 28 januari 2009: crisis geen vrijbrief voor verboden afspraken.