

Op zoek naar een gebalanceerde interpretatie van het begrip doelbeperking in het mededingingsrecht. Vormt *Cartes bancaires* een keerpunt? Verkennende toepassing op informatie-uitwisselingen

Grégoire Ryelandt en Emmelie Wijckmans¹

I. Inleiding	777
II. <i>Cartes bancaires</i> in het licht van 50 jaar rechtspraak van het Hof van Justitie	778
A. Wisselwerking tussen doelbeperkingen en gevolgbeperkingen	778
B. Kwalificatie van een doelbeperking	778
<i>i. Restrictieve interpretatie</i>	778
<i>ii. In concreto onderzoek</i>	779
<i>iii. Voornemen van de betrokken partijen is geen noodzakelijk element</i>	780
<i>iv. Gebrek aan een exhaustieve lijst van doelbeperkingen</i>	780
<i>v. Doelbeperkingen hebben steeds een merkbare invloed op de mededinging</i>	781
<i>vi. Geen beoordeling van de gevolgen op de mededinging</i>	781
<i>vii. Vrijstelling van het verbod in artikel 101, 1. VWEU en IV.1, § 1 WER</i>	782
C. Doelbeperkingen zijn niet gelijk aan Amerikaanse “per se”-inbreuken	782
D. Waar staan we nu?	783
III. Doelbeperkingen in de sfeer van informatie-uitwisselingen	783
A. De richtsnoeren van de Europese Commissie inzake informatie-uitwisseling	783
B. Eenzijdige openbaarmaking van informatie	784
<i>i. De Europese praktijk</i>	785
<i>ii. De praktijk in de lidstaten</i>	785
<i>iii. Conclusie</i>	786
IV. Bescherming van de fundamentele rechten	787
V. Conclusie	788

SAMENVATTING

Reeds sinds de jaren '60 heeft het Hof zich gebogen over de invulling van het concept “doelbeperking”. Deze oefening heeft echter tot heel wat onduidelijkheid geleid over het onderzoek dat vereist is en welke gedragingen als doelbeperkingen kunnen worden gekwalificeerd. De restrictieve invulling van doelbeperkingen in het recente arrest *Cartes bancaires* dient te worden aangemoedigd. Alleen zeer duidelijke gevallen mogen onder de categorie “doelbeperkingen” vallen. In lijn hiermee dient de positie van de Europese Commissie in haar richtsnoeren inzake de beoordeling van informatie-uitwisseling kritisch heroverwogen te worden. In het geval van signalling moet de interventie van mededingingsautoriteiten beperkt blijven tot de duidelijke gevallen. De mededingingsautoriteiten moeten onmiskenbare bewijzen hebben dat de onderneming als doel had rekening te houden met de reactie van concurrenten op deze uitlatingen alvorens zijn eigen marktgedrag definitief te bepalen.

RÉSUMÉ

La Cour s'est, dès les années 60, penchée sur la question de la définition d'une “restriction par objet”. Cet exercice a conduit à beaucoup de confusion quant à l'analyse pertinente et aux types de comportements qui peuvent être qualifiés de restrictions par objet. L'interprétation restrictive de cette notion dans le récent arrêt *Cartes bancaires* doit être encouragée. Seuls les cas très clairs peuvent tomber dans le champ des “restrictions par objet”. Dans cette optique, la position de la Commission européenne dans ses lignes directrices sur l'appréciation des échanges d'infor-

¹ Mr. RYELANDT en Mr. WIJCKMANS zijn werkzaam bij Crowell & Moring te Brussel. Wij danken Willem VAN BRUWAENE en Ben SCHEPERS graag voor hun hulp bij dit project. De inhoud blijft geheel voor rekening van de auteurs.

mation doit être reconsidérée de manière critique. En ce qui concerne le phénomène du signalling, l'intervention des autorités de la concurrence doit être limitée aux cas ne souffrant aucune discussion. Les autorités de la concurrence doivent posséder des preuves incontestables que l'entreprise avait l'intention de tenir compte des réactions des concurrentes à ses déclarations avant de déterminer définitivement son comportement sur le marché.

I. INLEIDING

1. Weinig arresten zijn zo enthousiast becommentarieerd door auteurs en advocaten als het arrest gewezen door het Hof van Justitie op 11 september 2014 in de zaak *Cartes bancaires*². Onmiddellijk na de publicatie van dit arrest hebben veel advocaten de hoop geuit dat dit arrest het startsein zou zijn van een meer redelijke interpretatie van het begrip “doelbeperkingen” of “strekkingen” in het mededingingsrecht:

*“EU High Court adopts narrow interpretation of ‘by object’ restrictions”*³

*“[...] the judgment in Cartes bancaires does demarcate boundaries to the use of the ‘object’ restriction to establish violations of Article 101 TFEU. [...] In practice the result is likely to be that European competition authorities will have to limit the ‘by object’ approach to classical forms of collusion, like price fixing and market allocation between competitors and certain territorial restraints in vertical relations”*⁴.

*“The Judgment is to be welcomed mainly as a statement, or cautionary message, from the Court in reaction to an often discussed trend on the excessive use and abuse of the ‘object shortcut”*⁵.

2. Waar gaat deze discussie eigenlijk over? Vormt *Cartes bancaires* inderdaad een keerpunt in de rechtspraak van het Hof van Justitie met belangrijke implicaties op de toepassing van artikel 101 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (“VWEU”) en de equivalente nationale bepalingen door de Europese Commissie, de nationale mededingingsautoriteiten en de rechtbanken?

Artikel 101 VWEU en de equivalente nationale bepalingen in de lidstaten bevatten een verbod op overeenkomsten of gedragingen die “ertoe strekken of ten gevolge hebben” dat ze de mededinging verhinderen, beperken of vervalsen. Er wordt dus een onderscheid gemaakt tussen overeenkomsten of gedragingen die tot doel hebben de mededinging te beper-

ken (“doelbeperkingen”), en overeenkomsten en gedragingen die dit tot gevolg hebben (“gevolgbeperkingen”). Het belang van dit onderscheid ligt vooral in het verschil in bewijslast dat op de Europese Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten rust. Anders dan bij gevolgbeperkingen, moet bij doelbeperkingen niet worden aangetoond dat de gedragingen gevolgen hebben op de mededinging. Bovendien worden doelbeperkingen vaak geacht de meest ernstige inbreuken te zijn, waardoor ze bestraft worden met zwaardere boetes.

3. In het eerste deel van deze bijdrage kijken we naar de belangrijkste stappen in de rechtspraak van het Hof van Justitie vanaf het arrest *Société technique minière* in 1966 om te bepalen of *Cartes bancaires*, een bevestiging, een (r)evolutie of een terugkeer vormt van de bepaling van de grens tussen overeenkomsten met een mededingingsbeperkende strekking en de overeenkomsten met mededingingsbeperkende gevolgen. Onze stelling is dat *Cartes bancaires* – na de uitspattingen sinds het zeer controversiële *T-Mobile*-arrest in 2009 – een welgekomen evolutie vormt, die duidelijk steunt op de vroegere rechtspraak van het Hof van Justitie.

In het tweede deel van deze bijdrage analyseren we de gevolgen van deze evolutie op het gebied van informatie-uitwisselingen en de eenzijdige openbaarmaking van informatie, ook wel *signalling* genoemd. We zullen zien dat bedrijven en hun adviseurs aanvullende richtsnoeren van het Hof van Justitie goed zouden kunnen gebruiken. Er zijn immers nog veel grijze zones, hetgeen ten koste gaat van de rechtszekerheid.

We beëindigen deze bijdrage met een paar opmerkingen over de balans tussen de bescherming van de fundamentele rechten van ondernemingen en particulieren en het belang om gedragingen te kunnen categoriseren voor een efficiënt mededingingsbeleid, in het licht van *Cartes bancaires*.

² HvJ 11 september 2014, C-67/13 P, *Cartes bancaires*, ECLI:EU:C:2014:2204 (te raadplegen via www.curia.eu).

³ LATHAM en WATKINS, *Client Alert News Flash* van 16 september 2014, “By Object” Restrictions of Competition Revisited: European Court of Justice Endorses Narrow Interpretation” (vrije vertaling: Europese Hof van Justitie neemt enge interpretatie aan van “beperking naar strekking”).

⁴ www.stibbe.com/en/news/2014/october/competition-law-newsletter-october-2014 (vrije vertaling: [...] de uitspraak in *Cartes bancaires* bakent grenzen af voor het gebruik van beperking naar “strekking” om schendingen van art. 101 VWEU vast te stellen. [...] In de praktijk is het waarschijnlijk resultaat dat Europese mededingingsautoriteiten hun “naar strekking”-benadering zullen moeten beperken tot klassieke vormen van collusie, zoals prijsafspraken en marktallocatie tussen concurrenten en bepaalde territoriale beperkingen in verticale relaties).

⁵ chillingcompetition.com/2014/09/17/10-comments-on-the-ecjs-judgment-in-case-c-6713-p-groupement-des-cartes-bancaires/ (vrije vertaling: de uitspraak moet worden onthaald als een stelling, of een waarschuwing, van het Hof als reactie op een vaak bediscussieerde trend van buitensporig gebruik en misbruik van de “strekking shortcut”).

II. *CARTES BANCAIRES* IN HET LICHT VAN 50 JAAR RECHTSPRAAK VAN HET HOF VAN JUSTITIE

4. De discussie over doelbeperkingen valt op het Europees niveau onder het toepassingsgebied van artikel 101 van het VWEU en op het Belgisch niveau van artikel IV.1 van het nieuwe Wetboek economisch recht (“WER”). Deze bepalingen verbieden, algemeen genomen, overeenkomsten tussen ondernemingen⁶ die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Deze ruime bepaling is sinds lange tijd een twistpunt. Eén van deze twistpunten is de invulling van het concept overeenkomsten “die ertoe strekken” de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen, ook wel “doelbeperkingen” of “strekingsbedingen” genoemd. De beslissingen van de Europese Commissie en de rechtspraak van het Hof van Justitie spelen hierin een centrale rol. Hierna worden de voornaamste (al dan niet opgeloste) discussiepunten besproken.

A. Wisselwerking tussen doelbeperkingen en gevolgbeperkingen

5. Artikelen 101 VWEU en IV.1 WER beschrijven twee mogelijke scenario’s, met name overeenkomsten die ertoe strekken de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen, of overeenkomsten die dit tot gevolg hebben. Het Hof heeft in zijn rechtspraak gaandeweg uiteengezet hoe deze scenario’s zich tot elkaar verhouden.

Reeds in 1966 gaf het Hof van Justitie in *Consten & Gründig*⁷ een belangrijke verduidelijking over de wisselwerking tussen deze twee scenario’s. Het Hof stelde namelijk dat bij overeenkomsten waarvan wordt vastgesteld dat ze tot doel hebben de mededinging te beperken, niet meer moet worden aangetoond dat ze dit ook tot gevolg hebben (zie *infra*).

In *Société technique minière*⁸ verduidelijkte het Hof verder dat de twee scenario’s een alternatief karakter hebben. Er moet bijgevolg eerst worden nagegaan of de overeenkomst ertoe strekt de mededinging te beperken. Enkel wanneer zou blijken dat dit niet het geval is, moet worden nagegaan of het een beperking van de mededinging tot gevolg heeft⁹.

Het Hof van Justitie legde tot slot in *Beef Industry Development Society en Barry Brothers* uit dat “[h]et onderscheid tussen ‘inbreuken met mededingingsbeperkende strekking’

en ‘inbreuken met mededingingsbeperkende gevolgen’ verband [houdt] met de omstandigheid dat bepaalde vormen van collusie tussen ondernemingen uit hun aard kunnen worden geacht schadelijk te zijn voor de goede werking van de mededinging”¹⁰.

B. Kwalificatie van een doelbeperking

6. Artikel 101 VWEU of IV.1 WER bevat geen indicaties over de kwalificatie van een gedraging of een overeenkomst als een doelbeperking. De beslissingspraktijk van de Europese Commissie, en vooral de rechtspraak van het Hof van Justitie te Luxemburg, hebben een belangrijke rol gespeeld in de verdere invulling van dit begrip. Hierna wordt uiteengezet wat de huidige stand van zaken is.

i. Restrictieve interpretatie

7. Reeds zeer vroeg heeft het Hof van Justitie duidelijk gemaakt dat doelbeperkingen gedragingen zijn die duidelijk “slecht” zijn. In *Société technique minière* stelde het Hof in die zin dat er bij deze gedragingen van een “voldoende mate van benadeling der concurrentie sprake is”¹¹.

De zoektocht van het Hof naar een verdere invulling en afbakening van het begrip doelbeperking heeft echter tot veel onduidelijkheid geleid. In *BIDS* verstrekte het Hof de enigszins behulpzame verduidelijking dat inbreuken met mededingingsbeperkende strekking “vormen van collusie tussen ondernemingen [zijn die] uit hun aard kunnen worden geacht schadelijk te zijn voor de goede werking van de mededinging”¹². Het Hof hernam deze bewoordingen in *Expedia*¹³.

In *T-Mobile* trok het Hof de categorie van gedragingen echter uitermate ver open door te stellen dat “van een mededingingsbeperkende strekking reeds sprake is wanneer de onderling afgestemde feitelijke gedraging negatieve gevolgen voor de mededinging kan hebben. Met andere woorden, het volstaat dat zij concreet, gelet op de juridische en economische context ervan, de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt **kan** verhinderen, beperken of vervalsen”¹⁴ (benadrukking toegevoegd).

⁶ Dit verbod geldt ook voor besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Wat hierna over “overeenkomsten” wordt gezegd, geldt ook voor dergelijke besluiten en gedragingen.

⁷ HvJ 13 juli 1966, nrs. 56/64 en 58/64, *Etablissements Consten en Gründig-Verkaufs-GmbH / Commissie*, Jur. 1966, r.o. 342.

⁸ HvJ 30 juni 1966, nr. 56/65, *Société technique minière / Maschinenbau Ulm*, Jur. 1966, 392, p. 414.

⁹ Bij beoordeling van het bedrag van de geldboete zal weliswaar wel naar de gevolgen van de overeenkomst moeten worden gekeken (Gerecht 10 maart 1992, T-14/89, *Montedipe SpA / Commissie*, Jur. 1992, II-01160, r.o. 264).

¹⁰ HvJ 20 november 2008, C-209/07, *Beef Industry Development Society en Barry Brothers* (*‘BIDS’*), Jur. 2008, I-08637, r.o. 17 en HvJ 13 december 2012, C-226/11, *Expedia*, voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu, r.o. 36.

¹¹ HvJ 30 juni 1966, nr. 56/65, *Société technique minière / Maschinenbau Ulm*, p. 414-415.

¹² HvJ 20 november 2008, C-209/07, *Beef Industry Development Society en Barry Brothers* (*‘BIDS’*), r.o. 17.

¹³ HvJ 13 december 2012, C-226/11, *Expedia*, r.o. 36. Zie ook HvJ 14 maart 2013, C-32/11, *Allianz Hungária*, nog niet gepubliceerd in Jur., r.o. 35 en HvJ 4 juni 2009, C-8/08, *T-Mobile Netherlands e.a.*, Jur. 2009, I-04529, r.o. 29.

¹⁴ HvJ 4 juni 2009, C-8/08, *T-Mobile Netherlands e.a.*, Jur. 2009, I-04529, r.o. 31.

Ook in *Pierre Fabre* deed het Hof afstand van de noties uit *Société technique minière* en *BIDS* met de volgende vreemde redenering: “Aangaande overeenkomsten die een selectief distributiestelsel vormen, heeft het Hof reeds opgemerkt dat deze noodzakelijkerwijs de mededinging op de gemeenschappelijke markt beïnvloeden (arrest van 25 oktober 1983, nr. 107/82, *AEG-Telefunken / Commissie, Jur.*, p. 3151, punt 33). Dergelijke overeenkomsten moeten bij gebreke van een objectieve rechtvaardiging, worden geacht ‘ertoe te strekken de mededinging te beperken’”¹⁵.

8. Het arrest van het Hof in *Cartes bancaires* kwam dan ook als een welgekomen intoming van de afbakening van doelbeperkingen. Het Gerecht had in deze zaak nog geoordeeld dat het begrip “inbreuk met een mededingingsbeperkend doel **niet restrictief** hoeft te worden uitgelegd”¹⁶ en “deze overeenkomst of dit besluit moet met andere woorden, gelet op de juridische en economische context ervan, in concreto **eenvoudigweg** de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt kunnen verhinderen, beperken of vervalsen.”¹⁷ (benadrukking toegevoegd). Advocaat-generaal WAHL trok deze stellingen reeds zwaar in twijfel in zijn opinie¹⁸. Het Hof is de advocaat-generaal hierin gevolgd, en oordeelde dat het Gerecht “ten onrechte [heeft] geoordeeld dat het begrip mededingingsbeperkende ‘strekking’ niet ‘restrictief’ hoeft te worden uitgelegd. Dit begrip kan uitsluitend worden toegepast op bepaalde soorten van coördinatie tussen ondernemingen, die de mededinging in die mate nadelig beïnvloeden dat de effecten ervan niet behoeven te worden onderzocht”¹⁹. Het Hof bevestigde bovendien voor het eerst²⁰ dat de eerdere vaststelling dat bepaalde gedragingen leiden tot mededingingsbeperkende gevolgen, een relevante factor is bij de kwalificatie ervan als doelbeperking²¹.

9. Er kan over worden gediscussieerd in welke mate het Hof in *Cartes bancaires* ingaat tegen zijn arrest in *BIDS* of *Expedia*, waarin het Hof, zoals hierboven reeds aangehaald, stelde dat het gedragingen betreft die “uit hun aard kunnen worden geacht schadelijk te zijn voor de goede werking van de mededinging”. Het is in elk geval duidelijk dat het Hof

een restrictieve invulling van het concept doelbeperkingen vereist, waaronder enkel de duidelijke gevallen ressorteren. Het is dus niet voldoende dat de gedragingen de mededinging “eenvoudigweg” “kunnen” verhinderen.

ii. In concreto onderzoek

10. De Europese Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten mogen zich niet beperken tot een onderzoek in *abstracto* van de gedragingen alvorens deze als doelbeperkend te kwalificeren. Er is een uitgebreid en individueel onderzoek vereist²². Reeds in *Société technique minière* stelde het Hof dat de economische context in aanmerking moet worden genomen bij de beoordeling van doelbeperkingen²³. Het is intussen vaste rechtspraak dat bij de beoordeling van het mededingingsbeperkende karakter van een overeenkomst de bewoordingen en oogmerken van de overeenkomst in overweging worden genomen, en dat gekeken wordt naar de economische en juridische context ervan²⁴.

11. In *Allianz Hungária* voegde het Hof echter nieuwe factoren toe aan het onderzoek:

“Bij de beoordeling of een overeenkomst ‘naar haar strekking’ mededingingsbeperkend is, moet worden gelet op de bewoordingen en doelen ervan, alsmede op de economische en juridische context. Bij de beoordeling van die context moet ook rekening worden gehouden met de aard van de betrokken goederen of diensten en de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de betrokken markt of markten.”²⁵.

Puur acadamis is het interessant om kort een zijweggetje in te slaan, en aan te stippen hoe het Hof hier op zijn civielrechtelijk best (of slechtst) toe is gekomen. Het Hof verwijst in *Allianz Hungária* naar punt 21 van zijn arrest in *Expedia*²⁶. De bespreking in die paragraaf betrof evenwel het merkbaarheids criterium. Het Hof verwijst in deze paragraaf in *Expedia* dan weer naar paragraaf 49 van zijn arrest in *Asnef-Equifax*²⁷. In deze paragraaf besprak het Hof echter een gevolgbeperking. Indirect past het Hof in *Allianz Hun-*

15. HvJ 13 oktober 2011, C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, Jur.* 2011, I-09419, r.o. 39.

16. Gerecht 29 november 2012, T-491/07, *Cartes bancaires*, r.o. 124 (voor vertaling zie HvJ 11 september 2014, C-67/13 P, *Cartes bancaires*, r.o. 55).

17. Gerecht 29 november 2012, T-491/07, *Cartes bancaires*, r.o. 125 (voor vertaling zie HvJ 11 september 2014, C-67/13 P, *Cartes bancaires*, r.o. 55).

18. Concl. Adv. Gen. WAHL 27 maart 2014, C-67/13 P, *Cartes bancaires*, r.o. 63-74.

19. HvJ 11 september 2014, C-67/13 P, *Cartes bancaires*, r.o. 58.

20. Dit was bv. wel reeds voorgedragen in de conclusie van advocaat-generaal CRUZ VILLALÓN van 25 oktober 2012 in de zaak C-32/11, *Allianz Hungária*, r.o. 65 en in de richtsnoeren betreffende de toepassing van art. 101, 3. van het verdrag, *Pb.* 2004, C. 101/97, para. 21.

21. HvJ 11 september 2014, C-67/13 P, *Cartes bancaires*, r.o. 51.

22. Concl. Adv. Gen. WAHL van 27 maart 2014 in de zaak C-67/13 P (*Cartes bancaires*), r.o. 40.

23. HvJ 30 juni 1966, nr. 56/65, *Société technique minière / Maschinenbau Ulm*, p. 414.

24. Zie in die zin HvJ 8 november 1983, gevoegde zaken nrs. 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 en 110/82, *LAZ International Belgium e.a. / Commissie, Jur.* 1983, 03371, r.o. 25; HvJ 20 november 2008, C-209/07, *Beef Industry Development Society en Barry Brothers*, r.o. 16 en 21; HvJ 11 september 2014, C-67/13 P, *Cartes bancaires*, r.o. 53 en Gerecht 27 september 2006, T-168/01, *GlaxoSmithKline, Jur.* 2006, II-02981, r.o. 116. De beoordeling van de context heeft er overigens al toe geleid dat ondanks een *prima facie*-vaststelling van een doelbeperking, de gedraging alsnog buiten het toepassingsgebied van art. 101 VWEU viel (HvJ 19 april 1988, nr. 27/87, *Erauw-Jacquery / La Hesbignonne, Jur.* 1988, 01935).

25. HvJ 14 maart 2013, C-32/11, *Allianz Hungária*, r.o. 36.

26. HvJ 13 december 2012, C-226/11, *Expedia*.

27. HvJ 23 november 2006, C-238/05, *Asnef-Equifax, Jur.* 2006, I-11145.

gária dus een onderzoek toe dat gestoeld is op de analyse van gevolgbeperkingen.

Allianz Hungária introduceert dus een beperkte gevolganalyse die case-by-case moet worden toegepast bij de beoordeling van doelbeperkingen. Het Hof heeft deze analyse hernomen in *Cartes bancaires*:

“Volgens de rechtspraak van het Hof moet bij de beoordeling of een overeenkomst tussen ondernemingen of een besluit van een ondernemersvereniging de mededinging in die mate nadelig beïnvloedt dat zij kan worden geacht een mededingingsbeperkende ‘strekking’ in de zin van artikel [101, 1. VWEU] te hebben, worden gelet op de bewoordingen en de doelstellingen ervan, alsook op de economische en juridische context. Bij de beoordeling van die context moet ook rekening worden gehouden met de aard van de betrokken goederen of diensten en met de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de betrokken markt of markten (zie in die zin arrest *Allianz Hungária Biztosító e.a.*, EU:C:2013:160, punt 36 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).”²⁸.

12. Deze uitbreiding naar een quasi-gevolgbeperkingsonderzoek moet evenwel enigszins genuanceerd worden, doordat het Hof in een eerdere passage van zijn arrest in *Cartes bancaires* bevestigt dat het “essentiële juridische criterium om uit te maken of een coördinatie tussen ondernemingen een dergelijke mededingingsbeperkende ‘strekking’ heeft, samenvalt met de vraag of die coördinatie **op zich** de mededinging in voldoende mate aantast”²⁹ (benadrukking toegevoegd).

Het is niet helemaal duidelijk hoe deze twee passages met elkaar moeten worden verzoend. Het lijkt echter verdedigbaar dat het uitgangspunt nog steeds is dat doelbeperkingen een restrictieve categorie gedragingen betreft die zodanig ernstig zijn dat de gevolgen ervan op de mededinging niet moeten worden vastgesteld, maar dat bij de beoordeling van de gedragingen ook voldoende aandacht moet worden besteed aan de concrete context waarbinnen deze plaatsvinden.

iii. Voornemen van de betrokken partijen is geen noodzakelijk element

13. Ondanks het feit dat doelbeperkingen gedragingen zijn die “ertoe strekken” de mededinging te beperken, is het vaste rechtspraak dat het voornemen van de partijen geen noodzakelijk element is voor de beoordeling van een doelbeperking³⁰. Zo is het niet noodzakelijk om aan te tonen dat de partijen wisten dat ze het mededingingsrecht schonden³¹. Dit neemt echter niet weg dat de Europese Commissie of het Hof van Justitie in zijn beoordeling wel rekening kan houden met het voornemen van de partijen³².

iv. Gebrek aan een exhaustieve lijst van doelbeperkingen

14. Er bestaat geen heldere – laat staan exhaustieve – lijst van gedragingen die als doelbeperking worden gekenmerkt. Een indicatie van de gedragingen die als doelbeperkingen worden gekwalificeerd, is terug te vinden in het *Staff Working Document*³³ dat de Europese Commissie publiceerde naar aanleiding van haar nieuwe De Minimisededeling (zie *infra*). De Europese Commissie geeft in het document vooreerst mee dat “hardcore”-beperkingen in het algemeen als doelbeperkingen worden beschouwd. Verder publiceert ze een lijst van gedragingen die als een “doelbeperking” worden beschouwd. Het gaat om de volgende overeenkomsten tussen concurrenten:

- prijsbinding (“price fixing”);
- marktverdeling (“market sharing”);
- productiebeperkingen (“output restrictions”);
- offertevervalsing (“bid rigging”);
- collectieve boycotovereenkomsten (“collective boycott agreements”);
- informatie-uitwisseling – toekomstige prijzen en hoeveelheden (“information sharing”);
- beperkingen op het verrichten van R&D en het gebruik van eigen technologie (“restrictions on carrying out R&D or using own technology”).

En volgende overeenkomsten tussen niet-concurrenten:

- verkoopbeperkingen voor een afnemer (“sales restrictions on buyers”);
- verkoopbeperkingen voor licentienemers (“sales restrictions on licensees”);

²⁸ HvJ 11 september 2014, C-67/13 P, *Cartes bancaires*, r.o. 53.

²⁹ HvJ 11 september 2014, C-67/13 P, *Cartes bancaires*, r.o. 57.

³⁰ HvJ 28 maart 1984, gevoegde zaken C-29/83 en 30/83, *Compagnie Royale Asturienne des Mines (‘CRAM’)*, *Jur.* 1984, 01680, r.o. 26 en HvJ 20 november 2008, C-209/07, *Beef Industry Development Society en Barry Brothers (‘BIDS’)*, r.o. 21.

³¹ HvJ 1 februari 1978, 19/77, *Miller / Commission*, *Jur.* 1978, 00132, r.o. 18 en Gerecht 21 februari 1995, T-29/92, *SPO e.a.*, *Jur.* 1995, II-00289, r.o. 356.

³² Zie HvJ 4 juni 2009, C-8/08, *T-Mobile Netherlands e.a.*, r.o. 27 en hierin geciteerde rechtspraak en HvJ 8 november 1983, gevoegde zaken nrs. 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 en 110/82, *IAZ International Belgium e.a. / Commissie*, r.o. 23 25 en richtsnoeren betreffende de toepassing van art. 101, 3. van het verdrag, reeds aangehaald in vn. 19, para. 22.

³³ Commission Staff Working Document, Guidance on restrictions of competition “by object” for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice, SWD(2014), 198.

- verkoopbeperkingen voor de leverancier (“sales restrictions on the supplier”);
- verticale prijsbinding (“resale price maintenance”).

De Europese Commissie geeft zelf aan dat de lijst niet exhaustief is en sluit niet uit dat door ontwikkelingen in de rechtspraak of de beslissingspraktijk van de Europese Commissie andere gedragingen als doelbeperkingen kunnen worden aangeduid. Wat deze overige, niet “hardcore”-doelbeperkingen betreft, heerste er sinds *Allianz Hungária* onzekerheid. Het Hof trok daar immers de zogenaamde “object-box” zeer ver open. Zoals hierboven reeds aangehaald, zette het Hof in *Cartes bancaires* weliswaar een stap terug. Hoewel het in zijn arrest verschillende malen naar *Allianz Hungária* verwijst, schrijft het Hof een restrictieve beoordeling van doelbeperkingen voor, met als essentieel kenmerk dat ze “op zich de mededinging in voldoende mate aantast”³⁴. Dit is echter nog steeds een vaag criterium, waardoor niet kan worden uitgesloten dat we in de toekomst nog voor verrassende aanvullingen op het lijstje komen te staan.

15. Directeur-generaal van het directoraat-generaal Mededinging van de Europese Commissie Italianer gaf in zijn toespraak “*The Object of Effects*” van 10 december 2014 een indicatie die wijst in de richting van een restrictieve invulling van doelbeperkingen door de Europese Commissie in navolging van *Cartes bancaires*:

“We draw several lessons from the case.

First, we must take particular care when we find an agreement to be a restriction by object if it does not bear an obvious resemblance to past cases where a restriction by object was established.

We also need to think twice before finding that agreements that may have a legitimate aim, such as preventing free riding, are a restriction by object. [...]

If we want to demonstrate that an agreement is so bad for competition that it is harmful ‘by its very nature’, then we must present a convincing argument based on the content, objectives and context of the agreement. This will be more demanding for new, unfamiliar types of agreement or con-

*duct, but will be normally rather straightforward for established types of restrictions by object such as cartels.”*³⁵.

v. Doelbeperkingen hebben steeds een merkbare invloed op de mededinging

16. Zoals het Hof onder meer in *Völk / Vervaecke*³⁶ schreef, moest tot voor kort bij elke vaststelling van een inbreuk op artikel 101 VWEU worden nagegaan of de overeenkomst een merkbare invloed heeft op de mededinging. In 2001 publiceerde de Europese Commissie een bekendmaking³⁷ om bijstand te verlenen bij de invulling van het concept “merkbare invloed”. De merkbaarheid werd vastgesteld aan de hand van de marktaandeelen van de betrokken partijen, en aan partijen met marktaandeelen onder de voorgeschreven grenzen werd een “safe harbour” geboden. De mededeling bond nationale mededingingsautoriteiten niet, maar deed wel dienst als leidraad³⁸.

17. In zijn antwoord op de vragen van het Franse Hof van Cassatie, stapte het Hof in *Expedia* echter af van deze leer, door te stellen dat er voor doelbeperkingen een “vermoeden” is dat er een merkbare invloed is op de mededinging³⁹. Volgend op dit arrest heeft de Europese Commissie een nieuwe de minimismededeling⁴⁰ gepubliceerd, waarin ze het *Expedia*-arrest als het ware codificeert. Dit heeft tot gevolg dat bij gedragingen die als doelbeperkingen worden gekwalificeerd, niet meer moet worden nagegaan of ze een merkbare invloed hebben op de mededinging, en dat de betrokken partijen niet meer kunnen genieten van de “safe harbour”. Met andere woorden, de positie van het Hof in het arrest *Expedia* heeft als gevolg dat doelbeperkingen niet meer kunnen ontsnappen aan de toepassing van artikel 101 VWEU via de “safe harbour” omdat ze altijd een merkbaar effect zullen hebben op de mededinging.

vi. Geen beoordeling van de gevolgen op de mededinging

18. Er is een alternativiteit tussen doel- en gevolgbeperkingen, zoals hiervoor reeds aangehaald. Hieruit volgt dat de

^{34.} HvJ 11 september 2014, C-67/13 P, *Cartes bancaires*, r.o. 53 en 57.

^{35.} ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2014_07_en.pdf. Vrije vertaling: We kunnen verschillende lessen trekken uit de zaak. Vooreerst moeten we een bijzondere voorzichtigheid aan de dag leggen wanneer we van oordeel zijn dat een overeenkomst een doelbeperking is indien het geen duidelijke gelijkens vertoont met eerdere zaken waarin een doelbeperking was vastgesteld. We moeten ook twee keer nadenken alvorens vast te stellen dat overeenkomsten die mogelijk een gerechtvaardigde doelstelling hebben, zoals het tegengaan van freeriden, een doelbeperking uitmaken [...]. Indien we willen aantonen dat een overeenkomst dermate slecht is voor de mededinging dat het “uit zijn aard” schadelijk is, dan moeten we een overtuigend argument voordragen gebaseerd op de inhoud, doelstellingen en context van de overeenkomst. Dit zal veeleisender zijn voor nieuwe, niet-vertrouwde types van overeenkomsten of gedragingen, maar zal in principe eerder duidelijk zijn voor gevestigde types van doelbeperkingen zoals kartels.

^{36.} HvJ 9 juli 1969, 5/69, *Völk / Vervaecke*, *Jur.* 1969, 00296.

^{37.} Bekendmaking van de Europese Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van art. 81, 1. van het verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, *Pb.* 2001, L. 368/13 (“de minimisbekendmaking”).

^{38.} De minimisbekendmaking, para. 4.

^{39.} HvJ 13 december 2012, C-226/11, *Expedia*, r.o. 37.

^{40.} Mededeling betreffende overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van art. 101, 1. van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, *Pb.* 2014, C. 291/1.

beoordeling of een overeenkomst een doelbeperking inhoudt, niet vereist dat wordt nagegaan welke de (mogelijke) gevolgen zijn van de overeenkomst op de mededinging. Reeds in *Consten en Gründig* bevestigde het Hof dat “bij de toepassing van artikel 85, paragraaf 1 op de concrete gevolgen ener overeenkomst geen acht meer behoeft te worden geslagen, wanneer eenmaal is gebleken dat zij ten doel heeft de concurrentie te verhinderen, te beperken of te vervalsen”⁴¹. Het Hof heeft dit verschillende malen bevestigd⁴². Dit betekent ook dat ondernemingen zich niet kunnen beroepen op het argument dat de markt ondanks de doelbeperking competitief is gebleven⁴³.

Van zodra de Europese Commissie of de nationale mededingingsautoriteiten van oordeel zijn dat het een doelbeperking betreft, moeten de effecten van de overeenkomst op de mededinging niet worden aangetoond om een schending van artikel 101 VWEU of de nationale equivalenten vast te stellen.

vii. Vrijstelling van het verbod in artikel 101, 1. VWEU en IV.1, § 1 WER

19. Bij wijze van uitzondering kunnen artikel 101, 3. VWEU en artikel IV.1, § 3 WER het verbod van artikel 101, 1. VWEU en IV.1, § 1 WER buiten toepassing verklaren.

20. Echter, zoals PADILLA schrijft, is het succesvol argumenteren van een rechtvaardiging na de vaststelling van een doelbeperking een “daunting task”⁴⁴. Zoals hierboven aangegeven, zijn veel doelbeperkingen ook “hardcore”-beperkingen. In de verticale richtsnoeren schrijft de Commissie expliciet dat bij een hardcore-beperking “wordt verondersteld dat de overeenkomst waarschijnlijk niet aan de voorwaarden van artikel 101, 3., beantwoordt”⁴⁵.

21. Er zijn dan ook weinig beslissingen waarin de Europese Commissie heeft aanvaard dat een doelbeperking gerechtvaardigd was. Dergelijke zeldzame beslissingen van

de Commissie zijn bijvoorbeeld *REIMS II*⁴⁶, *CECED*⁴⁷ en *Société Air France / Alitalia Linee Aeree Italiane*⁴⁸. De zaken in deze overeenkomsten bevatten respectievelijk afspraken over de kosten voor de behandeling van grensoverschrijdende post tussen de postexploitanten van verschillende lidstaten, een akkoord tussen fabrikanten over de stopzetting van de productie van energie-inefficiënte machines en de oprichting van een alliantie tussen Air France en Alitalia. Het betrof echter in al deze zaken een overeenkomst die onder het oude systeem van individuele notificaties van overeenkomsten bij de Commissie werd aangemeld. Er is ons geen nieuw precedent bekend sinds het einde van dit systeem meer dan 10 jaar geleden. Bovendien moesten de partijen in *Reims II* en *Société Air France / Alitalia Linee Aeree Italiane* bepaalde verplichtingen (“commitments”) naleven.

C. Doelbeperkingen zijn niet gelijk aan Amerikaanse “per se”-inbreuken

22. In het Amerikaans recht is paragraaf 1 van de Sherman Act het equivalent van de artikelen 101 VWEU en IV.1 WER. Voor de vaststelling van inbreuken werkt men in de VS met drie concepten: “per se”, “rule of reason” en “quick look”. Bij de vaststelling van een “per se”-inbreuk is er een “onweerlegbaar vermoeden van onwettigheid”⁴⁹, waarbij niet verder wordt nagegaan of de overeenkomst gerechtvaardigd is door pro-competitieve elementen⁵⁰. Als er geen sprake is van een “per se”-inbreuk, of als de rechtbank geen substantiële ervaring heeft met de desbetreffende praktijk, gaat het onder de “rule of reason”-test na of er sprake is van een “onredelijke handelsbeperking”⁵¹. Hierin wordt vaak een afweging gemaakt tussen de “pro-competitieve” en “anti-competitieve” gevolgen van de overeenkomst⁵². Tot slot is er ook de “quick look”-test, die als het ware tussen de “rule of reason” en de “per se”-behandeling valt. De test wordt met name toegepast bij gedragingen die “uit hun eigen verdacht”⁵³ zijn, hetgeen betekent dat het “aannemelijk lijkt dat die gedragingen, zonder afdoende motivering, de mededinging beperken en de uitvoer verminderen”^{54, 55}.

⁴¹ HvJ 13 juli 1966, 56/64 en 58/64, *Etablissements Consten en Grundig-Verkaufs-GmbH / Commissie, Jur.* 1966, 342, r.o. 516.

⁴² Zie bv. HvJ 8 juli 1999, C-199/92 P, *Hüls / Commissie, Jur.* 1999, I-04336, r.o. 158-166 en HvJ 15 oktober 2002, C-238/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij / Commissie, Jur.* 2002, I-08618, r.o. 491. In de horizontale richtsnoeren (zie vn. 60, para. 24) heeft de Europese Commissie duidelijk bepaald dat bij de vaststelling van een doelbeperking effectieve of potentiële effecten van de doelbeperkingen op de markt niet moeten worden nagegaan.

⁴³ Zie voorbeeld in de zaak HvJ 15 juli 1970, 41/69, *Chiemfarma / Commissie, Jur.* 1970, 00664, r.o. 126-127.

⁴⁴ J. PADILLA, “The elusive challenge of assessing information sharing among competitors under the competition laws” *OECD Policy Roundtables. Information Exchanges between Competitors under Competition Law 2010*, www.oecd.org/competition/cartels/48379006.pdf, 441.

⁴⁵ Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, *Pb.* 2010, C. 130/1, para. 47.

⁴⁶ Beschikking Commissie 15 september 1999, *REIMS II, Pb.* 1999, L. 275/17.

⁴⁷ Beschikking Commissie 24 januari 2000, *CECED, Pb.* 2000, L. 187/47.

⁴⁸ Beschikking Commissie 7 april 2004, *Société Air France / Alitalia Linee Aeree Italiane, Pb.* 2004, L. 362/17, 138.

⁴⁹ Originele tekst: “conclusive presumption of illegality”.

⁵⁰ E.T. SULLIVAN, H. HOVENKAMP en H. A. SHELANSKI, *Antitrust Law Policy and Procedure*, San Francisco (US), LexisNexis, 2009, 164.

⁵¹ Originele tekst: “unreasonable restraint of trade”.

⁵² E.T. SULLIVAN, H. HOVENKAMP en H. A. SHELANSKI, *Antitrust Law Policy and Procedure*, San Francisco (US), LexisNexis, 2009, 165.

⁵³ Originele tekst: “inherently suspect”.

⁵⁴ Originele tekst: “appears likely, absent an efficiency justification, to restrict competition and decrease output”.

⁵⁵ In re Massachusetts Bd. Of Optometry, 110 FTC 549, 561 (1988) (Verenigde Staten).

In *Montedipe*⁵⁶ trachtte de Europese Commissie een parallel te trekken met het Amerikaanse systeem. Het Gerecht leek haar hierin te volgen door te stellen dat “een zeer duidelijke inbreuk op artikel 85, 1. [...] in ieder geval in de weg staat aan de toepassing van de ‘rule of reason’, in de veronderstelling dat een dergelijke regel in het kader van het communautair mededingingsrecht zou kunnen worden toegepast, daar zij dan worden aangemerkt als zijnde ‘per se’ in strijd met de mededingingsregels”⁵⁷. In *Métropole* beslechtte het Gerecht deze discussie door duidelijk aan te geven dat zijn arresten zo moeten worden gelezen dat het bestaan van een “rule of reason” in het communautair mededingingsrecht twijfelachtig is⁵⁸. Het is recent nog een aantal keer bevestigd dat het Amerikaans en het Europees recht op dit vlak verschillen⁵⁹.

Doelbeperkingen kunnen dus niet gelijk worden gesteld aan “per se”-inbreuken op de Amerikaanse Sherman Act. In theorie is er op het Europese niveau inderdaad nog de mogelijkheid om op basis van eventuele pro-competitieve elementen inbreuken op artikel 101, 1. VWEU en de nationale equivalenten te rechtvaardigen⁶⁰. Zoals hierboven uiteengezet is dit in de praktijk echter een moeilijke opdracht, en is het onderscheid tussen doelbeperkingen en “per se”-inbreuken dus kleiner dan de theorie doet uitschijnen.

D. Waar staan we nu?

23. Sinds de jaren '60 heeft het Hof zich gebogen over de invulling van het concept “doelbeperking”. Reeds vroeg zijn

een aantal bakens uitgezet, waarbinnen de Europese Commissie en het Hof van Justitie op zoek zijn gegaan naar een verdere invulling. Deze oefening heeft echter tot heel wat onduidelijkheid geleid over het onderzoek dat vereist is en welke gedragingen als doelbeperkingen kunnen worden gekwalificeerd. Het arrest van het Hof in *Cartes bancaires* heeft hierbij niet voor een revolutie gezorgd, maar brengt ons terug naar de situatie van vóór de extensieve interpretatie van het begrip “doelbeperking” in *T-Mobile*. De principes waren immers reeds uiteengezet in de eerdere rechtspraak van het Hof, en het *Cartes bancaires*-arrest maakt louter komaf met een aantal van de onzekerheden. De lessen die directeur-generaal ITALIANER in zijn recente speech uit *Cartes bancaires* trok, lijken er op te wijzen dat we een voorzichtigere aanpak van de Europese Commissie – en waarschijnlijk ook de Belgische mededingingsautoriteit – mogen verwachten.

De restrictieve invulling van doelbeperkingen in *Cartes bancaires* en door ITALIANER dient te worden aangemoedigd. De vaststelling dat een bepaalde gedraging een doelbeperking inhoudt, ontdoet de Europese Commissie of de mededingingsautoriteiten immers van een dubbele bewijslast: de gevolgen en de merkbare impact op de mededinging moeten niet worden aangetoond. Gelet op de hoge boetes die kunnen worden gelinkt aan de vaststelling van een doelbeperking, is het des te belangrijker dat ze restrictief worden geïnterpreteerd. Alleen zeer duidelijke gevallen mogen dus onder de categorie “doelbeperkingen” vallen, en ondernemingen (en praktici) mogen hierbij niet voor verrassingen komen te staan.

III. DOELBEPERKINGEN IN DE SFEREN VAN INFORMATIE-UITWISSELINGEN

24. In de volgende paragrafen analyseren we eerst of de richtsnoeren van de Europese Commissie over de beoordeling van informatie-uitwisseling⁶¹ goede richtlijnen vormen voor de bepaling van het onderscheid tussen strekkingsbedingen en effectbedingen in het licht van het hierboven geschetste rechtskader.

Vervolgens zullen we onze aandacht vestigen op de mededingingsrechtelijke beoordeling van eenzijdige openbaar-makings van informatie. Hoewel dit onderwerp regelmatig is behandeld door mededingingsautoriteiten en becommentarieerd in de literatuur, zullen we zien dat de grens tussen

geoorloofde en ongeoorloofde communicatie uiterst onduidelijk is.

A. De richtsnoeren van de Europese Commissie inzake informatie-uitwisseling

25. Een correcte lezing van de richtsnoeren van de Europese Commissie over de beoordeling van informatie-uitwisseling vereist dat men rekening houdt met het feit dat de richtsnoeren iets meer dan een jaar na het arrest *T-Mobile* werden gepubliceerd.

⁵⁶. Gerecht 10 maart 1992, T-14/89, *Montedipe SpA / Commissie*, r.o. 258-262 en 265.

⁵⁷. Gerecht 10 maart 1992, T-14/89, *Montedipe SpA / Commissie*, r.o. 265.

⁵⁸. Gerecht 18 september 2001, T-112/99, *Métropole Télévision (M6) e.a. / Commissie*, Jur. 2001, II-02464, r.o. 72 en 76.

⁵⁹. Adv.-Gen. LÉGER deed in zijn conclusie van 10 juli 2001 in de zaak C-309/99 (*Wouters*) een beroep op de rule of reason (r.o. 104), maar werd hierin niet gevolgd door het Hof van Justitie. Adv.-Gen. WAHL bevestigde dan weer in zijn conclusie van 27 maart 2014 in de zaak C-67/13 P (*Cartes bancaires*) dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen het Europese systeem en het Amerikaanse (r.o. 31).

⁶⁰. Het Gerecht van Eerste Aanleg bevestigde in *Matra Hachette* inderdaad dat er “in beginsel geen anticoncurrentiële gedraging kan zijn waarvoor, hoe intens de gevolgen ervan ook op een bepaalde markt zijn, geen ontheffing kan worden verleend” (Gerecht 15 juli 1994, T-17/93, *Matra Hachette / Commissie*, Jur. 1994, p. II-00595, r.o. 85).

⁶¹. Hoofdstuk 2 bij de mededeling van de Europese Commissie: richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van art. 101 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Pb. 2011, C. 11/1. (“horizontale richtsnoeren”).

Zoals hierboven reeds aangegeven, trok het Hof in *T-Mobile* de categorie van doelbeperkingen ver open door ook potentiële beperkingen te dekken⁶². In het licht van het *T-Mobile*-arrest is het niet verrassend dat de Europese Commissie in de richtsnoeren aangeeft dat zij beschouwt dat beperkingen een mededingingsbeperkende strekking zullen hebben als ze “naar hun aard de mededinging **kunnen** beperken”⁶³. De Europese Commissie gaat evenwel verder dan het Hof van Justitie door aan te geven dat zij bij de beoordeling of een uitwisseling van informatie een mededingingsbeperkende strekking heeft, er rekening mee zal houden “of de informatie-uitwisseling **op zichzelf eventueel kan leiden tot een beperking van de mededinging**”⁶⁴ (benadrukking toegevoegd).

26. Deze finale tekst was zeker niet wat de belanghebbenden die de conceptrichtsnoeren hebben becommentarieerd – een paar maanden na het *T-Mobile*-arrest – voor ogen hadden. De samenvatting door de Europese Commissie van de opmerkingen op haar conceptrichtsnoeren⁶⁵ toont dat belanghebbenden de nadruk legden op het feit dat de Europese Commissie een zeer brede definitie van het begrip mededingingsbeperkende strekking hanteerde, dit terwijl de concepttekst geen referentie naar *potentiële* beperkingen bevatte. De ruime definitie van doelbeperkingen in de richtsnoeren is dus duidelijk ingegeven door de ruime interpretatie van dit begrip in het *T-Mobile*-arrest.

27. We hebben hierboven gezien dat het Hof in *Cartes bancaires* duidelijk afstand neemt van de ruime definitie van “doelbeperkingen” in *T-Mobile*. Hiermee brengt het ons terug naar de situatie van zijn oudere rechtspraak die een restrictieve invulling van het concept doelbeperkingen inhield waaronder enkel de duidelijke gevallen ressorteren. Een potentiële beperking van de mededinging is hierbij niet voldoende om te oordelen dat er sprake is van een doelbeperking.

Men kan dus stellen dat de positie van de Europese Commissie in de richtsnoeren inzake de beoordeling van informatie-uitwisseling kritisch heroverwogen dient te worden in het licht van de recentere rechtspraak. Ons inziens betekent dit alleszins dat de richtsnoeren⁶⁶ op twee plaatsen niet meer actueel zijn:

– randnr. 24: “Van mededingingsbeperkende strekking is

sprake bij beperkingen welke naar hun aard de mededinging kunnen beperken in de zin van artikel 101, 1.” We zijn van mening dat het werkwoord “kunnen” verwijderd dient te worden;

– in randnr. 72 dient ons inziens om dezelfde reden de laatste zin als volgt aangepast te worden: “Daarbij zal de Commissie er rekening mee houden of de informatie-uitwisseling **op zichzelf leidt tot een beperking van de mededinging**” (de benadrukte passage zou “op zichzelf eventueel kan leiden” vervangen)⁶⁷.

28. Dit neemt niet weg dat de richtsnoeren van de Europese Commissie inzake de beoordeling van informatie-uitwisseling een nuttige leidraad vormen voor de beoordeling van het mededingingsbeperkende karakter van allerlei vormen van informatie-uitwisseling. Het beeld is echter genuanceerder dan het beeld dat wordt geschetst in de richtsnoeren.

B. Eenzijdige openbaarmaking van informatie

29. Sinds de publicatie van de herziene horizontale richtsnoeren van de Europese Commissie begin 2011⁶⁸ en de aankondiging van de opening van een onderzoek in de *liner shipping* sector door de Europese Commissie – op basis van het vermoeden dat de betrokken bedrijven regelmatige persberichten gebruiken om prijswijzigingen te coördineren, hetgeen prijsverhogingen als gevolg zou hebben⁶⁹ – stellen mededingingsjuristen zich de vraag wanneer de eenzijdige openbaarmaking van informatie in de praktijk in strijd is met artikel 101, 1. VWEU en/of IV.1, § 1 WER.

30. Voordat we deze vraag proberen te beantwoorden, formuleren we een paar terminologische opmerkingen. De Europese Commissie maakt in haar richtsnoeren over de beoordeling van informatie-uitwisseling een onderscheid tussen situaties “waarbij de voornaamste economische functie van een bepaalde gedraging in de uitwisseling van de informatie zelf besloten ligt” en de situaties waarbij informatie-uitwisseling plaatsvindt “in het kader van een ander soort horizontale samenwerkingsovereenkomst”⁷⁰. Binnen de eerste categorie dient vervolgens een nader onderscheid te worden gemaakt tussen de situaties waarbij “één onderneming strategische informatie doorgeeft aan een of meer concurrenten die dat aanvaarden”⁷¹ en de situaties waarbij “een

62. HvJ 4 juni 2009, C-8/08, *T-Mobile Netherlands e.a.*, Jur. 2009, I-04529, r.o. 43.

63. Horizontale richtsnoeren, randnr. 24.

64. Horizontale richtsnoeren, randnr. 72.

65. ec.europa.eu/competition/consultations/2010_horizontals/guidelines_nl.pdf.

66. We beperken ons hier tot de passages in de richtsnoeren die relevant zijn voor de beoordeling van de mededingingsbeperkende strekking van een bepaalde beperking.

67. Ons inziens geldt dit ook voor randnr. 21 van de mededeling van de Europese Commissie: richtsnoeren betreffende de toepassing van art. 81, 3. van het verdrag, *Pb.* 2004, C. 101/97.

68. Reeds aangehaald in vn. 60.

69. europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1144_en.htm.

70. Horizontale richtsnoeren, para. 56.

71. Horizontale richtsnoeren, para. 62.

onderneming eenzijdig een echte publieke aankondiging doet, bijvoorbeeld via een krant^{72, 73}.

31. De discussie in de volgende paragrafen is beperkt tot deze laatste situaties, ook *signalling* genoemd⁷⁴, waarbij één onderneming een publieke aankondiging doet in bijvoorbeeld een persbericht, een *analyst call* of tijdens een congres of beurs (in ieder geval niet uitsluitend aan een of meerdere concurrenten).

i. De Europese praktijk

32. Hoewel de Europese Commissie in haar richtsnoeren inzake de beoordeling van informatie-uitwisseling aangeeft dat *signalling* “in de regel geen onderling afgestemde feitelijke gedraging” vormt⁷⁵, voegt zij onmiddellijk toe dat “afhankelijk van de achterliggende feiten in de concrete zaak” publieke aankondigingen “een strategie zouden kunnen blijken te zijn om tot overeenstemming te komen over coördinatievoorwaarden”, zonder te verwijzen naar enig precedent om dit standpunt te onderbouwen⁷⁶.

33. Zover ons bekend, is er naast het nog lopende onderzoek in de *liner shipping*-sector, maar één andere zaak waarin de Europese Commissie ingreep in het geval van *signalling*. In de 30 jaar oude beschikking in de zaak *Wood Pulp*⁷⁷ oordeelde de Europese Commissie dat een stelsel van kwartaalopgaven door houtslipproducenten doelbewust was opgezet, “om kennis te kunnen nemen van de door hun concurrenten in telkens het volgende kwartaal toegepaste prijzen. Door deze prijzen geruime tijd vóór hun van kracht worden aan het begin van het nieuwe kwartaal door te geven aan derden, met name aan de pers en aan verkoopagenten die voor meer producenten werkzaam waren, was men er zeker van, dat de overige producenten ruimschoots de tijd hadden om zelf overeenkomstige nieuwe prijzen voor het

betrokken kwartaal op te geven en vanaf het begin van dat kwartaal toe te passen”⁷⁸. Het Hof van Justitie oordeelde dat de analyse van de Europese Commissie⁷⁹ onjuist was omdat geen enkele onderneming, op het moment van de prijsopgaven aan haar afnemers, enige zekerheid had over wat de anderen zouden doen⁸⁰.

Het is dus pas 30 jaar later dat de Europese Commissie het fenomeen *signalling* weer onder de aandacht brengt, zonder dat er vandaag meer duidelijkheid bestaat omtrent dit begrip. De richtsnoeren over de beoordeling van informatie-uitwisseling bieden in de praktijk een uiterst beperkte houvast. De enige uitzondering hierop is de indicatie van de Europese Commissie dat er sprake kan zijn van een inbreuk wanneer een eenzijdige openbaarmaking van informatie wordt gevolgd door publieke aankondigingen van andere concurrenten, met name wanneer nog correcties op de aankondigingen mogelijk zijn⁸¹. Het *liner shipping*-onderzoek loopt nog steeds maar de kans is groot dat de zaak binnenkort beslecht zal worden via een toezeggingsbeschikking, waarbij geen boete wordt opgelegd en geen inbreuk wordt vastgesteld.

ii. De praktijk in de lidstaten

34. De Nederlandse en de Engelse mededingingsautoriteiten hebben recent onderzoek gevoerd naar *signalling* in zaken die betrekking hadden op de telecommarkt in Nederland⁸² en de cementmarkt in het Verenigd Koninkrijk⁸³.

De Nederlandse telecomzaak⁸⁴

35. De Autoriteit Consument en Markt (“ACM”) legt in haar onderzoek de nadruk op twee publieke aankondigingen door een directeur van KPN in een paneldiscussie tijdens een congres en een interview in een gespecialiseerd vakblad.

⁷². Horizontale richtsnoeren, para. 63.

⁷³. BROUWER en COPPI maken een onderscheid tussen “schone” en “vervuilde” (bv. in het kader van een kartel) openbaarmaking van informatie (O. BROUWER en L. COPPI, “Eenzijdige openbaarmaking van informatie: waar ligt de grens?”, *M&M* 2014, afl. 6, 205-215).

⁷⁴. BROUWER en COPPI definiëren het begrip *signalling* als de situatie “wanneer een onderneming in het openbaar eenzijdige mededelingen doet waardoor individueel toekomstig marktgedrag wordt bekendgemaakt en dit de mededinging kan beïnvloeden”. Aangezien het inherent is dat mededelingen over individueel toekomstig marktgedrag de mededinging beïnvloeden, lijkt ons het tweede element in deze definitie overbodig.

⁷⁵. Zie vn. 5 waar reeds uitgelegd is dat onderling afgestemde feitelijke gedragingen ook vallen binnen het toepassingsbereik van art. 101, 1. VWEU en/of IV.1, § 1 WER. Onderling afgestemde feitelijke gedragingen worden gedefinieerd als “een vorm van coördinatie tussen ondernemingen, die, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico’s van de onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking”.

⁷⁶. Horizontale richtsnoeren, para. 63.

⁷⁷. Beschikking nr. 85/202 van de Europese Commissie, *Pb.* 1985, L. 85/1.

⁷⁸. HvJ 31 maart 1993, C-89/85, *Ahlström Osakeyhtiö e.a. / Commissie*, *Jur.* 1993, I-1575, r.o. 60.

⁷⁹. Op dat punt.

⁸⁰. HvJ 31 maart 1993, C-89/85, *Ahlström Osakeyhtiö e.a. / Commissie*, *Jur.* 1993, I-1575, r.o. 64.

⁸¹. Horizontale richtsnoeren, para. 63.

⁸². Besluit van de Autoriteit Consument en Markt in zaak 13.0612.53 van 7 januari 2014.

⁸³. Rapport van de Competition Commission van 14 januari 2014 in de *Aggregates, cement and ready-mix concrete market investigation* (hierna: Final report) (webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402141250/www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/2012/aggregates-cement-and-ready-mix-concrete/140114_aggregates_final_report.pdf). In het in vn. 72 vermeld artikel bespreken de auteurs ook het besluit van de Competition and Markets Authority van 20 januari 2011, zaak CE/8950/08, *RBS / Barclays*. Naar onze mening heeft deze zaak echter geen betrekking op *signalling* omdat het de unilaterale openbaarmaking van vertrouwelijke informatie betreft aan een concurrent (en enkel aan een concurrent).

⁸⁴. De auteurs verwijzen naar het artikel “Eenzijdige openbaarmaking van informatie: waar ligt de grens?” (O. BROUWER en L. COPPI, “Eenzijdige openbaarmaking van informatie: waar ligt de grens?”, *M&M* 2014, afl. 6, 205-215) voor een gedetailleerde analyse van deze zaak.

Bij de paneldiscussie had de directeur aangegeven dat KPN aansluitkosten zou herintroduceren, hetgeen diezelfde dag nog tot een reactie van ten minste één concurrent had geleid. Deze concurrent stelde te hopen dat KPN dit voornemen zou doorzetten. Toen de ACM binnenviel bij Vodafone en T-Mobile, stootte het op documenten die aantoonde dat ze de aankondigingen van KPN monitorde en dat ze aansluitkosten zouden herintroduceren als KPN dit zou doen. Dit is in de praktijk effectief gebeurd.

In een interview in een gespecialiseerd vakblad stelde dezelfde directeur dat KPN overwoog haar prijzen te verhogen omdat ze minder op marktaandeel zou focussen en meer op waarde. Hij voegde hier aan toe dat de plannen van KPN de toets van de concurrent moesten doorstaan. Alweer vond de ACM bewijzen dat concurrenten deze mededelingen hadden aangewend om hun gedrag aan te passen. De ACM oordeelde dat deze stellingen van KPN een indicatie gaven dat zij ook zou doorzetten met de prijsverhogingen, indien de concurrent zou volgen.

iii. Conclusie

36. Hoewel de ACM formeel geen inbreuk vaststelde – het publiceerde een toezeggingsbesluit – blijkt uit het besluit dat de ACM beschouwt dat publieke uitlatingen van een onderneming (i) die actief is op een geconcentreerde markt, (ii) over voorgenomen marktgedrag (iii) ten nadele van de consument (iv) waartoe binnen de onderneming nog niet definitief is besloten, (v) waarvan de onderneming zich bewust is dat bedoelde publieke aankondigingen worden gezien door concurrenten, en (vi) waarvoor bewijs bestaat dat concurrenten rekening hebben gehouden met deze uitlatingen, nadelige effecten kunnen hebben op de mededinging.

Het toezeggingsbesluit bevat geen duidelijke indicatie of de ACM van oordeel was dat deze gedragingen van KPN als doel hadden de mededinging te beperken. Het is niet duidelijk of de ACM soelaas zou hebben gevonden in de richtsnoeren van de Europese Commissie inzake de beoordeling van informatie-uitwisseling om te beslissen dat deze gedragingen doelbeperkingen vormen omdat die “*individuele gegevens [betreffen] inzake voorgenomen toekomstige prijzen of hoeveelheden*”⁸⁵.

Het vierde criterium – marktgedrag waartoe binnen de onderneming nog niet definitief is besloten – blijkt centraal in de analyse van de ACM⁸⁶. Het is zeer de vraag of de ACM

ook had ingegrepen in geval van mededelingen waartoe binnen de onderneming reeds definitief is besloten⁸⁷. Naar onze mening zou de ACM in een dergelijk geval sowieso niet hebben kunnen steunen op de in vorige paragraaf geciteerde passage van de richtsnoeren, aangezien die louter betrekking heeft op “*niet besloten*” toekomstige gedragingen⁸⁸.

Het cementonderzoek in het Verenigd Koninkrijk

37. In januari 2014 heeft de Competition Commission⁸⁹ haar rapport gepubliceerd over haar bevindingen van haar marktonderzoek in de markt voor aggregaten, cement en stortklaar beton. Dit is een uiterst geconcentreerde markt met vier spelers die een gezamenlijk marktaandeel van ca. 80% hebben.

De Competition Commission voerde onderzoek naar de brieven die deze producenten ten minste één keer per jaar aan hun afnemers – inclusief hun concurrenten die vaak tevens klant waren – toestuurd met voorgestelde herziene prijzen. Deze voorgestelde prijzen werden in de praktijk vaak onderhandeld met als gevolg dat de aangekondigde prijzen geen definitieve prijsbeslissingen vormden. De Competition Commission oordeelde dat deze brieven zouden kunnen worden gebruikt als een signaal van de verwachte uitkomst van prijsonderhandelingen met de respectievelijke klanten, hetgeen zou kunnen leiden tot een stabilisering van de marktaandelen en tot prijsparallelisme. Hoewel de Competition Commission niet oordeelde dat deze gedragingen in strijd zijn met artikel 101, 1. VWEU, concludeerde zij wel dat er een combinatie bestond van structurele en gedragskenmerken (lees “coördinatie”) die nadelige effecten hadden op de mededinging in het Verenigd Koninkrijk⁹⁰. Ze legde remedies op in de vorm van o.a. een verbod op het verzenden van generieke brieven met voorgestelde herziene prijzen voor alle producten (inclusief de producten die de desbetreffende klant niet afneemt).

38. De vraag is of er tendensen kunnen worden geïdentificeerd op het gebied van *signalling* aan de hand van de richtsnoeren van de Europese Commissie inzake de beoordeling van informatie-uitwisseling, het lopende Europese *liner shipping* onderzoek en de twee nationale zaken.

Het feit dat de Nederlandse en Britse mededingingsautoriteiten geen boetes oplegden – hetgeen de Commissie waarschijnlijk ook niet zal doen in de *liner shipping*-zaak – toont

⁸⁵. Horizontale richtsnoeren, randnr. 74.

⁸⁶. I. SONG (Shearman & Sterling (London) LLP), *Information exchange and price signalling between competitors*, 20 januari 2015, www.lawcareers.net/Information/BurningQuestion/Shearman-Sterling-London-LLP-Information-exchange-and-price-signalling-between.

⁸⁷. O. BROUWER, reeds aangehaald in vn. 72, 210.

⁸⁸. Dit standpunt wordt gedeeld in V. VEROUDEN en A. BOUTIN, “Information Exchanges” in F. WICKMANS en F. TUYTSCHAEVER (eds.), *Among Competitors Horizontal Agreements And Cartels In EU Competition Law*, Oxford, Oxford University Press, randnr. 11.27 en 11.29 en door O. BROUWER, reeds aangehaald in vn. 72, 211.

⁸⁹. Sinds 1 april 2014 de Competition and Markets Authority.

⁹⁰. Final report, para. 4.

aan dat *signalling*-zaken complex zijn en dat het lastig is voor mededingingsautoriteiten om inbreuken vast te stellen.

Wij zijn dan ook van mening dat de interventie van mededingingsautoriteiten in *signalling*-zaken beperkt moet blijven tot de duidelijke gevallen waarin bedrijven die (i) actief zijn in (zeer) geconcentreerde markten (ii) zich publiekelijk uitlaten (iii) over marktgedrag waartoe binnen de onderneming nog niet definitief is besloten⁹¹ (iv) ten nadele van de consument, en (v) waarvoor de mededingingsautoriteit onmiskenbare bewijzen heeft dat de onderneming als doel had rekening te houden met de reactie van concurrenten op deze uitlatingen alvorens zijn eigen marktgedrag definitief te bepalen.

IV. BESCHERMING VAN DE FUNDAMENTELE RECHTEN

40. De onduidelijkheden omtrent de grens tussen de gedragingen die worden beschouwd dermate beperkend voor de mededinging dat ze altijd⁹² in strijd met het mededingingsrecht zullen worden geacht (doelbeperkingen) en de andere gedragingen waarvoor eerst dient te worden aangetoond dat ze nadelig zijn voor de mededinging, is kenmerkend voor de moeilijke balans tussen aan de ene kant de fundamentele rechten van verdediging van ondernemingen en hun werknemers en aan de andere kant de wens van de wetgever (en van de mededingingsautoriteiten) om hun toezichtstaak zo efficiënt mogelijk in te vullen en hierbij zo weinig mogelijk middelen te mobiliseren voor ieder onderzoek.

Het is vaste rechtspraak dat de sancties die worden opgelegd voor de overtreding van de mededingingsregels moeten worden behandeld als strafsancities waardoor ze dus ook onderworpen zijn aan dezelfde beschermende maatregelen en procedurele regels als de strafsancities⁹³. De voormalige Raad voor de Mededinging heeft dit reeds in mei 2001 erkend⁹⁴ en dit werd bevestigd in het kader van de discussies omtrent de herziening van het Belgische mededingingsregime in 2005⁹⁵. Het Grondwettelijk Hof heeft deze interpretatie eveneens bevestigd⁹⁶.

Gelet op de passage in de bovengenoemde richtsnoeren dat “de uitwisseling tussen concurrenten van individuele gegevens inzake voorgenomen toekomstige prijzen of hoeveelheden” een doelbeperking is, is het risico reëel dat signaleringen die aan voormelde voorwaarden voldoen als doelbeperkingen zullen worden gekwalificeerd.

39. Een onbeantwoorde vraag is echter hoe moet worden aangetoond dat concurrenten geen rekening hebben gehouden met de eenzijdige uitlatingen. Een mogelijkheid is dat ze zich publiekelijk distantieëren van deze uitlatingen, maar dat lijkt onrealistisch in de praktijk.

Het “legaliteitsbeginsel” – *nullum crimen, nulla poena sine lege* – vervat in artikel 14 van de Grondwet en artikel 7 EVRM vereist een duidelijke wettelijke basis zonder dubbelzinnigheid voor het opleggen van boetes en sancties. De wettelijke basis voor het opleggen van strafsancities moet dus duidelijk en precies zijn en moet restrictief worden geïnterpreteerd zodat de betrokken personen zonder dubbelzinnigheid weten welke rechten en plichten hieruit voortvloeien en hun gedrag in functie hiervan kunnen aanpassen. Deze restrictieve interpretatie van sancties is een logisch gevolg van het legaliteitsprincipe, zoals bevestigd door het Hof van Cassatie in 1882⁹⁷, ⁹⁸.

Hoewel we het standpunt delen dat een efficiënt mededingingsbeleid gunstig is voor een goede werking van de markt, kan deze doelstelling niet ten koste gaan van de bescherming van het fundamentele recht van ondernemingen en hun werknemers om niet gesanctioneerd te worden als ze niet in strijd hebben gehandeld met een wettelijke norm. Dit pleit alweer voor een restrictieve interpretatie van het begrip “doelbeperkingen”.

⁹¹. Hoewel weinig informatie beschikbaar is over het *Liner Shipping*-onderzoek, blijkt dat het alweer zou gaan om nog niet besloten prijsbeslissingen (I. SONG (Shearman & Sterling (London) LLP), *Information exchange and price signalling between competitors*, 20 januari 2015, www.lawcareers.net/Information/BurningQuestion/Shearman-Sterling-London-LLP-Information-exchange-and-price-signalling-between).

⁹². Met uitzondering van de (theoretische) mogelijkheid van een vrijstelling o.g.v. art. 101, 3. VWEU of art. IV.1, § 3 WER.

⁹³. Zie ook voor één van de eerste bevestigingen van deze strafrechtelijke aard: EHRM 11 juli 1989, nr. 11598/85, *NV. Sténuit / Frankrijk*.

⁹⁴. Raad voor de Mededinging, beslissing van 23 mei 2001, nr. 2001-P/K-25, *I.T.B / S.N.C.B.*, BS 14 september 2001, p. 30.903.

⁹⁵. Wetsontwerp tot bescherming van de economische mededinging, *Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 51-K2180/001, p. 27.

⁹⁶. GwH 22 december 2011, nr. 197/2011 betreffende de prejudiciële vragen over de art. 44, 45 en 75 van het wetsontwerp tot bescherming van de economische mededinging.

⁹⁷. Cass. 29 mei 1882, *Pas.* 1882, I, p. 317; C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht*, Antwerpen, Maklu, 2011, 76.

⁹⁸. Zie voor een gedetailleerde discussie van de bescherming van de fundamentele rechten van ondernemingen in de sfeer van het Europees mededingingsrecht: T. BOMBOIS, *La protection des droits fondamentaux des entreprises en droit européen répressif de la concurrence*, Larcier, 2012.

V. CONCLUSIE

41. Zoals BROUWER terecht schrijft⁹⁹, maakt één zwaluw de lente (en al helemaal de zomer) niet. Het Hof van Justitie heeft in *Cartes bancaires* weliswaar een belangrijk signaal gegeven dat doelbeperkingen restrictief moeten worden geïnterpreteerd, maar het is koffiedik kijken in hoeverre de restrictieve invulling van doelbeperkingen door de Europese Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten en rechtscolleges zal worden gevolgd. We kunnen alleen maar

de wens uitspreken dat in de toekomst, *Cartes bancaires* indachtig, niet al te lichtzinnig meer wordt omgesprongen met de kwalificatie van gedragingen of overeenkomsten als doelbeperking. Het Hof van Justitie kan hierin een belangrijke rol spelen door in zijn toekomstige arresten de lijn van *Cartes bancaires* door te trekken, en beslissingen met een al te ruime invulling van doelbeperkingen af te wijzen.

⁹⁹ O. BROUWER, reeds aangehaald in vn. 72, 208.