Dit artikel uit Nederlands tijdschrift voor Europees recht is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor CMS Derks Star Busmann

De rechtspraak van het Hof van Justitie op het gebied van het mededingingsrecht: ontwikkelingen in de jaren 2013 en 2014

Mr. E. Oude Elferink en mr. E.L.G. Mattioli*

In het onderhavige artikel staan centraal de belangrijkste ontwikkelingen in de rechtspraak van het Hof van Justitie die zich in de jaren 2013 en 2014 hebben voorgedaan op het gebied van het mededingingsrecht.[1] In verband met de enorme productie van arresten en beschikkingen door het Hof van Justitie op dit terrein komen uitsluitend de meest in het oog springende zaken aan bod.[2]

Onderneming en Ondernemersvereniging

Het Hof van Justitie heeft zich gedurende de verslagperiode in een aanmerkelijk aantal zaken over de personele reikwijdte van het kartelverbod in artikel 101 VWEU uitgelaten. Ten aanzien van de beroepsorganisaties voor Portugese boekhouders, Italiaanse geologen en Italiaanse wegvervoerders is in prejudicieel verband beoordeeld of en in hoeverre zij als ondernemersvereniging in de zin van artikel 101 VWEU kunnen worden aangemerkt. De zaak Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas[3] betreft een in een reglement verankerde verplichting voor Portugese boekhouders om permanente opleidingscursussen bij de eigen beroepsorganisatie te volgen. De vaststelling van het betreffende reglement vormt volgens het Hof van Justitie niet de uitoefening van een overheidsprerogatief en belemmert bovendien de concurrentie. Dat het reglement geen rechtstreekse invloed op de economische activiteit van de boekhouders heeft, doet in dat verband niet ter zake. De mededinging kan ook worden belemmerd op de markt waarop de beroepsorganisatie zelf een economische activiteit uitvoert, te weten de markt voor het aanbieden van opleidingen. In de zaak Consiglio nazionale dei geologi[4] staat de door de beroepsorganisatie van geologen vastgestelde gedragsregel die strekt tot het hanteren van bepaalde minimumtarieven centraal. Een dergelijke regelvalt binnen het toepassingsbereik van het kartelverbod aangezien de betreffende organisatie optreedt als een regulerend orgaan van een beroep waarvan de uitoefening een economische activiteit is. Niet meer, en niet minder. Voorts gaat het Hof van Justitie in de zaak API[5] na of het *Osservatorio*, een beroepsorganisatie die minimumbedrijfskosten voor het wegvervoer in Italië vaststelt, als een verlengstuk van het openbaar gezag handelt. Dat is niet het geval in verband met het ontbreken van materiële, door de organisatie te respecteren, voorschriften die van overheidswege zijn opgelegd. Het kartelverbod bedoeld in artikel 101 VWEU vindt daarom toepassing. Deze analyse van het Hof van Justitie vindt overigens plaats in het kader van de toepassing van de nuttigeffectdoctrine.[6] Dit onderscheid met de eerder genoemde zaken hangt prima

* Mr. E. (Edmon) Oude Elferink is werkzaam als advocaat bij CMS in Brussel. Mr. E.L.G. (Evi) Mattioli is werkzaam als advocaat bij CMS in Brussel en is tevens verbonden als vrijwillig medewerkster aan de KU Leuven. De auteurs bedanken F. Pameijer voor zijn ondersteuning bij de totstandkoming van dit artikel.

1. Voor een vergelijkbare bespreking betreffende de jaren 2011 en 2012: E. Oude Elferink en E.L.G. Mattioli, 'De rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie op het gebied van het mededingingsrecht: ontwikkelingen in de jaren 2011 en 2012', NTER 2013/5, p. 159.
2. Zie voor een ander overzicht Y.E. de Muynck en D.J.M. de Grave, 'Kroniek rechtspraak Gerecht en Hof van Justitie EU eerste helft 2013', MP 2013/7, p. 236, Y.E. de Muynck en D.J.M. de Grave, 'Kroniek rechtspraak Gerecht en Hof van Justitie EU tweede helft 2013', MP 2014/3, p. 12, Y.E. de Muynck en D.J.M. de Grave, 'Kroniek rechtspraak Gerecht en Hof van Justitie EU eerste helft 2014', MP 2014/8, Y.E. de Muynck en D.J.M. de Grave, 'Kroniek rechtspraak Gerecht en Hof van Justitie EU tweede helft 2014', MP 2015/2. Voorts wordt verwezen naar R. Wesseling en H. Bergsma, 'Kroniek van het mededingingsrecht', NJB 2014/797 en R. Wesseling en J. Truijens Martinez, 'Kroniek van het mededingingsrecht', NJB 2015/736.
3. HvJ 28 februari 2013, zaak C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, ECLI:EU:C:2013:127.
4. HvJ 18 juli 2013, zaak C-136/12, *Consiglio nazionale dei geologi*, ECLI:EU:C:2013:489.
5. HvJ 4 september 2014, zaak C-184/13, *API*, ECLI:EU:C:2014:2147.
6. S.F.M. Vollering en T.D.O. van der Vijver, 'API, een noot over mededingingsbeperkingen en overheden', NTER 2015/5, p. 148.

doi: 10.5553/NtER/138241202015005009002

Dit artikel uit Nederlands tijdschrift voor Europees recht is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor CMS Derks Star Busmann

facie samen met de omstandigheid dat de Italiaanse bestuursrechter de besluiten van het *Osservatorio* als 'overheidsbesluiten' heeft aangemerkt.

De zaak Ordre national des pharmacies (ONP) e.a./Commissie[7] ziet ook het handelen van een beroepsorganisatie, maar hier vindt de beoordeling plaats door het Gerecht in het kader van een rechtstreeks beroep tot nietigverklaring. Centraal staat de boete van 5 miljoen euro die de Europese Commissie in 2010 aan de Franse orde van apothekers heeft opgelegd voor een inbreuk op artikel 101 VWEU. Die inbreuk bestond uit het nemen van besluiten die ertoe strekten laboratoriumgroepen, die vaak niet geheel in eigendom van leden van ONP waren, in hun marktactiviteiten te belemmeren en een minimumprijs voor biomedische analysen aan hen op te leggen. Het Gerecht stelt aan de hand van de in Wouters[8] neergelegde beginselen vast dat de gedragingen van ONP binnen de reikwijdte van het kartelverbod vallen omdat het een ondernemersvereniging is. Anders dan in Wouters gaat aan die vaststelling evenwel een nauwkeurige analyse vooraf aangaande de vraag of de Commissie het nemen van tuchtmaatregelen door de beroepsorganisatie ONP aan de inbreuk ten grondslag heeft gelegd, aangezien dat de uitoefening van een overheidsprerogatief zou hebben betekend. Het Gerecht oordeelt dat de Commissie enkel de dreiging met tuchtmaatregelen bij haar oordeel heeft betrokken, niet de oplegging ervan. Een subtiel, maar doorslaggevend verschil.

De zaak FNV Kiem[9] draait om beantwoording van prejudiciële vragen van het Gerechtshof Den Haag over de reikwijdte van het begrip onderneming.[10] Deze rechter heeft te oordelen over een vordering tot rectificatie ingesteld door FNV Kiem door de Nederlandse mededingingsautoriteit, inmiddels Autoriteit Consument & Markt. De vordering ziet op de mededeling in een visiedocument dat een bepaling in een collectieve arbeidsovereenkomst waarin minimumtarieven voor zelfstandige remplaçanten zijn neergelegd niet onttrokken is aan de werkingssfeer van artikel 6 Mededingingswet en artikel 101 VWEU.[11] Het Hof van Justitie overweegt dat zelfstandige remplaçanten, hoewel zij dezelfde werkzaamheid uitoefenen als werknemers, moeten worden aangemerkt als ondernemingen in de zin van artikel 101 VWEU en werkzaam zijn als ten opzichte van hun opdrachtgevers onafhankelijke marktdeelnemers. Een bepaling in een collectieve arbeidsovereenkomst die mede ten behoeve van bij de werknemersorganisatie aangesloten zelfstandigen is opgenomen, is niet het resultaat van collectieve onderhandelingen tussen sociale partners dat naar zijn aard buiten het toepassingsbereik van het kartelverbod valt. Dit ligt, aldus het Hof van Justitie, anders indien de remplaçanten in kwestie schijnzelfstandigen zouden zijn. Bij de beoordeling of dat het geval is, speelt met name een rol of de remplaçant zich niet in een ondergeschiktheidsrelatie met een orkest bevindt tijdens de duur van de contractuele verhouding en vergeleken met werknemers die hetzelfde werk verrichten over meer zelfstandigheid en flexibiliteit beschikt. Die flexibiliteit zou moeten zien op het tijdschema, de plaats en de wijze van uitvoering van de toevertrouwde taken, te weten de repetities en concerten. In het licht van deze overwegingen heeft het Gerechtshof Den Haag inmiddels vastgesteld dat zelfstandige remplaçanten als schijnzelfstandigen moeten worden beschouwd en dat het kartelverbod zich niet verzet tegen een cao-bepaling die een werkgever ertoe verplicht tegenover deze remplaçanten bepaalde minimumtarieven te hanteren.[12]

Mededingingsbeperking

Het onderscheid tussen overeenkomsten die ertoe strekken de mededinging te beperken en die welke een mededingingsbeperking tot gevolg hebben, maakt sinds het arrest van het Hof van Justitie in de zaak T-Mobile[13] een belangrijke jurisprudentiële ontwikkeling door. In dat verband moet de aandacht worden gevestigd op het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Allianz Hungária*.[14] Het gaat in deze zaak om bilaterale overeenkomsten tussen Hongaarse verzekeringsondernemingen en autodealers met een reparatiebedrijf. Daarin worden jaarlijks voorwaarden en tarieven neergelegd voor reparaties in geval van schade aan verzekerde voertuigen. De dealers hebben echter een dubbelrol: enerzijds repareren zij auto's voor rekening van de verzekeringsmaatschappijen en anderzijds bieden zij als tussenpersoon autoverzekeringen aan bij de verkoop of reparatie van een voertuig. In de overeenkomsten, waarover namens de dealers door de nationale vereniging van autodealers wordt onderhandeld, verbindt iedere verzekeringsmaatschappij zich ertoe dealers voor de reparatie van autoschade een hoger tarief te betalen indien haar eigen autoverzekeringen een bepaald percentage van de door de dealer verkochte verzekeringen uitmaken. De vraag of dergelijke overeenkomsten een mededingingsbeperkende strekking hebben, is door het Hongaarse hof van cassatie voorgelegd aan het Hof van Justitie. Het Hof van Justitie overweegt dat het onderscheid tussen inbreuken 'naar strekking' en inbreuken 'naar gevolg' verband houdt met de omstandigheid dat bepaalde vormen van

7. Gerecht 10 december 2014, zaak T-90/11, *ONP e.a./Commissie*, ECLI:EU:T:2014:1049.
8. HvJ 19 februari 2002, zaak C-309/99, *Wouters*, ECLI:EU:C:2002:98.
9. HvJ 4 december 2014, zaak C-413/13, *FNV Kiem*, ECLI:EU:C:2014:2411. Zie voor een bespreking F.J.L. Pennings, 'Exceptie van de mededingingsbepalingen voor (schijn)zelfstandigen: de zaak FNV Kiem', *NTER* 2015/4, p. 111, M.S. Wirtz, 'Concurrentiebeperking tussen werkenden', *MP* 2015/5, p. 13-21 en G.C. Boot, 'Groen Schroevers op losse schroeven?', *Arbeidsrecht* 2015/3, p. 3.
10. Gerechtshof Den Haag 9 juli 2013, zaak 200.082.997/01, FNV KIEM/Staat, ECLI:NL:GHDA:2013:5381.
11. 'Cao-tariefbepalingen voor zelfstandigen en de Mededingingswet', Visiedocument van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Den Haag, 2007.
12. Gerechtshof Den Haag 1 september 2015, zaak 200.082.997/001, FNV KIEM/Staat, ECLI:NL:GHDHA:2015:2305.
13. HvJ 4 juni 2009, zaak C-8/08, T-Mobile, ECLI:EU:C:2009:343.
14. HvJ 14 maart 2013, zaak C-32/11, *Allianz Hungária*, ECLI:EU:C:2013:160.

Dit artikel uit Nederlands tijdschrift voor Europees recht is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor CMS Derks Star Busmann

collusie naar hun aard kunnen worden geacht schadelijk te zijn voor de goede werking van de normale mededinging. Daaraan voegt het toe dat bij de beoordeling of een overeenkomst naar haar strekking mededingingsbeperkend is, rekening moet worden gehouden met de aard van de betrokken goederen of diensten en de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de markt. Dat is opvallend, want deze maatstaf lijkt eerder alleen te zijn toegepast bij de beoordeling van mededingingsbeperkende gevolgen. Het is de vraag of dit niet tot een ongewenste vervaging van het onderscheid tussen de twee begrippen leidt. Een ander interessant punt is voorts dat bij de beoordeling van de strekking van de voorliggende overeenkomsten volgens het Hof van Justitie betekenis moet worden toegekend aan de omstandigheid dat de verzekeringsmaatschappijen daarmee hun marktaandeel beoogden te behouden en uit te breiden. Dat leidt er in potentie toe dat vrijwel iedere overeenkomst tussen twee of meer ondernemingen de strekking heeft om de concurrentie te beperken. Om deze en andere redenen is in de literatuur opgemerkt dat het Hof van Justitie de notie van het strekkingsbeding te ver zou hebben opgerekt.[15]

Ongeacht of het Hof van Justitie bij nader inzien of dit oordeelook was toegedaan, is nadien in het arrest *Groupement des cartes bancaires*[16] een restrictievere toon aangeslagen. Groupement des cartes bancaires (CB) is het samenwerkingsverband van Franse bankinstellingen ten behoeve van interoperabiliteit van de verschillende betalingssystemen en van geldopname met betaalkaarten die door leden van het samenwerkingsverband zijn uitgegeven. In 2007 oordeelde de Commissie dat bepaalde tariefmaatregelen die in dit verband door bij CB aangesloten banken waren gemaakt een mededingingsbeperkende strekking hadden. Met de betreffende maatregelen werden namelijk kosten voor leden verhoogd, nieuwkomers op de markt van uitgifte van betaalkaarten belemmerd en inkomsten van leidende banken veiliggesteld. In het kader van het beroep in eerste aanleg heeft het Gerecht deze analyse als juist aangemerkt. In het kader van de hogere voorziening aanvaardt het Hof van Justitie de wijze van toepassing van het criterium betreffende een mededingingsbeperkende strekking door het Gerecht evenwel om twee redenen niet. Het essentiële juridisch criterium om uit te maken of een coördinatie tussen ondernemingen een dergelijke strekking heeft, valt namelijk samen met de vraag of die coördinatie op zich de mededinging in voldoende mate aantast. Daaraan is het Gerecht voorbijgegaan. Bovendien is ten onrechte geoordeeld dat het begrip mededingingsbeperkende strekking niet restrictief behoeft 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. In een ander geval zou de Commissie worden ontslagen van haar verplichting om de concrete effecten op de markt aan te tonen van overeenkomsten waarvan niet is bewezen dat zij naar hun aard schadelijk zijn voor de goede werking van de normale mededinging. Dat de in artikel 101 lid 1 VWEU bedoelde overeenkomsten geen uitputtende lijst van verboden gedragingen vormen, is in dit verband irrelevant. Het Hof van Justitie heeft de zaak teruggewezen naar het Gerecht om te beoordelen of de Commissie heeft bewezen dat de overeenkomst tot gevolg heeft dat de mededinging wordt beperkt.

In *Dole Food/Commissie*[17] en *Fresh del Monte/Commissie*[18] staat de boetebeschikking van de Commissie uit 2008 in de zaak Bananen[19] centraal. In deze beschikking heeft de Commissie vastgesteld dat aanbieders van bananen in de periode 1 januari 2000 tot 31 december 2002 hun referentieprijzen voor bananen die in het noordelijke deel van Europa in de handel werden gebracht, onderling hebben afgestemd. Dit was volgens de Commissie gebeurd door wekelijks bilaterale gesprekken te voeren waarbij de factoren werden besproken die relevant waren voor de prijsstelling van toekomstige referentieprijzen. Die referentieprijzen werden dan weer als basis gebruikt voor de daaropvolgende onderhandelingen met de afnemers. De reële prijs kon het resultaat zijn van wekelijkse onderhandelingen en beïnvloed zijn door eerdere afspraken. De Commissie besliste dat de uitwisseling van informatie had geleid tot onderling afgestemde feitelijke gedragingen die ertoe strekten de mededinging te beperken. Wat betreft de uitwisseling van informatie herinnert het Gerecht aan het beginsel dat iedere onderneming zelfstandig moet bepalen welk beleid zij op de markt zal voeren. De uitwisseling van informatie mag geen marktvoorwaarden creëren die niet overeenkomen met de normale voorwaarden op die markt en zo de onzekerheid over de werking van de betrokken markt verminderen of wegnemen. De betrokken uitwisseling van informatie verminderde die onzekerheid. Het volgt uit de beoordeling van de Commissie dat overleg over de referentieprijzen ook een beperkende strekking kan hebben, ook al staat het niet in rechtstreeks verband met de verbruikersprijzen. Intussen heeft het Hof van Justitie het oordeel van het Gerecht bevestigd.[20] Daarmee staat nu definitief vast dat uitwisseling van informatie binnen de Unie, en anders dan in bepaalde omringende jurisdicties, een mededingingsbeperkende strekking kan hebben.

15. Voor een analyse van dit arrest wordt verwezen naar G. Oosterhuis, 'Allianz: een beetje vaag en heel ongelukkig', *NTER* 2014/1, p. 25. Voor een ander geluid wordt verwezen naar de noot van M.R. Mok, *NJ* 2013/363.
16. HvJ 11 september 2014, zaak C-67/13P, *CB/Commissie*, ECLI:EU:C:2014:2204.
17. Gerecht 14 maart 2013, zaak T-588/08, *Dole Food/Commissie*, ECLI:EU:T:2013:130. Zie voor een beschrijving van de context C.E. Schillemans, 'Informatie-uitwisseling en het mededingingsrecht', *M&M* 2010/5, p. 176.
18. Gerecht 14 maart 2013, zaak T-587/08, *Fresh Del Monte/Commissie*, ECLI:EU:T:2013:129.
19. Beschikking van de Commissie van 15 oktober 2008, zaak COMP/39.188, *Bananen, PbEU* 2009, C 189/12.
20. HvJ 24 juni 2015, gevoegde zaken C-293/13P en C-294/13P, *Fresh Del Monte e.a./Commissie*, ECLI:EU:C:2015:416.

doi: 10.5553/NtER/138241202015005009002

Dit artikel uit Nederlands tijdschrift voor Europees recht is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor CMS Derks Star Busmann

Rechtvaardiging mededingingsbeperking

In de rechtspraak die het Hof van Justitie in de verslagperiode heeft geproduceerd komen vier uitzonderingen op het kartelverbod aan bod. Het betreft de nevenrestrictie, de beperking van de mededinging inherent aan een legitieme (niet-)economische doelstelling, de klassieke individuele uitzondering bedoeld in artikel 101 lid 3 VWEU en ten slotte de uitzondering voor openbare ondernemingen in artikel 106 lid 2 VWEU. In *MasterCard*[21] buigt het Hof van Justitie zich in de eerste plaats over de notie van nevenrestrictie. De betaalorganisatie MasterCard hanteert een internationaal betaalsysteem waarbij vier groepen betrokken zijn: banken die de kaarten uitgeven (emittenten), de consumenten, de handelaren, en banken die diensten verlenen op basis waarvan de handelaar een kaart als middel voor de afwikkeling van de transactie kan aanvaarden (acquirers). Volgens dit systeem betalen de acquirers voor iedere betaalkaartverrichting 'multilaterale fall-back afwikkelingsvergoedingen' (MFA's)[22] aan de emittenten. De acquirers rekenen op hun beurt handelaren een 'merchant service charge' (MSC) aan. Volgens de Commissie heeft MasterCard artikel 101 VWEU geschonden door, via de band van de MFA's, de grondslag van de MSC's te verhogen en aldus feitelijk een minimumtarief voor MSC's vast te leggen. MasterCard heeft in het kader van haar hogere voorziening echter betoogd dat het vastleggen van de MFA's noodzakelijk is voor de verwezenlijking van het systeem van betaalkaartverrichtingen en daarom moet worden gekwalificeerd als een nevenrestrictie. Het Hof van Justitie gaat in op de twee relevante voorwaarden voor een dergelijke kwalificatie: (1) de beperking moet objectief noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van de primaire transactie en (2) evenredig zijn met de doelstelling ervan. 'Objectief noodzakelijk' betekent, aldus het Hof van Justitie, 'strikt noodzakelijk'. Dat de primaire transactie bij ontbreken van de beperking moeilijker te realiseren is of minder winstgevend is, is niet voldoende. Het Hof van Justitie voegt toe dat een dergelijke strikte interpretatie niet leidt tot verwarring met het onmisbaarheidscriterium van artikel 101 lid 3 VWEU. De twee criteria streven namelijk andere doelstellingen na. Het criterium van objectieve noodzakelijkheid ziet op de vraag of het gevaar bestaat dat een primaire actie die niet in strijd is met de mededingingsregels, en waaraan een bepaalde beperking ondergeschikt is, zonder die beperking niet meer kan worden verwezenlijkt of voortgezet. Het criterium van onmisbaarheid heeft daarentegen betrekking op de vraag of een mededingingsbeperkende overeenkomst of activiteit onmisbaar kan worden geacht om de concurrentiebevorderende effecten van die overeenkomst of activiteit te realiseren. Bij de beoordeling of de beperking evenredig is aan de doelstellingen die ten grondslag liggen aan de primaire transactie, dat wil zeggen bij toetsing aan het tweede criterium, moet het bestaan van realistische alternatieven die de mededinging minder beperken in aanmerking worden genomen. Het gaat hier dan niet alleen om de situatie die zich zonder de restrictie zou voordoen, maar ook andere 'contrafactual' theorieën gebaseerd op realistische situaties kunnen bij een dergelijke afweging worden betrokken.

Het Hof van Justitie oordeelt in *MasterCard* in de tweede plaats over de beoordeling van de MFA's in het licht van artikel 101 lid 3 VWEU. In het arrest wordt verduidelijkt hoe een dergelijke beoordeling verloopt in het geval van tweezijdige markten. Ten aanzien van de eerste voorwaarde van artikel 101 lid 3 VWEU, het bestaan van efficiëntievoordelen, moet in een tweezijdige markt rekening worden gehouden met de eventuele voordelen die de beperkende maatregel genereert op de markt waarop de concurrentiebeperking is vastgesteld enerzijds en op eventuele verwante markten anderzijds. In het onderhavige geval moest het Gerecht niet alleen rekening houden met voordelen gegenereerd voor de handelaars op de acquiring markt, dat is de relevante markt, maar ook die voor de bij dit systeem betrokken consumenten op de emittentenmarkt, ofwel de verwante markt. In beginsel had moeten worden beoordeeld of de voordelen op de verschillende markten – tezamen beschouwd – opwogen tegen de nadelen voor de concurrentie op de acquiring markt. Het Hof van Justitie benadrukt evenwel dat in geval van aanvaarding van een beroep op artikel 101 lid 3 VWEU in elk geval vast moet staan dat ook enig merkbaar en objectief voordeel bestaat op de markt waarop de concurrentiebeperking een weerslag heeft. Het Gerecht had vastgesteld dat daarvan geen sprake was en zijn arrest behoefde daarom niet te worden vernietigd.

De vraag of een mededingingsbeperking inherent is aan een legitiem (niet-)economisch doel was voorwerp van de zaken Ordem dos Téchnicos Oficiais de Contas, Consiglio nazionale dei geologi en API. Hier wordt alleen de eerstgenoemde zaak belicht. Het reglement van de beroepsorganisatie van boekhouders in Portugal bevatte concurrentiebeperkingen ten aanzien van het aanbod van opleidingscursussen. Het Hof van Justitie houdt bij de beoordeling rekening met de algehele context waarbinnen het reglement is genomen en zijn werking ontplooit en, meer in het bijzonder, met de doelstellingen daarvan. Het stelt vast dat het reglement ertoe strekt de kwaliteit van de dienstverlening van beëdigde boekhouders te waarborgen. Voor zover het reglement een stelsel van verplichte permanente educatie instelt dat geschikt is om een noodzakelijke garantie van bij- en nascholing te bieden en aldus bijdraagt tot een goed beheer op het vlak van de boekhouding van bedrijven en belasting, draagt het daadwerkelijk bij tot het nastreven van dit doel. Het Hof van Justitie oordeelt echter dat de mededingingsbeperking door het reglement niet redelij-

21. HvJ 11 september 2014, zaak C-382/12P, *MasterCard*, ECLI:EU:C:2014:2201. Zie ook P. van Cleynenbreugel, 'Associations of undertakings and their decision in the wake of MasterCard', ECLR 2015, p. 283.
22. MFA's zijn van toepassing op grensoverschrijdende kaartbetalingen en worden alleen geïnd wanneer er tussen een emitterende en een wervende bank geen specifieke bilaterale afspraken over deze vergoedingen zijn.

doi: 10.5553/NtER/138241202015005009002

Dit artikel uit Nederlands tijdschrift voor Europees recht is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor CMS Derks Star Busmann

kerwijs noodzakelijk is voor het bereiken van het genoemde doel. Het aanbieden van cursussen van minder dan zestien uur heeft de beroepsorganisatie feitelijk aan zich te houden, terwijl zij er ook voor had kunnen kiezen om andere opleidingsinstellingen toe te laten maar een systeem van toezicht in te richten. De mededingingsbeperking kan daarom niet worden gerechtvaardigd met een beroep op de leer van de inherente beperkingen. Het feit dat niet aan het noodzakelijkheidscriterium is voldaan, staat ook in de weg aan toepassing van artikel 106 lid 2 VWEU, zo oordeelt het Hof van Justitie.

Enkele en voortdurende inbreuk

De zaak *Trelleborg/Commissie*[23] betreft een beroep tegen het besluit van de Commissie betreffende het kartel Olieslangen voor maritieme toepassingen.[24] Volgens de Commissie hadden elf ondernemingen deelgenomen aan een enkele complexe inbreuk tussen 1986 en 2007 die bestond uit het onderling toekennen van aanbestede opdrachten en markten, prijzen, quota's en verkoopvoorwaarden vaststellen en uitwisseling van informatie. In een zogenoemde 'tussenperiode' van mei 1997 tot juni 1999 zijn de kartelactiviteiten feitelijk gestaakt in verband met wrijvingen tussen de leden. In juni 1999 is de kartelvorming hervat in (vrijwel) ongewijzigde vorm. De Commissie oordeelde dat dit geen echte onderbreking van de inbreuk inhield. Er was sprake van één enkele *voortdurende* inbreuk of, als die kwalificatie niet op zou gaan, één enkele *voortgezette* inbreuk. Onder verwijzing naar artikel 25 lid 2 Verordening (EG) nr. 1/2003 betreffende verjaring,[25] bevestigt het Gerecht in zijn arrest dat dit twee verschillende juridische begrippen zijn. In het eerste geval doet de omstandigheid dat een kartel zich met meer of minder lange tussenpozen in verschillende tijdvakken manifesteert niet ter zake omdat de acties die deel uitmaken van een langdurig kartel één doel hebben en in het kader van één voortdurende inbreuk passen. Een dergelijke vaststelling dient te berusten op objectieve en onderling overeenstemmende aanwijzingen waaruit blijkt dat sprake is van een totaalplan. Dat laatste hangt onder andere af van de vraag of de betrokken praktijken dezelfde doelstellingen nastreven en of dezelfde ondernemingen hebben deelgenomen. In het tweede geval bestaan er duidelijke aanwijzingen voor een onderbreking van de karteldeelname door een onderneming, maar is voor het overige voor en na de tussenpauze één en hetzelfde doel nagestreefd en zijn de voorwaarden voor het bestaan van een totaalplan vervuld. Het Gerecht concludeert dat Trelleborg in het onderhavige geval niet aan een voortdurende inbreuk heeft deelgenomen. Daar waar vertegenwoordigers van andere ondernemingen in de tussenperiode activiteiten hebben ontplooid om het kartel nieuw leven in te blazen, gold dat niet voor Trelleborg. Voor enige betrokkenheid bij de multilaterale contacten is geen bewijs en moet worden uitgegaan van een daadwerkelijke onderbreking door Trelleborg van karteldeelname. Het gaat volgens het Gerecht te ver om aan die vaststelling de voorwaarde van publiek distantiëren te verbinden. Daar waar het gaat om toepassing van de notie van voortgezette inbreuk kan de deelname van de onderneming onderbroken zijn, zolang die onderneming vóór en na de onderbreking aan de inbreuk heeft deelgenomen en een en hetzelfde doel nastreefde. Het Gerecht aanvaardt niet het argument van de Commissie dat Trelleborg zich publiekelijk had moeten distantiëren. Het Gerecht herkwalificeert de inbreuk als een voortgezette inbreuk, maar verlaagt de opgelegde boete niet. Van verjaring van het eerste deel van de inbreuk is namelijk geen sprake in verband met de kwalificatie van 'voortgezet' en de Commissie had de onderneming niet beboet voor de tussenperiode. Trelleborg heeft berust in de uitspraak. Dat valt te betreuren omdat het onderscheid tussen voortdurend en voortgezet toch niet heel goed in het arrest van het Gerecht uit de verf komt.

De zaak *Soliver/Commissie*[26] is aan de orde in het boetebesluit betreffende het kartel Autoglas.[27] Daarin is Soliver, een kleine speler op de markt, beboet voor kartelgedragingen. De Commissie vond dat Soliver enige tijd had deelgenomen aan een enkele en voortdurende inbreuk die duurde van 1998 tot 2003. De grote producenten Pilkington, AGC en Saint-Gobain zouden tijdens bilaterale en trilaterale 'Clubbijeenkomsten' de marktaandelen en de toewijzing van klanten hebben besproken alsmede prijsinformatie hebben uitgewisseld. In 2001 trad Soliver tot dat kartel toe op verzoek van de concurrenten. In haar beroep voor het Gerecht opteert Soliver voor de altijd aantrekkelijke Calimerostrategie. De onderneming erkent bepaalde ongepaste contacten met concurrenten te hebben gehad, maar stelt dat de Commissie er niet in is geslaagd aan te tonen dat zij met haar eigen gedrag heeft willen bijdragen aan de verwezenlijking van de gemeenschappelijke doelstellingen van de deelnemers aan het kartel, dat zij de andere inbreukmakende gedragingen kende of redelijkerwijs kon voorzien en bereid was het risico ervan te aanvaarden. Het Gerecht oordeelt dat het door de Commissie aangereikte bewijs inderdaad niet overtuigend is. In de vermeende inbreukperiode heeft Soliver namelijk niet een van de toen genoemde 'Clubbijeenkomsten' bijgewoond. Bovendien staat niet vast dat Soliver zich bewust was

23. Gerecht 17 mei 2013, gevoegde zaken T-147/09 en T-148/09, *Trelleborg/Commissie*, ECLI:EU:T:2013:259.
24. Beschikking van de Commissie van 29 januari 2009, zaak COMP. 39.406, Olieslangen voor maritieme toepassingen, *PbEU* 2009, C 168/6.
25. Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *PbEU* 2003, L 1/1.
26. Gerecht 10 oktober 2014, zaak T-68/09, *Soliver/Commissie*, ECLI:EU:T:2014:867. Zie voor een bespreking R. Struijlaart en M. Alipour, 'Wordt Houdini-act een toekomstig Alcatraz?', *M&M* 2015/1, p. 29 en, in een bredere context, F. Tuytschaever, 'De inbreuk draait door: de enkele voortgezette inbreuk in de Nederlandse kartelrechtspraak', MP 2015/4.
27. Beschikking van de Commissie van 12 november 2008, zaak COMP 39.125, Autoglas, *PbEU* 2009, C 173/13.

doi: 10.5553/NtER/138241202015005009002

Dit artikel uit Nederlands tijdschrift voor Europees recht is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor CMS Derks Star Busmann

geweest van het bredere verband waarbinnen haar bilaterale contacten met de concurrenten plaatshadden. Dit betekent dat de Commissie de inbreuk had moeten opsplitsen én Soliver de kans had moeten geven verweer te voeren ten aanzien van het verwijt van deelname aan een ander kartel. De beschikking van de Commissie wordt bijgevolg, wat betreft veroordeling van Soliver, nietig verklaard in verband met de onmogelijkheid zich te verweren. Overigens is opvallend dat het Gerecht de inbreuk kwalificeert als een enkele en voortgezette inbreuk. In het licht van het *Trelleborg*-arrest was het zuiverder geweest om te spreken van een enkele en voortdurende inbreuk. Een periode van inactiviteit heeft zich aan de zijde van Soliver in dit kartel namelijk niet voorgedaan.

Toerekening van inbreuken aan moederondernemingen

Het Hof van Justitie en het Gerecht hebben in 2013 en 2014 opnieuw herhaaldelijk moeten oordelen over middelen ontleend aan de onjuiste toerekening van inbreuken op de mededingingsregels aan moederondernemingen. In de eerste plaats heeft het Hof van Justitie het Gerecht op de spreekwoordelijke vingers getikt in de zaak Commissie/Stichting Administratiekantoor Portielje.[28] In eerste aanleg was geoordeeld dat Stichting Administratiekantoor Portielje door de Commissie ten onrechte hoofdelijk aansprakelijk was gesteld voor de inbreuk gepleegd door Gosselin Group N.V., waarin de betreffende stichting alle aandelen hield. Volgens het Gerecht had de Commissie verzuimd aan te tonen dat de stichting een economische activiteit uitoefende en als een onderneming in de zin van het mededingingsrecht kwalificeerde. Het Hof van Justitie oordeelt dat de voorwaarde van de uitoefening van economische activiteiten in het geheel niet geldt. De rechtspraak volgens welke een moederonderneming – onder omstandigheden met toepassing van een weerlegbaar vermoeden – hoofdelijk aansprakelijk kan worden gesteld voor het gedrag van een dochteronderneming, is gebaseerd op de premisse dat een juridische entiteit aansprakelijk kan worden gesteld voor het gedrag van een andere entiteit indien deze laatste haar marktgedrag niet zelfstandig bepaalt. Het is bijgevolg van geen enkel belang welke rechtsvorm de moederonderneming heeft en of deze moederonderneming zelf economisch actief is en aan het begrip onderneming beantwoordt. De enige relevante vraag is of de moederonderneming geacht kan worden beslissende invloed op de inbreukmaker te hebben uitgeoefend. Dit oordeel van het Hof van Justitie mag vanuit vennootschapsrechtelijk oogpunt niet onlogisch zijn, maar lijkt niettemin op gespannen voet te staan met de omstandigheid dat alleen ondernemingen normadressaat van artikel 101 VWEU zijn.

28. HvJ 11 juli 2013, zaak C-429/11P, *Gosselin Group/Commissie*, ECLI:EU:C:2013:463.

In de tweede plaats moet de aandacht worden gevestigd op de uitspraak van het Hof van Justitie in Commissie/Tomkins.[29] Daar staat centraal het oordeel van het Gerecht dat een afgeleide aansprakelijkheid van een moederonderneming nooit verder kan gaan dan die van een inbreukmakende dochteronderneming. Dat beginsel bracht het Gerecht ertoe om een aan Tomkins gerichte kartelbeschikking te vernietigen in verband met de vaststelling – in een separaat rechtstreeks beroep voor het Gerecht – dat Pegler, de dochteronderneming van Tomkins, niet aansprakelijk had mogen worden gehouden voor een inbreuk op het kartelverbod. Dat Tomkins in het kader van haar eigen beroep niet de argumenten voor vernietiging had aangedragen, stond daaraan niet in de weg. Het volstond dat Tomkins uitsluitend in de hoedanigheid van moederonderneming aansprakelijk was gehouden en de basis van die aansprakelijkheid was komen te ontvallen. Het Hof van Justitie bevestigt de juistheid van het oordeel van de Commissie. De stelling van de Commissie dat het Gerecht het beginsel ne ultra petita had geschonden, wordt in dit verband ook verworpen.

In de derde plaats is het arrest van het Hof van Justitie in de zaak Kendrion/Commissie[30] vermeldenswaardig. Daarin heeft het geoordeeld dat de overschrijding van een redelijke procestermijn door het Gerecht onder omstandigheden tot schadeplichtigheid van de Europese Unie leidt, maar dat die omstandigheid geen aanleiding geeft voor het Hof van Justitie om de aan de betrokken onderneming opgelegde boete te verlagen.[31] Kendrion heeft in deze zaak echter eveneens interessante vragen betreffende toerekening opgeworpen. Het Gerecht[32] had namelijk vastgesteld dat de Commissie de inbreuk op het kartelverbod door Fardem Packaging door deelname aan het kartel in Industriezakken[33] aan Kendrion had toegerekend op basis van, enerzijds, het wettelijk vermoeden van uitoefening van beslissende invloed op de eerstgenoemde entiteit en, anderzijds, vier aanvullende factoren die een aanwijzing vormden voor de daadwerkelijke uitoefening van invloed. Het Gerecht had vastgesteld dat het vermoeden niet was weerlegd door Kendrion en de bewijswaarde van de aanvullende factoren niet was ontkracht. Kendrion stelde in het kader van haar hogere voorziening dat deze aanpak zich niet verdroeg met de rechtsregels betreffende de toepassing van de zogenoemde dubbele grondslag zoals geformuleerd in Alliance One International e.a./Commissie.[34] Deze

29. HvJ 24 maart 2011, zaak T-382/06, *Commissie/Tomkins*, ECLI:EU:T:2011:112.
30. HvJ 26 november 2013, zaak C-50/12P, *Kendrion/Commissie*, ECLI:EU:C:2013:771.
31. Zie over dit aspect A.E. Beumer, 'Een voorstel voor een effectief rechtsmiddel voor overschrijdingen van het redelijktermijnvereiste', NTER 2014/4, p. 109.
32. Gerecht 16 november 2011, zaak T-54/05, Kendrion/Commissie, ECLI:EU:T:2011:667. Zie tevens Gerecht 16 november 2011, zaak T-51/06, *Fardem Packaging/Commissie*, ECLI:EU:T:2011:666.
33. Beschikking van de Commissie van 30 november 2005, zaak COMP/38354, Industriezakken, *PbEU* 2007, L 282/41.
34. HvJ 19 juli 2012, gevoegde zaken C-628/10P en C-14/11P, Alliance One International e.a./Commissie, ECLI:EU:C:2012:479.

doi: 10.5553/NtER/138241202015005009002

Dit artikel uit Nederlands tijdschrift voor Europees recht is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor CMS Derks Star Busmann

onderneming beweerde dat in geval van een beroep op aanvullende factoren door de Commissie moet worden nagegaan of die factoren ook aantonen dat de moederonderneming daadwerkelijk beslissende invloed op de inbreukmaker had uitgeoefend. Er kan in dat geval geen verplichting aan de moederonderneming worden opgelegd om de bewijswaarde van aanvullende factoren te ontkrachten. Het Hof van Justitie gaat daar niet in mee en laat het oordeel van het Gerecht op dit punt in stand. De bewijslast was door het Gerecht terecht bij de beboete onderneming neergelegd. Een andere uitzonderlijke omstandigheid in Kendrion/Commissie is dat Fardem Packaging een veel lagere boete had gekregen dan de moederonderneming Kendrion, terwijl deze laatste niet zelf betrokken was geweest bij de kartelinbreuk en enkel in de hoedanigheid van moederonderneming hoofdelijk aansprakelijk was gesteld. Door dit te aanvaarden had het Gerecht volgens Kendrion een verkeerde uitleg aan het begrip hoofdelijke aansprakelijkheid gegeven. Het Hof van Justitie stelt echter enkel vast dat het verschil tussen de boete van 34 miljoen euro voor Kendrion en die van 2,2 miljoen euro voor Fardem Packaging verband hield met de toepassing van het boeteplafond van 10 procent van de concernomzet bedoeld in artikel 23 lid 2 Verordening (EG) nr. 1/2003. Het uittreden van Fardem Packaging uit de groep van Kendrion voor het kartelbesluit van de Commissie heeft tot de naar verhouding lage boete van Fardem Packaging geleid. Het Hof van Justitie licht niet toe hoe deze beslissing zich verdraagt met de rechtsregel uit Commissie/Tomkins dat afgeleide aansprakelijkheid van een moederonderneming nooit verder kan gaan dan die van de inbreukmakende dochteronderneming. Daarvoor had alle aanleiding bestaan, aangezien de aansprakelijkheid van Kendrion hier die van Fardem Packaging veruit oversteeg.

In de vierde plaats moet worden gewezen op het arrest van het Gerecht in de zaak Sasol e.a./Commissie.[35] Dit beroep tegen de beschikking betreffende het kartel Kaarsenwas[36] betrof de omstandigheid dat de Commissie enkel een van de moederondernemingen voor de inbreuk van een joint venture aansprakelijk heeft gehouden. Het Gerecht overweegt dat een abstracte beoordeling van zeggenschapsverhoudingen, bijvoorbeeld op basis van een stemovereenkomst, niet alleen in de context van concentratietoezicht kan worden toegepast, maar ook bij de beoordeling of beslissende invloed is uitgeoefend in de zin van artikel 101 VWEU. Bij uitsluitende zeggenschap van een van de moederondernemingen mag worden aangenomen dat die moeder beslissende invloed uitoefent, terwijl bij gezamenlijke zeggenschap datzelfde geldt voor wat betreft de betreffende aandeelhouders. Dit is echter altijd behoudens overtuigend tegenbewijs. In de onderhavige zaak is volgens het Gerecht aangetoond dat de moederonderneming met uitsluitende zeggenschap in de zin van de fusiecontroleverordening in werkelijkheid geen beslissende invloed uitoefende op de joint venture. De voorzitter van de raad van bestuur vertegenwoordigde namelijk de belangen van de andere aandeelhouder. Dat had een weerslag moeten hebben op de aansprakelijkheidstelling. In een ander beroep, in de zaak RWE e.a./Commissie,[37] bevestigt het Gerecht de aansprakelijkheid van RWE, een van de aandeelhouders met gezamenlijke zeggenschap in een inbreukmakende joint venture, niet. Er was daar geen sprake van uitoefening van daadwerkelijke zeggenschap door de betreffende aandeelhouder. Belangrijk is dat het Gerecht in deze zaken een andere insteek kiest dan het Hof van Justitie in de zaken The Dow Chemical Company/Commissie[38] en EI du Pont and Company/Commissie.[39] In laatstgenoemde zaken werd op basis van concrete elementen beoordeeld dat beslissende invloed door de moederondernemingen was uitgeoefend op de joint venture en vervolgens nagegaan of de begrippen uit de fusiecontroleverordening niet in de weg stonden aan aansprakelijkheid van de moederondernemingen.[40] Hier doet zich in feite een omgekeerde situatie voor. Het toepassingsbereik van de leer van het weerlegbaar vermoeden van uitoefening van beslissende invloed op een dochteronderneming wordt in feite uitgebreid tot joint ventures, waarbij dat vermoeden wordt vastgeknoopt aan het zeggenschapsbegrip bedoeld in de fusiecontroleverordening. Of dat ook de instemming van het Hof van Justitie kan wegdragen, zal niet snel duidelijk worden. Noch Sasol noch RWE heeft namelijk een hogere voorziening ingesteld.

Economische continuïteit

Het Hof van Justitie heeft in de verslagperiode twee belangrijke uitspraken gedaan over de leer van de economische continuïteit. De zaak Versalis/Commissie[41] betreft het kartel BR/ESBR.[42] Die afkorting staat voor butadieenrubber en door polymerisatie in emulsie verkregen styreen-butadieenrubber. Het Hof van Justitie buigt zich in deze zaak over de boete opgelegd aan de onderneming Versalis, een volle dochteronderneming van de Italiaanse petrochemische reus Eni. Gedurende de kartelinbreuk heeft Versalis de productie en verkoop

35. Gerecht 11 juli 2014, zaak T-541/08, *Sasol e.a./Commissie*, ECLI:EU:T:2014:628.
36. Beschikking van de Commissie van 1 oktober 2008, zaak COMP/C.39181, Kaarsenwas, *PbEU* 2009, C 295/17.
37. Gerecht 11 juli 2014, zaak T-543/08, RWE e.a./Commissie, ECLI:EU:T:2014:627.
38. HvJ 26 september 2013, zaak C-179/12P, The Dow Chemical Company/Commissie, ECLI:EU:C:2013:605.
39. HvJ 26 september 2013, zaak C-172/12P, EI du Pont and Company/Commissie, ECLI:EU:C:2013:601.
40. Het Hof van Justitie heeft in deze zaken de arresten van het Gerecht in eerste aanleg bekrachtigd. Voor een meer inhoudelijke beschrijving van die zaken wordt verwezen naar E. Oude Elferink en E.L.G. Mattioli, 'De rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie op het gebied van het mededingingsrecht: ontwikkelingen in de jaren 2011 en 2012', NTER 2013/5, p. 159.
41. HvJ 13 juni 2013, zaak C-511/11P, Versalis e.a./Commissie, ECLI:EU:C:2015:150.
42. Beschikking van de Commissie van 29 november 2006, zaak COMP/F/38.638, BR/ESBR, *PbEU* 2008, C 7/11.

doi: 10.5553/NtER/138241202015005009002

Dit artikel uit Nederlands tijdschrift voor Europees recht is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor CMS Derks Star Busmann

van de bij de inbreuk betrokken producten overgenomen van een andere dochteronderneming van Eni. Het betrof EniChem, thans opererend onder de naam Syndial. In deze entiteit was eerder, eveneens gedurende het kartel, de dochteronderneming EniChem Elastomeri opgegaan. Die entiteit was tot op dat moment deelnemer aan het kartel geweest. Versalis heeft voor de gehele duur van de door genoemde entiteiten gepleegde inbreuk een boete gekregen. In haar hogere voorziening werpt Versalis op dat zij ten onrechte beboet is voor gedragingen van het nog steeds bestaande Syndial. Het Hof van Justitie brengt in herinnering dat wanneer twee entiteiten eenzelfde economische eenheid vormen, het feit dat de entiteit die de inbreuk heeft gepleegd nog bestaat, op zich niet de bestraffing belet van de entiteit waaraan zij economische activiteiten heeft overgedragen. Een dergelijke oplegging van een sanctie is toelaatbaar wanneer deze entiteiten onder de controle van dezelfde persoon hebben gestaan en, gelet op de nauwe en organisatorische banden die hen verenigen, in wezen dezelfde commerciële richtsnoeren hebben toegepast. Gelet op de betrokkenheid van Eni als aandeelhouder van de verschillende bij de inbreuk betrokken entiteiten en gelet op het feit dat zij met hen een economische eenheid vormde, kon de Commissie de inbreuk door Syndial daarom ook aan Versalis toerekenen. De toerekening op basis van het criterium van economische continuïteit is niet beperkt tot de gevallen waarin de oplegging van een straf aan de nog bestaande inbreukmakende onderneming geen afschrikwekkend effect zou hebben. Het Hof van Justitie verwijst voorts naar het arrest ETI[43] waarin de inbreukmakende entiteit en de entiteit waaraan de betrokken activiteiten waren overgedragen tot één en dezelfde overheidsinstantie behoorden. Toerekening op deze grond kan, aldus het Hof van Justitie, net zo goed plaatsvinden indien de controle over de verschillende entiteiten door een privaatrechtelijke vennootschap wordt uitgeoefend. De belangrijke regels uit ETI gaan dus ook op buiten een publieke context.

De andere belangwekkende uitspraak is gedaan in de zaak Commissie/Parker Hannifin Manufacturing e.a.[44] betreffende het kartel Olieslangen voor maritieme toepassingen.[45] Dit kartel heeft volgens het besluit van de Commissie van 1987 tot 2007 geduurd. ITR was deelnemer aan het kartel toen zij in 1993 werd overgenomen door Saiag. Eind 2001 heeft ITR de activiteiten op het gebied van slangen voor maritieme toepassingen overgedragen aan de vennootschap ITR Rubber, waarin ITR op dat moment alle aandelen hield. De oprichting van ITR Rubber en de overdracht van activiteiten geschiedde met het oog op verkoop van die activiteiten aan de Parker-Hannafin groep. Die nam via Parker-Hannafin enkele maanden daarna effectief de aandelen in ITR Rubber over, dat daarna tot Parker ITR werd omgedoopt. De karteldeelname is daarop, aldus de Commissie, onverminderd voortgezet tot 2007. De Commissie heeft Parker ITR niet alleen aansprakelijk gesteld voor haar eigen betrokkenheid bij het kartel, maar ook voor de inbreuk door ITR en ITR Rubber. Het Gerecht oordeelde in eerste aanleg dat die toerekening zich niet verdroeg met het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid. Daarbij heeft het Gerecht de overdracht van activiteiten door Saiag aan Parker-Hanafin als leidend beschouwd en vastgesteld dat tussen deze ondernemingen geen structurele banden bestonden. Het bestaan van economische continuïteit die het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid kon doorkruisen, had daarom niet mogen worden aangenomen. Het Hof van Justitie corrigeert het Gerecht. Het wijst erop dat het Gerecht ten onrechte voorbij is gegaan aan het feit dat de relevante activatransactie hier heeft plaatsgevonden tussen ITR en ITR Rubber, en dat niet ten aanzien van de latere aandelenoverdracht door ITR aan Parker-Hanafin had mogen worden beoordeeld of aan de voorwaarden voor economische continuïteit is voldaan. De beantwoording van de vraag of de voor continuïteit noodzakelijke structurele band tussen de onderneming die activiteiten heeft overgedragen en de onderneming die de inbreukmakende activiteiten heeft overgenomen, dient – en dat was niet eerder met zoveel woorden door het Hof van Justitie bepaald – te geschieden aan de hand van de situatie ten tijde van de overdracht. Dat heeft het Gerecht verzuimd in aanmerking te nemen.

Misbruik economische machtspositie

Het arrest in de verslagperiode waar mogelijk het meest naar werd uitgekeken betreft de zaak *Intel/Commissie*.[46] Het Gerecht verwerpt in dat arrest het beroep van Intel tegen een boete van 1,06 miljard euro voor een inbreuk op het verbod misbruik te maken van een economische machtspositie bedoeld in artikel 102 VWEU.[47] De Commissie had geconcludeerd dat Intel haar machtpositie had misbruikt door ten koste van haar enige concurrent AMD de mededinging af te schermen op de markt voor processoren x86. Dit zijn de zogenoemde 'hersens' van een computer. De kortingen die Intel verleende aan grote computerproducenten op voorwaarde dat deze (vrijwel) al hun leveringsbehoeften bij Intel inkochten, vormden één onderdeel van de inbreuk. De andere onrechtmatige gedraging bestond uit 'onverbloemde restricties'. Daarbij ging het om bepaalde botte voorwaarden die aan afnemers werden opgelegd, bijvoorbeeld dat hun orders bij concurrent AMD moesten worden geannuleerd. Ten aanzien van deze restricties oor-

43. HvJ 11 december 2007, zaak C-280/06, *ETI*, ECLI:EU:C:2007:775.
44. HvJ 18 december 2014, zaak C-434/13P, Hannifin Manufacturing/Commissie/Parker, ECLI:EU:C:2014:2456.
45. Beschikking van de Commissie van 29 januari 2009, zaak COMP. 39.406, Olieslangen voor maritieme toepassingen, *PbEU* 2009, C 168/6.
46. Gerecht 12 juni 2014, zaak T-286/09, *Intel/Commissie*, ECLI:EU:T:2014:547. Zie hierover E.H. Pijnacker Hordijk, 'Intel: het einde van de effects-based approach?', M&M 2014/5.
47. Beschikking van de Commissie van 13 mei 2009, zaak COMP/37990, Intel, PbEU 2009, C 227/13.

doi: 10.5553/NtER/138241202015005009002

Dit artikel uit Nederlands tijdschrift voor Europees recht is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor CMS Derks Star Busmann

deelt het Gerecht dat zij een mededingingsbeperkend doel hebben en dat naar de effecten ervan niet meer behoeft te worden gekeken.

Ten aanzien van het systeem van voorwaardelijke kortingen is van belang dat de Commissie een economische analyse heeft gemaakt van de mededingingsrechtelijke gevolgen daarvan om tot het bestaan van misbruik te concluderen. De Commissie heeft beoordeeld of een hypothetisch even efficiënte concurrent van Intel met een minder brede omzetbasis wordt verhinderd de markt te betreden. Dit is in lijn met de 'effects based approach' die door de Commissie wordt voorgestaan in de Richtsnoeren inzake handhavingsprioriteiten.[48] Het Gerecht laat deze economische analyse in stand, maar lijkt eigenlijk te betogen dat de betreffende analyse niet nodig was geweest om een inbreuk op artikel 102 VWEU aan te nemen. Het Gerecht verdeelt 'kortingen' onder in drie categorieën: (1) kwantumkortingen, (2) exclusiviteitskortingen (ook wel getrouwheidskortingen genoemd) en (3) andere kortingssystemen niet verbonden aan (quasi-)exclusiviteitsvoorwaarden. Het kortingssysteem dat door Intel in het leven is geroepen, behoort volgens het Gerecht tot de tweede categorie. Hierover stelt het Gerecht dat de betrokken voorwaardelijke kortingen, alleen al vanwege hun aard, misbruik van een economische machtspositie inhouden, tenzij een objectieve rechtvaardiging kan worden aangevoerd. Dat heeft Intel in deze zaak niet gedaan.

Dat de even-efficiënte-concurrent test bij dergelijke gedragingen naar aanleiding van Intel/Commissie niet mag worden begraven, blijkt uit het arrest van het Hof van Justitie in *Telefónica*.[49] In die zaak, die later is beslecht, ging het om de toepassing van een price squeeze op de groothandelsmarkt voor breedbandtoegangsdiensten in Spanje. Het Hof van Justitie stelt vast dat het Gerecht de negatieve potentiële effecten heeft beoordeeld aan de hand van de even-efficiënte-concurrent test en dat misbruik van een economische machtspositie door Telefónica om die reden terecht is aangenomen. In dit licht lijkt geen gegeven dat de hangende hogere voorziening in de zaak Intel wordt afgewezen.

Boeteberekening

In de zaak *Guardian e.a/Commissie*[50] ging het om de boeteberekening op grond van artikel 23 lid 2 en 3 Verordening (EG) nr. 1/2003 in zaak Vlakglas.[51] Guardian beargumenteerde ter staving van haar hogere voorziening voor het Hof van Justitie dat het beginsel van gelijke behandeling gebiedt dat bij de berekening de interne omzet op gelijke wijze in aanmerking moet worden genomen als omzet behaald met verkopen aan derden. De Commissie had namelijk de waarde van intraconcern verkopen van de drie andere kartelleden niet meegenomen bij de boeteberekening. De gehele waarde van de externe omzet van Guardian, niet verticaal geïntegreerd, is daarentegen wel meegenomen. Het Hof van Justitie herhaalt dat de Commissie bij het vaststellen van de basisboete in de zin van punt 13 van de boeterichtsnoeren[52] moet uitgaan van de waarde van de verkochte goederen of diensten die direct of indirect verband houden met de inbreuk. Alleen op die manier kan de werkelijke economische impact van de inbreuk worden weergegeven. Bijgevolg hoeft de Commissie geen onderscheid te maken naargelang omzet uit verkopen aan derden, dan wel uit transacties met een tot eenzelfde onderneming horende entiteit. Door dit wel te doen bij de andere kartelleden, en niet bij Guardian, heeft de Commissie het beginsel van gelijke behandeling geschonden. Het Hof van Justitie verlaagt de boete opgelegd aan Guardian met 30 procent. Daarmee wijkt het af van de vaste lijn in de jurisprudentie dat de omstandigheid dat de boete van andere karteldeelnemers volgens de door de Unierechter toegepaste maatstaf te laag is uitgepakt, niet tot een verlaging van de boete van een klagende karteldeelnemer kan leiden.

De territoriale bevoegdheid van de Commissie is voorwerp geweest van de zaken *Innolux/Commissie*[53] en *LG Display/Commissie*.[54] Bij het beboeten van de deelname van de betrokken ondernemingen in de zaak LCD[55] heeft de Commissie niet alleen rekening gehouden met omzet behaald met directe verkopen binnen de EER, maar ook met omzet behaald met de directe verkopen van verwerkte producten binnen de EER. Het Gerecht aanvaardt in de eerste plaats dat de Commissie de omzet behaald met directe verkopen van producten waarin de LCD-schermen zijn verwerkt, bij de boeteberekening heeft betrokken. Dat ten aanzien van die producten geen kartelinbreuk is vastgesteld, staat daaraan niet in de weg. De Commissie kan dan niet de volledige waarde van de verkopen van die afgewerkte producten in aanmerking nemen, maar enkel het gedeelte van die waarde dat overeenstemt met de waarde van het product van de betrokken onderneming dat in het afgewerkte product is verwerkt. Dat had de Commissie ook gedaan. In de tweede plaats bevestigt het Gerecht dat de territoriale bevoegd-

48. Mededeling van de Commissie - 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, *PbEU* 2009, C 45/7. Het Gerecht wijst erop dat deze richtsnoeren op de handhavingsprioriteiten zien die de Commissie zal toepassen bij toekomstige zaken en dus niet van toepassing zijn op procedures reeds gestart vóór het aannemen van deze richtsnoeren.
49. HvJ 10 juli 2014, zaak C-295/12, Telefónica/Commissie, ECLI:EU:C:2014:2062.
50. HvJ 12 november 2014, zaak C-580/12P, *Guardian e.a/Commissie*, ECLI:EU:C:2014:2363.
51. Beschikking van de Commissie van 28 november 2007, zaak COMP/39.165, Vlakglas, *PbEU* 2008, C 127/09.
52. Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23 lid 2 onder a) van Verordening (EG) nr. 1/2003 worden opgelegd, *PbEU* 2006, C 210/2.
53. Gerecht 27 februari 2014, zaak T-91/11, *Innolux/Commissie*, ECLI:EU:T:2014:92.
54. Gerecht 24 februari 2014, zaak T-128/11, *LG Display/Commissie*, ECLI:EU:T:2014:88.
55. Beschikking van de Commissie van 8 december 2010, zaak COMP/39.309, *LCD, PbEU* 2011, C 295/8.

doi: 10.5553/NtER/138241202015005009002

Dit artikel uit Nederlands tijdschrift voor Europees recht is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor CMS Derks Star Busmann

heid van de Commissie zich uitstrekt tot de producten van Innolux die buiten de EER zijn ingebouwd in producten die vervolgens binnen de EER worden verkocht door een entiteit behorend tot dezelfde onderneming. Het Hof van Justitie heeft de hogere voorzieningen tegen de arresten van het Gerecht inmiddels afgewezen.[56]

Afronding

In het voorgaande is een aantal ontwikkelingen in de rechtspraak van het Hof van Justitie op het gebied van het mededingingsrecht besproken. Een aantal belangrijke onderwerpen is niet belicht. Daaronder bevindt zich de rechtsontwikkeling over vergoeding van kartelschade.[57] Op dat terrein zijn interessante uitspraken gewezen, onder andere betreffende de toegang tot het dossier van mededingingsautoriteiten. Het Hof van Justitie en het Gerecht hebben zich voorts uitgelaten over de reikwijdte van inspectiebevoegdheden van de Commissie.[58] Aan deze onderwerpen is evenwel in *NTER* eerder aandacht besteed. Er wordt verwezen naar de artikelen genoemd in de laatste voetnoten.

56. HvJ 9 juli 2015, gevoegde zaken C-231/14 P en C-227/14 P, *Innolux/Commissie*, ECLI:EU:C:2015:451.
57. E. Oude Elferink en B. Braat, 'De Richtlijn betreffende schadevergoedingsacties wegens inbreuken op de mededingingsregels', *NTER* 2014/7, p. 216.
58. Y. de Vries, 'De onderzoeksbevoegdheden van de Commissie scherpgesteld', NTER 2015/3, p. 63.

doi: 10.5553/NtER/138241202015005009002