



MAVERICK

Competition | Regulation | Litigation

Informatie-uitwisseling tussen concurrenten

NGB – 19 maart 2015

Martijn van de Hel



Agenda

1. Kartelverbod (basis)
2. Informatie-uitwisseling (kader)
3. Geoorloofde uitwisseling van informatie
4. Verboden uitwisseling van informatie
5. Hub & Spoke
6. Signalling
7. Tips



MAVERICK

Competition | Regulation | Litigation

Kartelverbod





Kartelverbod

- Artikel 6 Mededingingswet en 101 VWEU
 - Reikwijdte (lid 1)
 - Overeenkomsten, onderling afgestemde feitelijke gedragingen en besluiten van ondernemersverenigingen
 - Ertoe strekken of tot gevolg hebben dat de mededinging wordt vervalst
 - Sanctie (lid 2)
 - Rechtswege nietig
 - Uitzonderling (lid 3)
 - Pro-competitieve effecten wegen op tegen concurrentiebeperkende effecten



Overeenkomst en o.a.f.g.

Overeenkomst

- Wilsovereenkomst / op elkaar gerichte handeling
- (Schijnbaar) eenzijdige handelingen (verticale relatie)

O.a.f.g.

- Vorm van coördinatie zonder instemming/overeenstemming
- Vereist enige vorm van reciprociteit, maar lat ligt laag

Besluit ondernemersvereniging

- Ook niet-bindende beslissingen (zoals adviezen)
- Zolang zij de getrouwe weergave zijn van de wil van de vereniging gedrag leden te coördineren



Ontsnappingsmogelijkheid

- Soms: concurrentiebeperkende afspraken toch niet verboden
 - Niet merkbaar (zowel EU als NL)
 - Bagatel (NL)

- Merkbaar: beperkte positie partijen op relevante markt
 - Doelbeperkingen \leftrightarrow gevolgbeperkingen
 - Horizontale \leftrightarrow verticale afspraken

- Bagatelbepaling:
 1. Marktaandeel $\leq 10\%$ (+ geen effect op handel tussen lidstaten)
 2. Gezamenlijke omzet $\leq \text{€ } 5,5$ miljoen (bij levering goederen) of $\leq \text{€ } 1,1$ miljoen in alle andere gevallen



Rechtvaardigingsgrond en vrijstellingen

- Vrijstelling indien de economische en maatschappelijke voordelen opwegen tegen de nadelige effecten
 - Moet leiden tot een verbetering van productie of technische of economische vooruitgang
 - Billijk deel van voordelen moeten ten goede komen aan de consument
 - Beperking moet onmisbaar zijn voor de doelstelling
 - Geen uitschakeling van de mededinging

(Art. 6 lid 3 Mw / 101 lid 3 VWEU)

Uitgewerkt in Europese groepsvrijstellingen, richtsnoeren en besluiten



MAVERICK

Competition | Regulation | Litigation

Informatie-uitwisseling





Informatie-uitwisseling

Voordelen

- Uitwisseling informatie in beginsel pro-competitief en efficiëntie-bevorderend
 - Informatieasymmetrie in markt verhelpen
 - Beter inspelen op marktontwikkelingen (technologie e.d.)
 - Interne efficiëntieverbeteringen
 - Kostenbesparingen



Informatie-uitwisseling

Nadelen

- Uitwisseling informatie kan concurrentie (ook) beperken
 - Inzicht in (individuele) marktstrategieën
 - Wegnemen onzekerheid marktgedrag
 - Coördinatie van marktgedrag vergemakkelijken
 - Als doel of ter controle van verboden afspraken



Informatie-uitwisseling

Toepassingsgebied

- Verschillende vormen denkbaar
 - Rechtstreeks
 - Gezamenlijke instantie (branchevereniging)
 - Derden (onderzoeksbureau, leveranciers/afnemers)
- Verschillende situaties denkbaar
 - Primaire doel informatie-uitwisseling
 - Onderdeel samenwerkingsovereenkomst



Informatie-uitwisseling

Strategische informatie

- Prijzen
- Klantenbestanden
- Kosten
- Volumes
- Omzet
- Capaciteit
- Kwaliteit
- Marketingplannen
- Risico's
- Programma's
- Investeringsen
- Technologieën
- Onderzoek en resultaten



Informatie-uitwisseling

Kenmerken

Informatiekenmerken

- Concurrentiegevoelige gegevens
- Ouderdom van de gegevens
- Open/niet-openbare gegevens
- Geaggregeerde/
geïndividualiseerde gegevens
- Frequentie van de uitwisseling
- Open/niet-openbare uitwisseling

Marktkenmerken

- Groot gezamenlijk marktaandeel
- Geconcentreerde markt
- Stabiele markt met toetredingsdrempels
- Transparante markt
- Symmetrische markt



Informatie-uitwisseling

O.a.f.g.

- Vorm van coördinatie vereist
 - Bewijs van contact (zelfs éénmalig: *T-mobile* arrest)
 - Mogelijke beïnvloeding marktgedrag / wegnemen onzekerheid
- Ook eenzijdig doorgeven informatie kan hieronder vallen
 - Ontvangen informatie = aanvaard en aanpassing gedrag geacht, tenzij expliciet afstand hiervan genomen (vb. *RBS/Barclays* in VK)
- Zelfstandig (intelligent) marktgedrag valt hier niet onder



Informatie-uitwisseling

Eenzijdige uitlatingen

- Publieke uitlatingen in beginsel niet verboden (pers e.d.),
 - Mogelijk anders indien concurrenten reageren en onderdeel van strategie om tot coördinatie te komen (*signalling*)



MAVERICK

Competition | Regulation | Litigation

Geoorloofde informatie-uitwisseling





Geoorloofde informatie-uitwisseling

Benchmark

- Ondernemingen mogen informatie uitwisselen in kader benchmark (onderling, branchevereniging of derde), mits
 - Informatie niet herleidbaar tot individuele bedrijven
 - Minimum aantal bedrijven nodig (> 3 tot 5 bedrijven)of
 - Informatie niet actueel (> 1 jaar oud)

- *John Deere* arrest (1998)



Geoorloofde informatie-uitwisseling

Inkoop informatie

- Een onderneming mag informatie inkopen bij derden, zoals een marktonderzoekbureau (eenzijdig gedrag)
- Ondernemingen mogen gezamenlijk informatie inkopen bij derden, mits
 - Geen negatieve effecten voor concurrenten
 - Terughoudendheid bij gezamenlijk bespreken en verwerken resultaten
- Besluit NMa fietsenfabrikanten (2004)



Geoorloofde informatie-uitwisseling Commerciële samenwerking

- Uitwisseling informatie bij horizontale samenwerking is in beginsel toegestaan, mits
 - Geen heimelijke afstemming of concurrentieverstoring
 - Noodzakelijk voor de samenwerking
 - Terughoudendheid bij uitwisseling verkoopprijzen/volumes
 - Optie: geheimhoudingsclausule of protocol

- Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten (2010), rnr. 182



Geoorloofde informatie-uitwisseling

Due diligence - concentratie

- Uitwisseling informatie in kader due diligence en/of concentratie in beginsel toegestaan, mits
 - Geen heimelijke afstemming of concurrentievervalsing
 - Noodzakelijk voor onderzoek/concentratie
 - Verstandig waarborgen in te bouwen om coördinatie te voorkomen (geheimhoudingsverklaring en/of beperking kring ontvangers)

- Voorbeeld lopend onderzoek ACM



MAVERICK

Competition | Regulation | Litigation

Verboden informatie-uitwisseling





Verboden informatie-uitwisseling

T-Mobile - arrest

- Boete 88 miljoen euro voor mobiele operators (2002)
 - Eénmalige bijeenkomst
 - Gesproken over dealervergoedingen
- HvJ (2009) heeft bevestigd dat ook eenmalige uitwisseling verboden kan zijn
 - Iedere onderneming moet zelf marktgedrag bepalen
 - Uitwisseling op geconcentreerde markt snel merkbaar
 - Ook informatie zonder rechtstreeks verband gebruikersprijs kan doelbeperking zijn
 - Causaal verband ook aangenomen bij éénmalige bijeenkomst



Verboden informatie-uitwisseling

Besluit Amsterdamse ziekenhuizen

- Onderzoek NMa (2010) naar samenwerking Amsterdam ziekenhuizen (SIGRA)
 - Uitwisseling statistische gegevens
 - Patiëntenstromen / gerealiseerde productie
- Toezegging ziekenhuizen geen concurrentiegevoelige informatie meer uit te wisselen, behoudens
 - Ouder dan 12 maanden
 - Geanonimiseerd marktonderzoek
 - Benchmark



Verboden informatie-uitwisseling

Bananen - kartel

- Boete 60 miljoen euro voor producenten bananen (2008)
 - Bilateraal prijsoverleg (vóór prijsnotering)
 - Mechanisme info-uitwisseling ter controle
- Gerecht (2013) bevestigt doelbeperking ongeacht
 - Regelgevend kader
 - Marktstructuur
- Daadwerkelijk kartel (clementieaanvraag)



Verboden informatie-uitwisseling

Badkamer - kartel

- Boete 622 miljoen euro voor producenten badkamermaterialen (2010)
 - Prijsafspraken én
 - Uitwisseling informatie
 - Omzetcijfers + ramingen (geen voorgenomen prijzen of strategieën!)
- Gerecht (2013) heeft besluit bevestigd, ook t.a.v. uitwisseling
 - Vermindering onzekerheid
 - Ook al is het algemene informatie die nog bekend zal worden
 - Afzonderlijke doelbeperking
- Daadwerkelijk kartel - drempel voor verboden uitwisseling laag



MAVERICK

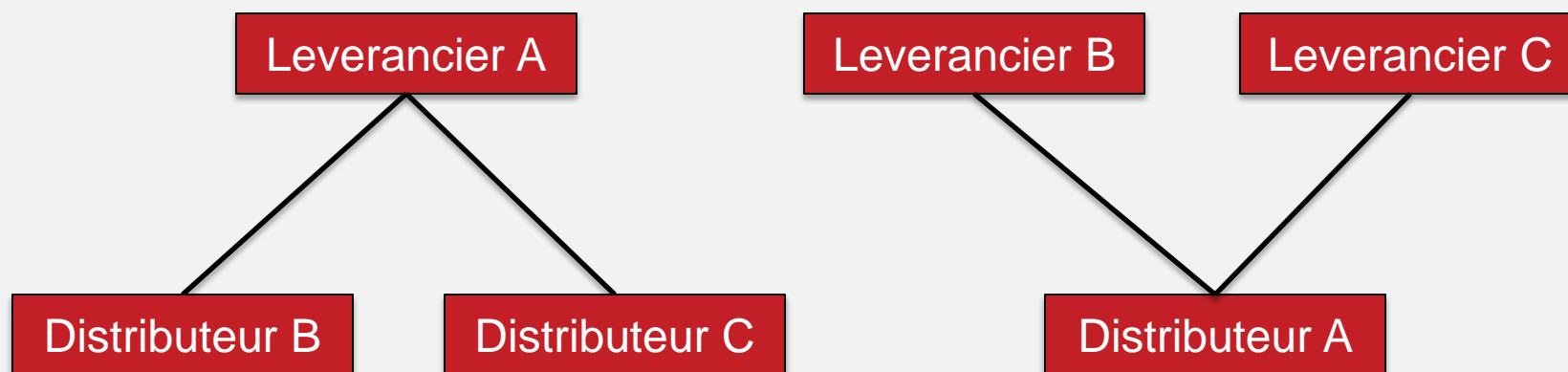
Competition | Regulation | Litigation

Hub & Spoke





Hub & Spoke





Hub & Spoke

- Relatief nieuw fenomeen: het spaakwiel
 - Verboden informatie-uitwisseling via derden
 - Informatie wordt indirect uitgewisseld
 - Kan eveneens onzekerheid marktgedrag wegnemen
 - Subtiële en effectieve vorm van collusie
 - Prijscoördinatie zonder geheime besprekingen
 - Grote belangstelling van mededingingsautoriteiten



Hub & Spoke

- Juridisch complex(er)
 - Geen rechtstreeks contact
 - Contact leverancier/distributeur in beginsel legitiem
 - Doorgifte prijsinformatie kan ook pro-competitief zijn
 - Lijn tussen adviesprijs en vaste prijs dun

- Onzekerheden over:
 - Bewijsstandaard
 - Grens tussen verzamelen marktinformatie en afstemming



Hub & Spoke

Voorbeelden (VK)

- Toys en Replica Kit (OFT 2003 en CAT 2004)
 - Verboden uitwisseling tussen retailers en leveranciers
 - Volgens Court of Appeal (2006) zijn wetenschap partijen en context doorslaggevend
 - Voldoende aannemelijk zijn dat retailer info aan leverancier geeft met oog op doorgifte
 - Vaststaan dat leverancier info heeft doorgegeven en dat de andere retailer van de achtergrond op de hoogte is
 - Vaststaan dat de andere retailer de info ook heeft gebruikt

- Bevestigd in Tesco (CAT 2012)



Hub & Spoke

Voorbeelden (NL)

- Vodafone/Belcompany (NMa 2011)
 - Goedkeuring overname mits geen verkoop meer van telefoonabonnementen van KPN en T-Mobile
 - Zorgen om mogelijke afstemming gedrag door inzicht in prijzen/voorwaarden concurrenten

- Onderzoek reisbranche (NMa 2012)
 - Initiële zorgen om inzage in concurrentiegevoelige informatie door touroperators met eigen reisagenten (ongegrond)



MAVERICK

Competition | Regulation | Litigation

Signalling





Signalling

- Nog nieuwer fenomeen: vlaggen
- Eenzijdige openbare uitlatingen onder omstandigheden toch verboden
 - Persberichten, interviews, congressen e.d.
- Mogelijk problematisch indien transparantie tot zelfde uitkomst leidt als coördinatie marktgedrag
- Juridisch nog complexer
 - Vraag of kartelverbod wel van toepassing is als van (echte) coördinatie/afstemming geen sprake is



Signalling

- Onduidelijk welke informatie hieronder kan vallen
 - Maakt het verschil of sprake is van een voorgenomen of definitief besluit?
 - Maakt het verschil of bericht is bedoeld voor klanten of voor concurrenten (of beide)?
- Is vereist dat concurrenten reageren en/of moet er een gezamenlijke strategie zijn?
 - Hoe moet afstand van een uitlating worden genomen?
- Maakt het verschil of het een publieke of private setting is?
- Wel/niet doelbeperking of afhankelijk van informatie?



Signalling

Besluit mobiele operators II

- Onderzoek NMa afstemming marktgedrag mobiele operators (2011) naar verluidt:
 - Prijsafspraken
 - Eenzijdige mededelingen
- Toezeggingsbesluit mobiele operators (2013)
 - Zorgen NMa over publieke aankondigingen door KPN van nog niet besloten toekomstig marktgedrag
 - Aankondigingen werden door T-Mobile en Vodafone serieus genomen / risico afstemming marktgedrag
 - Toezegging mobiele operators zich hiervan van te onthouden



Signalling

Standpunt ACM

- Schadelijkheid hangt af van de aard van de informatie die wordt gedeeld
- Cheap talk / signalling kan schadelijk zijn
 - Markt met weinig spelers / homogeen product
 - Vermindert onzekerheid toekomstig marktgedrag
 - Vergemakkelijkt coördinatie / risico hogere prijzen
- Onderzoek Europese Commissie naar containerlijnvaart



MAVERICK

Competition | Regulation | Litigation

Tips





Tips

- Blijf voorzichtig met het verstrekken van strategische informatie aan concurrenten (ook via derden)
 - Verstrek alleen informatie voorzover noodzakelijk
 - Bouw indien mogelijk waarborgen in
- Neem direct en expliciet afstand van strategische informatie die onnodig van concurrent wordt gekregen
 - Leg dit indien mogelijk schriftelijk vast (evt. intern)
- Wees terughoudend met het doen van publieke uitlatingen over (voorgenomen) commerciële beslissingen

Vragen?

Email: martijn.vandehel@maverick-law.com

Tel: 06 21 21 08 53



www.maverick-law.com

Volg ons op  @MaverickLawyers