
MÉTROPOLE TÉLÉVISION E.A. VS. COMMISSIE,**ZAAK T- 112/99****Arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg (Derde kamer),
18 september 2001. Kartelverbod, rule of reason
(m.nt. mr P.P.J. van Ginneken)**

Arrest

Net als in veel andere landen wordt de Franse markt voor betaaltelevisie sinds lange tijd gedomineerd door één speler, Canal+. De belangrijkste andere Franse tv-zendgemachtigden (TF1, France 2, France 3 en M6) hebben in 1996, samen met France Télécom en Suez-Lyonnaise des Eaux, 'Télévision par Satellite' (TPS) opgericht. Deze gemeenschappelijke onderneming zou een tegenwicht moeten gaan bieden voor Canal+ door concurrerende betaaltelevisie te gaan verzorgen.

Over de oprichting van TPS is door betrokken ondernemingen in de zomer van 1996 voor het eerst contact opgenomen met de Europese Commissie. Deze heeft verklaard dat de oprichting van TPS geen concentratie vormde. Vervolgens hebben betrokken ondernemingen de

oprichtingsovereenkomsten van TPS aangemeld bij de Europese Commissie onder Verordening 17.

In de overeenkomsten kwamen drie clausules voor waaraan de Commissie aandacht heeft geschonken. Allereerst betrof dit een non-concurrentiebeding dat bepaalt dat de aandeelhouders in TPS geen deelnemingen mogen hebben in concurrenten van TPS. Daarnaast kreeg TPS een recht van eerste keus voor wat betreft alle programma's en diensten die de aandeelhouders in TPS aanbieden aan derden. Ten slotte was er een exclusiviteitsclausule die bepaalde dat de algemene zenders van de aandeelhouders exclusief door TPS zouden worden uitgezonden. Deze drie clausules werden overeengekomen voor een periode van tien jaar.

In haar beschikking van 3 maart 1999¹ heeft de Commissie allereerst vastgesteld dat de oprichting van TPS op zichzelf niet in strijd is met artikel 81 lid 1 EG (artikel 1 van de beschikking). Het non-concurrentiebeding beschouwde de Commissie als een geoorloofde nevenrestrictie bij de oprichting van TPS, voorzover het de aanloopperiode van drie jaar betrof (artikel 2). Voor wat betreft het recht van eerste keus en de exclusiviteitsclausule heeft de Commissie een individuele ontheffing verleend op grond van artikel 81 lid 3 EG. Ook deze individuele ontheffing is beperkt tot een periode van drie jaar (artikel 3).

In de procedure bij het Gerecht vorderen de verzoeksters nietigverklaring van de artikelen 2 en 3 van de beschikking. Ze stellen ten aanzien van artikel 3 onder andere dat er bij toetsing van artikel 81 lid 1 EG een 'rule of reason' is, die door de Commissie ten onrechte niet is toegepast. Verzoeksters stellen dat in het kader van de 'rule of reason' de Commissie de pro- en anticoncurrentiële effecten van de aangemelde overeenkomsten had moeten afwegen onder artikel 81 lid 1 (en deze vervolgens voor de duur van tien jaar geoorloofd had moeten verklaren). Het Gerecht gaat hierin niet mee. Het Gerecht wijst het bestaan van een 'rule of reason' bij toepassing artikel 81 lid 1 af. Een afweging van de pro- en anticoncurrentiële effecten van een overeenkomst dient volgens haar onder artikel 81 lid 3 te gebeuren, en niet onder artikel 81 lid 1.

Vervolgens stellen de verzoeksters ten aanzien van artikel 3 van de beschikking dat de hierin beoordeelde bedingen (recht van eerste keus, exclusiviteitsbeding) nevenrestricties zijn die noodzakelijk zijn voor de oprichting van TPS. Verzoeksters voeren aan dat bij de beoordeling van de noodzakelijkheid van de bedingen voor de oprichting van TPS een analyse van de marktsituatie nodig is.

Het Gerecht oordeelt in dit verband allereerst dat ook bij de beoordeling van eventuele nevenrestricties geen plaats is voor het afwegen van pro- en anticoncurrentiële effecten onder artikel 81 lid 1. Voor wat betreft de noodzakelijkheid van de beperkende bedingen, moet volgens het Gerecht niet worden nagegaan of de bedingen, gelet op de marktsituatie, noodzakelijk zijn voor het commercieel succes van de transactie. Een restrictie is noodzakelijk wanneer zonder deze restrictie de transactie niet door zou gaan

of moeilijk te verwezenlijken zou zijn. Het Gerecht oordeelt dat de Commissie juist heeft beslist over het recht op eerste keus en het exclusiviteitsbeding.

Ook de overige stellingen van verzoeksters treffen geen doel. Ten aanzien van de in artikel 3 beoordeelde bedingen wordt door verzoeksters ook nog aangevoerd dat artikel 81 lid 3 EG onjuist is toegepast. Ten aanzien van het in artikel 2 beoordeelde beding (non-concurrentiebeding) wordt aangevoerd dat de duur van de negatieve verklaring strijdt met de rechtszekerheid, nu in andere gevallen het non-concurrentiebeding voor een langere periode geoorloofd werd geacht. Uiteindelijk wordt het gehele beroep van verzoeksters door het Gerecht verworpen.

Commentaar

Het interessantste aspect van deze uitspraak is de expliciete verwerping door het Gerecht van het bestaan van een 'rule of reason' bij de toepassing van artikel 81 lid 1 EG. Op dit aspect zal ik hieronder verder ingaan.

Rule of reason

Voor een verdere bespreking van het arrest van het Gerecht is van belang om eerst vast te stellen wat de rule of reason nu precies is. De term 'rule of reason' wordt vaak gebruikt in verband met artikel 81 lid 1 EG zonder dat een definitie gegeven wordt.

De rule of reason is een concept dat een centrale plaats heeft in het antitrustrecht van de Verenigde Staten.² Section 1 van de Sherman Act bepaalt dat *'every contract [...] in restraint of trade or commerce [...] is hereby declared to be illegal'*. De Supreme Court heeft echter bepaald dat 'every' onmogelijk kon betekenen dat elke beperking van de handelingsvrijheid tussen partijen in strijd moest worden geacht met Section 1. Het begrip handelingsvrijheid ('trade') werd daarom vervangen door mededinging ('competition').³

Daarna is het begrip mededinging nader omschreven. In het arrest *Addyston Pipe* werd verklaard dat beperkingen van de handelingsvrijheid die onontbeerlijk zijn voor een voor wat betreft de mededinging neutrale overeenkomst ('ancillary restraints'), niet strijdig zijn met Section 1.⁴ Weer later werd in meer algemene zin het toepassingsgebied van Section 1 beperkt tot *'every undue or unreasonable restraint of trade'* en werd gepreciseerd dat hierbij een afweging nodig was tussen de mededingingsbeperkende en de mededingingsbevorderende elementen van een overeenkomst.⁵

Deze afweging geeft in het Amerikaanse recht de

1 Pb. EG 1999, L 90/6.

2 Zie: i.h.a., E. Gellhorn & C. Kovacic, *Antitrust Law and Economics*.

3 171 U.S. 505, 1898.

4 85 F. 271, 6th Cir. 1898, bevestigd in 175 U.S. 211, 1899.

5 246 U.S. 231, 1918.

mogelijkheid om bij de toepassing van Section 1 de economische realiteit in ogenschouw te nemen. Wel is het zo dat sommige categorieën afspraken (zoals prijsafspraken, marktverdelingsafspraken en quota) reeds wegens hun aard in strijd zijn met Section 1, omdat ze volgens het Supreme Court als per se onredelijk moeten worden beschouwd.⁶ Ook heeft het Supreme Court bepaald dat de rechter zich bij de afweging moet beperken tot de genoemde elementen, en niet overwegingen betreffende het algemeen belang of enig ander belang mag meewegen.⁷

De rule of reason impliceert dus een afweging van zowel de mededingingsbeperkende als de mededingingsbevorderende elementen in het licht van de heersende marktomstandigheden. Dit komt overeen met de definitie die verzoeksters volgens het arrest van het Gerecht hanteerden voor de rule of reason.⁸

Verschillen tussen het Europese en het Amerikaanse systeem

Voor een verdere bespreking van het arrest van het Gerecht is vervolgens van belang om te kijken naar de verschillen tussen het Europese kartelverbod en dat in de Verenigde Staten. Het eerste belangrijke verschil tussen het Europese en het Amerikaanse kartelverbod is dat artikel 81 een dualistische structuur heeft, en Section 1 niet. Section 1 bevat geen met artikel 81 lid 3 vergelijkbare bepaling die voor ontheffing kan zorgen van het kartelverbod. Er is daarom aan een ontsnappingsclausule als de rule of reason behoefte, die bij de uitleg van het kartelverbod van Section 1 zelf geldt.

Overigens is het niet zo dat de vier ontheffingsvoorwaarden van artikel 81 lid 3 overeenkomen met de criteria van de rule of reason.⁹ Van de derde en de vierde ontheffingsvoorwaarde uit artikel 81 lid 3 zou kunnen worden gezegd dat deze aansluiten bij de rule of reason. De derde voorwaarde (dat de beperking onmisbaar is voor het bereiken van de doelstellingen) vertoont gelijkenissen met het criterium gesteld aan 'ancillary restraints' in het hiervoor genoemde *Addyston Pipe*, en ook de vierde voorwaarde (dat de beperking niet de mededinging voor een wezenlijk deel uitschakelt) past binnen de afweging van pro- en anti-concurrentiële elementen van een overeenkomst. De eerste voorwaarde (dat de overeenkomst bijdraagt tot verbetering van de productie of van verdeling van producten of tot verbetering van technische of economische vooruitgang) en de tweede voorwaarde (dat een billijk aandeel van de voordelen aan de gebruikers ten goede komt) passen echter niet zonder meer binnen de afweging van pro- en anti-concurrentiële elementen. Artikel 81 lid 3 is dus niet hetzelfde als de Amerikaanse rule of reason.

Daarnaast is er nog een ander belangrijk verschil tussen het Europese en het Amerikaanse kartelverbod. Het in Section 1 neergelegde kartelverbod heeft als enige achterliggende gedachte de mededinging te bewaken, terwijl het in artikel 81 neergelegde kartelverbod tevens is ingevoerd om tot marktintegratie tussen de lidstaten te komen. Deze

marktintegratie maakt dus ook deel uit van de 'reason' die achter het Europese kartelverbod schuilgaat. Volgens sommigen is er reeds vanwege dit verschil tussen het Amerikaanse en Europese systeem geen plaats voor de Amerikaanse rule of reason onder artikel 81 lid 1 EG.¹⁰ Deze redenering komt echter niet terug in het arrest van het Gerecht.

Europese rechtspraak

Hof en Gerecht hebben in het verleden uitdrukkelijk hun oordeel voorbehouden of de rule of reason dient te worden toegepast bij de analyse onder artikel 81 lid 1. Wel was in *Tréfilunion vs. Commissie*¹¹ en *Montecatini vs. Commissie*¹² al gesteld dat als een rule of reason zou dienen te worden toegepast bij artikel 81 lid 1, deze niet de 'hard core' restricties zou omvatten die in casu moesten worden beoordeeld. In *Montecatini vs. Commissie* gaf A-G Cosmas aan, dat de rule of reason volgens hem in het geheel niet zou dienen te worden gebruikt bij het Europese kartelverbod¹³ en ook in de zaak *Bosman*¹⁴ heeft A-G Lenz dit opgemerkt.

Aan de andere kant vond A-G Roemer in de zaak *Technique Minière* de uitdrukking 'rule of reason' een bruikbare aanduiding voor de beoordeling onder artikel 81 lid 1.¹⁵ De Commissie verklaart in haar White Paper van 1999 bovendien dat ze de 'rule of reason'-benadering in het verleden in een beperkte mate heeft gebruikt, maar dat ruimer gebruik artikel 81 lid 3 zou verzwakken.¹⁶ Ook in Engeland is de rule of reason in het verleden uitdrukkelijk toegepast.¹⁷

In de bekende recente zaak *European Night Services*¹⁸ werd in de procedure bij de Commissie door partijen onder andere een beroep gedaan op de rule of reason, terwijl de Commissie aangaf dat er geen plaats was voor toepassing hiervan bij de toets van artikel 81 lid 1. Het Gerecht gaf geen oordeel over de toepasbaarheid van de rule of reason, maar het ging mee met de andere bezwaren die partijen hadden opgeworpen. Het Gerecht bepaalde dat rekening had behoren te worden gehouden met de economische context, de diensten waarop de handelingen betrekking hadden en de structuur van de markt, en dat dit

6 356 U.S. 1, 1958.

7 221 U.S. 1, 1911; 435 U.S. 679, 1979.

8 A.w., randnummer 68.

9 Zie hierover: W. van Gerven e.a., *Kartelrecht II*, 1997, p. 184 e.v.

10 Zie: R. Wish, *Competition Law*, 2001, p. 102.

11 *Tréfilunion vs. Commissie*, Jur. 1995, p. II-1063, par. 109.

12 *Montecatini vs. Commissie*, Jur. 1999, p. I-4539, par. 133.

13 *Montecatini vs. Commissie*, a.w., conclusie par. 43-45.

14 *Union Royale Belge des Sociétés de Football Association vs. Bosman*, Jur. 1995, p. I-4921, conclusie par. 267-269.

15 *Technique Minière vs. Commissie*, Jur. 1966, 337, conclusie niet gepubliceerd, te kennen uit *Bellamy & Child*.

16 White Paper on Modernisation of the Rules Implementing Articles 81 and 82, Pb. EG 1999, C 132/1.

17 Uitspraak 7 mei 1996 (QBD), *Society of Lloyd vs. Clementson*.

18 *European Night Services vs. Commissie*, Jur. 1998, p. II-1341.

alleen anders zou zijn als het gaat om 'hard core' restricties. Bij deze laatste restricties mogen de mededingingsbevorderende aspecten alleen worden afgewogen in de context van artikel 81 lid 3, aldus het Gerecht.

Doordat het Gerecht enkel bij 'hard core' restricties een afweging van pro- en anticoncurrentiële aspecten niet toestaat onder artikel 81 lid 1, laat dit arrest de mogelijkheid open van een dergelijke afweging bij de niet 'hard core' restricties. Met deze 'a contrario' redenering was er dus na dit arrest nog steeds ruimte voor een rule of reason onder 81 lid 1.

Beoordeling uitspraak Gerecht

In de zaak *Métropole Télévision vs. Commissie* heeft het Gerecht nu ondubbelzinnig bepaald dat de rule of reason niet mag worden toegepast bij toetsing onder artikel 81 lid 1. Zij geeft hiervoor de volgende onderbouwing.

Ten eerste wijst het Gerecht erop dat, in tegenstelling tot hetgeen partijen stellen, de toepasselijkheid van de rule of reason bij artikel 81 lid 1 nooit door het Gerecht of het Hof is erkend. Het Gerecht wijst in deze op een aantal paragrafen in eerdere uitspraken van Gerecht en Hof, waaruit wordt afgeleid dat beide instanties eerder reserves hebben geuit tegen de toepassing van de rule of reason bij artikel 81 lid 1.

Uit het hierboven besprokene blijkt echter dat de jurisprudentie de kwestie open had gelaten. Er zijn in de jurisprudentie zowel aanknopingspunten te vinden dat de beide instanties een rule of reason bij artikel 81 lid 1 erkennen als aanknopingspunten voor het tegendeel. Er bestonden ook verschillende interpretaties van de betreffende jurisprudentie.¹⁹ Een algemene uitspraak over een rule of reason bij artikel 81 lid 1 was tot op heden door Hof en Gerecht vermeden.

Ten tweede, en dit is het doorslaggevend argument voor het Gerecht, zou uit de dualistische structuur van artikel 81 volgen dat er geen plaats is voor toepassing van de rule of reason bij artikel 81 lid 1. Een afweging van de pro- en anticoncurrentiële effecten van een overeenkomst dient volgens het Gerecht onder artikel 81 lid 3 te gebeuren, en niet onder artikel 81 lid 1.

Deze overweging op basis van het systeem is te begrijpen in het licht van het hierboven beschreven verschil tussen het Amerikaans en Europees kartelverbod. Hierbij zij wel aangetekend dat het niet zo is dat de vier ontheffingsvoorwaarden van artikel 81 lid 3 overeenkomen met de criteria van de rule of reason, zoals hierboven werd aangegeven. Meer specifiek is het zo dat de eerste voorwaarde en de tweede voorwaarde niet zonder meer passen binnen de afweging van pro- en anticoncurrentiële elementen, zoals plaatsvindt bij de rule of reason.²⁰

De vraag is welke nuancering van artikel 81 lid 1 overblijft ter voorkoming dat elke overeenkomst die de handelingsvrijheid van partijen beperkt, onder artikel 81 lid 1 valt. Vaste rechtspraak is dat bij de vraag of sprake is van een merkbare mededingingsbeperking, mag worden

gekeken naar de economische context waarin de ondernemingen opereren, de diensten waarop de handelingen van de ondernemingen betrekking hebben, de structuur van de betrokken markt en de omstandigheden waaronder deze functioneert.²¹ Het Gerecht erkent deze toets uitdrukkelijk in de uitspraak inzake *Métropole Télévision vs. Commissie*.²²

De toets aan de hand van 'economische context' heeft gemeen met de rule of reason dat de economische realiteit bij de beoordeling betrokken wordt. Er is dus ook na het arrest *Métropole Télévision vs. Commissie* plaats voor economische beoordeling van mededingingsafspraken, maar dan niet in het kader van een afweging van pro- en anticoncurrentiële aspecten.

Overigens zal het bestaan van een nuancering van artikel 81 lid 1 minder urgent worden op het moment dat op grond van de moderniseringsplannen van de Europese Commissie niet alleen artikel 81 lid 1 maar ook artikel 81 lid 3 rechtstreekse toepassing krijgt. Het is dan nog slechts voor de bewijslastverdeling van belang of de 'nuancering' van het kartelverbod al onder artikel 81 lid 1 kan plaatsvinden, dan wel pas onder artikel 81 lid 3.²³

Conclusie

Uit *Métropole Télévision vs. Commissie* volgt dat volgens het Gerecht de rule of reason geen plaats heeft in het toetsingskader van artikel 81 lid 1. Bij de uitleg van artikel 81 lid 1 mag er dus geen 'import' plaatsvinden van Amerikaans mededingingsrecht. Wel is er nog steeds plaats voor een economische test onder artikel 81 lid 1, maar dan binnen het door de Europese rechtspraak ontwikkelde toetsingskader uit arresten zoals *Oude Luttikhuis*.²⁴

19 Vergelijk bijvoorbeeld R. Wesseling, *The Commission White Paper on Modernisation of EC Antitrust Law: Unspoken Consequences and Incomplete Treatment of Alternative Option*, ECLR 1999, p. 420 e.v., waarin een rule of reason-interpretatie wordt verdedigd, juist met verwijzing naar jurisprudentie, met R. Wish, a.w., p. 102, waar het omgekeerde wordt verdedigd.

20 Zie hierover ook: J. de Pree, *Rule of Reason, Actualiteiten Mededingingsrecht*, december 2001, p. 227 e.v.

21 Onder andere *Oude Luttikhuis e.a. vs. Commissie*, Jur. 1995, p. 4514, paragraaf 10.

22 A.w., randnummer 76.

23 Zie hierover: J. de Pree, a.w., p. 228; zie uitgebreid, over scheidslijn 81 lid 1 en 81 lid 3: E.M.H. Loozen, *Het is tijd voor een inzichtelijk en consequent begrip van een 'mededingingsbeperking'*, M&M 2002, p. 3 e.v.

24 *Oude Luttikhuis e.a. vs. Commissie*, a.w.