

Annotatie

US Supreme Court: American Needle

Mr. M.J. Plomp*

Feiten

De National Football League (NFL), opgericht in 1920, is een vereniging waarbij 32 American football clubs zijn aangesloten. Deze football clubs hebben allemaal een eigen naam, kleuren, logo, handelsmerk en bijbehorende intellectuele eigendomsrechten. Voor de ontwikkeling, licentieverlening en marketing van de handelsmerken hebben de football clubs in 1963 de National Football League Properties (NFLP) opgericht. De NFLP gaf in eerste instantie niet-exclusieve licenties aan ondernemingen, zoals American Needle Inc. (American Needle), die *merchandise* voor de football clubs produceerden en verkochten. In december 2000 hebben de football clubs besloten dat de NFLP alleen nog exclusieve licenties mocht uitgeven. Reebok International Ltd. heeft vervolgens een tienjarige exclusieve licentie gekregen voor de productie en verkoop van petjes e.d. voor alle 32 football clubs. Hierdoor werd het contract tussen de NFLP en American Needle niet verlengd en bleef American Needle met lege handen achter. Om die reden is American Needle een procedure tegen de NFL en de football clubs begonnen. Volgens American Needle zijn de afspraken binnen de NFL tussen de 32 football clubs in strijd met Section 1 Sherman Act. Kern van de discussie in deze procedure is of er binnen NFL sprake is van afgestemd gedrag tussen de 32 football clubs in de zin van Section 1 Sherman Act. Met andere woorden of de afspraken tussen de football clubs over gezamenlijke exploitatie van intellectuele eigendomsrechten en de exclusieve licentieverlening door de NFLP onder de reikwijdte van het Amerikaanse kartelverbod vallen.

Oordeel District Court en Court of Appeals

De District Court van Illinois oordeelde in 2007 dat de gedragingen van NFL en de football teams niet onder Section 1 Sherman Act vallen, omdat zij als één economische eenheid kunnen worden beschouwd. De Court of Appeals oordeelde in 2008 dat een vereniging onder bepaalde omstandigheden als één economische eenheid kan worden beschouwd, waarop Section 1 Sherman Act niet van toepassing is. Ten aanzien van de gezamenlijke exploitatie van de intellectuele eigendomsrechten oordeelde de Court of Appeals dat Section 1 Sherman Act niet van toepassing is. Volgens de Court of Appeals vormen de 32 football clubs samen de NFL en kunnen zij zonder elkaar geen competitie spelen. De football clubs hebben gezamenlijk belang bij promotie van hun sport ten opzichte van andere sporten en entertainment. Zij zijn niet zelf verantwoordelijk voor de promotie van NFL-football. Mede gezien het feit dat de intellectuele eigendomsrechten van de football clubs al sinds 1963 door NFLP werden geëxploiteerd achtte de Court of Appeals dat er sprake was van één economische eenheid waar Section 1 Sherman Act niet voor geldt. Ondanks het betoog van de Department of Justice en de Federal Trade Commission dat deze zaak gezien de sportcontext niet geschikt is om nader in te gaan op de toepassing van het begrip één economische eenheid in joint venture-situaties, heeft de Supreme Court het beroep van American Needle toch in behandeling genomen.¹

Beoordeling

De Supreme Court overweegt allereerst dat voor de toepassing van Section 1 Sherman Act onderscheid moet worden gemaakt tussen afgestemd gedrag en zelfstandig

* Mr. M.J. Plomp is werkzaam als advocaat bij BarentsKrans te Den Haag.

1. Zie 'Brief for the United States as Amicus Curiae' van mei 2009, <www.ftc.gov/os/2009/05/090529nfl.pdf>.

gedrag. Afgestemd gedrag brengt mededingingsrechtelijke risico's met zich mee en dient onder Section 1 Sherman Act te worden beoordeeld. De Supreme Court verwijst vervolgens naar vaste jurisprudentie zoals *United States/Sealy Inc.* en *Copperweld Corp./Independence Tube Corp.* op grond waarvan afspraken tussen ondernemingen binnen een joint venture onder de reikwijdte van Section 1 Sherman Act kunnen vallen respectievelijk afspraken tussen een moeder- en een dochteronderneming niet hieronder vallen. De relevante vraag die volgens de Supreme Court moet worden beantwoord is of een afspraak afbreuk doet aan het zelfstandig opereren van onafhankelijke marktpartijen en zodanig economische belangen verenigt dat hierdoor de mededinging wordt beperkt. Indien sprake is van een dergelijke afspraak dan moet onder Section 1 Sherman Act worden beoordeeld of er een rechtvaardiging bestaat voor de mededingingsbeperkende afspraak. De Supreme Court oordeelt dat de football clubs die zijn aangesloten bij de NFL zelfstandige opererende ondernemingen zijn, die niet alleen op sportief gebied met elkaar concurreren, maar eveneens bij de verkoop van wedstrijdkarten, het aantrekken van fans en het binnenhalen van goede spelers, trainers en managers. Ook op het gebied van intellectuele eigendomsrechten en *merchandise* hebben de football clubs volgens de Supreme Court zelfstandige economische belangen en zijn zij concurrenten van elkaar. De oprichting van de NFL kan niet worden vergeleken met een fusie. De football clubs vormen geen economische eenheid. De afspraak tussen de football clubs over de exploitatie van hun intellectuele eigendomsrechten door de NFPL valt derhalve onder de reikwijdte van Section 1 Sherman Act. De Supreme Court overweegt tot slot dat de afspraak tussen de football clubs niet in strijd met Section 1 Sherman Act hoeft te zijn, indien gezamenlijke exploitatie van de intellectuele eigendomsrechten noodzakelijk is. Op grond van de *rule of reason* dient beoordeeld te worden of de afspraak gerechtvaardigd is. De Supreme Court verwijst de zaak uiteindelijk ter verdere beoordeling terug naar de Court of Appeals.

Conclusie

Na eerste lezing van deze uitspraak mag een Europese mededingingsjurist denken: 'What's all the fuss about?' Het lijkt zo logisch te zeggen dat het kartelverbod van toepassing is op de afspraken binnen de NFL tussen de football clubs. Nadere bestudering van de uitspraak en het – telefonisch – bijwonen van een ABA-bijeenkomst over *American Needle* doen een ander licht op de zaak schijnen. *American Needle* geeft nadere uitleg in de Amerikaanse jurisprudentie aan een functionele invulling van het ondernemingsbegrip. De discussie concentreert zich in Amerika echter niet zozeer op het ondernemingsbegrip, maar op de vraag of er sprake is van een (onderling) afgestemde (feitelijke) gedraging. Het verschil in benadering tussen het Europese mededingings-

recht en het Amerikaanse mededingingsrecht volgt uit de formuleringen van artikel 101 VWEU en van Section 1 Sherman Act. Artikel 101 VWEU luidt (voor zover van toepassing): 'Onverenigbaar met de interne markt en verboden zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen (...)'. Section 1 Sherman Act luidt (voor zover van toepassing): 'Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. (...)'. In het Europese mededingingsrecht staat het ondernemingsbegrip centraal terwijl in het Amerikaanse mededingingsrecht afgestemd gedrag centraal staat. Het begrip onderneming omvat, in de context van het Europese mededingingsrecht, elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd. Het Europese kartelverbod is alleen van toepassing wanneer twee of meer ondernemingen betrokken zijn bij bepaalde (mededingingsbeperkende) gedragingen. Gedragingen binnen één economische eenheid, bijvoorbeeld tussen een moeder- en een dochteronderneming, vallen niet onder het Europese kartelverbod. Een besluit van een ondernemersvereniging kan eveneens onder het Europese kartelverbod vallen. Het Amerikaanse mededingingsrecht legt echter de nadruk op afgestemd gedrag.

Beoordeling joint ventures

De functionele invulling van het begrip onderneming (één economische eenheid) lijkt in Amerika enigszins achter te lopen op de jurisprudentie in Europa. Er is in Amerika bijvoorbeeld veel ophef over *American Needle* in het kader van *joint ventures*. Bedrijven vragen zich af of *American Needle* de risico's vergroot voor *joint ventures* om onder de reikwijdte van Section 1 Sherman Act te vallen. In Europa lijkt de beoordeling van *joint ventures* onder artikel 101 VWEU de gewoonste zaak. Bedrijven dienen zich altijd af te vragen of er sprake is van een meldingsplichtige *joint venture*. Artikel 3 lid 4 van Verordening (EG) nr. 139/2004 bepaalt dat de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult een concentratie vormt.² Een dergelijke *joint venture* valt niet onder het Europese kartelverbod. Dit betekent niet dat bij de beoordeling van een 'volwaardige' gemeenschappelijke onderneming het kartelverbod helemaal geen rol speelt. Artikel 2 lid 4 van Verordening (EG) nr. 139/2004 bepaalt dat bij de totstandkoming van een gemeenschappelijke onderneming de gecoördineerde effecten – coördinatie van het concurrentiegedrag van ondernemingen die onafhankelijk blijven – beoordeeld worden aan de hand van artikel 101 lid 1 en 3 VWEU.³ *Joint ventures* die niet volwaardig zijn (ook wel coöperatieve *joint ventures* genoemd) vallen wel

2. Verordening (EG) nr. 139/2004 van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, Pb. EU 2004, L 24/1.

3. Zie bijv. zaak M.5781 *Total Holdings Europe SAS/ERG Spa/JV* van 21 mei 2010, randnr. 67-68.

onder het Europese kartelverbod en worden onder meer beoordeeld aan de hand van de groepsvrijstelling voor specialisatieovereenkomsten en *research & development*-overeenkomsten en de Richtsnoeren Horizontale Overeenkomsten.⁴ Om risico's onder het Amerikaanse mededingingsrecht te beperken stelde een van de sprekers tijdens de ABA-bijeenkomst voor om *joint ventures* te laten besturen door een onafhankelijk management. De vraag is echter of dit voldoende is om buiten de reikwijdte van het Europese kartelverbod en Section 1 Sherman Act te vallen. Vanuit Europees mededingingsrechtelijk perspectief lijkt een onafhankelijk management niet voldoende om het kartelverbod te ontduiken. Een *joint venture* is op grond van de Europese concentratieregels volwaardig indien voldaan is aan vier voorwaarden.⁵ De eerste voorwaarde is dat een *joint venture* voldoende middelen moet hebben om onafhankelijk op een markt werkzaam te zijn. Dit betekent onder meer dat de *joint venture* dient te beschikken over een bestuur dat zich aan haar dagelijkse bedrijfsvoering wijdt en over toegang tot voldoende middelen, waaronder financiën, personeel en vermogensbestanddelen. Ten tweede dient een *joint venture* ook werkzaamheden buiten een bepaalde functie voor de moedervennootschappen te verrichten. Er mag derhalve geen sprake zijn van een hulpfunctie of een verkoopkantoor. Een *joint venture* dient ten derde niet voor een belangrijk gedeelte afhankelijk te zijn van de afzet aan en bevoorrading bij de moedervennootschappen. Ten vierde dient een *joint venture* op duurzame basis werkzaam te zijn.⁶

Amerikaans mededingingsrecht

Bestudering van het Amerikaanse mededingingsrecht leert dat in Amerika *joint ventures* op gelijksoortige wijze worden beoordeeld als in Europa. Volwaardige *joint ventures* worden als concentraties beoordeeld onder Section 7 Clayton Act.⁷ Coöperatieve *joint ventures* worden beoordeeld onder Section 1 en 2 Sherman Act. Hiervoor zijn richtsnoeren opgesteld, zoals de 'Competitor Collaborations Guidelines' (2000) en de 'Intellectual Property Guidelines' (1995). Deze richtsnoeren vertonen gelijkenissen met de Europese groepsvrijstellingen en behandelen onder meer afspraken die 'Per Se Illegal' zijn, afspraken die onder de 'Rule of Reason' worden beoor-

deeld en 'Safety Zones'.⁸ Waar de commotie naar aanleiding van *American Needle* vandaan komt, is vooralsnog onduidelijk. Amerikaanse rechters hebben vaker geoordeeld dat samenwerkingsverbanden tussen sportclubs onder de reikwijdte van Section 1 Sherman Act vallen en de verschillende richtsnoeren stellen duidelijke grenzen aan samenwerking tussen concurrenten en (exclusieve) gezamenlijke exploitatie van intellectuele eigendomsrechten.⁹

Gezamenlijke exploitatie en exclusiviteit

De beoordeling van gezamenlijke exploitatie van intellectuele eigendomsrechten en exclusieve rechten onder het Amerikaanse mededingingsrecht verschilt in beginsel niet van de beoordeling onder het Europese mededingingsrecht. Zoals de Supreme Court terecht in het vonnis opmerkt, kunnen de afspraken tussen de NFL-football clubs gerechtvaardigd zijn onder de *rule of reason*. Vergelijk bijvoorbeeld de beoordeling door de Europese Commissie en de Nederlandse Mededingingsautoriteit van de gezamenlijke exploitatie van media- en uitzendrechten door de UEFA respectievelijk de Eredivisie.¹⁰ Artikel 101 lid 3 VWEU en artikel 6 lid 3 Mw staan dergelijke commercialiseringsovereenkomsten toe, indien zij economische voordelen met zich meebrengen (efficiëntieverbeteringen), onmisbaar zijn en de mededinging niet uitschakelen.¹¹ Belangrijkste aandachtspunt is dat gezamenlijke exploitatie en exclusiviteit vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt slecht samen gaan. Vanuit een Europees perspectief – maar vermoedelijk ook vanuit Amerikaans perspectief – zullen de NFL-football clubs waarschijnlijk concessies moeten doen, net zoals de UEFA dat in 2003 heeft gedaan. De UEFA gaf alle uitzendrechten en andere mediarechten op de Champions League aan één omroeporganisatie per lidstaat voor een lange periode. Hierdoor werd volgens de Europese Commissie de concurrentie tussen omroeporganisaties – die sport absoluut nodig hebben – vervalst. Daarnaast stond de UEFA de ontwikkeling van sportdiensten via internet en de nieuwe generatie mobiele telefoons in de weg door de toegang tot belangrijke inhoud te verbieden. Dit is niet in het belang van de supporters en de consumenten in het algemeen. De UEFA heeft de Europese Commissie vervolgens toegezegd dat zij de mediarechten op de Champions League binnen het bereik zal brengen van aanbieders van internetinhoud en UMTS-exploitanten en een groter aantal televisie- en radio-omroepen. In plaats van de rechten

4. Verordening (EU) nr. 1218/2010 van 14 december 2010 betreffende de toepassing van artikel 101 lid 3 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen specialisatieovereenkomsten, Pb. EU 2010, L 335/43, Verordening (EU) nr. 1217/2010 van 14 december 2010 betreffende de toepassing van artikel 101 lid 3 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten, Pb. EU 2010, L 335/36 en de Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Pb. EU 2011, C 11/1.

5. Geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, Pb. EU 2008, C 95/01, randnr. 91-105.

6. Zie bijv. zaak M.5740, *Gazprom/A2A/JV* van 16 juni 2010, randnr. 6-9.

7. Zie ook de herziene 'Horizontaal Merger Guidelines' van 19 augustus 2010, <www.ftc.gov/os/2010/08/100819hmg.pdf> en persbericht Federal Trade Commission <www.ftc.gov/opa/2010/08/hmg.shtm>.

8. Zie 'Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors' van april 2000, hfdst. 3 en 4, <www.ftc.gov/os/2000/04/ftcdojguidelines.pdf>.

9. Zie ABA Section of Antitrust Law, *Antitrust Law Developments* (2007), p. 463 en 'Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property' van 6 april 1995, hfdst. 5, <www.ftc.gov/bc/0558.pdf>.

10. Zie persbericht Europese Commissie d.d. 24 juli 2003, <www.europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/03/1105&format=HTML&aged=1&language=NL&guiLanguage=en> en Nma-zaken 18, 1162 en 4237.

11. Zie Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Pb. EU 2011, C 11/1, randnr. 225-256.

gebundeld aan slechts één omroeporganisatie per land te verkopen, zal de UEFA de rechten in verschillende pakketten voor kortere perioden verkopen, en individuele voetbalclubs zullen sommige van de rechten ook zelf bij hun achterban kunnen exploiteren. De UEFA kan sommige rechten nog steeds centraal verkopen, waardoor de UEFA het door haar gecreëerde succesvolle merk Champions League kan blijven exploiteren, terwijl de financiële solidariteit in de sport wordt gewaarborgd.

Tot slot

Terugkerend naar de essentie van *American Needle*. Het is niet van belang welk 'label' partijen op een samenwerkingsverband plakken. Voor de toepassing van Section 1 Sherman Act geldt, evenals in het Europese mededingingsrecht, een functionele invulling van het begrip onderneming. De NFL-football clubs zullen dus niet alleen moeten concurreren in sport en spel, maar ook daarbuiten.