

Redactioneel

Past, Present and Future

Mr. H.H.P. Lugard*

Zoeken op het internet levert soms opmerkelijke vondsten op. Wie wist dat de Shangri-Las, een Amerikaanse meidenpopgroep uit het midden van de jaren zestig, aanvankelijk door het leven gingen als de Beatle-ettes? Hoe dat zij, een van de grootste hits van de Shangri-Las, 'Past, Present and Future', een melancholiek en een naar huidige maatstaven nogal vlak en oninteressant liedje over ongelukkige tienerliefdes, verschaft het kader van dit redactioneel. Onder het motto dat men het verleden dient te kennen om het heden te begrijpen, stipt dit redactioneel de ontstaansgeschiedenis van de Europese mededingingsregels aan. Maar alvorens in het grijze verleden te duiken, eerst een aantal opmerkingen over de mededingingsrechtelijke actualiteit en de toekomst.

Bij het ter perse gaan van dit nummer van *Markt & Mededinging* is een aantal actuele kwesties aan de orde. Een daarvan betreft uiteraard de organisatie van de NMa, die na maandenlange onzekerheid van de Eerste Kamer het groene licht kreeg om op te gaan in de ACM. Dat is op 1 april 2013 geschied. Na een verlengde behandeling werd op 28 februari 2013 de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt goedgekeurd en veel NMa-medewerkers zullen onlangs met een zucht van verlichting hun verhuisdozen hebben ingepakt om te verhuizen naar hun nieuwe werkplek.

De redactie van *Markt & Mededinging* verwelkomt het nieuwe bestuur van de ACM, de heer Fonteijn, de heer Don en mevrouw Vegter, van harte en wenst hun veel wijsheid en succes in de komende jaren.

De parlementaire behandeling van de Instellingswet en met name de samenloop van die wet met de Stroomlijningswet, de wettelijke regeling die voorziet in de harmonisering en – hopelijk – vereenvoudiging van

bevoegdheden, instrumenten en procedures van de ACM, heeft tot verhitte debatten geleid.¹

Ik verwijs de geïnteresseerde lezers in dat verband nog eens naar het commentaar van onze columnist Maarten Pieter Schinkel dat in het vorige nummer van *Markt & Mededinging* verscheen en waarin hij stilstaat bij de soms onverholen partijpolitieke argumenten die te berde werden gebracht in de discussie omtrent het takenpakket en het functioneren van de ACM. Partijpolitieke en economische deelbelangen hebben, zo zullen wij zien in het tweede deel van dit redactioneel, overigens ook in de jaren vijftig van de vorige eeuw een doorslaggevende rol gespeeld bij de totstandkoming van de mededingingsregels zoals wij die nu, anno 2013, nog steeds kennen.

De uitkomst van de beraadslagingen over de ACM-wetgeving is bekend: de behandeling van de – inmiddels aangenomen – Instellingswet en de Stroomlijningswet is (tegen de wil van het ministerie van EZ en de NMa zelf) gesplitst, en de Stroomlijningswet is voorgelegd aan de Raad van State, die onlangs een op dit moment nog vertrouwelijk advies het licht heeft doen zien, dat thans bij de ministerraad ligt. Het wetsontwerp zal vervolgens aan de Tweede Kamer worden aangeboden. Het zal interessant zijn te bezien welke opmerkingen van de Raad van State de regering ter harte zal nemen en hoe die in de optiek van de regering een weerslag dienen te vinden in het wetsontwerp. Een volgend nummer van *Markt & Mededinging* zal daar ongetwijfeld aandacht aan schenken.

Door het gedoe omtrent de Stroomlijningswet heeft de brief van de minister van Economische Zaken van 18 maart 2013 over de jaarverslagen van de NMa, OPTA en de agenda over 2012 van de CA betrekkelijk

* Mr. H.H.P. Lugard is partner bij Baker Botts L.L.P. en als assistant professor verbonden aan het Tilburg Law and Economics Center (TILEC) van de Tilburg University.

1. Wet van 28 februari 2013 houdende regels omtrent de instelling van de Autoriteit Consument en Markt (Instellingswet Autoriteit Consument en Markt), *Kamerstukken* 33 186.

weining aandacht gekregen.² Toch is die brief interessant. De minister bevestigt zijn voornemen om de ACM na twee jaar, in 2015, te evalueren en daarbij zo mogelijk de Rekenkamer te betrekken. Maar de minister voegt daar direct aan toe dat het functioneren van de ACM slechts tot op zekere hoogte meetbaar is en verwijst daarbij naar de werkzaamheden van de OESO om te komen tot een meetbaar en tussen lidstaten vergelijkbare *'competition policy indicator'*. Dit traject toont aan, zo stelt de minister, 'dat het niet mogelijk is om de effectiviteit van het mededingingsbeleid van verschillende lidstaten op eenduidige wijze te meten en onderling vergelijkbaar te maken', met name omdat er geen direct causaal verband is tussen het optreden van een markttoezichthouder en het uiteindelijk gerealiseerde effect. Niettemin schetst de minister vervolgens de belangrijkste ingrediënten van de toekomstige ACM-evaluatie: de evaluatie zal een amalgaam zijn van een aantal wel meetbare indicatoren, zoals personeels- en kostenbesparingen, *rankings*, bepaalde kengetallen (aantallen sancties, de hoogte van de opgelegde boetes, het percentage sanctiebesluiten dat stand houdt in bezwaar en beroep, de verhouding van directe en indirecte kosten en de lengte van doorlooptijden van zaken), alsmede kwalitatieve elementen, zoals responsiviteit, transparantie, consistentie, voorspelbaarheid, onafhankelijkheid, kennispooling en prioriteringsbeleid. Het klinkt mooi, maar zal die evaluatie een solide basis zijn voor 'een goed onderbouwd oordeel over de effectiviteit en efficiëntie van de ACM vanaf haar oprichting'? De geschetste stand van zaken staat bovendien op zijn minst op licht gespannen voet met de door de NMa zelf gedane – en ook in dezelfde brief genoemde – schatting van de effecten van haar optreden voor de consumentenwelvaart, die voor 2012 op 250 miljoen euro worden begroot. Maar ook op een ander punt gaat de minister iets te snel door de bocht.

Het in de brief genoemde OESO-traject heeft geenszins geresulteerd in een finale conclusie dat het opstellen van effectiviteitsindicatoren voor mededingingsbeleid onbegonnen werk is. Integendeel, de OESO-lidstaten hebben juist in februari van dit jaar besloten het project voort te zetten. Daarbij komt dat belangrijke voortgang gemaakt wordt in de economische literatuur. Zo tonen Buccirosi c.s. op basis van nieuw ontwikkelde indices aan dat concurrentiebeleid een significant positief effect heeft op productiviteitsgroei.³

Over naar de toekomst. De Commissie heeft onlangs haar wijzigingsvoorstellen voor de groepsvrijstelling technologie-overdrachtsovereenkomsten en de begeleidende richtsnoeren bekendgemaakt en ter consultatie voorgelegd aan het brede publiek.⁴ Die consultatie vindt plaats tegen de achtergrond van het aflopen van de

groepsvrijstelling in 2014 en werd voorafgegaan door een economisch rapport van Regibeau en Rockett.⁵ De door de Commissie voorgestelde wijzigingen zijn beperkt in aantal, maar wel van significant belang. Zo stelt de Commissie voor de regeling omtrent territoriale bescherming van licentienemers te beperken, in specifieke gevallen de marktaandeeldrempels te verlagen en het beleid ten aanzien van retro-licenties (*'grant-backs'*) aan te passen. De meest in het oog springende voorgestelde wijziging ziet echter op de op licentienemers rustende verplichting om de geldigheid van de gelicentieerde intellectuele-eigendomsrechten niet te betwisten, of, indien dat wel geschiedt, de bevoegdheid voor de licentiegever om de overeenkomst te beëindigen. Dergelijke niet-betwistingsclausules zijn tot dusver vrijgesteld van het kartelverbod ingevolge artikel 2 jo. 5 lid 1 onder c van Verordening 2004/772/EG. De Commissie wil daar nu een eind aan maken en stelt voor dergelijke bepalingen op te nemen in de lijst van uitgesloten bepalingen van artikel 5.⁶

Waar komt die plotselinge ommezwaai vandaan? Per slot van rekening worden dergelijke clausules sinds jaar en dag beschouwd als een redelijke *quid pro quo* in licentie-verhoudingen. Immers, van licentiegevers kan redelijkerwijs niet verwacht worden dat zij licentieovereenkomsten afsluiten met licentienemers en tegelijkertijd moeten gedogen dat diezelfde partij de geldigheid van de intellectuele-eigendomsrechten ter discussie stelt. In een dergelijk geval is het redelijk dat de licentiegever het recht heeft de overeenkomst te beëindigen en partijen los van de overeenkomst hun octrooigeschil uitvechten.

De kennelijke beleidswijziging vindt haar oorzaak in de steeds sterker wordende overtuiging van de Commissie dat de exploitatie van intellectuele-eigendomsrechten in specifieke omstandigheden misbruik van machtspositie kan opleveren. Daarbij komt dat naar het oordeel van de Commissie in een aantal *hightech* sectoren sprake is van *'patent thickets'* (een aanzienlijk aantal overlappende octrooien dat kan leiden tot hogere transactiekosten voor licentienemers), alsmede een (te) groot aantal *'standard essential patents'*, waarvan een wezenlijk deel naar verloop van tijd ongeldig blijkt. Met het de facto verbieden van *'no-challenge'*-clausules hoopt de Commissie te bereiken dat licentienemers in het geweer komen tegen mogelijk ongeldige octrooien en zodoende het probleem van *'patent thickets'* oplossen.

Nog daargelaten of het mobiliseren van licentienemers daartoe een geëigend middel is, is het zeer de vraag of de

2. Kamerbrief van 18 maart 2013, EZ-jaarverslagen NMa en OPTA en terugblik Consumentenautoriteit 2012.

3. P. Buccirosi, L. Ciari, T. Duso, G. Spagnolo en C. Vitale, 'Competition Policy and Productivity Growth: An Empirical Assessment', *Review of Economics and Statistics* 2013, n.n.g.

4. Zie <http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_technology_transfer/index_en.html>.

5. P. Regibeau en K. Rockett, 'Assessment of potential conduct in the field of intellectual property rights and assessment of the interplay between competition policy and IPR protection', november 2011, <http://ec.europa.eu/competition/consultations/2012_technology_transfer/study_ipr_en.pdf>.

6. Zie art. 5 lid 1 onder b ontwerpverordening. De Commissie merkt wel in algemene zin op dat bij de individuele beoordeling van dergelijke bepalingen in aanmerking moet worden genomen of de licentienemer zijn contractuele verplichtingen (met inbegrip van de betaling van royalty's), nakomt, maar het is bepaald onduidelijk welk belang daaraan gehecht moet worden. De Commissie stelt overigens wel dat de nieuwe regeling niet zal gelden voor *knowhow* licenties. Zie punten 125 en 126 ontwerp-richtsnoeren.

voorgestelde nieuwe regeling het aangaan van legitieme en welvaartsbevorderende licentieovereenkomsten niet excessief zal ontmoedigen en, meer in het bijzonder, of het terecht is dat de Commissie een probleem dat slechts in een aantal specifieke sectoren speelt, aangrijpt om een zeer ingrijpende, algemeen geldende, nieuwe regeling in te voeren.

Volledigheidshalve kan nog gemeld worden dat de Commissie zwaar heeft ingezet op de strijd tegen bedrijven waarvan zij vermoedt dat zij hun essentiële octrooiën niet op FRAND (*fair, reasonable and non-discriminatory*)-voorwaarden licentiëren en zodoende in strijd met artikel 102 VWEU handelen. Inmiddels is een flink aantal klachten over non-FRAND-licentievoorwaarden aanhangig en heeft de Commissie op 21 december 2012 naar aanleiding van klachten van Apple punten van bezwaar uitgebracht tegen Samsung.

Maar de *'smartphone war'* beperkt zich niet tot de Europese Brusselse burelen van de Commissie. Hier te lande heeft de *smartphone war* vooral aandacht getrokken door het door Samsung aangespannen (en verloren) kort geding tegen Apple.⁷ Ook in Duitsland wordt veelvuldig geprocedeerd. Aldaar geldt de algemene, aan het *Orange Book*-arrest ontleende regel dat – samengevat – houders van intellectuele-eigendomsrechten de mogelijkheid hebben in kort geding te bewerkstelligen dat inbreukmakers het gebruik van beschermde technologie staken, tenzij de kandidaat-licentienemer zich bereid heeft verklaard alle standaardlicentievoorwaarden (inclusief royaltybepalingen) te accepteren en bovendien zorg heeft gedragen voor betaling of adequate borgstelling van royaltybetalingen ten aanzien van de verkoop van inbreukmakende producten in het verleden.⁸ Het is niet verwonderlijk dat de Commissie zo haar bedenkingen heeft over deze door de hoogste Duitse rechter ontwikkelde regel. Maar ook de lagere Duitse rechter heeft nu kennelijk twijfels: op 21 maart 2013 schorste het Landgericht Düsseldorf de bij hem aanhangige procedure tussen Huawei en ZTE en stelde een zestal preliminaire vragen aan het Hof van Justitie die de *Orange Book*-doctrine in haar geheel op losse schroeven zet.⁹ In afwachting van de beantwoording van die vragen door het Hof van Justitie heeft de Duitse rechter de procedure geschorst en het ligt in de lijn der verwachting dat andere Duitse rechters (en wellicht ook rechters in andere jurisdicties) dat voorbeeld zullen volgen. Bovendien lijkt die procedure de zaak van de Commissie tegen Samsung in ieder geval te compliceren en waarschijnlijk aanzienlijk te vertragen. Immers, de Commissie zal niet graag door het Hof teruggefloten willen worden na eerst zelf te hebben vastgesteld dat Samsung in strijd met artikel 102 VWEU heeft gehandeld door in Duitsland kortgedingprocedures te hebben aangespannen tegen inbreukmakende, onwillige kandidaat-licentienemers met inachtneming van de *Orange Book*-voorschriften.

7. Rb. 's-Gravenhage, zaaknummers C/09/404787 / HA ZA 11-2522, LJN BY8487 (KG Samsung/Apple).

8. Bundesverfassungsgericht 6 mei 2009, BGHZ 180, p. 312, *Orange Book Standard*, GRUR 2009, p. 694.

9. <www.mlex.com/EU/Content.aspx?ID=335226>.

Kortom: met deze ontwikkelingen is weer een nieuw chapter aangebroken in de *smartphone*-sage.

Dan het verleden. Bij de toevloed van de niet geringe hoeveelheid nieuwe zaken, beleidsontwikkelingen en andere relevante actuele kwesties, vergeet men wel eens hoe het mededingsrechtelijke regime waar wij zo vertrouwd mee zijn eigenlijk ontstaan is. Gerber heeft in 1998 een bewonderenswaardige poging gedaan de oorsprong van het Europese mededingingsrecht in kaart te brengen.¹⁰ Hij stelt terecht vast dat de EG-mededingingsregels hun oorsprong vinden in het EGKS-Verdrag en oordeelt dat wij het moderne mededingingsrecht met name te danken hebben aan de Duitse Ordoliberalen. De invloed van de Amerikanen zou, aldus Gerber, marginaal zijn geweest.¹¹ Weliswaar liet Jean Monnet, de geestelijke vader van het EGKS-Verdrag, zich bij het opstellen van het verdrag onder andere bijstaan door Robert Bowie, een hoogleraar mededingingsrecht in Harvard die in 1950 in Europa gestationeerd was en werkzaam was voor John J. McCloy, de Amerikaanse Hoge Commissaris voor Duitsland en vanaf 1949 verantwoordelijk voor de Amerikaanse civiele bezettingsmacht in Duitsland, maar de Amerikanen zouden geen majeure invloed op de tekst van de artikelen 65 en 66 van het EGKS-Verdrag hebben gehad. De memoires van een andere Amerikaanse betrokkene, George W. Ball, suggereren dat de Amerikanen wel degelijk een sturende rol hadden bij het opstellen van de verdragsartikelen, maar dat boek blijft steken in algemeenheden.¹²

Recent historisch onderzoek dat de totstandkoming van de EGKS-mededingingsregels in een geopolitieke context plaatst, maakt duidelijk dat de Amerikaanse invloed veel groter is geweest dan Gerber c.s. stellen.¹³ De betreffende historica, Brigitte Leucht, beargumenteert dat de Amerikanen niet alleen alle redenen hadden om te voorkomen dat Duitsland – alsmede de andere toekomstige leden van de EGKS – zouden terugvallen in vooroorlogse kartelpraktijken en dat de Amerikaanse betrokkenheid bovendien nauw aansloot bij de Franse wens om de Duitse kartels te breken, maar gaat ook nauwgezet na op welke wijze de Amerikanen de teksten van de opeenvolgende concepten van de EGKS-kartelbepalingen doorslaggevend hebben beïnvloed. Waarom het Europese mededingingsrecht toch op cruciale punten afwijkt van het Amerikaanse 'origineel' komt in een volgende bijdrage van *Markt & Mededinging* aan de orde.

10. D.J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford: Clarendon Press 1998. Zie met name p. 334-341.

11. Gerber 1998, zie p. 342. Ook Giocoli beargumenteert dat het Europese mededingingsrecht vooral een product van de Ordoliberalen is geweest. Zie 'Competition vs. Property Rights: American Antitrust Law, the Freiburg School and the Early Years of European Competition Policy', *Journal of Competition Law* 2009.

12. G.W. Ball, *The Past Has Another Pattern, Memoirs*, New York 1973.

13. B. Leucht, 'Transatlantic policy networks in the creation of the first European anti-trust law: mediating between American anti-trust and German ordo-liberalism', in: W. Kaiser, B. Leucht en M. Rasmussen (red.), *The History of the European Union. Origins of a trans and supranational polity 1950-72*, Londen/New York: Routledge 2009.