Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Annotatie

De toezeggingsbeschikking inzake e-books

Besluit van de Commissie van 12 december 2012, zaak COMP/39.847

Mr. P.P.J. van Ginneken en mr. C.P.J. van Veen*

Op 12 december 2012 heeft de Europese Commissie een toezeggingsbeschikking op grond van artikel 101 VWEU genomen met betrekking tot de detailhandelsprijzen voor *e-books*.[1] Hieronder plaatsen wij enkele kanttekeningen bij deze toezeggingsbeschikking door deze te vergelijken met het Amerikaanse e-books-onderzoek. We vragen ons af of de beoordeling van de rol van Apple en de keuze van een toezeggingsbeschikking door de Commissie wel juist zijn.

Feiten

Op 1 december 2011 heeft de Commissie een procedure ingeleid ten aanzien van Apple en vijf uitgeverijen[2] naar aanleiding van een mogelijke onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen deze ondernemingen op de markt voor e-books. Op 13 augustus 2012 heeft de Commissie een tot de uitgeverijen en Apple gerichte voorlopige beoordeling vastgesteld. In september 2012 hebben vier[3] uitgeverijen en Apple een voorstel voor toezeggingen ingediend om tegemoet te komen aan de in de voorlopige beoordeling geformuleerde bezwaren. In het licht van opmerkingen van derden hebben de vier uitgeverijen en Apple in oktober/november 2012 gewijzigde toezeggingen ingediend.

Een e-book is een elektronisch geformatteerd boek dat is ontworpen om te worden gelezen op een computer, tablet, smartphone of ander apparaat dat in staat is e-books leesbaar te maken. De markt voor de verkoop van e-books nam pas een aanzienlijke omvang aan toen Amazon in november 2007 haar Kindle e-book-platform lanceerde in de Verenigde Staten. Vanaf 2007 begon Amazon nieuwe Engelstalige bestsellers in e-book-vorm aan consumenten aan te bieden voor 9,99 dollar, eerst in de Verenigde Staten, daarna wereldwijd. Amazon bood deze e-books aan onder een zogenoemd 'groothandelsmodel', waarbij uitgeverijen (als 'groothandelaren') aan 'detailhandelaren' (zoals Amazon) e-books verkochten tegen een groothandelsprijs en waarbij groothandelaren ook een detailhandelsprijs voorstelden ('*list price*'). De door Amazon gehanteerde e-book-detailhandelsprijzen waren in het algemeen lager dan de *list price* en zelfs beneden de groothandelsprijs.

De Commissie is in haar voorlopige beoordeling van mening dat de vier uitgeverijen onderling contact hebben gehad over de detailhandelsprijzen voor e-books die Amazon op of onder het niveau van de groothandelsprijzen vaststelde. Volgens het voorlopige standpunt van de Commissie had elk van de vier uitgeverijen ten minste sinds december 2009 directe en indirecte contacten (via Apple) om hetzij de detailhandelsprijzen van e-books te verhogen tot boven die van Amazon, hetzij te verhinderen dat dergelijke prijzen werden geïntroduceerd. Met het oog hierop ontwikkelden de vier uitgeverijen het voornemen om voor de verkoop van e-books wereldwijd

* Mr. P.P.J. van Ginneken is werkzaam bij Brinkhof N.V. Mr. C.P.J. van Veen is werkzaam bij Brinkhof N.V.

1. Besluit van de Europese Commissie van 12 december 2012, zaak COMP/39.847, *E-books*, *Pb. EU* 2013, C 73, p. 17-20.
2. Hachette Livre SA; HarperCollins Publishers Limited en HarperCollins Publishers L.L.C.; Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG en Verlagsgruppe Georg von Holtzbrinck GmbH; Simon & Schuster, Inc., Simon & Schuster (UK) Ltd, Simon & Schuster Digital Sales Inc en Pearson plc.
3. Pearson (moederonderneming van Penguin) weigerde aanvankelijk om toezeggingen aan te bieden aan de Commissie en het toezeggingsbesluit heeft daarom geen betrekking op deze onderneming. Inmiddels heeft Pearson alsnog toezeggingen aangeboden die nu aan een markttest zullen worden onderworpen; zie Persbericht Commissie 19 april 2013, <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-343_en.htm>.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

gezamenlijk over te stappen van een groothandelsmodel (waarbij de detailhandelaar de detailhandelsprijzen bepaalt) op een agentuurmodel (waarbij de uitgever de detailhandelsprijzen bepaalt) met dezelfde essentiële voorwaarden.
De Commissie was in haar voorlopige beoordeling van mening dat de vier uitgeverijen, met het oog op een dergelijke gezamenlijke overstap, informatie gaven aan en/of informatie ontvingen van de andere vier uitgeverijen over de toekomstige voornemens. Deze informatie betrof onder andere de voorwaarden waaronder elk van de vier uitgeverijen een dergelijke agentuurovereenkomst met Apple zou sluiten, inclusief een MFN-clausule (meestbegunstigingsclausule) met betrekking tot de detailhandelsprijzen, de maximale detailhandelstarieven en de hoogte van de aan Apple te betalen vergoeding.
In de MFN-clausule met betrekking tot de detailhandelsprijzen stond dat elk van de uitgeverijen de prijzen in de iBookstore van Apple moest afstemmen op die van andere onlinehandelaars indien deze voor dezelfde e-books lagere prijzen toepassen. In combinatie met de andere voorwaarden inzake prijszetting zou de MFN-clausule hebben geresulteerd in lagere inkomsten voor de uitgeverijen wanneer andere detailhandelaars e-books bleven aanbieden tegen de op dat moment op de markt gebruikelijke prijzen. De Commissie nam het voorlopige standpunt in dat de financiële gevolgen van de MFN-clausule met betrekking tot de detailhandelsprijzen voor de uitgeverijen van dien aard waren dat deze clausule fungeerde als een gezamenlijk middel voor zelfbinding ('*commitment device*'). Elk van de vier uitgeverijen kreeg de mogelijkheid om Amazon te dwingen de overschakeling naar het agentuurmodel te accepteren, of anders het risico te lopen dat haar de toegang tot de e-books van elk van de vier uitgeverijen zou worden ontzegd. De vooronderstelling hierbij is dat voor Amazon een situatie waarin elk van de vier uitgeverijen haar op hetzelfde ogenblik de toegang tot een deel van hun portfolio zou ontzeggen, niet houdbaar zou zijn.
De rol van Apple is bijzonder volgens de Commissie. In haar voorlopige beoordeling nam de Commissie het standpunt in dat Apple een manier wilde vinden om de detailhandelsprijzen af te stemmen op die van Amazon en tevens haar beoogde marge wilde handhaven. Apple zou hebben geweten dat dit doel, evenals het doel van elk van de vier uitgeverijen om de detailhandelsprijzen te verhogen tot boven het door Amazon vastgestelde prijsniveau, kon worden bereikt indien Apple inging op het voorstel van ten minste een aantal van de vier uitgeverijen om tot de markt voor de verkoop van e-books toe te treden in het kader van een agentuurmodel in plaats van een groothandelsmodel. Daarnaast zou Apple elk van de vier uitgeverijen op de hoogte hebben gebracht dat ten minste een van de andere uitgeverijen een agentuurovereenkomst met Apple zou sluiten.
Volgens het voorlopige standpunt van de Commissie kwam de gezamenlijke overstap van een groothandelsmodel naar een agentuurmodel met internationaal dezelfde essentiële voorwaarden inzake prijszetting neer op een onderling afgestemde feitelijke gedraging die ertoe strekte de detailhandelsprijzen van e-books te verhogen dan wel het tot stand komen van lagere prijzen voor e-books te verhinderen.

Besluit

De vier uitgeverijen en Apple zijn het niet eens met de voorlopige beoordeling van de Commissie van 13 augustus 2012. Niettemin hebben zij toezeggingen aangeboden om tegemoet te komen aan de in die voorlopige beoordeling geformuleerde bezwaren, die zijn neergelegd in de toezeggingsbeschikking. Hieronder worden de hoofdpunten van de door de vier uitgeverijen en Apple gedane toezeggingen uiteengezet.
Ieder van de vier uitgeverijen en Apple zullen de agentuurovereenkomsten voor de verkoop van e-books die zij onderling hebben gesloten, beëindigen. Apple zal tevens een andere grote uitgeverij[4] van e-books meedelen dat deze haar agentuurovereenkomst met onmiddellijke ingang mag opzeggen. Indien deze uitgeverij haar overeenkomst met Apple niet opzegt, zal Apple de overeenkomst beëindigen in overeenstemming met de daarin vervatte voorwaarden.
Elk van de vier uitgeverijen stelt elke andere detailhandelaar dan Apple in de gelegenheid eventuele agentuurovereenkomsten voor de verkoop van e-books te beëindigen die voor de detailhandelaar de mogelijkheid beperkt om de detailprijs vast te stellen of die een MFN-prijsclausule bevatten. Indien een detailhandelaar besluit geen gebruik te maken van de gelegenheid om een dergelijke overeenkomst te beëindigen, zal elk van de vier uitgeverijen de overeenkomst beëindigen in overeenstemming met de daarin vervatte voorwaarden.
Elk van de vier uitgeverijen verbindt zich ertoe voor detailhandelaars van e-books gedurende een periode van twee jaar (de zogenoemde *cooling-off* periode) de mogelijkheid om detailhandelsprijzen voor e-books vast te stellen, niet te beperken. Wanneer een van de vier uitgeverijen na beëindiging van de voorgenoemde overeenkomsten een agentuurovereenkomst sluit met een detailhandelaar van e-books, mag deze detailhandelaar gedurende een periode van twee jaar de detailhandelsprijzen voor e-books verlagen met een totaal bedrag dat gelijk is aan het totaal van de vergoedingen die de uitgeverij gedurende één jaar aan die detailhandelaar betaalt.
Gedurende een periode van vijf jaar geldt dat de vier uitgeverijen geen overeenkomsten zullen sluiten met betrekking tot de verkoop van e-books die een MFN-prijsclausule bevatten. Gedurende dezelfde periode geldt dat Apple geen overeenkomsten zal sluiten met betrekking tot de verkoop van e-books die een MFN-clausule met betrekking tot de detailhandelsprijzen bevatten. Apple zal aan de uitgeverijen waarmee zij een agentuurovereenkomst met betrekking tot de verkoop

4. Pearson, welke onderneming oorspronkelijk geen toezeggingen had aangeboden aan de Commissie.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

van e-books heeft gesloten, meedelen dat zij de in deze overeenkomst opgenomen MFN-clausules met betrekking tot de detailhandelsprijzen niet zal toepassen.
Bij het besluit worden de toezeggingen verbindend verklaard voor de vier uitgeverijen en Apple voor een totale periode van vijf jaar vanaf de datum van kennisgeving van het besluit. De *cooling-off* periode zal voor een totale periode van twee jaar vanaf de datum van kennisgeving van het besluit verbindend zijn.

Commentaar

Eurocommissaris Almunia heeft de toezeggingsbeschikking inzake e-books gepresenteerd als een succes vanwege de snelheid waarmee deze tot stand is gekomen.[5] Bij de toezeggingsbeschikking van de Commissie inzake e-books kunnen echter ook enkele belangrijke kanttekeningen worden gemaakt. Eerst zal hieronder een vergelijking worden gemaakt met de Amerikaanse e-books-procedure, die nog loopt. Vervolgens komen de beoordeling van de rol van Apple en de keuze van een toezeggingsbeschikking door de Europese Commissie aan de orde.

Amerikaans e-books-onderzoek

Het onderzoek van de Europese Commissie naar de gedragingen van de vier uitgeverijen en Apple op de markt voor e-books in de EER loopt parallel met het onderzoek van de autoriteiten in de Verenigde Staten[6] naar de gedragingen van deze vier uitgeverijen en Pearson/Penguin alsmede Apple op de markt voor e-books in dat land. In haar persbericht bij de toezeggingsbeschikking benadrukt de Commissie dat beide autoriteiten nauw hebben samengewerkt aan dit onderzoek.[7] Het Department of Justice (DoJ) heeft op 11 april 2012 een civiele actie ingesteld bij het District Court for the Southern District of New York tegen Apple, de vier uitgeverijen en Pearson/Penguin onder Section 1 van de Sherman Act (vergelijkbaar met het EU-kartelverbod).[8] Het DoJ verzoekt de District Court, samengevat, om vast te stellen dat er sprake is van een overtreding van Section 1 van de Sherman Act, gedaagden op te dragen deze overtreding te staken, de agentuurovereenkomsten tussen Apple en de uitgevers (en vergelijkbare overeenkomsten) nietig te verklaren.
De dagvaarding van het DoJ is qua feitenrelaas vergelijkbaar met de toezeggingsbeschikking van de Commissie, maar gaat in meer detail in op de gedragingen die Apple en de uitgeverijen verweten worden, hetgeen waarschijnlijk verklaard kan worden door de verschillen tussen de procedure die de Commissie en het DoJ hebben gevolgd. In een beschikking op grond van artikel 9 Verordening 2003/1/EG hoeft de Commissie immers slechts in een voorlopige beoordeling te schetsen welke zorgen zij heeft over het gedrag van de betrokken ondernemingen. In de civiele actie van het DoJ zal zij voor de District Court echter moeten bewijzen dat Section 1 van de Sherman Act is overtreden.
De DoJ draagt concreter bewijs dan de Commissie aan van samenspanning tussen de betrokken uitgeverijen. Vanaf september 2008 komen de CEO's van de betrokken uitgeverijen gedurende een jaar ongeveer eens per kwartaal samen in *upscale* restaurants in Manhattan om onder meer over de rol van Amazon op de markt te spreken.[9] Vanaf het einde van 2009 beginnen de uitgeverijen de mogelijkheid van een agentuurmodel te overwegen om Amazon af te houden van het toepassen van lage retailprijzen. Een CEO van een van de uitgeverijen schrijft op 6 december 2009 in een e-mailbericht: '[o]ur goal is to force Amazon to return to acceptable sales prices through the establishment of agency contracts in the USA (…). To succeed our colleagues must know that we entered the fray and follow us'.
De specifieke rol van Apple is eveneens concreter omschreven in de dagvaarding van het DoJ. Uit een e-mailbericht van de hoofdonderhandelaar aan de zijde van Apple aan CEO Steve Jobs, blijkt dat Apple zich bewust is dat Apple en de uitgeverijen een gezamenlijk doel hadden: 'het Amazon probleem' oplossen. Steve Jobs stuurde later een e-mailbericht aan een van de uitgeverijen waarin hij schrijft dat alle grote uitgeverijen aan Apple hadden verteld dat 'Amazon's $9.99 price for new releases is eroding the value perception of their products in customer's minds, and they do not want this practice to continue for new releases'.
De eis van Apple dat alle uitgeverijen met alle retailers zouden overstappen op een agentuurmodel is volgens het DoJ een duidelijk bewijs dat Apple aanstuurde op een situatie waarin Amazon niet langer op prijs kon concurreren, hetgeen de belangen van zowel Apple als de uitgeverijen diende. De retail MFN-clausule die Apple vervolgens voorstelde had in wezen hetzelfde doel, namelijk om te voorkomen dat Apple met Amazon op prijs hoefde te concurreren. Om dat doel te bereiken, zo moet Apple zich hebben gerealiseerd volgens het DoJ, moesten wel alle uitgeverijen meedoen.
Volgens het DoJ hield Apple alle uitgeverijen daarom op de hoogte van de status van haar onderhandelingen met de overige uitgeverijen. Ook garandeerde Apple dat de voorstellen die zij deed materieel gelijk waren voor alle uitgeverijen. Elke uitgeverij eiste een garantie van Apple dat zij niet de enige was die een agentuurovereenkomst zou aangaan met Apple. Pearson/Penguin schreef aan Apple dat het alleen een overeenkomst zou tekenen als

5. Zie recent Joaquin Almunia, 'Remedies, commitments and settlements in antitrust', SV Kartellrecht, Brussel, 8 maart 2013, <http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-210_en.htm>.
6. Voor relevante documenten in dat onderzoek, zie <www.justice.gov/atr/cases/applebooks.html>.
7. 'The Commission has worked closely with the US Department of Justice (DOJ) in this case in order to seek a global solution to the identified horizontal concerns.' Zie Persbericht Commissie 13 december 2012, <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1367_en.htm>.
8. Zie <www.justice.gov/atr/cases/f282100/282135.pdf>.
9. In de twee maanden waarin de uitgeverijen onderhandelen met Apple over de sluiting van agentuurovereenkomsten neemt het telefoonverkeer tussen de leidinggevenden van de uitgeverijen bovendien sterk toe, aldus het DoJ. In december 2009 en januari 2010 bellen de CEO's van de betrokken uitgeverijen elkaar in ieder geval 56 keer.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

ten minste drie andere grote uitgeverijen dat eveneens deden. Uiteindelijk tekenden alle uitgeverijen een agentuurovereenkomst met Apple onder nagenoeg gelijke voorwaarden tussen 24 en 26 januari 2010.
Alle betrokken uitgeverijen hebben inmiddels te kennen gegeven te willen schikken met het DoJ. Drie schikkingen zijn definitief vastgesteld (Hachette, HarperCollins en Simon&Schuster) en twee schikkingen moeten nog definitief worden vastgesteld (Penguin en Macmillan). De schikkingen komen in grote lijnen overeen met de toezeggingen van de uitgeverijen aan de Commissie, met wellicht als belangrijkste verschil dat het DoJ heeft afgedwongen dat de uitgeverijen het DoJ moeten notificeren over iedere voorgenomen *joint venture* die betrekking heeft op de verkoop van e-books in de Verenigde Staten. Apple is daarmee de enige overgebleven partij die zich verweert tegen de beschuldigingen van het DoJ. In een schriftelijk verweer in de procedure noemt Apple de zaak van de overheid 'fundamentally flawed as a matter of fact and law'.[10] Een zitting in de zaak is gepland om te beginnen op 3 juni 2013.[11]

Rol van Apple

Het Amerikaanse e-books-onderzoek roept de vraag op naar de positie van de uitgeverijen enerzijds en Apple anderzijds in het Europese e-books-onderzoek. Eerst enkele woorden over de uitgeverijen. Gelet op de achtergrond die de Commissie schetst, is aannemelijk dat de onderling afgestemde feitelijke gedraging van de uitgerijen ertoe strekte de mededinging te beperken. Het lijkt het expliciete doel van de uitgeverijen te zijn geweest om Amazon's prijsbeleid te frustreren zodat de marktprijs (op *retail*- en *wholesale*-niveau) zou stabiliseren of zou stijgen. Doordat de vier uitgeverijen hun gedrag afstemden, hoefden zij niet te vrezen dat zij de enige waren die een agentuurovereenkomst zou sluiten. Zonder die kennis hadden zij mogelijk vastgehouden aan het *wholesal*e-model en waren zij volgens dat model e-books blijven verkopen.
Dan de rol van Apple in het Commissie-onderzoek. Welke informatie-uitwisseling heeft er plaatsgevonden tussen de uitgeverijen via Apple? De intrede van Apple in de e-books-markt lijkt een zelfstandige beslissing te zijn geweest van Apple. Apple hoorde vervolgens van individuele uitgeverijen in individuele besprekingen dat zij de voorkeur gaven aan de verkoop aan e-books via de iBookstore volgens een agentuurmodel. Tot dusverre lijken er dus alleen bilaterale informatiestromen tussen Apple en de individuele uitgeverijen te hebben bestaan die inherent zijn aan contractonderhandelingen tussen een uitgeverij en een *retailer*.
In de loop van het onderhandelingsproces lijkt Apple de uitgeverijen er echter van op de hoogte te hebben gesteld (1) dat Apple van andere uitgeverijen had gehoord dat zij zorgen hadden over het prijsbeleid van Amazon, (2) dat Apple aan het onderhandelen was met andere uitgeverijen, (3) dat Apple alle uitgeverijen soortgelijke (agentuur)overeenkomsten had voorgesteld en (4) dat Apple ervoor zou zorgen dat meerdere uitgeverijen de agentuurovereenkomst zouden tekenen.
Het is de vraag of deze informatie-uitwisseling tussen de uitgeverijen via Apple een onderling feitelijk afgestemde gedraging is met als strekking of als gevolg de beperking van de mededinging. In haar Richtsnoeren Horizontale Overeenkomsten sluit de Commissie niet uit dat uitwisseling van informatie tussen concurrenten via een afnemer plaatsvindt.[12] De Commissie geeft in de Richtsnoeren echter geen duidelijkheid over de vraag onder welke omstandigheden een dergelijke indirecte uitwisseling van gegevens tussen concurrenten via een gezamenlijke handelspartner op een ander handelsniveau (ook wel '*hub and spoke collusion*' genoemd) een inbreuk zou zijn op artikel 101 VWEU.[13] Daarbij is meer in het bijzonder niet duidelijk onder welke omstandigheden het 'informatieluik' (Apple in dit geval) eveneens aansprakelijk is voor een inbreuk op artikel 101 VWEU.
De Commissie leunt in de toezeggingsbeschikking met name op een overweging uit het *Treuhand*-arrest van het Gerecht voor het aansprakelijk houden van Apple voor de beweerdelijke verboden onderling afgestemde feitelijke gedraging in haar voorlopige beoordeling.[14] In die zaak had Treuhand, kort gezegd, secretariële, ondersteunende, taken verricht ten behoeve van een kartel tussen producenten van organische peroxide. Bij het Gerecht had Treuhand onder meer aangevoerd dat zij enkel een niet-strafbare medeplichtige van het kartel was, die niet kon worden gekwalificeerd als een 'dader' van een inbreuk op artikel 101 VWEU. De Commissie verwijst in haar toezeggingsbeschikking naar paragraaf 122 van het *Treuhand*-arrest, waar het Gerecht opmerkt

> 'dat een onderneming het verbod van artikel 81, lid 1, EG kan schenden wanneer haar gedraging, zoals zij die heeft afgestemd met andere ondernemingen, tot doel heeft de mededinging op een bepaalde relevante markt binnen de gemeenschappelijke markt te beperken, zonder dat dit noodzakelijkerwijze veronderstelt dat zij zelf op die relevante markt actief is.'

Het probleem van het toepassen van de *Treuhand*-jurisprudentie op de e-books-zaak is dat Apple, anders dan Treuhand, meer is dan een secretariaat: Apple staat als agent/distributeur in een verticale relatie tot de uit-

10. Zie <http://ia701206.us.archive.org/6/items/gov.uscourts.nysd.394628/gov.uscourts.nysd.394628.54.0.pdf>.
11. <www.washingtonpost.com/blogs/post-tech/post/doj-vs-apple-e-book-publishers-dispute-heats-up/2012/06/25/gJQA42vW1V_blog.html>.
12. Europese Commissie, '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 en de aldaar aangehaalde jurisprudentie.
13. O. Odudu, 'Indirect information exchange: The constituent elements of hub and spoke collusion', *European Competition Journal* 2011, Vol. 7, No. 2, p. 206; G. Zampa en P. Buccirossi, 'Hub and spoke practices: Law and economics of the new antitrust frontier?', *Competition Law International* 2013, Vol. 9, No.1, p. 101. European Competition Lawyers Forum, 'Comments on the Draft Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements', 25 juni 2010, par. 19.
14. GvEA 8 juli 2008, zaak T-99/04, *AC-Treuhand AG./Commissie*.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

geverijen. Voor de beoordeling van de vraag of Apple verwijtbaar heeft gehandeld, lijkt in ieder geval relevant dat Apple in een verticale relatie stond tot de uitgeverijen, en Apple geen horizontale concurrent was van de uitgeverijen. In het kader van een verticale contractonderhandeling is het niet onbegrijpelijk of, sterker nog, vaak noodzakelijk, om commercieel gevoelige informatie uit te wisselen. Aangezien partijen spraken over een agentuurrelatie is het in ieder geval noodzakelijk geweest om te spreken over de prijzen die Apple als agent zou gaan aanbieden namens de uitgeverijen.[15] Daarbij was het uiteraard in het belang van Apple als agent om er via de onderhandelingen met de uitgeverijen (principalen) voor te zorgen dat de e-books die zij zou verkopen competitief waren geprijsd. Een MFN-clausule die ervoor zorgt dat de uitgeverijen via de iBookstore steeds de laagst mogelijk prijs vroegen voor hun e-books in de iBookstore is eveneens in het belang van Apple, die er immers voor wilde zorgen dat zo veel mogelijk consumenten via Apple e-books kochten.

Dat Apple aan alle uitgeverijen door liet schemeren dat zij met meerdere uitgeverijen aan het onderhandelen was en dat Apple met zo veel mogelijk uitgeverijen wilde contracteren is evenmin gedrag dat per definitie verdergaat dan normaal is in het kader van dergelijke onderhandelingen. Apple had er uiteraard belang bij om een zo breed mogelijk assortiment van e-books aan te bieden op haar nieuwe iBooks-platform en het is daarom rationeel dat zij zo veel mogelijk uitgeverijen wilde aanmoedigen om met haar een contract aan te gaan. Voor zover Apple de boodschap doorgaf dat de uitgeverijen ontevreden waren met het prijsbeleid van Amazon moet verder worden opgemerkt dat dit feit op zichzelf niet geheim was voordat de onderhandelingen tussen Apple en de uitgeverijen begonnen.[16]

Tot slot is het op zichzelf niet opvallend dat Apple vergelijkbare overeenkomsten voorstelde aan de verschillende uitgeverijen rond dezelfde tijd. Apple was voornemens de iPad te lanceren in januari 2010 en het is daarom niet onbegrijpelijk dat Apple voor die tijd met een significant aantal uitgeverijen een deal wilde sluiten over de levering van e-books die konden worden gelezen op de iPad. Dat de kernbepalingen in de verschillende overeenkomsten vergelijkbaar waren, kan worden verklaard door de zelfstandige wens van Apple om alleen een overeenkomst aan te gaan als daarin bepaalde, voor haar voordelige, bepalingen waren opgenomen. De keuze voor een agentuurmodel was bijvoorbeeld consistent met het gebruik van dit model door Apple in haar App Store en het feit dat Apple voor 2010 e-books had verkocht onder dit model in de App Store.

Het is dus onduidelijk of de *Treuhand*-jurisprudentie kan worden toegepast in deze zaak. Zelfs als Treuhand zou worden toegepast, dan is het echter nog steeds noodzakelijk dat wordt bewezen dat Apple

> 'door haar eigen gedrag wilde bijdragen tot de gemeenschappelijke doelstellingen die door alle deelnemers werden nagestreefd en dat zij de materiële gedragingen die de andere ondernemingen met het oog op die doelstellingen planden of in praktijk brachten, kende of redelijkerwijs kon voorzien en bereid was het risico daarvan te aanvaarden.'[17]

Of Apple wilde bijdragen aan de (mededingingsbeperkende) doelstellingen van de uitgeverijen is onzeker omdat hier geen direct bewijs van lijkt te bestaan en het gedrag van Apple ook verklaard kan worden uit rationele bedrijfseconomische overwegingen.[18] Bovendien is onduidelijk of Apple op de hoogte was van de gedragingen die de uitgeverijen met het oog op deze (mededingingsbeperkende) doelstellingen planden, omdat uit het dossier blijkt dat veel van de informatie-uitwisseling rechtstreeks tussen de uitgeverijen en buiten Apple om plaatsvond.

Keuze voor toezeggingsbeschikking

Toezeggingsbeschikkingen zijn een veelvoorkomende praktijk voor de Commissie geworden. Sinds de inwerkingtreding van Verordening 2003/1/EG zijn er door de Commissie 26 toezeggingsbeschikkingen genomen en 'slechts' 15 verbodsbeschikkingen. Tot op heden ontbreken er echter beleidsregels van de Commissie over de omstandigheden waaronder zij de voorkeur geeft aan een toezeggingsbeschikking in plaats van een beschikking als bedoeld in artikel 7 Verordening 2003/1/EG. Naast de tekst van artikel 9 Verordening 2003/1/EG is men voor duidelijkheid over het beleid van de Commissie daarom vooral aangewezen op incidentele opmerkingen van de Commissie en analyses in de literatuur.

In een persbericht uit 2004 heeft de Commissie uitgelegd dat zij een toezeggingsbeschikking kan overwegen wanneer een boete niet geschikt is (de reden waarom er volgens de Commissie geen toezeggingsbeschikkingen kunnen worden genomen in *hardcore* kartelzaken) en '*efficiency reasons*' rechtvaardigen dat de Commissie een toezeggingsbeschikking neemt in plaats van een formele

15. 'It is thus natura land, most importantly, fully legitimate, that a distributor and a supplier may exchange price information also in relation to other distributors and/or other suppliers.' G. Zampa en P. Buccirossi, 'Hub and spoke practices: Law and economics of the new antitrust frontier?', *Competition Law International* 2013, Vol. 9, No.1, p. 95.
16. Zo valt in een artikel in de *Wall Street Journal* van 9 december 2009, een week voordat Apple en de uitgeverijen voor het eerst om de tafel zaten, te lezen dat uitgeverijen vreesden voor het prijsbeleid van Amazon: 'Even as the retail price of many new hardcover novels creeps above $27, Amazon and Barnes & Noble boast many new best sellers for only $9.99 in the e-book format. Increasingly, publishers have come to fear that the bargain prices will lead consumers to conclude that books are worth only $10, or less, upsetting the pricing model that has survived for decades.', zie: 'Two major publishers to hold back e-books', *Wall Street Journal* 9 december 2009.
17. *Treuhand*, rnr. 130.
18. Zie in dat verband de volgende overweging uit een zeer recent arrest van het Gerecht: 'In dit verband heeft het Hof erop gewezen dat een gewoon parallellisme van gedragingen in bepaalde omstandigheden een ernstige aanwijzing voor onderling afgestemd feitelijk gedrag kon opleveren, wanneer dit parallellisme leidde tot mededingingsvoorwaarden die niet met de normale marktvoorwaarden overeenkwamen. Het Hof heeft echter beklemtoond dat een dergelijke onderlinge afstemming niet kon worden vermoed wanneer het parallellisme van gedragingen anders dan door onderlinge afstemming kon worden verklaard (…)'. GvEA 12 april 2013, zaak T-442/08, *CISAC*, rnr. 137.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

verbodsbeschikking. Recent nog is Eurocommissaris Almunia in een speech ingegaan op deze redenen waarom de Commissie (veel) toezeggingsbeschikkingen neemt, waaronder de reden voor het nemen van een toezeggingsbeschikking in de e-books-zaak.[19]

Tegenover de positieve redenen voor het nemen van een toezeggingsbeschikking voor de Commissie (het snel beëindigen van een inbreuk op het mededingingsrecht en het voorkomen van hoge administratieve lasten tijdens een langdurige procedure) staan echter een reeks positieve redenen voor het nemen van een verbodsbeschikking. Commissieambtenaar Wouter Wils, tegenwoordig *hearing officer* bij de Europese Commissie, somt vijf afzonderlijke wijzen[20] op waarop een verbodsbeschikking kan bijdragen aan de handhaving van het mededingingsrecht, waaronder het faciliteren van '*follow-on*' schadevergoedingsacties, zodat benadeelden hun schade kunnen compenseren. Wils constateert dat toezeggingsbeschikkingen in een optimale situatie alleen worden genomen door de Commissie wanneer de voordelen van het snel beëindigen van een inbreuk en het voorkomen van hoge administratieve lasten voor de Commissie, opwegen tegen de voordelen van een verbodsbeschikking.[21]

Wils constateert eveneens dat het risico bestaat op 'overmatig gebruik' van artikel 9 Verordening 2003/1/EG omdat de Commissie in de verleiding zal worden gebracht om snelle resultaten te boeken en toezeggingsbeschikkingen te nemen in gevallen die zich daarvoor niet lenen. Er bestaat onder het huidige systeem eveneens het risico dat ondernemingen toezeggingen voorstellen in situaties die mogelijkerwijs geen inbreuk op artikel 101 VWEU vormen. Ondernemingen zullen immers geneigd zijn om toezeggingen aan te bieden om langdurige en kostbare administratieve procedures, het risico op aanzienlijke boetes, reputatieschade en mogelijke civiele vervolgacties te voorkomen.[22] Het grote aantal toezeggingsbeschikkingen dat door de Commissie is genomen sinds de inwerkingtreding van Verordening 2003/1/EG lijkt een aanwijzing dat er sprake zou kunnen zijn van 'overmatig gebruik' van artikel 9 Verordening 2003/1/EG.

Of de e-books-zaak zich leent voor een toezeggingsbeschikking is volgens ons de vraag, met name vanwege de onzekerheid over de rol van Apple in de beweerde overtreding. In de eerste plaats bestaat onduidelijkheid over hoe het recht moet worden toegepast in de situatie van '*hub-and-spoke*' collusie in het algemeen en de aansprakelijkheid van het 'informatiekanaal' in het bijzonder. In de tweede plaats is onduidelijk, wanneer wordt uitgegaan van het bestaande recht over informatie-uitwisseling als onderling afgestemde feitelijke gedragingen, of er tegen Apple voldoende bewijs bestaat van een inbreuk. Het valt te betogen dat in deze zaak de verduidelijking van het recht had moeten opwegen tegen een snelle afwikkeling.

Slot

Gelet op genoemde onduidelijkheid is het de vraag of de snelle afwikkeling van de e-books-zaak in het belang is van een gezonde marktontwikkeling. Er kan worden betoogd dat er juist in een jonge en zich snel ontwikkelende markt, zoals de markt voor e-books, reden is om voorzichtig te zijn met het accepteren van toezeggingen met het karakter van marktregulering.[23] Het valt niet uit te sluiten dat de toezeggingen, die het agentuurmodel en MFN-clausules tot op zekere hoogte verdacht maken, marktpartijen beperkt in de mogelijkheid om hun bedrijfsmodellen aan te passen aan de veranderende marktomstandigheden.

19. Joaquin Almunia, 'Remedies, commitments and settlements in antitrust', SV Kartellrecht, Brussel, 8 maart 2013.
20. (1) Het verduidelijken van de inhoud van artikel 101 VWEU, (2) de bevestiging van het onrechtmatige karakter van bepaald gedrag (publieke censuur), (3) generale en speciale preventie (bij het opleggen van een boete), (4) het ontnemen van wederrechtelijk verkregen voordeel (bij het opleggen van een boete die zo groot is als het verkregen voordeel) en bestraffing (bij het opleggen van een boete die hoger is dan het verkregen voordeel) en (5) het faciliteren van '*follow-on*' schadevergoedingsacties, zodat benadeelden hun schade kunnen compenseren.
21. W.P.J. Wils, 'Settlements of EU antitrust investigations: Commitment Decisions under article 9 of Regulation No 1/2003', *World Competition* 2006, Vol. 29, No. 3, p. 8.
22. W.P.J. Wils, 'Settlements of EU antitrust investigations: Commitment Decisions under article 9 of Regulation No 1/2003' *World Competition* 2006, Vol. 29, No. 3, p. 10; M. van de Hel, 'Het einde van de zaak Alrosa: het raamwerk voor de toezeggingsbeschikking herslepen', *AM* 2010, nr. 9/10, p. 207; H. Schweitzer, 'Commitment decisions in the EU and in the Member States: Functions and risks of a new instrument of competition law enforcement within a federal enforcement regime', *e-Competitions Bulletin* August 2012.
23. C.P.J. van Veen, 'E-books en EU-recht: Wie bepaalt de prijs voor Mulisch op de iPad?', *Mediaforum* 2011, nr. 6, p. 184.