

# Artikel

## De nieuwe Section 5 Statement – in weiter Ferne, so nah?

Paul Kreijger\*

### Inleiding

22 Aanleiding voor deze korte overzichtsbijdrage<sup>1</sup> is de publicatie op 13 augustus 2015 van het ‘Statement of Enforcement Principles Regarding “Unfair Methods of Competition” Under Section 5 of the FTC Act’ (hierna: ‘Statement’). Ofschoon de publicatie van *soft law* door mededingingsautoriteiten doorgaans een weliswaar belangrijke, maar toch ook vrij gebruikelijke (wellicht zelfs alledaagse) zaak is, deed de aandacht die het Statement ten deel viel in de dagelijkse stroom van nieuwsbrieven, *alerts* e.d. toch vermoeden dat hier iets interessants aan de hand is. Literatuur en praktijk hebben lang om een dergelijk Statement gevraagd, maar dat de *Federal Trade Commission* (FTC) er daadwerkelijk mee bezig was bleek toch een verrassing te zijn, nog geaccentueerd door de publicatie midden in de maand augustus, waarin men doorgaans niet alleen in Brussel maar naar ik begrijp ook in Washington D.C. een kanon in de straten kan afschieten zonder iemand te raken. De eerste commentaren op het Statement zijn wisselend: naast tevredenheid dat het nu eindelijk zo ver is gekomen, is er ook teleurstelling over de beknopte en algemene bewoordingen die weinig nadere invulling zouden geven aan een toch al vage bepaling, waar bovendien nog maar weinig rechtspraak over is. Kritiek die ook door een van de bestuursleden (*Commissioners*)

\* Mr. P.J. Kreijger is advocaat te Amsterdam bij Visser Schaap & Kreijger.  
1. Gelet op de overvloedig voorhanden literatuur en rechtspraak over ‘Section 5’ is de pretentie van deze bijdrage uiteraard beperkt tot een bondige signalering en een voorzichtige aanzet tot vergelijking met ons eigen mededingingsrecht.

van de FTC in een *dissenting opinion* is geuit. Na een korte schets van de achtergrond bespreek ik de hoofdlijnen van het Statement (dat hoe dan ook slechts iets meer dan 300 woorden telt) en maak ik enkele voorzichtige vergelijkingen met de Europese en Nederlandse mededingingspraktijk, in het bijzonder het ACM-toezeggingsbesluit inzake de mobiele operators en het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Eturas*.

### Achtergrond

Evenals het Europees en Nederlands mededingingsrecht is ook het complexe bouwwerk van het Amerikaanse *antitrust* recht gefundeerd op slechts een aantal kernbepalingen. Een kartelverbod en een misbruikverbod (op belangrijke onderdelen overigens niet vergelijkbaar met art. 102 VWEU en 24 Mw) zijn sinds 1890 neergelegd in Section 1<sup>2</sup> en 2<sup>3</sup> van de *Sherman Act*. Pogingen deze tegen kartels gerichte wet te ontduiken door fusies aan

2. Het gaat niet om een afzonderlijke wet, maar een (naar de initiatiefnemer(s) van de wet genoemde) paragraaf in de U.S. Code (‘U.S.C.’), titel 1, hoofdstuk 15, § 1: ‘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. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.’
3. ‘Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.’

te gaan, leidden tot de introductie in 1914 van fusiecontrole, samen met een aantal overige belangrijke wijzigingen en aanvullingen op het vigerende mededingingsrecht, in de *Clayton Act*, nadien nog op belangrijke punten gewijzigd (zoals introductie van een verbod op prijsdiscriminatie en exclusieve overeenkomsten in de *Robinson-Patman Act* van 1936 en latere aanscherping van de fusiecontrole in de *Clayton Act*<sup>4</sup>). Dit alles is overigens het federaal mededingingsrecht: ook de afzonderlijke staten en zelfs lokale overheden kennen eigen mededingingsregels, met complexe afstemmingsvragen tot gevolg.

De publieke handhaving van de *antitrust laws* is opgedragen aan twee instanties: de *antitrust division* van het *Department of Justice* (DoJ) en de sinds 1915 actieve *Federal Trade Commission* (FTC),<sup>5</sup> een bestuursorgaan dat onder leiding van vijf<sup>6</sup> door de president benoemde bestuursleden (*Commissioners*) een reeks van onderzoeks- en handhavingsbevoegdheden uitoefent die enigszins doen denken aan de bevoegdheden die bijvoorbeeld ACM op basis van hoofdstuk 5 Awb en de Instellingswet heeft, zoals het opvragen van informatie en het opleggen van *cease en desist orders*, maar met een minder verreikende boetebevoegdheid.<sup>7</sup> Het mededingingsrechtelijk werkkterrein van beide ‘agencies’ overlapt voor een belangrijk deel, maar niet volledig. Beide zijn bevoegd de *Clayton Act* te handhaven (zodat er vergaande afstemming bestaat, onder meer voor wat betreft het beoordelen van concentraties<sup>8</sup>), terwijl het DoJ als enige bevoegd is met betrekking tot de strafrechtelijke handhaving van de *Sherman Act*; ofschoon die wet slechts in handhaving (ook niet-strafrechtelijk) door de DoJ voorziet, heeft ook de FTC jurisdictie op grond van de bepaling in de *Federal Trade Commission Act* die ook in deze bijdrage centraal staat, namelijk Section 5, dat kort en bondig luidt: ‘Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are hereby declared unlawful.’

4. De fusiecontrole op basis van de *Clayton Act* is nadien nog uitgebreid en gewijzigd met de *Cellar-Kefauver Act* (op grond waarvan ook verticale en conglomeratafusies beoordeeld konden worden) van 1950 en de *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act* van 1976 waarin het systeem van voorafgaande melding en goedkeuring is ingevoerd.
5. <www.justice.gov/atr/> en <www.ftc.gov>.
6. Op het moment van het schrijven van deze bijdrage is er één post vacant, zodat er slechts vier Commissioners zijn.
7. Ofschoon de FTC dus iets meer het ‘alles in één hand’ model benadert zoals wij dat kennen (waarbij de regulator zowel onderzoek uitvoert als boetes oplegt) geldt ook hier, evenals bij handhaving door de DoJ, het primaat van de rechter, in deze zin dat evenals de DoJ ook de FTC ‘langs de rechter’ moet en het de rechter is die in eerste instantie de beslissing neemt, in plaats van een door de autoriteit genomen besluit te toetsen. Wel is voorzien in een specifieke administratiefrechtelijke procedure, waarbij de FTC (nadat de Commissioners in meerderheid besloten hebben de zaak op te pakken) een klacht moet aanbrengen bij een onafhankelijke Administrative Law Judge, wiens oordeel, na hoor en wederhoor, vervolgens door de FTC al dan niet bevestigd kan worden, doorgaans in een *cease and desist order*. Tegen het oordeel van de FTC staat vervolgens beroep open bij de gewone rechter (een U.S. Circuit Court of Appeals en vervolgens de Supreme Court).
8. Zo hebben DoJ en FTC gezamenlijk in 2010 de belangrijke *Horizontal Merger Guidelines* uitgebracht.

Volgens vaste rechtspraak omvat deze bepaling ook handelingen die onder de *Sherman Act* vallen, zodat de FTC op die basis toch ook tegen overtredingen van die wet kan optreden. Zoals de Supreme Court het formuleerde: ‘The Commission has jurisdiction to declare that conduct tending to restrain trade is an unfair method of competition even though the self-same conduct may also violate the Sherman Act.’<sup>9</sup> Maar Section 5 omvat ook meer dan dat, zoals eveneens door de Supreme Court is uitgemaakt:

‘First, does § 5 empower the Commission to define and proscribe an unfair competitive practice, even though the practice does not infringe either the letter or the spirit of the antitrust laws? Second, does § 5 empower the Commission to proscribe practices as unfair or deceptive in their effect upon consumers regardless of their nature or quality as competitive practices or their effect on competition? We think the statute, its legislative history, and prior cases compel an affirmative answer to both questions.’<sup>10</sup>

Aldus komt in Section 5 het duale karakter tot uiting dat de FTC als instituut kenmerkt: een toezichthouder die zowel met het ‘eigenlijke’ mededingingsrecht als met bescherming van consumenten tegen oneerlijke handelspraktijken is belast – waaronder bijvoorbeeld ook misleidende reclame en de bescherming van privacy, een terrein waar de FTC een zeer actieve en belangrijke rol speelt (maar dat hier verder buiten beschouwing blijft).<sup>11</sup> In de bewoordingen van Section 5 herkennen we dan ook het aan onze kant van de oceaan bekende onderscheid tussen mededingingsrecht enerzijds en oneerlijke mededinging en handelspraktijken anderzijds. Nu betekent dit niet dat alles wat wij met oneerlijke handelspraktijken zouden associëren door de FTC wordt benaderd als mededingingsinbreuk: de ‘unfair or deceptive acts or practices’ zijn te onderscheiden van de bevoegdheid op te treden tegen met de eigenlijke mededingingswetgeving deels maar niet geheel overlappende ‘unfair methods of competition’.<sup>12</sup> Maar dat laat onverlet dat ook deze categorie in de woorden van de Supreme Court ‘elusive’ is en ook kan omvatten ‘...practices that the Commission determines are against public policy for other reasons...’.<sup>13</sup>

Er bestaat dus, kortom, een soort van tussencategorie: geen ‘zuivere’ mededingingsinbreuken maar ook geen oneerlijke handelspraktijken of ongeoorloofde mededinging zoals wij die kennen. Om opnieuw de Supreme Court aan te halen, ditmaal in de zaak *Brown Shoe* (1966): de ‘broad power’ op basis van Section 5 ‘is particularly well established with regard to trade practices which conflict with the basic policies of the Sherman

9. *FTC vs. Cement Institute*, 333 U.S. 683 (1948).

10. *FTC vs. Sperry & Hutchison Co.*, 405 U.S. 233 (1972).

11. De FTC kan daarnaast ook specifieke consumentenbeschermende regelgeving uitvaardigen.

12. De FTC kent voor beide terreinen aparte afdelingen, namelijk het Bureau of Competition en het Bureau of Consumer Protection.

13. *FTC vs. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447 (1986).

and Clayton Acts even though such practices may not actually violate these laws'.<sup>14</sup>

De contouren van die tussencategorie zijn intussen sinds 1915 steeds onduidelijk gebleven. Want anders dan de overvloedige rechtspraak over het eigenlijke *antitrust* recht, bestaan er nauwelijks precedentes die inhoudelijk licht werpen op het gebruik van Section 5 voor 'stand-alone' handhaving door de FTC. In de doctrine is wel uitvoerig gediscussieerd over nut en noodzaak van dergelijke handhaving.<sup>15</sup> Hovenkamp, zelf een voorzichtig voorstander, vat de discussie als volgt samen.<sup>16</sup> Enerzijds is er de opvatting dat het kartel- en misbruikverbod al zodanig ruim omschreven zijn, dat niet goed voorstelbaar is welke handelingen die leiden tot schade aan consumentenwelvaart door prijsstijging en beperking van output daar niet onder zouden vallen; bij die stand van zaken zou 'standalone' handhaving dan niet zozeer dienen ter bescherming van consumenten maar hoogstens tot bescherming van concurrenten op grond van andere beleidsdoelinden en noties van 'eerlijke' concurrentie die met consumentenwelvaart niet te maken hebben:

'...reaching beyond what the Sherman Act reaches is likely to condemn practices that are not economically harmful and that might even benefit consumers. Indeed, historical experience provides considerable warrant for that position. When the Supreme Court has permitted the FTC to reach beyond existing antitrust law to condemn practices as anticompetitive, the FTC has ended up condemning practices that were not anticompetitive at all, by any sensible definition.'

Maar daartegenover staat de opvatting dat er wel degelijk een rol is weggelegd voor Section 5 om mededingingsschadelijke gedragingen tegen te gaan die niet door de *Sherman Act* geraakt worden. Deels zijn die argumenten meer procedureel: de FTC heeft meer gespecialiseerde expertise dan de gewone rechter, zal in de regel minder ingrijpende *cease and desist orders* opleggen en Section 5 kan niet door private partijen worden ingeroepen zodat het risico van *treble damages* op basis van een expansieve interpretatie van Section 5 niet bestaat. Deels zijn de argumenten inhoudelijk: zo vereist het kartelverbod van Section 1 evenals artikel 101 VWEU en artikel 6 Mw dat er een vorm van actieve collusie tussen concurrenten plaatsvindt ('*contract, combination, or conspiracy*'), waarmee echter niet alle mededingingsschadelijke gedragingen geraakt worden.

Een aantal belangrijke pogingen van de FTC om de grens op dit punt op te zoeken zijn evenwel bij de rechter gestrand; een van de voorbeelden is de zaak *Ethyl* waar de FTC op basis van Section 5 optrad tegen 'facili-

tating practices' in een markt met oligopolistische kenmerken, in dit geval voor loodhoudende chemische toevoegingen aan motorbrandstoffen om het 'kloppen' van motoren tegen te gaan (de zaak speelt in de jaren zeventig). Hoewel het aantal producenten, waaronder Ethyl en Du Pont, beperkt was (slechts vier), het een homogeen product betrof, er overcapaciteit in de markt bestond en de kostenstructuur van de aanbieders vergelijkbaar was, was er tegelijk een aantal andere factoren dat stilzwijgende afstemming lastiger maakte, zoals onder meer een gebrek aan transparantie (prijzen werden niet publiek bekendgemaakt) en het aandeel van de kosten van transport in de prijs waardoor er belangrijke prijsverschillen konden ontstaan. Toch constateerde de FTC dat de concurrentie beperkt was doordat de aanbieders 'een handje hielpen' bij het tot stand komen van stilzwijgende afstemming (de gewraakte 'facilitating practices'). Zo publiceerde marktleider Ethyl zijn prijslijsten – eenzijdig, maar anderen konden wel volgen. Ook ontstond de praktijk van 'uniform delivered pricing': prijzen werden vastgesteld inclusief een vast bedrag voor transportkosten, ongeacht de locatie van de klant, waarmee een (in een omvangrijk land als de VS) belangrijke prijsvariabele werd geharmoniseerd. Ook het hanteren van *most favoured customer clauses* leidde – aldus de FTC – tot beperking van de mogelijkheid om gerichte kortingen te bieden die concurrenten niet zouden opmerken (omdat de markt daar niet transparant genoeg voor was), omdat een korting dan aan alle afnemers geboden zou moeten worden, met als gevolg dat concurrenten onderling meer zekerheid hebben dat hun gepubliceerde prijzen ook de daadwerkelijke prijzen zijn. Maar anders dan de FTC zag de rechter hier geen 'unfair methods of competition' in de zin van Section 5 in. De gewraakte praktijken stamden namelijk alle uit de tijd dat Ethyl monopolist was en er dus helemaal geen concurrentie bestond. Ze werden door latere toetreders eenvoudig uit eigen initiatief (of op verzoek van klanten) overgenomen. Bij die stand van zaken zou, aldus het Court of Appeals, interventie op basis van Section 5 een onaanvaardbare doorkruising zijn van '...the reasonable freedom of action that has marked our country's competitive system'.<sup>17</sup> Illustratief is ook de zaak *Boise Cascade* waarin de rechter weigerde een *cease and desist order* van de FTC te handhaven in een geval van 'conscious parallelism' bij het hanteren van een vaste prijscomponent (ook hier voor transportkosten) zonder dat daadwerkelijke collusie of enig effect op de concurrentie was aangetoond:

'...the weight of the case law, as well as the practices and statements of the Commission, establish the rule that the Commission must find either collusion or actual effect on competition (to make out a section 5 violation for use of delivered pricing. In this setting at least, where the parties agree that the practice was a natural and competitive development (...) and where there is a complete absence of evidence implying

14. *FTC vs. Brown Shoe Co.*, 384 US 316, 321 (1966).

15. Vgl. W. Kovacic en M. Winerman, *Competition Policy and the Application of Section 5 of the Federal Trade Commission Act*, 2011, <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1953506](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1953506)>.

16. H. Hovenkamp, *The Federal Trade Commission and the Sherman Act*, 2010, beschikbaar op <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1531136](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1531136)> en *Federal Antitrust Policy – the Law of Competition and its Practice*, 4th ed., 2011, par. 15.2.

17. *E.I. DuPont de Nemour & Co vs. FTC*, 729 F.2d 128 (1984).

overt conspiracy, to allow a finding of a section 5 violation on the theory that the mere widespread use of the practice makes it an incipient threat to competition would be to blur the distinction between guilty and innocent commercial behavior. Since we have found that there is not substantial evidence in the record to support the Commission's finding of anti-competitive effect, it follows that the Commission's order may not be enforced.<sup>18</sup>

Toch zijn deze uitkomsten geen reden fundamenteel tegen handhaving van Section 5 juist in dit soort gevallen te pleiten, aldus Hovenkamp, zolang het vereiste van *anticompetitive harm* maar niet uit het oog verloren wordt.

Ook het misbruikverbod van Section 2 kan aanvulling gebruiken, omdat *anders* dan onder artikel 102 VWEU het verbod op 'monopolization' geen gedrag raakt van de dominante onderneming dat gevolgen heeft voor een andere markt dan die waarop de dominante positie bestaat; dit is alleen anders wanneer (ook) op die andere markt 'monopolization' dreigt, ofwel de serieuze kans bestaat dat ook op die markt een machtspositie veroverd wordt:

'To oversimplify, U.S. attempt to monopolize law looks at the 50% firm and asks whether it threatens to become an 80% firm. By contrast, EU looks at the 50% firm and asks whether that firm is "abusing" its position, whether or not it threatens to acquire a more domineering market presence.'<sup>19</sup>

Waar de FTC zélf stond in dit debat was intussen volgens velen onvoldoende duidelijk bij gebreke van een duidelijke standpuntbepaling, bijvoorbeeld in de vorm van interpretatieve beleidsregels. Dit debat woedde ook binnen de FTC; enkele *Commissioners* zagen de noodzaak van richtsnoeren niet dadelijk in en voelden meer voor de *common law approach*, oftewel graduele ontwikkeling aan de hand van individuele gevallen. De, inmiddels teruggetreden, Joshua Wright en zijn collega Maureen Ohlhausen dachten daar anders over; zo betoogde Wright dat '...a full century into the FTC's existence, the failure to identify what precisely comprises an unfair method of competition remains an unfortunate and persistent black mark on the Commission's record'.<sup>20</sup> En ondanks eerdere pogingen van Wright om zijn collega's

tot een duidelijke beleidslijn te verleiden leek de zaak nog ver in de zomer van 2015 vast te zitten.<sup>21</sup>

## Het Statement

En dan verschijnt op 13 augustus 2015 het Statement.<sup>22</sup> Dit is kort en bondig (en ook daarom onderaan dit artikel toegevoegd) nu het in essentie beperkt is tot het formuleren van drie uitgangspunten bij de handhaving van Section 5. Ten eerste zal de FTC zich laten leiden door het doel van de *Sherman Act* en de *Clayton Act*, het bevorderen van consumentenwelvaart. Ten tweede zal een met de *rule of reason* vergelijkbaar beoordelingskader worden gehanteerd, 'that is, an act or practice challenged by the Commission must cause, or be likely to cause, harm to competition or the competitive process, taking into account any associated cognizable efficiencies and business justifications'. Ten derde wordt een subsidiariteitsregel geformuleerd: wanneer de *competitive harm* voldoende kan worden gerediceerd op basis van de *Sherman Act* en de *Clayton Act* zal zelfstandige handhaving op basis van Section 5 minder waarschijnlijk zijn. Samen met het Statement wordt een aantal andere documenten gepubliceerd; naast de formele publicatie van het Statement is dat een (eveneens beknopte) toelichting van de FTC waarin wordt opgemerkt:

'Our statement makes clear that the Commission will rely on the accumulated knowledge and experience embedded within the 'rule of reason' framework developed under the antitrust laws over the past 125 years – a framework well understood by courts, competition agencies, the business community, and practitioners. These principles also retain for the Commission the flexibility to apply its authority in a manner similar to the case-by-case development of the other antitrust laws. Finally, we confirm that the Commission will continue to rely, when sufficient and appropriate, on the Sherman and Clayton Acts as its primary enforcement tools for protecting competition and promoting consumer welfare.'

Nauwelijks meer uitgebreide toelichting wordt gegeven in een toespraak van de voorzitter van de FTC, Edith Ramirez, eveneens op 13 augustus 2015, al wordt daarin wel benadrukt dat 'standalone' handhaving van Section 5 zo dicht mogelijk bij de bedoeling van de mededingingsregels moet blijven door alleen die gedragingen aan te pakken die de mededinging dreigen te beperken ten

18. *Boise Cascade Corp. vs. FTC*, 637 F.2d 573, 582 (1980).

19. H. Hovenkamp, *The Legal Periphery of Dominant Firm Conduct*, 2010, <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1014426](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1014426)>.

Hovenkamp benadrukt evenwel ook dat de verschillen tussen het Amerikaans en Europees recht effectief niet zo heel groot zijn op dit punt, nu het Amerikaans recht pogingen tot het 'overhevelen' van marktmacht benadert vanuit de doctrine met betrekking tot koppelverkoop/bundeling.

20. Defining Section 5 of the FTC Act: The Failure of the Common Law Method and the Case for Formal Agency Guidelines, 2014, beschikbaar op <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2496748](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2496748)>.

21. De stand van zaken en de verschillende standpunten per juli 2015 worden handzaam samengevat in Levitas en Malone, 'Section 5 Enforcement: Common Law Guidance', *CPI Antitrust Chronicle* July 2015 (2) waarin ook een overzicht van de drie belangrijkste, maar oudere, uitspraken van *appellate courts* over Section 5 worden samengevat (de hiervoor behandelde zaken *Ethyl. Corp* 1984 en *Boise Cascade* 1980 en *Official Airline Guides* 1980).

22. <[www.ftc.gov/news-events/press-releases/2015/08/ftc-issues-statement-principles-regarding-enforcement-ftc-act](http://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2015/08/ftc-issues-statement-principles-regarding-enforcement-ftc-act)>.

nadele van de consumentenwelvaart, zonder compenserende *efficiencies*, zoals onder meer uitgangspunt was in het vervolgen van ‘invitations to collude’: ‘Our policy statement today simply makes these time-honored principles explicit; it does not signal any change of course in our enforcement practices and priorities.’

Toch ligt het niet helemaal zo simpel, zoals blijkt bij raadpleging van het voor continentaal juristen altijd wat ongewone fenomeen van de *dissenting opinion* dat ook voorkomt in het kader van *soft law* (voor mij was dat althans nieuw): in dit geval het andersluidende standpunt van *Commissioner* Maureen K. Ohlhausen. Het Statement is wat haar betreft te kort en te algemeen van aard en roept zo meer vragen op dan dat het beantwoordt. Wat is het verschil tussen een *framework similar to the rule of reason* en de eigenlijke *rule of reason*? En hoe werkt het uitgangspunt van *incipiency* (het optreden tegen ‘sluipende’ overtredingen, gedragingen die nu nog niet maar mogelijk binnen afzienbare tijd wel inbreukmakend zijn) uit in de praktijk – vanaf welk moment moeten ondernemingen zich daarover zorgen gaan maken? Wanneer volstaat het gewone mededingingsrecht niet langer en is ‘standalone’ handhaving van Section 5 geboden? Waarom niet eerst een concept voorgelegd ter publieke consultatie en waarom niet meer concrete voorbeelden opgenomen om de praktijk zo meer houvast te geven? Met dit Statement legt de FTC zich geen beperkingen op in haar experimenteerdrijf, intendendeel:

26

‘Arming the FTC staff with this sweeping new policy statement is likely to embolden them to explore the limits of UMC in conduct and merger investigations. The majority is also likely to pursue new UMC enforcement, else why bother to put out a statement with so little internal deliberation and no provision for public input? I fear that this will ultimately lead to more, not less, uncertainty and burdens for the business community.’

Interessant is ook het bezwaar dat handhaving van Section 5 een te smalle basis voor rechtsontwikkeling is vanwege het veelvuldige gebruik van schikkingen (*consent decrees*) door de FTC, waardoor veel zaken überhaupt niet meer aan de rechter worden voorgelegd.<sup>23</sup>

23. De standaardmededeling van de FTC over de aard van de schikking laat ook zien dat het instrument veel lijkt op de ons bekende schikking: ‘The Commission issues an administrative complaint when it has “reason to believe” that the law has been or is being violated, and it appears to the Commission that a proceeding is in the public interest. The complaint is not a finding or ruling that the respondent has actually violated the law. A consent order is for settlement purposes only and does not constitute an admission by the respondent that the law has been violated. When the Commission issues a consent order on a final basis, it carries the force of law with respect to future actions.’ Terzijde: waar een *consent decree* van de FTC geen schuldbekekenis van de betrokken onderneming inhoudt, valt op dat dat voor toezeggingsbesluiten op grond van art. 12h van de Instellingswet ACM niet het geval is, terwijl art. 49a Mw (oud) dit nog wel expliciet bepaalde. Voor zover mij bekend is in de parlementaire geschiedenis van art. 12h IACM niet expliciet toegelicht waarom dit element is verdwenen; het komt overigens ook niet voor in art. 9 Verordening (EG) nr. 1/2003.

Deze zorg over het gebrek aan rechtsvorming door de rechter in zaken die geschikt worden, is ook geuit ten aanzien van het toenemende gebruik door de Europese Commissie van het instrument van de toezegging van artikel 9 Verordening (EG) nr. 1/2003, met name in de meer controversiële zaken waar het gebruik van dit instrument juist het meest aantrekkelijk zal zijn.<sup>24</sup>

De eerste reacties op het Statement zijn wisselend – enerzijds wordt geconstateerd dat het wel een erg lapidair document is, maar anderzijds wordt verdedigd dat ook dit korte Statement een significante stap is, alleen al vanwege de expliciete koppeling aan doel en ratio van de *Sherman Act* met als gevolg

‘... to neutralize the effort to use UMC to make an end-run around antitrust jurisprudence in order to pursue non-economic goals. It will now be a necessary condition of a UMC enforcement action to prove a contravention of fundamental antitrust policies (i.e., consumer welfare), rather than whatever three commissioners happen to agree is a desirable goal. And the Statement puts the brakes on efforts to pursue antitrust cases under Section 5 by expressing a clear policy preference at the FTC to bring such cases under the antitrust laws.’<sup>25</sup>

Het Statement is – weinig verbazend – verdedigd door de inmiddels weer teruggetreden Joshua Wright, die al kort na zijn aantreden in 2013 pleitte voor dergelijke richtsnoeren.<sup>26</sup> Juist door Section 5 zo te verankeren aan het klassieke mededingingsrecht zoals ontwikkeld in 125 jaar jurisprudentie wordt een rem gezet op al te expansieve interpretatie door de FTC en juist daardoor wordt de weg vrij gemaakt voor ruimere toepassing van Section 5 in ‘frontier cases’ waar het traditionele mededingingsrecht nog niet eerder is toegepast.<sup>27</sup>

## Een Europees Section 5?

Ofschoon ons mededingingsrecht natuurlijk geen regel kent die de Commissie of ACM in staat stellen om gedragingen aan te pakken die niet naar de letter maar hoogstens naar de geest in strijd zijn met het mededingingsrecht, is het niettemin interessant de vraag te stellen of het ontbreken van zo’n regel een gemis is, of juist niet, en wel aan de hand van de recente handhavingpraktijk van de FTC. Want het ontbreken van richtsnoeren betekent geenszins dat de FTC heeft stilgezeten

24. A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law*, 5th ed., 2015, p. 989.

25. <<http://truthonthemarket.com/tag/unfair-methods-of-competition/>>.

26. Op de ABA Spring Meeting, 11 april 2013.

27. J.D. Wright en A. Diveley, *Unfair Methods of Competition after the 2015 Commission Statement*, <[http://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract\\_id=2664953](http://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=2664953)>. Zie voor een overzicht van vormen van unilateraal gedrag die onder Section 5 beoordeeld zouden kunnen worden ook de toespraak van toenmalig *Commissioner* Rosch in 2009, <[www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public\\_statements/ftcs-section-5-hearings-new-standards-unilateral-conduct/090325abaspring.pdf](http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/ftcs-section-5-hearings-new-standards-unilateral-conduct/090325abaspring.pdf)>.

bij de zelfstandige handhaving van Section 5. Integendeel: ook de laatste jaren heeft de FTC belangrijke zaken op deze basis aangepakt, in het bijzonder in relatie tot houders van essentiële octrooien voor standaarden, die ‘opportunistisch gedrag’ in relatie tot FRAND-licentieverplichtingen werd verweten, uiteraard ook in Europa een zeer actueel thema,<sup>28</sup> alsmede uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie en ‘*invitations to collude*’.<sup>29</sup> Daarbij gaat het om pogingen om concurrenten tot mededingingsbeperkende afstemming te verleiden – gedrag dat bij gebreke van een daadwerkelijke afstemming of een economische machtspositie niet onder de eigenlijke mededingingsregels aangepakt kan worden.

De *consent decree* in de zaak *Bosley* van 5 juni 2013 is illustratief voor de aanpak van informatie-uitwisseling. Deze in de kern eenvoudige zaak (vergelijk de vijf pagina’s van de *complaint* van de FTC met de gemiddelde punten van bezwaar uit Brussel...) betreft een uitwisseling van informatie die bij ons zonder enige twijfel als een ‘klassieke’ kartelinbreuk zou worden afgedaan (inclusief de draconische sancties die de FTC als gezegd niet oplegt), namelijk de jarenlange uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie tussen de CEO’s van de twee marktleiders op het terrein van ‘surgical and nonsurgical hair restoration practices and hair therapy products’, *Bosley* en *Hair Club*.<sup>30</sup> De FTC overwoog:

‘Respondent *Bosley* solicited, exchanged, and obtained competitively sensitive information with and about its competitors. By facilitating coordination and endangering competition, these information exchanges violated Section 5 of the Federal Trade Commission Act, as amended.’

Vanuit Europees perspectief een interessante benadering: uitwisseling van informatie niet als verboden collusie, maar als een zelfstandig te bestraffen *faciliteren* van collusie. Was hier niet evident sprake van afstemming en daarmee ook van een ‘agreement’ in de zin van Section 1 van de *Sherman Act*? Op dit punt is evenwel van belang dat, naar ik begrijp,<sup>31</sup> in het Amerikaans mededingingsrecht een onderscheid moet worden gemaakt tussen de overeenkomst om informatie uit te wisselen, en de overeenkomst om prijzen enzovoort af te stem-

men. Beide zijn evident overeenkomsten, maar informatie-uitwisseling is als zodanig nog geen prijsafpraak. Duidelijk is dat op dit terrein een ‘Europees Section 5’ niet zou voorzien in een handhavingstekort – veeleer zou in deze benadering een ‘handhavingsoverschot’ kunnen worden aangepakt, zeker vanuit het oogpunt van de onbedoelde ontvanger van concurrentiegevoelige informatie, die zonder meer geacht wordt zijn gedrag aan die informatie te hebben aangepast en die zo gis moet zijn zich onmiddellijk te distantiëren op straffe van betrokkenheid bij een *hardcore* kartelinbreuk – daarover hieronder meer.

Interessanter, vanuit ons perspectief, is de handhaving van Section 5 in relatie tot unilaterale uitnodigingen tot samenspanning.<sup>32</sup> Zo drong zich bij het lezen van het Statement de associatie bij mij op met het toeleggingsbesluit van ACM van 9 januari 2014, waarin de mobiele operators KPN, T-Mobile en Vodafone ACM de toezegging deden om voortaan af te zien van, kort gesteld, het doen van publieke mededelingen over voorgenomen, maar nog niet definitief besloten marktgedrag (wat gevoeliger ligt omdat de daadwerkelijke implementatie van het aangekondigde gedrag in dat stadium nog bijgestuurd kan worden op basis van de reactie van de concurrenten). In het besluit zet ACM uiteen dat in een markt met een structuur als die waarin de mobiele operators actief zijn, dergelijke mededelingen het *risico* op coördinatie verhogen – zonder dat daadwerkelijke afstemming werd vastgesteld. ACM constateerde voorts dat tegenover het dreigend nadeel voor consumenten geen compenserende concurrentievoordelen zouden staan, zodat de publieke mededeling een risico voor de werkzame mededinging op de mobiele telecommunicatiemarkt zouden vormen.<sup>33</sup>

Het is menigeen opgevallen dat het toeleggingsbesluit nergens aangeeft of, en zo ja op welke grond, ACM meent dat hier een inbreuk op het kartelverbod dreigde – over het bestaan van een onderling afgestemde feitelijke gedraging (o.a.f.g.) is althans niets te vinden in het besluit. Daarmee is niet helemaal uitgesloten dat ACM wellicht een o.a.f.g. zou hebben kunnen construeren nu de rechtspraak de lat daarvoor (zoals nog onlangs weer bevestigd in de zaak *Eturas*, zie hierna<sup>34</sup>) zeer laag legt, zoals Brouwer en Coppi eerder in dit blad uiteen hebben gezet.<sup>35</sup> En inderdaad gaan de Richtsnoeren Horizontale Samenwerkingsovereenkomsten ervan uit dat ook wan-

28. Zie P. van Ginneken en G. Béquet, ‘Huawei/ZTE, een nieuwe standaard in FRAND-zaken?’, annotatie bij HvJ EU 16 juli 2015, zaak C-170/13, *Huawei/ZTE*, ECLI:EU:C:2015:477, *M&M* 2015/4, p. 155-159.

29. Zie de zaken genoemd in de toespraak van de voorzitter van de FTC, Edith Ramirez, op 13 augustus 2015, gepubliceerd samen met het Statement.

30. <[www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/1210184/bosley-inc-aderans-america-holdings-inc-aderans-co-ltd](http://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/1210184/bosley-inc-aderans-america-holdings-inc-aderans-co-ltd)>.

31. En wel op gezag van H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy – the Law of Competition and its Practice*, 4th ed., 2011, par. 4.6b: ‘Firms may agree among themselves, either explicitly or tacitly, to engage in certain practices that will make collusion easier. In all such cases it is important to distinguish the agreement to engage in the practice from the agreement to fix prices. Agreements to exchange price information or to standardize products are clearly agreements, and they may facilitate the maintenance of prices at supracompetitive levels. But in and of themselves such agreements are not price-fixing and may be quite pro-competitive.’

32. Gelet op de omvang van deze bijdrage ga ik niet in detail in op de handhavingspraktijk van de FTC met betrekking tot octrooien en FRAND-verplichtingen. Illustratief is het optreden in 2013 tegen Google/Motorola Mobility en dan in het bijzonder de dissenting opinion van Maureen Ohlhausen, <[www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/1210120/motorola-mobility-llc-google-inc-matter](http://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/1210120/motorola-mobility-llc-google-inc-matter)>. In Europa is hierbij primair de handhaving van het misbruikverbod aan de orde; Section 5 maakt het mogelijk om ook in situaties waar een octrooihouder (nog) niet dominant is op te treden, maar het vereiste van schade aan het consumentenbelang geldt ook dan, en om die schade toe te (kunnen) brengen zal toch in ieder geval marktmacht in enige betekende mate aan de orde moeten zijn.

33. Besluit van 7 januari 2014, zaak 13.0612.53.

34. HvJ EU 21 januari 2016, zaak C-74/14, *Eturas*, ECLI:EU:C:2016:42.

35. O.W. Brouwer en L. Coppi, ‘Eenzijdige openbaarmaking van informatie: waar ligt de grens?’, *M&M* 2014/6, p. 210.

neer slechts één onderneming strategische informatie doorgeeft over haar commerciële beleidsvoornemens het *risico* op een verzwakte mededinging en op collusie toeneemt. Ook het enkel bijwonen van een bijeenkomst waar commercieel beleid aan concurrenten wordt ont-huld zal daarmee onder het kartelverbod vallen, tenzij de ontvanger zich daar duidelijk van distantieert.<sup>36</sup>

Vergelijk het lot van de Nederlandse operators nu eens met dat van, bijvoorbeeld, het Amerikaanse Step N Grip, fabrikant en (online) verkoper van het product ‘NeverCurl’ dat het omkrullen van kleden aan de hoeken moet tegengaan.<sup>37</sup> Step N Grip verkocht NeverCurl voor USD 13,95 per pakket, totdat een van haar concurrenten in juni 2015 een heuse prijsoorlog ontketende door zijn product, tot dan toe verkocht voor de comfortabel hogere prijs van USD 16,99, ineens voor USD 13,49 in de markt te zetten. De tegenzet van Step N Grip in de vorm van een prijsverlaging tot USD 12,95 werd beantwoord met een verlaging tot USD 11,95. Nadat Step N Grip ook die prijsverlaging had overgenomen zond het een e-mailbericht naar de concurrent: ‘We both sell at \$12.95? Or, \$11.95?’ Step N Grip verhoogde vervolgens de prijs van NeverCurl tot USD 12,95. De concurrent deed niet mee, maar stuurde in plaats daarvan het mailtje door naar de FTC die hier een eenvoudige overtreding van Section 5 (‘invitation to collude’) in zag en Step N Grip deed vervolgens de in een *consent decree* vastgelegde toezegging voortaan van dergelijke praktijken af te zien.

Nu is het handhaven van Section 5 ten aanzien van dergelijke uitnodigingen tot collusie gangbaar en een van de minst omstreden toepassingen van Section 5, zodat deze zaak in zoverre niets nieuws brengt. Maar van belang is wel dat deze zaak dateert van ná het Statement en we er dus redelijkerwijze van uit mogen gaan dat dit nog eens bevestigt dat in ieder geval de FTC meent dat dergelijk gedrag *niet* onder het kartelverbod valt bij gebreke van expliciete afstemming. Naar ik althans aanneem is er ook geen afzonderlijke afspraak tot informatie-uitwisseling geconstateerd (eveneens een inbreuk op Section 5 zoals we in *Bosley* zagen) omdat het hier om een echt eenzijdige mededeling van informatie gaat. Dit is ook in lijn met de Amerikaanse rechtspraak die weliswaar accepteert dat een ‘conspiracy’ geen formele overeenkomst vereist en het bestaan ervan ook uit de omstan-

digheden kan worden afgeleid,<sup>38</sup> maar enige vorm van afstemming is wel nodig voor toepassing van het kartelverbod. Waar die ontbreekt maar de effecten van eenzijdig gedrag evenzeer de consumentenwelvaart kunnen schaden, zou dan een logische rol voor een bepaling als Section 5 zijn weggelegd.

Zouden er voordelen kunnen worden behaald wanneer een vergelijkbare regeling in het Europees (en Nederlands) mededingingsrecht zou worden geïntroduceerd? Mogelijk wel. Zo zou een Europees Section 5 mogelijk de aandrang kunnen verlagen het begrip ‘overeenkomst’ zodanig ruim uit te leggen dat ook de facto unilateraal gedrag daar onder valt. In het geval van de mobiele operators had ACM dan minder snel het verwijt gekregen dat zij een toezegging had afgedwongen om een einde te maken aan gedragingen die überhaupt geen inbreuk maken op het mededingingsrecht. Dit is met name van belang voor de ontvangers van ongevraagde concurrentiegevoelige informatie. Bij de huidige stand van de rechtspraak moeten zij immers, wanneer zij concurrent zijn van de ‘zender’, zich expliciet zien te distantieëren om het vermoeden te ontzenuwen dat zij hun marktgedrag op de ontvangen informatie hebben afgestemd en aldus betrokken zijn bij een verboden doelbeperking.

Dat dit niet altijd een eenvoudige of zelfs maar praktisch haalbare zaak is, leert het recente arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Eturas*, waarin het Hof van Justitie in de specifieke omstandigheden van die zaak aanvaardt dat de mededeling waarin de ontvanger zich distantieert van de informatie niet aan alle concurrenten is gericht en dat ook uit consistent afwijkend marktgedrag kan blijken dat de informatie niet van invloed is geweest op zijn concurrentiegedrag.<sup>39</sup> Dit kan men natuurlijk juist zien als een (zekere) versoepeling van de strikte rechtspraak, maar die is dan toch wel ingegeven door de omstandigheden van die zaak en bevestigt veeleer de

36. Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *PbEU* 2011, C 11, p. 1., randnr. 62.

37. <[www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/151-0181/step-n-grip-llc-matter](http://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/151-0181/step-n-grip-llc-matter)>.

38. H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy – the Law of Competition and its Practice*, 4th ed., 2011, par. 4.6a. Zeer illustratief is de fraaie *opinion* van Posner als lid van het U.S. Court of Appeals (7th Circuit) van 9 april 2015 in de *Text Messaging*-zaak (*Aircraft Check Services Co e.a. vs. Verizon Wireless e.a.*): het is nu eenmaal zo dat ‘Competitors in concentrated markets watch each other like hawks’ en dat wat betreft omstandigheden die collusie faciliteren geldt dat ‘The problem is that these phenomena are consistent with tacit as well as express collusion; their absence would tend to negate both, but their presence would not point unerringly to express collusion.’ De *Text Messaging*-zaak betrof wel een collectieve actie van private partijen, die zich niet op Section 5 zouden hebben kunnen beroepen.

39. De zaak betrof een online platform voor verkoop van reizen door aangesloten reisbureaus. De beheerder, *Eturas*, zond op enig moment het bericht uit dat de mogelijkheid om kortingen te verstrekken zou worden beperkt tot 3 procent en voerde ook technische maatregelen in om dat te effectueren. De Litouwse mededingingsautoriteit meende dat aldus een o.a.f.g. tussen de aangesloten reisbureaus aan de orde was met de strekking de kortingen te harmoniseren. In die specifieke omstandigheden aanvaardde het Hof van Justitie dat reisbureaus die de informatie daadwerkelijk hadden ontvangen (wat lang niet van alle reisbureaus vaststond en op grond van de onschuldpresumptie ook niet mocht worden aangenomen) zich moeilijk konden distantieëren door aan al hun concurrenten een bericht van die strekking te sturen nu zij daar geen gegevens van hadden en ook geen uitputtend overzicht wie er bij dat platform waren aangesloten. Een bericht aan de beheerder volstond, evenals het bewijs dat de betrokkene structureel afwijkende kortingen toepaste.

ruimte uitleg van het begrip o.a.f.g. dan dat het die wezenlijk beperkt. Dit alles speelt bij Section 5 niet: daar is het slechts de zender van de uitnodiging tot samenspanning die aangesproken kan worden en niet de ontvanger. Die zal dan niet, zoals onder het Europese recht wel het geval is, zijns ondanks in een moeilijk parket geraken als hij er niet in slaagt zich te distantiëren.<sup>40</sup> Vanuit preventief oogpunt spreekt dan mogelijk ook aan dat met een dergelijke regeling de facto ook de *poging* tot overtreding van artikel 101 VWEU strafbaar wordt.

Een regeling die niet door private partijen gehandhaafd zou kunnen worden (zoals bij Section 5 het geval is) lijkt dan weer geheel tegengesteld aan de grote nadruk in het huidige mededingingsbeleid op private handhaving. Daarbij lijkt mij echter toch wel van belang dat ook niet evident is dat unilaterale gedragingen steeds tot schade zouden leiden: als een uitnodiging tot prijsafstemming niet wordt nageleefd, is er ook geen *overcharge*.

Interessant is de vraag of er ook behoefte zou bestaan aan private handhaving van een Europees Section 5 met betrekking tot gedragingen die stilzwijgende coördinatie kunnen faciliteren, zoals de FTC die eertijds probeerde aan te pakken in de *Ethyl*-zaak. Natuurlijk kan stilzwijgende coördinatie wel tot effecten leiden die met die van een kartel vergelijkbaar zijn en dus ook tot schade leiden, maar het lijkt voorshands geen sinecure voor private partijen om aan te tonen dat de gedaagden ieder voor zich 'te weinig' hebben geconcurrereerd, dat dit mede aan eenzijdige faciliterende handelingen is te wijten én om te bepalen tot hoeveel schade die handelingen dan wel hebben geleid en aan wie die schade moet worden toegerekend. Voor autoriteiten is dat overigens ook al niet eenvoudig. In de woorden van Posner:

'It is one thing to prohibit competitors from agreeing not to compete; it is another to order them to compete. How is a court to decide how vigorously they must compete in order to avoid being found to have tacitly colluded in violation of antitrust law? Such liability would, to repeat, give antitrust agencies a public utility style regulatory role.'<sup>41</sup>

Men zou natuurlijk met vermoedens kunnen werken, of ook bij een Europees Section 5 tot uitgangspunt kunnen nemen dat in geval van doelbeperkingen een onderzoek naar effecten overbodig is. Daarmee zou dan wel afstand worden genomen van een van de pijlers onder het nieuwe beleid van de FTC, het uitgangspunt dat handhaving van Section 5 vergt dat aantoonbaar negatieve gevolgen voor de concurrentie aan de orde zijn, of waarschijnlijk zullen zijn.

40. Bijvoorbeeld omdat hij het mailtje eenvoudig negeert of deletet omdat hem niet tijdig is geadviseerd zich te distantiëren door een adviseur die zich bewust is van de reikwijdte van de rechtspraak op dit punt.

41. In de hiervoor aangehaalde opinie in de *Text Messaging*-zaak.

## Conclusie

De voorgaande vrijblijvende bespiegelingen ten spijt is de vraag wat het Statement zal gaan betekenen voor de handhaving door de FTC natuurlijk in de eerste plaats van belang voor de ontwikkeling van het Amerikaanse mededingingsrecht. Afgewacht zal moeten worden of, zoals door onder meer Wright is voorspeld, het kader dat de FTC zich zelf gesteld heeft zal leiden tot een (nog meer) levendige handhavingspraktijk van het intrigerende Section 5, juist omdat de kaders nu helderder zijn en dus minder terughoudendheid nodig is. Handhaving die een interessante aanvulling zal blijven geven aan het traditionele mededingingsrecht en dus ook zonder een 'Europees Section 5' een bron van inspiratie voor de Europese praktijk zal bieden.

### Statement of Enforcement Principles Regarding 'Unfair Methods of Competition' Under Section 5 of the FTC Act

*Section 5 of the Federal Trade Commission Act declares 'unfair methods of competition in or affecting commerce' to be unlawful. 15 U.S.C. § 45(a)(1). Section 5's ban on unfair methods of competition encompasses not only those acts and practices that violate the Sherman or Clayton Act but also those that contravene the spirit of the antitrust laws and those that, if allowed to mature or complete, could violate the Sherman or Clayton Act.*

*Congress chose not to define the specific acts and practices that constitute unfair methods of competition in violation of Section 5, recognizing that application of the statute would need to evolve with changing markets and business practices. Instead, it left the development of Section 5 to the Federal Trade Commission as an expert administrative body, which would apply the statute on a flexible case-by-case basis, subject to judicial review. This statement is intended to provide a framework for the Commission's exercise of its 'stand-alone' Section 5 authority to address acts or practices that are anticompetitive but may not fall within the scope of the Sherman or Clayton Act.*

*In deciding whether to challenge an act or practice as an unfair method of competition in violation of Section 5 on a standalone basis, the Commission adheres to the following principles:*

- *the Commission will be guided by the public policy underlying the antitrust laws, namely, the promotion of consumer welfare;*
- *the act or practice will be evaluated under a framework similar to the rule of reason, that is, an act or practice challenged by the Commission must cause, or be likely to cause, harm to competition or the competitive process, taking into account any associated cognizable efficiencies and business justifications; and*
- *the Commission is less likely to challenge an act or practice as an unfair method of competition on a standalone basis if enforcement of the Sherman or Clayton Act is*



*sufficient to address the competitive harm arising from the act or practice.*

*Donald S. Clark*  
*Secretary*

*August 13, 2015*