

## Informatie-uitwisseling: recent arrest bevestigt reeds ingezette lijn

Mr. E. Belhadj

**H**et Hof van Justitie heeft op 23 november 2006 in een prejudiciële procedure uitspraak gedaan over de verenigbaarheid van informatie-uitwisselingssystemen met artikel 81 EG-Verdrag. Hoewel het Hof in deze zaak naast de vraag of het informatie-uitwisselingssysteem een mededingingsbeperking oplevert in de zin van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag ook ingaat op andere aspecten uit artikel 81 EG-Verdrag, ligt het belang van dit arrest toch in het eerste. In dit artikel zal ik ingaan op de omstandigheden en criteria die het Hof van belang acht om vast te stellen of informatie-uitwisseling al dan niet onder het verbod van artikel 81 EG-Verdrag valt.

*HvJ EG 23 november 2006, zaak C-238/05, Asnef-Equifax, Jur. 2006, p. I-11125.*

### Feiten

Deze zaak betreft een geding tussen Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL (hierna: Asnef-Equifax) en de Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (hierna: Ausbanc).

Asnef-Equifax heeft een systeem opgezet voor de uitwisseling van informatie tussen financieringsinstellingen over de solvabiliteit van klanten (hierna: databank). Deze databank heeft tot doel informatie over kredietwaardigheid en kredieten te verstrekken door middel van geautomatiseerde verwerking van gegevens over risico's die instellingen die leningen en kredieten verstrekken lopen. Deze informatie zou gelijk zijn aan die in een circulaire tot regeling van de door de Spaanse centrale bank beheerde centrale databank voor risico-informatie (hierna: CIR). Deze CIR was al beschikbaar voor financieringsinstellingen in Spanje. De informatie betreft gegevens over de identiteit en de economische activiteiten van debiteuren en bijzondere situaties zoals faillissement of insolventie.

Op grond van de Spaanse mededingingswet heeft Asnef-Equifax bij de Spaanse mededingingsrechtbank een ontheffing van het Spaanse kartelverbod (dat nagenoeg gelijk is aan artikel 81 lid 1 EG-Verdrag) aangevraagd voor de databank. De mededingingsrechtbank verleende ontheffing voor de databank voor een periode van vijf jaar (de ontheffingscriteria zijn nagenoeg gelijk aan de criteria van artikel 81 lid 3 EG-Verdrag). Aan de ontheffing werden twee voorwaarden verbonden. De eerste is dat de databank voor alle financieringsinstellingen toegankelijk moet zijn tegen betaling van

de desbetreffende retributie. De tweede betreft de voorwaarde dat de in de databank aanwezige informatie over crediteuren niet wordt verspreid. Tegen de ontheffing stelde Ausbanc beroep in, dat door de rechter werd toegewezen, aangezien aan de ontheffingscriteria niet zou zijn voldaan. Tegen deze uitspraak stelde Asnef-Equifax beroep tot cassatie in. Bij de cassatierechter bestond twijfel over de verenigbaarheid van de databank met artikel 81 EG-Verdrag. De Spaanse cassatierechter stelt daarom twee prejudiciële vragen. Ten eerste wordt gevraagd of artikel 81 lid 1 EG-Verdrag zo moet worden uitgelegd dat akkoorden tussen financieringsinstellingen tot uitwisseling van informatie over de solvabiliteit en betalingsachterstanden van hun klanten verenigbaar zijn met de gemeenschappelijke markt, voor zover zij het economisch beleid van de Unie en de gemeenschappelijke kredietmarkt beïnvloeden en leiden tot een beperking van de mededinging tussen financierings- en kredietinstellingen. Ten tweede stelt de rechter de vraag of artikel 81 lid 3 EG-Verdrag zo moet worden uitgelegd dat een lidstaat via zijn mededingingsinstaties overeenkomsten tussen financieringsinstellingen tot uitwisseling van informatie middels het samenstellen van een databank met kredietinformatie over hun klanten kan toestaan, omdat de invoering van een dergelijke databank voordelen heeft voor de consumenten en gebruikers van deze financiële diensten.

### Arrest

#### Samenwerkingsvorm

Om te beginnen overweegt het Hof dat de deelname van kredietinstellingen aan de databank een zekere samenwerking tussen concurrenten in de vorm van indirecte informatie-uitwisseling impliceert. Artikel 81 lid 1 EG-Verdrag kan derhalve worden toegepast op de databank zonder dat de vorm van samenwerking, hiermee wordt bedoeld op een overeenkomst, onderling afgestemde feitelijke gedraging of een besluit van een ondernemersvereniging, tussen de financieringsmaatschappijen precies hoeft te worden gekwalificeerd.

Het arrest bevat vervolgens drie punten van onderzoek: beïnvloeding van de tussenstaatse handel, mededingingsbeperking en artikel 81 lid 3 EG-Verdrag.

#### Tussenstaatse handel

Het Hof wijdt een dertiental overwegingen aan de voorwaarde uit artikel 81 lid 1 EG-Verdrag betreffende 'de ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel'.<sup>1</sup> Hieromtrent haalt het Hof veel van

Mr. E. Belhadj is universitair docent, Europa Instituut, Universiteit Utrecht.

<sup>1</sup> R.o. 33-45.

zijn vaste rechtspraak aan.<sup>2</sup> Na enkele algemene overwegingen met betrekking tot het beoordelen of de tussenstaatse handel ongunstig wordt beïnvloed, geeft het Hof aan dat de nationale rechter moet onderzoeken of, gelet op de kenmerken van de betrokken markt, het voldoende waarschijnlijk is dat de invoering van de databank het aanbod van kredieten in Spanje door marktdeelnemers uit andere lidstaten al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel merkbaar beïnvloedt. Hier laat het Hof het echter niet bij; er worden concrete aanwijzingen aan de nationale rechter in deze zaak gegeven om hem te helpen te besluiten of de tussenstaatse handel al dan niet wordt beïnvloed.

### Mededingingsbeperking

Na bovenstaande overwegingen komt het Hof toe aan bespreking van de kern van deze zaak: levert de databank een mededingingsbeperking op? Geconstateerd wordt dat het doel van systemen voor de uitwisseling van kredietinformatie zoals de databank in deze zaak, is om de kredietverstrekkers informatie over bestaande of potentiële kredietnemers te geven, met name over de manier waarop de kredietnemers eerder met hun schulden zijn omgegaan.<sup>3</sup> Deze databanken verhogen de hoeveelheid informatie over potentiële kredietnemers voor kredietinstellingen en verminderen de bestaande ongelijkheid aan informatie tussen de schuldeiser en de schuldenaar. Als gevolg daarvan kan in beginsel het percentage kredietnemers dat de schuld niet betaalt worden verminderd en wordt daardoor het kredietaanbod verbeterd. Het Hof komt tot de conclusie dat de databank er niet toe strekt de mededinging te beperken. Daarom wordt bekeken of de databank niettemin tot gevolg heeft dat de mededinging merkbaar wordt beperkt.<sup>4</sup>

Met verwijzing naar vaste rechtspraak<sup>5</sup> overweegt het Hof in algemene zin dat overeenkomsten met betrekking tot informatie-uitwisseling niet in overeenstemming zijn met de mededingingsregels wanneer zij de onzekerheid over de werking van de betrokken markt verminderen of wegnemen en bijgevolg de mededinging tussen de ondernemingen beperken. Immers, elke marktdeelnemer dient zelfstandig zijn te voeren beleid op de markt te bepalen. Het Hof herinnert eraan dat bij het onderzoeken van de gevolgen van overeenkomsten rekening moet worden gehouden met het concrete kader waarin

zij voorkomen, met name de economische en juridische context waarin de betrokken ondernemingen actief zijn, de aard van de betrokken goederen of diensten en de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de betrokken markt. Toegepast op databanken betekent dat volgens het Hof dat de verenigbaarheid van de databank met het mededingingsrecht afhangt van de economische voorwaarden op de betrokken markten en van de specifieke kenmerken van het betrokken systeem. Bij dit laatste gaat het met name om het doel ervan, de voorwaarden voor toegang en deelname aan de uitwisseling, de aard van de uitgewisselde informatie – welke bijvoorbeeld openbaar of vertrouwelijk kan zijn, globaal of gedetailleerd, historisch of actueel – de frequentie en het belang ervan voor de vaststelling van prijzen, hoeveelheden of leveringsvoorwaarden. Meer specifiek stelt het Hof vast dat '(...) databanken als aan de orde in het hoofdgeding in beginsel het kredietaanbod [verbeteren] doordat zij het percentage in gebreke blijvende leningnemers verminderen. Zoals de advocaat-generaal zakelijk weergegeven in punt 54 van zijn conclusie heeft opgemerkt, is het immers zo dat indien de financieringsinstellingen, wegens een gebrek aan informatie over het risico van in gebreke blijven van de leningnemers, onder deze laatsten geen onderscheid kunnen maken naar gelang van de waarschijnlijkheid van in gebreke blijven, het risico dat deze instellingen hierdoor lopen, noodzakelijkerwijs toeneemt, en deze instellingen ertoe zullen neigen dit risico door te berekenen in de kredietkosten voor alle leningnemers, met inbegrip van de leningnemers met het geringste risico van in gebreke blijven, zodat deze laatsten dan meer kosten moeten betalen dan wanneer die instellingen in staat zouden zijn om de waarschijnlijkheid van terugbetaling preciezer te beoordelen. In beginsel verminderen databanken als bovengenoemde een dergelijke tendens'.<sup>6</sup> Het Hof geeft voorts aan dat databanken zoals in deze zaak de mobiliteit van kredietnemers vergroten en geschikt zijn om de komst van nieuwe concurrenten op de markt gemakkelijker te maken.

Vervolgens gaat het Hof in op de economische en juridische context waarin de databank in casu functioneert.<sup>7</sup> Allereerst wordt overwogen dat wanneer het aanbod op een markt sterk geconcentreerd is, de uitwisseling van bepaalde informatie ondernemingen de mogelijkheid kan bieden de positie en de commerciële strategie van hun concurrenten op de markt te kennen. Hierdoor wordt de rivaliteit op deze markt vervalst en de waarschijnlijkheid van collusie wordt vergroot of vergemakkelijkt. Of dit het geval is hangt met name af van de aard van de informatie. Indien het aanbod daarentegen versnipperd is, kunnen de verspreiding en de uitwisseling van informatie tussen concurrenten een neutraal of zelfs een positief effect hebben op de mededinging op de markt, aldus het Hof. Met betrekking tot de specifieke kenmerken van de databank, hecht het Hof waarde aan twee aspecten om te voorkomen dat de databank een mededingingsbeperking oplevert. In de eerste plaats dient de identiteit van de schuldeisers direct noch indirect bekendgemaakt te worden om te voorkomen dat databanken inzicht geven in de marktpositie of strategie van de concurrenten.<sup>8</sup> In de tweede plaats wordt erop gewezen dat databanken rechtens en feitelijk toegankelijk moeten zijn voor alle op de markt opererende deelnemers, omdat anders sommige marktdeelnemers in een minder gunstige positie worden geplaatst en de komst van nieuwe marktdeelnemers wordt belemmerd.

### Artikel 81 lid 3 EG-Verdrag

De tweede prejudiciële vraag concentreert zich op de voorwaarde 'ten goede komen aan de gebruikers' uit artikel 81 lid 3 EG-Verdrag. De nationale rechter wil meer precies vernemen of voldaan is aan genoemde voorwaarde indien niet alle gebruikers voordeel halen

<sup>2</sup> Welke voor het merendeel is vastgelegd in de door de Commissie uitgevaardigde Richtsnoeren betreffende het begrip 'beïnvloeding van de handel' in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, Pb. 2004, C 101/81.

<sup>3</sup> Met verwijzing naar de conclusie van A-G Geelhoed (randnummers 45 en 46) bij deze zaak geeft het Hof in r.o. 46 aan dat de databank negatieve en positieve elementen bevat. Bij negatieve elementen gaat het onder meer om het in gebreke blijven met betalen. Positieve elementen hebben onder andere betrekking op creditsaldi, borgtochten en garanties, leasingactiviteiten of het tijdelijk beschikken over activa.

<sup>4</sup> Vanaf r.o. 49.

<sup>5</sup> HvJ EG 28 mei 1998, zaak C-7/95 P, John Deere, *Jur.* 1998, p. I-3111; HvJ EG, 2 oktober 2003, zaak C-194/99 P, Thyssen Stahl, *Jur.* 2003, p. I-10821.

<sup>6</sup> R.o. 55.

<sup>7</sup> Hierbij wordt met name aandacht besteed aan de economische marktvoorwaarden en de specifieke kenmerken van de databank.

<sup>8</sup> Bij de bespreking van de feiten hierboven is naar voren gekomen dat de Spaanse mededingingsrechtbank bij de ontheffingsverlening een dergelijke voorwaarde aan Asnef-Equifax had opgelegd.

uit de databank. Met betrekking tot dit punt wordt overwogen dat de objectieve economische voordelen van de databank, zoals het voorkomen van situaties van overbelening door kredietnemers met als gevolg een grotere beschikbaarheid van krediet,<sup>9</sup> de negatieve gevolgen van een eventuele mededingingsbeperking kunnen compenseren. Het feit dat niet alle kredietaanvragers van de voordelen profiteren neemt niet weg dat aan de voorwaarde dat een billijk aandeel in die voordelen ten goede dient te komen aan de gebruikers, wordt voldaan. Het Hof voegt hieraan toe dat voor de toepassing van artikel 81 lid 3 EG-Verdrag de voordelen voor het geheel van de gebruikers bezien moet worden en niet de invloed op elke individuele gebruiker afzonderlijk.

## Opmerkingen

### Kader voor beoordeling: rechtspraak van het Hof (UK-tractors)

Hoewel er goede argumenten aan te voeren zijn om te stellen dat informatie-uitwisseling tussen concurrenten de mededinging ten goede komt,<sup>10</sup> kent uitwisseling van informatie niettemin de nodige mededingingsrechtelijke haken en ogen, zoals ook uit het hierboven weergegeven arrest *Asnef-Equifax* blijkt. Dit arrest is dan ook niet het eerste waarin het Hof zich uitspreekt over de vraag of systemen van informatie-uitwisseling een mededingingsbeperking in de zin van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag opleveren.

De eerste, en meteen ook de standaardzaak, met betrekking tot beoordeling van informatie-uitwisseling betreft de *UK Tractor Exchange-zaak*.<sup>11</sup> Van de twee arresten in de *UK Tractor Exchange-zaak* is het arrest *John Deere* het leidinggevende, aangezien het Hof zich in die zaak specifiek over de toegepaste criteria om systemen van informatie-uitwisseling te beoordelen heeft uitgesproken.<sup>12</sup> Bij de beoordeling van de *Exchange* wijst het Hof op het aan het kartelverbod ten grondslag liggende uitgangspunt dat iedere ondernemer zelfstandig zijn gedrag op de markt dient uit te stippelen. Informatie-uitwisseling wordt dan ook als mededingingsbeperkend beschouwd indien daardoor de mate van onzekerheid over de werking van de betrokken markt wordt verminderd of weggenomen.<sup>13</sup> Na deze algemene opmerkingen worden twee criteria besproken die van belang zijn om te beoordelen of een informatie-uitwisselingssysteem mededingingsbeperkend is.

Ten eerste moet worden vastgesteld of er sprake is van een oligopolistische markt met een hoge concentratiegraad. Op een dergelijke markt worden ondernemingen namelijk in staat gesteld om te weten te komen wat de marktpositie en marktstrategie is van de concurrenten, waardoor de nog resterende concurrentie tussen de betrokken ondernemingen aanmerkelijk wordt verminderd.<sup>14</sup> Ten tweede dient rekening te worden gehouden met de aard, de frequentie en de bestemming van de verstrekte gegevens. Met betrekking tot de aard van de informatie werd in de *John Deere-zaak* aangegeven dat met name de uitgewisselde informatie over de verkoop van de dealers zakengeheimen betreft. Inzake de frequentie werd vastgesteld dat de informatie met korte intervallen en systematisch werd verstrekt. Wat de bestemming van de informatie betreft, werd van belang geacht dat deze enkel bedoeld was voor de grootste aanbidders en enkel in hun voordeel was met uitsluiting van andere concurrenten en de consumenten.<sup>15</sup>

De uitgangspunten die in *UK Tractor Exchange-zaak* zijn vastgesteld, zijn door het Hof nogmaals bevestigd in de zogenoemde *Stalenbalkenzaken* waarbij het arrest *Thyssen Stahl*<sup>16</sup> representatief is. Deze zaken speelden zich af rondom (het inmiddels vervallen) arti-

kel 65 EGKS en hadden ook betrekking op uitwisseling van informatie. Aangezien artikel 65 EGKS en artikel 81 EG-Verdrag nagenoeg dezelfde inhoud hebben, heeft het Hof dan ook de uitgangspunten inzake de verhouding van informatie-uitwisselingssystemen tot artikel 81 EG-Verdrag uit het arrest *John Deere* toegepast in het kader van artikel 65 EGKS.

### Beleid van de Commissie<sup>17</sup>

De Commissie heeft reeds in 1968 in de *Bekendmaking* inzake samenwerking tussen ondernemingen aangegeven hoe zij denkt over informatie-uitwisseling tussen ondernemingen.<sup>18</sup> Hierin werd te kennen gegeven dat overeenkomsten die slechts als doel hebben om gemeenschappelijke inlichtingen te verzamelen die ondernemingen nodig hebben om zelfstandig en onafhankelijk van elkaar hun markt-

<sup>9</sup> Naast deze voordelen wijst het Hof ook op de voordelen die al eerder in het arrest zijn besproken, zie r.o. 55 en 56.

<sup>10</sup> Zie R. Wish, *Competition Law*, Oxford: Oxford University Press 2005, p. 811; A. Jones & B. Sufrin, *EC Competition Law: text, cases and materials*, Oxford: Oxford University Press 2004, p. 486.

<sup>11</sup> In deze zaak ging het om uitwisseling van informatie tussen producenten en importeurs van landbouwtrekkers die was vastgelegd in de zogenoemde 'UK Agricultural Tractor Registration Exchange' (hierna: *Exchange*). De informatie die door middel van dit systeem werd uitgewisseld betrof met name gegevens over de verkoop van de individuele concurrenten en de dealers. Bij beschikking heeft de Commissie de *Exchange* strijdig met artikel 81 EG-Verdrag verklaard: Beschikking van de Commissie van 17 februari 1992 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag, IV/31.370 en 31.446 (*UK Agricultural Tractor Registration Exchange*), Pb. 1992, L 68/19. In twee arresten heeft het Gerecht de beroepen tegen de beschikking afgewezen: GvEA, 27 oktober 1994, zaak T-34/92, *Fiatagri UK Ltd en New Holland Ford Ltd*, *Jur.* 1994, p. II-905 en GvEA, 27 oktober 1994, zaak T-35/92, *John Deere*, *Jur.* 1994, p. II-957. In hoger beroep heeft het Hof de arresten van het Gerecht inzake de *Exchange* bevestigd: HvJ EG, 28 mei 1998, *John Deere*, zaak C-7/95, *Jur.* 1998, p. I-3111 en HvJ EG, 28 mei 1998, zaak C-8/95 P, *New Holland Ford Ltd*, *Jur.* 1998, p. I-3175.

<sup>12</sup> Hieraan kan wel toegevoegd worden dat in de twee zaken m.b.t. de *Exchange* die het Gerecht heeft beoordeeld (zie voetnoot 11) dezelfde criteria worden gehanteerd.

<sup>13</sup> Zie r.o. 85 en 86 van het arrest *John Deere* van het Hof.

<sup>14</sup> Het Hof geeft aan dat transparantie op een markt met echte concurrentie de concurrentie juist verscherpt. Hoewel een ondernemer op een dergelijke markt door de informatie-uitwisseling zijn marktgedrag aanpast, wordt door de versplintering van het aanbod voor de andere marktdeelnemers de onzekerheid omtrent het gedrag van de concurrenten niet verminderd of weggenomen. Zie r.o. 88 van het arrest *John Deere* van het Hof.

<sup>15</sup> Zie r.o. 89 van het arrest *John Deere* van het Hof. Deze factoren gecombineerd met het feit dat de markt voor landbouwtrekkers oligopolistisch van aard was, leidden er volgens het Hof toe dat de informatie-uitwisseling mededingingsbeperkend was.

<sup>16</sup> HvJ EG 2 oktober 2003, zaak C-194/99 P, *Thyssen Stahl*, *Jur.* 2003, p. I-10821.

<sup>17</sup> Zie op dit punt ook het artikel van M.G. Wezenbeek-Geuke, *Wirtschaftsvereinigung Stahl*, een kritische benadering van uitwisseling van marktgegevens, *NTER* 1998, p. 68-73.

<sup>18</sup> *Bekendmaking* inzake overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen betreffende samenwerking tussen ondernemingen, Pb. 1968, C 75/3.

gedrag te bepalen, niet mededingingsbeperkend zijn. Dit is anders wanneer de handelingsvrijheid van ondernemingen wordt beperkt dan wel het marktgedrag uitdrukkelijk of via onderling afgestemde feitelijke gedragingen gecoördineerd wordt.<sup>19</sup> De Commissie gaf verder aan dat er niet zonder meer van uitgegaan kon worden dat uitwisseling van informatie niet onder artikel 81 lid 1 EG-Verdrag zou vallen. Met name op oligopolistische markten voor homogene goederen zou informatie-uitwisseling een probleem kunnen opleveren, zo maakt de Commissie duidelijk. Deze bekendmaking is inmiddels vervangen door de Richtsnoeren inzake horizontale samenwerkingsovereenkomsten.<sup>20</sup> In randnummer 10 van de richtsnoeren vermeldt de Commissie dat informatie-uitwisseling niet in de richtsnoeren aan de orde komt, maar afzonderlijk behandeld moet worden. In de richtsnoeren wordt echter wel verwezen naar de UK Tractor Exchange-zaak en de Stalenbalkenzaken.<sup>21</sup>

Enkele nuttige aanwijzingen met betrekking tot de toelaatbaarheid van informatie-uitwisseling geeft de Commissie ook in een persbericht met betrekking tot het hierboven besproken informatie-uitwisselingssysteem in de markt voor landbouwtrekkers.<sup>22</sup> Om buiten schot van het mededingingsrecht te blijven, moest het informatie-uitwisselingssysteem in ieder geval voldoen aan het volgende:

*‘1. De individuele gegevens mogen slechts worden uitgewisseld nadat twaalf maanden verlopen zijn tussen de desbetreffende gebeurtenis en het tijdstip van de informatie-uitwisseling. 2. Samengevoegde marktgegevens, die minder dan twaalf maanden oud mogen zijn, kunnen worden uitgewisseld indien zij afkomstig zijn van minstens drie verkopers die tot verschillende industriële of financiële groepen behoren. Is het aantal verkopers kleiner, dan mogen slechts gegevens worden uitgewisseld indien het meer dan tien verkochte eenheden betreft.’*

Hoewel het persbericht betrekking heeft op de betreffende specifieke markt, kan in algemene zin worden vastgesteld dat het uitwisselen van informatie na een jaar na de periode waarop de informatie betrekking heeft, geen problemen oplevert. In andere markten zou deze periode nog korter kunnen zijn.

### Toepassing in Asnef-Equifax

De hierboven besproken punten komen terug in de zaak Asnef-Equifax. In deze zaak valt op dat het Hof in tegenstelling tot de hierboven aangehaalde rechtspraak in eerste instantie verschillende argumenten naar voren brengt om aan te geven dat de databank waarin de informatie-uitwisseling plaatsvindt meerdere positieve gevolgen heeft.<sup>23</sup> Het Hof wil hiermee klaarblijkelijk aangeven dat systemen van informatie-uitwisseling niet op voorhand verboden zijn. Voordat het Hof deze positieve punten van de databank weergeeft, wordt vastgesteld dat de verenigbaarheid van een systeem van uitwisseling van informatie zoals de databank, met de mededingingsregels afhangt van 1) de economische voorwaarden op de betrokken markt, en 2) de specifieke kenmerken van het betrokken systeem zoals met name a) het doel ervan, b) de voorwaarden voor toegang tot en deelname aan de uitwisseling, c) de aard van de uitgewisselde informatie,<sup>24</sup> d) de frequentie, en e) het belang ervan voor de vaststelling van prijzen, hoeveelheden of de leveringsvoorwaarden. Uit de zinsnede ‘met name’ blijkt dat de opsomming onder 2) niet-limitatief is, hoewel deze punten wel de belangrijkste zullen zijn waaraan getoetst dient te worden.

Bij het criterium onder 1) ‘de economische voorwaarden op de betrokken markt’, bedoelt het Hof dat bekeken moet worden of er sprake is van een oligopolistische markt dan wel van een versnippering van het aanbod op de markt. Hieromtrent verwijst het Hof naar de zaak Thyssen Stahl, maar in feite is de redenering rechtstreeks afkomstig uit de John Deere-zaak.<sup>25</sup> Naar analogie van de vaste rechtspraak wordt in Asnef-Equifax de uitwisseling van informatie in een oligopolistische markt geacht in de gevarezone te verkeren. Uitwisseling van informatie ligt derhalve mededingingsrechtelijk gevoeliger naarmate de markt meer oligopolistisch van aard is, maar nog steeds moeten de specifieke kenmerken van het systeem worden beoordeeld, m.a.w. er is sprake van cumulatieve beoordelingscriteria.

Van de onder criterium 2) aangegeven toetsingspunten toetst het Hof in deze specifieke zaak alleen de punten a), b) en c). Het Hof stelt dat de databank in de eerste plaats niet direct of indirect de identiteit van de crediteuren mag onthullen om te voorkomen dat de databank inzicht kan geven in de marktpositie of commerciële strategie van de concurrenten.<sup>26</sup> Anders gezegd, zakengeheimen, zoals dat reeds in de zaak John Deere is aangegeven, mogen absoluut niet worden opgenomen in een systeem van uitwisseling van informatie. Dit heeft duidelijk betrekking op de aard van de uitgewisselde informatie (punt c)). In de tweede plaats wordt gesteld dat de databank voor alle marktdeelnemers toegankelijk moet zijn (punt b)). Ten slotte, het doel (punt a)) van de databank komt in feite terug in de overwegingen waarin het Hof vaststelt dat de databank er niet toe strekt de mededinging te beperken en de overwegingen waarin de databank positief benaderd wordt.<sup>27</sup> De overige toetsingspunten worden niet toegepast, omdat die punten simpelweg in deze zaak niet relevant zijn. Dat neemt niet weg dat zij als algemeen toetsingskader dienen.

### Toepassing door de NMa

Ook de NMa heeft zich uitgesproken over informatie-uitwisseling. In 2001 heeft de NMa de ‘Richtsnoeren samenwerking bedrijven’<sup>28</sup> gepubliceerd waarin onder meer werd aangegeven hoe informatie-uitwisseling tussen ondernemingen zou worden beoordeeld. Inmiddels zijn deze richtsnoeren herzien door de ‘Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen’.<sup>29</sup> In deze richtsnoeren, die hieronder besproken worden, is informatie-uitwisseling ook een van de vormen van samenwerking waarop de NMa nader ingaat. Ten opzichte van de oude richtsnoeren, worden de toetsingspunten in de nieuwe richt-

<sup>19</sup> Dat is vooral aan de orde wanneer aanbevelingen van concrete aard worden gedaan of conclusies zodanig worden uitgewerkt dat daardoor een deel van de betrokken ondernemingen zich op uniforme wijze gaan gedragen op de markt.

<sup>20</sup> Mededeling van de Commissie, Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Pb. 2001, C 3/2. Zie randnummer 8 van deze richtsnoeren waarin wordt aangegeven dat (o.a) de Bekendmaking uit 1968 wordt vervangen.

<sup>21</sup> Zie voetnoot 46 van de richtsnoeren.

<sup>22</sup> IP/99/660, Brussel, 20 september 1999.

<sup>23</sup> R.o. 55 en 56.

<sup>24</sup> Bijvoorbeeld openbaar of vertrouwelijk, globaal of gedetailleerd, historisch of actueel, zie r.o. 54.

<sup>25</sup> Zie r.o. 84 van het arrest Thyssen Stahl van het Hof.

<sup>26</sup> Zoals A-G Geelhoed in zijn conclusie bij deze zaak stelt, wil deze eis voorkomen dat de positie of handelsstrategie van de concurrenten achterhaald kan worden, zie randnummer 49.

<sup>27</sup> R.o. 46, 47, 55 en 56.

<sup>28</sup> Richtsnoeren samenwerking bedrijven, *Stcrt.* 2001, nr. 108, p. 28.

<sup>29</sup> Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen, *Stcrt.* 2005, nr. 67, p. 20.

snoeren beter gestructureerd, overzichtelijker behandeld en verduidelijkt. De NMa verwijst in de nieuwe richtsnoeren veelvuldig naar de Europese rechtspraak en beschikkingenpraktijk inzake informatie-uitwisseling.

In beginsel wordt aangegeven dat uitwisseling van informatie mededingingsbevorderend is. Er wordt aan de andere kant echter wel onderkend dat informatie-uitwisseling de mededinging kan beperken. Of dit het geval is hangt af van enerzijds de aard, de frequentie en de bestemming van de uitgewisselde informatie, en anderzijds van de marktstructuur.<sup>30</sup> Met betrekking tot de eerste reeks factoren wordt gesteld dat hoe concurrentiegevoeliger de uitgewisselde informatie is, des te eerder sprake zal zijn van een mededingingsbeperking. De NMa geeft aan dat dit het geval is wanneer de informatie betrekking heeft op concurrentieparameters,<sup>31</sup> gedetailleerder is,<sup>32</sup> actueler en frequenter is en niet voor iedereen toegankelijk. Met betrekking tot de actualiteit en de frequentie wijst de NMa op het hierboven besproken persbericht van de Commissie en benadrukt dat uitwisseling van informatie die ouder is dan twaalf maanden mededingingsrechtelijk gezien veelal geen problemen zal opleveren.<sup>33</sup>

Wat de marktstructuur betreft kijkt de NMa naar de concentratiegraad op de markt, de aard van het product en de mate van productdifferentiatie, het al dan niet bestaan van toetredingsdrempels, de groei van de marktvaart en de kostenstructuur. Er zal naar het oordeel van de NMa eerder sprake zijn van een mededingingsbeperking naarmate een markt meer geconcentreerd is, de producten homogener zijn, er toetredingsdrempels bestaan, de marktvaart stabiel is en de kostenstructuur meer symmetrisch is.<sup>34</sup>

De NMa heeft in de zaak Fietsfabrikanten<sup>35</sup> de uitgangspunten voor de beoordeling van informatie-uitwisseling min of meer kunnen toepassen. De NMa gaf aan dat uitwisseling van verkoopgegevens tussen ondernemingen op een oligopolistische markt de onzekerheid bij die ondernemingen met betrekking tot marktposities en strategieën van de concurrenten vermindert.<sup>36</sup> Uit deze zaak blijkt dat de NMa bij de beoordeling van uitwisseling van informatie daarnaast waarde hecht aan de aard van de informatie en de kenmerken van de betrokken markt.<sup>37</sup> In zijn besluit heeft de NMa overigens niet aan deze criteria kunnen toetsen, omdat de informatie werd verkregen door inkoop door de individuele fietsfabrikanten bij een marktonderzoekbureau en niet door uitwisseling door de ondernemingen zelf.<sup>38</sup>

In het bovenstaande zijn de twee criteria die ook het Hof onderscheidt terug te zien: enerzijds de marktstructuur, en anderzijds de kenmerken van het betrokken systeem. De richtsnoeren, en de toepassing van de criteria in de zaak Fietsfabrikanten, zijn in lijn met de algemene toetsingscriteria van het Hof, en kunnen in ieder geval overeenkomstig worden uitgelegd en toegepast.

## Conclusie

Uit het bovenstaande blijkt dat informatie-uitwisseling tussen ondernemingen niet per definitie verboden is in het licht van het kartelverbod. Informatie-uitwisseling kan zelfs de mededinging bevorderen. Echter, zodra het om oligopolistische markten gaat, zullen ondernemingen moeten oppassen met het uitwisselen van informatie. Zowel het Hof, de Commissie als de NMa blijken informatie-uitwisseling op dergelijke markten met argusogen te bekijken. Naast de marktstructuur wordt grote waarde gehecht aan de kenmerken van het informatie-uitwisselingssysteem. Met name het uitwisselen van informatie die inzicht geeft in de concurrentiepositie van concurrenten en op

regelmatige basis wordt uitgewisseld is een mededingingsrechtelijke zonde.

Een vergelijking van de beoordelingscriteria die in *Asnef-Equifax* zijn toegepast met de uitgangspunten die zijn vastgesteld in de *John Deere*-zaak, levert het beeld op dat er geen sprake is van nieuwe uitgangspunten bij de beoordeling van informatie-uitwisseling. Al met al ligt de uitspraak *Asnef-Equifax* in de lijn van de vaste rechtspraak omtrent informatie-uitwisseling. Het Hof heeft naar mijn idee geen rare sprongen op dat punt gemaakt. Op een voor de praktijk heldere en duidelijke wijze worden de criteria voor de beoordeling van systemen van uitwisseling van informatie nogmaals uiteengezet. Hierdoor is de vaste rechtspraak nogmaals bevestigd. Kortom, het reeds ingezette beleid op het gebied van informatie-uitwisseling wordt voortgezet.

<sup>30</sup> Randnummer 67 Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen.

<sup>31</sup> Zoals prijs, productie, afzet en klanten.

<sup>32</sup> Hiermee wordt bedoeld op informatie over individuele ondernemingen. Geaggregeerde informatie komt niet snel in de gevarezone.

<sup>33</sup> Randnummers 68-72 Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen.

<sup>34</sup> Randnummers 73 en 74 Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen.

<sup>35</sup> Besluit van de d-g NMa van 21 april 2004, zaak 1615, *Fietsfabrikanten*. In deze zaak werkten verschillende fietsfabrikanten samen in de stichting SOM-F, welke ten doel had het gezamenlijk inkopen van marktinformatie door de deelnemers in SOM-F. SOM-F had marktonderzoekbureau GfK in de arm genomen om marktonderzoek te doen. De door GfK geleverde informatie aan de individuele fietsfabrikanten gaf o.a. per merk, type fiets en kleur onder meer de verkopen, het marktaandeel en de prijs weer. Deze informatie werd elke twee maanden, met een vertraging van zes tot acht weken, aan de fietsfabrikanten geleverd. Voor de volledigheid, de informatie was niet geanonimiseerd en betrof de individuele fietsfabrikanten.

<sup>36</sup> Randnummer 132 van het besluit *Fietsfabrikanten*.

<sup>37</sup> Randnummer 133 van het besluit *Fietsfabrikanten*.

<sup>38</sup> In feite was er geen sprake van een overeenkomst tussen de fietsfabrikanten op het punt van de informatie-uitwisseling.