

# Het Expedia-arrest: een merkbare koerswijziging?

Mr. H.M. Cornelissen\*

In het *Expedia*-arrest velt het Hof van Justitie van de Europese Unie een opvallend oordeel over twee belangrijke aspecten inzake de toepassing van artikel 101 lid 1 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Ten eerste oordeelt het Hof van Justitie dat een mededeling van de Europese Commissie die op die toepassing betrekking heeft, in het bijzonder de *de minimis-bekendmaking*,<sup>1</sup> niet bindend is voor de nationale mededingingsautoriteiten en gerechten. Ten tweede stelt het Hof van Justitie vast dat een overeenkomst<sup>2</sup> die de tussenstaatse handel ongunstig kan beïnvloeden en een mededingingsbeperkende strekking heeft, per definitie een *merkbare* mededingingsbeperking vormt.

*HvJ EU 13 december 2012, zaak C-226/11, Expedia Inc./Autorité de la concurrence e.a., n.n.g.*

## Inleiding

Het *Expedia*-arrest ziet primair op de toepassing van artikel 101 lid 1 VWEU (het Europese kartelverbod) door de nationale mededingingsautoriteiten en gerechten. Desondanks zou deze uitspraak tevens kunnen doorwerken in de al dan niet parallelle toepassing van het Nederlandse kartelverbod van artikel 6 lid 1 van de Mededingingswet (Mw). Weliswaar is de eenvormige toepassing van het Nederlandse kartelverbod slechts beperkt voorgeschreven, maar in de parlementaire geschiedenis van de Mw komt terug dat het Nederlandse kartelverbod georiënteerd is op zijn Europeesrechtelijke

lijke equivalent en dat de toepassing van de Mw in belangrijke mate wordt beïnvloed door de beschikking-enpraktijk van de Commissie en de rechtspraak van het Hof van Justitie en het Gerecht.<sup>3</sup> Bovendien kunnen Commissiebekendmakingen richtinggevend zijn voor de interpretatie van het Nederlandse kartelverbod.<sup>4</sup>

Het is niet op voorhand duidelijk in hoeverre het niet-bindende karakter van de *de minimis-bekendmaking* de Autoriteit Consument en Markt (ACM) en de nationale rechter in de praktijk ruimere mogelijkheden zal bieden voor de toepassing van het Europese kartelverbod en/of het Nederlandse kartelverbod. Meer in het bijzonder luidt de vraag of de ACM en de nationale rechter op grond van het Europese en/of Nederlandse kartelverbod daadwerkelijk zullen (kunnen) optreden tegen een overeenkomst die de tussenstaatse handel kan beïnvloeden, maar die de *de minimis-drempels* niet overschrijdt en waartegen de Commissie dientengevolge geen procedure zal inleiden.

Daarnaast valt te bezien of het *Expedia*-arrest de ACM en de nationale rechter tot een koerswijziging dwingt in de uitvoering van de merkbaarheidsstoets bij de toepassing van het Europese en/of het Nederlandse kartelverbod op strekkingsbedingen.<sup>5</sup> In de kanttekeningen bij het arrest, aan het slot van dit artikel, zal op deze aspecten nader worden ingegaan.

## Aanleiding

De aanleiding tot het *Expedia*-arrest betreft een boetesbeschikking van de *Autorité de la concurrence* (de Franse mededingingsautoriteit) wegens schending van zowel het Europese als het Franse kartelverbod.<sup>6</sup> De autoriteit had vastgesteld dat een overeenkomst tussen Expedia

\* Mr. H.M. Cornelissen is advocaat bij Houthoff Buruma en is onder meer gespecialiseerd in Competition Litigation.

1. Bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81, lid 1 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (de *minimis*), *Pb. EG* 2001, C 268/13.

2. Onder de term 'overeenkomst' dient in dit artikel te worden verstaan: een overeenkomst tussen ondernemingen, een besluit van een ondernemingsvereniging of een onderling afgestemde feitelijke gedraging zoals bedoeld in artikel 101 lid 1 VWEU en/of artikel 6 lid 1 Mw.

3. *Kamerstukken II 1995/96*, 24 707, nr. 3, o.a. p. 10.

4. *Kamerstukken II 1995/96*, 24 707, nr. 3, p. 13.

5. *Kamerstukken II 1995/96*, 24 707, nr. 3, p. 14: de jurisprudentie van het Hof van Justitie met betrekking tot het merkbaarheidsvereiste in relatie tot art. 101 VWEU is mede richtinggevend voor de interpretatie van art. 6 Mw.

6. Art. L. 420-1 van de Franse code de commerce.

Inc. en de Franse Spoorwegen (SCNF) inzake de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming, ertoe strekte of tot gevolg had dat de mededinging werd beperkt. Omdat het gezamenlijke marktaandeel van de betrokken, concurrerende partijen volgens de autoriteit meer dan 10 procent zou bedragen, werd de relevante *de minimis-drempel* overschreden.<sup>7</sup> Daarom kon ook geen beroep worden gedaan op de Franse wetsbepaling krachtens welke de autoriteit *kan* beslissen dat er geen gronden zijn de procedure voort te zetten wanneer (onder meer) het gezamenlijke marktaandeel niet boven voornoemde *de minimis-drempel* uitkomt.<sup>8</sup>

In het vervolg van de procedure betwistte Expedia dat het gezamenlijke marktaandeel de relevante *de minimis-drempel* overschreed. Volgens de *Cour de cassation* werd de kwalificatie van de overeenkomst als strekkingsbeding daarentegen niet betwist.<sup>9</sup> Gelet op de rechtspraak van het Hof van Justitie terzake, oordeelde de *Cour de cassation* dat het niet vaststaat dat de Commissie beneden de *de minimis-drempels* tegen een strekkingsbeding zou optreden. Bovendien stelt de Commissie in de *de minimis-bekendmaking* dat deze geen afbreuk doet aan de uitleg van het Europese kartelverbod door het Hof van Justitie of het Gerecht,<sup>10</sup> hetgeen tot onzekerheid leidt inzake de vraag of de *de minimis-drempels* al dan niet een onweerlegbaar vermoeden opleveren dat niet voldaan is aan het merkbaarheidsvereiste, aldus de *Cour de cassation*.<sup>11</sup> Tegen de achtergrond van artikel 3 lid 2 Verordening 2003/1/EG,<sup>12</sup> dat bepaalt dat wanneer een nationale mededingingsautoriteit of nationaal gerecht een nationaal kartelverbod toepast op een overeenkomst die de tussenstaatse handel kan beïnvloeden, deze toepassing er niet toe mag leiden dat overeenkomsten worden verboden die niet onder het toepassingsgebied van het Europese kartelverbod vallen (de convergentieverplichting),<sup>13</sup> besloot de *Cour de cassation* het Hof van Justitie daarom de volgende prejudiciële vraag te stellen:<sup>14</sup>

‘Dienen het Europese kartelverbod en de convergentieverplichting aldus te worden uitgelegd dat zij zich ertegen verzetten dat een nationale mededingingsautoriteit het Europese kartelverbod toepast op een overeenkomst die de handel tussen de lidstaten kan beïnvloeden, maar die niet de *de minimis-drempels* overschrijdt?’

7. *De minimis-bekendmaking*, punt 7 onder a).

8. Art. L. 464-6-1 van de Franse code de commerce.

9. Zie hierover *Expedia*, punten 11 en 34.

10. *De minimis-bekendmaking*, punt 6.

11. *Expedia*, punten 11 en 12.

12. Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *Pb. EG* 2003, L 1/1 (Verordening 2003/1/EG).

13. Vandaar het uitgangspunt dat de Mw ook niet strenger is dan de Europese mededingingsregels; Idem *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 10.

14. *Expedia*, punt 13.

## Beantwoording door het Hof van Justitie

Het Hof van Justitie oordeelt allereerst dat wanneer een nationale mededingingsautoriteit het nationale kartelverbod toepast op een overeenkomst die de tussenstaatse handel kan beïnvloeden, zij gelijktijdig het Europese kartelverbod dient toe te passen.<sup>15</sup> Krachtens deze convergentieverplichting en vaste rechtspraak over het merkbaarheidsvereiste betekent dit dat het nationale kartelverbod alleen mag worden toegepast op een overeenkomst die de tussenstaatse handel kan beïnvloeden, indien die overeenkomst een *merkbare* beperking van de mededinging op de interne markt inhoudt.<sup>16</sup>

Vervolgens herhaalt het Hof van Justitie het relevante toetsingskader ter beoordeling of aan het merkbaarheidsvereiste is voldaan<sup>17</sup> (hierop zal ik nader ingaan in onderstaande kanttekeningen bij het arrest). Daarbij stelt het Hof van Justitie vast dat het in het kader van de merkbaarheidstoets – ook in geval van strekkingsbedingen – eerder geoordeeld heeft dat de betrokken markt slechts in zeer geringe mate beïnvloed werd wegens de zwakke positie van de belanghebbenden op de betrokken markt (door mij verder ‘kwantitatieve merkbaarheid’ genoemd) en dat het Hof van Justitie in andere gevallen op andere gronden heeft geoordeeld dat een regeling geen merkbare beperkende invloed op de mededinging kon hebben (door mij verder ‘kwalitatieve merkbaarheid’ genoemd).<sup>18</sup> In dat kader wil de Commissie met behulp van de *de minimis-drempels* kwantificeren wat geen merkbare beperking is in de zin van de vaste rechtspraak terzake.<sup>19</sup>

Vervolgens oordeelt het Hof van Justitie – zoals het al eerder vaststelde<sup>20</sup> – dat een Commissiemededeling, zoals de *de minimis-bekendmaking*, niet bindend is voor de lidstaten.<sup>21</sup> Het feit dat de nationale mededingingsautoriteiten en gerechten niet door de *de minimis-bekendmaking* gebonden zijn, wordt benadrukt in de derde volzin van punt 4 daarvan, aldus het Hof van Justitie.<sup>22</sup> Bovendien, zo vervolgt het Hof van Justitie,<sup>23</sup> impliceert de negatieve definitie van het merkbaarheidsbegrip in de *de minimis-bekendmaking* niet dat de merkbaarheid vaststaat in geval van marktaandelen die boven de *de minimis-drempels* uitkomen.<sup>24</sup> Afgezien daarvan bevat de *de minimis-bekendmaking* geen vermelding die gewag maakt

15. *Expedia*, punt 18, met verwijzing naar HvJ EU 14 februari 2012, zaak C-17/10, *Toshiba Corporation e.a.*, n.n.g., punt 77.

16. *Expedia*, punten 16 t/m 20 en de daar aangehaalde rechtspraak.

17. *Expedia*, punt 21 en de daar aangehaalde rechtspraak.

18. *Expedia*, punt 22 met verwijzing naar onder meer HvJ EG 9 juli 1969, zaak 5/69, *Völk, Jur.* 1969, p. 295, punt 7 en HvJ EG 21 januari 1999, gevoegde zaken C-215/96 en C-216/96, *Bagnasco e.a.*, *Jur.* 1999, p. I-135, punt 35.

19. *De minimis-bekendmaking*, punten 1 en 2 en *Expedia*, punt 23.

20. HvJ EU 14 juni 2011, zaak C-360/09, *Pfleiderer, Jur.* 2011, p. I-05161, punt 21.

21. *Expedia*, punt 29.

22. *Expedia*, punt 24.

23. *Expedia*, punt 25.

24. *De minimis-bekendmaking*, punt 2, tweede en derde volzin.

van verklaringen van de nationale mededingingsautoriteiten dat zij akte hebben genomen van de daarin geformuleerde beginselen en de naleving daarvan aanvaarden.<sup>25</sup> Tevens blijkt uit diens doelstellingen dat de *de minimis-bekendmaking* ook niet bedoeld is om nationale mededingingsautoriteiten en gerechten te binden.<sup>26</sup> De Commissie wil de nationale mededingingsautoriteiten en gerechten slechts van een leidraad voorzien.<sup>27</sup> Zo is de bekendmaking destijds opgenomen in de C-serie van het Publicatieblad van de Europese Unie, welke serie enkel mededelingen, aanbevelingen en adviezen beoogt bekend te maken en niet in de L-serie waarin juridisch bindende handelingen gepubliceerd worden.<sup>28</sup> Uit het niet-bindende karakter van de *de minimis-bekendmaking* volgt dat een nationale mededingingsautoriteit bij de uitvoering van de merkbaarheidstoets wel rekening *mag* houden met de daarin gespecificeerde *de minimis-drempels*, maar zich daar niet aan *moet* houden. Deze drempels vormen slechts een van de vele aspecten ter vaststelling van de merkbaarheid, aldus het Hof van Justitie.<sup>29</sup>

Het beginsel van de legaliteit van straffen doet niets aan het niet-bindende karakter af, want mededingingsbeperkingen zijn al verboden door het primaire recht.<sup>30</sup>

Wel is het zo dat de Commissie de uitoefening van haar eigen beoordelingsbevoegdheid als mededingingsautoriteit van de Unie door de *de minimis-bekendmaking* beperkt heeft. Zij kan niet van de inhoud van deze bekendmaking afwijken zonder de algemene rechtsbeginselen te schenden, in het bijzonder het vertrouwens- en gelijkheidsbeginsel.<sup>31</sup>

Gelet op het voorgaande beantwoordt het Hof van Justitie de prejudiciële vraag dan ook ontkennd:

‘Het Europese kartelverbod en de convergentieverplichting moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich er niet tegen verzetten dat het Europese kartelverbod door een nationale mededingingsautoriteit wordt toegepast op een overeenkomst die de tussenstaatse handel kan beïnvloeden, maar die niet de *de minimis-drempels* overschrijdt, mits deze overeenkomst een merkbare beperking van de mededinging vormt.’<sup>32</sup>

In relatie tot die laatste zinsnede inzake de merkbaarheid, verwijst het Hof van Justitie eerder in het arrest naar vaste rechtspraak waaruit volgt dat het in geval van een strekkingsbeding overbodig is rekening te houden met de concrete gevolgen van een overeenkomst, omdat een dergelijk beding naar haar aard kan worden geacht schadelijk te zijn voor de goede werking van de normale

mededinging.<sup>33</sup> Daaropvolgend overweegt het Hof van Justitie in punt 37 dat:

‘Bijgevolg moet worden vastgesteld dat een overeenkomst die de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden en een mededingingsbeperkende strekking heeft, naar haar aard en los van elk concreet gevolg ervan een merkbare beperking van de mededinging vormt.’

## Kanttekeningen

### Niet-bindend karakter Commissiemedelingen

De uitspraak van het Hof van Justitie heeft mogelijk tot gevolg dat in zaken waar de Commissie van oordeel is dat het Europese kartelverbod buiten toepassing moet blijven, nationale mededingingsautoriteiten en gerechten dat verbod wellicht toch kunnen toepassen. Omdat in elke zaak alle elementen van het kartelverbod bewezen zullen moeten worden, ligt een afwijkende uitkomst echter niet direct voor de hand, maar uitgesloten is het niet. De Commissie zou bijvoorbeeld kunnen besluiten om geen procedure in te leiden tegen een leverancier met een marktaandeel van minder dan 15 procent die een pan-Europese distributieovereenkomst hanteert op grond waarvan zijn distributeurs (wiens marktaandelen ook niet boven de 15 procent uitkomen) een exclusief afnamebeding wordt opgelegd voor de duur van tien jaar en welke overeenkomst de handel tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden. Onder verwijzing naar de *de minimis-bekendmaking* acht de Commissie een dergelijk afnamebeding niet merkbaar.<sup>34</sup> Indien bijvoorbeeld de ACM deze overeenkomst ter beoordeling onder het Nederlandse kartelverbod voorgelegd krijgt, dan dient de ACM tevens het Europese kartelverbod toe te passen en kan deze overeenkomst uitsluitend worden verboden wanneer deze merkbaar is.<sup>35</sup> Met betrekking tot de merkbaarheidstoets is het dan niet ondenkbaar dat wanneer:

- die distributeurs op locaties gevestigd zijn die van groot belang zijn voor de verkoop van de producten in kwestie;
- welke locaties door het exclusieve afnamebeding langdurig afgesloten blijven voor (potentiële) concurrenten;

de ACM toch oordeelt dat een dergelijk (potentieel) marktafschermend effect merkbaar is, ondanks de (vooral nog) relatief bescheiden marktaandelen van de betrokken contractpartijen. Eenzelfde scenario zou zich kunnen voltrekken ingeval van een strekkingsbeding dat echter niet een van de in de *de minimis-bekendmaking* opgenomen ‘hardcore’-restricties bevat en dat onder de

25. *Expedia*, punt 26.

26. *De minimis-bekendmaking*, punt 4.

27. *Expedia*, punt 28.

28. *Expedia*, punt 30.

29. *Expedia*, punt 31.

30. *Expedia*, punt 33.

31. *Expedia*, punt 28 en de daar aangehaalde rechtspraak.

32. *Expedia*, punt 38.

33. *Expedia*, punten 35 en 36 met verwijzing naar onder meer HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands e.a.*, Jur. 2009, p. I-4529, punt 29.

34. *De minimis-bekendmaking*, punt 7, onder b).

35. *Expedia*, punten 18 t/m 20.

de *minimis-drempels* valt.<sup>36</sup> Het voorgaande geeft aan dat marktpartijen er niet in alle gevallen op kunnen vertrouwen dat het Europese kartelverbod buiten toepassing blijft wanneer hun marktaandeelen de drempels van de *de minimis-bekendmaking* niet overschrijden.

De aan het begin van dit artikel gestelde vraag of de ACM en de nationale rechter op grond van het Europese en/of Nederlandse kartelverbod daadwerkelijk zullen (kunnen) optreden tegen een overeenkomst die de tussenstaatse handel kan beïnvloeden, maar die de *de minimis-drempels* niet overschrijdt en waartegen de Commissie dientengevolge geen procedure zal inleiden, wordt aldus in principe bevestigend beantwoord.

Mijns inziens is het wenselijk wanneer nationale mededingingsautoriteiten en gerechten zeer voorzichtig omgaan met eventuele afwijkende oordelen, en vereisen deze op zijn minst een gedegen onderbouwing waarom – ondanks marktaandeelen beneden de *de minimis-drempels* – in het feitelijk kader van de overeenkomst toch voldaan is aan het merkbaarheidsvereiste. Er dient immers voor een eenvormige toepassing van de Europese mededingingsregels en gelijke spelregels binnen de interne markt te worden gezorgd.<sup>37</sup> Ik meen dat een uiteenlopende toepassing van de Europese mededingingsregels door de verschillende mededingingsautoriteiten en nationale gerechten al gauw in de knel zal komen met de convergentiegedachte. Daarnaast beogen Commissie-mededelingen ondernemingen te helpen bij hun eigen toetsing van overeenkomsten en gedragingen aan de mededingingsregels.<sup>38</sup> Sinds het wegvallen van de ontheftingsmogelijkheid in 2004 betreffen dit soort mededelingen meestal nog de enige leidraad van handhavingzijde. Weliswaar dienen de ACM en de nationale rechter te zorgen voor een doeltreffende toepassing van het Europese kartelverbod in het algemeen belang,<sup>39</sup> maar vanuit ondernemingsoogpunt meen ik dat het de rechtszekerheid niet ten goede komt wanneer ondernemingen niet voor *alle* in een Commissiemededeeling beschreven gevallen zouden kunnen vertrouwen op de daarin vervatte stellingen en uitgangspunten.

Ten slotte merk ik op dat het niet-bindende karakter van de *de minimis-bekendmaking* naar mijn mening geen gevolgen heeft voor de toepassing van het Nederlandse kartelverbod op overeenkomsten die de tussenstaatse handel *niet* kunnen beïnvloeden. Het merkbaarheidsvereiste onder het Nederlandse kartelverbod heeft immers niet dezelfde dimensie als onder het Europese kartelverbod. In dat kader vermeldt de parlementaire geschiedenis van de Mw ook dat de *de minimis-bekendmaking* bij de interpretatie van het Nederlandse kartelverbod buiten toepassing dient te blijven.<sup>40</sup> Dit zou mogelijk anders zijn indien de ACM zou hebben verklaard akte te hebben genomen van de beginselen van de *de minimis-*

*bekendmaking* en te aanvaarden om die beginselen – ook bij de toepassing van het Nederlandse kartelverbod – na te leven.<sup>41</sup> Daarmee zou de ACM – gelijk de Commissie – de uitoefening van haar beoordelingsbevoegdheid beperkt hebben. In dat geval zou de ACM niet zomaar (ongemotiveerd) kunnen afwijken van de beginselen van de *de minimis-bekendmaking* zonder de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, met name het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel, te schenden.

### Merkbaarheidsvereiste in geval van een strekkingsbeding

#### • De bedoeling van het Hof van Justitie

Het *Expedia*-arrest roept tevens de vraag op hoe de overweging in punt 37 nu precies geïnterpreteerd dient te worden, waar het Hof van Justitie vaststelt dat een overeenkomst die de tussenstaatse handel ongunstig kan beïnvloeden en een mededingingsbeperkende strekking heeft, naar haar aard en los van elk concreet gevolg ervan een merkbare mededingingsbeperking vormt:

– is de bedoeling van het Hof van Justitie net zo eenduidig als de tekst van die overweging suggereert en is de merkbaarheid in geval van een strekkingsbeding gegeven zonder dat daartoe een merkbaarheidstoets dient te worden uitgevoerd?

of

– heeft het Hof van Justitie slechts willen aangeven dat de reikwijdte van de merkbaarheidstoets gelijk is aan die van de kwalificatietoets ter vaststelling van een strekkingsbeding?

en/of

– heeft het Hof van Justitie duidelijk willen maken dat de merkbaarheidstoets onderdeel uitmaakt van die kwalificatietoets en dat de merkbaarheidstoets niet separaat mag worden uitgevoerd, althans dat deze gelijktijdig met de kwalificatietoets dient te worden uitgevoerd?

Ik ben van mening dat aan de bewuste rechtsoverweging niet een zodanige uitleg kan worden gegeven dat in geval van een strekkingsbeding de merkbaarheid gegeven is zonder dat enig (nader) onderzoek naar die merkbaarheid vereist is.

Het Hof van Justitie erkent immers de toepasselijkheid van het merkbaarheidsvereiste op strekkingsbedingen [cursiveringen toegevoegd]:

‘Om onder het in artikel 101, lid 1, VWEU bepaalde verbod te vallen moet een overeenkomst tussen ondernemingen dus *tot doel* of tot gevolg hebben om de mededinging binnen de interne markt *merkbaar* te beperken (...).’<sup>42</sup>

36. *De minimis-bekendmaking*, punt 11.

37. Zie onder meer Verordening 2003/1/EG, punten 1 en 8.

38. Zie bijv. Mededeling van de Commissie – Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, *Pb. EU* 2010, C 130/1, punt 3.

39. HvJ EU 7 december 2010, zaak C-439/08, *VEBIC*, *Jur.* 2010, p. I-12471, punt 56.

40. *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 14.

41. Vgl. *Expedia*, punt 26.

42. *Expedia*, punt 17 met verwijzing naar onder meer HvJ EG 24 oktober 1995, zaak C-70/93, *Bayerische Motorenwerke*, *Jur.* 1995, p. I-3439, punt 18.

In vervolg op dit uitgangspunt herhaalt het Hof van Justitie het bekende toetsingskader ter vaststelling van een merkbare mededingingsbeperking:

‘(...) het bestaan van een dergelijke beperking moet worden beoordeeld in het feitelijke kader van een dergelijke overeenkomst (...). Er moet met name worden gelet op de bewoordingen en oogmerken ervan, alsmede op de economische en juridische context van de overeenkomst (...). Bovendien moet rekening worden gehouden met de aard van de betrokken goederen of diensten, en de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de betrokken markt of markten (...).’<sup>43</sup>

‘[Marktaandeel]drempels vormen (...) slechts enkele van de vele aanwijzingen (...) om te bepalen of een beperking in het feitelijk kader van de overeenkomst al dan niet merkbaar is.’<sup>44</sup>

Voordat het Hof van Justitie vervolgens toekomt aan de bewuste rechtsoverweging inzake de merkbaarheid bij strekkingsbedingen, focust het Hof van Justitie op de kwalificatietoets voor dit soort bedingen:

‘Vervolgens dient eraan te worden herinnerd dat het volgens vaste rechtspraak voor de toepassing van artikel 101, lid 1, VWEU overbodig is om met de concrete gevolgen van een overeenkomst rekening te houden wanneer blijkt dat deze overeenkomst tot doel heeft de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen (...).’<sup>45</sup>

Onder verwijzing naar onder meer het *T-Mobile Netherlands*-arrest<sup>46</sup> voegt het Hof van Justitie daaraan toe dat het onderscheid tussen strekkings- en gevolgbedingen verband houdt met het feit dat bepaalde overeenkomsten naar hun aard geacht kunnen worden schadelijk te zijn voor de goede werking van de normale mededinging.<sup>47</sup>

Uit deze overwegingen die voorafgaan aan de bewuste overweging in punt 37 kan mijns inziens de conclusie worden getrokken dat laatstgenoemde overweging genuanceerder bedoeld is dan haar letterlijke tekst doet vermoeden. Gelet op die voorafgaande overwegingen meen ik dat het Hof van Justitie met de bewuste rechtsoverweging uitsluitend de reikwijdte van de merkbaarheidstoets heeft willen verduidelijken: in geval van een strekkingsbeding dient de merkbaarheidstoets nog steeds te worden uitgevoerd, maar hoeft deze net als de kwalificatietoets geen effectenbeoordeling te bevatten. Met andere woorden, de merkbaarheid dient in het feitelijk kader van de overeenkomst ‘naar haar aard en los van elk concreet gevolg ervan’ te worden vastgesteld.

43. *Expedia*, punt 21.

44. *Expedia*, punt 31.

45. *Expedia*, punt 35, met verwijzing naar onder meer HvJ EG 13 juli 1966, gevoegde zaken C-56/64 en C-58/64, *Consten en Grundig/Commissie*, Jur. 1966, p. 429.

46. HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands e.a.*, Jur. 2009, p. I-4529, punt 29.

47. *Expedia*, punt 36.

Steun voor het standpunt dat de bewuste overweging van het Hof van Justitie zodanig dient te worden uitgelegd dat ingeval van een strekkingsbeding nog steeds specifiek onderzoek naar de merkbaarheid dient te worden gedaan, kan worden gevonden in het *T-Mobile Netherlands*-arrest.<sup>48</sup> Daarin oordeelt het Hof van Justitie over de kwalificatietoets en stelt het vast dat een overeenkomst pas een mededingingsbeperkende strekking heeft wanneer zij, gelet op de inhoud en het doel ervan en rekening houdend met de juridische en economische context, de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt *concreet* kan verhinderen, beperken of vervalsen. Met andere woorden, een overeenkomst moet wel geschikt zijn c.q. de kwaliteit hebben om de goede werking van de normale mededinging te schaden.

In punt 28 van datzelfde *T-Mobile Netherlands*-arrest<sup>49</sup> geeft het Hof van Justitie aan wat de consequenties zijn als de kwalificatietoets uitwijst dat geen sprake is van een strekkingsbeding [cursivering toegevoegd]:

‘Wanneer onderzoek echter aantoonbaar dat de [overeenkomst] *qua strekking de mededinging niet in voldoende mate ongunstig beïnvloedt*, moeten de gevolgen ervan worden onderzocht. Om haar te verbieden moeten alle elementen aanwezig zijn waaruit blijkt dat de mededinging daadwerkelijk merkbaar is verhinderd dan wel beperkt of vervalst (...).’

Uit het eerste deel van deze overweging valt af te leiden dat de kwalificatietoets een onderzoek behelst ter vaststelling of een overeenkomst qua strekking de mededinging *in voldoende mate* ongunstig beïnvloedt, oftewel of deze naar haar aard merkbaar is.

Anders gezegd, ingeval van een strekkingsbeding behelst de merkbaarheidstoets een contextanalyse op basis waarvan kan worden vastgesteld dat de overeenkomst naar haar aard en los van elk concreet gevolg geschikt is om de mededinging *concreet* en *in voldoende mate* te kunnen beperken.

Dat in geval van een strekkingsbeding de *daadwerkelijke* gevolgen niet hoeven te worden onderzocht, betreft niets nieuws onder de zon.<sup>50</sup> Dat onderzoek is alleen noodzakelijk bij een gevolgbeding. Een dergelijk beding valt bovendien alleen onder het kartelverbod als het op basis van die gevolgen ook *daadwerkelijk* merkbaar is. Voor een strekkingsbeding is niet vereist dat het *daadwerkelijk* merkbaar de mededinging beperkt, maar geldt aldus dat het in het feitelijke kader van de overeenkomst *in potentie* merkbaar is. Oftewel, het aan de kwalificatietoets verbonden onderscheid (‘strekking’ of ‘gevolgbeding’), werkt een-op-een door in de uit te voeren merkbaarheidstoets.

Dat het Hof van Justitie *na* het wijzen van het *Expedia*-arrest nog steeds van mening is dat een strekkingsbeding

48. HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands e.a.*, Jur. 2009, p. I-4529, punt 43.

49. Zie ook HvJ EG 20 november 2008, zaak C-209/07, *BIDS e.a.*, Jur. 2008, p. I-8637, punt 15.

50. Onder meer HvJ EG 13 juli 1966, gevoegde zaken C-56/64 en C-58/64, *Consten en Grundig/Commissie*, Jur. 1966, p. 429.

geschikt dient te zijn om de mededinging *merkbaar* te kunnen beperken, blijkt uit zijn recente *Allianz*-arrest [cursivering toegevoegd]:

‘(...), dan dient toch nog te worden nagegaan of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde verticale overeenkomsten, gelet op hun economische en juridische context, de mededinging op de autoverzekeringmarkt *in voldoende mate* verstoren om te kunnen spreken van overeenkomsten die naar hun strekking mededingingsbeperkend zijn.’<sup>51</sup>

De hiervoor getrokken conclusies zijn grotendeels in lijn met de conclusie in de *Expedia*-zaak van advocaat-generaal Kokott.<sup>52</sup> Ook zij concludeert dat het merkbaarheidsvereiste geldt voor strekkingsbedingen, maar dat waar het gaat om het bewijs daarvan, bij een strekkingsbeding minder zware eisen dienen te worden gesteld dan bij een gevolgbeding. Tegen die achtergrond concludeert advocaat-generaal Kokott dat ter zake van het aantonen van de merkbaarheid bij een strekkingsbeding geen hogere eisen mogen worden gesteld dan die welke gelden ter zake van het aantonen van de merkbaarheid van de beïnvloeding van de tussenstaatse handel.<sup>53</sup> Hoewel het Hof van Justitie niet naar de conclusie van advocaat-generaal Kokott verwijst, wordt het vereiste van de beïnvloeding van de tussenstaatse handel in punt 37 (uiteraard) wel expliciet genoemd. Volgens vaste rechtspraak moet er vanaf een marktaandeel van ongeveer 5 procent al van worden uitgegaan dat aan dat vereiste is voldaan.<sup>54</sup> Mede hierdoor bestaat er binnen het kader van de merkbaarheidstoets bij strekkingsbedingen ook nog steeds ruimte om een dergelijk beding aan de toepasselijkheid van het kartelverbod te laten ontsnappen wegens de zwakke positie van de belanghebbenden op de markt (kwantitatieve merkbaarheid).

Alles overziend meen ik dan ook dat de bewuste overweging slechts één vernieuwend, althans verduidelijkt inzicht heeft opgeleverd. Het Hof van Justitie lijkt te oordelen dat de merkbaarheidstoets onderdeel uitmaakt van de kwalificatietoets, althans dat deze tegelijkertijd met de kwalificatietoets dient te worden uitgevoerd. In die zin is de merkbaarheid dus inderdaad gegeven wanneer een strekkingsbeding is vastgesteld.

- *Doorwerking in de toepassing van het Nederlandse kartelverbod: geen koerswijziging vereist*

Onlangs heeft het Gerechtshof Arnhem zich met de vraag geconfronteerd gezien hoe de bewuste overweging van het Hof van Justitie nu precies geïnterpreteerd dient te worden.<sup>55</sup> Het betrof een procedure na verwijzing,

nadat de Hoge Raad geoordeeld had dat bij een strekkingsbeding de *daadwerkelijke* gevolgen weliswaar niet meer hoeven te worden onderzocht, maar dat dit niet in zijn algemeenheid de conclusie rechtvaardigt dat het merkbaarheidsvereiste dan in het geheel niet meer geldt.<sup>56</sup> Volgens de Hoge Raad had het Gerechtshof Leeuwarden daarom ten onrechte geoordeeld dat een strekkingsbeding – zonder enig kenbaar nader onderzoek – per definitie merkbaar is.<sup>57</sup> Indien en voor zover het Hof van Justitie toch heeft bedoeld dat de merkbaarheid in een kwalificatie als strekkingsbeding besloten ligt en dan niet meer (separaat) mag worden onderzocht, is dat oordeel van de Hoge Raad wellicht niet helemaal juist, al ging het in die zaak om de toepassing van uitsluitend het kartelverbod uit de Mw.

In de procedure na verwijzing oordeelde het hof dat het *Expedia*-arrest vragen aan de orde stelt van uitleg naar de rol van het merkbaarheidsvereiste bij een strekkingsbeding. Uit het arrest valt op te maken dat het hof overwogen heeft om het Hof van Justitie hierover prejudiciële vragen te stellen. Uiteindelijk achtte het Hof Arnhem dat niet nodig, omdat de merkbaarheid op basis van de feiten en omstandigheden kon worden vastgesteld.<sup>58</sup> Zoals gezegd is mijns inziens het enige vernieuwende, althans verduidelijkende aspect van het *Expedia*-arrest dat het Hof van Justitie van oordeel lijkt te zijn dat de merkbaarheidstoets bij strekkingsbedingen onderdeel uitmaakt van de kwalificatietoets, althans dat deze niet separaat mag worden uitgevoerd.

Wanneer gekeken wordt naar de ter zake relevante uitspraken met betrekking tot de toepassing van het kartelverbod uit de Mw, dan kan de vraag worden gesteld of deze beoordelingswijze wel altijd (consequent) is toegepast door de Nederlandse rechter.<sup>59</sup> Zo werd in het hoger beroep in de *Secom*-zaak eerst de kwalificatie als strekkingsbeding door het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) bevestigd en werd pas daarna, separaat, de merkbaarheid beoordeeld.<sup>60</sup> Hoewel het CBb de merkbaarheidstoets op basis van de juiste contextanalyse uitvoerde, was deze separate beoordeling wellicht niet geheel in overeenstemming met de beoordelingswijze die het Hof van Justitie lijkt voor te schrijven bij de toepassing van het Europese kartelverbod. Desondanks meen ik dat er naar aanleiding van het *Expedia*-arrest geen (merkbare) koerswijziging vereist is in de beoordeling van strekkingsbedingen. De facto verandert er immers niets; de merkbaarheid zal ook in geval van een

51. HvJ EU 14 maart 2013, zaak C-32/11, *Allianz e.a./ Gazdasagi*, n.n.g., punt 46.

52. Conclusie A-G Kokott 6 september 2012, zaak C-226/11, *Expedia*, n.n.g., punten 44 t/m 57.

53. Conclusie A-G Kokott 6 september 2012, zaak C-226/11, *Expedia*, n.n.g., punt 56.

54. Onder meer HvJ EG 1 februari 1978, zaak C-19/77, *Miller International Schalplatten/Commissie*, Jur. 1978, p. 131, punt 9.

55. Hof Arnhem 26 maart 2013, zaak 200.105.190, *LJN BZ5188 (Batavus/Vriend)*.

56. HR 16 september 2011, zaak 10/00372, *LJN BQ2213*, r.o. 3.9.3 en o.a. *NJ 2011*, 572 m.nt. M.R. Mok (*Batavus/Vriend*).

57. Hof Leeuwarden 6 oktober 2009, zaak 107.001.584/01, *LJN BJ9567*, r.o. 5.4 (*Batavus/Vriend*).

58. Hof Arnhem 26 maart 2013, zaak 200.105.190, *LJN BZ5188*, r.o. 3.2-3.3 (*Batavus/Vriend*).

59. Zie hierover ook: Pablo Amador Sanchez, ‘Het effectentaboe ten aanzien van doelbeperkingen en merkbaarheid. Enkele beschouwingen vanuit Nederlands perspectief’, *TBM-RCB* 2010-1.

60. CBb 7 december 2005, zaken AWB 04/237 en 04/249, *LJN AU8309 (Secom en G-star/NMA)*. Het ging weliswaar om de toepassing van het Nederlandse kartelverbod, maar de jurisprudentie van het Hof van Justitie met betrekking tot het merkbaarheidsvereiste is mede richtinggevend voor de interpretatie van art. 6 Mw; zie voetnoot 5.

strekkingsovereenkomst nog steeds op basis van een contextanalyse moeten worden onderzocht en gemotiveerd. Gebeurt dat niet, dan kan een overtreding van het kartelverbod niet worden vastgesteld. In zoverre waren de hiervoor aangehaalde oordelen van de Hoge Raad en het CBb dan ook juist.