

## **SUPER BOCK EVENT**

### **KORT VERSLAG**

4 maart 2024

#### **I. ONDERNEMINGSBEGRIIP**

1. **Economische entiteit** - De intra-groeptheorie voor doeleinden van artikel 101 VWEU is gekoppeld aan de begrippen 'onderneming' en 'economische entiteit'. De Europese Commissie verwijst in dit kader (zie Horizontale Richtsnoeren, voetnoot 8) nog steeds naar Viho t. Commissie (C-73/95 P). In die zaak was er sprake van een 100% participatie van de moeder in de dochters en een centrale aansturing van het commercieel beleid door de moeder. Vraag is in welke mate kan afgeweken worden van dit scenario en toch toepassing gemaakt worden van de intra-groeptheorie.

2. **Artikel 1.2 BER** - De diverse groepsvrijstellingen bevatten een definitie van het ondernemingsbegrip (zie o.a. artikel 1.2 R&D BER). Hierin wordt gesteld dat deze definitie geldt voor doeleinden van de groepsvrijstelling. De definitie is aanzienlijk ruimer dan het Viho scenario en dekt bijvoorbeeld het geval waarin een moeder de meerderheid heeft in de raad van bestuur van de dochter of de meerderheid (50% + 1) van de aandelen in de dochter aanhoudt. Vraag is dan ook of deze definitie kan toegepast worden voor artikel 101 VWEU in het algemeen of uitsluitend in het kader van de groepsvrijstellingen. De conclusie was dat dit kan toegepast worden voor artikel 101 VWEU. De groepsvrijstellingen vormen immers een toepassing van artikel 101 VWEU en een onderscheiden definitie zou tot onlogische gevolgen leiden. Dit zou immers impliceren dat bepaalde overeenkomsten als intra-groep worden beschouwd voor doeleinden van de groepsvrijstelling (en dus buiten het toepassingsgebied vallen), maar toch gevat worden door het verbod van artikel 101 VWEU.

3. **Joint ventures** - Aansluitend kwam de vraag aan bod hoe de intra-groeptheorie speelt in het kader van joint ventures. Hierbij kwamen de rechtspraak van het Hof aan bod (zie, o.a., E.I. du Pont de Nemours) en de nieuwe Horizontale Richtsnoeren (§12). De conclusie was dat deze theorie ook geldt als er negatieve controle is (bijvoorbeeld 50/50) en binnen de contouren die worden aangegeven in de Horizontale Richtsnoeren.

4. **Aansprakelijkheid voor inbreuken** - Voor het vaststellen van aansprakelijkheid is er meer nodig dan het vennootschapsrechtelijke en met name een 'on-top' vereiste dat er ook moet worden aangetoond dat er effectief beslissende invloed uitgeoefend werd. Deze voorwaarde kan vervuld

worden aan de hand van het Akzo vermoeden (zie C-97/08 §60) of door de uitoefening van beslissende invloed over het commercieel beleid in concreto aan te tonen. De beslissingspraktijk geeft een ruime invulling aan het begrip commercieel beleid.

5. **Arrest Sumal / Mercedes Benz Trucks España** - Hiervoor spreken we over de aansprakelijkheid van de moeder voor activiteiten van haar dochter indien zij beslissende invloed uitoefent. In het arrest Sumal (C-882/19) wordt daarentegen een dochteronderneming aangesproken voor de inbreuken van haar moederonderneming. Belangrijk is dat deze zaak handelde over een vordering tot schadevergoeding, maar het Hof (Grand Chamber) stelde (§38) dat dezelfde principes gelden voor de mogelijke aansprakelijkheid van de dochter voor mededingingsinbreuken van de moeder. De conclusie is dat in deze context van aansprakelijkheid van de dochter voor de moeder de test strenger is dan in de omgekeerde situatie. De dochteronderneming kan niet aansprakelijk worden gehouden voor inbreuken die gepleegd zijn in de context van economische activiteiten die geen verband houden met haar eigen activiteit (§47). Het is dus niet enkel vereist dat de moedervereniging beslissende invloed uitoefent, maar daarenboven dat de dochtervereniging er minstens gelijkaardige activiteiten op nahoudt. In §52 wordt zelfs vereist dat zij actief moet zijn op dezelfde productmarkt. Verwarrend is dat het Hof met betrekking tot conglomeraten stelt dat er sprake kan zijn van meerdere economische entiteiten (§45).

6. **Samenvattend** zou kunnen gesteld worden dat:

- Voor de toepassing van artikel 101 VWEU kan gekeken worden naar de definitie van 'onderneming' in de groepsvrijstellingen en de rechtspraak/Horizontale Richtsnoeren voor wat joint ventures betreft;
- Voor aansprakelijkheid voor inbreuken op artikel 101 VWEU en vorderingen tot schadevergoeding op die basis in opwaartse zin (moeder aansprakelijk voor dochter) daarenboven de uitoefening van beslissende invloed op het commercieel beleid van de dochter vereist is (waarbij het Akzo-vermoeden kan spelen);
- Voor aansprakelijkheid voor inbreuken op artikel 101 VWEU en vorderingen tot schadevergoeding op die basis in neerwaartse zin (dochter aansprakelijk voor moeder) de uitoefening van beslissende invloed op het commercieel beleid van de dochter vereist is (waarbij het Akzo-vermoeden kan spelen) en daarenboven vereist is dat de dochter activiteiten uitoefent die verband houden met de activiteiten die aanleiding geven tot de inbreuk.

## II. BY OBJECT

7. **Interpretatie** - De kwalificatie van een gedraging als 'by object' dient te gebeuren op grond van (i) een restrictieve interpretatie van het begrip (§23 HGL) en (ii) betrouwbare en gedegen ervaring (§24 HGL). Deze ervaring kan steunen op de economische theorie of een zekere beslissingspraktijk. De graad van precisie van deze ervaring is niet zo duidelijk. Zo wordt er in de gekende zaken in de regel geen kwantitatieve component (bv. graad van marktmacht of percentage van de markt vertegenwoordigd door de deelnemende ondernemingen) geïntroduceerd. Verder lijkt het logisch dat met beslissingspraktijk niet kan bedoeld worden op zaken waarin geen effectsanalyse werd doorgevoerd en meteen tot een 'by object' werd besloten.

8. **Afweging** - In het licht van de efficiëntie van overheidsafdwinging, dient er een afweging te worden gemaakt tussen gedragingen waarvoor de negatieve effecten moeten worden aangetoond en gedragingen waarvoor verondersteld kan worden dat ze negatieve gevolgen zullen hebben en er bijgevolg geen effect dient te worden aangetoond ('by object'). Recente rechtspraak van het Hof van Justitie beklemtoont dat niet al te snel naar kwalificatie als 'by object' mag gegrepen worden (UK Generics (C-307/18) en Cartes Bancaires (C-67/13 P)).

9. **Test (§22-29 HGL)** - De Horizontale Richtsnoeren vatten op basis van de rechtspraak de factoren samen op basis waarvan de kwalificatie als 'by object' restrictie dient te gebeuren. Het gaat om volgende factoren (§26-29 HGL) :

'(a) de inhoud van de overeenkomst; (b) de doelstellingen die ermee worden nagestreefd; en (c) de economische en juridische context waarvan zij deel uitmaakt.

Bij het bepalen van die juridische en economische context moet ook rekening worden gehouden met: (a) de aard van de betrokken goederen of diensten; en (b) de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de betrokken markt of markten.

Indien de partijen de mogelijke concurrentiebevorderende gevolgen van een overeenkomst aanvoeren, moeten deze gevolgen terdege in aanmerking worden genomen als contextuele elementen bij de beoordeling of de overeenkomst een beperking naar strekking heeft, voor zover op basis daarvan de algemene beoordeling van de vraag of de overeenkomst voldoende schadelijk is voor de mededinging kan worden betwist. Dergelijke concurrentiebevorderende gevolgen moeten echter niet alleen worden aangetoond en relevant zijn, maar ook specifiek verband houden met de betrokken overeenkomst en voldoende significant zijn.

De bedoeling van de partijen hoeft weliswaar niet in aanmerking te worden genomen bij het beoordelen of een overeenkomst van mededingingsbeperkende strekking is, maar daarmee mag wel rekening worden gehouden.'

10. **Effecten na Super League (C-333/21)/ISU (C-124/21 P)** - De mogelijkheid die UK Generics biedt om in beperkte mate effecten in te roepen om een 'by object' kwalificatie te vermijden wordt niet uitdrukkelijk herhaald in de meest recente (Grand Chamber) rechtspraak. Het is mogelijk dat door de specificiteiten van deze arresten, en hun prejudicieel karakter, het Hof niet aan dit punt is toegekomen. Minstens bevatten de uitspraken geen elementen die erop wijzen dat dit mogelijke verweer door het Hof is afgewezen als onderdeel van de juridische test.

11. **Onderscheid 'by object' en hardekernbeperingen** - De twee begrippen moeten correct van elkaar onderscheiden worden. Een hardekernbepering is niet noodzakelijk een 'by object' restrictie of omgekeerd (zie §180 Verticale Richtsnoeren). Het begrip hardekernbeperingen verwijst naar een categorie van beperkingen die de toepassing van een groepsvrijstelling uitschakelt. Een 'by object' restrictie vloeit voort uit een individuele beoordeling aan de hand van de test vervat in de rechtspraak en de Horizontale Richtsnoeren. Het feit dat een praktijk in een groepsvrijstelling als een hardekernbepering wordt bestempeld maakt in een individuele 'by object'-analyse een element uit van de juridische context, maar weegt niet zwaarder dan dat.

12. **Link met theories of harm voor verticale prijsbinding** - De Commissie heeft in §196 VGL op niet-exhaustieve wijze de theories of harm opgesomd die gekoppeld kunnen worden aan verticale prijsbinding. Het valt op dat deze marktmacht of een aantoonbaar risico op horizontale collusie veronderstellen. Verticale prijsbinding vormt dan ook een mooi voorbeeld van een geval waarin de doorsteek vanuit een hardekernbepering naar een 'by object' restrictie omzichtigheid vereist.

### III. UITWIJKINGSMOGELIJKHEDEN

13. **Nevenrestricties** - Indien een hoofdtransactie niet mededingingsbeperkend is, kunnen individuele mededingingsbeperkingen die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de hoofdtransactie buiten het verbod op mededingingsbeperkende overeenkomsten vallen. De vereiste dat de hoofdtransactie niet mededingingsbeperkend is, lijkt onmiskenbaar te worden bevestigd door de rechtspraak en de Horizontale Richtsnoeren.

14. **Hoofdtransactie** - De vraag stelt zich wat in dit kader als de hoofdtransactie moet beschouwd worden. Nemen we het gekende voorbeeld van franchising dat in de rechtspraak uitdrukkelijk aan bod komt. Is de hoofdtransactie dan de franchiserelatie ontdaan van alle bijzondere verplichtingen en beperkingen die in de overeenkomst zijn opgenomen, of moeten de belangrijke additionele elementen (bv een territoriale beperking) mee in rekening gebracht worden? Na afweging lijkt het erop dat het juister is de relatie op zich te nemen ontdaan van alle verplichtingen en beperkingen die niet inherent zijn aan de aard van de relatie. Eerst kan dan gekeken worden of er nevenrestricties zijn. In de mate dat deze leer niet alle beperkingen dekt, kan dan de overstap gemaakt worden naar de klassieke artikel 101(1) en (3) analyse.

15. **Link nevenrestricties en artikel 101(3)** - De toets inzake nevenrestricties en de noodzakelijkheidstoets van artikel 101(3) vertonen gelijkenissen. De test van artikel 101(3) gaat echter verder. Indien er een sprong wordt gemaakt naar artikel 101(3) worden de individuele mededingingsbeperkingen niet alleen separaat bekeken (bijvoorbeeld in het kader van de onmisbaarheidstoetsing), maar wordt de gehele overeenkomst eveneens getoetst (bijvoorbeeld in het kader van de vierde voorwaarde). Verder komen de voordelen voor de consument niet aan bod bij de leer van de nevenrestricties, maar wel als voorwaarde bij artikel 101(3) VWEU.