

RUBRIEKEN

EUROPEES / ECONOMISCH RECHT

Mw. mr. J.I. Kohlen, Bird & Bird LLP,
Den Haag
Mr. G.J. van Midden, Pels Rijcken en
Droogleeveer Fortuijn, Den Haag

Let op met informatie-uitwisseling: ontvangst van één mail kan vol- doende zijn voor overtreding van het mededingingsrecht 16-033

Geschreven door: mw. mr. drs. D.P. Kuipers
en mw. mr. M.A.M.L. van de Sanden, Bird &
Bird LLP, Den Haag

Dat het onder het kartelverbod oppassen geblazen is met uitwisseling van informatie tussen concurrenten is al bekend sinds het Hof van Justitie van de Europese Unie ('het Hof') in 2009 oordeelde dat één mededeling van één partij tijdens een eenmalige bijeenkomst met concurrenten voldoende kan zijn om in strijd met het mededingingsrecht te handelen indien deze marktpartijen vervolgens parallel marktgedrag vertonen. Onlangs heeft het Hof geoordeeld dat ook de enkele ontvangst van één e-mail voldoende kan zijn om (toegestaan) parallel gedrag te maken tot verboden afstemming van marktgedrag. Voorwaarde is wel dat die e-mail daadwerkelijk is ontvangen en gelezen door de betrokken deelnemers. Het Hof geeft daarmee een verduidelijking van de bewijslast van ongeoorloofde informatie-uitwisseling in de digitale omgeving, in tegenstelling tot informatie-uitwisseling tijdens de traditionele – fysieke – bijeenkomsten. Daarnaast gaat het Hof in op de mogelijke verweren die een onderneming in dat verband kan aanvoeren. In dit artikel wordt, na een inleiding, ingegaan op deze uitspraak en de lessen die hieruit getrokken kunnen worden.

Wanneer is informatie-uitwisseling tussen concurrenten in strijd met het mededingingsrecht?

Artikel 6 Mededingingswet en artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie verbieden (i) overeenkomsten tussen ondernemingen, (ii) besluiten van ondernemersverenigingen en (iii) onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de relevante markt of een

deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

Een onderling afgestemde feitelijke gedraging is een vorm van coördinatie tussen ondernemingen die, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's van onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking.

Vooropgesteld moet worden dat informatie-uitwisseling niet per definitie verboden is. Het kan zelfs veel efficiëntieverbeteringen opleveren. Zoals bij een samenwerking op het gebied van gezamenlijke productie of gezamenlijk onderzoek. Uitwisseling van informatie kan echter ook tot een beperking van de concurrentie leiden. Uitwisseling van informatie kan bijvoorbeeld een onderling afgestemde feitelijke gedraging opleveren, indien de strategische onzekerheid op de markt erdoor wordt verminderd en een feitelijke samenwerking of afstemming van marktgedrag aldus in de hand wordt gewerkt (dat wil zeggen als de uitgewisselde gegevens van strategisch belang zijn - zoals prijzen, klanten, hoeveelheden etc.).

Mobiele operators-zaak: één enkele mededeling tijdens een bijeenkomst is voldoende

In het kader van informatie-uitwisseling tussen concurrenten is niet van belang of slechts één onderneming eenzijdig en/of eenmalig haar concurrenten op de hoogte stelt van haar voorgenomen marktgedrag dan wel of alle deelnemende ondernemingen elkaar (regelmatig) informeren over hun voornemens. Van onderlinge afstemming kan al sprake zijn wanneer slechts één onderneming strategische informatie doorgeeft aan één of meer concurrenten die dat aanvaarden. Zo heeft het Hof in 2009 erop gewezen dat een eenmalige mededeling van een concurrent tijdens een bijeenkomst met concurrenten in beginsel voldoende kan zijn voor de betrokken bedrijven om hun marktgedrag af te stemmen (C-8/08, 4 juni 2009, Mobiele operators). Niet vereist is dat de ondernemingen uitdrukkelijk overeenkomen iets met de ontvangen informatie te doen. Zodra een onderneming concurrentiegevoelige informatie ontvangt (bijvoorbeeld in een bijeenkomst), zich niet heeft gedistantieerd van die informatie, maar actief is gebleven op de markt en parallel gedrag

vertoont, ontstaat het vermoeden dat zij de informatie heeft aanvaard en haar marktgedrag heeft afgestemd op die eenmalige mededeling (zie ook C-199/92, Hüls, C-49/92, Anic en C-286/13, Dole).

Eturas-zaak: één enkele e-mail is voldoende

In een recent arrest heeft het Hof geoordeeld dat niet alleen een enkele mededeling tijdens een fysieke bijeenkomst van concurrenten (gevolgd door parallel marktgedrag) kan leiden tot een vermoeden van overtreding van het mededingingsrecht, maar ook een enkele mededeling (lees: de ontvangst van één e-mail) in een digitale omgeving al voldoende kan zijn (C-74/14, 21 januari 2016, Eturas).

De feiten

Eturas is eigenaar en beheerder van het online boekingsysteem voor reizen genaamd E-TURAS. Bij dit boekingsysteem zijn meerdere reisbureaus aangesloten. Eturas had in ieder geval één van de bij het boekingsysteem aangesloten reisbureaus via het interne mailsysteem gepolst over de wenselijkheid van het beperken van het (maximaal) toegestane kortingspercentage. Twee dagen later werd via het systeem aan de aangesloten reisbureaus een (interne) e-mail verzonden met als onderwerp: 'Mededeling over de verlaging van de korting op reisboekingen via internet naar 0 a 3%'. In de e-mail was opgenomen dat – gelet op de verklaringen en wensen van de reisbureaus – er nog maximaal 3% korting mocht worden verleend ('de mededeling'). Ook werd meegedeeld dat het systeem zodanig werd aangepast dat maximaal 3% korting kon worden gegeven. Voor de reisbureaus die tot dan toe meer dan 3% korting verleenden, betekende dit dat het kortingspercentage automatisch werd verlaagd naar 3%. Reisbureaus, die na de aanpassing van het systeem hogere kortingen (dan 3%) wilden geven, moesten daarvoor zelf extra technische handelingen verrichten.

Volgens de Litouwse toezichthouder bood het boekingsysteem de reisbureaus aldus de mogelijkheid om hun handelingen op elkaar af te stemmen en zonder direct contact overeenstemming te bereiken over een beperking van de kortingen. Reisbureaus konden ervan uitgaan dat de anderen voortaan ook nog maar maximaal 3% korting verleenden waardoor – stilzwijgend – een feitelijke samen-

werking tot stand kwam en de normale, strategische, onzekerheid in de markt verminderd werd. Dat de reisbureaus zich niet hadden verzet tegen de tenuitvoerlegging van de mededeling, kon door de andere reisbureaus als een bevestiging van de kortingsafspraken worden opgevat, aldus de Litouwse toezichthouder.

Oordeel van het Hof

In reactie op een aantal prejudiciële vragen gesteld door de Litouwse hoger beroepsrechter, komt het Hof tot de conclusie dat de ondernemingen die op de hoogte waren van de inhoud van de mededeling inderdaad kunnen worden vermoed deel te hebben genomen aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging. Dit vermoeden kan volgens het Hof door een reisbureau echter worden weerlegd door aan te tonen dat de mededeling niet is ontvangen of dat het bericht niet of pas na een bepaalde tijd na de verzending is gelezen. Van belang is dat pas sprake is van een vermoeden van afstemming als de deelnemers ook daadwerkelijk op de hoogte zijn van de inhoud van de mededeling: het vermoeden van onschuld verzet zich ertegen dat uit de enkele verzending wordt afgeleid dat de betrokken reisbureaus op de hoogte zijn van de inhoud. Ook dient (uiteraard) sprake te zijn van daaropvolgend parallel marktgedrag en een causaal verband tussen beide.

Is eenmaal aangetoond dat een deelnemer op de hoogte is van de inhoud van de mededeling, dan kan het vermoeden van deelname aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging door een onderneming enkel nog worden weerlegd als de (stilzwijgende) afspraak is aangegeven bij de relevante autoriteiten of de onderneming zich publiekelijk heeft gedistantieerd van de informatie, aldus het Hof. In dit geval, waarin geen sprake is van een bijeenkomst, was het voldoende geweest voor een individuele deelnemer om bij de beheerder van het E-TURAS programma duidelijk en uitdrukkelijk bezwaar te maken tegen de afspraak om het vermoeden te weerleggen. Een verklaring richting alle concurrenten die de mededeling hebben ontvangen is dan niet nodig. Simpelweg omdat het bericht is verzonden door Eturas, waardoor een reisbureau niet kan weten wie de ontvangers zijn van de mail. Ook kan het vermoeden van deelname aan de verboden afstemming vol-

gens het Hof worden weerlegd door andere bewijzen aan te voeren. Bijvoorbeeld door te bewijzen dat systematisch een korting is toegepast die hoger is dan 3%.

Lessons learned

Hoewel het op zichzelf niet nieuw is dat een eenzijdige/eenmalige mededeling een onderlinge afgestemde feitelijke gedraging kan vormen, past het Hof deze wetenschap nu toe op de digitale omgeving. De specifieke omstandigheden van deze zaak, waarin sprake was van indirect contact in een digitale omgeving, brengt met zich dat andere regels dienen te worden toegepast. Zo verduidelijkt het Hof dat de enkele verzending van één e-mail onvoldoende is; aangetoond dient te worden dat de ontvanger ook daadwerkelijk op de hoogte is van de inhoud van de e-mail. Dit is mijns inziens logisch, omdat in een fysieke omgeving er vanuit gegaan mag worden dat alle aanwezigen kennis hebben genomen van de (mondelijke) mededeling. Bij indirect contact, zoals via een digitaal boekingsstelsel, kan daar niet vanuit worden gegaan. Het Hof geeft hiermee terecht invulling aan het grondbeginsel van de onschuldpresumptie.

Een andere belangrijke les die uit deze uitspraak kan worden getrokken is dat het vermoeden van deelname aan een onderlinge afgestemde feitelijke gedraging kan worden weerlegd door een distantiëring van de informatie richting de verzender in plaats van richting alle betrokken concurrenten. Ook dat is mijns inziens logisch, omdat geen sprake was van direct contact met de concurrerende reisbureaus.

Geconcludeerd kan in ieder geval worden dat het van groot belang is om zeer alert te zijn bij de ontvangst van concurrentiegevoelige informatie, niet alleen tijdens een bijeenkomst, via de post of per telefoon maar dus ook voor (e-mail)berichten vanuit de beheerder van een digitaal systeem waarbij concurrenten zijn aangesloten. Daarbij merk ik op dat voornoemde lessen mijn inziens niet alleen van belang zijn bij indirecte informatie-uitwisseling in een digitale omgeving, maar bij alle vormen van indirecte informatie-uitwisseling, zoals via een brancheorganisatie. In die gevallen kunnen zich immers vergelijkbare omstandigheden voordoen.

GOEDEREN- EN FAILLISEMENTSRECHT

Mr. F.F.A. Smetsers, Van Iersel Luchtman
advocaten, Breda

Kan de curator zijn salaris bij voorrang verhalen op door hem ten onrechte geïncasseerde aan de bank verpande vorderingen? 16-034

Geschreven door: mr. R. van der Jagt, Van
Iersel Luchtman advocaten, Breda

De curator en pandhouder gedurende faillissement

De curator dient het actief in een faillissement te verzilveren. Bij ondernemingen is doorgaans sprake van een te incasseren debiteurenportefeuille. Die debiteurenportefeuille is vaak (stil) verpand aan de financier van de onderneming (meestal de bank). Op het moment dat de onderneming/pandgever tekortschiet in zijn verplichtingen, kan de financier/pandhouder gebruik maken van zijn pandrecht. De pandhouder zal de debiteuren dan aanschrijven met de mededeling dat alleen aan hem bevrijdend kan worden betaald (al dan niet gehele) voldoening van zijn vorderingen op de pandgever. Voor zover de debiteuren nog niet op de hoogte waren van het pandrecht, wordt het pandrecht door die aanschrijving openbaar (artikel 3:246 BW). Het faillissement brengt in deze bevoegdheid van de pandhouder geen verandering (artikel 57 Fw).

Zolang de stille pandhouder na het faillissement van de pandgever de debiteuren niet op de hoogte stelt van zijn pandrecht, mag de curator verpande debiteurenbetalingen in ontvangst nemen. De stille pandhouder maakt in dat geval met voorrang aanspraak op de door de boedel ontvangen bedragen, maar hij moet wel bijdragen in de algemene faillissementskosten (de boedelkosten)¹. Als de pandhouder zelf incasseert – en het pandrecht dus openbaar is – is dat niet zo en ontvangt hij de volledige incasso-opbrengst. Een curator mag een pandhouder niet frustreren in de uitoefening van zijn pandrecht. Om een (stille) pandhouder na faillissement in de gelegenheid te stellen zijn rechten uit te oefenen, dient de curator daarom enkele regels na te leven.