

Het Hongaarse banken-arrest: vlees doch vis en een eendentest voor doelbeperkingen

Ruben Elkerbout*

Wat is een doelbeperking? Deze op het oog simpele, ontologische vraag is, zoals velen in de mededingingsrechtsgemeenschap al aan den lijve hebben ondervonden, niet eenvoudig te beantwoorden. Sinds de inwerking-treding van het Verdrag van Rome waarin het Europese kartelverbod werd geïntroduceerd, is over deze vraag al menig juridisch debat gevoerd zowel ten overstaan van rechters en autoriteiten alsook bij het koffieapparaat. Het concept van de doelbeperking van de mededinging is diep geworteld in het Europese mededingingsrecht dat, anders dan het mededingingsrecht aan de andere kant van de Atlantische oceaan, niet gestoeld is op een per se-verbod.¹ Zoals elke student mededingingsrecht al snel leert, maakt het Europese kartelverbod bij de beoordeling van een overeenkomst of gedraging enerzijds onderscheid tussen een afspraak die ertoe kan strekken (de doelbeperking) of anderzijds het gevolg kan hebben (de gevolgbepijking) dat de mededinging wordt beperkt. De kwalificatie van een overeenkomst of gedraging als doelbeperking of als gevolgbepijking is cruciaal voor het vaststellen van een overtreding van het kartelverbod. Bij doelbeperkingen is de omvang van het onderzoek beperkter dan bij effectbeperkingen en de boete vaak hoger, omdat zij naar hun aard schadelijk zijn voor de mededinging. Daarom vallen doelbeperkingen in een restrictieve categorie, in feite een aparte box die is gevuld met praktijken waarvan ooit is vastgesteld dat zij

in voldoende mate en naar hun aard mededingingsbeperkend zijn. Die box is (net als de economie en concurrentie) geen statisch gegeven, maar is in beweging; er komen praktijken bij en er kunnen in theorie ook praktijken uit de box verdwijnen. Het Hof van Justitie heeft in 2020 twee belangrijke arresten gewezen die betrekking hebben op het vullen van de box en de instrumenten die daarbij kunnen worden gebruikt. Het gaat om het *Paroxetine*-arrest² en het *Hongaarse banken*-arrest.³ Hoewel beide precedents het waard zijn om uitvoerig besproken te worden in dit tijdschrift, gaat deze bijdrage over het laatste arrest, waarbij regelmatig zal worden verwezen naar het eerste arrest.

De feiten en de procedure

Het arrest gaat over een aantal Hongaarse banken, actief op de markt voor kaartbetalingsdiensten, die in 1996 een akkoord hebben bereikt over de tekst van een overeenkomst waarin per categorie van handelaars een uniform minimumtarief voor de handelarenvergoedingen zou worden vastgesteld (de *Merchant Service Charge* (MSC)-overeenkomst).⁴ Een paar maanden later hebben deze banken een overeenkomst gesloten waarin zij een uniform tarief hebben vastgesteld voor de afwikkelingsvergoeding (de *Multilateral Interchange Fee* (MIF)-overeenkomst), vergelijkbaar met de overeenkomst in het *Groupement des Cartes Bancaires*-arrest.⁵ Deze MIF-

* Mr. R. Elkerbout is werkzaam bij Stek. Graag wil ik Marieke Spoek bedanken voor haar nuttige opmerkingen.

1. Zie onder meer R. Wesseling, 'De kartelhel', *M&M* 2010/4, p. 128-135. Zie tevens A. Italianer, 'Competitor agreements under EU competition law', 40th Annual Conference on international Antitrust Law and Policy, Fordham Competition Law Institute, New York, 26 september 2013, te raadplegen via https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2013_07_en.pdf.

2. HvJ EU 30 januari 2020, zaak C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52 (*Generics (UK) Ltd. e.a./Commissie*) (hierna: *Paroxetine*).

3. HvJ EU 2 april 2020, zaak C-228/18, ECLI:EU:C:2020:265 (*Gazdasági Versenyhivatal/Budapest Bank Nyrt. e.a.*) (hierna: *Hongaarse banken*).

4. *Hongaarse banken*, r.o. 6.

5. HvJ EU 11 september 2014, zaak C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204 (*Groupement des cartes bancaires/Commissie*).

overeenkomst wordt gebruikt bij de interbancaire verrekening en wordt door de wervende bank betaald aan de emitterende bank. Op het moment dat een klant met een kaart betaalt, wordt door de wervende bank een vergoeding in rekening gebracht bij de handelaar. Vervolgens geeft de wervende bank een deel van de handelarentarief door aan de emitterende bank. De emitterende bank heeft in dit systeem twee bronnen van inkomsten: ten eerste de vergoeding die de kaarthouder betaalt voor de uitgifte van de betaalkaart, en ten tweede een deel van het handelarentarief dat de wervende bank met de emitterende bank deelt. De Hongaarse Mededingingsautoriteit (hierna: de mededingingsautoriteit) is op 31 januari 2008 een onderzoek naar de MIF-overeenkomst gestart en heeft in haar besluit van 24 september 2009 vastgesteld dat de deelnemende banken alsook Visa en MasterCard een mededingingsbeperkende overeenkomst hebben gesloten die zowel naar strekking als naar gevolg de mededinging beperkt.⁶ Na diverse procedures heeft de Hongaarse Hoge Raad, de Kúria, uiteindelijk vier prejudiciële vragen over de uitleg van artikel 101 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) gesteld aan het Hof van Justitie.

Het arrest

Het Hof van Justitie oordeelt eerst dat artikel 101 lid 1 VWEU niet uitsluit dat dezelfde mededingingsverstoringe gedraging wordt geacht zowel naar strekking als naar gevolg de mededinging te beperken in de zin van die bepaling.⁷ Het Hof van Justitie wijst er tevens op dat wanneer de bevoegde autoriteit of rechter een doelbeperking vaststelt, het niet meer noodzakelijk is om de gevolgen van de gedraging te onderzoeken. Wanneer echter dezelfde gedraging wordt aangemerkt als mededingingsbeperking zowel naar strekking als naar gevolg, dient de bevoegde autoriteit of de bevoegde rechter ten eerste haar resp. zijn bevindingen met het nodige bewijsmateriaal te onderbouwen en ten tweede te verduidelijken in hoeverre dat bewijs betrekking heeft op de ene of de andere soort beperking die aldus werd vastgesteld.⁸

Vervolgens gaat het Hof van Justitie in op de vraag welke kwalificatie aan de MIF-overeenkomst kan worden gegeven in het licht van artikel 101 lid 1 VWEU. Ten aanzien van de inhoud van de MIF-overeenkomst merkt het Hof van Justitie allereerst op dat deze overeenkomst heeft gezorgd voor uniformering van het tarief van de afwikkelingsvergoedingen die de wervende banken aan de emitterende banken betaalde voor betalingstransacties met een kaart die was uitgegeven door een bank die aangesloten was bij het betaalkaartensysteem

van Visa of MasterCard.⁹ Het Hof van Justitie constateert dat hoewel de aan- en verkoopprijzen niet rechtstreeks werden vastgesteld, er uit de bewoordingen van artikel 101 lid 1 onder a VWEU blijkt dat een doelbeperking evenwel kan worden vastgesteld indien de overeenkomst indirecte prijsvaststelling oplevert in de zin van deze bepaling.¹⁰ In het licht van de aan de rechtbank verstrekte informatie stelt het Hof van Justitie dat hoewel er in de MIF-overeenkomst specifieke percentages en bedragen in aanmerking zijn genomen voor de vaststelling van de afwikkelingsvergoeding, er uit de inhoud van deze overeenkomst niet noodzakelijkerwijs blijkt dat er sprake is van een doelbeperking.¹¹ Het Hof van Justitie overweegt dat het aan de verwijzende rechter is om vast te stellen welk doel de MIF-overeenkomst heeft, maar dat uit het dossier lijkt te volgen dat het doel van de MIF-overeenkomst is om een zeker evenwicht vast te stellen tussen de uitgifte- en de acquiringactiviteiten binnen het kaartbetalingssysteem in kwestie. Indien zou blijken dat de MIF-overeenkomst heeft geleid tot een toename van concurrentie tussen Visa en MasterCard – hetgeen de verwijzende rechter ook dient na te gaan – kan strijd met het kartelverbod pas worden vastgesteld na een beoordeling van de mededinging die zonder de MIF-overeenkomst op de markt zou hebben bestaan (de *counterfactual*).¹² Daarnaast moet er voldoende solide en betrouwbare ervaring zijn om aan te kunnen nemen dat een overeenkomst naar haar aard schadelijk is voor de goede werking van de mededinging.¹³ Het Hof van Justitie stelt dat het op basis van het dossier niet kan concluderen dat er is voldaan aan de ervaringseis.¹⁴ De gegevens in het dossier en het besluit van de mededingingsautoriteit alsook de rechtspraak van de rechterlijke instanties van de Unie tonen juist aan dat een diepgaand onderzoek naar de gevolgen van de MIF-overeenkomst moet worden verricht.¹⁵ Het Hof van Justitie wijst er echter op dat als er ernstige aanwijzingen of op zijn minst tegenstrijdige of dubbelzinnige gegevens bestaan op het punt dat de MIF-overeenkomst een prijsopdrijvend effect heeft gehad, de nationale rechter deze aanwijzingen niet buiten beschouwing mag laten. Indien er ernstige aanwijzingen bestaan dat er sprake zou zijn van een opwaartse druk zonder de MIF-overeenkomst, dan is deze overeenkomst geen doelbeperking en is diepgaand onderzoek naar de gevolgen ervan noodzakelijk.¹⁶ Het Hof van Justitie concludeert in antwoord op de tweede vraag dat de MIF-overeenkomst geen doelbeperking vormt, tenzij de Kúria op basis van de bewoordingen, doelstellingen en de context vaststelt dat de overeenkomst in voldoende mate schadelijk is voor de mededinging.

6. GVH 24 september 2009, zaak Vj-18/2008/341, Decision and resolution of the Competition Council with respect to competition proceedings.

7. Hongaarse banken, r.o. 42 en 44.

8. Hongaarse banken, r.o. 43.

9. Hongaarse banken, r.o. 60.

10. Hongaarse banken, r.o. 62.

11. Hongaarse banken, r.o. 65.

12. Hongaarse banken, r.o. 66-75.

13. Hongaarse banken, r.o. 76.

14. Hongaarse banken, r.o. 77-79.

15. Hongaarse banken, r.o. 79.

16. Hongaarse banken, r.o. 82.

De derde en vierde vraag van de Kúria – die betrekking hebben op de aard van de betrokkenheid van Visa en MasterCard – worden niet-ontvankelijk verklaard wegens hun hypothetische aard.

Commentaar

Met het *Hongaarse banken*-arrest heeft het Hof van Justitie weer een mijlpaalarrest gewezen over het concept van de doelbeperking. Het oordeel past in een mooie rij met precedents als *Consten Grundig*,¹⁷ *Remia*,¹⁸ *Pronuptia*,¹⁹ *Delimitis*²⁰ en *Metro I*²¹ en is net als de conclusie van advocaat-generaal Bobek²² in de zaak waardevol, omdat het enkele (resterende) controverses rond het begrip doelbeperking tracht op te helderen. Sinds het arrest *Société Technique Minière*²³ is artikel 101 VWEU consequent zo geïnterpreteerd dat mededingingsautoriteiten bij de beoordeling van een overeenkomst eerst moeten onderzoeken of deze een voldoende mate van concurrentievervalsing aan het licht brengt, zodat de effecten ervan niet hoeven te worden onderzocht. Als dat eerste onderzoek niet succesvol is gebleken, is het aan de mededingingsautoriteit (of eiser) om onderzoek te doen of de overeenkomst merkbare concurrentiebeperkende effecten kan hebben.

In het mijlpaalarrest *Groupement des cartes bancaires* heeft het Hof van Justitie verduidelijkt dat het begrip doelbeperking geen ruime maar een restrictieve reikwijdte heeft. Het begrip kan uitsluitend worden toegepast op bepaalde soorten van coördinatie tussen ondernemingen, die de mededinging in die mate nadelig beïnvloeden dat de effecten ervan niet behoeven te worden onderzocht. In de woorden van het Hof van Justitie zou de Commissie anders immers worden ontslagen van haar verplichting om de concrete effecten op de markt aan te tonen van overeenkomsten waarvan niet is bewezen dat zij naar hun aard zelf schadelijk zijn voor de goede werking van de normale mededinging.²⁴ De box heeft met andere woorden een beperkte omvang en er is geen plaats voor ambivalente praktijken. Het Hof van Justitie gaf verder aan dat vaststond dat bepaalde kartelafspraken, zoals horizontale prijskartels, beschouwd kunnen worden als afspraken die een zodanig groot risico op negatieve beïnvloeding van de prijs, de hoeveelheid en de kwaliteit van de producten en diensten

inhouden, dat het overbodig kan worden geacht aan te tonen dat zij concrete effecten hebben op de markt. Het Hof van Justitie verwees daarbij expliciet naar *de ervaring* die leert dat dergelijke gedragingen leiden tot productieverminderingen en prijsstijgingen, waardoor de middelen inefficiënt worden ingezet, hetgeen consumenten schaadt.²⁵ Het Hof van Justitie gaf ook aanwijzingen over hoe het bestaan van een beperking naar strekking kon worden beoordeeld, waarbij met name de noodzaak werd benadrukt om de beperking niet in abstracto, maar in zijn economische en juridische context te beoordelen. Hoewel *Groupement des cartes bancaires* een belangrijk precedent schiep, was het debat over doelbeperking vis-a-vis gevolgbeperking niet voltooid (voor zover dat kan). De essentie van de onzekerheid die nog bestond, betrof de aard en intensiteit van de beoordeling die nodig is om vast te stellen of een overeenkomst vanwege haar aard binnen de werkingssfeer van artikel 101 lid 1 VWEU valt. De hamvraag was met name hoe indringend de analyse van de economische en juridische context waarvan de overeenkomst deel uitmaakt in rechte moest zijn. Voor veel mededingingsautoriteiten is een kwalificatie van bepaalde praktijken als doelbeperking een *shortcut* naar het vaststellen van een overtreding van het kartelverbod waarbij de analyse van de context al snel onttaardt in een snelle, oppervlakkige blik naar de aard van het gedrag met het doel te concluderen dat dit op het eerste gezicht verboden is.²⁶ Het *Hongaarse banken*-arrest leert ons dat die oppervlakkige blik moet worden ingeruild voor een robuuste analyse waarbij geen plaats is voor bewijsdogma's, zeker waar het gaat om nieuwe, rafelige of complexe praktijken die nog niet eerder zijn gekwalificeerd als doelbeperkingen. Zoals hierna toegelicht, leveren de overwegingen van het Hof van Justitie ter beantwoording van de eerste en tweede vraag nuttige aanknopingspunten voor de praktijk.

De eerste vraag: een amuse

Het antwoord op de eerste vraag – die meer de opmaat vormt voor het antwoord op de tweede vraag – namelijk of een gedraging zowel een doelbeperking als een gevolgbeperking kan omvatten, is niet verrassend. Vanzelfsprekend kan dat. Sterker nog, een doelbeperking (mits goed uitgevoerd) zal in de meeste gevallen tot mededingingsbeperkende effecten leiden. De tekst van artikel 101 VWEU, waarin het woordje 'of' wordt gebruikt, alsmede de jurisprudentie van het Hof van Justitie waren op dit punt niettemin kennelijk zo onduidelijk dat de Hongaarse rechter het nodig vond om deze

25. *Groupement des cartes bancaires*, r.o. 50, 51 waarin verwezen wordt naar HvJ EG 30 januari 1985, zaak C-123/83, ECLI:EU:C:1985:33 (*BNIC/Clair*), r.o. 22. Zie ook HvJ EU 26 november 2015, zaak C-345/14, ECLI:EU:C:2015:784 (*Maxima Latvija/Konkurences padome*), r.o. 19.

26. Zie hierover conclusie A-G 25 mei 2018, ECLI:NL:PHR:2018:522 (*HEM/Jumbo*), punt 3.5; en W. Knibbeler, 'Strekking, gevolg en merkbaarheid: onder de dekens heerst verwarring', *M&M* 2016/6, p. 238-240.

17. HvJ EG 13 juli 1966, gevoegde zaken C-56-64 en 58-64, ECLI:EU:C:1965:60 (*Consten en Grundig/Commissie*).

18. HvJ EG 11 juli 1985, zaak C-42/84, ECLI:EU:C:1985:327 (*Remia/Commissie*).

19. HvJ EG 28 januari 1986, zaak C-161/84, ECLI:EU:C:1986:41 (*Pronuptia de Paris GmbH/Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*).

20. HvJ EG 28 februari 1991, zaak C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91 (*Delimitis/Henniger Brau AG*).

21. HvJ EG 25 oktober 1977, zaak C-26/76, ECLI:EU:C:1977:167 (*Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Commissie*).

22. Conclusie A-G Bobek 5 september 2019, zaak C-228/18, ECLI:EU:C:2019:678 (*Hongaarse banken*).

23. HvJ EG 30 juni 1966, zaak C-56/65, ECLI:EU:C:1966:38 (*Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm GmbH*).

24. *Groupement des cartes bancaires*, r.o. 58.

prejudiciële vraag te stellen. Het Hof van Justitie maakt weinig woorden vuil aan deze eerste vraag. Zo overweegt het Hof van Justitie – onder verwijzing naar enkele precedents waarin het met betrekking tot een en hetzelfde gedrag had geoordeeld dat dit gedrag kwalificeerde als doelbeperking én als gevolgbeperking – dat artikel 101 VWEU zich niet verzet tegen een kwalificatie van een gedraging als doelbeperking en als gevolgbeperking. Deze uitkomst past mijns inziens logischerwijs bij het doel en de opzet van artikel 101 VWEU dat zeer algemeen is geformuleerd en dat beoogt alle vormen van collusie tussen ondernemingen te omvatten die de mededinging in de Europese Unie ongunstig kunnen beïnvloeden. Dat betekent, zoals ook de advocaat-generaal al concludeerde, dat artikel 101 VWEU alle gedragingen bestrijkt, ongeacht of zij zich afzonderlijk of, a fortiori, gelijktijdig voordoen. Inhoudelijk gezien is er geen verschil tussen beide begrippen: zij beperken beide de mededinging op de interne markt en zijn derhalve in beginsel verboden.²⁷ Het onderscheid tussen beide begrippen zit in de overwegingen van procedurele aard in die zin dat mededingingsautoriteiten ter vaststelling van gevolgbeperkingen indringender (en dus duurder en complexer) onderzoek moeten doen naar de merkbare gevolgen van een gedraging. Dit laat onverlet dat een mededingingsautoriteit in specifieke gevallen kan besluiten om een gedraging te kwalificeren als doelbeperking en als gevolgbeperking. Deze praktijk is niet ongebruikelijk en gerechtvaardigd wanneer er enige onzekerheid is over de aard van een bepaalde gedraging. Veiligheids-halve kan de autoriteit ervoor kiezen – met het oog op latere juridische procedures – om voor beide ankers te gaan liggen. Het Hof van Justitie overweegt onder verwijzing naar de conclusie van de advocaat-generaal hierover dat deze mogelijkheid de autoriteit of rechter niet ontslaat van de verplichting om het noodzakelijke bewijs voor deze kwalificaties aan te voeren en dat bewijs te beoordelen en nauwkeurig te duiden om de onderscheidende kwalificaties te schragen.²⁸ In de woorden van de advocaat-generaal: ‘Eenvoudig gesteld, het bestaan van alternatieve juridische hokjes is geen vrijbrief voor vaagheid, met name niet wanneer zware administratieve sancties worden opgelegd’.²⁹

De tweede vraag: de ham en de vis

De beantwoording van de tweede vraag begint in de eerste vijf rechtsoverwegingen met de herhaling van de standaarduitgangspunten die gelden bij de vaststelling van een overtreding van artikel 101 VWEU, zoals ook verwoord in *Groupement des cartes bancaires*. Deze uitgangspunten zijn hiervoor al aan bod gekomen. In de nuttige conclusie van de advocaat-generaal worden die

uitgangspunten treffend uitgelegd. Zo licht de advocaat-generaal toe dat de analyse in feite bestaat uit *twee stappen*. De eerste stap richt zich op de bewoordingen en oogmerken van de bepalingen van de overeenkomst. De voornaamste doelstelling van deze procedurele stap is na te gaan of de betrokken overeenkomst binnen een categorie van overeenkomsten valt waarvan het schadelijke karakter gelet op de verworven ervaring is aanvaard en gemakkelijk kan worden aangetoond. De tweede stap kwalificeert de advocaat-generaal als een *reality check* op grond waarvan de autoriteit dient na te gaan of aan het vermeende mededingingsbeperkende karakter van de overeenkomst niet wordt afgedaan door overwegingen in verband met de juridische en economische context.³⁰ Dit betekent dat de context in deze tweetrapsraket enkel de mededingingsbeperkende strekking kan bevestigen of ontkrachten. De context kan echter niet de mededingingsbeperkende strekking van een bepaalde overeenkomst aan het licht brengen, zoals in de praktijk soms wordt betoogd.

Onder verwijzing naar het *Toshiba*-arrest merkt de advocaat-generaal op dat de analyse van de economische en juridische context in de praktijk kan worden beperkt tot hetgeen strikt noodzakelijk is om te kunnen besluiten dat er sprake is van een mededingingsbeperkende strekking.³¹ Daarbij moet de mededingingsautoriteit volgens de advocaat-generaal slechts op een vrij algemeen niveau nagaan of er juridische of feitelijke omstandigheden zijn die uitsluiten dat de overeenkomst of gedraging in kwestie de mededinging beperkt.

De advocaat-generaal sluit dit deel van zijn conclusie af met een nu al memorabele, ontologische metafoor waarin hij de analyse van een overeenkomst in het licht van artikel 101 VWEU vergelijkt met een analyse van een vis:

‘Om het tot een extreme metafoor terug te brengen: als het eruit ziet als een vis en het ruikt naar vis, kan worden aangenomen dat het vis is. Tenzij er op het eerste gezicht iets vreemds aan deze specifieke vis is, zoals het feit dat hij geen vinnen heeft, in de lucht zweeft of naar rozen ruikt, is er geen gedetailleerde dissectie van die vis nodig om hem als vis te kwalificeren. Indien er echter iets ongewoons aan de vis in kwestie is, kan deze nog steeds als een vis worden geclassificeerd, maar alleen na een gedetailleerd onderzoek van het betrokken schepsel.’³²

Met deze conclusie in het achterhoofd start het Hof van Justitie in rechtsoverweging 56 van het arrest met de daadwerkelijke analyse van de juridische en economische context. In de maar liefst dertig rechtsoverwegingen die volgen, laat het Hof van Justitie zien dat het zeer nauwkeurig kijkt naar die juridische en economische context en de structuur van de markt, in casu dus de intersysteemmarkt, de uitgiftemarkt en de *acquiring*-markt. Dat valt te prijzen. Een MIF-overeenkomst is

27. Conclusie A-G, *Hongaarse banken*, punt 24.

28. *Hongaarse banken*, r.o. 43.

29. Conclusie A-G, *Hongaarse banken*, punt 30.

30. Conclusie A-G, *Hongaarse banken*, punt 49 en 50.

31. Conclusie A-G, *Hongaarse banken*, punt 47.

32. Conclusie A-G, *Hongaarse banken*, punt 51.

immers geen eenvoudig te duiden overeenkomst en het *Hongaarse banken-arrest* is daarmee geen makkelijk leesbaar arrest. In casu is de analyse van de context van een overeenkomst in kwestie (bijna) net zo complex als het leveren van bewijs dat dezelfde overeenkomst concurrentieverstorende effecten heeft. De context wordt daarbij zo serieus genomen dat het Hof van Justitie in verschillende stadia van de analyse verklaart dat het zonder alle relevante informatie niet tot een conclusie kan komen over de vraag of de overeenkomst tot doel heeft de mededinging te beperken. Desalniettemin komt het Hof van Justitie na die uitvoerige contextanalyse tot de conclusie dat een MIF-overeenkomst geen doelbeperking inhoudt (althans in zijn algemeenheid). Een aantal belangrijke zaken valt op bij bestudering van de beantwoording.

In de eerste plaats overweegt het Hof van Justitie dat het niet voldoende is om te bewijzen dat sommige overeenkomsten of bepalingen daarin *verdacht* zijn, bijvoorbeeld omdat ze ‘op de lijst’ met voorbeelden van beperkingen in artikel 101 VWEU staan. Het Hof van Justitie legt bijvoorbeeld uit dat zelfs een overeenkomst die de concurrentie voor een (groot) deel van de kosten van twee ondernemingen uitschakelt (of die een plafond stelt aan de hoogte van de te betalen commissies) niet noodzakelijkerwijs mededingingsbeperkend is. Het gaat hier kortom om een groep concurrenten die hun prijsgedrag tot op zekere hoogte coördineerden, gedrag dat doorgaans verband houdt met de ernstigste schendingen van het mededingingsrecht die in casu niet noodzakelijkerwijs de mededinging naar strekking beperken. Dit toont dat de ene afspraak over prijzen de andere niet is en dat autoriteiten verder moeten kijken dan hun neus lang is bij het analyseren van overeenkomsten. Daarmee wordt ook het vergelijken van bepaalde praktijken met zaken uit het verleden risicovol(ler) voor mededingingsautoriteiten, althans wanneer zij zich te makkelijk verlaten op precedents die niet goed overeenkomen met de nieuwe zaak op hun bureau. Een vergelijking moet dus echt raak zijn.

In de tweede plaats is relevant dat het Hof van Justitie zorgvuldig kijkt naar het objectieve doel van de MIF-overeenkomst. In dat verband herhaalt het Hof van Justitie in rechtsoverwegingen 66–68 eerst enkele uitgangspunten uit het *Cartes bancaires*-arrest die daarbij in aanmerking moeten worden genomen, waaronder het tweezijdige karakter van het systeem. Het Hof van Justitie meent echter dat het aan de verwijzende rechter is om te bepalen welke doelstelling of doelstellingen daadwerkelijk zijn aangetoond door de mededingingsautoriteit. Het Hof van Justitie is dus niet geïnteresseerd in abstracte doelstellingen. Het Hof van Justitie geeft daarna concreet zijn visie op het doel van de MIF-overeenkomst in kwestie. Het Hof van Justitie constateert dat de MIF-overeenkomst in objectieve zin iets anders lijkt te beogen dan de MSC-overeenkomst, te weten het nastreven van een zeker evenwicht tussen de uitgifteactiviteiten en de *acquiring*-activiteiten binnen kaartbetalingssystemen van Visa en MasterCard, teneinde te waarborgen dat bepaalde kosten bij kaartbetalingstransacties worden

gedekt, en tegelijkertijd deze systemen te beschermen tegen uit het lood geslagen afwikkelingsvergoedingen. Dat een MIF-overeenkomst de schijn kan hebben van een prijsafsprake (aangezien deze door concurrenten op uniforme wijze wordt vastgesteld) wordt aldus overschaduwd door het feit dat de overeenkomst beide zijden van de markt omvat. Hierdoor kan de MIF-overeenkomst ten eerste als aanvulling op de effectieve werking van het betaalkaartsysteem worden beschouwd en ten tweede als middel worden gebruikt om het gebruik van deze betaalmethode aan te moedigen.³³

In de derde plaats wijst het Hof van Justitie ook op het belang van eventuele procompetitieve effecten van de MIF-overeenkomst bij het onderzoek naar de strekking ervan.³⁴ In casu heeft de verwijzende rechter erop gewezen dat de MIF-overeenkomst, doordat zij de mededinging tussen Visa en MasterCard neutraliseert wat de kosten van de afwikkelingsvergoedingen betreft, ertoe heeft kunnen leiden dat de concurrentie tussen deze twee systemen op andere punten toeneemt. Het Hof van Justitie vindt dat de verwijzende rechter moet nagaan of de uniformering van de afwikkelingsvergoedingen mogelijk bevorderlijk is geweest voor de mededinging op het vlak van de andere kenmerken, transactievooraanwaarden en prijzen van de betaalkaarten. Indien dit daadwerkelijk het geval is geweest, dan kan een overtreding van het kartelverbod pas worden vastgesteld na een volledige effectanalyse. De relevantie van deze overweging mag mijns inziens niet worden onderschat. In de discussie met mededingingsautoriteiten over de vraag of bepaalde gedragingen in strijd zijn met het kartelverbod kunnen dus ook stellingen naar voren worden gebracht over mogelijke procompetitieve kenmerken van de overeenkomst in kwestie die als onderdeel van de context deel uitmaken van het onderzoek in het kader van artikel 101 lid 1 VWEU. De Pavlovreactie van Mededingingsautoriteiten is dan vaak dat die kenmerken moeten worden gewogen in het kader van de toetsing aan artikel 101 lid 3 VWEU waarbij de bewijslast rust op de onderneming. Maar zo simpel of binair is het dus niet. Advocaat-generaal Bobek maakt duidelijk dat telkens wanneer een overeenkomst ambivalente effecten op de markt lijkt te hebben, een effectanalyse vereist is. Als procompetitieve effecten van een bepaalde overeenkomst niet kunnen worden uitgesloten bij de *reality check*, dan mag die overeenkomst niet als doelbeperking worden aangemerkt. Het Hof van Justitie lijkt die benadering te onderschrijven in het arrest. Het verwijst daarbij naar de conclusie van de advocaat-generaal en in het bijzonder de punten 54 en 63 tot en met 73 van zijn conclusie waarin de advocaat-generaal wijst op het belang van ervaring als lakmoesproef voor de rechtvaardiging dat een overeenkomst wordt aangemerkt als doelbeperking. De advocaat-generaal benadrukt dat er sprake moet zijn van voldoende ervaring die zodanig

33. Zie onder meer C.I. Nagy, ‘Are Payment Card Systems’ Multilateral Interchange Fees Anticompetitive by Object under EU Competition Law?’, *Competition Policy International* 2020 (online publiek).

34. Vgl. *Paroxetine*, r.o. 104–110.

solide en betrouwbaar is dat deze overeenkomst kan worden geacht naar haar aard schadelijk te zijn voor de mededinging. Die ervaring kan bestaan uit een wijdverbreide en consistente praktijk van de Europese mededingingsautoriteiten en/of van de rechters van de lidstaten. Mocht daar een gebrek aan zijn, dan kunnen economische studies van onafhankelijke auteurs die gebaseerd zijn op door de internationale economische gemeenschap erkende methoden, beginselen en normen ook gebruikt worden. Volgens de advocaat-generaal is de vraag of er onder economen voldoende consensus over bestaat dat overeenkomsten inherent mededingingsbeperkend zijn zelfs ‘van het allergrootste belang’, nu een doelbeperking per slot van rekening vooral een economisch begrip is. Dit zal economen als muziek in de oren klinken omdat ze hiermee nog meer ruimte krijgen om het mededingingsrechtelijke discours te bepalen.

Dat brengt ons bij het vierde belangwekkende aspect van dit arrest: de ruimte voor de *counterfactual* bij een analyse van de strekking van een overeenkomst. Dit is een controversieel thema waarover de meningen uiteen kunnen lopen.³⁵ Het Hof van Justitie besteedt enkele nuttige overwegingen aan de plek van de *counterfactual* analyse bij een toetsing aan artikel 101 VWEU. Eerst constateert het Hof van Justitie, zoals even hiervoor al gememoreerd, dat de *counterfactual* analyse in beginsel thuishoort bij het onderzoek naar de gevolgen. In reactie op de stellingen van de banken dat de concurrentie tussen de kaartbetalingssystemen in Hongarije geen lagere maar juist hogere afwikkelingsvergoedingen in de hand heeft gewerkt overweegt het Hof van Justitie in rechtsoverweging 82 echter dat de verwijzende rechter dergelijke ernstige aanwijzingen niet buiten beschouwing mag laten bij het onderzoek naar het bestaan van een doelbeperking. Het feit dat zonder de MIF-overeenkomst de afwikkelingsvergoedingen als gevolg van de mededinging hoger zouden zijn geweest is hier kennelijk tevens een relevant gegeven voor het onderzoek naar de strekking van een overeenkomst. Is dit dan hetzelfde type *counterfactual* analyse als die bij een onderzoek naar de gevolgen van een overeenkomst? Dat denk ik niet. Om de verwarring die bij de meeste beoefenaars van het mededingingsrecht kan ontstaan enigszins te mitigeren voegt het Hof van Justitie in rechtsoverweging 83 toe dat de *counterfactual* analyse noodzakelijk is in het kader van het onderzoek naar de gevolgen van de overeenkomst. Het Hof van Justitie spreekt hier van ‘ernstige aanwijzingen’ vis-a-vis een ‘diepgaand onderzoek’, zodat het voor de hand ligt om te concluderen dat de *counterfactual* analyse bij het onderzoek naar de strekking beperkt is tot serieus te nemen contra-indicaties (de *reality check* van advocaat-generaal Bobek), terwijl de *coun-*

terfactual bij het onderzoek naar de gevolgen van de overeenkomst grondig moet zijn om de uitwerking op de mededinging in kaart te brengen. Zo bezien laat het arrest het bewijsregime, dat wil zeggen het verschil in de mate van onderzoek en bewijsvoering, netjes in stand.

Het dessert: de gevolgen voor de praktijk

Ik begon deze annotatie met de vraag wat een doelbeperking is. De lezer die verwacht een bevredigend antwoord te lezen in deze bijdrage komt wellicht bedrogen uit. Het *Hongaarse banken*-arrest geeft (vanzelfsprekend) geen algemeen antwoord op deze vraag, maar introduceert wel het raamwerk hoe in een specifieke zaak die vraag moet worden beantwoord. De gevolgen van dit arrest laten zich raden. Mededingingsautoriteiten en rechters kunnen hun borst nat maken voor nieuwe discussies met advocaten en economen over de kwalificatie van bepaalde praktijken als doelbeperking. Adviseurs kunnen onder verwijzing naar *Hongaarse banken* twijfel zaaien over de plausibiliteit van schadetheorieën van mededingingsautoriteiten, waarbij gebruik kan worden gemaakt van argumenten en analyses op de volgende drie aspecten:

1. ervaring, althans een tekort aan ervaring met betrekking tot bepaalde effecten – het Hof van Justitie meent immers dat er voldoende ervaring moet zijn die zodanig solide en betrouwbaar is dat een overeenkomst kan worden geacht naar haar aard schadelijk te zijn voor de goede werking van de mededinging;³⁶
2. mogelijke procompetitieve effecten van de overeenkomst – de opvatting dat deze effecten alleen in aanmerking kunnen worden genomen op grond van artikel 101 lid 3 VWEU kan nu echt in de prullenbak;
3. de *counterfactual*, althans de concurrentiesituatie die zouden hebben bestaan zonder de overeenkomst – het Hof van Justitie aanvaardt in *Hongaarse banken* een verweer dat de overeenkomst naar strekking niet beperkend was, omdat de concurrentievoorzwaarden zonder deze bepaling slechter zouden zijn geweest.

Wat betreft de bewijslevering in publiekrechtelijke handhavingssaken is voldoende dat partijen tijdens het onderzoek van de mededingingsautoriteit aantonen dat er *a priori* serieuze aanwijzingen zijn dat hun *counterfactual*-scenario reëel is. Als het bewijs aan deze drempel voldoet, is de overeenkomst geen doelbeperking en is een onderzoek naar de gevolgen noodzakelijk. Dezelfde drempel geldt naar mijn mening ook voor het leveren

35. Zie het artikel van F. ten Have & J. Langer, ‘GlaxoSmithKline: geldt de counterfactual analysis-test ook voor strekkingsbeperkingen?’, *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2006, nr. 10, p. 224-227 en zie meer recent de blogs van P. Ibáñez Colomo, ‘Counterfactual analysis and restrictions by object: myths and misconceptions’, en ‘Persistent myths in competition law (II): the practice of counterfactual is not relevant when a practice is restrictive by object’, te lezen via <https://chillingcompetition.com/>.

36. Het Hof van Justitie spreekt ook over voldoende algemene en voortdurende ervaring. Als er met andere woorden geen consensus is in de beschikkingspraktijk, rechtspraak of literatuur over de aard van bepaalde praktijken (in zijn algemeenheid), dan is een analyse van de effecten ervan noodzakelijk.

van bewijs rondom de mogelijke procompetitieve effecten van een overeenkomst met dien verstande dat die effecten voldoende groot moeten kunnen zijn voor een redelijke twijfel aangaande de kwalificatie van de overeenkomst.³⁷ De woorden ‘bewezen’ en ‘voldoende groot’ moeten hier overigens niet worden verward met het kwantificeren van voordelen. Het kwantificeren van voordelen gebeurt immers pas bij de toets in het kader van artikel 101 lid 3 VWEU. Het gaat er simpelweg om dat de voordelen niet fictief zijn en geen dekmantel vormen voor het sluiten van een (evident) kartel.

Misschien nog wel interessanter is welke procesrechtelijke gevolgen dit arrest heeft voor de civiele (handhavings)praktijk. Uit het *IATA*-arrest volgt dat eisers een schending van het mededingingsrecht voldoende moeten onderbouwen met (economische) feiten en omstandigheden.³⁸ Het *Hongaarse banken*-arrest maakt duidelijk dat de bewijslevering bestaat uit een tweetrapsraket. Dat de eerste stap, het leveren van bewijs (bij betwisting) van de mededingingsbeperkende aard van de inhoud en doelstellingen van de overeenkomst, bij de eisers ligt, lijkt me duidelijk. De vraag is echter wie verantwoordelijk is voor de tweede stap, te weten de *reality check* van Bobek in het licht van de context. Het ligt voor de hand om die check ook op het bord van de eiser te leggen. *Hongaarse banken* leert immers dat de context een onlosmakelijk onderdeel vormt van de mededingingsrechtelijke analyse. In feite is bijna elke mededingingszaak uniek en is een doelbeperkingsanalyse simpelweg incompleet als er geen aandacht wordt besteed aan de context. Anderzijds is het vaak niet eenvoudig voor eisers om aan hun stel- en bewijsplicht te voldoen en lijkt het niet logisch om van hen te vragen om een *counterfactual* analyse te verrichten laat staan om eventuele procompetitieve gevolgen van de overeenkomst in kwestie te benoemen. Dat lijkt eerder een taak voor de gedaagde die – net als bij onderzoeken van mededingingsautoriteiten – serieuze aanwijzingen in kan brengen die een ander licht werpen op de tweetrapsraket van de eiser. De rechter kan bij twijfel bewijsopdrachten geven aan eiser of aan gedaagde. Helemaal interessant wordt het gedachte-experiment wanneer er in een procedure geen stellingen worden ingenomen over de juridische context of de *reality check* van advocaat-generaal Bobek. Wat moet de rechter dan doen? In die situatie kan in ieder geval niet worden uitgesloten dat er een plausibele procompetitieve rationale is voor de praktijk

in kwestie, ongeacht de mogelijke mededingingsbeperkende aard van de praktijk op basis van de inhoud en doelstellingen ervan. Komende procedures zullen leren hoe civiele rechters hiermee omgaan.

Wat betreft de inhoudelijke discussies over de kwalificatie van praktijken verwacht ik dat enkele controversiële thema's straks weer op de rol staan. Denk aan uitwisseling van commercieel gevoelige informatie. Zoals ook aangegeven in de Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten is de heersende leer nu dat de (*stand alone*) uitwisseling tussen concurrenten van individuele gegevens inzake toekomstig marktgedrag als doelbeperking heeft te gelden.³⁹ Ter toelichting merkt de Commissie op dat vooral bij deze informatie-uitwisseling de kans bijzonder groot is dat een heimelijke verstandhouding ontstaat.⁴⁰ In diezelfde richtsnoeren staat echter te lezen dat de uitwisseling van informatie een gemeenschappelijk kenmerk van vele concurrerende markten is en verschillende soorten efficiëntieverbeteringen kan opleveren, zoals de reductie van informatie-asymmetrie en het besparen van kosten.⁴¹ De vraag die met hernieuwde energie zal worden voorgelegd aan autoriteiten en rechters is bijvoorbeeld of uitwisseling van (semi)toekomstige prijsinformatie nog steeds in de doelbeperkingsbox zit, omdat er voldoende algemene ervaring is dat dit slecht is voor de mededinging of dat autoriteiten dit straks per sector en per gedraging moeten bekijken.⁴² De eerste lakmoesproef in Nederland op dit punt zal wellicht aan de orde komen in de *koelvrieshuizen*-beroepen,⁴³ maar ook in de *sigaretten*-zaak⁴⁴ zal deze vraag een belangrijk deel van de juridische beschietingen omvatten. Hetzelfde geldt voor diverse verticale restricties. Neem bijvoorbeeld verticale prijsbinding. Er is veel discussie over of verticale prijsbinding altijd of in beginsel problematisch is en of verticale prijsbinding niet ook neutrale of zelfs positieve gevolgen kan hebben voor de mededinging.⁴⁵ Verticale prijsbinding kan onder meer helpen om *free riding* gedrag te voorkomen en is daarom door het US Supreme Court uit de *per se*-box gehaald en in de *rule of reason*-box gestopt.⁴⁶ Er zijn ook diverse voorbeelden in de Europese Unie van situaties waar verticale prijsbinding per saldo meer positieve

37. Zie ook *Paroxetine*, r.o. 107 waarin het Hof van Justitie overweegt dat niet voldoende is dat de procompetitieve gevolgen bewezen, relevant en specifiek zijn voor de betrokken overeenkomst. Daarnaast moeten die gevolgen voldoende groot zijn, zodat redelijkerwijs kan worden betwijfeld of de betrokken overeenkomst in voldoende mate schadelijk is voor de mededinging en dus of zij naar haar strekking mededingingsverstoring is. Zie voor een schematisch overzicht van de verschillende stappen P. Ibáñez Colomo, 'Restrictions by Object after Generics and Budapest Bank: A Road Map' (8 april 8 2020), te lezen via SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3571115> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3571115>.

38. HR 21 december 2012, *NJB* 2013,143, *RCR* 2013,17 (*ANVR c.s./IATA-NL*). In de praktijk sneuvelen veel mededingingsrechtzaken op de in dit arrest opgeworpen drempel.

39. Mededeling van de Commissie betreffende de Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten), *PbEU* 2011, C 11/1, punt 74.

40. Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten, punt 73.

41. Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten, onder meer punt 53.

42. Zie bijvoorbeeld M. Bennett & Ph. Collins, 'The Law and Economics of Information Sharing: The Good, the Bad and the Ugly', *European Competition Journal* 2010, nr. 2, p. 311-337.

43. Rb. Rotterdam 12 april 2018, zaak ROT 17/592 (*H&S Coldstores*).

44. Besluit ACM 27 mei 2020, zaak ACM/19/035337 (*Sigaretten*).

45. Zie onder meer R. Elkerbout, 'Verticale prijsbinding: the bad, the ugly and the good?', *MP* 2018, p. 21-27. Zie ook recent P. Ibáñez Colomo, 'Vertical restraints after Generics and Budapest Bank', *Concurrences* 2020, nr. 17, verkrijgbaar via https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3683938.

46. Arrest van het US Supreme Court van 28 juni 2007, zaak 06-480 (*Leegin Creative Leather Products, Inc./PSKS, Inc.*).

gevolgen kan hebben.⁴⁷ Kortom, ook over deze praktijk zal wellicht in de toekomst meer discussie ontstaan naar aanleiding van het *Hongaarse banken*-arrest. En de lijst is langer. Om er nog een paar te noemen: prijslenen, combinatieovereenkomsten en samenwerking op het gebied van inkoop, inclusief uitwisseling van inkooprijzen. Er valt genoeg te zeggen voor een herijking van de kwalificatie van deze (en andere) praktijken. De mooiste conclusie die we kunnen verbinden aan het *Hongaarse banken*-arrest is dus dat er (naast procedurele discussies) een hoop boeiende inhoudelijke discussies in het verschiet liggen die onze kleurrijke praktijk nog volwassener en leuker kunnen maken.⁴⁸

47. Zo is er in Nederland een wettelijk systeem van verticale prijsbinding gecreëerd voor de boekensector, zie Wet van 9 november 2009, houdende regels omtrent de vaste boekenprijs, *Stb.* 2004, 600; zie ook de Mededeling van de Commissie betreffende de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, *PbEU* 2010, C 130/1, punt 226.

48. Zie ook S. MacMahon Baldwin, 'The Sisyphean quest for a clear test – on "by object" methodology, gin & tonics, and Budapest Bank', 4 mei 2020, te lezen via <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2020/05/04/the-sisyphean-quest-for-a-clear-test-on-by-object-methodology-gin-tonics-and-budapest-bank/>, waarin de zoektocht naar zekerheid over het begrip doelbeperking wordt vergeleken met de taak van Sisyphus.