Hub-and-spoke: terra incognita tussen zakelijke interactie en een ménage à trois

MR. R. ELKERBOUT LL.M.

In een speciaal themanummer over de retailsector is het eigenlijk vanzelfsprekend dat aandacht wordt besteed aan het in de mededingingsrechtpraktijk relatief jonge en interessante fenomeen van '*hub-and-spoke* kartels'. Deze bijdrage zoomt kort in op de kenmerken van dit fenomeen en het raamwerk voor de vaststelling ervan.[1]

Hoe en wat?

Hoewel er geen nauwkeurige definitie is voor een *hub-and-spoke* kartel, is kenmerkend voor deze in de spotlight staande kartelvorm dat een gemeenschappelijke leverancier/producent (de *hub*) een prijskartel tussen diens concurrerende distributeurs (de *spokes*) faciliteert, dan wel organiseert, of omgekeerd. Hub-and-spoke kartels kunnen zich in verschillende vormen manifesteren. In een typisch maar gesimplificeerd geval, wordt leverancier B voor het karretje gespannen van distributeur A die een prijsverhoging voor een product van leverancier B wil doorvoeren op voorwaarde dat distributeur C hetzelfde doet. B brengt C op de hoogte van het voornemen van A die bevestigt dat hij de prijsverhoging van A 'spontaan' zal volgen. De bevestiging van C wordt dan door B doorgegeven aan A waarmee de cirkel rond is.[2] In dit voorbeeld heeft leverancier (hub B) een relatief passieve rol. Hij fungeert slechts als doorgeefluik. B kan echter ook een meer actieve rol spelen door (al dan niet op verzoek van A) C te bewegen zijn verkoopprijzen te verhogen of nog subtieler door C te prikkelen de (verhoogde) consumentenadviesprijs te volgen.

De schade die de mededinging wordt toegebracht als gevolg van dit gedrag is evident. Door de prijsonzekerheid op kunstmatige wijze te reduceren, wordt downstreamcollusie gefaciliteerd met hogere consumentenprijzen tot gevolg. Het gaat bij hub-and-spoke kartels kortom om indirecte afspraken of een indirecte uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie tussen concurrenten, in de regel voorgenomen prijsontwikkelingen. In feite is een hub-and-spoke kartel een subtielere en vaak effectievere variant van het klassieke horizontale prijskartel. Het resultaat: prijscoördinatie zonder geheime besprekingen, maar met een – vanwege de monitorende of coördineerde rol van de gemeenschappelijke leverancier – (in theorie) grotere kans van slagen. Dit type kartel maakt de laatste jaren een opmars in de handhavingspraktijk en -prioriteiten van de Europese mededingingsautoriteiten. Hub-and-spoke kartels zijn de laatste jaren ontdekt (en in bepaalde gevallen beboet) in onder meer België, het Verenigd Koninkrijk, Frankrijk en Duitsland.

Onder welke voorwaarden?

De mededingingsrechtelijke problematiek rondom hub-and-spoke kartels is weerbarstiger dan het hiervoor gestileerde voorbeeld doet vermoeden. Zoals aangegeven, gaat het bij hub-and-spoke kartels *de facto* om informatie-uitwisseling door middel, of eigenlijk misbruik, van communicatie tussen een leverancier en zijn distributeurs. Een succesvol hub-and-spoke kartel is aldus gebouwd op een ten minste tripartite communicatielijn waarbij de twee downstreamconcurrenten niet rechtstreeks, maar zijdelings, met elkaar communiceren. Dat gemedieerde element maakt dit kartel een complexe(re) aangelegenheid. Zonder rechtstreeks contact is immers niet eenvoudig vast te stellen of daadwerkelijk sprake is van een gecoördineerd marktgedrag. Een andere complicerende factor is dat verticale contacten normaal gesproken een legitieme economische rationale hebben en dat die contacten veelvuldig kunnen voorkomen op verschillende manage-

1 Zie uitgebreid het lezenswaardige artikel van O. Odudu, 'Indirect information exchange: the constituent elements of hub and spoke collusion', *European Competition Journal* 2011, p. 205-242.

2 Vanwege de focus op de retailsector staat in dit voorbeeld de verticale communicatie tussen de distributeur en zijn leverancier ter ondersteuning van de horizontale afstemming tussen de distributeurs centraal. Het downstreamverkoopkanaal van een distributeur kan echter ook als hub worden ingezet, bijvoorbeeld door een leverancier met een sterke positie om controle te krijgen over de consumentenverkoopprijzen.

mentniveaus. Zo kan de doorgifte van prijsinformatie een pro-competitieve insteek hebben, bijvoorbeeld het zoeken van voordelen in prijsonderhandelingen. Bovendien kan de grens tussen in beginsel toelaatbare verticale communicatie, zoals het doorgeven van vrijblijvende adviesverkoopprijzen, en verboden gedragingen, zoals verticale prijsbinding, in de praktijk dun blijken. De veel gestelde vraag in de retailsector luidt dan ook onder welke omstandigheden van een hub-and-spoke kartel gesproken kan worden. Vanwege een gemis aan concreet toepasselijke Europese rechtspraak en concrete duiding in het beleid van de Commissie bestaat over dit vraagstuk vooralsnog veel onzekerheid.[3] Wie meer duidelijkheid wil moet in eerste instantie terugvallen op het raamwerk van het kartelverbod. Zoals bekend, bestaat het kartelverbod uit verschillende bouwstenen. Wil sprake zijn van een inbreuk dan moet voldaan zijn aan ten minste één formeel en één materieel criterium.

De vorm: overeenkomst of o.a.f.g.

De Commissie (of de NMa) kan een indirecte uitwisseling van prijsinformatie slechts op twee manieren vangen onder het kartelverbod, te weten als 'overeenkomst' of als 'onderling afgestemde feitelijke gedraging' ('o.a.f.g.'). Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (het 'Hof') is sprake van een overeenkomst wanneer de betrokken ondernemingen de gemeenschappelijke wil te kennen hebben gegeven zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen. Daarvan zal niet snel sprake zijn bij een indirecte informatie-uitwisseling. Een o.a.f.g. is een vorm van coördinatie tussen ondernemingen die, zonder dat het tot een overeenkomst komt, de risico's van onderlinge concurrentie vervangt door een feitelijke samenwerking. De begrippen 'coördinatie' en 'samenwerking' moeten worden gelezen in het licht van het basisprincipe van art. 101 VWEU dat iedere onderneming zelfstandig moet bepalen welk commercieel beleid zij zal voeren. Het onderscheid tussen een overeenkomst en een o.a.f.g. zit met name in de intensiteit en de vorm waarin de afstemming zich manifesteert. Een o.a.f.g. is in feite een minder volmaakte en minder concrete samenspanningsvorm dan een overeenkomst. Een o.a.f.g. is overigens niet beperkt tot horizontale relaties. Ook verticale contacten vallen binnen de reikwijdte van het concept.[4]

Het basisprincipe dat een onderneming zelfstandig moet opereren, laat onverlet dat een onderneming haar beleid op een verstandige wijze mag aanpassen aan het daadwerkelijke of te verwachten marktgedrag van haar concurrenten. Een onderneming mag *market intelligence* verzamelen. Het basisprincipe staat daarentegen wel onverbiddelijk in de weg aan elk (indirect) contact tussen concurrenten, wanneer dat contact tot doel of ten gevolge heeft dat daardoor het marktgedrag van een bestaande of potentiële concurrent wordt beïnvloed of die concurrent op de hoogte wordt gebracht van het eigen aangenomen of voorgenomen marktgedrag waardoor een heimelijke verstandhouding op de markt in de hand wordt gewerkt.

Met inachtneming van de rechtspraak van het Hof heeft het Engelse *Competition Appeal Tribunal* ('CAT') in de zaken *Toys* en *Replica Kit* geoordeeld dat retailer A, leverancier B en retailer C betrokken zijn bij één o.a.f.g. indien: (i) A zijn toekomstige voorgenomen retailprijzen openbaart aan B; (ii) redelijkerwijs voorzienbaar was dat B mogelijk gebruik zou maken van die informatie om de markt te beïnvloeden; en (iii) B die informatie doorgaf aan C.[5] Het CAT overwoog bovendien dat er een alternatieve grondslag bestaat voor het vaststellen van een o.a.f.g. tussen A, B en C, namelijk in het geval leverancier B de concurrentieactiviteiten van C aan banden legt onder druk van de klachten van A over het gedrag van C.[6] Die alternatieve grondslag is ook terug te vinden in het *Batavus*-arrest van de Hoge Raad.[7]

In hoger beroep bevestigde het *Court of Appeal* het oordeel van het CAT dat sprake was van een o.a.f.g., maar vond dat het CAT *'may have gone too far'* en formuleerde vervolgens de volgende meer subjectieve drietrapstoets: *"if (i) retailer A discloses to supplier B its future intentions in circumstances where A may be taken to intend that B will make use of that information to influence market conditions by passing that information to other retailers (of whom C is or may be one), (ii) B does, in fact, pass that information to C in circumstances where C may be taken to know the circumstances in which the information was disclosed by A to B and (iii) C does, in fact, use the information in determining its own future pricing intentions"*.[8] Bij deze toets ligt de nadruk meer op de daadwerkelijke intentie en wetenschap van de spokes bij de informatie-uitwisseling via de hub. In het recente oordeel in de *Dairy*-zaak heeft het CAT de toets van het *Court of Appeal* omarmd en toegepast.[9]

De inhoud: een beperking van de mededinging

Een o.a.f.g. (of overeenkomst) kan strijdig zijn met het kartelverbod wegens de strekking of effecten ervan. Van een

3 De Commissie schrijft in de Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van art. 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie ('VWEU') op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (de 'horizontale richtsnoeren') over het onderwerp indirecte informatie-uitwisseling slechts het volgende in punt 55: *"De uitwisseling van informatie kan in verschillende vormen plaatsvinden. Ten eerste kunnen gegevens rechtstreeks tussen concurrenten worden uitgewisseld. Ten tweede kunnen gegevens indirect worden uitgewisseld via een gemeenschappelijke instantie (zoals een brancheorganisatie) of een derde partij, zoals een organisatie voor marktonderzoek, of via de leveranciers of afnemers van de partijen."*

4 Zo heeft het Hof bepaald in het arrest van 7 juni 1983, zaak 100/80, *SA Musique Diffusion Française/Commissie, Jur.* 1983, p. 1825, punt 75 dat een leverancier een bijzondere verantwoordelijkheid heeft in zijn contacten met zijn distributeurs.

5 *JJB Sports plc. and Allsports Limited vs. Office of Fair Trading* [2004] CAT 17, punten 657 en 659 en *Argos Limited and Littlewoods Limited vs. Office of Fair Trading* [2004] CAT 24, punt 779.

6 *Ibid,* punt 664.

7 Arrest van de Hoge Raad van 16 september 2011, LJN BQ2213, punt 3.7.

8 *Argos and Littlewoods vs. Office of Fair Trading and JJB Sports vs. Office of Fair Trading* [2006] EWCA Civ 1318, punt 141.

9 *Tesco Stores Limited, Tesco Holdings Limited & Tesco plc. vs. Office of Fair Trading* [2012] CAT 31, punt 57.

mededingingsbeperkende strekking is al sprake wanneer een o.a.f.g., gelet op de juridische en economische context ervan, negatieve gevolgen *kan* hebben voor de mededinging. Die toets wordt in de rechtspraak van het Hof als het gaat om uitwisseling van informatie gekoppeld aan de potentie van de uitwisseling in kwestie om de mate van onzekerheid over de werking van de betrokken markt te verminderen of weg te nemen. Wat betreft het horizontale aspect van hub-and-spoke communicatie is het een uitgemaakte zaak dat directe prijsafstemming tussen concurrenten een mededingingsbeperkende strekking heeft. Datzelfde geldt voor de uitwisseling van toekomstige voorgenomen retailprijzen, zelfs indien *stricto sensu* geen sprake is van een uitwisseling,

De veel gestelde vraag in de retail sector luidt dan ook onder welke omstandigheden van een hub-and-spoke kartel gesproken kan worden.

maar van het stilzwijgend accepteren van een onthulling van toekomstige voorgenomen retailprijzen, en zelfs indien de uitwisseling op zichzelf staat, dat wil zeggen dat zij geen onderdeel uitmaakt van een omvangrijk kartel.[10] Bij een horizontaal contactmoment over toekomstige retailprijzen lopen ondernemingen kortom het risico dat dit contact al snel wordt beschouwd als een strekkingsbeperking.

Maar afhankelijk van de rol van de leverancier kunnen ook de separate verticale contacten in een hub-and-spoke communicatie onder de reikwijdte van het kartelverbod vallen. Dat is het geval indien de leverancier verticale prijsbinding beoogt te implementeren. Verticale prijsbinding is een praktijk waarvan wordt verondersteld dat die de mededinging beperkt en die langs verschillende wegen kan worden geïmplementeerd.[11] De meeste verfijnde manier is het aanwenden van op papier vrijblijvende adviesverkoopprijzen als een indirect communicatie- of drukmiddel. Het staat leveranciers in de regel vrij om adviesverkoopprijzen te verstrekken aan distributeurs, maar zij mogen die adviesverkoopprijzen niet met prikkels, drukmiddelen of sancties, bijvoorbeeld door te dreigen met een boycot van een distributeur, proberen af te dwingen. Daarmee verandert het karakter van een vrijblijvende adviesprijs in een verboden vorm van verticale prijsbinding.[12] De scheidslijn tussen het hanteren van adviesverkoopprijzen en een verboden vorm van verticale prijsbinding is in de praktijk vaak flinterdun, zeker wanneer naar de effecten van beide praktijken op de downstreamprijsontwikkeling wordt gekeken.

10 Zie het arrest van het Gerecht van 12 juli 2001, *Tate & Lyle e.a./Commissie*, T-202/98, T-204/98 en T-207/98, *Jur.* 2011, p. II-2035, punten 62-66. Zie ook de horizontale richtsnoeren, punt 74.

11 Zie de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, punten 48, 223 en 224.

12 Zie het nieuwsbericht van de NMa van 28 februari 2005 'NMa: verticale prijsbinding niet toegestaan' dat de NMa heeft gepubliceerd op haar website in reactie op vragen betreffende het van de voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Hertogenbosch van 10 februari 2005 in het kort gedingprocedure tussen Albert Heijn en Peijnenburg, LJN AS5628.

Afsluitende opmerkingen

De opkomst van op het oog minder kwalijke mededingingsregelingen, zoals een hub-and-spoke kartel, illustreert dat kartellisten slimmer worden. Traditionele clandestiene prijsafspraken laten sporen na en de monitoring alsook de handhaving van de illegale afspraken kan voor problemen zorgen. Een succesvol opererend hub-and-spoke kartel kan uitkomst bieden voor berekenende kartellisten die geen vuile handen willen maken, maar wel hun prijzen willen verhogen. Dat mededingingsautoriteiten zich in toenemende mate focussen op deze kartelvorm is dan ook begrijpelijk. Het juridische raamwerk omvat echter nog veel onzekerheden, in het bijzonder als het gaat om de bewijsstandaard en de grens tussen het verzamelen van market intelligence en de (onvermoede) deelname aan een hub-and-spoke kartel. Het is jammer dat de horizontale richtsnoeren geen uitsluitsel geven over de juridische toets en de omstandigheden waarin indirecte informatie-uitwisselingen onder het kartelverbod vallen. Het is daarom geen sinecure om het kaf van het koren te scheiden. Ondernemingen doen er gelet op hun verplichting tot *self-assessment* goed aan om een trapsgewijze rangschikking te maken van de risico's van verschillende verticale informatiestromen binnen hun organisatie. Daarbij geldt dat het risico op een overtreding van het kartelverbod het grootst is wanneer sprake is van een systematische en wederkerige uitwisseling van toekomstige prijsinformatie via een bereidwillige hub of indien de doorgifte van prijsinformatie leidt tot toezeggingen over het hanteren van een bepaald prijsniveau. Hoe men de risico's van verticale communicatie met 'grijzere' kenmerken moet inschatten, is een lastigere klus. In de praktijk kan die onzekerheid de deur openen voor vage clementieverzoeken van ondernemingen en hun advocaten die moeite hebben om 'echte' hub-and-spoke kartels te onderscheiden van legitieme informatie-uitwisselingen.[13] In de hedendaagse wereld van de rekbare begrippen 'o.a.f.g.' en 'strekkingsbeperking' en mededingingsautoriteiten die moeten scoren kan dit tot ongewenste situaties leiden. Het is bijvoorbeeld bepaald niet ondenkbaar dat een onderneming die eenmalig informatie via een derde heeft verkregen over de toekomstige prijzen van een concurrent ineens betrokken is bij een 'kartel', zelfs indien die onderneming die informatie niet heeft gebruikt of indien die prijsinformatie reeds bekend was bij afnemers. Het is te hopen dat er spoedig iets meer duidelijkheid komt over de grenzen van indirecte informatie-uitwisseling en dat mededingingsautoriteiten in de tussentijd waken voor formalisme en *over-enforcement*.

Over de auteur
Mr. Ruben Elkerbout LL.M. is advocaat bij Stek en vaste medewerker van dit tijdschrift.

13 De ECN heeft in november 2012 het zogeheten Model Clementieprogramma aangepast om onder meer duidelijk te maken dat onder de term 'geheim kartel' ook hub-and-spoke kartels kunnen vallen.