

Het uitwisselen van informatie tussen ondernemingen is aan strenge regels gebonden. Zorg dat u niet in botsing komt met de ACM.

Mededingingswet

Verboden informatie-uitwisseling

Mededingingsautoriteiten, zoals de Europese Commissie en de Autoriteit Consument & Markt (“ACM”) hebben steeds meer belangstelling voor de uitwisseling van informatie tussen ondernemingen. Dit betreft zowel informatie-uitwisseling tussen concurrenten als informatie-uitwisseling tussen niet-concurrerende bedrijven, zoals leveranciers en afnemers. In beide gevallen kan dit soms in strijd zijn met het kartelverbod zoals bepaald in artikel 6 Mededingingswet en artikel 101 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Mededingingsautoriteiten kunnen hiervoor hoge (persoonlijke) boetes opleggen, tot maximaal 10% van de (concern) jaaromzet.

Een voorbeeld van verboden informatie-uitwisseling is de boete van meer dan 60 miljoen euro die de Europese Commissie heeft opgelegd aan bananenimporteurs Dole en Del Monte/Weichert. De importeurs wisselden bilateraal referentieprijzen voor bananen in het noordelijke deel van Europa uit. Een vergelijkbare zaak is de boete van meer dan 600 miljoen euro die de Europese Commissie aan deelnemers in het badkamersanitair-kartel heeft opgelegd. Gedurende dit kartel zouden di-

verse deelnemers tijdens een vergadering van de branche-organisatie gedetailleerde zakelijke informatie hebben bekendgemaakt. Zo had Villeroy & Boch medegedeeld dat haar uitvoer toenam, er een extra groei van 5% in Duitsland werd verwacht en dat haar omzet in het afgelopen boekjaar met 5,5 procent was gestegen. De overige deelnemers maakten vergelijkbare informatie bekend tijdens de vergadering. De wijze waarop mededingingsautoriteiten omgaan met informatie-uitwisseling is sterk aan verandering onderhevig. In dit artikel worden de laatste ontwikkelingen en belangrijkste tips besproken.



Uitgangspunt

Uitwisseling van informatie tussen bedrijven is in beginsel niet verboden. Sterker nog, het is vaak nodig in het kader van een handelsrelatie, zoals een distributiecontract tussen een producent en een distributeur of retailer. Zelfs de uitwisseling van informatie tussen concurrenten wordt in beginsel geacht pro-competitief en efficiëntiebevorderend te zijn. Zo kan het bedrijven bijvoorbeeld toegang geven tot informatie die daarvoor niet voor hen toegankelijk was (waardoor zij beter kunnen presteren). Ook kunnen bedrijven wellicht beter inspelen op marktontwikkelingen (zoals nieuwe



technologieën). Tevens kan informatie-uitwisseling tot efficiëntieverbeteringen of kostenbesparingen leiden doordat bedrijven zich kunnen vergelijken met anderen (via een benchmark) en bepaalde kosten kunnen vermijden.



Risico's

Uitwisseling van informatie kan de concurrentie echter ook beperken. Dit is het geval indien het inzicht geeft in (individuele) marktstrategieën van concurrerende bedrijven, waardoor de gewenste onzekerheid over het marktgedrag kan verdwijnen. Hierbij moet u denken aan de uitwisseling van concurrentiegevoelige (lees: (bedrijfs)strategische) informatie over bijvoorbeeld prijzen en klanten. Deze uitwisseling kan op verschillende manieren plaatsvinden: rechtstreeks, via een gezamenlijke instantie (zoals een branchevereniging) of via een derde (een onderzoeksbureau of een leverancier/afnemer). Zelfs het eenzijdig of eenmalig doorgeven van informatie kan al verboden zijn. Een bedrijf dat concurrentiegevoelige informatie van zijn concurrent ontvangt wordt geacht dit te hebben aanvaard en zijn marktgedrag te hebben aangepast, tenzij hier expliciet afstand van is genomen.



Benchmark

Het is ondernemingen toegestaan hun prestaties met elkaar te vergelijken (benchmarking) en hiervoor informatie uit te wisselen, mits deze informatie niet herleidbaar is tot individuele bedrijven of de informatie niet actueel is (ouder dan 1 jaar). Het is bedrijven ook toegestaan informatie bij derden, zoals

een marktonderzoeksbureau in te kopen. Dit kan ook gezamenlijk, mits andere concurrenten niet worden benadeeld (bijvoorbeeld omdat de informatie essentieel is om op de markt actief te zijn) en de gezamenlijk inkoop geen doorgeefluik van concurrentiegevoelige informatie betreft. Bedrijven moeten wel terughoudend zijn bij het gezamenlijk bespreken en verwerken van de resultaten. Zo mag er bijvoorbeeld geen gezamenlijke conclusie getrokken worden over het gewenste prijsbeleid.



Commerciële samenwerking

Voor bedrijven die op legitieme wijze met elkaar samenwerken, zoals in het geval van distributie, franchise of een productiesamenwerking (joint venture) is het veelal noodzakelijk om informatie met elkaar te delen. Dit is toegestaan, zelfs als de bedrijven concurrenten van elkaar zijn. In dit laatste geval is het wel verstandig alleen die informatie te delen die noodzakelijk is voor de samenwerking. De informatie-uitwisseling mag niet tot een heimelijke afstemming of concurrentievervalsing leiden (zoals een afspraak over de verkoopprijs of een verdeling van klanten). Om ieder risico te vermijden kan worden overwogen een geheimhoudingsclausule of samenwerkingsprotocol op te stellen om te verzekeren dat de informatie niet voor andere doeleinden mag worden gebruikt.



Hub and spoke

Het is concurrenten (ook) niet toegestaan om concurrentiegevoelige informatie via derden uit te wisselen. Denk hierbij aan prijsinformatie van





een concurrent die via een klant of leverancier wordt gedeeld. Een voorbeeld is een “belronde” van een leverancier naar zijn distributeurs over de voorgenomen verkoopprijzen van andere distributeurs (of andersom). Ook dit kan de onzekerheid over het marktgedrag tussen concurrenten wegnemen en wordt een hub and spoke (spaaakwiel) kartel genoemd. Dit betreft een (meer) subtiele en effectieve vorm van collusie zonder dat er rechtstreeks contact tussen concurrenten is. Deze samenspanning is juridisch complexer dan de “klassieke kartels” waarbij rechtstreeks prijsafspraken worden gemaakt. Contact tussen een leverancier en een distributeur is in beginsel legitiem. Het doorgeven van prijsinformatie kan ook onderdeel van gebruikelijke (inkoop)onderhandelingen (“leuren met offertes”) en juist pro-competitief zijn. De grens tussen het verzamelen van marktinformatie en afstemming van gedrag is hierdoor niet altijd eenvoudig te trekken. Van doorslaggevend belang om te spreken van een hub and spoke kartel is dan ook de wetenschap van de bedrijven en de context van de uitwisseling. Het moet voldoende aannemelijk zijn dat partij A informatie aan partij B geeft met het oog op doorgifte aan partij C (concurrent van partij A). Ook moet vaststaan dat partij B de informatie heeft doorgegeven en dat partij C van de achtergrond hiervan op de hoogte is. Tevens moet vaststaan dat partij C de informatie ook heeft gebruikt. Dit is een relatief zware toets.



Signalling

Een relatief nieuw fenomeen is het zogenoemde signalling (vlaggen).

Het is bedrijven in beginsel toegestaan publieke uitlatingen te doen over hun beleid of marktstrategie (bijvoorbeeld via de pers of vakbladen). Dit ligt echter genuanceerder indien concurrenten hierop reageren en de uitlatingen onderdeel uitmaken van een mogelijke strategie om (alsnog) tot coördinatie van marktgedrag te komen. Ook signalling is juridisch complex. Uit de wet en rechtspraak vloeit voort dat voor een overtreding van het kartelverbod (wederkerig) contact tussen bedrijven is vereist dat tot een beïnvloeding van marktgedrag kan leiden. Het is de vraag of het verbod wel van toepassing kan zijn als van (echte) coördinatie of afstemming van gedrag geen sprake is geweest. Ook is nog

onduidelijk welke informatie hier precies onder kan vallen en wat onder publieke uitlatingen moet worden verstaan. Tevens is nog onduidelijk of en hoe concurrenten geacht worden afstand van publieke uitlatingen te moeten nemen. De Europese Commissie is een onderzoek gestart naar signalling in de containerlijnvaart, wellicht dat deze zaak meer duidelijkheid zal brengen in dit vraagstuk.



Prijsindexen

Toezichtouders hebben de laatste tijd ook veel belangstelling voor prijsindexen en prijsnoteringen.

Steeds vaker worden er boetes opgelegd aan bedrijven die proberen dergelijke indexen of noteringen te manipuleren. Een voorbeeld zijn de boetes die door de Europese Commissie aan verschillende banken zijn opgelegd voor het beïnvloeden van de interbancaire rentetarieven (o.a. Libor en Euribor). Ook loopt er een onderzoek van de Europese Commissie naar mogelijke manipulatie van prijsindexen in de olie- en biobrandstofsector. Daarnaast onderzoekt ACM momenteel verschillende prijsindexen, waaronder in de agrarische sector. Of hierbij sprake is van een overtreding van de mededingingsregels zal onder meer afhangen van de opzet van de prijsindex, de informatie die wordt gedeeld en vooral het doel of effect van de prijsindex.



Tips

Om het risico op overtreding van het kartelverbod en een boete te voorkomen is het verstandig voorzichtig te zijn met het verstrekken van concurrentiegevoelige informatie aan concurrenten (ook via derden). Verstrek alleen informatie voor zover noodzakelijk en bouw indien mogelijk waarborgen in om verboden uitwisseling tegen te gaan (bijvoorbeeld door een non-disclosure agreement te sluiten). Neem direct en expliciet afstand van concurrentiegevoelige informatie die onnodig van een concurrent (ook via derden) wordt verkregen. Leg dit indien mogelijk schriftelijk vast (in ieder geval intern). ■

► **Martijn van de Hel** is partner bij **Maverick Advocaten**.

Jos Gielen is advocaat bij **Maverick Advocaten**.



“Wissel alleen noodzakelijke informatie uit en bouw waarborgen in om verboden uitwisseling tegen te gaan.”