



TOP GUNS IN HET MEDEDINGINGSRECHT

Paul Lugard won tien jaar geleden de Gouden Peer mededingingsrecht, Martijn van de Hel kreeg de Gouden Stoopeer. In Brussel praten ze over belangrijke ontwikkelingen in hun vakgebied en hun verwachtingen. Een mijlpaal voor allebei was de start van een eigen mededingingspraktijk. Lugard richtte voor het internationale advocatenkantoor Baker Botts een mededingingsvestiging in Brussel op en Van de Hel startte nichekantoor Maverick Advocaten in Amsterdam.



Martijn van de Hel (40) vindt het geen bezwaar om van Amsterdam naar Brussel te reizen, waar Paul Lugard (53) sinds 2012 werkt, vlakbij het gebouw van de Europese Commissie. Het is een goede gelegenheid voor de juristen, die elkaar in 2010 leerden kennen bij ondernemersorganisatie International Chamber of Commerce, om weer eens bij te praten. En zo is Van de Hel weer even in de stad waar hij vier jaar als advocaat werkte bij CMS Derks Star Busmann. Zijn Gouden Stoofpeer is voor de gelegenheid meegereisd in zijn werktafel.

SPRINGPLANK

Tot 2011 was Lugard hoofd van de sectie mededingingsrecht van het corporate legal department van Philips. Naast het begeleiden van M&A transacties, het adviseren over mededingingsrechtelijke onderwerpen zoals distributievraagstukken, IP licentieverlening en standaardisatie, hield hij zich bezig met het implementeren van complianceprogramma's. Met plezier kijkt hij op terug op deze baan en de samenwerking met veel oud-collega's, met wie hij nog steeds bevriend is. "Ik heb er veel geleerd. Zonder die ervaring was ik niet bij Baker Botts beland." Terug naar de advocatuur waarin hij vroeger werkte was geen vooropgezet plan, maar na ruim tien jaar Philips was hij toe aan iets nieuws. Hij doceerde enige tijd aan de Universiteit Tilburg, tot hij in 2012 werd gevraagd om met advocate Catriona Hatton een mededingingspraktijk voor Baker Botts in Brussel op te zetten. Het kantoor, dat wereldwijd ongeveer 725 advocaten telt, richt zich in Brussel op internationale mededinging, handelszaken en procedures bij de EU-hoven. Lugard adviseert onder meer ondernemingen in de olie- en gassector en hightechbedrijven. Onlangs heeft hij de goedkeuringen ontvangen voor de overname van Formula 1 door Liberty Media.

Van de Hel werkte na CMS Derks Star Busmann bij Boekel De Nerée, waar hij snel partner kon worden en de mededingingspraktijk mocht uitbreiden. "Een mooie springplank naar een eigen kantoor." Met advocaten Bas Braeken en Diederik Schrijvershof zag hij ruimte in de markt voor een nichekantoor in mededingingsrecht. Met 'maverick' wordt in het mededingingsrecht een partij bedoeld die niet per definitie groot is, maar met zijn aanbod wel belangrijk voor de concurrentie op een markt. Veel mensen denken bij de naam ook aan F-14 piloot Maverick, gespeeld door Tom Cruise, die in de Amerikaanse actiefilm *Top Gun* heldendaden verricht. Toen Maverick Advocaten in november 2016 verhuisde huurde het drie Cessna's met daarachter de tekst *Maverick requesting a flyby* en het verhuisbericht. De toestellen vlogen drie uur in de lucht, met als

toegift twintig rondjes boven de Zuidas. Een idee dat aan de kantine tafel ontstond. "Het leuke van een eigen kantoor is dat het dan ook meteen gebeurt."

Lugard vraagt zich af of zo iets ook mogelijk zou zijn bij Baker Botts. "Wij zitten misschien wat meer vast aan tradities." Het kantoor is 178 jaar geleden opgericht in de Verenigde Staten. "Toen was er nog geen mededingingsrecht in Amerika!", zegt Van de Hel.

ALTERNATIEVE HANDHAVING

Inmiddels is het mededingingsrecht niet meer weg te denken uit het economische leven en met de globalisering van de economie is het steeds internationaler geworden. Het raakt niet alleen private bedrijven, maar ook overheden en branche- en beroepsorganisaties. De Europese Commissie en vooral de Autoriteit Consument & Markt (ACM) hebben de laatste jaren meer bevoegdheden gekregen. Zo mogen de toezichthouders on-aangekondigd bedrijven bezoeken en onderzoeken. Bij overtreding kunnen ze hoge boetes opleggen.

Het is tijd om kritisch te kijken naar de steeds zwaardere administratiefrechtelijke sancties met hoge boetes, stelde Lugard in 2007 in *Mr. Dat* vindt hij nog steeds. "Het vakgebied is complexer geworden. Er zijn internationaal steeds meer mededingingsautoriteiten die zich roeren. Ik ben nog altijd voorstander van mededingingsrecht en van sancties, maar hoge boetes zullen niet tot meer compliance leiden. Het gaat erom dat er zodanig *incentives* voor ondernemingen worden gecreëerd dat er geen kartelvorming plaatsvindt." Volgens hem is er nu een mismatch tussen het sanctiearsenaal en wat het mededingingsrecht beoogt te bereiken. Toezichthouders als ACM leggen niet alleen straffen op, maar treden ook vaker proactief op, om knelpunten in de

**"IK BEN NOG
STEEDS VOOR
SANCTIES, MAAR
HOGE BOETES
LEIDEN NIET TOT
MEER COMPLIANCE"**

PEERS REVIEWED

Tien jaar geleden begon Mr. met het uitreiken van de Gouden Peer en de Gouden Stoofpeer. De winnaars werden bepaald door *peer judgement*. Twintig vooraanstaande juristen op een bepaald rechtsgebied kozen de beste uit hun midden – die won de Gouden Peer. De beste jurist onder de 30 jaar kreeg de Gouden Stoofpeer. In de serie *Peers reviewed* spreken we een aantal koppels van Peer en Stoofpeer. Wat is er sinds de uitreiking van de peren veranderd op hun rechtsgebied, en welke ontwikkelingen staan op stapel? Hoe is het henzelf sindsdien vergaan?



markt op te lossen. Steeds vaker maken ze gebruik van alternatieve handhavingsinstrumenten. Ze bieden bijvoorbeeld partijen de mogelijkheid om een kartelzaak te schikken of een toezegging te doen. ACM zit hiermee op het goede pad, vindt Lugard. “Maar alternatieve handhaving moet wel met waarborgen omkleed zijn.” Dit geldt ook voor handhaving door de Europese Commissie. “Vooral in de laatste vijf à zeven jaar heeft de Europese Commissie veel *commitment decisions* genomen, een soort schikkingen. De van overtreding verdachte partij wordt verplicht het gedrag te veranderen, maar er wordt geen overtreding vastgesteld en geen boete opgelegd. Op deze grote discretionaire bevoegdheid van de Commissie is ook weinig rechterlijk toezicht. Hierover is terecht veel zorg.” Van de Hel, die veel ervaring heeft met kartelonderzoeken door ACM en de Europese Commissie, verwijst naar een besluit van ACM uit 2013 over de mobiele operators KPN, T-Mobile en Vodafone. ACM constateerde dat publieke uitlatingen van deze telecombedrijven over toekomstig marktgedrag mogelijk mededingingsrisico’s opleverden.

Het ging om publieke uitlatingen op congressen en in vakbladen over voorgenomen prijsverhogingen en verslechteringen van commerciële voorwaarden voor consumenten, zonder dat hierover intern definitief was beslist. De telecombedrijven hadden aan ACM toegezegd zulke uitlatingen niet meer te doen. “ACM gaf later toe dat het de vraag is of zij dit mededingingsrechtelijk had kunnen aanpakken. Dit lijkt op een oprekking van het kartelverbod. Veel bedrijven zullen gehoor geven aan de ACM-oproep, hoewel ze dat niet hoeven te doen. Dit zorgt voor ongewenste precedentwerking.”

HARDCORE BEPERKING

In binnen- en buitenland richten toezichthouders zich de laatste tijd steeds meer op de zogeheten ‘verticale overeenkomsten’ tussen leveranciers en afnemers en dan vooral op internetverkoop. In februari dit jaar startte de Europese Commissie onderzoeken naar onder meer touroperators en vier producenten van consumentenelektronica, waaronder Philips. Zij worden ervan verdacht dat ze

GOUDEN PEER PAUL LUGARD

Paul Lugard was van 1991 tot 1995 advocaat bij Trenité Van Doorne in Rotterdam, waarna hij in dienst trad bij Philips International in Eindhoven. Van 2005 tot 2011 was hij hier senior vice-president en Head of Antitrust. Sinds augustus 2012 is hij partner bij Baker Botts in Brussel.

Lugards praktijk richt zich vooral op concentratiecontrolezaken, complexe distribu-



tie- en IP licentieverleningskwesities en strategische samenwerking tussen bedrijven. Lugard was van 2011 tot en met 2013 voorzitter van de Vereniging voor Mededingingsrecht en is onder meer voorzitter van de Commission on Competition van de International Chamber of Commerce en vice-voorzitter van de Business and Industry Advisory Committee (BIAC) bij de OECD.

een vaste of minimumprijs opleggen aan online distributeurs. In verschillende lidstaten hebben de mededingingsautoriteiten e-commerce- en e-tailingbedrijven beboet. Van de Hel: “Vooral Duitsland is kampioen-oplegger van boetes en je ziet het bijvoorbeeld ook in Oostenrijk, Frankrijk en Engeland, maar in Nederland niet.” Wel publiceerde ACM in april 2015 en eind 2016 haar standpunt over dit onderwerp, onder meer in *Het toezicht van ACM op verticale overeenkomsten*. Lugard sluit niet uit dat het beleid ook in Nederland strikter wordt, zeker nu consumentenbescherming een prioriteit van ACM is geworden.

Een distributiecontract mag geen *hardcore* beperking bevatten. Hierbij gaat het vaak om afspraken die direct of indirect tot doel hebben de prijzen bij verkoop aan derden vast te stellen, de productie of verkoop te beperken of klanten aan een specifiek distributiekanaal toe te wijzen. Zo beboette de Duitse mededingingsautoriteit sportkledingproducent ASICS in 2015 voor het opleggen van verkoopbeperkingen. Volgens Lugard is op die beslissing wel wat af te dingen is en Asics stelde beroep in bij het *Oberlandesgericht* Düsseldorf. Lugard en Van de Hel hopen ook dat er snel meer duidelijkheid is over de vraag of leveranciers hun distributeurs kunnen verbieden om producten via platforms als Amazon of eBay aan te bieden. Producenten van bijvoorbeeld luxegoederen doen dit vaak om de kwaliteit van hun producten en dienstverlening te waarborgen en hun *brand image* te beschermen. Het is de vraag of zo’n door leveranciers opgelegd platformverbod een *hardcore* beperking is. In een procedure over een vergelijkbare kwestie heeft het *Oberlandesgericht* Frankfurt am Main vorig jaar in de Coty-zaak prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie van de EU. In deze procedure stelde de Europese Commissie dat een verbod om producten via online platforms te verkopen geen *hardcore* beperking is. “De beslissing van het Hof kan voor een grote omwenteling

zorgen voor selectieve distributiesystemen”, zegt Lugard. “Iedereen kijkt er met belangstelling naar uit.”

ONVOORSPELBARE UITKOMSTEN

Een belangrijke discussie die in Europa wordt gevoerd gaat over *fairness*, aldus Lugard. “Eurocommissaris Margrethe Vestager van Mededinging heeft gesuggereerd dat *fairness* een soort leidend principe moet zijn. Het mededingingsbeleid zou vooral moeten leiden tot uitkomsten die redelijk en billijk zijn.” Hij is het hiermee “pertinent oneens”. “Wat betekent het dat een bedrijf als Google *fair* moet zijn?” Mededingingsrecht is volgens hem belangrijk om markten zodanig te organiseren dat er *consumer benefits* zijn. “Wanneer je een eenvoudiger paradigma toepast, zoals *fairness* of *neutrality*, leidt dit dan tot diezelfde benefits? Nu geldt een analytisch, economisch kader in het mededingingsrecht. Wordt *fairness* een leidend principe, dan laat je dit kader los, met volstrekt onvoorspelbare uitkomsten tot gevolg.”

Bezorgd is hij ook over “de worsteling” van de Europese Commissie met innovatie-gerelateerde onderwerpen, vooral bij het toezicht op fusies en overnames. Het is de taak van de Commissie om te beoordelen of de omzet van de betrokken ondernemingen bepaalde drempels overschrijdt en om fusies te voorkomen die mededinging significant belemmeren. Lugard verwijst naar de beoogde fusie tussen dienstverleners in de oliesector Halliburton en Baker Hughes. Volgens de Amerikaanse en Europese mededingingsautoriteiten stond hiermee een te machtige dienstverlener, waardoor de concurrentie beperkt werd en de prijzen te hoog zouden kunnen worden. De bedrijven besloten de fusie in mei 2016 af te blazen. “Als deze partijen samen technologie ontwikkelen die we over vijftig jaar nodig hebben omdat olie en gas dan schaars zijn, zijn we dan nu niet bezig om innovatie de nek om te draaien? Je ziet ver-

“EEN BELANGRIJKE DISCUSSIE DIE MOMENTEEL IN EUROPA WORDT GEVOERD GAAT OVER FAIRNESS”

GOUDEN STOOFPEER MARTIJN VAN DE HEL

Martijn van de Hel studeerde net als Paul Lugard rechten in Groningen en werkte van 2001 tot 2011 als advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek, CMS Derks Star Busmann en Boekel De Nerée, waar hij in 2011 partner werd. In 2013 richtte hij met twee andere advocaten Maverick Advocaten op in Amsterdam, waar hij partner is. Van de Hel heeft veel ervaring met kartelonderzoeken. Hij adviseert ondernemingen



in tal van sectoren onder meer over samenwerkingsvormen als joint ventures en distributie- en franchiseovereenkomsten. Ook adviseert hij ondernemingen en overheidsinstellingen onder andere over staatssteun en oneerlijke concurrentie door de overheid.

Van de Hel heeft specifieke kennis over het verbod op misbruik van machtspositie en ervaring in gereguleerde sectoren.

gelijkbare kwesties in de farmaceutische industrie. Het is een algemeen probleem waarover de Europese Commissie een duidelijke visie moet ontwikkelen.”

Van de Hel signaleert belangrijke ontwikkelingen ten aanzien van *big data*. Mededingingsautoriteiten proberen steeds meer grip te krijgen op de vraag hoe ze hiermee moeten omgaan. Concurrenten hoeven elkaar niet meer persoonlijk te ontmoeten om prijsafspraken te kunnen maken. “Stel dat bedrijven dit kunnen overlaten aan algoritmes?” De eerste zaken dienden zich al aan. Het Amerikaanse Department of Justice stelde in 2015 een kartelvervolgung in ten aanzien van de online verkoop van posters. De betrokken ondernemingen zouden algoritmes hebben gebruikt om hun overeenkomst te implementeren en om bij de online verkoop een prijsniveau vast te stellen. “Het is lastig, zo niet onmogelijk, dergelijk gedrag met succes als een kartelafsprake te bestraffen. Parallel marktgedrag is volgens vaste rechtspraak niet verboden. Toch kan de inzet van algoritmes ervoor zorgen dat concurrenten een gemeenschappelijk prijsniveau bereiken. Hier ligt een uitdaging voor de mededingingsautoriteiten.”

KARTELSCHADE

Van de Hel adviseert ondernemingen over schadeclaims naar aanleiding van kartels, de zogeheten *follow-on claims*. Deze claims kunnen volgen op een beschikking van de Europese Commissie of een nationale mededingingsautoriteit. Het zijn complexe zaken. Vaak is lastig vast te stellen welk recht van toepassing en welke rechter bevoegd is. Hij verwacht dat de kartelschaderichtlijn, die in december 2016 in Nederland in werking is getreden, voor meer uniformiteit en duidelijkheid zal zorgen. De richtlijn geeft duidelijkheid ten aanzien van onder meer verjaring, het bestaan en doorberekening van schade

en bewijsvergaring.

Van der Hel's kantoor is betrokken bij verschillende kartelschadezaken. Zo treedt het in de zogeheten Air Cargo-zaak op namens British Airways in een van de Nederlandse schadeprocedures. “Bij de regiezitting afgelopen zomer waren vijftig advocaten aanwezig.” In de onderliggende kartelprocedure bepaalde het Gerecht van Eerste Aanleg van het Europese Hof van Justitie op 16 december 2015 dat de Europese Commissie in 2010 een inconsistente beschikking heeft afgegeven. Bij deze beschikking werden wereldwijd luchtvaartmaatschappijen voor bijna achthonderd miljoen euro beboet voor het maken van prijsafspraken, met name waar het ging om toeslagen, zoals de brandstoftoeslag. Daarnaast dreigden gedupeerde verladers in tal van civiele procedures nog veel hogere bedragen te eisen. Een nieuwe boetebeschikking van de Europese Commissie wordt binnenkort verwacht.

STIMULEREND

Big data, kartelschadezaken, de toenemende aandacht van toezichthouders op kartels: deze en andere ontwikkelingen zullen hun werk interessant blijven maken, verwachten Lugard en Van de Hel. “Ik vind het stimulerend om betrokken te zijn bij een kantoor dat het heel goed doet en concurreert met de Magic Circle en andere grote Amerikaanse kantoren, en waar inmiddels zestien mededingingsadvocaten uit allerlei windstreken werken”, zegt Lugard. Van de Hel wil met zijn collega's van Maverick het beste mededingingsrechtkantoor van Nederland maken. Hij wijst uit het raam. “Over tien jaar beginnen we misschien een kantoor aan de overkant”, lacht hij. Iets later, als hij buiten op de stoep zijn tas controleert, lacht hij even niet meer. Hij is zijn Gouden Stooftpeer vergeten en moet rennen voor zijn trein. ■

**“STEL DAT
BEDRIJVEN HET
MAKEN VAN
PRIJSAFSPRAKEN
KUNNEN OVERLATEN
AAN ALGORITMES?”**