

Vergaderjaar 1999–2000

22 093

Mededingingsbeleid

Nr. 11

BRIEF VAN DE MINISTER VAN ECONOMISCHE ZAKEN

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

's-Gravenhage, 27 juni 2000

Hierbij informeer ik u over de **ontwikkelingen op het terrein van het Europese mededingingsbeleid**. Naast deze brief ontvangt u op zeer korte termijn mijn bevindingen op het jaarverslag van de NMa.

Inleiding

Zoals we vorig jaar al een aantal malen hebben besproken, heeft de Europese Commissie een aantal interessante initiatieven ondernomen om het Europese mededingingsbeleid ingrijpend te herzien.

De Europese Commissie heeft met de publicatie van het Witboek Modernisering op 28 april 1999 de aftrap gegeven voor een verstrekkende reorganisatie van het handhavingssysteem. Tegelijkertijd vernieuwt de Commissie het mededingingsbeleid inhoudelijk. Zowel door de reeds afgeronde herziening van het stelsel voor verticale mededingingsafspraken, die is ingegaan op 1 juni van dit jaar, als door de herziening van de groepsvrijstellingsverordeningen voor horizontale mededingingsafspraken, die wordt voorzien per 1 januari 2001. Daarnaast is de Commissie actief op het terrein van de concentratiecontrole. De Commissie streeft niet alleen naar een versimpeling van de bestaande procedures voor toetsing van concentraties, maar is ook begonnen met de evaluatie van de huidige omzeldrempels.

Op al deze terreinen lever ik een inbreng, in goede samenwerking met de NMa en op basis van uitgebreide consultaties met het bedrijfsleven (m.n. VNO-NCW) en andere ministeries.

Daarbij staat voorop dat de handhaving van het Europese mededingingsbeleid effectiever wordt. Wat mij betreft dienen werkelijk schadelijke beperkingen van de mededinging harder te worden aangepakt. Dit vind ik het belangrijkste oogmerk van de bovengenoemde moderniserings-exercitie, die ik om die reden in beginsel steun.

Een effectief mededingingsbeleid schept tegelijkertijd ruimte voor afspraken en concentraties die de economie juist ten goede komen. Ik

denk daarbij bijvoorbeeld aan bepaalde vormen van horizontale samenwerking, zoals innovatie door onderzoek en ontwikkeling (O&O). Beide uitgangspunten vind ik te meer belangrijk in de context van de conclusies van de recente Lissabon Top, waarin wordt gesteld dat zowel de handhaving van het mededingingsbeleid moet worden versterkt, als de introductie van ICT dient te worden gestimuleerd.

Tenslotte vind ik het van zeer groot belang dat het Europese mededingingsbeleid geen onnodige last voor ondernemingen veroorzaakt. De nieuwe economische benadering t.a.v. verticale afspraken houdt in dat afspraken zijn vrijgesteld, waarvan bij voorbaat vaststaat dat die de mededinging niet onnodig beperken en dat ze de consument ten goede komen. Deze afspraken hoeven ook niet meer vooraf te worden gemeld, wat een vermindering van administratieve lasten voor ondernemingen betekent. Dit geldt bij voorbaat voor alle afspraken die een marktaandeel hebben onder de 30%, mits aan bepaalde voorwaarden wordt voldoen, o.a. dat ze geen zgn. hard-core clauses (ernstige mededingingsbeperkende afspraken zoals prijsafspraken of een verdeling van de markt) bevatten.

Hieronder wordt op de vier terreinen, witboek modernisering, verticale mededingingsafspraken, horizontale mededingingsafspraken en concentratiecontrole, nader ingegaan.

Modernisering

Op 28 april 1999 heeft de Europese Commissie haar witboek tot modernisering van het handhavingssysteem voor het Europese mededingingsrecht gepubliceerd.¹ De discussie wordt vooralsnog gevoerd op werkgroepniveau, waarbij de verschillende reacties van lidstaten² en van belanghebbenden worden meegenomen.

Ik verwacht in het najaar de eerste concrete voorstellen. In het meest optimistische scenario wordt het nieuwe systeem op 1 januari 2003 ingevoerd.

De Commissie weet dat Nederland in beginsel positief staat tegenover de voorstellen, die inhouden dat de artikelen 81 en 82 van het EG-verdrag in hun geheel direct werken. Zij noemt dit een systeem van wettelijke uitzondering (exception légale). In meer praktische zin behelst de invoering van dit systeem:

- a het afschaffen van het aanmeldings- en ontheffingssysteem,
- b de decentrale toepassing van artikel 81 EG-verdrag in zijn geheel, dit wil zeggen inclusief de bevoegdheid om ontheffingen te verlenen, door nationale rechters en door nationale mededingingsautoriteiten, alsmede
- c de versterking van de ex-post controle.

Hierdoor wordt de effectiviteit van de handhaving vergroot, terwijl de administratieve lasten verminderen. Maar er zijn ook risico's op terreinen als consistentie van de handhaving en de rechtszekerheid. Daarom moet wat mij betreft worden voldaan aan een aantal belangrijke voorwaarden, die Nederland in de recente discussies heeft ingebracht.³

¹ Europese Commissie, Witboek betreffende de modernisering van de regels inzake de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag, programma van de Commissie van 28 april 1999.

² Zie voor de Nederlandse reactie mijn brief van 7 september 1999, TK 22 112 nr. 127.

³ Zie hiervoor mijn hierboven genoemde brief.

Wanneer het aanmeldings- en ontheffingssysteem vervalt, wordt de controle achteraf door de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten het belangrijkste instrument om ongewenste kartels op te sporen en aan te pakken. Om dit systeem goed te laten werken, moeten de mogelijkheden voor ambtshalve onderzoek ingrijpend en zichtbaar worden verbeterd. De Commissie wil daartoe vooral de onderzoeksbevoegdheden van de eigen ambtenaren verbeteren, de rechten van de verdediging beter vastleggen en de procedures voor klachten verbeteren.

Dat zijn drie belangrijke elementen van een verbeterde ex post controle, die de Commissie beter in staat stellen schadelijke kartels succesvol op te sporen en aan te pakken. Met name klachten zullen een grote rol spelen in het nieuwe systeem. Maar het is nog de vraag of deze voorstellen ook voldoende zijn om de pakkans voor schadelijke kartels aanzienlijk te vergroten.

Ik vind dat ook serieus moet worden nagedacht over andere manieren om aan bewijsmateriaal te komen, zoals door een verbetering van het Europese «leniency programme». Dit staat voor sanctievermindering of zelfs kwijtschelding voor spijtoptanten (deelnemers aan een verboden kartel, die de autoriteiten informeren over dit kartel). Tevens zouden we goed moeten nadenken over mogelijkheden op Europees niveau om informanten te belonen en om adequate bescherming te bieden aan klokkenluiders, «whistle blowers», term die met name wordt gebruikt voor werknemers die de autoriteiten informeren over onoorbare praktijken van het eigen bedrijf. Ik heb aangedrongen bij de Commissie op deze terreinen met concrete voorstellen te komen om het bestaande beleid te verduidelijken en verbeteren.

Door de decentralisatie van bevoegdheden kunnen nationale rechters en mededingingsautoriteiten artikel 81 in zijn geheel toepassen. Het verbeteren van de mogelijkheden voor samenwerking en informatie-uitwisseling tussen autoriteiten op allerlei niveaus wordt daarbij van groot belang. Daarbij gaat het om zowel de samenwerking tussen de Europese Commissie en de nationale autoriteiten, als tussen nationale mededingingsautoriteiten onderling, en tenslotte tussen Commissie en nationale mededingingsautoriteiten en de nationale rechters. Ik heb me in dat kader nadrukkelijk op het standpunt gesteld dat de Commissie in het nieuwe systeem niet kan interveniëren tijdens lopende onderzoeken van de NMa of tijdens procedures bij de nationale rechter. Ik zit niet te wachten op schijndecentralisatie. Als een zaak eenmaal is «toegewezen» aan een lidstaat, moeten de autoriteiten uit die lidstaat de zaak af kunnen handelen. Zoals u bekend is, hecht ik zeer aan de onafhankelijke positie van de NMa. Een onafhankelijke rechterlijke macht is bovendien een wezenlijk kenmerk van onze democratische rechtsstaat bijvoorbeeld. Het spreekt voor zich dat de Commissie tegelijkertijd de mogelijkheid moet behouden om achteraf op te treden als die autoriteiten fouten maken, als het Europese mededingingsrecht inconsistent wordt toegepast. Samenwerking tussen de nationale autoriteiten, de rechters en de Commissie acht ik daarbij zeer waardevol, maar dat is iets heel anders dan een Commissie die intervenieert en gedurende de procedure haar mening oplegt aan een nationale autoriteit of rechter. Als samenwerking de uniforme handhaving van het mededingingsrecht niet voldoende garandeert, kan worden gedacht aan beroepsprocedures achteraf die de Commissie of de nationale mededingingsautoriteiten in staat stellen om die uniformiteit af te dwingen.

De belangrijkste wijze waarop de Commissie kan bijdragen aan uniforme handhaving is door te voorzien in duidelijke en eenduidige regels. Daartoe kan zij voorzien in nieuwe verordeningen (zoals groepsvrijstellingen) en adequate richtsnoeren, m.n. met nieuwe interpretaties van het recht. Zoals ik vorig najaar al schreef, kan zich de situatie voordoen dat een bedrijf niet reëel kan inschatten of een overeenkomst wel of niet voldoet aan de regels. Op dat moment is de rechtszekerheid in het geding. Ik heb de Commissie gevraagd in zo'n geval te voorzien in de mogelijkheid van een formele beschikking. De Commissie overweegt een aantal creatieve oplossingen om in zo'n geval duidelijkheid te verschaffen. Dit zou bijvoorbeeld kunnen door zgn. «non-infringement decisions» (ofwel positieve verklaringen). Maar een dergelijke beschikking wil de Commissie volgens het Witboek alleen geven als er werkelijk sprake is van een nieuwe ontwik-

keling of interpretatie van de regels. De Commissie lijkt ook bereid om zgn. «opinions» af te geven. Een bedrijf zou daarom kunnen vragen als sprake is van een leemte in de regelgeving, door een geanonimiseerde, abstracte omschrijving van het probleem. De oplossing wordt dan door de Commissie gepubliceerd, zodat ook derden er hun voordeel mee kunnen doen. Of het totaalpakket aan maatregelen straks voldoende is om de rechtszekerheid te waarborgen, kan nu nog niet goed worden ingeschat, maar ik ben blij dat de Commissie constructieve voorstellen doet.

Hoewel de discussie nog lang niet is afgerond, heb ik al met al de indruk dat de Commissie op serieuze wijze omgaat met de risico's die vanuit Nederland en andere landen zijn aangeduid en dat zij de gedane suggesties voor verbetering van het systeem positief benadert. Of aan al de voorwaarden die ik heb gesteld zal worden voldaan, moet te zijner tijd blijken.

Verticale mededingingsafspraken

In 1999 is door de Commissie en de lidstaten gewerkt aan een nieuwe groepsvrijstelling voor verticale mededingingsafspraken¹, dit zijn afspraken tussen ondernemingen die zich in verschillende stadia van de bedrijfsketen bevinden (bijv. fabrikant – groothandel – detaillist). De nieuwe verordening treedt per 1 juni 2000 in werking en vervangt de huidige vrijstellingen voor exclusieve afname, alleenverkoop en franchising.² Ter toelichting en verduidelijking van deze verordening voor het bedrijfsleven en de mededingingsautoriteiten zijn door de Commissie recentelijk ook richtsnoeren gepubliceerd. Bedrijven hebben tot 31 december 2001 de tijd om hun bestaande afspraken aan te passen aan de nieuwe verordening. De NMa gaat het bedrijfsleven uitvoerig voorlichten over de consequenties van de nieuwe groepsvrijstellingsverordening.

De nieuwe regeling geldt voor alle verticale overeenkomsten en is behalve op goederen ook op diensten van toepassing. De nieuwe vrijstellingsverordening kent door de introductie van een marktaandeeldrempel een meer economische benadering, die beter aansluit bij de praktijk. Deze marktaandeeldrempel biedt het bedrijfsleven, m.n. het MKB, meer mogelijkheden. Een onderneming met een marktaandeel van minder dan 30% is vrijgesteld van het verbod van artikel 81 EG-verdrag, mits aan een aantal voorwaarden is voldaan, waaronder dat in de gemaakte afspraken geen zgn. hardcore-clausules staan. Bovendien hoeft geen ontheffing te worden aangevraagd, zodat ook de administratieve lasten aanzienlijk verminderen. Het blijft wel mogelijk om een ontheffing aan te vragen. In dat geval wordt de overeenkomst op zijn eigen merites beoordeeld.

Ik realiseer me dat bepaalde bedrijven en sectoren zich zorgen maken over het vervallen van de genoemde specifieke verordeningen. Per saldo worden de mogelijkheden voor samenwerkingsvormen als franchising en exclusieve afname echter niet verminderd, behalve in die gevallen waarin dit slecht zou zijn voor de concurrentie. Voor kleine marktpartijen worden de mogelijkheden zelfs aanzienlijk groter. Ik ben tevreden dat de definitieve tekst van de richtsnoeren uitgebreid toelichting geeft op wat is toegestaan op terreinen als franchising, exclusieve distributie, selectieve distributie, agentschappen, etc.

Aangezien de nieuwe groepsvrijstellingsverordening via de artikelen 12 en 13 van de Nederlandse Mededingingwet doorwerkt in de Nederlandse verhoudingen, hanteert ook de NMa het nieuwe systeem voor verticale afspraken en de ruimere mogelijkheden die dit systeem biedt. Een

¹ Verordening (EG) nr. 2790/1999 van de Commissie van 22 december 1999, betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, Pb. 1999, nr. L 336, p. 21.

² Over dit nieuwe regime is de Tweede Kamer geïnformeerd per BNC-fiche van 15 november 1999 (TK 22 112, nr. 138 herdruk).

afpraak die is, of zou zijn vrijgesteld volgens de Europese regels, is immers in Nederland ook vrijgesteld.

De nieuwe verordening laat toe dat nationale mededingingsautoriteiten in principe ook twee nieuwe bevoegdheden wordt gegeven, nl. de mogelijkheid om de voordelen van de vrijstellingsverordening voor het nationale grondgebied in te trekken en de verlening van terugwerkende kracht van een ontheffing tot het moment van aangaan van de overeenkomst.

De d-g NMa heeft geen intrekkingbevoegdheid op basis van de huidige Mededingingswet. Om te voorkomen dat in Nederland ongewenste kartels door de vrijstellingsverordening worden gedekt, heb ik in Brussel met succes gepleit voor de regeling dat een lidstaat in een dergelijk geval de Commissie kan verzoeken om het voordeel van de vrijstelling in te trekken.

De d-g NMa kan op dit moment geen ontheffingen met terugwerkende kracht verlenen tot het moment van aangaan van de overeenkomst, maar slechts tot het moment van aanmelding. Dit betekent dat bij de toepassing van de Nederlandse wet enigszins andere procedureregels gelden dan bij de toepassing van de Europese regels. De d-g NMa kan daarmee rekening houden bij het al dan niet opleggen van een sanctie, in het geval hij een verticaal akkoord verbiedt tot aan het moment van aanmelding.

Er is geen implementatieverplichting voor het verticale regime in de nationale wetgeving. Uiteraard ben ik van plan om de Mededingingswet op deze punten aan te passen, zodra zich de gelegenheid voordoet. Ik wil namelijk voorkomen dat de wet in korte tijd een aantal malen gewijzigd moet worden op dezelfde onderdelen. Daarom moeten we de Mededingingswet niet overhaast aanpassen aan het nieuwe systeem voor verticalen, terwijl nog niet duidelijk is hoe dezelfde procedures precies zullen moeten worden aangepast aan de moderniseringsexercitie. Bovendien zou ook de evaluatie van de Mededingingswet wijzigingen op dezelfde onderdelen met zich mee kunnen brengen.

Horizontalen

Op 31 december 2000 lopen de bestaande «horizontale» vrijstellingsverordeningen voor «Onderzoek en Ontwikkeling»¹ (O&O) en voor «Specialisatie»² af. Deze verordeningen geven onder bepaalde voorwaarden een vrijstelling van het verbod van artikel 81 EG-verdrag aan afspraken tussen concurrerende ondernemingen voor O&O en specialisatie.

De Commissie wil deze verordeningen na eerste consultaties met het bedrijfsleven en de lidstaten niet zonder meer verlengen maar verbeteren. Zij heeft inmiddels een aantal conceptvoorstellen gepubliceerd voor verdere consultaties, waarvan elementen mij zeer aanspreken.³

De Commissie stelt geen grote stelselwijziging voor, zoals bij verticale overeenkomsten, maar voert wel de economische benadering door in de huidige verordeningen. Daarbij gaat het onder meer om het stroomlijnen van bestaande marktaandeeldrempels en het schrappen van de zgn. witte lijsten, waarin gedetailleerd vastligt waaraan een overeenkomst moet voldoen. Op die manier komt er meer ruimte voor innovatie, hetgeen ik – mede gelet op de resultaten van de Lissabon Top – zeer toejuich. Met name doordat geen kunstmatig onderscheid meer wordt gemaakt tussen onderzoeksfase en productiefase – waarvoor in het verleden verschillende drempels golden – sluiten de verordeningen beter aan bij de economische praktijk. Door de ICT revolutie zijn deze fases in het bedrijfsproces immers steeds meer geïntegreerd geraakt.

Tevens voorziet de Commissie de introductie van richtsnoeren die meer duidelijkheid verschaffen over de vraag, of horizontale overeenkomsten

¹ Verordening (EEG) nr. 418/85 van de Commissie van 19 december 1984, betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen onderzoek- en ontwikkelingsovereenkomsten, Pb. 1984, nr. L 53, p. 5.

² Verordening (EEG) nr. 417/85 van de Commissie van 19 december 1984, betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen specialisatieovereenkomsten, Pb. 1984, nr. L 53, p. 1.

³ Zie voor de Nederlandse versie het publicatieblad van de EG, C 118, 43e jaargang, 27 april 2000, pag. 3–39.

onder bepaalde voorwaarden worden toegestaan. Die richtsnoeren betreffen niet alleen R&D en specialisatie, maar bijvoorbeeld ook standaarden, milieu en gezamenlijke inkoop.

In die richtsnoeren geeft de Commissie tevens inzicht in de wijze waarop zij het begrip marktmacht gebruikt bij de toepassing van artikel 81 op alle horizontale overeenkomsten. Ik bepleit in Brussel duidelijkere richtsnoeren. In de huidige teksten wordt ten onrechte de indruk gewekt dat voor alle soorten horizontale overeenkomsten meer is toegestaan dan voorheen. In die zin mogen horizontale en verticale overeenkomsten echter niet over een kam worden geschoren.

De groepsvrijstellingsverordeningen staan bepaalde activiteiten toe en met name innovatie, maar stimuleren geen concurrentiebeperking als zodanig. De marktaandeeldrempels uit de verordeningen gelden dus alleen voor specifieke vormen van samenwerking, zoals onderzoek en ontwikkeling en specialisatie. Het is nog maar de vraag of de drempels voor R&D en specialisatie wel omhoog moeten, zoals de Commissie overweegt. Een economische benadering betekent juist dat samenwerking tussen concurrenten, als die de mededinging wel degelijk beperkt, effectief wordt aangepakt.

Concentratiecontrole

Ook op het gebied van de concentratiecontrole heeft de Europese Commissie voorstellen gedaan om de procedure te vereenvoudigen voor concentraties waar ze zelf geen problemen in ziet (geen bezwaren van derden, klein marktaandeel, geen overlappende markten, e.d.).

De Commissie wilde dit voornemen aanvankelijk vormgeven door de behandelingstermijn te laten verlopen zonder een formeel besluit te nemen en zonder te motiveren, waarna de concentratie geacht werd te zijn goedgekeurd. Ik had sterke twijfels bij deze constructie, met het oog op de rechtsbescherming en de rechtszekerheid. Na aandringen door diverse lidstaten, waaronder Nederland, heeft de Commissie haar standpunt gewijzigd. Zij zal in een brief aan de concentrerende bedrijven kort aangeven om welke gronden de concentratie is goedgekeurd, door te verwijzen naar een aantal standaardredenen. Deze zullen worden opgenomen in de toekomstige Mededeling over deze vereenvoudigde procedure, die binnen korte tijd verwacht wordt.

Later in het jaar zal u geïnformeerd worden over de eerste resultaten van een evaluatie door de Commissie van de werking van de drempels voor de concentratiecontrole.

Uiteraard zal ik u ook in de toekomst op de hoogte houden van verdere ontwikkelingen op het gebied van het Europese mededingingsrecht.

De Minister van Economische Zaken,
A. Jorritsma-Lebbink