

advies

03
06

Evaluatie en aanpassing
Mededingingswet

SER

Sociaal-
Economische
Raad

advies

Evaluatie en aanpassing Mededingingswet

Uitgebracht aan de minister van Economische Zaken

Publicatienummer 6, 16 mei 2003

Sociaal-Economische Raad

De Sociaal-Economische Raad (SER) adviseert de regering en het parlement over de hoofdlijnen van het te voeren sociale en economische beleid en over belangrijke wetgeving op sociaal-economisch terrein. Daarnaast is de SER belast met bestuurlijke en toezichthoudende taken met betrekking tot de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie (productschappen en bedrijfsschappen). De raad is voorts betrokken bij de uitvoering van enkele wetten.

De SER is in 1950 ingesteld bij de Wet op de bedrijfsorganisatie. Zitting in de SER hebben vertegenwoordigers van ondernemers en van werknemers alsmede onafhankelijke deskundigen. De raad is een onafhankelijk orgaan dat door het gezamenlijke Nederlandse bedrijfsleven wordt gefinancierd.

De SER wordt bij de uitvoering van zijn functies bijgestaan door een aantal vaste en tijdelijke commissies. Enkele vaste commissies zijn onder bepaalde voorwaarden ook zelfstandig werkzaam.

De belangrijkste adviezen die de SER uitbrengt, worden in boekvorm uitgegeven. Zij zijn tegen kostprijs verkrijgbaar. Een overzicht van recente publicaties vindt u achterin. Een uitgebreider overzicht wordt op aanvraag gratis toegezonden.

Het maandblad SER-bulletin geeft uitgebreid nieuws en informatie over de SER.

De SER beschikt ook over een eigen site op Internet, met onder meer de samenstelling van de raad en zijn commissies, persberichten en het laatste nieuws.

© 2003, Sociaal-Economische Raad

Alle rechten voorbehouden.

Overname van teksten is toegestaan onder bronvermelding.

Sociaal-Economische Raad

Bezuidenhoutseweg 60

Postbus 90405

2509 LK Den Haag

Telefoon: 070 - 3 499 499

Telefax: 070 - 3 832 535

E-mail: ser.info@ser.nl

Internet: www.ser.nl

ISBN 90-6587-846-7 / CIP

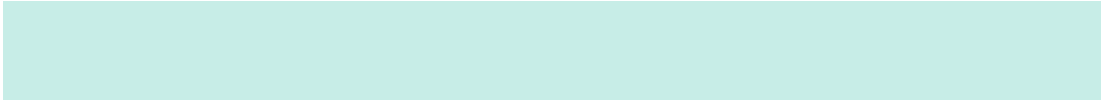
Inhoudsopgave

Samenvatting	5
1 Inleiding	15
2 Adviesaanvraag en afbakening van het advies	17
2.1 Inleiding	17
2.2 Adviesaanvraag	17
2.3 Kader voor dit advies	21
3 De Europese context van het nationale mededingingsbeleid	25
3.1 Inleiding	25
3.2 De aansluiting van het nationale beleid bij het Europese beleid	25
3.2.1 Algemeen	25
3.2.2 Kartelverbod	26
3.2.3 Misbruik van een economische machtspositie	28
3.2.4 Concentratietoezicht	28
3.3 De veranderingen in het Europese mededingingsbeleid	29
3.3.1 Algemeen	29
3.3.2 Prioritering	29
3.3.3 Decentralisatie	30
3.3.4 Vereenvoudiging	31
3.3.5 Economische benadering	32
3.4 Conclusies en aanbevelingen	33
3.4.1 Inleiding	33
3.4.2 Bestaande verschillen	34
3.4.3 Gevolgen van Verordening Nr. 1/2003	34
4 Ruimte voor samenwerking	39
4.1 Inleiding en probleemstelling	39
4.2 Regelgevend kader	40
4.3 Het belang van samenwerken	43
4.4 Niet-economische belangen	46
4.5 Knelpunten	48
4.5.1 Ruimte voor samenwerking	48
4.5.2 Niet-economische belangen	50
4.6 Conclusies en aanbevelingen	53
4.6.1 Verruiming van de bagatelvoorziening	53
4.6.2 Richtsnoeren	56
4.6.3 Weging van niet-economische belangen	57

5	Verbod misbruik van een economische machtspositie	59
5.1	Inleiding en probleemstelling	59
5.2	Regelgevend kader	59
5.3	Toepassingsproblemen	64
5.3.1	Machtspositie	64
5.3.2	Misbruik	65
5.3.3	Ondernemingen met een machtspositie als vrager	66
5.3.4	Prijspolitiek	67
5.3.5	Overzicht knelpunten	71
5.4	Het bevorderen van concurrentie	71
5.4.1	Concurrentie in transitiesectoren	72
5.4.2	Marktstructuur als obstakel voor volledige mededinging	76
5.4.3	Overzicht knelpunten	77
5.5	Ongewenste marktuitskomsten	78
5.6	Conclusies en aanbevelingen	79
5.6.1	Misbruik beter aanpakken	79
5.6.2	Het bevorderen van concurrentie	83
5.6.3	Ongewenste marktuitskomsten	85
6	Positie van de consument	87
6.1	Inleiding en probleemstelling	87
6.2	Regelgevend kader	87
6.3	Knelpunten	90
6.4	De ‘super complaint’	94
6.5	Conclusies en aanbevelingen	96
7	Overige adviesonderwerpen	101
7.1	Overeenkomsten onder overheidstoezicht	101
7.1.1	CAO’s en mededinging	101
7.1.2	Publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie	102
7.2	Bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving	104
7.3	Afschaffing bezwarenprocedure bij de NMa	105
	Bijlagen	107
1	Adviesaanvraag	109
2	Samenstelling Commissie Mededinging en Ordening	119
3	De evaluatie van de Mededingingswet	121
	Publicatieoverzicht	125



SAMENVATTING



Samenvatting

1. Inleiding

De minister van Economische Zaken heeft de Sociaal-Economische Raad (SER) op 20 december 2002 een adviesaanvraag gestuurd over de voorgenomen wijziging van de Mededingingswet (Mw). De adviesaanvraag richt zich op drie vraagstukken die in de evaluatie van de wet in 2002 naar voren zijn gekomen. Dit zijn:

- *De hoogte en vormgeving van de bagatelvrijstelling:* Is er voldoende ruimte voor samenwerking onder de Mw of moet de bagatelvrijstelling hiervoor worden opgetrokken?
- *De wenselijkheid van een versterking van het verbod op misbruik van een economische machtspositie:* Misbruik van een machtspositie blijkt in de praktijk moeilijk aan te tonen. Moeten er scherpere regels komen om dit verbod beter te kunnen handhaven?
- *De positie van de consument onder de Mededingingswet:* Een betere werking van markten moet uiteindelijk de consument dienen. De individuele consument kan echter niet zelf een beroep op de Mw doen. Moet de positie van de consument in het mededingingsbeleid worden versterkt?

Kader voor dit advies

De raad heeft deze onderwerpen van de adviesaanvraag in een breder kader geplaatst. Zo is door de Europese Raad voor het Concurrentievermogen in november 2002 een verordening aangenomen voor de modernisering van het Europese mededingingsbeleid. Deze verordening heeft belangrijke gevolgen voor het functioneren van de Mw en kan daarom naar het oordeel van de raad niet onbesproken blijven in dit advies.

Verder hecht hij eraan te benadrukken dat het mededingingsbeleid een middel is en geen doel op zich. De Mw heeft als doel het bevorderen en handhaven van concurrentie om op die manier de welvaart in de Nederlandse samenleving een impuls te geven. De raad beziet dat doel vanuit het brede welvaartsbegrip: welvaart impliceert niet alleen materiële vooruitgang (welstand en productiviteitsgroei) maar ook aspecten van sociale vooruitgang (welzijn en sociale cohesie) en een goede kwaliteit van de leefomgeving (ruimtelijke en milieukwaliteit). De vertaling van het brede welvaartsbegrip in het mededingingsbeleid krijgt onder meer gestalte door de wijze waarop in de Mw ruimte is voor samenwerking voor zogenoemde niet-economische belangen. Deze vraag komt daarom in dit advies aan de orde in het hoofdstuk over de *Ruimte voor samenwerking*.

2. De Europese context van het nationale mededingingsbeleid

Europese dimensie

Het Nederlandse mededingingsrecht is stevig ingebed in het Europese mededingingsrecht. Zowel de kernartikelen van de Mw (kartelverbod, verbod op misbruik van een eco-

nomische machtspositie en het verbod op het zonder melding en eventueel vergunning tot stand brengen van een concentratie) als zijn belangrijkste begrippen zijn ontleend aan of verwijzen naar de bepalingen en uitleg van het EG-Verdrag (EGV). Wijzigingen in het Europese mededingingsbeleid zullen daarom doorwerken in het Nederlandse beleid.

Modernisering Europese beleid

De Europese Commissie heeft de modernisering van het Europese mededingingsbeleid de afgelopen jaren voortvarend ter hand genomen. Zo is er een nieuwe bagatelbepaling in werking getreden en zijn de groepsvrijstellingen voor horizontale en verticale overeenkomsten aangepast. De meest recente wijziging is Verordening 1/2003. Deze verordening is van groot belang omdat hierin wordt geregeld hoe de kernbepalingen over mededinging uit het EGV in de praktijk moeten worden toegepast. Kern van de wijziging is dat de notificatieplicht voor een ontheffing op het kartelverbod komt te vervallen en de Europese Commissie zijn alleenrecht op de beoordeling en toewijzing van deze ontheffingen kwijtraakt. Kartels die voldoen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3 EGV (bijvoorbeeld verbetering van de productie en bevordering van de technische vooruitgang) zijn met ingang van 1 mei 2004 wettelijk uitgezonderd van het kartelverbod en hoeven niet langer eerst te worden aangemeld voor een ontheffing. Verder is de controle of is voldaan aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3 EGV gedecentraliseerd. Nationale rechterlijke instanties en de nationale mededingingsautoriteiten kunnen met de inwerkingtreding van Verordening 1/2003 de mededingingsregels uit het EGV integraal gaan toepassen.

Van ontheffing naar een wettelijke uitzondering

De systematiek van de Mw komt overeen met de werking van het Europese kartelverbod zoals dat in artikel 81 EGV is vastgelegd. Dat betekent dat kartels – overeenkomsten van ondernemingen en besluiten van ondernemingsverenigingen die de mededinging merkbaar beperken – verboden zijn, maar dat een ontheffing van dit verbod mogelijk is. In de Mw is de ontheffing van het kartelverbod geregeld in artikel 17. Dit artikel bevat vier cumulatieve voorwaarden waaraan voldaan moet zijn zoals de eis dat overeenkomsten “bijdragen tot verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang”. Deze voordelen moeten gebruikers ten goede komen en er moet voldoende restconcurrentie overblijven. Uit oogpunt van convergentie is de raad van mening dat de Mw de systematiek van het nieuwe Europese stelsel moet volgen. Dat betekent dat de ontheffingsmogelijkheid van artikel 17 Mw moet worden omgezet in een wettelijke uitzondering.

Positie rechterlijke macht

De decentralisatie van het Europese mededingingsbeleid houdt in dat nationale rechters de bevoegdheid krijgen om de mededingingsbepalingen van het EGV integraal toe te passen. Dit zal een aanzienlijke taakverzwaring voor de rechterlijke macht met zich meebrengen. De raad pleit ervoor dat het kabinet tijdig maatregelen neemt om te waarborgen dat het rechterlijk apparaat voldoende is toegerust op zijn rol bij de uitvoering van

het Europese en nationale mededingingsbeleid. Als hiervoor uitbreiding van de persoonsformatie nodig is, moet het kabinet extra middelen vrijmaken.

Opsporingsbevoegdheden NMa

De Europese Commissie krijgt in het nieuwe systeem extra opsporingsbevoegdheden. Het gaat hierbij onder meer om de mogelijkheid privé-woningen te doorzoeken. De raad vindt dat de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) deze bevoegdheden alleen mag krijgen als voldaan is aan stringente voorwaarden. Zo is bij het binnentreden van bedrijfslocaties en privé-woningen een schriftelijk besluit van de NMa nodig waarin het doel van het onderzoek is vermeld. Voor het binnentreden van woningen geldt verder de eis dat een voorafgaande machtiging door het openbaar ministerie nodig is. Uitgangspunt voor de raad is dat voldaan is aan alle wettelijke eisen die worden opgelegd aan Nederlandse opsporingsdiensten met vergelijkbare bevoegdheden voor het binnentreden van woningen.

Verder pleit de raad voor verduidelijking van de rechten en plichten bij het binnentreden van bedrijfslocaties en woningen. Hij beveelt aan dat de NMa hiervoor een informatiebrochure opstelt waarin wordt beschreven wat enerzijds de bevoegdheden zijn van de mededingingsautoriteit (een beschrijving van alle instrumenten voor opsporing en de voorwaarden waaronder daarvan gebruik kan worden gemaakt) en anderzijds de rechten van degenen die met de opsporing worden geconfronteerd.

3. Ruimte voor samenwerking

Bagatelvrijstelling: ander criterium...

De convergentie met het Europese mededingingsrecht speelt ook een belangrijke rol bij de adviesvragen over de bagatelvrijstelling. De raad is van mening dat het huidige criterium voor de bagatelvrijstelling – een omzetrempel in combinatie met een limiet aan het aantal karteldeelnemers – moet worden vervangen door de systematiek van de bagatelbekendmaking van de Europese Commissie. Hierin wordt de bagatelvrijstelling bepaald aan de hand van een marktaandeelcriterium. Dit criterium houdt in dat de drempel voor toepassing van de bagatelvrijstelling als het ware ‘meeademt’ met de omvang van de markt. De raad acht dit een belangrijk voordeel ten opzichte van het omzetcriterium dat een absolute drempel opwerpt, ongeacht de omvang van de relevante markt.

Binnen het systeem van de bagatelbekendmaking van de Europese Commissie zijn zogenoemde hard core afspraken (bijvoorbeeld over prijzen) niet toegestaan. Dit zou ook voor het Nederlandse systeem moeten gelden. Enkele leden van de raad¹ bepleiten een expliciete vrijstelling voor hard core kartels als onderdeel van de bagatelvrijstelling. Het argu-

1 Het betreft de ondernemersleden benoemd door MKB-Nederland en LTO-Nederland.

ment hiervoor is dat mkb-bedrijven door samenwerking een ‘countervailing power’ moeten kunnen vormen tegen ondernemingen die als afnemer een dominante marktpositie hebben verderop in de keten.

...en de facto hogere drempels

Voor de hoogte van de marktaandeeldrempels zoekt de raad eveneens aansluiting bij het Europese systeem: een gezamenlijk marktaandeel van 10 procent bij horizontale afspraken en van 15 procent bij verticale afspraken. De raad vindt het wenselijk dat met deze percentages de drempel voor toepassing van de bagatelvrijstelling de facto wordt verhoogd. Hij neemt hierbij twee zaken in overweging. In de eerste plaats is het van groot belang dat juist mkb-bedrijven meer ruimte voor samenwerking krijgen. Dat is nodig voor de innovatiebevordering bij die bedrijven en biedt tevens mogelijkheden om door bijvoorbeeld collectieve inkoop schaalvoordelen te bereiken en een tegenwicht te bieden tegen dominante afnemers en leveranciers. In de tweede plaats speelt de doelmatigheid van de handhaving een rol. Verhoging van de bagateldrempel voorkomt dat de NMa en de civiele rechter belast worden met zaken van een (te) geringe betekenis.

Richtsnoeren samenwerking bedrijven

In deze richtsnoeren geeft de NMa aan hoe het kartelverbod en de mogelijkheid van een ontheffing daarvan zullen worden toegepast op verschillende samenwerkingsvormen tussen bedrijven binnen en buiten brancheorganisaties. De raad vindt dat er aanleiding is voor evaluatie van deze richtsnoeren.

Niet-economische belangen

Vanuit het perspectief van het brede welvaartsbegrip is het van belang dat bij de beoordeling van mededingingsbeperkende overeenkomsten niet-economische belangen zoals milieu en cultuur voldoende kunnen meewegen. Het Europese en Nederlandse mededingingsrecht biedt in beginsel voldoende ruimte voor het maken van dergelijke afwegingen. In dit verband zijn vooral de criteria voor een ontheffing (straks wettelijke uitzondering) op het kartelverbod relevant. De raad wil dit systeem handhaven en zoekt versterkingen in de actualisering en verduidelijking van de criteria op basis waarvan niet-economische belangen door de toezichthouder en de rechter kunnen meewegen. Dit is in de eerste plaats een taak voor de Europese Unie, omdat de Nederlandse criteria ontleend zijn aan het EGK. De raad beveelt aan dat het kabinet bij een mogelijkheid voor wijziging van de Verdragstekst aanstuurt op een actualisering van de criteria van artikel 81, lid 3 EGK, die sinds 1957 ongewijzigd zijn gebleven. In de tweede plaats vindt de raad het van groot belang dat er duidelijkheid komt over de uitleg van de huidige criteria. Zo is het nog steeds niet duidelijk of de Europese Commissie toestaat dat niet-economische belangen zelfstandig invulling kunnen geven aan de criteria van artikel 81, lid 3 EGK. De raad vindt dat niet-economische belangen niet alleen aan de hand van hun economische effect moeten worden beoordeeld (zoals de NMa doet). Geredeneerd vanuit het brede welvaartsbegrip zijn dergelijke belangen integraal onderdeel van het criterium economische en technische vooruitgang dat een grond kan zijn voor ontheffing van het kartelverbod (mits

ook aan de overige voorwaarden is voldaan zoals de aanwezigheid van voldoende restconcurrentie).

4. Misbruik van een economische machtspositie

Misbruik beter aanpakken

Bij de toepassing van artikel 24 Mw speelt vooral het probleem dat het aantonen van misbruik een tijdrovende en lastige opgave is. De raad is van mening dat de handhaving van dit verbod verbeterd kan worden door in artikel 1 Mw een verwijzing naar de betekenis van dit begrip in artikel 82 EGV op te nemen. Dat biedt de rechter in voorkomende gevallen de mogelijkheid prejudiciële vragen te stellen aan het Europese Hof van Justitie.

De Consumentenbond vindt deze oplossing onvoldoende en pleit voor opname van een niet-limitatieve opsomming van vormen van misbruik in de Mw.

Ex ante toezicht

De raad vindt het niet gewenst dat artikel 24 Mw wordt aangepast om ex ante vormen van toezicht op basis van dit verbod mogelijk te maken. Dat zou extra administratieve lasten met zich meebrengen voor ondernemingen met een machtspositie. Die extra lastendruk is naar het oordeel van de raad niet gerechtvaardigd. Er zijn geen aanwijzingen dat ondernemingen met een machtspositie een grootschalig probleem vormen voor de Nederlandse economie. De raad is ook tegen het aanpassen van artikel 24 Mw voor andere doeleinden van het marktwerkingsbeleid zoals ‘competition engineering’ (het bewust bevorderen van concurrentie in relatief gesloten markten) en sectorspecifiek toezicht (regulering van tarieven en kwaliteit).

Efficiënte handhaving

Wel beveelt de raad een procedure aan die de NMa in staat moet stellen de handhaving van het verbod op het misbruik van een economische machtspositie efficiënter uit te voeren. Een knelpunt bij de handhaving is de noodzaak van vaak langdurig en daarmee kostbaar boekhoudkundig onderzoek. Dit onderzoek is nodig omdat misbruik van een machtspositie meestal betrekking heeft op het prijsbeleid van een onderneming (excessieve, discriminerende of juist te lage prijzen). De NMa kan bij het preliminair onderzoek (het verzamelen van de financiële gegevens in de boekhouding) een hulpmiddel gebruiken. Dit is de regel dat in voorkomende gevallen ondernemingen met een economische machtspositie met de NMa afspraken maken over de wijze waarop baten en lasten voor een product of dienst waarvoor de onderneming een machtspositie heeft, transparant worden gemaakt. Over de concrete vorm van deze regel doet de raad geen uitspraak. Uitgangspunt is dat de NMa een instrument krijgt om medewerking voor het maken van afspraken makkelijker te realiseren. De regel mag echter niet inhouden dat ondernemingen verplicht zijn een bepaald model voor de kostprijscalculatie te hanteren; dat is onderwerp van onderhandeling. De wet moet alleen het doel formuleren (transparantie) en niet het middel (een kostprijsmodel).

De raad heeft in 1999 een advies uitgebracht over de problematiek van *Markt en Overheid*: de mogelijkheid van concurrentievervalsing door overheden en aan hen gelieerde bedrijven. Hij roept het kabinet op om spoedig maatregelen te nemen zodat deze problematiek wordt aangepakt.

5 Positie van de consument

Positie van de consument als klager

In het huidige beleid worden individuele consumenten wel als klagers beschouwd, maar kunnen zij niet formeel als belanghebbende worden aangemerkt. Het gevolg hiervan is dat consumenten geen mogelijkheden tot bezwaar en beroep hebben bij een eventueel besluit van de NMa in een zaak waarin zij een klacht hebben ingediend.

Geen aanpassing wet en nieuwe instrumenten

De raad wil voor de positie van de consument in de Mw geen wetswijziging aanbevelen of pleiten voor invoering van nieuwe rechtsmiddelen. Een wetswijziging zou het begrip belanghebbende in de Mw kunnen oprekken zodat ook consumenten die onderdeel uitmaken van een groep (bijvoorbeeld klanten van een supermarkt) onder dit begrip vallen. In de adviesaanvraag wordt gewezen op een nieuw rechtsmiddel, de zogenoemde super complaint die in Engeland wordt toepast. Dit rechtsmiddel maakt consumentenorganisaties die door de minister van Economische Zaken zijn erkend per definitie ontvankelijk bij een klacht op grond van de mededingingsregels. De toezichthouder is vervolgens verplicht binnen negentig dagen zijn oordeel over de klacht en mogelijke vervolgstappen kenbaar te maken.

Efficiënter gebruik bestaande rechtsmiddelen

De raad legt in dit advies de nadruk op een efficiënter gebruik van bestaande rechtsmiddelen. Op grond van de Algemene wet bestuursrecht kunnen consumenten zich verenigen in een rechtspersoon zoals een stichting of een vereniging. Als deze rechtspersoon een statutaire doelstelling heeft die het collectieve belang van de desbetreffende consumenten voldoende aangeeft, kan deze rechtspersoon door de NMa en de civiele rechter als belanghebbende worden aangemerkt. Uit de beschikkingenpraktijk is gebleken dat dit een succesvolle aanpak is.

De raad beveelt aan deze mogelijkheid door voorlichting nadrukkelijker aan klagers te presenteren. Zo rept de informatiebrochure van de NMa over het *Indienen van klachten* met geen woord over het feit dat klagers sterker staan als zij zich verenigen in een rechtspersoon.

Daarnaast kunnen specifieke belangenbehartigers een rol spelen. Als hun statutaire doelstelling specifiek genoeg is, kunnen zij voor leden of derden als belanghebbende partij optreden bij de behandeling van een klacht op grond van de Mw.

De raad ziet verder een taak voor de algemene belangenbehartigers zoals de Consumentenbond die op grond van hun brede taakomschrijving niet zelf als belanghebbende kun-

nen worden aangemerkt. Zij kunnen een initiërende of bemiddelende rol vervullen bij de zoektocht van klagende consumenten naar medestanders die bereid zijn om zich te verenigen in een rechtspersoon en langs deze weg een klacht bij de NMa indienen.

De Consumentenbond is van mening dat sterkere waarborgen voor consumentenorganisaties gewenst zijn. Hij is daarom voorstander van de invoering van een 'super complaint' in de Nederlandse rechtspraak.

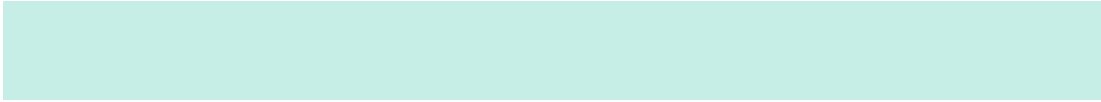
6 Overige adviesonderwerpen

Overeenkomsten onder overheidstoezicht

Het verdwijnen van artikel 16 Mw per 1 januari 2003 plaatst de positie van overeenkomsten onder overheidstoezicht in het mededingingsrecht in een nieuw perspectief. De raad wijst in dit verband op de positie van CAO's en de publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties in het mededingingsrecht. Ten aanzien van de CAO's verwijst hij naar het standpunt van de Stichting van de Arbeid. De Stichting acht het wenselijk een formele regeling in de Mw voor CAO's op te nemen.

Afschaffing bezwarenprocedure bij de NMa

Een bezwaarprocedure bij de NMa kost veel tijd en heeft een relatief geringe opbrengst doordat de NMa een eerste besluit niet vaak wijzigt. Klagers en aangeklaagden zouden daarom over een alternatief moeten kunnen beschikken. De raad beveelt daarom aan de verplichte bezwaarprocedure bij de NMa op besluiten van de NMa af te schaffen en in de Mw op te nemen dat een belanghebbende rechtstreeks beroep kan instellen bij de rechtbank te Rotterdam.



1 Inleiding

Bij brief van 20 december 2002 heeft de minister van Economische Zaken de SER een adviesaanvraag gestuurd inzake enkele aanbevelingen uit de evaluatie van de Mededingingswet (hierna: Mw).¹ De evaluatie van de Mw werpt een aantal vragen op die naar het oordeel van de minister om een nadere afweging vragen. Dit betreft:

- de bagatelvrijstelling (artikel 7 Mw);
- het verbod op misbruik van een economische machtspositie (artikel 24 Mw);
- de positie van consumenten onder de Mw.

De minister verzoekt de SER hem het advies in de loop van april 2003 te doen toekomen.

Leeswijzer

De drie hoofdvragen van de adviesaanvraag worden in het volgende hoofdstuk nader toegelicht. In dat hoofdstuk komt ook de evaluatie van de Mw aan bod en wordt de afbakening van dit advies uiteengezet. Hoofdstuk 3 gaat vervolgens in op de gevolgen van recente wijzingen in het Europese beleid voor de wijziging van de Mw. Ruimte voor samenwerking is het onderwerp van hoofdstuk 4. In dit hoofdstuk worden onder meer de adviesvragen over de bagatelvrijstelling behandeld. Hoofdstuk 5 gaat daarna in op het verbod op misbruik van een economische machtspositie. Hoofdstuk 6 behandelt de positie van de consument onder de Mw en hoofdstuk 7 sluit af met een aantal onderwerpen die de SER in het kader van deze adviesaanvraag aan de orde wil stellen.

Adviesvoorbereiding

Dit advies is voorbereid door de commissie Mededinging en Ordening waarvan de samenstelling is vermeld in bijlage 2. De vaststelling van het advies vond plaats in de openbare vergadering van de raad van 16 mei 2003.

1 Zie: bijlage 1.

2 Adviesaanvraag en afbakening van het advies

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden de drie onderdelen van de adviesaanvraag nader toegelicht (paragraaf 2.2). In paragraaf 2.3 geeft de raad aan hoe hij de beantwoording van de adviesaanvraag wil behandelen. Bij deze afbakening komen ook de onderwerpen aan de orde die de raad in aanvulling op de adviesaanvraag bij dit advies zal betrekken.

2.2 Adviesaanvraag

De directe aanleiding voor de adviesaanvraag is de evaluatie van de Mw die in mei 2002 is afgerond. De belangrijkste conclusies van de evaluatie zijn in bijlage 3 opgenomen.

Bagatelvrijstelling

De adviesvraag over de bagatelvrijstelling kent drie onderdelen:

- Moet de omzeldrempel voor de bagatelvrijstelling worden verhoogd?
- In plaats van een verhoging van de bagateldrempels kan ook worden gekozen voor een specifieke vrijstelling op basis van artikel 15 Mw. Is deze route wenselijk?
- Is er aanleiding de bestaande bagateldrempels (aantal betrokken ondernemingen en gezamenlijke omzet) te vervangen door het marktaandeelcriterium?

Het probleem dat deze vragen verbindt is de ruimte die de Mw aan ondernemingen biedt voor productieve vormen van samenwerking. Uit de evaluatie van de Mw komt naar voren dat ondernemers in het midden- en kleinbedrijf (mkb) de omzeldrempels voor de bagatelvrijstelling over het algemeen te laag vinden. Een verruiming van de bagatelvrijstelling zou het mkb meer ruimte geven om grote bedrijven door samenwerking beter tegenspel te bieden. Hogere drempels zouden de concurrentie in die visie dus juist bevorderen.

Een andere klacht betreft de generieke werking van de bagatelvrijstelling. Er is bij het omzetcriterium alleen een onderscheid gemaakt tussen producten en diensten. Voor andere marktgerelateerde kenmerken is in het huidige systeem van de bagatelvrijstelling echter geen plaats waardoor maatwerk bij het toelaten van samenwerking onmogelijk is.

De eerste vraag die dus aan de orde gesteld moet worden is of er een noodzaak bestaat om de bagateldrempel te verhogen. Uit de interviews die voor de evaluatie gehouden zijn blijkt dat er weinig kartels zijn die aan de werking van het kartelverbod ontsnappen door toepassing van artikel 7. Hogere drempels zouden vanuit die optiek meer ruimte aan samenwerking bieden zonder de concurrentieverhoudingen al te veel te verstoren. Aan de andere kant laat de evaluatie echter zien dat de invoering van de Mw geen sterk negatieve gevolgen heeft gehad voor de ontwikkeling van het midden- en kleinbedrijf. Dat

doet de vraag rijzen of de ‘opportunity costs’ van de bagateldrempels wel zo hoog zijn als wordt beweerd.

Als er ruimte voor samenwerking tussen mkb-bedrijven moet worden gezocht, dan zijn er *alternatieven* voor het verhogen van de bagateldrempels, de tweede deelvraag. De adviesaanvraag noemt de mogelijkheid van een vrijstelling op basis van artikel 15 Mw. Een reden om hiervoor te pleiten is dat een verhoging van de bagateldrempel ongericht is: ongeacht sector of markt krijgen bedrijven meer kans om aan het kartelverbod te ontsnappen. De adviesaanvraag wijst erop dat om mkb-bedrijven een beter tegenwicht tegen het grootbedrijf te laten vormen een meer gericht instrument de voorkeur zou verdienen. Niet alle vormen van samenwerking onder de bagateldrempel zullen tenslotte mkb-bedrijven in staat stellen efficiënter te concurreren met bedrijven van een grotere omvang. Dit kan ervoor pleiten de verruiming van de mogelijkheden voor samenwerking alleen te zoeken bij bepaalde vormen van samenwerking die dan op basis van artikel 15 Mw een vrijstelling kunnen krijgen.

De derde deelvraag heeft betrekking op de systematiek van de bagatelvrijstelling. Een bagateldrempel op basis van een omzetcriterium heeft tot gevolg dat ook zogenoemde hard core afspraken aan het kartelverbod kunnen ontsnappen¹. De kans dat dergelijke afspraken een vrijstelling krijgen neemt toe naarmate de bagateldrempels hoger worden. Er zouden dan volgens de adviesaanvraag ‘marktbeheersende kartels’ kunnen worden vrijgesteld, ‘met name op lokale en regionale markten’. De bouwsector wordt in dit verband genoemd als een sector waar dit probleem zou kunnen ontstaan. Om dit probleem te vermijden kan worden overgestapt op de systematiek van de bagatelbekendmaking van de Europese Commissie. Deze vrijstelling maakt gebruik van marktaandeelcriteria waardoor rekening kan worden gehouden met specifieke marktomstandigheden en ‘hard core’ afspraken verboden blijven. Een nadeel van het marktaandeelcriterium is de grotere onduidelijkheid. Ondernemingen moeten zelf inschatten wat de relevante markt en hun aandeel daarop is en dat zou vooral voor kleinere ondernemingen lastig kunnen zijn.

Verbod van misbruik van een economische machtspositie

Ten aanzien van artikel 24 Mw, dat het verbod op misbruik van een economische machtspositie regelt, worden eveneens drie deelvragen aan de SER voorgelegd. Deze betreffen *grosso modo*:

- *Misbruik beter aanpakken*: Verbetering van de toepassing van dit mededingingsinstrument met als doelstelling misbruik van een economische machtspositie effectiever te kunnen bestrijden.

1 Dit zijn afspraken over bijvoorbeeld prijzen of de verdeling van de markt.

- *Het bevorderen van concurrentie:* Versterking van het mededingingstoezicht op basis van artikel 24 Mw met als doelstelling dit instrument ook te kunnen inzetten om concurrentie te bevorderen in specifieke sectoren.
- *Correctie ongewenste marktuitskomsten:* Versterking van het markttoezicht op basis van artikel 24 Mw met als doelstelling ongewenste marktuitskomsten te kunnen corrigeren zonder dat in formele zin sprake is van misbruik van een economische machtspositie.

De eerste deelvraag is gebaseerd op de uitkomsten van de evaluatie. Hierin wordt geconstateerd dat artikel 24 Mw in de praktijk lastig is te handhaven. Gesignaleerde problemen betreffen de afbakening van de relevante markt, het vaststellen van een collectieve machtspositie en het niet uitgekristalliseerd zijn van gedragingen die als ‘misbruik’ gekwalificeerd moeten worden. Zo blijkt het niet eenvoudig om vormen van uitsluiting, bijvoorbeeld prijsdiscriminatie, te onderscheiden van normaal ondernemingsgedrag. Aan de andere kant kan worden gesteld dat dergelijke problemen inherent zijn aan dit onderdeel van het mededingingsbeleid en de vraag rijst dan ook of het wenselijk is artikel 24 Mw zodanig te versterken dat misbruik beter kan worden aangepakt. Als versterking wenselijk is kunnen twee opties worden overwogen. In de eerste plaats kan de wet ongemoeid worden gelaten en kan de versterking van het toezicht plaatsvinden door een betere prioriteitstelling door de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa). In de tweede plaats kan worden gedacht aan het opleggen van bepaalde wettelijke verplichtingen. Dit kunnen relatief lichte verplichtingen zijn, maar ook kan gedacht worden aan het expliciteren van vormen van verboden misbruik in de wet.

De tweede deelvraag gaat over het bevorderen van concurrentie in sectoren die nu nog (gedeeltelijk) gesloten zijn voor nieuwe toetreders. Dit kan het gevolg zijn van een wettelijk monopolie maar de oorzaak kan ook liggen in bepaalde kenmerken van de marktstructuur. In beide gevallen rijst de vraag of artikel 24 Mw kan worden ingezet om nieuwe toetreders een betere kans te geven tegen de partij(en) met een economische machtspositie.

De evaluatie concludeert echter dat artikel 24 Mw ontoereikend is voor deze taak. De lacunes liggen vooral bij het ontbreken van de mogelijkheid bedrijven met een economische machtspositie verplichtingen op te leggen die het potentiële concurrenten makkelijker moeten maken tot de markt toe te treden. In verschillende sectorspecifieke wetten zijn dergelijke verplichtingen opgenomen met als doel de transitie naar een ‘normale’ markt met gelijke concurrentieverhoudingen te bevorderen. Het gaat hier vooral om de zogenoemde netwerksectoren waarbij de voormalige monopolist verplichtingen worden opgelegd in de sfeer van het voeren van een gescheiden boekhouding, voorafgaande goedkeuring van tarieven, de verplichting essentiële faciliteiten open te stellen voor derden enzovoort.

Een algemene wettelijke voorziening voor het opleggen van dit soort verplichtingen aan ondernemingen met een economische machtspositie ontbreekt echter. Overwogen kan worden artikel 24 Mw voor dit doel toe te rusten zodat het mogelijk is sectorspecifieke

verplichtingen op te leggen voor andere bedrijfssectoren dan die waarvoor reeds sector-specifieke mededingingsregels gelden. Te denken valt aan een wettelijke bepaling op basis waarvan bij algemene maatregel van bestuur een bedrijfssector voor een bepaalde periode wordt aangewezen met als gevolg dat de bedrijven met een economische machtspositie in die sector aan specifieke verplichtingen kunnen worden onderworpen. De adviesaanvraag werpt verder de mogelijkheid op dat de NMa ondernemingen aanwijst en bepaalt aan welke verplichtingen die zou moeten voldoen.

De *derde deelvraag* in deze categorie trekt de reikwijdte van artikel 24 Mw nog breder en beoogt de controle op ondernemingen met een economische machtspositie mogelijk te maken op terreinen die niet direct binnen het domein van het mededingingsbeleid vallen. Te denken valt aan de controle op tarieven, investeringen en de kwaliteit van de dienstverlening. De relatie met het mededingingsbeleid bestaat uit het feit dat de ongewenste gedragingen het gevolg kunnen zijn van onvoldoende concurrentie. Het gaat bij de controle op deze ondernemingen zodoende eerder om de correctie van ongewenste uitkomsten van het marktproces dan om het gelijktrekken van concurrentieverhoudingen. In deze gevallen staat het maatschappelijk belang voorop en niet zozeer het mededingingsbelang. Het gaat hier met andere woorden om het verschil tussen sectorspecifiek toezicht en sectorspecifiek *mededingingstoezicht* in het kader van artikel 24 Mw. De vragen die in dit verband aan de SER worden voorgelegd zijn (a) of het gewenst is een instrument te creëren waarmee de correctie van maatschappelijk ongewenste marktuitskomsten mogelijk is en (b) of een dergelijk taak zou passen binnen de doelstellingen van de Mw.

Versterking van de positie van de consument onder de Mw

Bij de deelvraag over de versterking van de positie van de consument onder de Mw worden drie subvragen gesteld:

- Effectiviteit van het voorstel om consumenten via consumentenorganisaties klachten bij de NMa te laten indienen.
- Mogelijkheid van een zogenaemde super complaint, een klacht door een consumentenorganisatie die door het bevoegd gezag is aangewezen als vertegenwoordiger van een bepaald consumentenbelang.
- Andere manieren om de positie van de consument onder de Mw te versterken.

Aanleiding voor dit thema is de wens van het kabinet een actievere houding na te streven op het terrein van de consumentenbescherming. Hierbij past ook dat het consumentenbelang in het mededingingsbeleid een sterkere nadruk krijgt. De evaluatie van de Mw signaleert in dit verband als knelpunt dat individuele consumenten volgens het recht vaak geen belanghebbende zijn en daarom niet met een beroep op de Mw bij de NMa terecht kunnen. Ook de Consumentenbond is door de NMa tot op heden niet als belanghebbende aangemerkt.

De vraag is echter of deze beperkingen een probleem zijn voor de waarborging van het consumentenbelang in het mededingingsbeleid. De NMa stelt naar aanleiding van een klacht meestal ambtshalve een onderzoek in. De beoordeling van de vraag of een klager

in formele zin een belanghebbende is speelt in deze primaire fase van een onderzoek geen rol en ook niet-belanghebbenden kunnen dus op deze manier een mededingingszaak aan de orde stellen. De adviesaanvraag vraagt de SER te beoordelen of het consumentenbelang onder de Mw hiermee voldoende gewaarborgd is.

Het tweede onderdeel van de vraag in deze categorie betreft de mogelijkheid de positie van een vertegenwoordigende consumentenorganisatie onder de Mw te versterken. In Engeland bestaat bijvoorbeeld de mogelijkheid dat de Minister van Economische Zaken een consumentenorganisatie aanwijst als vertegenwoordiger van een bepaald consumentenbelang. Als een aangewezen organisatie een klacht indient, moet de Engelse mededingingsautoriteit binnen 90 dagen laten weten of en hoe de klacht behandeld zal worden. De vraag is of de positie van de Nederlandse consumentenorganisaties op een soortgelijke wijze – dus via een ‘super complaint’ – versterkt moeten worden.

Ten slotte wordt de open vraag voorgelegd of er andere mogelijkheden zijn om de positie van de consument onder de Mw te versterken.

2.3 Kader voor dit advies

Het kader voor de beantwoording van de adviesvragen wordt bepaald door de volgende twee overwegingen:

- brede welvaartsbegrip als uitgangspunt voor het mededingingsbeleid;
- integrale aanpak mededingingsproblemen.

Brede welvaartsbegrip

De raad beschouwt het mededingingsbeleid als een middel en geen doel op zich. De Mw is een instrument voor het handhaven van concurrentie met als uiteindelijk doel het bevorderen van de welvaart van de Nederlandse samenleving. Het uitgangspunt van het mededingingsbeleid is met andere woorden de stelling dat gezonde concurrentieverhoudingen bij de ruil van goederen en diensten in een markteconomie bijdragen aan de welvaart. De SER beziet dat doel vanuit het brede welvaartsbegrip (zie kader) en dat heeft gevolgen voor de vraagstelling van dit advies. Zo kiest de raad bij de adviesvragen over de bagatelvrijstelling voor een bredere benadering van de problematiek. Hij ziet de ruimte voor samenwerking in het mededingingsbeleid als de kern van de adviesvraag op dit terrein. In dat kader stelt hij ook de vraag aan de orde in hoeverre zogenoemde niet-economische belangen een rol kunnen spelen bij de beoordeling van het spanningsveld tussen samenwerking en concurrentie.

De raad merkt op dat de invulling van het brede welvaartsbegrip op concrete beleidsvelden zoals het mededingingsbeleid voor een afbakingsprobleem kan zorgen. Het probleem is dat niet-materiële aspecten van welvaart niet altijd in geld waardeerbaar zijn. In dat geval rijst de vraag hoe de diverse aspecten van het brede welvaartsbegrip met elkaar

vergeleken moeten worden om het totale effect van gedragingen of beleid op de welvaart te kunnen vaststellen.

Het brede welvaartsbegrip volgens de SER

De SER gaat uit van een breed welvaartsbegrip: de maatschappelijke welvaart is het totale nut dat mensen individueel en/of gezamenlijk ontlenen aan het gebruik van schaarse, alternatief aanwendbare middelen. Tot die middelen behoren zowel reproduceerbare goederen en diensten als niet-reproduceerbare goederen zoals natuur- en landschapswaarden. Welvaart impliceert dan niet alleen de materiële vooruitgang (welstand en productiviteitsgroei), maar ook de aspecten van sociale vooruitgang (welzijn en sociale cohesie) en een goede kwaliteit van de leefomgeving (ruimtelijke en milieukwaliteit).

Het streven naar duurzame ontwikkeling heeft voorts nadrukkelijk een intergenerationele en een internationale dimensie. Het gaat om het evenwichtig en in samenhang beheren van financieel-economische (profit), sociaal-culturele (people) en ecologische (planet) voorraadgrootheden, niet alleen in het ‘hier en nu’, maar ook met het oog op ‘daar’ (internationaal, met bijzondere aandacht voor ontwikkelingslanden) en ‘later’ (voor komende generaties).

Het is aan de overheid om de randvoorwaarden waarbinnen de samenleving keuzen zal moeten maken, helder aan te geven. Die randvoorwaarden behoren de beperkingen in de onderlinge uitwisselbaarheid van voorraadgrootheden – zoals de grenzen aan de belastbaarheid van ecosystemen – te weerspiegelen.

- Bron: SER-advies *Nationale strategie voor duurzame ontwikkeling*, publicatienr. 02/07, Den Haag 2002.

Integrale aanpak mededingingsproblemen

Het doel van de Mw is het bevorderen en handhaven van concurrentie. De instrumenten die de toezichthouder NMa voor dit doel ter beschikking staan zijn in hoofdzaak beperkt tot de drie kernartikelen van de Mw: het kartelverbod, het verbod op misbruik van een economische machtspositie en de concentratiecontrole. Aspecten van marktwerking die niet op grond van een van deze artikelen kunnen worden aangepakt vallen buiten de reikwijdte van de Mw.

Vanuit die optiek is de kritiek begrijpelijk dat de Mw een onvolmaakt middel is voor het bereiken van het echte doel, effectieve concurrentie. Zo is voor het bereiken van effec-

tieve concurrentie een integrale aanpak nodig waarin niet alleen wordt gekeken naar de overtredingen van de Mw maar ook naar toetredingsbarrières, de verhouding tussen aanbieders en consumenten op de markt en de handelspraktijken van aanbieders². Mededingingsbeleid is met andere woorden complementair met andere onderdelen van het marktwerkingsbeleid zoals het consumentenbeleid³.

Noodzaak samenhangend beleid

Deze visie komt overeen met de aanpak van het Centraal Planbureau (CPB). Het CPB pleit in een recente studie over oligopolies voor de noodzaak mededingingsrecht en andere marktwerkingsinstrumenten in samenhang te bezien⁴. Zo kunnen de mededingingsproblemen van oligopolies in drie beleidsvarianten worden aangepakt. In de *eerste plaats* kan de Mw worden ingezet om te voorkomen dat er een oligopolie ontstaat, bijvoorbeeld door de fusie van bedrijven aan controle te onderwerpen of kartels te bestrijden. In de *tweede plaats* kan overheidsbeleid worden ingezet om een bestaand oligopolie geleidelijk af te breken, een zogenoemde cure maatregel. Daarbij kan gedacht worden aan het verlagen van toetredingsdrempels, bijvoorbeeld via het periodiek herverdelen van licenties om op de markt te opereren. In de *derde plaats* kunnen pijnstillers worden toegediend waarbij het doel is eventuele negatieve effecten van oligopolies te mitigeren. Hiervoor kan de Mw worden ingezet (verbod op misbruik van een machtspositie) maar ook is regulering mogelijk en kunnen maatregelen langs de weg van het consumentenbeleid worden overwogen. In dit geval gaat het bijvoorbeeld om het vergroten van de transparantie van de markt en het verlagen van overstapkosten. Het CPB beveelt voor probleemsectoren (in de zin van hoog risico op oligopolies) sectorstudies aan waarin deze drie oplossingsroutes in samenhang worden bekeken.

Afbakening advies

De SER onderschrijft de visie dat mededingingsbeleid een onderdeel is van het marktwerkingsbeleid. In dit advies gaat de aandacht van de raad echter in hoofdzaak uit naar het functioneren van de Mw als onderdeel van dat meer integrale beleid. De redenen hiervoor zijn in de eerste plaats dat het in het bestek van dit advies niet mogelijk is een afgewogen oordeel te geven over een integraal marktwerkingsbeleid. In de tweede plaats is van belang dat de adviesaanvraag zich richt op het functioneren van de Mw. De reikwijdte van deze wet vormt dan ook het kader van dit advies. Waar dit voor de oordeelsvorming gewenst is zullen andere aspecten van het marktwerkingsbeleid bij dit advies betrokken worden.

2 F. Cohen, Integrale aanpak voor echte concurrentie, *Economisch Statistische Berichten*, 2002, pp. 447-450.

3 Zie: E.E.C. van Damme, Betere positie consument vraagt mdw-toezichthouder, *Economisch Statistische Berichten*, 2002, p. 446.

4 M. Canoy en S. Onderstal, *Tight oligopolies: in search of proportionate remedies*, CPB-document 29, Den Haag 2002.

Europese dimensie

Een onderwerp dat niet in de adviesaanvraag wordt genoemd maar dat de raad van groot belang acht voor de vraagstelling van dit advies is de Europese dimensie van het mededingingsbeleid. De Mw is in belangrijke mate gebaseerd op het Europese mededingingsrecht en dat betekent dat veranderingen op dat terrein gevolgen zullen hebben voor het Nederlandse beleid.

De Europese Commissie is inmiddels een aantal jaren bezig met de modernisering van het Europese mededingingsbeleid. Zo is er een nieuwe bagatelbepaling inwerking getreden en zijn de groepsvrijstellingen voor horizontale en verticale overeenkomsten aangepast. De meest recente wijziging is Verordening 1/2003. Deze verordening is van groot belang omdat hierin wordt geregeld hoe de kernbepalingen over mededinging uit het EG-Verdrag (EGV) in de praktijk moeten worden toegepast. De gevolgen van de modernisering van het Europese mededingingsbeleid voor het nationale mededingingsbeleid zullen in het volgende hoofdstuk als eerste onderwerp in dit advies worden behandeld.

3 De Europese context van het nationale mededingingsbeleid

3.1 Inleiding

Het Europese mededingingsbeleid is volop in beweging en dat heeft verstrekkende gevolgen voor het Nederlandse beleid. In dit hoofdstuk zullen deze ontwikkelingen nader worden geschetst. Daarbij wordt eerst ingegaan op de wijze waarop Nederlands en Europees mededingingsbeleid met elkaar in verband staan (paragraaf 3.2). In paragraaf 3.3 komen vervolgens de veranderingen in het Europese mededingingsbeleid aan de orde. In paragraaf 3.4 ten slotte volgen enkele conclusies en aanbevelingen.

3.2 De aansluiting van het nationale beleid bij het Europese beleid

3.2.1 Algemeen

Het Europese recht als voorbeeld

De aansluiting van de Mededingingswet bij de Europese regels is geen 1-op-1 vertaling. De Memorie van Toelichting (MvT) stelt voorzichtig dat de Mededingingswet is ‘georiënteerd’ op de mededingingsregels uit het EGV. De wet is echter geen ‘kopie’ van die regels. Uitgangspunt is wel dat de Mededingingswet ‘niet strenger en niet soepeler zal zijn dan de EG-mededingingsregels’.

Een 1-op-1 vertaling is op dit moment nog niet mogelijk. Het Europese mededingingsrecht is geen doel op zich maar is dienstbaar aan de doelstellingen van de gemeenschappelijke markt¹. Dat betekent dat het Europese mededingingsrecht een typisch Europese dimensie kent die ontbreekt in het Nederlandse recht. Het gaat dan om de voltooiing van de interne markt en de bevordering van de concurrentie op Europese markten. Het slechten van de barrières voor de interstatelijke handel is geen expliciete doelstelling van de Mededingingswet, al zullen mogelijk ook buitenlandse bedrijven profiteren van een effectiever concurrentiebeleid in Nederland.

De juridische doorwerking van het Europese recht

Europees recht heeft in veel gevallen rechtstreekse werking in de lidstaten en voorrang boven nationaal recht. Dit betekent dat in alle situaties waar het Europese kartelrecht van toepassing is, dat automatisch voorgaat. De NMa en de nationale rechter zijn hieraan dan ook gebonden.

1 M.A. Fierstra, *Europees mededingingsrecht*, Deventer 1993, p. 33.

Het Europese kartelrecht ('acquis communautaire') werkt rechtstreeks door op grond van²:

- de verboden van artikel 81 en 82 EGV;
- de regel van artikel 86 EGV;
- Verordening 17 (met ingang van 1 mei 2004, Verordening 1/2003) en andere verordeningen;
- groepsvrijstellingen artikel 12 Mw;
- Commissiebeschikkingen;
- concentraties boven de drempel van Verordening 4064/89;
- jurisprudentie van het Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg.
- (in mindere mate:) bekendmakingen van de Commissie, alsmede informele zienswijzen van de Commissie.

Het Europese kartelrecht werkt verder indirect door op grond van:

- artikel 13 Mw;
- artikel 88 Mw, op grond waarvan de NMa en de Nederlandse rechter het Europese kartelrecht zelf kunnen toepassen bij afwezigheid van ingrijpen door de Commissie.

De wijze waarop het Europese mededingingsrecht is verankerd in het Nederlandse beleid wordt hieronder verduidelijkt aan de hand van de drie kernonderdelen van het mededingingsbeleid; kartelverbod, misbruik van economische machtspositie en concentratietoets.

3.2.2 *Kartelverbod*

Het kartelverbod is direct gekopieerd en verwijst voor de belangrijkste begrippen direct naar het EGV ('onderneming', 'onderling afgestemde feitelijke gedragingen').

Vrijstellingen en ontheffingen

Ook de vrijstellingen en ontheffingen grijpen terug op het Europese recht. Uitgezonderd van het verbod zijn ondernemingen belast met diensten van algemeen economisch belang, de vertaling van artikel 86, tweede lid EGV. De vrijstellingen verwijzen in artikel 12 Mw naar de EG-groepsvrijstellingen. Dit artikel bepaalt dat het kartelverbod niet geldt voor mededingingsafspraken waarvoor krachtens een verordening van de Raad van de Europese Unie of van de Commissie artikel 81, eerste lid EGV (het Europese kartelverbod) buiten toepassing is verklaard. Artikel 13 Mw breidt deze vrijstelling uit tot mededingingsafspraken die de interstatelijke handel niet kunnen beïnvloeden (en formeel dus niet onder artikel 81 EGV vallen) maar die wel voldoen aan de voorwaarden voor een EG-groepsvrijstelling.

² P.J. Slot e.a., *Eindrapport Evaluatie Mededingingswet - Juridisch deelonderzoek*, p. 43.

Daarnaast is er de mogelijkheid van een ontheffing (artikel 17 Mw). De criteria voor een ontheffing zijn ontleend aan artikel 81, derde lid EGV: Een ontheffing is mogelijk voor besluiten en gedragingen die “bijdragen tot verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen (a) beperkingen op te leggen welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn, (b) de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.”

Bij de toepassing van de bevoegdheid tot het verlenen van ontheffing zal daarom zo veel mogelijk de beschikkingenpraktijk van de Commissie gevolgd worden.

Bagatel

De bagatelregeling van artikel 7 Mw zondert van het kartelverbod uit de overeenkomsten e.d. waarbij niet meer dan acht ondernemingen betrokken zijn met een gezamenlijke omzet van 4.540.000 euro (voor ondernemingen die zich in hoofdzaak richten op het leveren van goederen) respectievelijk 908.000 euro (voor alle andere ondernemingen). Deze regeling is destijds vooral ingevoerd om het systeem administratief hanteerbaar te houden; zij kan daarnaast worden gebruikt om ruimte voor samenwerking van het midden- en kleinbedrijf te scheppen. De bagatelvoorziening wijkt af van het Europese voorbeeld. De wetgever merkt in de MvT op dat de EG-bagatelbekendmaking bij de interpretatie van artikel 6 Mw (kartelverbod) buiten beschouwing dient te blijven (al is deze wel ‘mede richtinggevend’). Reden hiervoor is dat de criteria van de EG-bagatelbekendmaking zijn afgestemd op de Europese markt. De omzetsgrens van de Nederlandse bagatelvoorziening is daarom de facto meestal³ lager dan de marktaandeeldrempels van de EG-bagatelbekendmaking. Ook is sprake van een wettelijke vrijstelling en niet van een beleidsregel zoals bij de EG-bagatelbekendmaking. Kenmerk van een beleidsregel is dat de Europese noch de nationale rechter er aan gebonden is, ook al wordt de beleidsregel feitelijk door de rechter in zijn beoordeling meegenomen.

Verder moet in dit verband worden opgemerkt dat de bagatelbekendmaking van de Europese Commissie een uitwerking is van het merkbaarheidsvereiste met als gevolg dat hard core restricties (bijvoorbeeld prijsafspraken) niet zijn vrijgesteld. Bij de omzetsdrempel van artikel 7 Mw is dat wel het geval, al heeft de NMa de mogelijkheid om op grond van artikel 9 Mw voor hard core kartels die gebruik maken van de bagatelvrijstelling het kartelverbod van artikel 6 Mw alsnog van toepassing te verklaren.

3 Het probleem van deze vergelijking is dat de criteria verschillende maatstaven hanteren (omzet versus marktaandelen).

3.2.3 *Misbruik van een economische machtspositie*

Ook het verbod van misbruik van een economische machtspositie (artikel 24 Mw) is ontleend aan het EGV. De begrippen van dit artikel verwijzen echter niet naar het EGV. De definitie van ‘economische machtspositie’ is volgens de MvT ontleend aan het United-Brandsarrest van het Europese Hof van Justitie⁴. Opvallend is dat de wet geen definitie geeft van het begrip ‘misbruik’. De MvT geeft in zeer algemene zin aan welke vormen van misbruik worden onderscheiden, bijvoorbeeld extreem hoge prijzen, leveringsweigering en koppelverkoop. Wel lijkt het aannemelijk op grond van de MvT en de parlementaire behandeling dat men dit begrip moet uitleggen in de zin van de betekenis die het heeft in artikel 82 EGV⁵.

Het verbod op misbruik van een economische machtspositie kent geen vrijstelling maar wel een specifieke mogelijkheid voor een ontheffing (artikel 25 Mw). Deze ontheffing kan op aanvraag verleend worden aan ondernemingen die belast zijn met diensten van algemeen economisch belang. Hier wijkt de Mededingingswet enigszins af van artikel 86, tweede lid EGV waar deze ondernemingen worden vrijgesteld van het verbod. Mok wijst er op dat de afwijking van de verdragstekst een zekere tegenstrijdigheid tot gevolg heeft⁶. De directeur generaal NMa (dg-NMa) zal moeten vaststellen dat een bepaalde gedraging misbruik van een economische machtspositie vormt, maar toch op grond van een ontheffing wordt toegelaten. Mok geeft er de voorkeur aan artikel 25 te laten vervallen omdat het begrip misbruik voldoende flexibel is om het zodanig uit te leggen dat een gedraging die noodzakelijk is voor de vervulling van een dienst van algemeen economisch belang niet als misbruik wordt gekwalificeerd. Punt is wel dat bij deze optie de convergentie het Europese systeem wordt losgelaten. Als er toch een bepaling in de wet wordt opgenomen dan zou volgens Mok een vrijstelling de voorkeur verdienen.

3.2.4 *Concentratietoezicht*

Voor het concentratietoezicht is ook aansluiting gezocht bij het Europese mededingingsrecht, in dit geval de concentratieverordening. De MvT noemt in dit verband de keuze voor een preventief boven een repressief systeem, het gehanteerde begrippenkader, de gehanteerde materiële beoordelingsnorm en de keuze voor een beoordelingsprocedure in twee fasen.

Het concentratietoezicht van de Mededingingswet moet worden gezien als een complement van het Europese concentratietoezicht. Dit blijkt uit het feit dat de omzetrempels zo zijn gekozen dat concentraties met een relevant effect op Nederlandse markten onder het toezicht vallen (zie hiervoor artikel 29 Mw). Voor financiële instellingen is conform de EG-concentratieverordening een ander criterium geformuleerd (op basis van de

4 Deze definitie is op advies van de SER opgenomen. In de adviesaanvraag werd voorgesteld de definitie ‘economische machtspositie’ van de Wet Economische Mededinging over te nemen.

5 M.R. Mok, Mededingingswet: aandachtspunten en knelpunten, *TVVS* 1998, p. 223.

6 *Ibid.*

waarde van de activa). Concentraties die krachtens de EG-concentratieverordening zijn onderworpen aan het toezicht van de Commissie, zijn vrijgesteld van het Nederlandse toezicht (artikel 33 Mw).

3.3 De veranderingen in het Europese mededingingsbeleid

3.3.1 Algemeen

In 1962 stelde de Raad Verordening 17 vast met betrekking tot de toepassing van de artikelen 81 en 82. Meer dan 40 jaar is deze verordening toegepast, zonder wijzigingen van betekenis. Sinds de jaren zestig is de Gemeenschap enorm geëvolueerd. De rol van de Commissie is veel groter geworden door het gecombineerde effect van de marktintegratie, de toetreding van nieuwe lidstaten, de sluiting van samenwerkingsovereenkomsten met derde landen en de mondialisering van de economie. Het huidige systeem is niet langer tegen deze ontwikkelingen opgewassen.

De Raad voor het Concurrentievermogen heeft op 26 november 2002 ingestemd met voorstellen voor de modernisering van de procedureregels inzake de toepassing van de artikelen 81 en 82 EGV. Vanaf 1 mei 2004 zal de nieuwe Verordening (nr. 1/2003) formeel in werking treden. Met de modernisering streeft de Europese Commissie een drieledig doel na:

- Een scherpere prioritering: de Commissie wil zich kunnen concentreren op haar eigenlijke taak, de bestrijding van kartels (paragraaf 3.3.2).
- Decentralisatie: nationale autoriteiten zijn vaak beter gepositioneerd om mededingingsbeperkingen in hun eigen land te beoordelen (paragraaf 3.3.3).
- Vereenvoudiging van procedures: hervorming zou de ondernemingen ontlasten van administratieve verplichtingen en van overbodige kosten (paragraaf 3.3.4).
- In samenhang hiermee zal naar een strikt economische benadering worden gestreefd (paragraaf 3.3.5).

3.3.2 Prioritering

De Commissie wil zich toeleggen op de strijd tegen de ernstigste concurrentiebeperkingen. Tot nu toe heeft het afhandelen van grote aantallen individuele aanmeldingen ter verkrijging van een negatieve verklaring of een ontheffing te veel aandacht opgeëist. De Commissie heeft in de loop der jaren verschillende maatregelen genomen om het aantal verzoeken om ontheffing te verminderen. Het betreft met name de Bekendmaking inzake overeenkomsten van geringe betekenis en groepsvrijstellingsverordeningen. De Bekendmaking inzake overeenkomsten van geringe betekenis (de minimis) bepaalt dat overeenkomsten die slechts in geringe mate afbreuk doen aan de handel tussen lidstaten of aan de mededinging niet onder het kartelverbod vallen. Op 22 december 2001 is een nieuwe 'de minimis'-Bekendmaking in werking getreden. De belangrijkste wijziging ten opzichte van de eerdere Bekendmaking is dat de nieuwe Bekendmaking zich

alleen richt tot het criterium 'effect op de economische mededinging'. Daarnaast zijn de marktaandeeldrempels verhoogd:

- voor horizontale overeenkomsten geldt een gezamenlijk marktaandeel niet groter dan 10 procent (was 5 procent);
- voor verticale overeenkomsten geldt een marktaandeel van 15 procent (was 10 procent);
- indien een cumulatief effect optreedt, geldt een drempel van 5 procent.

Voorwaarde is wel dat partijen geen 'hardcore' restricties in de overeenkomst hebben opgenomen zoals een marktverdeling of prijsafpraak.

Daarnaast kan de Commissie het aantal individuele aanmeldingen verminderen met groepsvrijstellingen. Voor verticale overeenkomsten heeft de Commissie een verordening vastgesteld inzake de koop of verkoop van goederen en diensten wanneer deze overeenkomsten zijn gesloten tussen niet concurrerende ondernemingen, tussen bepaalde concurrenten of door bepaalde verenigingen van detailhandelaren⁷. Voor horizontale overeenkomsten heeft de Commissie verordeningen vastgesteld inzake specialisatieovereenkomsten en inzake onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten⁸.

De Bekendmaking en de verordeningen hebben de stroom aanmeldingen ingedamd, maar niet voldoende. De Commissie acht het daarom noodzakelijk om tot een gedecentraliseerd toepassingssysteem te komen.

3.3.3 *Decentralisatie*

Binnen een verbodstelsel voor mededingingsbeperkende afspraken zijn twee systemen denkbaar: een ontheffingssysteem en een systeem van wettelijke uitzondering. In het eerste kan het wettelijke verbod slechts worden opgeheven door een daartoe bevoegde openbare autoriteit. In het tweede zijn concurrentiebeperkende overeenkomsten die aan de wettelijke voorwaarden voldoen geldig vanaf de sluiting ervan.

De overwegingen die destijds tot de invoering van een gecentraliseerd ontheffingssysteem hebben geleid, leggen vandaag niet meer hetzelfde gewicht in de schaal. De communautaire en nationale mededingingsautoriteiten zijn nu vertrouwd met de toepassing van een mededingingsrecht dat door beschikkingen, jurisprudentie en regelgeving is verfijnd en verduidelijkt. Bovendien zijn nationale autoriteiten vaak beter gepositioneerd om mededingingsbeperkingen in hun eigen land te beoordelen. Zij kennen de lokale markten en de lokale ondernemingen.

De Europese Commissie is van mening dat invoering van een systeem van wettelijke uitzondering nodig is om de werking van het verbodstelsel te verbeteren. De Commissie

⁷ Commissieverordening 2790/1999, 1 juni 2000.

⁸ Commissieverordeningen 2658/2000 en 2659/2000, 1 juni 2000.

heeft daarom voorgesteld om Verordening 17 te herzien. De hervorming, die is neergelegd in Verordening 1/2003, rust op drie pijlers:

- Afschaffing van het systeem van aanmelding en ontheffing: Dit houdt in dat overeenkomsten die aan de voorwaarden voldoen geldig zijn vanaf het moment dat ze tot stand komen. Het is dus aan de ondernemingen zelf om te bepalen of ze aan de voorwaarden voldoen.
- Gedecentraliseerde toepassing van de mededingingsregels: Dat wil zeggen dat niet alleen de verbodsregel van artikel 81, lid 1, maar ook de uitzonderingsbepaling van artikel 81, lid 3, rechtstreeks worden toegepast, zowel door de Commissie als door de nationale rechterlijke instanties en de nationale mededingingsautoriteiten. Een dergelijk handhavingssysteem bestaat reeds voor artikel 82.
- Versterking van de controle achteraf: Dit moet onder meer worden gerealiseerd door de bevoegdheden van de commissie om onderzoek en inspecties te verrichten te verruimen. Het gaat bijvoorbeeld om de bevoegdheid om alle ruimten waar zakelijke bescheiden mogelijk kunnen worden bewaard, met inbegrip van privé-woningen, te betreden.

Verder voorziet Verordening 1/2003 in de mogelijkheid voor de nationale rechterlijke instanties om zich tot de Commissie te wenden om inlichtingen of adviezen over de toepassing van het communautaire mededingingsrecht te verkrijgen. Anderzijds moeten de Commissie en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten de bevoegdheid hebben schriftelijke of mondelinge opmerkingen voor de nationale rechterlijke instanties te maken, wanneer hun verzocht wordt artikel 81 of artikel 82 van het Verdrag toe te passen (*amicus curiae*).

Met een systeem van preventieve controlemechanismen moet de uniforme toepassing van het communautaire mededingingsrecht worden gewaarborgd. Het regime zal verplichtingen tot informatie-uitwisseling en onderlinge samenwerking bevatten. Deze samenwerking vindt plaats in een zogenaamd netwerk waarvan ook de Europese Commissie deel uitmaakt. In dit netwerk stellen mededingingsautoriteiten zaken aan de orde met een merkbaar interstatelijk effect. In overleg kunnen zij vervolgens bepalen welke autoriteit het beste in staat is een dergelijke zaak af te handelen. De Commissie wil de macht behouden om een zaak aan de bevoegdheid van de nationale mededingingsautoriteiten te onttrekken en zelf te behandelen indien er gevaar bestaat voor uiteenlopende beleidslijnen.

3.3.4 Vereenvoudiging

Voor het geven van een formele beschikking moet de Commissie nu een omslachtige procedure volgen. Voor ondernemingen betekent dit veel administratieve formaliteiten en hoge kosten. Om de afhandeling van aanmeldingen sneller te doen verlopen bestaat sinds de jaren zeventig de mogelijkheid dat ambtenaren een administratieve brief ('troostbrief') afgeven. Van deze methode wordt veel gebruik gemaakt. Nadelen zijn echter dat de brieven niet openbaar en niet bindend zijn.

In een systeem van wettelijke uitzondering is een voorafgaande beschikking niet langer vereist. Overeenkomsten die aan de voorwaarden voldoen zijn geldig vanaf het moment dat ze tot stand komen. Controle vindt achteraf plaats. Het is dus aan de ondernemingen zelf om te bepalen of ze aan de voorwaarden voldoen. Richtsnoeren en bekendmakingen reiken elementen aan die noodzakelijk zijn voor die analyse. Een nadeel dat in dit verband genoemd kan worden is dat ondernemingen in een systeem van wettelijke uitzondering vooraf geen zekerheid meer kunnen krijgen of de voorwaarden van artikel 81, lid 3 EGV van toepassing zijn.

Om de regels verder te vereenvoudigen is een nieuwe generatie verordeningen aangenomen. De nieuwe vrijstellingsverordeningen volgen niet langer de methode waarbij een lijst van typen vrijgestelde bepalingen wordt opgesteld. De nieuwe verordeningen geven een algemene vrijstelling voor alle overeenkomsten en alle contractbepalingen die tot een bepaalde categorie horen, met als voorbehoud een zwarte lijst van beperkingen of bepalingen die niet in dergelijke overeenkomsten mogen voorkomen, en een marktaandeelcriterium dat het voordeel van de algemene vrijstelling begrenst. Op die zwarte lijst staan 'hard core' beperkingen over onder meer minimum en vaste prijzen, marktverdeling of absolute gebiedsbescherming en verplichte afname.

Ook het concentratietoezicht wordt vereenvoudigd. Op 11 december 2002 is de Commissie akkoord gegaan met een voorstel voor een herziene concentratieverordening (Verordening 4064/89). Een van de hervormingen betreft meervoudige notificaties; dit is het feit dat een voorgenomen concentratie in meer dan één lidstaat gemeld moet worden. Concentraties die onder de jurisdictie van drie of meer lidstaten vallen zouden onder de jurisdictie van de Commissie moeten worden gebracht (one-stop shop) om te voorkomen dat concentrerende bedrijven in een groot aantal verschillende lidstaten aan concentratieprocedures onderworpen worden.

3.3.5 *Economische benadering*

Bij de toepassing van artikel 81 zal naar een strikt economische benadering worden gestreefd. In de nieuwe vrijstellingsverordeningen worden de argumenten daarvoor genoemd:

- Verticale overeenkomsten kunnen de economische efficiëntie binnen een productie- of distributieketen bevorderen door een betere coördinatie tussen de deelnemende ondernemingen mogelijk te maken; in het bijzonder kunnen zij tot een vermindering van de transactie- en distributiekosten van de partijen leiden en tot een optimalisering van de hoogte van hun verkoop en investeringen.
- Overeenkomsten betreffende specialisatie bij de productie dragen over het algemeen bij tot de verbetering van de productie of distributie van goederen, omdat de betrokken ondernemingen zich op de vervaardiging van bepaalde producten kunnen toelagen en aldus efficiënter werken en de producten goedkoper aanbieden.

- Samenwerking op het gebied van onderzoek en ontwikkeling en op dat van de gemeenschappelijke exploitatie van de uitkomsten bevordert over het algemeen de technische en economische vooruitgang, doordat de uitwisseling van knowhow tussen de partijen zal toenemen en overlappings bij onderzoek en ontwikkeling worden vermeden, doordat nieuwe vorderingen worden gestimuleerd en doordat nieuwe toepassingen worden gerationaliseerd.

Ook de herziening van de concentratieverordening is bedoeld om meer ruimte te bieden aan economische overwegingen. De Commissie verklaart uitdrukkelijk bereid te zijn beweerde efficiëntieverbeteringen te onderzoeken in het kader van het algemene onderzoek van een fusie. Dergelijke claims zullen enkel worden geaccepteerd wanneer de Commissie met voldoende zekerheid kan besluiten dat de door de fusie gegenereerde efficiëntieverbeteringen voor de fusieonderneming de eventuele nadelen voor gebruikers zullen opheffen. Wil de Commissie tot een dergelijke conclusie komen, dan moeten de efficiëntieverbeteringen substantieel, tijdig en controleerbaar zijn. Bovendien rust de bewijslast daarvoor duidelijk op de fusierende ondernemingen; zo moeten zij onder meer aantonen dat de efficiëntieverbeteringen voldoende groot zijn om op te wegen tegen eventuele ongunstige effecten van de fusie op de mededinging.

Een economische beoordeling blijkt nog niet zo eenvoudig te zijn. In 2002 heeft het Gerecht van eerste aanleg vier maal beschikkingen van de Europese Commissie tot niet-toelating van een fusie, vernietigd. In de zaken *Airtours/First choice*, *Schneider/Legrand*, *Tetra Laval/Sidel* en ten slotte *Lagardère* oordeelde het Gerecht dat de economische analyses fouten, omissies en contradicties bevatten. Volgens het Gerecht oordeelt de Commissie te snel dat een fusie tot een dominante marktpositie leidt, waarbij gespeculeerd wordt op marktsituaties die zich pas enkele jaren later kunnen voordoen. Europees Commissaris Monti heeft aangekondigd zijn staf uit te breiden met meer economen om de kwaliteit van de analyses te verbeteren. Er wordt een chef-econoom benoemd en er zal worden gewerkt met peer review panels, die bestaan uit ervaren ambtenaren, en die moeten proberen gaten te schieten in de bewijsvoering van de onderzoekers.

3.4 Conclusies en aanbevelingen

3.4.1 *Inleiding*

De algemene lijn die de raad met nadruk bepleit is dat voor het Nederlandse beleid de Europese systematiek wordt gevolgd, tenzij er goede redenen zijn om af te wijken. Aanpassing van de Mededingingswet kan nodig of wenselijk zijn vanwege nu bestaande verschillen tussen Europees en nationaal beleid, of als gevolg van de nieuwe Verordening 1/2003. De voorstellen met betrekking tot het concentratietoezicht kunnen ook gevolgen hebben voor de Mededingingswet. Omdat deze voorstellen nog in een vroeg stadium verkeren heeft de raad besloten in het kader van dit advies daarover niet te adviseren.

3.4.2 *Bestaande verschillen*

Taken van algemeen economisch belang

Voor ondernemingen belast met taken van algemeen economisch belang is er in artikel 86, lid 2 EGV een wettelijke uitzondering. Artikel 25 Mw daarentegen kent de mogelijkheid van een ontheffing van het verbod op misbruik van een economische machtspositie. De raad wil uit het oogpunt van convergentie ervoor pleiten de ontheffingsmogelijkheid om te zetten in een wettelijke uitzondering. Een uitzonderingspositie is nodig omdat de uitvoering van taken van algemeen economisch belang gedragingen met zich kan brengen die mogelijk als misbruik van een economische machtspositie kunnen worden uitgelegd. Ondernemingen, die worden belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, beschikken niet over volledige commerciële vrijheid. Zij moeten zich mede laten leiden door de aan hen bij wettelijk voorschrift of door een bestuursorgaan toevertrouwde taken. Dit geldt bijvoorbeeld voor nutsbedrijven en ondernemingen belast met openbaar vervoer. Ook kan het voor de uitoefening van die taken onvermijdelijk zijn dat een onderneming met een economische machtspositie zich gedraagt op een wijze die bij een 'gewone' onderneming als misbruik zou worden beschouwd. Een voorbeeld is wanneer aan bepaalde (kwetsbare) groepen lagere tarieven in rekening worden gebracht dan aan anderen voor dezelfde goederen of diensten. In het licht van het maatschappelijke belang van deze taken, moet een dergelijk mogelijk 'misbruik' dus worden toegestaan. Het EU-recht heeft hiervoor in artikel 86, lid 2 een wettelijke uitzondering gecreëerd. De raad beveelt aan dit systeem in de Mededingingswet over te nemen.

3.4.3 *Gevolgen van Verordening Nr. 1/2003*

De nieuwe Verordening 1/2003 zal leiden tot wijzigingen die lidstaten moeten toepassen en tot wijzigingen die de lidstaten enige keuzevrijheid laten. De raad gaat in deze conclusie alleen in op gevolgen met een element van keuzevrijheid omdat daarbij oordeelsvorming gevraagd is. De vraag welke onderdelen van de verordening verplicht geïmplementeerd moeten worden en de wijze waarop dat moet geschieden komt dus niet aan de orde.

Amicus curiae en burgerlijk procesrecht

Op grond van artikel 15 van Verordening 1/2003 kunnen de Europese Commissie en de nationale mededingingsautoriteit de rol van amicus curiae vervullen; zij kunnen uit eigen beweging opmerkingen bij de nationale rechters indienen. Het burgerlijk procesrecht voorziet niet in deze inmenging van nationale en Europese mededingingsinstanties in de lijdelijke procedure en dus rijzen er vragen over de aard van een mogelijk interventie door de Europese Commissie en de NMa⁹. Het uitgangspunt in het Nederlandse

9 E. Oude Elfering en A. Keijlewer, Verslag van de gemeenschappelijke vergadering van de Nederlandse Vereniging voor Europees Recht en de Vereniging voor Mededingingsrecht op vrijdag 7 juni 2002, SEW, 2003, pp. 20-26.

recht is dat derden zonder een procesbelang zich niet zomaar met een burgerlijk proces kunnen inlaten. De vraag is hoe een interventie door Commissie en NMa moet worden uitgelegd. De kartelautoriteiten kunnen door hun specifieke expertise de civiele rechter van advies dienen maar ook kan de indruk worden gewekt dat de civiele rechter bij een interventie onder toezicht staat van een bestuursorgaan (de NMa). De raad kan de juridische gevolgen hiervan onvoldoende beoordelen en laat in het midden of de Europese verordening op dit punt spanning veroorzaakt met het burgerlijk procesrecht.

Van ontheffing naar wettelijke uitzondering

Het ontheffingsmonopolie van de Europese Commissie voor de toepassing van artikel 81, lid 3 EGV vervalt door de bepaling in artikel 1, lid 2 van Verordening 1/2003: “Overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen als bedoeld in artikel 81, lid 1 EGV die aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3 EGV voldoen, zijn niet verboden, zonder dat hiertoe een voorafgaande beslissing vereist is.” Artikel 81, lid 3 EGV krijgt hierdoor de status van wettelijke uitzondering. Deze wettelijke uitzondering is met de inwerkingtreding van Verordening 1/2003 rechtstreeks toepasselijk op de overeenkomsten en praktijken van Nederlandse ondernemingen, voorzover die overeenkomsten en praktijken de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden. Daardoor ontstaat na 1 mei 2004 de situatie dat Nederlandse ondernemingen ten aanzien van het Europese respectievelijk het Nederlandse kartelverbod met twee verschillende systemen te maken krijgen. De SER vindt die situatie onwenselijk. Volgens de raad ligt het uit het oogpunt van convergentie voor de hand dat de Mededingingswet zodanig wordt gewijzigd dat de systematiek van een wettelijke uitzondering op het kartelverbod ook voor het nationale beleid wordt overgenomen. Bovendien geldt evenals voor de Commissie dat ook de taak van de NMa verlicht kan worden door het laten vervallen van de verplichting een ontheffing voor het kartelverbod aan te vragen waardoor mogelijk ruimte ontstaat bij de NMa voor een meer proactieve opstelling bij de handhaving van het kartelverbod. De raad wil daarom dat artikel 17 Mw wordt omgevormd van een ontheffing in een wettelijke uitzondering voor gedragingen en overeenkomsten die bijdragen tot verbetering van de productie of die technologische vooruitgang bevorderen.

Versterking rechterlijk apparaat

De nationale civiele rechter krijgt met de modernisering van het Europese mededingingsbeleid een belangrijkere rol bij de toepassing van dit beleid. De SER roept het kabinet op nu al stappen te ondernemen om de Nederlandse rechters voor te bereiden op deze taak.

De rechter krijgt met de inwerkingtreding van Verordening 1/2003 te maken met een belangrijke taakverzwaring doordat hij bepaalde economische effecten moet gaan toetsen die hij onder het regime van Verordening 17 slechts marginaal hoeft te beoordelen. In de *eerste plaats* zal de civiele rechter na inwerkingtreding van Verordening 1/2003 in mei 2004 bij zaken met een interstatelijk effect het Europees mededingingsrecht integraal kunnen toepassen. Op dit moment heeft het voor de civiele rechter weinig zin om een mogelijk interstatelijk effect van overeenkomsten te beoordelen omdat zowel de

Europese Commissie als de NMa een ontheffingsmonopolie op grond van artikel 81, lid 3 EGV respectievelijk artikel 17 Mw bezitten. Wanneer de verordening in werking treedt krijgt de civiele rechter echter de bevoegdheid om artikel 81, lid 3 EGV te gaan toepassen en zal de rechter bij een geschil waarin een beroep wordt gedaan op de uitzondering van dit artikel wel een uitspraak moeten doen over het interstatelijk effect van de overeenkomst of afspraak in kwestie. Dat effect is tenslotte mede bepalend of artikel 81, lid 3 EGV in het betreffende geval van toepassing is. Deze vraag komt overigens alleen aan de orde als de Mw niet wordt aangepast en de NMa een ontheffingsmonopolie voor artikel 17 Mw blijft bezitten. De procedures voor toepassing van artikel 17 Mw respectievelijk artikel 81, lid 3 EGV zullen in dit geval afwijken.

In de *tweede plaats* zal de civiele rechter bij een geschil waarin een beroep wordt gedaan op de wettelijke uitzondering van artikel 81, lid 3 EGV moeten gaan beoordelen of voldaan is aan de voorwaarden van deze wettelijke uitzondering. Dat houdt dus een beoordeling in of een kartel bijdraagt aan bijvoorbeeld de technische of economische vooruitgang. Hiervoor zijn economische analyses noodzakelijk die een beroep doen op specialistische kennis¹⁰.

De SER pleit ervoor dat het kabinet tijdig maatregelen neemt om te waarborgen dat het rechterlijk apparaat in Nederland voldoende is toegerust op zijn rol bij de uitvoering van het Europees en nationaal mededingingsbeleid. Het kabinet heeft deze problematiek onderkend en wil door middel van bijscholing ervoor zorgen dat expertise wordt opgebouwd en onderhouden¹¹. De raad wil er op wijzen dat ook naar de personeelsformatie moet worden gekeken. Als uitbreiding van het rechterlijk apparaat noodzakelijk is, moet het kabinet hiervoor extra middelen vrijmaken.

Inspectie van bedrijfslocaties en privé-woningen

Artikel 21 van Verordening 1/2003 geeft de Europese Commissie de bevoegdheid voor de 'inspectie van andere lokalen'. Het gaat hierbij om "gebouwen, terreinen en vervoermiddelen, waaronder de woningen van directeuren, bestuurders en andere personeelsleden van de betrokken ondernemingen en ondernemingsverenigingen". Van deze bevoegdheid kan gebruik worden gemaakt als er een redelijk vermoeden bestaat dat boeken of andere bescheiden in verband met het bedrijf en het voorwerp van de inspectie, die relevant kunnen zijn om een ernstige inbreuk op artikel 81 of artikel 82 EGV te bewijzen, worden bewaard op deze plaatsen.

De NMa heeft op dit moment geen bevoegdheid voor dergelijke inspecties. De NMa zelf heeft bij verschillende gelegenheden aangedrongen op uitbreiding van zijn bevoegdheden in deze zin. Zo zou het onderzoek naar de bouwfraude belemmerd zijn door het ontbreken van de mogelijkheid privé-woningen te doorzoeken (de centrale administratie van

10 Als het advies van de raad wordt opgevolgd om artikel 17 Mw om te vormen van een ontheffingsmogelijkheid tot een wettelijke uitzondering op het kartelverbod van artikel 6 Mw, zal het beroep op deze specialistische kennis alleen maar toenemen omdat de rechter dan eenzelfde toets moet gaan uitvoeren voor kartels die vallen binnen de reikwijdte van de Mw.

11 Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 22 093, nr. 13.

de onderlinge verrekeningen tussen bouwbedrijven was ondergebracht in een privé-woning). De NMa wijst erop dat mededingingsautoriteiten in Duitsland en Noorwegen goede ervaringen hebben met het verrichten van huiszoekingen.

De raad vindt dat de NMa alleen onder stringente voorwaarden de bevoegdheid moet krijgen om woningen binnen te treden. In Nederland zijn aan de bevoegdheid tot het doorzoeken van woningen beperkingen gesteld door artikel 12 van de Grondwet en de wet die deze bepaling verder uitwerkt, de Algemene wet op het binnentreden¹². Deze wet bepaalt onder meer dat men voor het binnentreden van woningen, indien toegestaan, het openbaar ministerie nodig heeft voor het geven van een machtiging (artikel 3 van de Algemene wet op het binnentreden). Theoretisch is het mogelijk dat in de Mw wordt afgeweken van de Algemene wet op het binnentreden. De raad vindt die aanpak onwenselijk. Uitgangspunt voor de raad is dat als de NMa in navolging van de Europese Commissie bevoegdheden krijgt voor het binnentreden van woningen, voldaan moet zijn aan alle wettelijke eisen die worden opgelegd aan Nederlandse opsporingsdiensten met vergelijkbare bevoegdheden voor het binnentreden van woningen. Dat houdt in dat aan het binnentreden van woningen door de NMa machtiging door het openbaar ministerie vooraf moet gaan. Ook is de raad van mening dat de NMa, in navolging van de Europese Commissie, bij het binnentreden van bedrijfslocaties en woningen, het doel van het onderzoek in een schriftelijk besluit moeten vastleggen. Dit om zogenaamde ‘fishing expeditions’ te voorkomen.

Daarnaast pleit de raad voor verduidelijking van de rechten en plichten bij het binnentreden van bedrijfslocaties en woningen. Hij beveelt aan dat de NMa hiervoor een informatiebrochure opstelt waarin wordt beschreven wat enerzijds de bevoegdheden zijn van de mededingingsautoriteit (een beschrijving van alle instrumenten voor opsporing en de voorwaarden waaronder daarvan gebruik kan worden gemaakt) en anderzijds de rechten van degenen die met de opsporing worden geconfronteerd.

Structurele maatregelen

De Europese Commissie beschikt op grond van Verordening 1/2003 over verschillende instrumenten om ex post in specifieke sectoren in te grijpen. Een van deze instrumenten is de mogelijkheid om zogenoemde structurele maatregelen tegen een onderneming te nemen. Artikel 7 van deze verordening geeft de Commissie de bevoegdheid bij inbreuken op artikel 81 of artikel 82 van het Verdrag “alle maatregelen ter correctie van gedragingen of structurele maatregelen opleggen die evenredig zijn aan de gepleegde inbreuk.” Bij een structurele maatregel moet de ondernemingsstructuur worden aangepast zodat aan de inbreuk daadwerkelijk een einde wordt gemaakt. De vraag is of de NMa ook over een dergelijke bevoegdheid moet beschikken. In hoofdstuk 5 van dit advies zal daar verder op in worden gegaan.

12 Wet van 22 juni 1994, *Staatsblad* 572.

4 Ruimte voor samenwerking

4.1 Inleiding en probleemstelling

Het onderwerp van deze paragraaf is het spanningsveld tussen mededinging en samenwerking. De adviesaanvraag bevat drie vragen ten aanzien van de ruimte voor samenwerking en meer in het bijzonder de bagatelvrijstelling:

- Biedt de Mededingingswet voldoende ruimte voor samenwerking tussen ondernemingen uit het midden- en kleinbedrijf?
- Zo nee, ligt de oplossing in een verruiming van de bagatelvoorziening of in een vrijstelling op basis van artikel 15 van de Mededingingswet?
- Zo er aanleiding zou zijn voor een ruimere bagatelvoorziening, ligt het dan in de rede de bestaande bagateldrempels te vervangen door het marktaandeelcriterium?

Probleemstelling

Het spanningsveld tussen mededinging en samenwerking brengt twee typen vraagstukken met zich mee. Het eerste vraagstuk betreft de spanning tussen statische en dynamische efficiëntie. In dit verband heeft Schumpeter de volgende hypothese opgeworpen: opoffering van efficiëntie op de korte termijn (statische efficiëntie) leidt tot hogere investeringen in onderzoek en ontwikkeling (O&O), wat weer leidt tot een toename in efficiëntie op de langere termijn (dynamische efficiëntie). Uit empirisch onderzoek blijkt dat concurrentie in het algemeen goed is voor innovatie, maar dat er een aantal uitzonderingen bestaat. Wanneer schaalvoordelen en netwerkexternaliteiten bij O&O een grote rol spelen kan (tijdelijke) samenwerking tussen (concurrerende) ondernemingen nodig zijn.¹

Het tweede vraagstuk betreft de spanning tussen ‘smalsporige’ en ‘breedsporige’ doelmatigheid. Het mededingingsbeleid is gebaseerd op de gedachte dat de welvaart wordt geoptimaliseerd als economische actoren elkaar als rivaal benaderen en zoveel mogelijk met elkaar concurreren. De concurrentie moet leiden tot een maximale productie bij een minimale inzet van middelen. Het bevorderen van mededinging is echter geen doel op zich. Het is een instrument om maatschappelijke welvaart te bereiken. In dit verband is het brede welvaartsbegrip van belang². Het gaat daarbij om alle effecten die een activiteit teweegbrengt; niet alleen economische, maar ook sociale en ecologische. Het nastreven van zogenoemde ‘niet-economische’ belangen kan vragen om samenwerking tussen ondernemingen, en dus (tijdelijke) beperking van de mededinging.

1 Centraal Planbureau, *De pijlers onder de kenniseconomie*, Den Haag 2002.

2 Zie voor dit begrip, het kader in par. 2.4.

Deze brede benadering van de problematiek impliceert dat ook in de sfeer van oplossingen voor een brede insteek wordt gekozen. De raad zoekt de oplossing dus niet alleen in verruiming van de bagatelvoorziening. Hij stelt twee vragen centraal:

- Op welke wijze moeten economische voor- en nadelen van samenwerking worden afgewogen?
- In hoeverre kunnen zogenoemde niet-economische belangen daarbij een rol spelen? Concreet gaat het bij dit aspect om de vraag of de voorwaarden van artikel 81, lid 3 EGV en artikel 17 Mw voldoende ruimte bieden voor dit soort belangen.

Leeswijzer

Dit hoofdstuk is als volgt opgezet. Paragraaf 4.2 beschrijft het regelgevend kader. Paragraaf 4.3 gaat in op het belang van samenwerken voor bedrijven. Paragraaf 4.4 gaat in op de wijze waarop ‘niet-economische belangen’ zich verhouden tot mededingingsbepalingen. Paragraaf 4.5 geeft een overzicht van knelpunten die worden ervaren. In paragraaf 4.6 ten slotte formuleert de raad conclusies en aanbevelingen.

4.2 Regelgevend kader

Bagatel en de minimis

De bagatelvrijstelling is destijds ingevoerd om het systeem administratief hanteerbaar te houden. Tevens kan de voorziening ertoe bijdragen de lasten van kleine ondernemers zoveel mogelijk te beperken. In de praktijk past de NMa, als het ware bovenop de bagatelregeling, de de minimis-regeling van de Europese Commissie toe. In tabel 4.1 worden de beide voorzieningen vergeleken.

Overigens kan de NMa, indien sprake is van ernstige afbreuk aan de mededinging, op grond van artikel 9 van de Mw, toch optreden tegen samenwerkingsverbanden onder de omzetrempel.

tabel 4.1 Vergelijking bagatelvrijstelling en ‘de minimis’

	bagatel	de minimis
Vindplaats	Artikel 7 Mw	Bekendmaking
Status	Wettelijke vrijstelling	beleidsregel
Doel	<ul style="list-style-type: none"> • doelmatigheid: beleid richten op zaken die van enig belang zijn • beperking lasten ondernemingen 	<ul style="list-style-type: none"> • merkbaarheid: criterium is verstoring van concurrentie
Toepassingsbereik	<ul style="list-style-type: none"> • niet meer dan acht ondernemingen • omzetrempel van € 4.540.000,- voor ondernemingen die goederen leveren, en € 908.000,- voor ondernemingen die diensten leveren • ook hardcore afspraken 	<ul style="list-style-type: none"> • gezamenlijk marktaandeel van 10% bij horizontale afspraken en 15% bij verticale afspraken • geen hardcore afspraken

Generieke vrijstellingen

Artikel 15 Mw voorziet in de mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur bepaalde samenwerkingsovereenkomsten vrij te stellen van het kartelverbod. Voor het midden- en kleinbedrijf zijn vooral van belang de vrijstellingen voor:

- samenwerkingsovereenkomsten in de detailhandel;
- combinatieovereenkomsten;
- branchebeschermingsovereenkomsten.

Daarnaast werken de groepsvrijstellingen van de Europese Commissie automatisch door:

- Verticale overeenkomsten: verticale afspraken waarbij het marktaandeel van de leverancier kleiner is dan 30 procent zijn toegestaan, uitgezonderd: minimum en vaste prijzen, marktverdeling of absolute gebiedsbescherming en verplichte afname.
- Horizontale overeenkomsten: specialisatieovereenkomsten met een marktaandeel van minder dan 20 procent en onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten met een marktaandeel van 25 procent zijn toegestaan, uitgezonderd: het vaststellen van prijzen, productie- of verkoopbeperkingen en markt- of klantverdeling.

Ontheffingen

De Commissie kan een ontheffing verlenen op grond van artikel 81, lid 3 EGV. Het gaat om afspraken die “bijdragen tot verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang”.

Als gevolg van Verordening 1/2003 vervalt per 1 mei 2004 het ontheffingsmonopolie van de Commissie. Dan kunnen ook de nationale mededingingsautoriteiten en nationale rechters artikel 81, lid 3 toepassen. De beschikkingenpraktijk van de Commissie zal dan een belangrijke richtinggevende rol krijgen.

Op grond van artikel 17 Mw kan een ontheffing van het kartelverbod worden verleend als de betrokken afspraak aan vier cumulatieve voorwaarden voldoet zoals “verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang”. De ontheffingscriteria zijn ontleend aan artikel 81, lid 3 EGV.

Op grond van artikel 4 Mw kan de Minister van EZ algemene aanwijzingen aan de NMa geven over hoe andere dan economische belangen te betrekken bij de ontheffingsverlening. De minister heeft aangegeven dat zij bij zowel individuele als algemene aanwijzingen uiterste terughoudendheid zal betrachten³.

Toetsing

Als een afspraak niet is vrijgesteld van het kartelverbod op grond van de bagatelregel of de de minimisregel volgt een kwalitatieve toetsing. Het gaat daarbij om het betrekken

3 Tweede Kamer, vergaderjaar 1999-2000, 26800 XIII, nr. 58, p. 2.

van de economische context bij de toetsing aan het kartelverbod. Deze toetsingswijze sluit aan bij Europese ontwikkelingen (zie kader)⁴.

Bij de kwalitatieve toets van het kartelverbod wordt in het Europese recht soms het begrip ‘rule of reason’ gebruikt. Dit begrip komt uit het Amerikaanse mededingingsrecht en betekent dat de positieve en negatieve effecten van concurrentiebeperkingen worden vergeleken bij de beoordeling of een concurrentiebeperking onder het kartelverbod valt. Voor de rol van een rule of reason in het Europese recht kan verwezen worden naar de uitspraak van het Gerecht van eerste aanleg in het arrest Métropole⁵. Het Gerecht oordeelde in deze zaak dat er bij de toepassing van artikel 81, lid 1 EGV geen plaats is voor een rule of reason. De overweging van het Gerecht hierbij was dat de afweging van voor- en nadelen van een overeenkomst plaatsvindt bij het onderzoek of een ontheffing mogelijk is op grond van artikel 81, lid 3 EGV.

Richtsnoeren

Om vooraf duidelijkheid te verschaffen over de criteria die bij de handhaving en toepassing van respectievelijk het kartelverbod en de ontheffing daarvan zullen worden gehanteerd, heeft de NMa voor verschillende samenwerkingsvormen richtsnoeren gepubliceerd. Zo zijn er *Richtsnoeren voor de samenwerking van bedrijven* opgesteld en meer specifiek *Richtsnoeren voor de zorgsector* in het leven geroepen. De dg-NMa stelt in de inleiding bij de *Richtsnoeren samenwerking bedrijven* in beginsel positief te staan tegenover samenwerking tussen ondernemingen “als zij daardoor in staat zijn efficiënter te werken, beter te presteren en beter te concurreren” (punt 1 van de richtsnoeren). Als uitdrukkelijk niet toegelaten vormen van samenwerking worden genoemd afspraken tussen concurrenten over prijzen, verdeling van markten en gemeenschappelijke weigering van leveringen (boycot).

Samenwerkingsvormen die in de *Richtsnoeren samenwerking bedrijven* worden behandeld zijn:

- erkenningsregelingen, met inbegrip van certificeringsregelingen en gedragscodes;
- lidmaatschapscriteria van brancheverenigingen;
- algemene voorwaarden;
- informatie-uitwisseling;
- opstellen van vergelijkingsmodellen en calculatieschema’s;
- samenwerking op administratief gebied;
- gemeenschappelijke inkoop via brancheorganisaties;
- gemeenschappelijke reclame.

4 P.J. Slot e.a., *Eindrapport Evaluatie Mededingingswet – Juridisch deelonderzoek*, p. 14.

5 GeaEG 18 september 2001, zaak T-112/99, Métropole télévision.

De *Richtsnoeren voor de zorgsector* hebben tot doel de inhoudelijke lijn te beschrijven die de NMa in zijn beschikkingenpraktijk voor de zorgsector heeft ontwikkeld. Zo geven de richtsnoeren aan welke gedragingen en afspraken de mededinging beperken en in beginsel verboden zijn. De NMa geeft tevens aan dat daar waar samenwerking de efficiëntie of de kwaliteit verhoogt, afspraken tussen ondernemers in de zorg in het voordeel zijn van de consument mits de concurrentie niet onnodig wordt beperkt. Beroepsbeoefenaren, zorgverzekeraars en andere ondernemers in de zorgsector kunnen met behulp van deze richtsnoeren zelf hun samenwerkingsvormen en gedragingen toetsen aan de Mw.

4.3 Het belang van samenwerken

De spanning tussen concurrentie enerzijds en ‘productieve’ vormen van samenwerking anderzijds betreft in het bijzonder het midden- en kleinbedrijf⁶. Samenwerking tussen mkb-ondernemingen krijgt meestal vorm binnen brancheorganisaties. Deze paragraaf behandelt de belangrijkste motieven voor samenwerking, en licht de mogelijkheden en onmogelijkheden toe.

Innovatie

Concurrentie bevordert in het algemeen innovatie; bedrijven worden daardoor aangespoord steeds weer te zoeken naar nieuwe mogelijkheden om hun positie te behouden of te versterken. Tegelijkertijd geldt dat bepaalde vormen van innovatie – en in het bijzonder van systeeminnovaties die zijn gericht op kwaliteitsverbetering – vragen om effectieve afstemming en samenwerking in de keten, ook tussen concurrenten. Bovendien kan de (prijs)concurrentie zo scherp zijn dat deze de ruimte voor innovatie en kwaliteitsverbetering wegneemt.

Uit cijfers van het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) blijkt dat kennisoverdracht belangrijk is voor innovatie. Na de eigen bedrijfskolom (eigen bedrijf, afnemers en leveranciers) zijn de brancheorganisaties een belangrijke informatiebron voor innovatoren⁷. Het grote voordeel dat brancheorganisaties hebben, is dat ze goed bekend zijn met zowel de specifieke knelpunten als de bedrijfsprocessen binnen hun branche.

De NMa erkent in de richtsnoeren dat uitwisseling van informatie over nieuwe technologieën pro-competitief kan uitwerken (punt 48). De richtsnoeren stellen voorwaarden aan informatie-uitwisseling. Zo zal uitwisseling van informatie ouder dan 12 maanden in de meeste gevallen geen problemen opleveren. De vraag is echter of ondernemingen daar mee geholpen zijn.

Het onderzoek van het CBS geeft aan dat van de grote innovatieve bedrijven bijna de helft een partnership is aangegaan. Van de kleine innovatoren is dat ongeveer één op de zes, en van middelgrote innovatoren één op de vijf. Reden hiervoor kan zijn dat grote en

6 Zie: MKB-Nederland, *Marktwerking en het mkb*, Delft 2001; A. Bruins e.a., *Samenwerking in het MKB en de Mededingingswet*, Zoetermeer (EIM) 2002.

7 CBS, *Kennis en economie 2001*, Voorburg/Heerlen 2001.

kleine bedrijven in het innovatieproces verschillende rollen spelen. Door de ruime financiële positie en schaalvoordelen zijn grote bedrijven goed in de ontwikkeling van nieuwe producten of processen (fundamentele innovatie). Doordat het mkb sterk is in het aanboren van niches zijn de kleine ondernemingen van belang aan het eind van de productlevenscyclus (incrementele innovatie)⁸. Mogelijk is voor die laatste vorm het sluiten van partnerships van minder groot belang. Het valt echter ook niet uit te sluiten dat samenwerking wordt belemmerd door (mededingings)regelgeving.

Er blijkt verder een belangrijk verschil te zijn tussen industriële bedrijven en de dienstensector: in de dienstensector hebben ondernemers meer baat bij niet-technologische vormen van innovatie zoals aanpassing van de organisatie, strategie, marketing en management⁹. Dit zijn bij uitstek vormen van innovaties waarbij samenwerking een zeer nuttige bron van inspiratie kan zijn. De opbrengsten van niet-technologische vormen van innovatie zijn volgens Van der Wiel zeer aanzienlijk. Zijn econometrische analyse wijst op een sterke correlatie tussen innovatie-inspanningen van de bedrijven in de dienstverlening en de groei van de arbeidsproductiviteit in deze sector.

Kwaliteitsbeleid

Het bevorderen en zichtbaar maken van kwaliteitsverbeteringen kan vragen om samenwerking. Erkenningsregelingen spelen in dit verband een belangrijke rol. In de richtsnoeren wordt uitgebreid stilgestaan bij de beoordeling van erkenningsregelingen. De directeur-generaal van de NMa stelt vast dat erkenningsregelingen door het zichtbaar en herkenbaar maken van kwaliteit, kunnen “bijdragen aan een vergroting van de keuzemogelijkheden voor de consument en de kwaliteit van productie, dienstverlening en distributie” en in beginsel niet tot doel hebben de mededinging te beperken (punt 30 van de richtsnoeren). Als aanwijzingen voor het ontbreken van mededingingsbeperkende effecten gelden een gering marktaandeel (minder dan 20 procent) van de aan een erkenningsregeling deelnemende ondernemingen en het bestaan van meerdere, met elkaar concurrerende erkenningsregelingen. Indien het gezamenlijke marktaandeel van de betrokken ondernemingen boven de 20 procent ligt, kunnen twee soorten mededingingsbeperkingen optreden, namelijk die welke door de inhoud van de regeling en die welke door het bestaan van de regeling worden veroorzaakt. Voor de beoordeling is van belang dat “iedereen die aan de kwaliteitseisen voldoet kan deelnemen aan de regeling” (punt 36). Voor niet-strijdigheid met artikel 6 Mw is het nodig dat een erkenningsregeling objectieve eisen stelt die bijdragen tot het doel van de regeling, dat deze eisen vooraf duidelijk zijn en dat de regeling voorziet in een transparante erkenningsprocedure en een onafhankelijke beslissing over toelating.

Tegen deze achtergrond stelt de evaluatie vast dat erkenningsregelingen mededingingspolitiek problematisch worden als deze “zo succesvol zijn, dat aansluiting erbij voor de ondernemingen in de betreffende branche noodzakelijk is om te kunnen concurreren”.¹⁰

8 MKB-Nederland, *Marktwerking en het mkb*, Delft 2001.

9 H.P. van der Wiel, *Innovation and productivity in services*, CPB-Report, Den Haag 2001, pp. 29-36.

10 P. J. Slot e.a., *Eindrapport Evaluatie Mededingingswet – Juridisch deelonderzoek*, p. 47.

Collectief onderhandelen

Een andere vorm van samenwerking die voor het midden- en kleinbedrijf van belang kan zijn is het collectief onderhandelen (door een brancheorganisatie) over inkoop- en/of verkoopvoorwaarden van aangesloten bedrijven. Daardoor wordt het mogelijk om kosten te besparen en om leveranciers of afnemers met marktmacht door schaal en professionaliteit goed tegenspel te bieden. Een voorbeeld is de zorginkoopmarkt. In zijn advies over een nieuw stelsel van ziektekostenverzekeringen was de SER van mening dat onder meer zorgverzekeraars belang konden hebben bij collectief onderhandelen¹¹:

Om hun marktmacht tegenover de thans sterke positie van de zorgaanbieders te ontwikkelen kan het van belang zijn dat op kleine schaal opererende zorgverzekeraars hun zorginkoopactiviteiten bundelen. In dit verband denkt de raad aan functioneel samenwerkende zorginkoop-organisaties. Daarmee kunnen ook relatief hoge transactiekosten die zijn verbonden aan de vele uiteenlopende contracten tussen zorgverzekeraar(s) en zorgaanbieder(s) ten dele worden opgevangen. Een dergelijke functionele bundeling van de zorginkoopactiviteiten dient volgens de raad uiteraard te geschieden binnen de kaders van de mededingingswetgeving.

De bovengenoemde richtsnoeren voor de samenwerking tussen ondernemingen geven aan dat het kartelverbod normaal gesproken niet van toepassing zal zijn op gezamenlijke inkoop (als voorbeelden worden genoemd: verzekeringen, pakketbezorgdiensten en energie), al dan niet via een branchevereniging. Aanleiding voor een verbod bestaat er echter wanneer de gemeenschappelijke inkoop zou leiden tot aanzienlijke inkoopmacht op de desbetreffende markten en/of tot een aanzienlijke mate van gemeenschappelijke kosten of indien de leden van de branchevereniging gedwongen zouden zijn via de branchevereniging in te kopen. Dit betekent dat samenwerking van kleinere bedrijven die gericht is op het organiseren van tegenmacht voor leveranciers of afnemers met marktmacht op mededingingspolitieke bezwaren kan stuiten (zie ook paragraaf 5.3.3).

Andere activiteiten brancheorganisaties

Bij het opstellen van algemene voorwaarden voor een transactie bieden brancheorganisaties standaardmodellen aan. Het gaat dan om betalingstermijnen, garantie, levering etc. De NMa stelt dat Algemene voorwaarden kunnen bijdragen aan de bescherming van de consument (punt 46 richtsnoeren). Echter, wanneer deze voorwaarden leiden tot mededingingsbeperkend gedrag zijn zij verboden. Die grens is lastig te trekken.

Daarnaast zien brancheorganisaties het als hun taak de leden van relevante informatie te voorzien. Ondernemers gebruiken deze informatie bij het nemen van bedrijfsbeslissingen en dat kan volgens de NMa leiden tot afgestemd gedrag. In de richtsnoeren (48 tot en met 53) stelt de NMa voorwaarden aan informatieuitwisseling. Ook stellen brancheorganisaties vergelijkingsmodellen op zodat aangesloten ondernemingen hun prestaties kunnen vergelijken met het gemiddelde, en calculatieschema's waaruit duidelijk wordt

11 SER-advies *Naar een gezond stelsel van ziektekostenverzekeringen*, publicatienr. 00/12, Den Haag 2000, p. 124.

welke posten van belang zijn bij het berekenen van kostprijzen. De punten 54 tot en met 56 van de richtsnoeren geven aan dat dergelijke modellen en schema's in beginsel de mededinging niet beperken. Wanneer bedragen of percentages bij de posten zijn opgenomen kan er echter sprake zijn van prijsafstemming. Een voorbeeld kan dit illustreren. De NMa heeft in zaak 2234/ANKO (besluit van 21 december 2001) het advies van de brancheorganisatie van de kappers, de ANKO, aan haar leden over tariefstijgingen voor haarbehandeling als strijdig met art. 6 Mw aangemerkt. Daarbij ging het onder meer ook om adviezen over te hanteren winststopslagpercentages en om het verstrekken van een calculatieschema. De directeur van de ANKO concludeert wat het ingrijpen van de NMa voor zijn brancheorganisatie betekent: "Wij mogen wel onze leden meedelen wat de CAO-verwachtingen zijn. Ook mogen wij CBS-cijfers of de inhoud van de macro-economische verkenningen doorgeven. Maar we mogen géén link leggen met de kostprijs."¹²

4.4 Niet-economische belangen

Algemeen

Naast kwaliteit, innovatie en andere aspecten van het productieproces, kunnen ook zogenoemde niet-economische belangen een reden zijn voor bedrijven om een samenwerking te starten. Mok heeft een niet-limitatieve lijst opgesteld van niet-economische belangen die een rol kunnen spelen bij mededingingsvraagstukken: milieubehoud, natuurbescherming, volksgezondheid, ruimtelijke ordening, spaarzaamheid met energie, bescherming van de zwakkeren in de samenleving, ontwikkelingssamenwerking, cultuur en verdediging van de democratie.¹³

Overigens hoeft niet altijd sprake te zijn van een tegenstelling tussen economische en 'niet-economische' belangen. Zo kunnen milieumaatregelen op termijn ook bijdragen aan de verbetering van de productie of de distributie. Geredeneerd vanuit het brede welvaartsbegrip zijn dergelijke belangen integraal onderdeel van maatschappelijke welvaart.

Ruimte voor niet-economische belangen

Samenwerking uit oogpunt van niet-economische belangen kunnen zich op verschillende manier verhouden tot mededingingsbepalingen¹⁴:

- Een samenwerkingsverband heeft wel een mededingingsbeperkend effect maar valt niet onder de mededingingsbepalingen.
- Samenwerking wordt afgedwongen door een overheidsmaatregel; een eventueel mededingingsbeperkend effect is inherent aan het uitvoeren van deze maatregel.

¹² Harm Leerink, NMa legt brancheorganisaties aan banden, *Ondernemen!*, juli/augustus 2002, pp. 25 en 26.

¹³ M.R. Mok, *Kartelrecht I*, Deventer 1998, p. 185.

¹⁴ Mortelmans maakt dit onderscheid voor integratie tussen milieu en mededinging, Zie: K.J.M. Mortelmans, Milieubeleid en mededingingsrecht: onvermijdelijke confrontatie en gewenste integratie, *Nederlands tijdschrift voor Europees recht*, 2000, pp. 21-28.

- Een samenwerkingsverband heeft een mededingingsbeperkend effect maar er is een uitzondering van toepassing. Denk daarbij aan: ontheffingen, vrijstellingen of een aanwijzing aan de dg-NMa op grond van artikel 4 Mw.

Mededingingsregels niet van toepassing

Een duidelijk voorbeeld van een categorie niet-economische belangen die buiten de mededingingsbepalingen is geplaatst is het sociaal beleid. In de zaak Brentjes/Albany heeft het Europese Hof van Justitie geoordeeld dat CAO's niet onder artikel 81, lid 1 EGV vallen voorzover de afspraken werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden betreffen¹⁵. De reden hiervoor is dat de Gemeenschap naast de functie van een gemeenschappelijke markt waarvoor mededingingsregels nodig zijn ook een sociale taak heeft. Het Hof is van mening dat de uitvoering van die taak ernstig zou worden belemmerd wanneer sociale partners zich bij het afsluiten van CAO's voor werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden aan de mededingingsregels moeten houden.

Mortelmans betoogt dat een soortgelijke redenering kan gelden voor andere categorieën niet-economische belangen, bijvoorbeeld het milieu. Hij oppert dat convenanten die betrekking hebben op de kern van het milieubeleid, ook niet onder de werking van de mededingingsbepalingen hoeven te vallen. Hij noemt in dit verband onderwerpen die vallen onder de EG-milieuparagraaf (artikelen 174-176 EGV)¹⁶. Er is echter een belangrijk verschil met het sociaal beleid. Het sociaal beleid heeft betrekking op de arbeidsmarkt. De arbeidsmarkt valt goed af te bakenen. Andere niet-economische belangen, zoals het milieu, worden niet binnen een bepaalde deelmarkt nagestreefd, maar gaan het hele economische leven aan.

Invloed van overheidsmaatregelen

Een voorbeeld van het tweede punt is het initiatiefwetsvoorstel van de kamerleden Dittrich en Halsema met betrekking tot de vaste boekenprijs. De kern van het wetsvoorstel is het invoeren van collectieve verticale prijsbinding voor boeken. Daarmee wordt het boekenkartel vervangen door een publiekrechtelijke regeling en is de Mededingingswet dus niet meer van toepassing op deze sector van de Nederlandse economie.

De mogelijkheid van een ontheffing

De discussie over de ruimte voor het toetsen van niet-economische belangen in het mededingingsrecht spitst zich vooral toe op het derde punt. Uit de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie en de NMa blijkt dat niet-economische belangen een grotere rol gaan spelen bij het toekennen van een ontheffing. Daarbij ligt de nadruk op milieu.

15 Zie: HvJEG, zaak C-67/96, overweging 55-60.

16 K.J.M. Mortelmans, Milieubeleid en mededingingsrecht: onvermijdelijke confrontatie en gewenste integratie, *Nederlands tijdschrift voor Europees recht*, 2000, pp. 21-28.

De zaak CECED is een voorbeeld waaruit blijkt dat de Commissie bereid is in haar onthef-fingenbeleid rekening te houden met het milieu. Europese producenten en importeurs van wasmachines hadden afgesproken geen wasmachines meer te produceren of te importeren die niet zuinig waren in het energieverbruik. De Commissie oordeelde dat deze afspraak de mededinging beperkte, maar verleende wel een ontheffing. In de eerste plaats constateerde de Commissie dat er 'collectieve voordelen voor het milieu' zijn waar-bij opvalt dat de Commissie een kwantitatieve schatting van de omvang van deze effecten heeft gemaakt. Hij was van oordeel dat de maatschappelijke voordelen van de CECED-overeenkomst meer dan zevenmaal groter waren dan de stijging van de aanschafkosten van wasmachines met een betere energie-efficiëntie. Daarnaast waren er individuele eco-nomische voordelen door een lager energieverbruik die de hogere kosten van de aanschaf van energievriendelijke wasmachines konden compenseren¹⁷.

Een voorbeeld in Nederland van een principiële erkenning van milieubelang als onthef-fingsgrond is het besluit van de NMa, in 1999, over de toeleveringsvoorschriften van de Vereniging van bloemenveilingen Nederland (VBN)¹⁸. De bepaling in deze voorschriften dat de verpakking moet passen in het afvalbeleid van de VBN werd door de NMa als een mededingingsbeperking aangemerkt. Voor deze beperking heeft de NMa evenwel een ontheffing verleend op grond van de milieuvordelen die deze bepaling met zich mee-brengt door hergebruik van verpakkingsmateriaal.

Een ander voorbeeld is de Stibat-zaak¹⁹. Stibat zorgt voor de collectieve inzameling en verwerking van gebruikte batterijen. De regeling wordt gefinancierd uit verwijderingsbij-dragen die elke deelnemer voor door hem op de Nederlandse markt gebrachte batterijen moet afdragen. De NMa heeft een ontheffing verleend voor het collectieve systeem en de vaststelling van de heffing (verwijderingsbijdrage), omdat het systeem bijdraagt aan de bescherming van het milieu en het collectieve karakter ervan economische voordelen oplevert.

4.5 Knelpunten

4.5.1 Ruimte voor samenwerking

In het kader van de evaluatie van de Mw heeft het EIM onderzoek gedaan naar de (on-) mogelijkheden van samenwerking binnen de kaders van de Mw en de gevolgen hiervan voor onder andere de concurrentiekracht van het mkb²⁰. Volgens het EIM is er een klein deel van de brancheorganisaties waarin – voordat de Mw van kracht werd – bepaalde vor-men van samenwerking voorkwamen, die na de inwerkingtreding van de Mw geheel of gedeeltelijk niet meer zijn toegestaan. Hierbij gaat het om diverse vormen van adviesprij-

17 CECED-beschikking inzake een milieuafpraak tussen wasmachinefabrikanten, Pb. EG 2000, L 187/14

18 Besluit van de dg-NMa in zaaknummer 492, 9 juli 1999.

19 Besluit van de dg-NMa in zaaknummer 51, Stichting Stibat, 18 december 1998.

20 A. Bruins e.a., *Samenwerking in het MKB en de Mededingingswet*, Zoetermeer 2002.

zen, informatieverschaffing aangaande bedrijfsvoering en CAO-afspraken, collectieve onderhandelingen met grote afnemers en diverse erkenningsregelingen. In het algemeen oordeelt het EIM vrij positief. Zo heeft de Mw volgens dit onderzoek voor de meeste brancheorganisaties geen verstrekkende gevolgen. De meeste activiteiten van de betrokken brancheorganisaties waren niet mededingingsbeperkend en konden worden voortgezet; in sommige gevallen na (kleine) aanpassingen.

Deze resultaten zijn overigens niet onomstreden. Volgens onderzoek van het Economisch en Sociaal Instituut (ESI) uit 2000 heeft meer dan de helft van de branches die bij de NMA een ontheffing hebben aangevraagd hun regelingen en/of werkwijze moeten wijzigen²¹. Ook de conclusies uit een vervolgonderzoek van het ESI uit 2002 zijn minder positief dan die van de evaluatie²². Volgens het ESI is de houding van brancheorganisaties ten opzichte van de NMA de laatste jaren iets negatiever geworden. Relatief meer organisaties zijn de NMA als tegenstander gaan beschouwen.

Mogelijkheden voor verbetering liggen er, volgens het ESI, zowel bij brancheorganisaties als bij de NMA. Diverse brancheorganisaties begeven zich nog in de ‘gevarenszones’. Zo worden er bijvoorbeeld nog prijsadviezen gegeven, en worden opleiding of scholingscriteria nog gekoppeld aan een specifieke opleiding of instituut. De NMA beziet regelingen nog steeds voornamelijk door een juridische bril. In een aantal zaken zijn de economische aspecten, vooral markt- en machtsverhoudingen, volgens het ESI te weinig meegewogen. Sinds 2000 is door jurisprudentie en de publicatie van de richtsnoeren wel meer duidelijkheid ontstaan. Brancheorganisaties zouden nog verder geholpen zijn met een duidelijk stappenplan of criteria die zij zelf verder kunnen toepassen om hun eigen activiteiten te toetsen.

Op grond van de bevindingen van de evaluatie bevelen Slot c.s. onder meer een beperkte verhoging van de bagateldrempel aan²³. Voor zover bekend heeft één samenwerkingsverband van mkb-ondernemingen (producenten van op maat gefabriceerde medische steunkousen) van de bestaande bagatelregeling kunnen profiteren. Uit dat gegeven²⁴:

kan wel worden geconcludeerd dat indien men de doelstelling onderschrijft het mkb niet met onnodige administratieve lasten op te zadelen, de bagatelregeling op dit moment te laag is vastgesteld en herijkt dient te worden. Wel zou hierbij, met behulp van gegevens over de bedrijfs-grootte van het mkb, grondig geanalyseerd dienen te worden welke verhoging is geïndiceerd. Het is niet in overeenstemming met de doelstellingen van de mededingingswet zeer grote delen van de Nederlandse economie buiten de werking van het kartelverbod te stellen. Het is alleen de bedoeling in die mkb-sectoren waar voldoende interbrand concurrentie aanwezig is, enerzijds de middelen te verschaffen om effectief te concurreren met het grootwinkelbedrijf en anderzijds deze

21 P. Beusmans, Mededingingswet versus branche-organisaties: Een spannende relatie! Amsterdam 2000.

22 P. Beusmans en O. Jonkeren, *Mededingingswet versus brancheorganisaties 2002*, Amsterdam 2002.

23 P.J. Slot e.a., *Eindrapport Evaluatie mededingingswet – Juridisch deelonderzoek*, p. 100.

24 *Ibid.*, p. 46.

sector geen onnodige administratieve lastenverlichting te bezorgen. Eén en ander is overigens in lijn met het nieuwe beleid ten aanzien van verticale overeenkomsten.

Onderstaand kader licht aan de hand van enkele omzetcijfers de reële betekenis van de bagatelvrijstelling toe. Uit de gegevens blijkt dat een grote groep kleine bedrijven niet gauw door de bagateldrempel in hun mogelijkheden worden beperkt. Aan de andere kant is er ook een grote groep middelgrote bedrijven die niets aan de drempel hebben. Als we naar de gezamenlijke omzet kijken is deze groep middelgrote bedrijven (totale omzet van 275 mld euro) economisch belangrijker dan de groep kleine bedrijven (totale omzet van 160 mld euro). Opvallend is overigens wel dat de drempel voor dienstverlenende bedrijven relatief lager is.

Kleine en middelgrote bedrijven

Uit cijfers van het EIM blijkt dat er in 2000 in Nederland bijna 500.000 kleine particuliere bedrijven waren (gemiddeld 3 werkzame personen per bedrijf). De gemiddelde omzet van die bedrijven bedroeg ongeveer 320.000 euro. Er waren circa 47.000 middelgrote ondernemingen (gemiddeld 30 werkzame personen). Zij hadden een omzet van gemiddeld 5,87 miljoen euro. Dat gemiddelde ligt boven de bagateldrempel.

Van die 500.000 kleine bedrijven waren er ruim 185.000 actief in de zakelijke en overige dienstverlening (met gemiddeld 2,5 werkzame personen per bedrijf). De gemiddelde omzet was 140.000 euro. De middelgrote dienstverlenende bedrijven zetten gemiddeld 2,35 miljoen euro om. Dat is ruim twee keer zoveel als de bagateldrempel.

Uit de cijfers blijkt verder dat de kleine dienstverlenende bedrijven harder groeien dan andere kleine bedrijven. In de periode 1996 tot en met 2000 steeg de gemiddelde omzet van kleine dienstverlenende bedrijven met 22 procent. Voor andere kleine bedrijven was dat 8 procent.

• Bron: EIM, *Elektronisch Kleinschalig Ondernemen 2002*

4.5.2 Niet-economische belangen

Belangen tellen mee...

Van de Gronden en Mortelmans concluderen dat de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie met betrekking tot niet-economische belangen nog onvoldoende is uitgekristalliseerd. Tot voor kort moest het beleid van de Commissie worden opgemaakt

uit jaarverslagen, comfort letters en impliciet uit mededelingen en bekendmakingen²⁵. Sevenster en Vedder komen op grond van de Europese praktijk wel tot een algemene conclusie²⁶:

nog nooit heeft een milieu-, cultuur- of ander 'niet-economisch' c.q. 'mededingingsvreemd' belang zelfstandig grond gevormd voor ontheffing van het kartelverbod. Zelfs heeft de Commissie enkele malen expliciet gesteld dat de bescherming van dergelijke belangen niet behoort tot de taken van ondernemingen. Hooguit wordt bij de ontheffing rekening gehouden met dergelijke belangen.

Vedder meent dat op het gebied van integratie van milieu en mededinging de NMa actiever en opener is dan de Europese Commissie. Hij spreekt over 'op degelijke wijze rekening houden met milieubescherming in het ontheffingsbeleid'²⁷. Mortelmans en Van de Gronden signaleren een tendens van 'meeneembeleid' naar 'meeneembeleid-plus': bij de toets aan de ontheffingscriteria nemen de niet-economische belangen (vooral milieu) een gelijkwaardige positie in ten opzichte van de economische belangen²⁸.

...maar toepassing is terughoudend

Conclusie van de evaluatie is echter dat de NMa terughoudend omgaat met het in de oordeelsvorming betrekken van niet-economische belangen²⁹. Dat blijkt ook uit het jaarverslag van de NMa over 2001, waarin staat dat een voorwaarde voor het in overweging nemen van niet-economische belangen is dat er een samenhang moet zijn met economische effecten zoals verbetering van de productie en technische vooruitgang³⁰. Wanneer een overeenkomst alleen maar milieuvoordelen oplevert is dit niet voldoende om te voldoen aan de ontheffingsvoorwaarde³¹.

De raad wil in dit verband benadrukken dat het niet enkel gaat om een weging van de economische effecten van concurrentievervalsing en andere maatschappelijke belangen. Hij wijst erop dat de voorwaarden van artikel 17 Mw deze maatschappelijke belangen juist kunnen bevorderen. Samenwerking kan nodig zijn om bijvoorbeeld een kwaliteitsregeling in het leven te roepen. Maar het belang dat hiermee in het geding is wordt slecht gediend als de regeling mogelijke alternatieven geheel uitsluit (zie kader). In dat verband is van belang de voorwaarde van artikel 17 Mw die stelt dat een regeling die voor een ontheffing in aanmerking wil komen ruimte moet laten voor voldoende restconcurrentie.

-
- 25 J.W. van de Gronden en K.J.M. Mortelmans, Het mededingingsrecht en niet-economische belangen. In: J.W. van de Gronden en K.J.M. Mortelmans, *Mededinging en niet-economische belangen*, Deventer 2001, p. 329.
- 26 H.G. Sevenster en H.H.B. Vedder, Integreren of concurreren? *SEW 1* (2000) januari.
- 27 H.H.B. Vedder, De onvermijdelijke confrontatie – maar ook integratie? Over wasmachines, groene punten en auto's, *Nederlands tijdschrift voor Europees recht*, nr. 10 oktober 2000.
- 28 J.W. van de Gronden en K.J.M. Mortelmans, Het mededingingsrecht en niet-economische belangen. In: J.W. van de Gronden en K.J.M. Mortelmans, *Mededinging en niet-economische belangen*, Deventer 2001, p. 332.
- 29 Berenschot, *Syntheserapport evaluatie Mededingingswet*, Den Haag 2002, p. 30.
- 30 NMa, *Jaarverslag 2001*, Den Haag 2002, p. 31.
- 31 A.W. Kist, De Nederlandse Mededingingsautoriteit en het waarborgen van niet-economische belangen. In: J.W. van de Gronden en K.J.M. Mortelmans, *Mededinging en niet-economische belangen*, Deventer 2001.

Stichting Keten Kwaliteit Melk

De Stichting Keten Kwaliteit Melk (KKM) is een voorbeeld van een kwaliteitsborgingsstelsel met een zeer groot marktaandeel waardoor kwaliteitssystemen met andere normen geen kans kregen in deze sector.

De Stichting KKM is in het leven geroepen door alle zuivelproducten in Nederland met onder meer als doel kwaliteitshandhaving van voor menselijke consumptie bestemde melk. Dit stelsel was met een marktaandeel van 98 procent vrijwel volledig marktdekkend.

De KKM-afspraken hielden onder meer in dat melkverwerkende bedrijven geen boerderijmelk zouden afnemen van melkveehouders die niet door KKM erkend waren, ook al voldeden deze melkveehouders aan alle wettelijke eisen. Dit heeft geleid tot een rechtszaak van een melkveehouder die gecertificeerd was volgens het keurmerk SKAL voor biologische producten. De SKAL-normen zijn ecologische normen voor biologische productiemethoden die onder meer ook dierenwelzijn en bodembescherming beogen. Het melkverwerkende bedrijf waarmee deze melkveehouder een contract had weigerde de melk af te nemen omdat een KKM-keurmerk ontbrak. De rechter zag in deze weigering een overtreding van artikel 6 Mw omdat aan alle wettelijke eisen voldaan was en de melkveehouder door de marktdekking van het kartel geen alternatief had.

De NMa heeft daarop geen ontheffing verleend voor het onderdeel van het KKM-systeem waarmee de melk van niet KKM-gecertificeerde boerderijen kon worden geweigerd.

- Bron: Rechtbank Leeuwarden, Zaaknummer 2000/17, 14 februari 2000; Besluit van de dg-NMa in zaak 1237, Stichting Keten Kwaliteit Melk, 14 maart 2000.

Criteria onduidelijk

Naast de mate waarin niet-economische belangen mee moeten wegen is er nog een ander knelpunt. De huidige criteria blijken niet altijd helder. Het is van toenemend belang om (op Europees niveau) tot heldere criteria te komen voor het meewegen van niet-economische belangen. Als wordt besloten de systematiek van Verordening 1/2003 in de Mw over te nemen verdwijnt de mogelijkheid van een ontheffing op basis van artikel 17 Mw (zie paragraaf 3.4). De rechter zal in dat geval een belangrijke rol gaan vervullen voor de toetsing van de wettelijke uitzondering op basis van de criteria die nu zijn opgenomen in dit wetsartikel. De rechter zal dus ook moeten gaan toetsen of niet-economische belangen een tegenwicht kunnen vormen tegen de schade van mogelijke concurrentievervalsing.

Risico decentralisatie

Voor samenwerkingsverbanden met een interstatelijk effect moet worden voorkomen dat de verschillende nationale mededingingsautoriteiten en rechters ieder hun eigen invulling gaan geven aan de toepassing van niet-economische belangen in het mededingingsbeleid. Juist op terreinen waar nationale belangen aan de orde zijn (cultuur, onderwijs, gezondheidszorg) zal de druk op nationale instanties toe kunnen nemen om hieraan voorrang te geven³².

4.6 Conclusies en aanbevelingen

4.6.1 Verruiming van de bagatelvoorziening

Mkb gebaat bij samenwerking

In dit hoofdstuk is gewezen op het knelpunt dat middelgrote bedrijven niet van de bagatelvrijstelling gebruik kunnen maken. Alleen kleine bedrijven zullen potentieel onder de drempel blijven. Geconcludeerd wordt dat de innovatie in het mkb gediend is met meer samenwerking. Daarnaast is het mkb gebaat bij meer mogelijkheden om de inkoop te combineren en zo een beter tegenwicht tegen concentraties van leveranciers of afnemers te kunnen bieden. Een verhoging van de bagateldrempel kan aan deze doelen bijdragen.

SER-advies 1994: hogere drempels

Een aanmerkelijke verhoging van de omzeldrempels zou in lijn zijn met de reactie van de SER in 1994 op het toenmalige ontwerp voor de Mw. Dat ontwerp voorzag in drempels die half zo hoog waren (resp. vijf en een miljoen gulden) als uiteindelijk in de wet zijn vastgelegd. De SER stelde toen voor, met een verwijzing naar het Europese omzetcriterium³³, de drempels te verviervoudigen (naar twintig miljoen gulden voor goederen en vier miljoen gulden voor diensten). Daarbij stelde hij voor als tegenwicht voor deze verruiming een bepaling in de wet op te nemen die het in specifieke gevallen mogelijk maakt de bagatelvoorziening terzijde te schuiven en het kartelverbod bij beschikking van toepassing te verklaren op een specifieke mededingingsregeling die onder de bagatelbepaling valt³⁴. Verder achtte de SER het additionele criterium in de bagatelbepaling (maximaal acht deelnemers aan de samenwerking) te willekeurig.

32 J.W. van de Gronden en K.J.M. Mortelmans, Het mededingingsrecht en niet-economische belangen. In: J.W. van de Gronden en K.J.M. Mortelmans, *Mededinging en niet-economische belangen*, Deventer 2001, p. 332.

33 De EU hanteerde sinds 1986 een omzetsgrens van 200 miljoen Ecu. Uitgaande van het aandeel van Nederland in het EU-bbp (ongeveer 5 procent), zou dat kunnen worden vertaald in een Nederlandse omzetsgrens van tien miljoen Ecu (rond 21,5 miljoen gulden). Bij deze berekening wordt voorbijgegaan aan de verschillen in reikwijdte tussen het Nederlandse en het Europese beleid.

34 SER-advies *Nieuwe Mededingingswet*, publicatienr. 94/13, pp. 36 en 37.

Argumenten voor afschaffing

Overigens zijn er ook argumenten om de bagateldrempel af te schaffen. Wanneer de Europese lijn van Verordening nr. 1/2003 wordt gevolgd en de ontheffingsmogelijkheid van artikel 17 Mw komt te vervallen (zie hoofdstuk 3) dan zal de NMa zelf bepalen welke kartels zij wel of niet nader onderzoekt. De NMa heeft voor die prioriteitenstelling de bagateldrempel niet nodig. In Frankrijk wordt een dergelijk systeem toegepast³⁵. Nadeel is echter dat de civiele rechter die keuze niet heeft en wel belast kan worden met zaken van geringe betekenis. Volgens de raad kan een bagateldrempel die last beperken.

Specifieke vrijstelling als alternatief

Een alternatief voor verhoging van de bagateldrempel is een vrijstelling op grond van artikel 15 Mw. Een vrijstelling langs deze weg kan gericht worden ingezet omdat hiermee alleen gewenste vormen van samenwerking worden toegestaan. Een nadeel van een vrijstelling op grond van art. 15 Mw is dat de overheid moet gaan bepalen (al dan niet in overleg met het georganiseerde bedrijfsleven) welke vormen van samenwerking moeten worden vrijgesteld van het kartelverbod.

Op grond van bovenstaande overwegingen en uit oogpunt van eenvoud en doelmatigheid kiest de raad voor een verhoging van de bagateldrempel.

Andere systematiek

De raad wil de verhoging van de drempel vormgeven in een andere systematiek: marktaandeelcriteria in plaats van omzetcriteria. In de EU lijkt de keuze voor omzetcriteria of marktaandeelcriterium vooral bepaald te worden door het doel van de bagatelvoorziening. EU-lidstaten, en de EU zelf, die het merkbaarheidsvereiste voorop stellen kiezen meestal voor het marktaandeelcriterium. Lidstaten die een bagatelvoorziening in het leven hebben geroepen met het oog op doelmatigheid hanteren veelal een omzetcriterium (zie kader).

Belang van convergentie

De raad kiest uit het oogpunt van convergentie met Europees beleid voor een marktaandeelcriterium. Voor de hoogte van de marktaandeedrempels zoekt de raad eveneens aansluiting bij het Europese systeem: een gezamenlijk marktaandeel van 10 procent bij horizontale afspraken en van 15 procent bij verticale afspraken.

De raad vindt het van groot belang dat een marktaandeelcriterium veel meer is toegesneden op de specifieke marktomstandigheden. Het bezwaar dat ook kleine ondernemingen hun marktaandeel moeten berekenen acht de raad overkomelijk. Immers, voor veel vrijstellingen moeten die bedrijven die berekening nu ook al maken. Wel vindt de raad dat de NMa zoveel mogelijk duidelijk moet maken hoe de relevante markt afgebakend moet

35 Europese Commissie, *Survey of the member state national laws governing vertical distribution agreements*, Brussel 1996.

Marktaandeelcriterium versus omzeldrempel

Voordeel van een marktaandeelcriterium is dat het veel meer aansluit bij een economische benadering. Het is toegesneden op de specifieke marktomstandigheden. Een marktaandeelcriterium brengt echter met zich mee dat eerst de relevante markt moet worden afgebakend en vervolgens het marktaandeel moet worden bepaald. Dat is zowel voor ondernemingen als voor de uitvoeringsinstantie niet eenvoudig. Een gevolg van dit systeem is verder dat hard core afspraken niet zijn toegestaan. Het gaat er tenslotte om afspraken onder de bagateldrempel die de mededinging niet merkbaar beïnvloeden van het kartelverbod vrij te stellen. Volgens dit criterium blijven hard core afspraken onder de drempel verboden.

Voordelen van een omzeldrempel zijn transparantie en eenduidigheid. Een omzeldrempel beschermt de rechter tegen zaken van geringe betekenis. Tevens zijn de administratieve lasten voor ondernemingen bij dit systeem lager dan bij een systeem dat berust op marktaandelen (omzet is eenvoudiger te bepalen).

worden en hoe het marktaandeel bepaald kan worden. De toeneming van de werklast van de rechter kan door de hier voorgestelde wijziging beperkt blijven doordat de bewijslast bij de onderneming ligt die een beroep op de bagatelvrijstelling doet.

Enkele leden van de raad zijn er voorstander van om binnen dit criterium ook hard core afspraken toe te staan³⁶. Deze leden vinden het wenselijk dat het midden- en kleinbedrijf de mogelijkheid moet hebben om door samenwerking, bijvoorbeeld in de vorm van collectief onderhandelen, een sterkere positie te verkrijgen ten opzichte van grote leveranciers en afnemers (zie hiervoor ook paragraaf 5.3.3). Zij stellen daarbij als voorwaarde dat de vrijstelling voor hard core afspraken beperkt moet blijven tot situaties waarin mkb-bedrijven economisch gezien afhankelijk zijn van grote leveranciers en afnemers. Daarvan is bijvoorbeeld sprake als bij een weigering van levering of afname van diensten en producten door deze dominante marktpartijen de continuïteit van de betrokken mkb-bedrijven op korte termijn in gevaar komt. Voor andere situaties moet de NMa de mogelijkheid hebben om op grond van artikel 9 Mw in te grijpen.

De raad onderstreept dat een mogelijke afhankelijkheidsrelatie van mkb-bedrijven om een oplossing vraagt. De raad is echter van mening dat het toelaten van hard core afspraken hiervoor geen geschikt instrument is omdat daarmee een kartel in het leven wordt geroepen om een ander kartel te bestrijden. Als een dominante marktpartij ten opzichte

36 Het betreft de ondernemersleden benoemd door MKB-Nederland en LTO-Nederland.

van mkb-bedrijven misbruik van een economische machtspositie maakt, is de toepassing van artikel 24 Mw naar zijn oordeel de eerste stap op weg naar een oplossing³⁷.

Industrie versus diensten

Het evaluatierapport suggereert om een verhoging van de omzeldrempels aan te grijpen voor een gelijkschakeling tussen de behandeling van dienstensectoren en overige sectoren³⁸. Bij een overstap van omzeldrempels naar marktaandeeldrempels zoals in het voorgaande is toegelicht, is die vraag niet meer aan de orde. Niettemin wil de raad zijn standpunt kenbaar maken voor het geval het kabinet de voorkeur van de SER niet zou volgen en de omzeldrempels zou handhaven.

In 1994 kon de SER zich goed vinden in verschillende drempelwaarden met als argument dat dienstenmarkten vaker dan goederenmarkten nationaal of zelfs regionaal zijn gesegmenteerd³⁹. De raad kijkt daar nu anders tegenaan. Hij constateert dat het onderscheid tussen de sectoren industrie en diensten vervaagt. Het hanteren van verschillende drempels is daarmee niet langer gerechtvaardigd. De raad pleit derhalve voor het optrekken van de drempel van de dienstensector tot het niveau voor de overige sectoren. Daarnaast wijst de raad erop dat de bedrijfstak zakelijke dienstverlening een belangrijke spil is geworden in de Nederlandse economie. In dat licht is het zorgwekkend dat de dienstensector de zwakke schakel is in het Nederlandse innovatieklimaat. De raad vindt het van groot belang dat de productiviteit in de dienstensector de ruimte krijgt om zich sneller te ontwikkelen. Dat vraagt naar het oordeel van de raad om meer ruimte voor samenwerking en dat kan gerealiseerd worden door een ruimere bagatelvoorziening.

4.6.2 *Richtsnoeren*

Evaluatie richtsnoeren

Met de richtsnoeren voor de beoordeling van samenwerking tussen bedrijven binnen en buiten brancheorganisaties geeft de NMa vóóraf inzicht in de criteria die zullen worden gehanteerd bij handhaving van het in artikel 6 Mw neergelegde kartelverbod en de toepassing van de in artikel 17 Mw neergelegde mogelijkheid tot het geven van ontheffing van het kartelverbod. De ervaring is dat veel brancheorganisaties nog op onduidelijkheden en problemen stuiten. De raad vindt dat er aanleiding is voor een evaluatie van de richtsnoeren. Zonodig zouden aanpassingen moeten worden overwogen in verband met praktijkproblemen van brancheorganisaties.

37 In verschillende Europese landen wordt het verbod op misbruik van economische machtsposities ingezet speciaal met het oogmerk om mkb-bedrijven tegen de macht van dominante vragers te beschermen. In Frankrijk, Spanje, Italië en Portugal is hiervoor het begrip misbruik van economische afhankelijkheid in het mededingingsrecht geïntroduceerd; het Duitse mededingingsrecht gebruikt hiervoor het begrip relatieve marktmacht. De ervaringen met dit type regelgeving zijn overigens wisselend. Bron: internationale inventarisatie Nauta Dutilh voor de NMa, niet gepubliceerd, 2001.

38 P.J. Slot e.a., *Eindrapport Evaluatie mededingingswet – Juridisch deelonderzoek*, op.cit., p. 92.

39 SER-advies *Nieuwe Mededingingswet*, publicatienr. 94/13, p. 37, voetnoot 1.

4.6.3 *Weging van niet-economische belangen*

Actualisering criteria artikel 81, lid 3 EGV

Vanuit het perspectief van het brede welvaartsbegrip is het van belang dat bij de beoordeling van mededingingsbeperkende overeenkomsten niet-economische belangen zoals milieu en cultuur voldoende kunnen meewegen. Het Europese en Nederlandse mededingingsrecht biedt in beginsel voldoende ruimte voor het maken van dergelijke afwegingen. In dit verband zijn vooral de criteria voor een ontheffing (straks wettelijke uitzondering) op het kartelverbod relevant. De raad wil dit systeem handhaven en zoekt versterkingen in de actualisering en verduidelijking van de criteria op basis waarvan niet-economische belangen door de toezichthouder en de rechter kunnen meewegen. Dit is in de eerste plaats een taak voor de Europese Unie, omdat de Nederlandse criteria ontleend zijn aan het EGV. De raad beveelt aan dat het kabinet bij een eerstvolgende mogelijkheid voor herziening van de Verdragstekst aanstuurt op een actualisering van de criteria van artikel 81, lid 3 EGV, die sinds 1957 ongewijzigd zijn gebleven.

Transparantie

In de tweede plaats vindt de raad het van groot belang dat er duidelijkheid komt over de uitleg van de huidige criteria. Zo is het nog steeds niet duidelijk of de Europese Commissie toestaat dat niet-economische belangen zelfstandig invulling kunnen geven aan de criteria van artikel 81, lid 3 EGV. De raad vindt dat niet-economische belangen niet alleen aan de hand van hun economische effect moeten worden beoordeeld (zoals de NMa doet). Geredeneerd vanuit het brede maatschappelijke welvaartsbegrip zijn dergelijke belangen integraal onderdeel van het criterium ‘verbetering van economische en technische vooruitgang’ dat een grond kan zijn voor ontheffing van het kartelverbod (mits ook aan de overige voorwaarden is voldaan).

Beperking reikwijdte Mw

In paragraaf 4.4 is gewezen op de mogelijkheid dat overheidsmaatregelen ter bevordering van niet-economische belangen bepaalde mededingingsbeperkende gedragingen buiten de mededingingsregels kunnen plaatsen. De raad noemde in dat verband het initiatiefwetsvoorstel voor een vaste boekenprijs. Hij is met het oog op dit voorstel van mening dat regulering door middel van een wettelijk voorschrift een relatief zwaar middel is om de afweging tussen het maatschappelijk belang van gezonde concurrentieverhoudingen en de bevordering van specifieke niet-economische belangen te maken. Zonder een oordeel te vellen over de regulering van de boekenprijs, merkt de raad op dat het CPB en het Sociaal en Cultureel Planbureau (SCP) in een gezamenlijke studie hebben laten zien dat het doel dat met een vaste boekenprijs wordt nagestreefd – een pluriform boekenaanbod – efficiënter met andere instrumenten kan worden bereikt⁴⁰. Daarnaast laat dit

40 CPB en SCP, *Boek en Markt: effectiviteit en efficiëntie van de vaste boekenprijs*, Den Haag 2002.

hoofdstuk zien dat de Mw verschillende mogelijkheden biedt om een weging van niet-economische belangen binnen de kaders van de Mw te maken.

De raad concludeert dat in gevallen waar een mogelijke spanning bestaat tussen de bepalingen van de Mw en de bevordering van niet-economische belangen eerst de mogelijkheden van de Mw zelf moeten worden onderzocht. Regulering door middel van een wettelijk voorschrift plaatst een bepaalde sector buiten de reikwijdte van de Mw. Dat kan onvoorziene nadelige gevolgen hebben die met de inzet van alternatieve instrumenten, die de reikwijdte van de Mw ongemoeid laten, zijn te vermijden.

5 Verbod misbruik van een economische machtspositie

5.1 Inleiding en probleemstelling

Het verbod op misbruik van een economische machtspositie (artikel 24 Mw) is een van de kernbepalingen uit de Mw. Uit de evaluatie komt naar voren dat de handhaving van dit verbod bepaald geen eenvoudige zaak is. Daarnaast blijkt de toepassing van dit artikel uit de Mw onder invloed te staan van veranderende maatschappelijke en politieke percepties. Er worden nieuwe eisen aan dit onderdeel van het mededingingsbeleid gesteld die rechtvaardigen dat wordt nagedacht over de vormgeving van artikel 24 Mw. Mede in dat licht legt het kabinet de volgende vragen aan de SER voor:

- *Misbruik beter aanpakken*: Hoe kan de toepassing van artikel 24 Mw worden verbeterd met als doelstelling misbruik van een economische machtspositie effectiever te kunnen bestrijden?
- *Het bevorderen van concurrentie*: Is het wenselijk dat het mededingingstoezicht op basis van artikel 24 Mw wordt versterkt met als doelstelling dit instrument ook te kunnen inzetten om concurrentie te bevorderen in specifieke sectoren?
- *Aanpakken ongewenste marktuitskomsten*: Is het wenselijk dat op basis van artikel 24 Mw markttoezicht mogelijk wordt gemaakt met als doelstelling ongewenste marktuitskomsten te kunnen corrigeren, ook als er in formele zin geen sprake is van misbruik van een economische machtspositie?

Bij de laatste twee punten wordt bedoeld op versterkingen van artikel 24 Mw in de vorm van ex ante toezicht. De gedachte die hierbij op de achtergrond speelt is dat ingrijpen bij ondernemingen mogelijk moet zijn voordat een economische machtspositie aanleiding geeft tot misbruik. Dat kan door ondernemingen met een economische machtspositie aan een ander regime te onderwerpen. Daarbij worden de betreffende onderneming verplichtingen opgelegd in de vorm van gedragsregels die misbruik moeten voorkomen. Dit kunnen lichte verplichtingen zijn zoals eisen voor de boekhouding, of zwaardere verplichtingen waarbij bijvoorbeeld tarieven en prijzen vooraf aan goedkeuring zijn onderworpen.

5.2 Regelgevend kader

Misbruik machtspositie

Basisartikel voor het verbod op misbruik van een economische machtspositie is artikel 24, lid 1 Mw waarvan de letterlijke tekst luidt: “Het is ondernemingen verboden misbruik te maken van een economische machtspositie.” Voorzover de verboden gedragingen de interstatelijke handel beïnvloeden is tevens van belang de bepaling van artikel 82 EGV: “Onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden, voorzover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, is het, dat een of meer

ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan.”

Artikel 24 Mw is duidelijk gebaseerd op de verbodsbepaling van artikel 82 EGv maar er is ook een verschil: Het Europese verbod expliciteert de vormen van misbruik in de verdragstekst. Dit misbruik kan bestaan uit:

- a het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden;
- b het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de verbruikers;
- c het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkend bij de mededinging;
- d het feit dat het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aangaan door de handelspartners van bijkomende prestaties, welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.

De MvT van de Mw geeft een aantal voorbeelden van misbruik van een economische machtspositie (extreem hoge prijzen, uitsluiting van concurrenten).

Ex ante toezicht

Ex ante toezicht op mededingingsbepalingen speelt vooral een rol in sectoren waar infrastructuur (leidingen, spoor en andere netwerken) een rol spelen, evenals in sectoren met het karakter van een nutsvoorziening. Hierbij zijn verschillende Europese richtlijnen¹ en nationale wetten² van toepassing. Het doel van deze sectorspecifieke regelgeving is vaak tweeledig. Het gaat in de *eerste plaats* om de invoering van concurrentie te reguleren in een specifieke sector. Daarvoor is het bijvoorbeeld nodig dat de spelregels van de ‘nieuwe’ markt worden vastgelegd. Het ex ante toezicht wordt ingezet om de marktmacht van het voormalige staatsbedrijf of de voormalige wettelijke monopolist aan banden te leggen zodat nieuwe toetreders een betere overlevingskans hebben. Dit betekent dat de betreffende ondernemingen verplichtingen krijgen opgelegd die moeten voorkomen dat misbruik van de machtspositie wordt gemaakt, bijvoorbeeld om nieuwkomers van de markt te weren. De regels die dit moeten bewerkstelligen kunnen van zeer diverse aard zijn zoals (van licht naar zwaar) het verstrekken van informatie aan afnemers en concurrenten, het inzichtelijk maken van kostprijscalculaties, het onder voorwaarden openstellen van netwerken aan derden en het laten goedkeuren van tarieven. Verder moeten voor het genereren van concurrentie spelregels in het leven worden geroepen die het economische verkeer tussen aanbieders en afnemers reguleren. Ook hiervoor kan ex ante toezicht nodig zijn.

1 Bijvoorbeeld: Richtlijn 96/92/EG betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit, Richtlijn 96/19/EG met betrekking tot de invoering van volledige mededinging op de markt voor telecommunicatie en Richtlijn 97/67/EG inzake de ontwikkeling van de interne markt voor postdiensten.

2 Telecommunicatiewet 1998, Elektriciteitswet 1998, Gaswet 1999, Wijziging Postwet 1998, Wet Personenvervoer 2000.

Een tweede doelstelling van ex ante toezicht is het zekerstellen van de levering van een bepaalde (nuts)voorziening en het reguleren van de kwaliteit en betaalbaarheid van de dienstverlening die daarmee verbonden is.

Wettelijke eisen aan de jaarrekening

Ondernemingen zijn – afhankelijk van hun rechtspersoon – verplicht de jaarrekening conform wettelijke eisen in te richten. Deze eisen kunnen bij de toepassing van artikel 24 Mw voor de toezichthouder een aanknopingspunt zijn om de financiële informatie te verkrijgen die nodig is om bijvoorbeeld te bepalen of prijzen kostengeoriënteerd zijn. Het relevante wettelijke kader hiervoor is Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, titel 9 ‘De jaarrekening en het jaarverslag’. Deze titel is van toepassing op verschillende rechtspersonen die in artikel 360 worden aangeduid. Een jaarrekening bestaat conform artikel 361 uit de balans en de winst- en verliesrekening met een toelichting. Voor de problematiek van dit hoofdstuk is van belang dat de wet specifieke regels oplegt aan de administratie die het mogelijk moeten maken “de grootte van het resultaat en zijn afleiding uit de posten van baten en lasten” af te leiden (artikel 362, lid 3). Dat betekent onder meer dat posten op de balans niet zomaar mogen worden weggelaten of tegen elkaar weggestreept. Dat mag alleen als de betreffende post van “te verwaarlozen betekenis” is voor het wettelijk vereiste toezicht. In afdeling 4 van titel 9 Boek 2 BW staan voorschriften voor de posten die afzonderlijk op de verlies- en winstrekening moeten worden opgenomen. Algemene regel is dat baten en lasten uit de gewone bedrijfsuitoefening worden gesplitst zodat de netto-omzet kan worden afgeleid evenals de kostprijs van die omzet. Voor de toepassing van artikel 24 Mw is van belang of daarmee inzicht kan worden verschaft in de kostprijs van specifieke producten. Volgens artikel 380 BW 2 moet dat mogelijk zijn, mits die producten werkzaamheden in verschillende bedrijfstakken betreffen. Hierover zegt dit artikel: “Indien de inrichting van een bedrijf van de rechtspersoon is afgestemd op werkzaamheden in verschillende bedrijfstakken wordt met behulp van cijfers inzicht gegeven in de mate waarin elk van de soorten werkzaamheden tot de netto-omzet heeft bijgedragen.”

Transparantierichtlijn

Vervolgens is in het kader van de vraagstelling van dit hoofdstuk de zogenoemde EG-Transparantierichtlijn van belang³. Deze richtlijn richt zich tot ondernemingen met een door de overheid ondersteunde of gecreëerde economische machtspositie. Dit kan een bijzonder of uitsluitend recht zijn of een dienst van algemeen economisch belang. Deze ondernemingen krijgen gedragsregels opgelegd waarmee de transparantie van de relatie met de overheid verbeterd moet worden. Het gaat hierbij om financiële compensatie maar ook andere vormen van overheidssteun. De verplichtingen bestaan onder andere uit het voeren van een gescheiden boekhouding en het transparant maken van de kostprijscalculatie. Deze gedragsregels gelden niet voor ondernemingen die diensten verrich-

3 Richtlijn nr. 2000/52/EG van 26 juli 2000 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven.

ten die de handel tussen de lidstaten niet op merkbare wijze beïnvloeden. Ook is een bagateldrempel op basis van een omzetcriterium opgenomen (netto jaaromzet 40 miljoen euro in de voorafgaande twee boekjaren).

De implementatie van deze richtlijn is geregeld in hoofdstuk 4A van de Mw (artikelen 25a tot en met 25f).

Structurele maatregelen

De Europese Commissie beschikt op grond van Verordening 1/2003 over verschillende instrumenten om ex post in specifieke sectoren in te grijpen. Een van deze instrumenten is de mogelijkheid om zogenoemde structurele maatregelen tegen een onderneming te nemen. Artikel 7 van deze verordening geeft de Commissie de bevoegdheid bij inbreuken op artikel 81 of artikel 82 van het Verdrag “alle maatregelen ter correctie van gedragingen of structurele maatregelen opleggen die evenredig zijn aan de gepleegde inbreuk.” Bij een structurele maatregel moet de ondernemingsstructuur worden aangepast zodat aan de inbreuk daadwerkelijk een einde wordt gemaakt.

Koerswijziging Europees beleid

Met de nieuwe kaderrichtlijn voor elektronische communicatienetwerken lijkt het Europese beleid voor de netwerksectoren een koerswijziging te ondergaan⁴. Het doel van deze richtlijn is de regels voor alle diensten en netwerken voor elektronische communicatie te integreren in een gemeenschappelijk regelgevingskader. De overweging hierbij is dat de transitie van een monopolistische situatie in de telecommunicatie naar volledige mededinging op gang is gekomen. Daarbij past een heroverweging van de wijze waarop sector-specifieke regels worden ingezet. Het opleggen van ex ante verplichtingen aan bedrijven met een aanmerkelijke macht in de markt is volgens de richtlijn een doeltreffend breekijzer geweest voor de eerste stadia van de openstelling van de markt⁵. Nu moet de definitie van het criterium aanmerkelijke macht echter worden aangepast aan meer dynamische en complexe markten. De kern van het nieuwe systeem is dat de nationale toezichthouders (op basis van richtsnoeren van de Commissie) zelf moeten bepalen of de betreffende nationale markt voldoende concurrerend is of niet en of ex ante toezicht derhalve gerechtvaardigd is (zie kader). Het uitgangspunt voor het nemen van die beslissing is dat regulerende ex ante verplichtingen *alleen* worden ingezet als er geen daadwerkelijke concurrentie is⁶. De inzet van ex ante toezicht moet met andere woorden beperkt blijven tot de functie van breekijzer bij het op gang brengen van de transitie van een monopolie naar een open markt met volkomen concurrentie. Op het moment dat er voldoende concurrentie in de markt aanwezig is moet het algemene mededingingstoezicht in staat worden geacht eventuele problemen met ondernemingen met een aanmerkelijke marktmacht het hoofd te kunnen bieden.

4 Richtlijn 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en diensten.

5 Zie: Overweging 25, Richtlijn 2002/21/EG.

6 Ibid.

Wanneer is een markt voldoende concurrerend?

Met de inwerkingtreding van de kaderrichtlijn voor elektronische communicatienetwerken moeten toezichthouders een marktanalyse gaan maken om te bepalen of ex ante toezicht nodig is op de verschillende markten van deze sector. Dit onderzoek dient volgens de kaderrichtlijn te geschieden op aanwijzing van de Commissie. Die geeft aan welke markten mogelijk nog onvoldoende volgroeid zijn. De nationale toezichthouders moeten vervolgens zelf een antwoord geven op de vraag of sectorspecifiek toezicht voor deze markten gewenst is. Voor deze beslissing heeft de Commissie richtsnoeren opgesteld met criteria die de beoordeling of er sprake is van voldoende daadwerkelijke concurrentie mogelijk moeten maken.

Uitgangspunt van deze analyse is de afbakening van de relevante markt. Deze wordt bepaald door de geografische zone waarbinnen concurrentiedruk van invloed is op de prijsstelling van betrokken producenten en dienstverleners. Hierbij moet worden gekeken naar drie bronnen van concurrentiedruk: (a) substitutie aan de vraagzijde, (b) substitutie aan de aanbodzijde en (c) potentiële concurrentie. Vervolgens moet worden nagegaan of er een onderneming is met aanmerkelijke marktmacht op deze markt. De definitie daarvan is dat een onderneming in staat is zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten en klanten te gedragen. Marktaandeel is een kwantitatieve indicator voor de aanwezigheid van marktmacht. Ondernemingen met een marktaandeel van maximaal 25 procent hebben waarschijnlijk geen machtspositie. Bij een marktaandeel van meer dan 50 procent gaat de Commissie ervan uit dat er per definitie sprake is van een machtspositie. In het grijze gebied moeten kwalitatieve criteria uitkomst brengen. Het gaat dan om de volgende zaken:

- controle over infrastructuur;
- technologische voorsprong;
- ontbreken van kopersmacht als tegenwicht;
- bevoorrechte toegang tot financiële middelen;
- schaalvoordelen;
- verticale integratie;
- sterk ontwikkeld verkoopnetwerk;
- ontbreken potentiële concurrentie.

- Bron: Europese Commissie, Richtsnoeren voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht, Publicatieblad C 165, 2002, pp. 3-31.

5.3 Toepassingsproblemen

Het verbod op misbruik van een machtspositie blijkt in de praktijk een lastig toe te passen onderdeel van het mededingingsrecht. De problemen liggen vooral bij de interpretatie van de samenstellende delen van het verbod: hoe bepalen we een machtspositie en wat is misbruik?

5.3.1 *Machtspositie*

Een economische machtspositie is volgens artikel 1 Mw een “positie van een of meer ondernemingen die hen in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan te verhinderen door hen de mogelijkheid te geven zich in belangrijke mate onafhankelijk van hun concurrenten, hun leveranciers, hun afnemers of hun eindgebruikers te gedragen.”

Deze definitie is op advies van de SER ontleend aan het United Brandsarrest van het Europese Hof van Justitie⁷. Concreet zal voor de bepaling van een economische machtspositie eerst de relevante markt moeten worden afgebakend. Vervolgens kan aan de hand van de marktstructuur worden vastgesteld of er op die markt sprake is van een machtspositie. Hierbij wordt in eerste instantie gekeken naar de marktaandelen. Zo leveren volgens het Hof van Justitie van de EG zeer aanzienlijke marktaandelen (50 procent en meer) op zichzelf reeds een aanwijzing van een machtspositie. Bij kleinere marktaandelen kan er ook sprake zijn van een machtspositie maar dat moet dan worden aangetoond met additionele factoren. Dat kan zijn het marktaandeel van de betreffende onderneming ten opzichte van de marktaandelen van concurrenten of de mate waarin afnemers en leveranciers afhankelijk zijn. Naast de marktstructuur zijn voor de bepaling van een machtspositie verder van belang de ondernemingsstructuur (productiecapaciteit, technologische en financiële reserves, toegang tot specifieke bronnen) en het gedrag van de onderneming (uitsluiten of verdringen van concurrenten). Bij deze laatste factor kunnen bijvoorbeeld de leveringsvoorwaarden een rol spelen. Afnemers (consumenten en producenten) kunnen door ongunstige leveringsvoorwaarden gebonden zijn aan een specifieke leverancier waardoor er de facto sprake is van een machtspositie. Als de afnemer nog een keuze kan maken ligt dat echter weer anders omdat dan de vraag rijst of er alternatieve leveranciers zijn met betere leveringsvoorwaarden. De invulling van het begrip machtspositie kan met andere woorden variëren met de positie van afnemers die of al gebonden zijn aan een specifieke leverancier of nog een keuze kunnen maken tussen concurrerende leveranciers.

Het vaststellen van een economische machtspositie langs deze lijnen is geen eenvoudige zaak. Bij het afbakenen van de relevante markt speelt voor grote marktpartijen het probleem dat er veelal meerdere producten worden aangeboden en ingekocht. Verder wordt

⁷ Zie: SER-advies *Nieuwe Mededingingswet*, publicatienr. 94/13, Den Haag 1994, p. 38.

de geografische markt voor zo'n onderneming bepaald door de inkoopmarkt en de verkoopmarkt die een verschillende grootte kunnen hebben. Zo contracteert een zorgverzekeraar zorgaanbieders meestal op de lokale markt maar worden de verzekeringen op de nationale markt afgezet. De relevante markt van kleine marktpartijen is eenvoudiger vast te stellen, aangezien het product of de dienst vaak eenduidiger is en het bereik van de activiteiten meestal beperkt is tot de verkoopmarkt.

De problemen op dit vlak zijn echter niet uniek voor artikel 24 Mw. Ook bij de handhaving van het kartelverbod en de concentratiecontrole speelt de afbakening van de relevante markt een belangrijke rol. Het evaluatierapport van de Mw oordeelt dat de huidige benadering van marktafbakening in de mededingingspraktijk van de NMa voldoet⁸. De knelpunten bij de toepassing van artikel 24 Mw liggen met andere woorden vooral bij de constatering van misbruik.

5.3.2 Misbruik

De omschrijving van het begrip misbruik is niet in de Mw opgenomen maar ook hier geldt dat de toepassingspraktijk zo veel mogelijk aansluit bij het Europese beleid. De door het Europese Hof van Justitie gehanteerde en volgens Akyürek-Kievits als vaste jurisprudentie te beschouwen omschrijving luidt⁹:

... misbruik is een objectief begrip waaronder gedragingen van een onderneming met een machtspositie vallen welke invloed kunnen uitoefenen op de structuur van een markt waar, juist door de aanwezigheid van de bedoelde onderneming, de mededinging reeds is verflauwd, en die ertoe leiden dat de handhaving of ontwikkeling van de nog bestaande marktconcurrentie met andere middelen dan bij een op basis van ondernemersprestaties berustende normale mededinging – met goederen of diensten – in zwang zijn, wordt tegengegaan.

Het gaat bij misbruik dus niet om moreel afkeurenswaardig gedrag maar volgens Akyürek-Kievits enkel en alleen om gedrag dat de mededinging nadelig beïnvloedt.

Vormen van misbruik

Men kan volgens Mok verschillende grondvormen van misbruik onderscheiden¹⁰. In de eerste plaats kan een economische machtspositie het instrument zijn voor misbruik. Hierbij kan gedacht worden aan het gebruik maken van een machtspositie voor een bepaald product door afnemers ongunstige leveringscondities zoals extreem hoge prijzen op te dringen. Een ander voorbeeld in deze categorie is koppelverkoop waarbij de machtspositie voor een bepaald product wordt ingezet om ook de positie van andere producten te versterken.

8 P.J. Slot e.a., *Eindrapport Evaluatie mededingingswet – Juridisch deelonderzoek*, p. 12.

9 H.E. Akyürek-Kievits, Economische machtsposities, in: P.J. Slot en Ch. Swaak, *De Nederlandse Mededingingswet in perspectief*, Deventer 2000, p. 89. Zie: Zaak C-62/86, *Akzo tegen Commissie*, Jur. 1991, I-3359, overweging 69.

10 M.R. Mok, *Kartelrecht*, Tjeenk Willink 1998, pp. 213 en 214.

Maar voor de interpretatie van het begrip misbruik is het volgens de MvT niet noodzakelijk dat het misbruik een oorzakelijk verband heeft met de economische machtspositie. Gewone commerciële gedragingen kunnen misbruik zijn als zij zich voordoen bij ondernemingen met een economische machtspositie. Zo is prijsonderbieding een gewoon middel tot concurreren. Toegepast door een onderneming met een economische machtspositie kan deze handeling onder omstandigheden strijdig zijn met het verbod op misbruik van een economische machtspositie als hierdoor de mededinging op de betreffende markt wordt beperkt of vervalst. Dat is bijvoorbeeld het geval als prijzen lager zijn dan een bepaalde kostprijs en een concurrent zo uit de markt dreigt te worden gedrukt. In de derde plaats is er zogenoemd structureel misbruik. Daaronder verstaat men dat ondernemingen met een machtspositie hun plaats op de markt proberen te versterken door andere ondernemingen over te nemen. Misbruik in deze zin valt niet onder de reikwijdte van artikel 24 Mw maar is onderwerp van de concentratiecontrole.

5.3.3 *Ondernemingen met een machtspositie als vrager*

Een specifiek probleem speelt bij bedrijven die te maken hebben met een afhankelijkheidsrelatie. Het gaat hier om de situatie waarin de machtspositie zich niet aan de aanbodkant maar aan de vraagkant van de markt bevindt. Vooral mkb-bedrijven hebben met dit probleem te maken¹¹. Een voorbeeld is de relatie tussen zorgverzekeraars en de aanbieders van zorg. Zorgverzekeraars zijn over het algemeen grote ondernemingen met regionaal bepaalde dominante marktposities. Bij zorgaanbieders zoals fysiotherapeuten gaat het meestal om kleine praktijken en maatschappen. In het verleden was het toegestaan dat zorgaanbieders hun macht bundelden door collectief onderhandelingen te voeren met zorgverzekeraars over tarieven en de af te nemen zorg. Feitelijk bestond de markt in zo'n geval uit een aanbieder (collectief van fysiotherapeuten) en een vrager (zorgverzekeraar). Deze wijze van onderhandelen is door de NMa in strijd met de Mw verklaard¹². Daardoor is een situatie ontstaan waarin vele aanbieders van zorg individueel contracten moeten gaan afsluiten met een vrager met een dominant marktaandeel. Dat kan tot problemen leiden die onder het verbod van artikel 24 Mw vallen.

In veel gevallen is het misbruik in een dergelijke situatie echter moeilijk aantoonbaar. Zo heeft het principe dat prijzen kostengeoriënteerd moeten zijn in dit geval geen betekenis: de partij (de vrager) die de prijzen dicteert is een ander dan de partij die de kosten van het product maakt (de aanbieder). Bij het wegnemen van de mogelijkheid tot collectief onderhandelen blijft met andere woorden de afhankelijkheidsrelatie bestaan maar kan misbruik van een economische machtspositie waarschijnlijk moeilijk worden aangetoond.

11 MKB-Nederland, *Marktwerking en het mkb*, Delft 2001, pp. 35 en 36.

12 Zie: NMa, zaak 590 en 1972 (Amicon zorgverzekeraars) en zaak 1570 (Sanders versus Amicon zorgverzekeraar).

5.3.4 Prijspolitiek

De problemen bij het aantonen van misbruik komen verder naar voren op het moment dat het misbruik verband houdt met de prijspolitiek van een onderneming. Bepaalde vormen van uitsluiting zoals een leveringsweigering zijn relatief makkelijk te bewijzen. Bij inzet van het prijsinstrument – extreem hoge prijzen, prijsonderbieding en prijsdiscriminatie – is het echter veel moeilijker misbruik te onderscheiden van normaal ondernemingsgedrag. Zoals Slot c.s. onderstrepen: de werking van de markt eist van ondernemingen nu eenmaal concurrentie, juist op het gebied van de prijsstelling¹³.

Prijsonderbieding

Prijsonderbieding kan een zeer effectief instrument zijn om toetreding van nieuwe concurrenten tot de markt te voorkomen. De vraag is echter hoe kan worden vastgesteld of een onderneming met een machtspositie te lage prijzen hanteert. Een startpunt voor de beantwoording van deze vraag is de zogenoemde Areeda & Turner test waarbij sprake is van prijsonderbieding als de prijs van een product beneden de marginale kosten of de gemiddelde variabele kosten ligt. Het Europese Hof van Justitie heeft in het AKZO-arrest bepaald dat er ook sprake kan zijn van prijsonderbieding als de prijs hoger ligt dan de marginale kosten maar lager dan de gemiddelde variabele kosten. In dat geval moet wel worden aangetoond dat het de bedoeling was van de dominante onderneming om daarmee de concurrentie uit te schakelen¹⁴. Slot c.s. merken op dat deze toevoeging van het Hof de taak van de toezichthouder ernstig bemoeilijkt omdat deze wordt opgezadeld met de bewijslast van de bedoelingen van de dominante onderneming¹⁵.

Bij ondernemingen met een natuurlijk monopolie speelt verder het probleem dat de gemiddelde variabele kosten en dus de marginale kosten dicht bij nul kunnen liggen. De Europese Commissie heeft daarom in de zaak *Deutsch Post AG* de AKZO-test verlaten voor een test met de zogenoemde incrementele kosten als maatstaf. De klacht tegen Deutsche Post was dat zakelijke dienstpakketten onder de kostprijs werden aangeboden om concurrenten als UPS uit de markt te drukken. Om de relevante kostprijs in deze zaak te bepalen heeft de Commissie niet alleen naar de operationele kosten van een extra eenheid zakelijke post gekeken maar ook naar de kapitaalkosten zoals de kosten van het gebruik van het netwerk voor het verzamelen, transporteren en afleveren van postpakketten.

Incrementele kosten wijken daarmee op twee fronten af van de marginale kosten: (1) er wordt niet meer naar de kosten van een extra eenheid product gekeken maar naar de kosten van een gehele productgroep en (2) men beschouwt een relatief lange periode om de toename van de kosten ten gevolge van het uitvoeren van de betreffende activiteiten te bepalen. Van Dijk betoogt dat het begrip incrementele kosten daarmee een zeker ambigu

13 P.J. Slot e.a., *Eindrapport Evaluatie mededingingswet – Juridisch deelonderzoek*, p. 22.

14 Zaak C-62/86, *Akzo tegen Commissie*, Jur. 1991, I-3359, overweging 72.

15 P.J. Slot e.a., *Eindrapport Evaluatie mededingingswet – Juridisch deelonderzoek*, p. 26.

karakter krijgt¹⁶: over welke periode wordt de toename van de kosten gemeten en welke niet-operationele kosten krijgen daarin een plaats? Zijn kritiek op het toerekenen van een opslag voor het gebruik van een netwerk is dat daarmee verzonken kosten worden doorberekend die volgens de economische theorie geen invloed zullen hebben op de prijspolitiek van een onderneming.

Prijstdiscriminatie

Prijstdiscriminatie betreft het selectief toepassen van prijskortingen om concurrenten weerstand te bieden. Een voorbeeld van een klacht over prijsdiscriminatie uit de Nederlandse rechtspraak betreft de zaak Superunie versus Interpay¹⁷. De klacht van Superunie, een inkoopcombinatie van regionale supermarkten, richtte zich tegen een staffelkorting op de PIN-tarieven voor Ahold, een mogelijkheid die niet aan Superunie werd aangeboden. De uitspraak van de rechter was dat Interpay met de aan Ahold toegekende korting misbruik maakt van haar waarschijnlijke machtspositie. De rechter vond het bewijs voor misbruik echter nog onvoldoende sterk om tot toewijzing van de gevraagde voorzieningen over te gaan (betaling misgelopen kortingen). Hij beval daarvoor nader onderzoek (bij voorkeur door de NMa) aan¹⁸.

Dit voorbeeld toont aan dat het bijzonder lastig is bij de rechter een voorziening op basis van artikel 24 Mw te verkrijgen. Kreijger concludeert dat de rechtsbescherming tegen misbruik van een machtspositie met de uitspraak in de zaak Superunie geen dienst is bewezen¹⁹. Door in dit geval volledige zekerheid te verlangen over het bestaan van misbruik legt de rechter de lat zodanig hoog “dat het verkrijgen van een voorziening in kort geding in misbruikzaken welhaast per definitie onmogelijk wordt”.

Excessieve prijzen

Bij het vaststellen van excessieve prijzen als vorm van uitbuiting van afnemers spelen weer andere problemen. Het voornaamste obstakel is hier het ontbreken van een hanteerbare en concrete definitie van wat onder een excessieve prijs verstaan moet worden. Bij een excessieve prijs is er sprake van een opslag op de toe te rekenen kosten maar hoe hoog mag deze opslag zijn? Pijnacker Hordijk en de Vries komen in een bespreking van de jurisprudentie tot de conclusie dat er vrijwel geen overeenstemming is over de methoden die

16 T.W.P. van Dijk, De rooiprijsstest in de zaak Deutsche Post AG, *Tijdschrift Privatisering*, 2001, pp. 4-7.

17 Rechtbank Utrecht (kort geding), vonnis 14 februari 2002.

18 De NMa heeft zich inmiddels uitgesproken over de klacht van Superunie. Zijn besluit was dat de korting van Interpay voor Ahold geen misbruik van een machtspositie was omdat hierin een beloning kan worden gezien voor de investeringen die Ahold als first mover heeft gepleegd om grootschalig pinnen mogelijk te maken. In een andere zaak heeft de NMa wel rapport opgemaakt tegen Interpay op verdenking van misbruik van zijn machtspositie. Onderzoek van de NMa heeft aan het licht gebracht dat de pintarieven die Interpay aan detaillisten doorberekent mogelijk te hoog zijn. Zie: NMa, persberichten van 28 april 2003 respectievelijk 17 april 2003.

19 P.J. Kreijger, annotatie bij Coöperatieve vereniging Superunie/Interpay Beanet BV, *Markt & Mededinging*, 2002, pp. 150-154.

kunnen worden toegepast bij het onderzoeken en het aantonen van excessieve prijzen²⁰. Uit de beschikkingspraktijk van de Commissie blijkt dat doorgaans alleen langdurig te handhaven winstmarges van 100 procent en meer aanleiding zijn tot overheidsinterventie. De wijze van ingrijpen en de marges die resteren na interventie blijken echter van geval tot geval te verschillen zodat een normrendement niet lijkt te bestaan.

De NMa heeft inmiddels in verschillende zaken een eigen benadering ontwikkeld voor de vraag wat een toelaatbare winstmarge is.

Bij de behandeling van de klacht over de prijs van postbussen van PTT Post nam de NMa de zienswijze van het Europese Hof van Justitie tot uitgangspunt dat “het buitensporige karakter van die prijs onder meer kan worden vastgesteld door de verkoopprijs van het product te vergelijken met de kostprijs”.²¹ Uit een vergelijkend overzicht met buitenlandse tarieven kwam naar voren dat de door de PTT gehanteerde tarieven ruim twee keer zo hoog zijn, maar dit kon niet als een aanwijzing van een onredelijk hoog tarief worden opgevat. Uit de kostprijscalculatie kwam naar voren dat de tarieven in overeenstemming waren met de kosten van de postbusdienst zodat de klacht werd verworpen. De PTT bleek echter een kostenbesparing aan de postdienst toe te rekenen die volgens de NMa niet voldoet aan het beginsel dat kosten moeten worden toegerekend aan de dienst waar deze direct mee verbonden zijn.

Verder heeft de NMa naar aanleiding van diverse klachten over excessieve tarieven de kosten van de KLM onderzocht op de routes naar Suriname en de Nederlandse Antillen. Bij dit onderzoek heeft de NMa een normrendement vastgesteld aan de hand van de Weighted Average Cost of Capital (WACC) ofwel het gewogen gemiddelde van de rendementseisen die de kapitaalmarkt stelt met betrekking tot geïnvesteerd eigen respectievelijk vreemd vermogen. Hoe bepaal je echter het rendement op het eigen vermogen van een niet beursgenoteerde ondernemingen? Hiervoor kan het Capital Asset Pricing Model (CAPM) worden gebruikt. Dit model berekent de vermogenskosten aan de hand van een statistisch bepaalde risicopremie. Met behulp van dit model berekende de NMa in de Paramaribozaak een normrendement van 13,16 procent voor het eigen vermogen van de KLM. Dat was voor de NMa aanleiding om te concluderen dat de tarieven niet disproportioneel waren.

De methode van de NMa om excessieve prijzen aan te tonen komt er in essentie op neer dat een hoog rendement op geïnvesteerd kapitaal als bewijs wordt gezien voor een hoge winstmarge. Tegen deze methode kunnen twee bezwaren worden gemaakt. In de *eerste plaats* gaat de NMa er van uit dat een kostengeoriënteerde prijs betekent dat een prijs gelijk is aan de kosten vermeerderd met een bescheiden winstmarge. Volgens Pijnacker Hordijk en de Vries heeft de Europese Commissie deze regel alleen gehanteerd in een aan-

20 E.H. Pijnacker Hordijk en Y. de Vries, *Onbillijk hoge prijzen als vorm van misbruik van een economische machtspositie onder het Europese en het Nederlandse mededingingsrecht*, *SFW*, 2002, p. 435.

21 NMa, besluit nummer 13/45, diverse klagers/PTT Post.

tal specifieke gevallen maar niet als algemene regel²². Op grond van artikel 82 EGV is ingrijpen alleen geboden als de prijs niet in een redelijke verhouding staat tot de kosten. Voor een zogenoemde cost-plus benadering vinden deze auteurs geen steun in de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie en de rechtspraak van het Hof.

In de *tweede plaats* kan niet in algemene zin worden gesteld dat een hoog rendement op geïnvesteerd kapitaal een indicatie is voor een hoge winstmarge en daarmee voor een (te) hoge prijs. Deze relatie is afhankelijk van de kapitaalstructuur van de onderneming en zal dus van geval tot geval bekeken moeten worden. De NMa hanteert een methode die gangbaar is voor ondernemingen in kapitaalintensieve sectoren waar geproduceerd wordt met grootschalige kapitaalgoederen (bijvoorbeeld fysieke netwerken of infrastructuur). In andere sectoren levert informatie over het rendement op kapitaal slechts partieel bewijsmateriaal voor de relatie tussen prijzen en kosten en kunnen gemakkelijk verkeerde conclusies worden getrokken. Zo kan een hoog rendement op geïnvesteerd kapitaal juist marktconform zijn doordat relatief weinig kapitaal is geïnvesteerd.

Deze bedenkingen onderstrepen de conclusie van Slot c.s. dat artikel 24 Mw niet het juiste instrument is om gevestigde ondernemingen met een machtspositie in netwerksectoren te normeren op het gebied van prijspolitiek²³.

Boekhoudkundige transparantie

In de rapportage *Luchthaventarieven Schiphol* pleit de NMa voor versterking van het ex ante toezicht op basis van artikel 24 Mw²⁴. Monopolisten ‘met een bijzondere verantwoordelijkheid’ zoals Schiphol zouden een gescheiden boekhouding moeten voeren waarin de monopolieactiviteiten zijn te onderscheiden van de niet-monopolieactiviteiten. Schiphol voldeed niet aan deze eis waardoor de NMa niet in staat was te controleren of de tarieven voor de monopolieactiviteiten kostengeoriënteerd waren. Een transparantere boekhouding kan de handhaving van artikel 24 Mw volgens de NMa verbeteren.

De luchthaven Schiphol is een naamloze vennootschap en is dus onderworpen aan de eisen zoals die in Titel 9, Boek 2 Burgerlijk Wetboek voor de jaarrekening van rechtspersonen zijn geformuleerd. Een van deze eisen is dat de bijdrage tot de netto-omzet van werkzaamheden voor verschillende bedrijfstakken in de verlies- en winstrekening tot uitdrukking moet komen. Deze bepaling was in het geval van Schiphol voor de NMa niet voldoende om de noodzakelijke kostprijsberekening te kunnen uitvoeren. Het probleem is dat de bepaling ‘werkzaamheden in verschillende bedrijfstakken’ niet aansluit bij de terminologie van het mededingingsrecht waarbij het gaat om ‘werkzaamheden op relevante markten’. Zo was de boekhouding van Schiphol gebaseerd op een indeling in zogenoemde product market combinations (PMC’s). Deze PMC-indeling bevatte meerdere

22 E.H. Pijnacker Hordijk en Y. de Vries, *Onbillijke prijzen als vorm van misbruik van een economische machtspositie*, op.cit., p. 444.

23 P.J. Slot e.a., *Eindrapport Evaluatie mededingingswet – Juridisch deelonderzoek*, op.cit., p. 22.

24 NMa, *Rapportage Luchthaventarieven Schiphol*, Den Haag, 2001.

relevante markten en was derhalve van een hoger geaggregeerd niveau dan een indeling in separate relevante markten. Om ervoor te zorgen dat een kostprijscalculatie kan worden gemaakt voor de relevante markt waarop het vermoeden van een economische machtspositie bestaat is met andere woorden een bewerking van de administratie nodig die zeer tijdrovend is. Een onderzoek in het kader van artikel 24 Mw kan daardoor volgens opgave van de NMa zelfs een jarendurende kwestie worden.

5.3.5 *Overzicht knelpunten*

Bij de toepassing van het verbod op misbruik van een economische machtspositie spelen samenvattend de volgende problemen een rol:

- Er bestaat in de rechtspraak geen scherp criterium om misbruik in de vorm van prijsontberijding, prijsdiscriminatie en excessieve prijzen te onderscheiden van normaal ondernemingsgedrag. Bij toepassing van de verschillende tests bestaat bovendien het probleem dat het toerekenen van kosten aan kostenplaatsen niet objectief is vast te stellen.
- Zware bewijslast voor de toezichthouder als de bedoeling moet worden aangetoond dat prijsontberijding een instrument is om de concurrentie te verstoren.
- Zware bewijslast voor klagers bij de civiele rechter. Meer in het algemeen speelt het probleem dat rechters moeite hebben met het toepassen van artikel 24 Mw²⁵.
- Hoge administratieve lasten voor bedrijfsleven en toezichthouders. Het onderzoek in de Paramaribozaak nam bijna vier jaar in beslag. Gedurende deze tijd hangt een mogelijke sanctie als een zwaard van Damocles boven de betreffende onderneming(en).

5.4 **Het bevorderen van concurrentie**

Het tweede onderdeel van de adviesvraag over artikel 24 Mw betreft de wenselijkheid concurrentie in transitiesectoren en andere bedrijfssectoren te bevorderen met inzet van dit mededingingsinstrument. De overweging hierbij is dat regulering van ondernemingen met een machtspositie een veelgebruikt instrument is om concurrentie op gang te helpen in voormalig gesloten markten vooral in de nutssectoren waar netwerken een belangrijk bedrijfsonderdeel vormen. De betreffende bepalingen hebben vaak een sterk mededingingskarakter: er wordt een machtspositie bepaald aan de hand van marktaandeel. Ondernemingen met een aanmerkelijke machtspositie zijn verplicht gedragsregels te hanteren die moeten voorkomen dat de betreffende ondernemingen misbruik maken van die machtspositie, door potentiële concurrenten buiten de markt te houden of te krijgen. Dit zijn dus ex ante vormen van toezicht die verder gaan dan het verbod van misbruik op basis van artikel 24 Mw waarmee alleen achteraf kan worden opgetreden.

25 P.J. Slot e.a., *Eindrapport Evaluatie mededingingswet – Juridisch deelonderzoek*, op.cit., p. 23.

De vraag aan de SER is of versterking van artikel 24 Mw nodig is; een algemene wettelijke voorziening waarmee ondernemingen met een machtspositie aan bepaalde vormen van ex ante toezicht kunnen worden onderworpen. Het kan hierbij volgens de adviesaanvraag gaan om twee situaties:

- overheidsmonopolies, natuurlijke monopolies en andere transitiesectoren;
- bedrijfssectoren waar gezien de marktstructuur niet snel concurrentie zal komen.

5.4.1 Concurrentie in transitiesectoren

De genoemde transities onder het eerste punt vinden plaats of hebben plaatsgevonden in de overheidssectoren zoals de zorg en het onderwijs en nutssectoren waar infrastructuur en netwerken productie en dienstverlening het karakter van een natuurlijk monopolie geven. Kenmerk van deze sectoren is dat overheidsbemoeyenis de markt in het verleden gedeeltelijk of geheel gesloten hield voor concurrentie. In veel gevallen was de overheid de enige producent en aanbieder in de markt, in andere gevallen werd toetreding door een wettelijk monopolie en andere regelgeving onmogelijk gemaakt. Veranderend politiek inzicht en de totstandkoming van de interne markt hebben deze beleidspraktijk in de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw drastisch veranderd. Staatsbedrijven werden geprivatiseerd, en door liberalisering werd concurrentie mogelijk op terreinen waar de overheid voorheen het alleenrecht had.

Concurrentiemodaliteiten

Liberalisering kan worden gedefinieerd als het beleid gericht op het introduceren van concurrentie in een onderdeel van het economische verkeer waarin die prikkels door overheidsbemoeyenis geheel of gedeeltelijk ontbreken²⁶. Daarbij kunnen de concurrentieprikkels gericht zijn op vragers of aanbieders (publiek of privaat) waarbij de intensiteit van de concurrentie kan variëren met de gekozen concurrentievorm. In het algemeen kunnen drie concurrentievormen worden onderscheiden²⁷:

- *maatstafconcurrentie*: Een markt of overheidssegment kan gesloten blijven voor nieuwe toetreders. De prestaties van de bestaande aanbieders worden onderling vergeleken, waarbij de prestatienorm kan worden ontleend aan de meest efficiënte aanbieder.
- *concurrentie om de markt*: Behoud van publieke infrastructuur (bijvoorbeeld de railinfrastructuur) maar (periodieke) aanbesteding van de publieke dienstverlening die gebruik maakt van die infrastructuur. Het kan ook gaan om veiling als verdelingsmechanisme voor schaarste in het publieke domein (UMTS, radiofrequenties).
- *concurrentie op de markt*: Wegnemen van barrières voor nieuwe toetreders tot een markt, en andere obstakels voor effectieve concurrentie (afschaffen wettelijke monopolies, deregulering)

²⁶ SER-advies *Sociaal-Economisch Beleid 2002-2006*, publicatienr. 02/08, Den Haag 2002, p. 189.

²⁷ Zie: R. Haffner en N. van Hulst, *De ladder van het concurrentiebeleid*, *ESB*, 1998, pp. 812-186.

Competition engineering

De essentie van het liberaliseringsbeleid is met andere woorden ‘competition engineering’, ofwel enerzijds het afbreken van wettelijke toetredingsbarrières en anderzijds het ontwerpen van spelregels die concurrentie mogelijk moeten maken op een markt die voorheen relatief gesloten was. Bij maatstafconcurrentie blijven de toetredingsbarrières bestaan en gaat het alleen om de creatie van een kunstmatige markt omdat de concurrentie alleen op papier bestaat. Concurrentie om de markt houdt in dat de markt periodiek ‘geopend’ is; na de aanbesteding of veiling heeft de winnaar het alleenrecht op de gewonnen concessie voor de duur van het contract. Alleen bij de derde vorm – concurrentie op de markt – is de inzet een continue markt tot stand te brengen waarbij vrije toetreding van nieuwe aanbieders mogelijk moet zijn en afnemers naar eigen keuze kunnen switchen tussen aanbieders. Het is dan ook in deze context dat het transitievraagstuk speelt: hoe kan de beweging van monopolie naar vrije mededinging worden vormgegeven?

Van monopolie naar concurrentie

Tabel 5.1 geeft een overzicht van de liberalisering van overheidsmonopolies in Nederland. Hieruit komt naar voren dat er sprake is van een zeer gevarieerde transitie, zowel qua methode (aanbesteding van concessies en/of deregulering) als qua timing. In de telecommunicatie is de beweging van een overheidsmonopolie naar een vrije markt aan het einde van de jaren tachtig van de vorige eeuw gestart, maar bepaald nog niet voltooid. In de nutssectoren - zoals elektriciteit, gas en post - is het voornemen de markt voor concurrentie open te stellen, maar zal realisering daarvan nog de nodige jaren vergen. Van belang voor de vraagstelling van dit hoofdstuk is de constatering dat in al deze sectoren momenteel sectorspecifiek mededingingstoezicht van toepassing is. De instrumenten die hierbij worden ingezet variëren per sector:

- *Telecommunicatie*: Aanwijzing door OPTA van onderneming met aanmerkelijke marktmacht. Ondernemingen in deze categorie hebben de plicht tarieven voor eindgebruikers kostengeoriënteerd vast te stellen. Hiervoor moet het kostprijscalculatiesysteem vooraf worden goedgekeurd. Verder moet gebruik van het telefoonnetwerk (interconnectie) door concurrerende aanbieders onder non-discriminatoire voorwaarden worden toegestaan tegen tarieven die transparant en kostengeoriënteerd zijn vastgesteld.
- *Elektriciteit en gas*: Netwerkbeheerders moeten toegang tot het netwerk tegen transparante en non-discriminatoire voorwaarden mogelijk maken; ‘negotiated third party access’ voor vrije afnemers en regulering van nettarieven. Goedkeuring tarieven voor gebonden afnemers op basis van price cap. Daarvoor wordt een consumentenprijsindex gebruikt die wordt gecorrigeerd voor toenames in bedrijfsmatige efficiency. Deze zogenoemde X wordt door de Dte vastgesteld om de energiebedrijven te dwingen ieder jaar efficiënter te gaan werken.
- *Post*: Beperkt sectorspecifiek mededingingstoezicht: de minister van Economische Zaken heeft op grond van artikel 5 Postwet de bevoegdheid voor TPG algemene richtlijnen vast te stellen die deze bij de uitvoering van de opgedragen universele post-

dienstverlening in acht moet nemen (Besluit algemene richtlijnen post). Ingevolge artikel 5, lid 4 kan de minister zulke richtlijnen ook vaststellen met als doel oneerlijke concurrentie bij de uitvoering van de opgedragen postale dienstverlening te voorkomen. Dit is tot nu toe echter niet expliciet gebeurd. Wel geldt op grond van de richtlijn 97/67/EG een verbod op kruissubsidie, waarbij de winst op het zogenoemde gereserveerde deel van de markt (wettelijk postmonopolie) niet mag worden ingezet voor prijsverlagingen op het niet-gereserveerde en dus vrije deel van de postmarkt.

tabel 5.1 Liberalisering van overheidsmonopolies in Nederland

Sector	Type liberalisering	Tijdstip
Gas	Gefaseerd naar vrije markt	1999-2007
Water		
-drinkwater	-benchmarking	1999
-zuivering afvalwater	-benchmarking	2001
Elektriciteit	Gefaseerd naar vrije markt	1999-2007
Post	Gefaseerd naar vrije markt	2007
Telecommunicatie	Gefaseerd naar vrije markt	1989-1997
Informatie		
-radio	-beauty contest	2002
-tv	-komst commerciële tv	1989
Openbaar vervoer		
-trein	-aanbesteding regionale lijnen	1995-??
-streekvervoer	-aanbesteding regionale concessie	2000-2009
Luchtvaart	Privatisering	?

Bron: Ministerie van Economische Zaken, *Welvaart en de regulering van netwerksectoren*, 2002, p. 121.

tabel 5.2 Gevolgen van de liberalisering

Sector	Plaatsgevonden verandering			Dynamiek
	Productmix	Kwaliteit	Milieueffecten	
Gas	Beperkt	Nee	Nee	Weinig
Water	Beperkt			
• drinkwater		Nee	Nee	Weinig
• inz. Drinkwater	Beperkt			
• zuiv. Afvalwater		Nee	Nee	Weinig
Elektriciteit	Beperkt	Nee		Weinig
Telecommunicatie	Ja	Ja	Nee	Veel
Informatie				
• radio	Ja	Nee	Nee	Geen
• tv	Ja	Beperkt	Nee	Weinig
Post	Ja	Ja	Nee	Weinig
Openbaar vervoer				
• trein	Ja	Ja???	Nee	Weinig
• streekvervoer	Ja	Ja	Ja	Nee
Luchtvaart	Ja	Ja	Ja	Weinig

Bron: Ministerie van Economische Zaken, *Welvaart en de regulering van netwerksectoren*, 2002, p. 122.

Resultaten

Tabel 5.2 probeert de gevolgen van de transities voor de dynamiek van de betreffende sectoren in beeld te brengen met ook hier een gevarieerd beeld als resultaat. De marktdynamiek heeft in de meeste sectoren een impuls gekregen, maar zou nog verder versterkt kunnen worden. Alleen in de telecommunicatie is een markt ontstaan met in verschillende segmenten van de markt (mobiel, huurlijnen, zakelijke telefonie) meerdere aanbieders en een grotere keuzevrijheid voor consument en bedrijfsleven.

De SER concludeert in zijn advies *Sociaal-Economisch Beleid 2002-2006* dat de liberaliserings- en privatiseringsoperaties in de jaren negentig van de vorige eeuw niet vlekkeloos zijn verlopen²⁸. De raad ziet het ontbreken van een integrale aanpak als een belangrijke oorzaak van de gemengde ervaringen. De nadruk lag vooral op verzelfstandiging van overheidsdiensten en -bedrijven. Openstelling van de markt voor concurrenten gebeurde vervolgens niet of aarzelend waardoor de verwachte kwaliteitsimpulsen en prijsverlagingen uitbleven.

De raad trekt hieruit de les dat hervormingsoperaties in de publieke sector veel zorgvuldiger en doordachter moeten worden voorbereid en uitgevoerd. Essentieel is dat deze operaties sterker op de specifieke situatie moeten worden toegesneden met meer aandacht voor het borgen van het publieke belang. Hij verwijst in dit verband naar het WRR-rapport *Het borgen van publiek belang*²⁹ waarin wordt aangegeven dat het concurrentiemechanisme een van diverse borgingsmechanismen is. Voor een goede afweging is nodig dat per sector een integrale analyse wordt gemaakt waarin de verschillende mogelijkheden voor borging van het publieke belang (regels, instituties, hiërarchie en concurrentie) naast elkaar worden gezet. Als een beleidskeuze is gemaakt moet die ook consequent worden uitgevoerd waarbij de regie betreffende liberalisering en privatisering van netwerksectoren bij voorkeur in handen van één minister is.

Ervaringen met sectorspecifiek toezicht

Inmiddels is er een aantal jaar ervaring met het sectorspecifiek mededingingstoezicht van de toezichthouders OPTA en Dte.

Het *functioneren van de OPTA* is in 2001 geëvalueerd³⁰. Een van de conclusies van het rapport is dat concurrenten op de lokale markt (vooral carrier preselect voor vaste telefonie en internettoegang) nog steeds weinig kans maken tegen KPN door de zeer kleine marges. Hiervoor wordt onder meer de weinig gedetailleerde price cap voor KPN verantwoordelijk gehouden³¹. De globale price cap op basis van een mandje van diensten en producten

28 SER-advies *Sociaal-Economisch Beleid 2002-2006*, publicatienr. 02/08, Den Haag 2002, pp. 190-192.

29 WRR, *Het borgen van publiek belang*, Den Haag 1999.

30 Ministerie van Verkeer en Waterstaat, *Rapport evaluatie OPTA*, Den Haag, 30 maart 2001.

31 Bij een price cap wordt een tarief gereguleerd, bijvoorbeeld door een jaarlijkse tariefstijging aan bepaald percentage te binden.

stelt KPN in staat op strategische marktsegmenten (bijvoorbeeld lokale telefonie in het weekend) een zodanig laag tarief aan te bieden dat het voor concurrenten zeer moeilijk is op die marktsegmenten een redelijk rendement te halen. Daarom is de aanbeveling van het evaluatierapport dat de OPTA in aanvulling op de price cap voor concurrentiegevoelige segmenten bodemtarieven moet kunnen hanteren³².

Hieraan kan bij wijze van commentaar worden toegevoegd dat een bodemtarief vanuit consumentenperspectief twee aspecten heeft. Aan de ene kant betekent een bodemtarief dat nieuwe concurrenten een betere kans op de markt krijgen waardoor op langere termijn betere prijs-kwaliteitcombinaties in de markt mogelijk zijn. Aan de andere kant zorgt het bodemtarief ervoor dat tariefdalingen voor de consument worden tegengehouden.

Het *functioneren van Dte* wordt gekenmerkt door voortdurende discussie over het vaststellen van de X: de efficiency korting op de price cap voor de energiebedrijven. In februari 2002 heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven de maatstafmethode die hiervoor werd gebruikt onrechtmatig verklaard³³. De regulering van tarieven heeft met andere woorden voor de nodige onzekerheid gezorgd in de markt.

5.4.2 Marktstructuur als obstakel voor volledige mededinging

Naast een overheidsmonopolie en de aanwezigheid van een essential facility kan de marktstructuur een monopolie of oligopolie in de hand werken waardoor de marktdynamiek tekort schiet. De beoordeling of een monopolie of oligopolie afbreuk doet aan de marktdynamiek is een zeer lastige klus omdat deze markt vormen het resultaat kunnen zijn van een normaal marktproces³⁴. Zo kunnen er 'economies of scale and scope' zijn waardoor dominante marktpartijen tegen gemiddeld lagere totale kosten kunnen werken. Een tweede reden voor marktdominantie is innovatie: door een voorsprong in kennis en techniek kan een innovatief bedrijf een groot deel van een markt naar zich toe trekken. Daarbij kan in de derde plaats een netwerkeffect of padafhankelijkheid ontstaan waardoor concurrenten een eenmaal opgelopen achterstand niet meer kunnen inhalen. Een voorbeeld is de dominantie van Microsoft op de markt voor PC-besturingssystemen. Ten slotte kan er sprake zijn van een zogenoemde contesteerbare markt. Dit is een markt waarvan toe- en uitreding volledig vrij is. Onder deze voorwaarden zal zelfs een markt

32 OPTA en NMa hebben dit probleem gezamenlijk opgepakt door de publicatie van richtsnoeren voor de zogenoemde prijsqueeze waarmee een beoordelingskader is geschapen voor de ondergrens van de eindgebruikerstarieven. Zie: OPTA/NMa, Richtsnoeren prijsqueeze, Den Haag 28 februari 2001.

33 De maatstafmethode hield in dat de inkoopkosten van het betreffende bedrijf werden vergeleken met de gemiddelde inkoopkosten van concurrerende leveranciers.

34 Proportionele maatregelen vragen in de eerste plaats voorzichtigheid. "Before ringing alarm bells and giving policy makers the advice to regulate these markets, caution is required. A number of the non-competitive outcomes are the result of smart innovations, business cycle effects, temporary market power, risk premiums for stranded assets or luck. When any of these phenomena lies at the heart of a non-competitive outcome, policy measures run the risk of being counter-productive". M. Canoy en S. Onderstal, *Tight Oligopolies*, CPB-document no. 29, Den Haag 2003, p. 125.

met een enkele aanbieder een efficiënte markt zijn omdat de potentiële concurrentie deze aanbieder ervan zal weerhouden zich als een monopolist te gedragen. Het standaardvoorbeeld van een contesteerbare markt is de luchtvaart. Er zijn vele routes in het luchtverkeer waar de dienstverlening door een enkele maatschappij wordt verzorgd. Toch worden er door deze monopolies geen overwinsten gegenereerd omdat concurrerende maatschappijen tegen zeer lage kosten op de betreffende routes zouden kunnen instappen³⁵.

5.4.3 *Overzicht knelpunten*

De mate van concurrentie in netwerksectoren en sectoren waar voorheen overheidsmonopolies werkzaam waren heeft een sterke relatie met het privatiserings- en liberaliseringsbeleid. Dit beleid was erop gericht een markt tot stand te brengen waar deze voorheen door overheidsinterventie niet bestond. De wijze waarop dit is gebeurd is echter zeer divers: verschillende instrumenten zijn ingezet en de fasering verschilt per sector. Het gevolg is dat de resultaten ook zeer verschillend zijn. In sectoren zoals de telecommunicatie is sprake van een toename van de marktdynamiek maar in andere sectoren zullen nog verschillende stappen op weg naar en vrijere markttoegang en meer concurrentie moeten worden gezet. Voor het bevorderen van de marktdynamiek in nutsectoren met een (gedeeltelijk) overheidsmonopolies en andere overheidssectoren is met andere woorden maatwerk nodig.

Daarnaast zijn er bedrijfssectoren waar om andere redenen een gebrek aan marktdynamiek kan zijn. Het gaat hierbij om diverse oorzaken waarbij het onduidelijk is of er sprake is van marktfalen op basis waarvan overheidsingrijpen gewenst zou zijn.

Ten slotte kan gewezen worden op de ervaringen met sectorspecifiek mededingingstoezicht. Ex ante regulering zorgt voor rechtsonzekerheid omdat beleidsregels in de praktijk moeten uitkristalliseren. Bij de zwaardere vormen van ex ante toezicht zoals de goedkeuring van tarieven blijkt de administratieve last voor het bedrijfsleven aanzienlijk: de ondernemingsvrijheid wordt op een cruciaal punt ingeperkt en er is vaak veel overleg met de toezichthouder nodig voordat de tarieven zijn goedgekeurd. Bovendien leert het voorbeeld van KPN dat een price cap niet altijd effectief is. Bij lichtere vormen van ex ante regulering kan de vraag worden gesteld of de marktmacht van een dominante marktpartij hiermee voldoende wordt ingeperkt om nieuwe toetreders een gereede kans op overleven te bieden.

35 Op grond van deze overweging kan gesteld worden dat het NMa onderzoek naar de tarieven op de KLM-routes naar Suriname en de Nederlandse Antillen (zie p. 60) bij voorbaat kansloos was, omdat niet voldaan was aan de voorwaarde van een machtspositie. In dit geval zorgden overheidsvoorschriften er echter voor dat de genoemde routes niet toegankelijk waren voor concurrenten.

5.5 Ongewenste marktuitlekomsten

De evaluatie van de Mw heeft het publieke debat gevoerd over de rol van mededingingspolitiek in het sociaal-economisch beleid. Formeel handhaaft de NMa de bepalingen van de Mw: het kartelverbod, het verbod op misbruik van een economische machtspositie en de concentratiecontrole. Bij de uitvoering van die taak is de prioriteit van het beleid van de NMa in het geding en komen aspecten van het sociaal-economisch beleid aan bod die verder gaan dan de reikwijdte van de Mw.

Dit betreft in de eerste plaats de *prioriteit*. In de eerste jaren na de invoering van de Mw was de NMa gedwongen een groot aantal ontheffingsaanvragen, uitgelokt door de overgang naar een nieuwe mededingingsregime, te behandelen. Daardoor zijn grote kartelzaken onvoldoende in het beleid van de NMa aan bod gekomen, zo luidt de kritiek. De conclusies van de parlementaire enquête Bouwnijverheid zijn hier een voorbeeld van (“een actievare rol van de NMa zou gepast zijn geweest.”)³⁶. Een ander voorbeeld is het onderzoek naar mogelijke kartelafspraken op de benzinemarkt. Pas na veel publieke ophef en een onderzoek door de ECD startte de NMa eind 2001 zelf een onderzoek naar deze kwestie.

In de tweede plaats zijn er aspecten van het marktproces die buiten de *reikwijdte van de Mw* vallen en dus niet door de NMa kunnen worden gecorrigeerd. Dit speelt vooral in de netwerksectoren waar het publieke belang per definitie breder is dan gezonde concurrentieverhoudingen. In een geliberaliseerde markt is de overheidscontrole op tarieven losgelaten of vindt controle op een meer indirecte manier plaats (bijvoorbeeld door een price cap). Bij een tegenvallende ontwikkeling van de tarieven ligt een roep om overheidsinterventie dan voor de hand, zoals het voorbeeld van de NS in Nederland aantoont. Verder bestaat de vrees dat concurrentie kortetermijndenken bij marktpartijen in de hand werkt waardoor noodzakelijke investeringen in het onderhoud van infrastructuur uitblijven³⁷. Ten slotte bestaat het risico dat diverse niet-economische doelstellingen in een vrije markt onhaalbaar zullen blijken. Het gaat hierbij bijvoorbeeld om universele dienstverlening (toegang tot de dienstverlening tegen een uniform tarief), bescherming van het milieu en veiligheid.

In derde plaats zijn de *bevoegdheden* van de toezichthouder inzet van publiek debat. Zo heeft de NMa de zelfregulering van brancheorganisaties in richtsnoeren gereguleerd. Daarmee krijgt het concurrentieprincipe volgens Balkenende en Leers voorrang boven de betekenis die vormen van zelfregulering hebben voor de sociaal-economische ordening van de Nederlandse samenleving³⁸. Zij vinden de sociaal-economische betekenis van zelf-

36 Enquête Bouwnijverheid, Tweede Kamer, vergaderjaar 2002-2003, 28244, no. 5, p. 157.

37 “Stroomnetten sterk verouderd”, *NRC Handelsblad*, 8 februari 2003.

38 J.P. Balkenende en G.B.M. Leers, “NMa is te eenzijdig gericht op werking van de vrije markt”, *Het Financieele Dagblad*, 25 oktober 2001.

regulering te belangrijk om regulering hiervan over te laten aan de “ongewisse uitkomst van een NMa-oordeel”.

De vraag is of het mededingingsbeleid is toegerust om de hier gesignaleerde knelpunten het hoofd te kunnen bieden. Een verkeerde prioriteitstelling kan door aanpassing van personeelsformatie en bijsturing van de beleidsagenda worden aangepakt. Bij de andere problemen is de politieke visie over de gewenste sociaal-economische ordening in het geding. Is volledige mededinging de norm voor de regulering van markten of is concurrentie een van de coördinatiemechanismen naast alternatieven zoals overleg, politieke sturing en zelfregulering?

5.6 Conclusies en aanbevelingen

5.6.1 *Misbruik beter aanpakken*

De conclusie van dit hoofdstuk is dat de problemen die zich voordoen bij artikel 24 Mw in de toepassingspraktijk voor een deel samenhangen met de aard van het mededingingsprobleem dat in die toepassing aan de orde is. Kartelautoriteiten en rechterlijke instanties staan voor de moeilijke taak misbruik van een economische machtspositie te onderscheiden van normaal ondernemingsgedrag, vooral waar het het prijsbeleid van ondernemingen betreft. De vraag is of het in de Mw beschrijven van verboden vormen van misbruik een oplossing voor dit knelpunt kan zijn.

De raad zoekt de oplossing van dit probleem niet in het opnemen van een uitputtende lijst beschrijvingen van verboden vormen van misbruik in de wet. Wel vindt de raad het nuttig om in de Mw een verwijzing naar de betekenis van dit begrip in het Europese recht op te nemen.

Verwijzing betekenis misbruik in artikel 1 Mw

Artikel 24 Mw kent twee samenstellende delen, de begrippen misbruik en machtspositie. Het is opmerkelijk dat het begrip machtspositie in artikel 1 Mw wordt gedefinieerd maar het begrip misbruik niet. Wel verwijst de MvT van de Mw voor de uitleg van dit begrip naar artikel 82 EG. De raad is van mening dat bedrijven en consumenten die mogelijk een beroep willen doen op artikel 24 Mw gebaat kunnen zijn bij een expliciete vermelding van de definitie van het begrip misbruik in artikel 1 Mw. Daarin kan dan worden opgenomen dat het begrip misbruik wordt uitgelegd conform het Europese verbod op misbruik van een machtspositie in artikel 82 EG. Een reden om deze verwijzing in de Mw op te nemen is dat de civiele rechter bij onzekerheid over de interpretatie van het begrip misbruik prejudiciële vragen kan voorleggen aan het Europese Hof van Justitie.

Geen limitatieve lijst met vormen van misbruik

De SER ziet echter geen reden de definitie van het begrip misbruik te expliciteren in een limitatieve lijst met verboden vormen van misbruik. De reden hiervoor is dat het hier om

een dynamisch begrip gaat dat moet worden getoetst aan de ondernemingspraktijk (een beschrijving in de wet kan nooit alle toekomstige vormen van misbruik vangen). Deze toetsing en dus de beoordeling van concrete gevallen van misbruik moet naar het oordeel van de raad aan de rechter en de beleidspraktijk van de NMa worden overgelaten.

De mening van de Consumentenbond in de voorbereidingscommissie

De Consumentenbond is van mening dat een opsomming van verboden vormen van misbruik in de Mw wel een nuttig instrument is voor het versterken van de toepassing van artikel 24 Mw. Hij pleit daarbij voor een niet-limitatieve opsomming zodat er ruimte blijft voor een nadere invulling van het begrip misbruik in de toepassingspraktijk van de NMa en de civiele rechter.

Versterking rechterlijk apparaat

Het aantonen van misbruik van een machtspositie is moeilijk maar niet onmogelijk; zowel rechter als NMa hebben dat de afgelopen jaren aangetoond. De NMa is er zelfs in geslaagd in een relatief gering aantal jaren een eigen praktijk te ontwikkelen voor belangrijke interpretatievragen bij de toepassing van artikel 24 Mw. Dat wekt vertrouwen dat grijze gebieden in de toekomst naar behoren kunnen worden ingekleurd. De raad wil in dit verband aandacht vragen voor de positie van de rechter. De rechterlijke macht moet naar het oordeel van de raad over voldoende kennis en personeelsformatie kunnen beschikken om zijn taken op het terrein van het mededingingsrecht efficiënt te kunnen uitvoeren (zie hoofdstuk 3.4.3).

Ex ante toezicht op basis van artikel 24 Mw

Een vervolgvraag is of artikel 24 Mw moet worden aangepast zodat vormen van ex ante toezicht op ondernemingen met een machtspositie mogelijk wordt. Hierbij kan volgens de adviesaanvraag gedacht worden aan zware vormen van regulering, zoals de goedkeuring door een toezichthouder van tarieven, en lichtere vormen van regulering, zoals de verplichting informatie aan concurrenten en afnemers ter beschikking te stellen.

De raad is geen voorstander van een aanpassing van artikel 24 Mw om vormen van ex ante toezicht in deze zin op ondernemingen met een machtspositie mogelijk te maken. Een dergelijke vorm van toezicht past naar het oordeel van de raad niet bij het karakter van dit wetsartikel dat erop gericht is overtredingen van het verbod van misbruik van een machtspositie te bestraffen. Bij ex ante toezicht worden ondernemingen met een machtspositie onderworpen aan regulering zonder dat formeel sprake is van een klacht of een verdenking van misbruik. De extra administratieve lasten die ex ante toezicht voor het bedrijfsleven met zich meebrengt zouden wellicht te rechtvaardigen zijn als misbruik van een economische machtspositie een veelvoorkomend probleem was met grote schade

voor de Nederlandse economie. De beschikkingenpraktijk van de NMa geeft de SER echter geen aanleiding dat te veronderstellen. De afgelopen vijf jaar zijn tientallen zaken en klachten op grond van artikel 24 Mw ongegrond verklaard en is misbruik maar een paar keer bewezen.

Efficiënte handhaving

Een klacht op grond van artikel 24 Mw moet snel kunnen worden afgerond en dat is in de huidige praktijk niet altijd mogelijk. De raad constateert dat de NMa bij vormen van misbruik waarbij het prijsbeleid van een onderneming in het geding is een lang vooronderzoek nodig heeft op basis waarvan moet worden vastgesteld of tarieven excessief, discriminerend of juist te laag zijn. Er zijn voorbeelden waarbij dit onderzoek zelfs jaren in beslag heeft genomen (de zaak Vrije Vogel/KLM). Een dergelijke lange duur van een vooronderzoek is naar het oordeel van de raad vanuit het oogpunt van rechtszekerheid ongewenst. Hij wil daarom een tweetal maatregelen aanbevelen die de NMa als toezichthouder in staat moet stellen zijn taak ten aanzien van artikel 24 Mw effectiever en efficiënter te kunnen uitvoeren.

Het probleem van de lange duur van een preliminair onderzoek op basis van artikel 24 Mw wordt veroorzaakt door de noodzaak – bij een onderneming met een machtspositie – financiële informatie te verzamelen, op basis waarvan kan worden vastgesteld of de prijzen van deze onderneming voldoende kostengeoriënteerd zijn. Het voorbeeld van de zaak Schiphol (zie paragraaf 5.3.3) heeft laten zien dat de boekhouding van ondernemingen meestal niet is ingericht op het inzichtelijk maken van de baten en lasten van producten op een specifieke relevante markt, zelfs al is die boekhouding volgens de wettelijke eisen opgesteld. Het gevolg is dat een extra bewerking van de financiële informatie uit de boekhouding nodig is, die veel overleg tussen de onderzoekers van de NMa en de onderneming vergt om te bepalen hoe kosten aan verschillende producten moeten worden toegerekend. Dat maakt het onderzoek arbeidsintensief en tijdrovend.

In de *eerste plaats* kan de NMa bij onderzoek op basis van artikel 24 Mw tijd en middelen besparen door eerst de vraag te beantwoorden of er sprake is van een machtspositie en vervolgens pas de vraag van misbruik te beantwoorden. Bij ondernemingen die geen economische machtspositie blijken te hebben kan de vraag of een tijdrovend onderzoek nodig is voor het aantonen van misbruik achterwege blijven.

In de *tweede plaats* is het uit oogpunt van de administratieve lasten van zowel de NMa als het bedrijfsleven van belang dat er een mogelijkheid wordt gecreëerd om in bepaalde gevallen – bij ondernemingen met een economische machtspositie – al in een eerder stadium afspraken te maken over de wijze waarop baten en lasten van een product waarvoor een onderneming over een machtspositie beschikt (het emp-product) transparant kunnen worden gemaakt. De raad wil zich niet uitlaten over de concrete vorm waarin die voorziening gestalte moet krijgen omdat deze onder meer zal afhangen van de vraag of

de NMa een zelfstandig bestuursorgaan zal worden³⁹. Wel ziet hij een aantal voorwaarden waaraan een dergelijke regeling moet voldoen:

- De regeling moet specifiek en niet generiek zijn. Het gaat erom de regeling alleen op te leggen aan ondernemingen met een economische machtspositie die actief zijn op markten die uit oogpunt van economische dynamiek om speciale aandacht van de toezichthouder vragen. Het gaat met andere woorden om markten waar de concurrentie onvoldoende dynamiek kent. Dit zogenoemde marktfalen moet naar het oordeel van de raad wel objectief aantoonbaar zijn. De raad beveelt hiervoor een marktanalyse aan op basis van de kwantitatieve en kwalitatieve criteria die de Europese Commissie in zijn *Richtsnoeren voor de marktanalyse en beoordeling van aanmerkelijke marktmacht* heeft opgesteld⁴⁰.
- De regeling moet niet dwingend zijn in de zin dat ondernemingen verplicht zijn een bepaald model voor de kostprijscalculatie te hanteren. Het doel is de transparantie van de toerekening van baten en lasten van een product waarvoor een economische machtspositie bestaat te verbeteren. Hoe deze toerekening tot stand komt zal in overleg met de NMa moeten worden bepaald. Door in de regeling de eis van transparantie te stellen verkrijgt de NMa een instrument om medewerking in dit onderhandelingsproces gemakkelijker te realiseren.
- Door van tevoren afspraken te maken over de transparantie van baten en lasten wordt de taak van de NMa verlicht op het moment dat er daadwerkelijk sprake is van een vermoeden of een klacht van misbruik van een economische machtspositie voor de betreffende onderneming. Een reden voor de SER om deze regeling voor te stellen is dat ook ondernemingen baat kunnen hebben bij het vergroten van de transparantie van hun administratie. De regeling schept de mogelijkheid om vooraf afspraken met de NMa te maken over de toerekening van baten en lasten van een emp-product. Dit onderhandelingsproces zal onder de druk van een concreet onderzoek door de toezichthouder naar aanleiding van een klacht waarschijnlijk aanzienlijk meer tijd vergen.

Structurele maatregelen

In het kader van deze adviesvraag beveelt de SER het kabinet aan de mogelijkheid van een *structurele maatregel in de Mw* op te nemen. De Europese Commissie heeft op grond van artikel 7 van Verordening 1/2003 de bevoegdheid om inbreuken op artikel 81 en 82 EGV te beëindigen door het nemen van structurele maatregelen (maatregelen waarbij veranderingen in de ondernemingsstructuur in het geding zijn).

39 Zo is een regeling denkbaar waarbij de minister van Economische Zaken de bevoegdheid heeft om bijvoorbeeld per AMVB voor ondernemingen met een vastgestelde machtspositie in bepaalde aangewezen marktsectoren een afwijkend regime in te stellen waarin baten en lasten voor een product op een markt waarvoor de onderneming een machtspositie heeft transparant moeten worden geadministreerd. De vraag is of een dergelijke bevoegdheid voor de minister van Economische Zaken voor de hand ligt wanneer de NMa de status van zelfstandig bestuursorgaan krijgt.

40 Publicatieblad C 165, 2002, pp. 3-31. Zie ook het kader in par. 5.2.

De raad vindt dit een effectief instrument dat door zijn preventieve werking het algemene mededingingstoezicht kan versterken. Hij beveelt daarom aan in de Mw voor de NMa een bevoegdheid te creëren voor het nemen van een structurele maatregel. Structurele maatregelen moeten conform artikel 7 van Verordening 1/2003 alleen mogelijk zijn als er niet een even effectieve maatregel ter correctie van gedragingen bestaat of als een dergelijke even effectieve maatregel belastender zou zijn dan de structurele maatregel. Wijzigingen in de ondernemingsstructuur zoals die voor het plegen van de inbreuk bestond, zouden slechts evenredig zijn indien een gerede kans bestaat op een voortdurende of herhaalde inbreuk die voortvloeit uit de structuur van de onderneming zelf.

5.6.2 *Het bevorderen van concurrentie*

Bij de beantwoording van de adviesvragen over het bevorderen van concurrentie wil de SER een onderscheid maken tussen enerzijds het beleid gericht op het ‘maken van markten’, en anderzijds het beleid dat tot doel heeft de concurrentie te handhaven op basis van de drie kernartikelen van de Mw: kartelverbod, verbod misbruik van economische machtspositie en concentratiecontrole.

De transitie van monopolie naar concurrentie

Sectorspecifiek mededingingstoezicht heeft in verschillende sectoren gewerkt als breekijzer om concurrentie op gang te brengen in de eerste fases van de transitie van monopolie naar concurrentie. Nu die transitie in diverse sectoren op gang begint te komen lijkt een herijking van de relatie sectorspecifiek versus algemeen mededingingsbeleid aan de orde. De nieuwe kaderrichtlijn voor elektronische communicatienetwerken moet in dit licht worden gezien. De kaderrichtlijn schrijft voor dat sectorspecifiek toezicht alleen mag worden toegepast in markten waar nog geen daadwerkelijke concurrentie is. Dat houdt in dat het algemeen mededingingstoezicht concurrentie moet reguleren in sectoren waar de transitie van monopolie naar concurrentie voldoende op gang is gekomen. De vraag is echter of de overgang van monopolie naar concurrentie en dienovereenkomstig van sectorspecifiek naar algemeen mededingingstoezicht zo vloeiend verloopt als in de kaderrichtlijn wordt verondersteld.

Algemeen versus sectorspecifiek toezicht

De raad vindt de wijze waarop de afweging tussen algemeen en specifiek mededingingstoezicht in de kaderrichtlijn voor elektronische communicatienetwerken wordt vormgegeven geen goed model voor regulering van andere transitie markten. Deze kaderrichtlijn geeft de nationale toezichthouders de bevoegdheid om te bepalen of het specifiek mededingingstoezicht plaats moet maken voor algemeen mededingingstoezicht. Dit besluit kan grote gevolgen hebben voor de wijze waarop bijvoorbeeld tarieven worden gereguleerd of de kwaliteit van diensten en producten aan controle onderhevig is. Gezien het maatschappelijke belang dat bij regulering van deze economische aspecten in het geding is (het gaat in de netwerksectoren en andere transitie markten veelal om nutsvoor-

zeningen) is de SER van oordeel dat er bij het maken van deze afwegingen een rol voor de minister van Economische Zaken en eventueel andere betrokken ministers moet zijn.

In het bijzonder is de raad ten aanzien van sectorspecifiek mededingingstoezicht van oordeel dat een zorgvuldige benadering op zijn plaats is om te voorkomen dat de doelstellingen ‘markten maken’ en ‘concurrentie handhaven’ op een verkeerde manier met elkaar worden vermengd. Deze zorgvuldigheid houdt in:

- Dat transparant wordt gemaakt wanneer een transitie markt voldoende volgroei is om de regulering volledig over te laten aan het algemene mededingingstoezicht. Mogelijke criteria die hierbij een rol kunnen spelen zijn⁴¹:
 - marktaandeel incumbent (dalend marktaandeel of sprake van blijvende dominantie);
 - concentratietendens (fusies van incumbents en/of nieuwe marktpartijen)⁴²;
 - onafhankelijk beheer eventueel netwerk;
 - toe- en uittreding van marktpartijen (aanwezigheid barrières voor toetreding/ specifieke bottlenecks);
 - ontwikkeling van prijs en kwaliteit.
- Dat voor transitie markten de afstemming tussen sectorspecifiek en algemeen mededingingstoezicht afdoende wordt geregeld. Dit moet voorkomen dat zaken tussen wal en schip raken. Een punt van aandacht in dit verband is de samenloop van bevoegdheden van OPTA en NMa⁴³. Deze toezichthouders hebben hun samenwerking geregeld in een protocol⁴⁴ maar de vraag is of de afstemmingsproblemen daarmee afdoende worden voorkomen. Wettelijk ligt er alleen de plicht voor OPTA in overeenstemming met de algemene richtlijnen van de dg-NMa te handelen (artikel 18:3 Telecommunicatiewet). Die richtlijnen zijn er echter nooit gekomen.
- Een samenloop van bevoegdheden (‘concurrent powers’) zal bij de invoering van een kamermodel voor de NMa worden voorkomen. De NMa zal in de toekomst verschillende kamers gaan herbergen voor de uitvoering van sectorspecifieke wetten (Dte, Vervoerskamer, Zorgkamer, mogelijk OPTA)⁴⁵. Bij de organisatie van dit kamermodel moet een eenduidige uitvoering van het algemene mededingingstoezicht worden gewaarborgd.

41 Zie: T. van Dijk, General or specific competition rules for network utilities, *Journal of network industries*, 2001, pp. 93-111.

42 Voor het effect van fusies op de dynamiek van een ontluikende markt, zie M. Canoy en D. Newbery, Fusiecontrole voldoet niet bij elektriciteit, *Het Financieele Dagblad*, 18 januari 2003. Tevens: M.H. van der Woude, De liberalisering van de elektriciteitsmarkt; mededingingsbeleid of industriepolitiek?, *SEW* 2002, pp. 253-255. Van der Woude gaat ervan uit dat de concentratietendens op de energiemarkt er de oorzaak van zal zijn dat de overheid blijvend en proactief op de marktwerking zal moeten toezien “om de kasplant van de mededinging te koesteren”.

43 Deze samenloop doet zich voor bij zowel artikel 6 Mw als artikel 24 Mw.

44 Samenwerkingsprotocol OPTA/NMa, *Staatscourant* 2000, 249, p. 75.

45 Zie: A.T. Ottow en I.M. Schong, De sectorspecifieke toezichthouders en het kamermodel NMa, *Markt & Mededinging*, 2002, pp. 129 en 130.

Geen ex ante toezicht op basis van artikel 24 Mw

Vervolgens rijst de vraag of voor bedrijfssectoren waarvoor geen sectorspecifiek toezicht geldt, maar waar de marktstructuur machtsposities in de hand werkt een voorziening op basis van artikel 24 Mw moet worden gecreëerd waarmee ex ante verplichtingen kunnen worden opgelegd. De raad is geen voorstander van een dergelijke voorziening op basis van artikel 24 Mw. De reden hiervoor is dat een eenduidig criterium voor interventie in deze bedrijfssectoren ontbreekt: er is tenslotte formeel geen sprake van misbruik in de zin van artikel 24 Mw en er kunnen verschillende oorzaken zijn voor eventuele machtsposities die geen marktfalen vormen (zie 5.4.2). Daardoor is de kans aanzienlijk dat de overheids-interventie onterecht ingrijpt in de uitkomst van een normaal marktproces. Bovendien zullen ook in dit geval de administratieve lasten voor het bedrijfsleven aanzienlijk zijn.

5.6.3 *Ongewenste marktuitskomsten*

De wens om ongewenste marktuitskomsten te kunnen corrigeren op basis van artikel 24 Mw gaat nog een stap verder. Er zijn verschillende argumenten denkbaar om deze wens terughoudend tegemoet te treden.

In de eerste plaats gaat het hier om vraagstukken die verder gaan dan de zuiver economische aspecten van marktordening en mededingingsbeleid. Het voorstel in te grijpen in de vrije werking van markten geschiedt meestal uit oogpunt van een publiek belang. Het afwegingskader voor een dergelijke interventie is niet het mededingingsbeleid maar de mechanismen voor borging van publieke belangen (zie 5.4.1). De SER heeft in een eerder advies onderstreept de conclusies van de WRR over dit vraagstuk te delen⁴⁶. Dat houdt in dat de keuze voor een borgingsmechanisme in concrete gevallen samenhangt met de aard van het publieke belang in kwestie en van het gewicht dat wordt toegekend aan zaken als effectiviteit, efficiëntie, democratische legitimatie, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Vraagstukken van deze aard kunnen niet in de context van artikel 24 Mw aan de orde worden gesteld maar vragen een veel breder afwegingskader.

Hiermee samenhangend kan in de tweede plaats worden gewezen op de beperkingen van de doelstelling van de Mw. Op deze plaats is van belang dat het bij misbruik van een machtspositie niet om moreel afkeurenswaardig gedrag gaat maar enkel en alleen om gedrag dat de mededinging nadelig beïnvloedt. Correctie van de uitkomst van dit mededingingsproces op morele of andere niet-economische gronden zou met andere woorden buiten de doelstelling van de Mw vallen.

Markt en overheid

Het grensvlak tussen de publieke en private sector is een kenmerkend voorbeeld van een terrein waar publieke belangen en de efficiencybelangen van gezonde concurrentiever-

46 SER-advies *Sociaal-Economisch Beleid 2002-2006*, publicatienr. 02/08, Den Haag 2002, pp. 190-192.

houdingen moeten worden afgewogen. De SER heeft over dit vraagstuk het advies *Markt en Overheid* uitgebracht⁴⁷. Een van de kernpunten van dit advies is dat commerciële activiteiten van overheden en aan overheden gelieerde instellingen en bedrijven aan gedragsregels zijn gebonden. Een van die regels is dat het besluit tot uitoefening van commerciële activiteiten in concurrentie met derden een grondslag in regelgeving moet hebben. De reden voor deze eis is dat overheden worden verplicht bij het betreden van markten een afweging te maken tussen de publieke belangen van de voorgenomen activiteiten en de kans dat met de uitoefening daarvan de marktpositie van direct belanghebbenden wordt aangetast.

Mede op basis van dit SER-advies heeft het kabinet in oktober 2001 het wetsvoorstel *Markt en Overheid* aan de Tweede Kamer toegezonden⁴⁸. De SER roept het kabinet op spoedig maatregelen te nemen zodat de problematiek van *Markt en Overheid* wordt aangepakt.

47 SER-advies *Markt en Overheid*, publicatienr. 99/12, Den Haag 1999.

48 Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28050, nr. 2.

6 Positie van de consument

6.1 Inleiding en probleemstelling

De Mededingingswet richt zich in hoofdzaak tot ondernemingen: kartels, misbruik van een machtspositie en concentraties zijn tenslotte gedragingen van ondernemingen. Gezien de aard van de verboden en geboden in de Mw zijn het ook meestal ondernemingen die met een klacht een beroep op de Mw doen. Concurrentie is echter niet alleen een strijd tussen aanbieders. Voor effectieve concurrentie moet ook worden gekeken naar de relaties tussen aanbieders en afnemers.

Op dit vlak bestaat er mogelijk een lacune in de Mw. Afnemers moeten belanghebbende zijn om een beroep op de Mw te kunnen doen en aan dat criterium zullen vooral consumenten van eindproducten niet voldoen. Het kabinet legt aan de SER de vraag voor of hier een reden ligt om de positie van de consument onder de Mw te versterken.

- In dit kader past allereerst de vraag of er een probleem ligt bij de wijze waarop de NMa in de praktijk met klachten van consumenten omgaat. De NMa kan naar aanleiding van een klacht van individuele consumenten of consumentenorganisaties ambtshalve een onderzoek instellen. Bij de formele afhandeling van een mogelijke procedure kunnen deze klagers echter geen rol spelen. De vraag is of deze scheiding tussen het aanbrenge en het afhandelen van klachten door consumenten en hun vertegenwoordigers effectief is.
- Als we kijken naar mogelijke remedies komt de optie van een zogenoemde super complaint in beeld. In Engeland bestaat bijvoorbeeld de mogelijkheid dat de minister van Economische Zaken een consumentenorganisatie aanwijst als vertegenwoordiger van een bepaald consumentenbelang. Als een aangewezen organisatie een klacht indient, moet de Engelse mededingingsautoriteit binnen 90 dagen laten weten of en hoe de klacht behandeld zal worden. De vraag is of de positie van de Nederlandse consumentenorganisaties op een soortgelijke wijze – dus via een ‘super complaint’ – versterkt moet worden.
- Ten slotte is de open vraag voorgelegd of er andere mogelijkheden zijn om de positie van de consument onder de Mw te versterken.

6.2 Regelgevend kader

Consument en Mededingingswet

Is de Mw er voor de consument? De Amerikaan Robert Bork beantwoordt deze vraag als volgt¹: “The only goal that should guide interpretation of the antitrust laws is the welfare of consumers.” Dit citaat geeft een belangrijk doel van de mededingingswetgeving aan: laat het marktmechanisme beter functioneren door ervoor te zorgen dat de concurrentie

1 Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox*, New York 1993, p. 405.

tussen marktdeelnemers op een eerlijke wijze verloopt². Dat is in het voordeel van consumenten omdat concurrentie de prijzen laag houdt en een prikkel is voor vernieuwing van producten en diensten.

De consument is echter niet de enige ‘beschermeling’ van de Mw³. Ook bedrijven behoren hiertoe als zij een kartel tegenover zich vinden op afzet- of inkoopmarkten of geconfronteerd worden met een dominante marktspeeler die zijn machtspositie misbruikt door concurrenten buiten de markt te houden.

In formele zin is de rol van de consument in de Mw beperkt. Een van de artikelen waar de consument in de rol van *gebruiker* expliciet wordt genoemd is artikel 17. Dit artikel beschrijft de voorwaarden voor een ontheffing op het kartelverbod. De gedachte die in de mogelijkheid van deze ontheffing besloten ligt is dat concurrentie niet per definitie voordelen oplevert voor afnemers zoals consumenten van eindproducten en bedrijven als vragende partij op inkoopmarkten. In sommige gevallen kan het lonen prijsconcurrentie te bevriezen om bijvoorbeeld ruimte voor kwaliteitsverbeteringen te maken. Een voorbeeld hiervan zijn ontheffingen op basis van artikel 17 Mw voor selectieve distributieovereenkomsten.⁴

De consument als belanghebbende

Bepalend voor de positie van de consument in het mededingingsrecht is een begrip dat niet in de Mw wordt gedefinieerd: het belanghebbende begrip. Het belang van dit begrip wordt bepaald door het gegeven dat de procesbescherming voor partijen die een beroep doen op de Mw afhangt of men belanghebbende is volgens de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Zo zal de NMa alleen het indienen van een klacht door een belanghebbende als een aanvraag in de zin van artikel 1:3, lid 3 Awb kunnen beschouwen. Verder kunnen op grond van artikel 7:1 Awb alleen belanghebbenden bezwaar en beroep aantekenen tegen besluiten van de dg-NMa.

Volgens artikel 1:2, lid 1 Awb is een belanghebbende: “degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken”. De consument is als afnemer meestal een anoniem⁵ onderdeel van de markt en de vraag is in hoeverre dergelijke derden als belanghebbende kunnen worden aangemerkt.

Voor de beantwoording van deze vraag zijn in jurisprudentie vijf cumulatieve voorwaarden ontwikkeld. Er moet sprake zijn van:

- eigen belang;
- objectief bepaalbaar belang (geen subjectieve beleving van een belang);

2 Het doel van de Mw is volgens de MvT “het tegengaan van de ongewenste economische effecten van concurrentiebeperkingen”.

3 Zie: P.B. Gaasbeek, Mededingingswet, beschermheer van de consument?, *Tijdschrift voor consumentenrecht*, 1998, pp. 13-21.

4 Zie bijvoorbeeld: NMa, Zaak 1122/Breitling horloges.

5 Anoniem in de zin van: een van velen.

- actueel belang (vrees voor toekomstige ontwikkelingen valt hier niet onder);
- bijzonder persoonlijk belang (men moet zich onderscheiden van willekeurige anderen);
- rechtstreekse betrokkenheid bij het besluit: de belangen waarop men zich beroept moeten door het besluit zelf worden geraakt.

De individuele consument loopt in het mededingingsrecht vooral aan tegen de beperkingen van de eis dat een belanghebbende een bijzonder persoonlijk belang moet hebben. Daaraan is meestal niet voldaan als men onderdeel uitmaakt van een grotere groep vragers/afnemers en het eigen belang niet voldoende kan worden onderscheiden van het belang van de groep als geheel (onvoldoende kenmerkend/individualiseerbaar).

Het begrip rechtmatig belang

In het Europese recht geldt bij de toegang tot procedures een ander criterium. Hier moet men een aantoonbaar redelijk belang hebben. Uitgangspunt is artikel 7 van Verordening 1/2003 (artikel 3, lid 2 van Verordening 17 spreekt van ‘redelijk belang’): “Natuurlijke personen en rechtspersonen die een rechtmatig belang kunnen aantonen en de lidstaten zijn gerechtigd tot het indienen van een klacht in de zin van lid 1 [toepassing artikelen 81 en 82 EGV]”. Volgens Van den Tweel is er nauwelijks jurisprudentie over de vraag wanneer er sprake is van een dergelijk rechtmatig belang⁶. Het zou moeten gaan om een belang dat individueel en rechtstreeks is. De vraag is of het Europese begrip rechtmatig belang daarmee enger wordt uitgelegd dat het belanghebbende begrip in het Nederlandse recht. Het evaluatierapport van de Mw signaleert dat de meningen hierover verdeeld zijn maar doet geen uitspraak⁷. Van den Tweel is van mening dat er geen sprake is van een ‘merkbare divergentie’, al concludeert hij ook dat “indien de Commissie toetst of een consument een redelijk belang bij zijn klacht heeft, deze consument nog minder kans heeft op een inhoudelijke beoordeling dan de consument die een klacht bij de NMa heeft ingediend”⁸.

Consumentenorganisaties als belanghebbende

Naar Nederlands recht kunnen consumentenorganisaties een ontvankelijke klacht indienen, zelfs wanneer de individuele leden daarvan niet als belanghebbende zijn te beschouwen⁹. Bepalend voor de ontvankelijkheid van een consumentenorganisatie is artikel 1:2, lid 3 Awb: “Ten aanzien van rechtspersonen worden als hun belangen mede beschouwd de algemene en collectieve belangen die zij krachtens hun doelstellingen en blijkens hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen.” In de zaak Essers/NV Telekabel heeft de NMa bepaald dat bijvoorbeeld de Consumentenbond als belangheb-

6 R.J.M. van den Tweel, *Vindt de consument gehoor bij de NMa?*, SEW, 2001, pp. 172-179.

7 P.J. Slot e.a., *Eindrapport Evaluatie mededingingswet – Juridisch deelonderzoek*, p. 71.

8 R.J.M. van den Tweel, *op.cit.*, pp. 179 en 174.

9 *Ibid.*, pp. 172-179.

bende in de zin van deze bepaling kan worden aangemerkt¹⁰. In de benzinezaak heeft de Consumentenbond expliciet een verzoek ingediend bij de NMa om als belanghebbende te kunnen worden gehoord. De NMa heeft dit verzoek afgewezen omdat de statutaire doelstelling van de Consumentenbond niet voldeed aan de eis van artikel 1:2, lid 3 Awb¹¹. Deze doelstelling is “als onafhankelijke organisatie ... de belangen van de consumenten in het algemeen en van de leden van de bond in het bijzonder in Nederland te behartigen” en daarmee te ruim in verhouding tot het belang waarvoor de bond in deze zaak opkwam.

In het Europese recht is de ruimte voor het indienen van klachten beperkter. De reden hiervoor is dat een algemene aanwijzing als belanghebbende ontbreekt in het gemeenschapsrecht. Een belangenorganisatie is niet-ontvankelijk als de leden van die vereniging niet individueel worden geraakt¹². De ontvankelijkheid van de organisatie is dus afhankelijk van de ontvankelijkheid van de leden. Daarmee zijn de mogelijkheden van een consumentenorganisatie bij de Europese mededingingsautoriteit beperkter dan bij de NMa.

6.3 Knelpunten

Consumenten en bedrijven worden wel de ogen en oren van de NMa genoemd. Zij hebben als kopers van eind- en tussenproducten op een directe wijze ervaring met ondernemingsgedrag en zijn derhalve een belangrijke informatiebron voor het opsporen van concurrentiebeperkende activiteiten. Bij het uitvoeren van die rol ervaren consument en bedrijfsleven echter de nodige obstakels.

Geen bezwaar en beroep...

Het belangrijkste probleem is de interpretatie van het belanghebbende begrip. Ieder bedrijf en iedere consument kan een klacht indienen bij de NMa maar om naar aanleiding van een eventueel nader onderzoek door de NMa ook in staat te zijn om bezwaar en beroep te kunnen aantekenen moet men formeel als belanghebbende volgens de Awb kunnen worden aangemerkt. Een noodzakelijke voorwaarde hiervoor is de aanwezigheid van een bijzonder persoonlijk belang. Daarvan is bijvoorbeeld sprake als een bedrijf als inkoper wordt geconfronteerd met een leveringsweigering door een toeleverancier met machtspositie op de betreffende markt. Als afnemers en consumenten van eindproducten echter onderdeel uitmaken van een onbepaalde groep vragers in de markt dan is de relatie met de aanbieder niet eenduidig aan te wijzen en is er geen sprake van een kenmerkend want individualiseerbaar persoonlijk belang. Een voorbeeld hiervan is de zaak Essers/NV Telekabel. Het ging hier om een klacht van een abonnee tegen een reeks tariefverhogingen van een kabelbedrijf. Volgens de abonnee maakte het bedrijf misbruik van zijn machtspositie en was er dus sprake van een overtreding van artikel 24 Mw. De

10 Zie: NMa, besluit van 13 april 1999, Zaak 130, Essers/NV Telekabel.

11 Brief NMa aan Consumentenbond, 15 juli 2002.

12 Zie: R.J.M. van den Tweel, op.cit., p. 174; tevens P.J. Slot, *Juridisch deelrapport*, p. 70.

klacht werd echter niet-ontvankelijk verklaard omdat er onvoldoende persoonlijk belang was: de tarieven golden voor de hele gemeente waardoor het belang van de klager zich onvoldoende onderscheidde van de belangen van andere in deze gemeente aangesloten abonnees. Inmiddels is uit NMa-besluiten duidelijk dat hetzelfde geldt voor klanten van de supermarkt, gebruikers van postbussen, leerlingen van een autorijkschool en de reizigers op een bepaalde vliegroute¹³.

...een probleem?

Men kan de vraag stellen of het een probleem is dat niet-belanghebbenden zoals consumenten geen bezwaar en beroep bij de NMa kunnen instellen. Volgens de evaluatie wordt het merendeel van de klachten gevolgd door een ambtshalve onderzoek¹⁴. Daarmee lijkt de positie van niet-belanghebbenden redelijk gewaarborgd. Daarbij moet echter worden aangetekend dat dit onderzoek vaak niet meer is dan een marginale toetsing op basis van aangeleverde gegevens. De NMa heeft zich bij klachten van consumenten vaak op de noodzaak tot prioriteitstelling beroepen en dat betekent dat nader onderzoek meestal achterwege wordt gelaten. Zonder de mogelijkheid van bezwaar en beroep kan de NMa niet gedwongen worden tot een grotere prioriteit voor zaken waarin de belangen van consumenten en bedrijven als afnemers in het geding zijn. Van den Tweel is zelfs buitengewoon somber in dit verband. Volgens hem staat de consument bij de NMa voor een “onmogelijke taak... Hij dient niet alleen een bijzonder persoonlijk belang aan te tonen om als belanghebbende te worden aangemerkt maar moet ook aannemelijk kunnen maken dat een algemeen belang is gemoeid bij het instellen van een nader onderzoek.”¹⁵

De andere kant van de medaille is dat een drempel gewenst is voor het indienen van klachten. Bij een procedure voor een civiele rechter bestaat die drempel uit het feit dat een klager kosten moet maken voor het inschakelen van een advocaat. Bij de NMa wordt de drempel gevormd door de invulling van het belanghebbende begrip¹⁶.

Een voorbeeld van een soortgelijke aanpak is het Engelse mededingingsrecht. Iedere partij kan bij de Engelse toezichthouder, de Office of Fair Trading (OFT), een klacht indienen over een vermeende overtreding van de mededingingsregels van de Competition Act 1998. De mogelijkheid voor het indienen van een ‘appeal’ staat op grond van de artikel 47, lid 3 van die wet echter alleen open voor diegenen die een ‘sufficient interest’ in het besluit van de OFT kunnen aantonen.

13 Zie: NMa, zaaknummers 377 (X/Albert Heijn), 13 (Meuters/PTT Post), 906 (Swart/KLM).

14 P.J. Slot e.a., *Eindrapport Evaluatie mededingingswet – Juridisch deelonderzoek*, op.cit., p. 70.

15 R.J.M. van den Tweel, op.cit., p. 176.

16 Zie: Het College van Beroep voor het Bedrijfsleven, 4 november 1999. “Met het stellen van het zijn van belanghebbende is door de wetgever een begrenzing beoogd van de kring van degenen die tegen een besluit een beroep kunnen instellen. .. Het is niet de bedoeling geweest van de wetgever beroep open te stellen voor een ieder. Er zal dan ook sprake moeten zijn van een specifiek, individueel belang van betrokkene, dat door het besluit wordt geraakt en waardoor de positie van de betrokkene zich onderscheidt van die van willekeurige ieder andere elektriciteitsafnemer.”

tabel 6.1 Klachten en bezwaarschriften bij de NMa

	klachten van consumenten		besluit op bezwaar*	
	aantallen	zaaknummers	aantallen	zaaknummers
1998	10	24, 63, 64, 65, 130, 131, 171, 261, 377, 1048	0	
1999	3	280, 1380 (2x)	3	13/815, 130
2000	1	906	3	1400, 1839, 1903
2001	6	11, 1655, 1978 (4x)	5	11(3x), 2368, 2638,

* Het gaat hier om besluiten op bezwaar van de dg-NMa waarbij een consument niet-ontvankelijk werd verklaard.
Bron: NMa, *Jaarverslagen 1998, 1999, 2000 en 2001*.

Het grootste probleem van de scheiding tussen klagers en belanghebbenden is dat consumenten en andere afnemers die onderdeel uitmaken van een groep mogelijk worden ontmoedigd om klachten in te dienen omdat men bij een mogelijk vervolgtraject niet de mogelijkheid heeft van bezwaar en beroep. Op basis van de aantallen klachten en bezwaarschriften ingediend door consumenten bij de NMa kan hierover moeilijk een conclusie worden getrokken (tabel 6.1). Wat wel opvalt is het relatief lage aantal klachten van consumenten over een periode van vier jaar.

Ook in dit verband kan een vergelijking met de Engelse situatie worden getrokken. Na de inwerkingtreding van de Competition Act 1998 op 1 maart 2000 kreeg de OFT te maken met een verdubbeling van het aantal ingediende klachten (van 1000 naar 2000 klachten per jaar)¹⁷. Een jaar later was dat aantal overigens alweer ingezakt tot 1300 klachten. Over de oorzaak van deze ontwikkeling valt weinig te zeggen. Wel is duidelijk dat de OFT zich zorgen maakt over de gevolgen van het grote aantal klachten. Het merendeel van de klachten wordt afgewezen, slechts een klein aantal (ongeveer 50 klachten per jaar) heeft het instellen van een onderzoek en een formeel besluit tot gevolg. De drempel die de OFT opwerpt is een enge interpretatie van het begrip ‘relevant decision’ waartegen op grond van artikel 46 van de Competition Act 1998 beroep kan worden ingesteld. Daarin past onder meer dat het afwijzen van een klacht door de OFT niet wordt gezien als een besluit waartegen een beroep mogelijk is¹⁸. De OFT stelt dat als deze lijn niet wordt gevolgd “the effective operation of the Act would become almost impossible because of the large volume of complaints.”¹⁹ De facto bestaat in Engeland dus een vergelijkbare praktijk als in Nederland: het indienen van een klacht is mogelijk, het instellen van beroep door derden zoals een consument vaak niet. De wijze waarop deze scheiding wordt bewerkstelligd is echter verschillend; in Engeland door een enge interpretatie van het begrip ‘beslissing’

17 Office of Fair Trading, *Annual Report 2000*, Londen 2001, p. 23.

18 De vervolgvraag of een derde een “sufficient interest” heeft is vervolgens niet meer zo interessant. Zowel de OFT als het “appeal tribunal” van de Competition Commission is redelijk makkelijk met het toekennen van dat belang. Een echte discussie over de criteria die daarbij worden gehanteerd is er tot op heden niet geweest. Zie bijvoorbeeld: Competition Commission Appeal Tribunal, besluit in zaak *Bettercare/OFT 26 maart 2002*, p. 32.

19 Geciteerd in: Competition Commission Appeal Tribunal, op.cit., p. 17.

waartegen een beroep kan worden ingesteld, in Nederland door een enge interpretatie van het belanghebbende begrip.

Consumentenorganisaties

De Awb gaat ervan uit dat algemene belangen worden behartigd door bestuursorganen of door rechtspersonen die zich dit ten doel hebben gesteld (artikel 1:2, tweede en derde lid, Awb). Voor wat het consumentenbelang betreft heeft de NMa gezegd dat dit bijvoorbeeld de Consumentenbond zou kunnen zijn²⁰. Desondanks is er nog geen *algemene* consumentenorganisatie door de NMa expliciet als belanghebbende aangemerkt. De positie van deze organisaties is daarmee dezelfde als die van individuen die ook formeel geen belanghebbende zijn. Volgens de evaluatie dient de Consumentenbond ongeveer twee klachten per jaar in. Verder vindt informeel overleg plaats over signalen over bijvoorbeeld prijsafspraken die de Consumentenbond bereiken.

Het probleem van een algemene consumentenorganisatie is dat de statutaire doelstelling te algemeen is omschreven om als belanghebbende in een concrete zaak te kunnen optreden. Vertegenwoordigende organisaties met een meer specifiek omschreven doelstelling zijn wel door de NMa als belanghebbende aangemerkt. Een voorbeeld dat in dit verband kan worden genoemd is de Vereniging Vrije Vogel in zaak 273 tegen de KLM. De klacht in deze zaak was dat de KLM misbruik van zijn machtspositie maakte door op de vliegroute naar de Nederlandse Antillen excessieve tarieven te rekenen. De Vereniging Vrije Vogel, gevestigd te Curaçao, bestond uit 68 personen en had de volgende doelstelling:

- zich in te zetten voor de economie en de bereikbaarheid van de Nederlandse Antillen en Aruba in de ruimste zin des woords;
- het verbeteren en vergroten van de luchtvaartverbindingen van en naar de Nederlandse Antillen en Aruba;
- het bevorderen van de kwaliteit van de dienstverlening van luchtvaartmaatschappijen in verhouding tot de prijs der vluchten;
- het behartigen van de belangen van haar leden.

Daarmee was de Vereniging in deze zaak naar het oordeel van de NMa een belanghebbende in de zin van de Awb. In hetzelfde besluit werd een gelijklopende klacht van een individu, de heer Swart, als niet-ontvankelijk beoordeeld. Deze zaak is daarmee een goede illustratie van de mogelijkheden van artikel 1:2, lid 3 Awb. Consumenten kunnen hun positie in het mededingingsrecht versterken door voor de behartiging van hun belangen in een concrete zaak een stichting of vereniging op te richten²¹. Probleem van deze oplossing is het kostenaspect. Het oprichten van een vereniging of een stichting brengt notariskosten met zich mee en moet bovendien georganiseerd worden waarbij het free-rider probleem mogelijke klagers ervan kan weerhouden om te participeren.

20 NMa, besluit in zaak 130, Essers/NV Telekabel, 13 april 1999.

21 Dit is tevens de aanbeveling van het evaluatierapport. Zie: P.J. Slot, *Juridisch deelrapport*, op.cit., p. 69.

Civielrechtelijke handhaving

Naast een klacht bij de NMa staat een consument de gang naar de civiele rechter open. Zo kan een consument bij een geschil met een aanbieder op grond van artikel 6 Mw een eis tot nietigheid van een rechtshandeling indienen, schadevergoeding vorderen of een voorlopige voorziening vragen. De rechter zou partijen volgens de MvT bij de Mw zelfs een snellere oplossing kunnen bieden dan een klacht bij de NMa. Bovendien kan een rechter schadevergoeding toekennen en dat is een bevoegdheid die de directeur-generaal NMa niet bezit. De vraag is dan waarom deze voordelen consumenten en andere afnemers die niet als belanghebbende kunnen worden erkend er niet toe brengen vaker een procedure bij de rechter te starten.

Het evaluatierapport van de Mw spreekt zijn zorg uit over de effectiviteit van de civielrechtelijke handhaving van de Mw²². Zo wordt opgemerkt dat er maar een gering aantal gevallen is waarbij partijen een procedure zijn gestart naar aanleiding van een overtreding van de Mw. Als redenen hiervoor worden genoemd dat rechters onvoldoende in het mededingingsrecht zijn ingevoerd en het hoge percentage schikkingen (dit verklaart voor een deel het geringe aantal rechterlijke uitspraken).

In het licht van Verordening 1/2003 is het tevens interessant te kijken naar de civielrechtelijke handhaving van het Europese recht. Van Gerven zegt hierover dat “privaatrechtelijke handhaving van het Europees mededingingsrecht nooit geworden is wat men ervan had kunnen verwachten.”²³ Als redenen hiervoor noemt hij het specifiek Europese punt dat onder Verordening 17 alleen de Commissie de bevoegdheid heeft om vrijstelling van het kartelverbod overeenkomstig artikel 81, lid 2 EGV te verlenen en overtredingen van de verboden in artikelen 81 en 82 EGV te beboeten. Met de inwerkingtreding van de nieuwe Verordening 1/2003 vervalt het ontheffingsmonopolie van de Commissie en neemt de ruimte voor rechterlijke toetsing dus toe. Daarnaast noemt Van Gerven echter ook knelpunten die voor de Nederlandse situatie kunnen gelden. Zo wijst hij met nadruk op de onzekerheid voor eisers omtrent de slaagkans van hun vordering tot schadevergoeding. Probleem is hier vooral de moeilijkheid om causaliteit en omvang van de schade te bewijzen. Ook speelt het gebrek aan een echte mededingingscultuur een rol: Europese burgers en bedrijven zijn niet gewend om overtredingen van de mededingingsregelgeving voor de rechter uit te vechten.

6.4 De ‘super complaint’

Voor het formuleren van conclusies en aanbevelingen wil de raad ingaan op de in de adviesaanvraag genoemde super complaint. Wat is een super complaint en hoe kan hiermee de positie van consumentenorganisaties worden versterkt?

22 Berenschot, *Syntheserapport evaluatie Mw*, op.cit., p. 23.

23 W. van Gerven, *Privaatrecht handhaaft mededingingsrecht: Alice in Wonderland?*, in *Mok-aria*, Deventer 2002, p. 64.

Wettelijke basis

De super complaint is een nieuw rechtsmiddel voor consumentenorganisaties in Engeland dat zijn wettelijke basis heeft in artikel 11 van de in november 2002 aangenomen 'Enterpriseact 2002'.²⁴ Dit artikel stelt dat aangewezen consumentenorganisaties bij de toezichthouder OFT (Office of Fair trading) een klacht kunnen indienen over "any feature of a market in the United Kingdom of goods or services that appears to be significantly harming the interests of consumers." De OFT moet vervolgens binnen 90 dagen laten weten hoe de klacht zal worden behandeld. Daarvoor staan de OFT verschillende middelen te beschikking²⁵.

- De OFT kan een officieel onderzoek naar de betreffende markt starten om de marktstructuur in kaart te brengen als aanzet voor een analyse van eventueel markt- en overheidsfalen. Hieruit kunnen aanbevelingen richting de overheid voor regulering van de markt komen maar het resultaat kan ook zijn dat bepaalde campagnes nodig zijn om consumenten te informeren over bepaalde problemen.
- De OFT kan een onderzoek starten om te kijken of er een overtreding van de mededingingsregels heeft plaatsgevonden.
- De OFT kan de zaak doorverwijzen naar een toezichthouder voor een specifieke sector.

Doel

De OFT ziet de mogelijkheid van een super complaint als een efficiënt middel om mogelijk marktfalen door vertegenwoordigende organisaties onder de aandacht van de toezichthouder te laten brengen.

Aangewezen organisaties

Om de mogelijkheid van een super complaint te kunnen benutten moet een consumentenorganisatie volgens artikel 11, lid 5 van de Enterpriseact zijn aangewezen door de 'secretary of state'. Deze is volgens de wet verplicht een lijst met criteria te publiceren op grond waarvan hij deze beslissing neemt. De definitieve criteria zijn nog niet bekend. Wel heeft het 'department of trade and industry' een consultation paper uitgebracht met criteria²⁶. Hierin zijn de volgende selectiecriteria opgenomen:

- *De organisatie moet onafhankelijk, onpartijdig en integer zijn.* Om deze voorwaarden te controleren wordt gekeken naar het gedrag in heden en verleden van zowel bestuurders als de organisatie zelf (failliet gegaan? fraude gepleegd? beschuldigd van discriminatie? andere onoorbare praktijken?). In dit kader is ook een verbod opgenomen voor vertegenwoordigende organisaties om een super complaint in te dienen voor markten waar ze zelf commercieel actief zijn.
- *Aantoonbare ervaring en competentie* bij vertegenwoordiging consumentenbelangen.
- *Bereidheid en capaciteit* om met OFT en andere autoriteiten samen te werken.

24 Voor de volledige tekst van deze wet, zie <http://www.dti.gov.uk/enterpriseact/>.

25 Office of Fair Trading, "Super-complaints: guidance for designated consumer bodies", augustus 2002, p. 7.

26 Department of trade and industry, "Enterpriseact 2002: designating bodies to make super-complaints", december 2002.

- Bij aanwezigheid van een commerciële tak binnen de organisatie moeten waarborgen worden getroffen om een *belangenverstrengeling* te voorkomen.

Periodiek zal worden bekeken of aangewezen organisaties nog aan de criteria voldoen.

Ervaringen

Er zijn tot dusver nog maar twee klachten op basis van een super complaint door de OFT in behandeling genomen. De eerste klacht is ingediend door de Consumers' Association en betrof de markt voor tandartsen. Het probleem is hier de mogelijkheid van discriminatie tussen patiënten die onder de NHS (de publieke verzekering) verzekerd zijn en particulier verzekerde patiënten. De OFT heeft hierop gereageerd met een preliminair onderzoek waarin verschillende onderdelen van de klacht door de OFT zijn onderschreven (bijvoorbeeld gebrek aan effectieve concurrentie). De OFT heeft daarop besloten een 'full market investigation' te starten waarin deze markt integraal tegen het licht wordt gehouden. Het gaat dan om zaken als de marktstructuur, overstapkosten en andere factoren die de keuze van patiënten voor een tandarts kunnen beïnvloeden.

De tweede klacht op basis van een super complaint betrof colportage en werd ingediend door de National Association of Citizens Advice Bureaux. De reactie van de OFT op deze klacht is nog niet bekend.

6.5 Conclusies en aanbevelingen

Consument als klager

In het huidige beleid worden individuele consumenten wel als klagers beschouwd maar niet als belanghebbenden bij mededingingszaken. Het gevolg hiervan is dat consumenten geen mogelijkheden tot bezwaar en beroep hebben bij een eventueel besluit van de NMA in een zaak waarin zij een klacht hebben ingediend. De vraag is of deze aanpak recht doet aan het belang dat consumenten en andere afnemers hebben bij een effectieve handhaving van de Mw.

De raad constateert dat het indienen van een klacht altijd mogelijk is en voor de NMA aanleiding kan zijn om ambtshalve onderzoek in te stellen. Het knelpunt is het mogelijke 'afschrikkingseffect' op klagers van het feit dat men niet-ontvankelijk is voor bezwaar en beroep, maar dit effect kan de raad moeilijk beoordelen. Deze vaststelling is voor de raad aanleiding bij zijn oordeelsvorming vooral naar de toekomst te kijken.

De analyse van paragraaf 6.3 vormt daarbij het uitgangspunt. Hieruit blijkt dat consumenten en andere partijen die als afnemer op markten actief zijn maar weinig gebruik maken van de Mw. Het aantal klachten van deze partijen bij de NMA is in verschillende jaren letterlijk op de vingers van één hand te tellen.

Dit lage aantal wordt naar het oordeel van de raad niet veroorzaakt door het feit dat er geen reden tot klagen zou zijn. Het lijkt onwaarschijnlijk dat de concurrentieverhoudin-

gen in de Nederlandse economie in de vijf jaar sinds de inwerkingtreding van de Mw zodanig verbeterd zijn dat er zich geen mededingingsproblemen meer voordoen die de belangen van consumenten en andere afnemers schaden. De werkelijke reden is volgens de raad dat consumenten en andere afnemers nog onvoldoende op de hoogte zijn van de mogelijkheden die de Mw hen biedt om de negatieve economische effecten van concurrentiebeperkingen te bevechten. In deze zin vindt hij dat er een noodzaak is om de voorlichting over de mogelijkheden van de Mw en daarmee de positie van deze groepen in het mededingingsbeleid te intensiveren.

Bezinning op bestaande instrumenten

De raad is van mening dat het in eerste instantie niet gewenst is om het begrip belanghebbende specifiek voor de Mw te veranderen. Een mogelijkheid is bijvoorbeeld om in de Mw een definitie van dit begrip op te nemen zonder het criterium dat sprake moet zijn van een bijzonder persoonlijk belang. Daarmee zouden ook groepen consumenten en bedrijven als belanghebbende kunnen worden aangemerkt.

Er zijn twee redenen waarom de raad van mening is dat deze optie op dit moment niet gewenst is. In de *eerste plaats* speelt het handhaven van een eigen beoordelingsruimte voor de NMa een rol. De NMa neemt in de huidige praktijk klachten altijd in behandeling maar kan vervolgens na een eerste toetsing een afweging maken of een nader en diepgaand onderzoek gewenst is. Bij verruiming van het belanghebbende begrip wordt de ruimte voor prioriteitsstelling kleiner omdat er mogelijk meer klachten zullen worden ingediend waarop de NMa wettelijk verplicht zal zijn onderzoek in te stellen met de mogelijkheid van bezwaar en beroep.

Een *tweede reden* is dat er mogelijkheden zijn om met bestaande rechtsmiddelen de positie van consumenten en andere afnemers te versterken. De beschikkingenpraktijk van de NMa toont aan dat vertegenwoordigende organisaties op grond van artikel 1:2, lid 3 Awb een betere kans maken om als belanghebbende te worden gehoord dan individuele consumenten (zie paragraaf 6.3). Voorwaarde hiervoor is wel dat klagers zich verenigen in een rechtspersoon zoals een stichting of vereniging en dat in de statutaire doelstelling van die rechtspersoon nauwkeurig het belang wordt beschreven dat inzet is van een mogelijke klacht bij de NMa.

Vertegenwoordigende organisaties zoals de Consumentenbond en ondernemersorganisaties zoals MKB-Nederland en VNO-NCW kunnen in theorie van dit wetsartikel gebruik maken om de belangen van hun leden bij de NMa te behartigen. In de praktijk speelt echter het probleem dat de statutaire doelstelling van deze organisaties te ruim is geformuleerd (het gaat meestal om belangenbehartiging in de meest brede zin van het woord) om op grond van artikel 1:2, lid 3 Awb als belanghebbende te worden aangemerkt. Een verzoek van de Consumentenbond om in de benzinezaak als belanghebbende te worden gehoord is om die reden door de NMa afgewezen.

Ondanks deze belemmering is de oprichting van een rechtspersoon volgens de raad een reële optie voor klagers die beter benut kan worden. Hij beveelt aan om te bezien of deze mogelijkheid nadrukkelijker aan klagers kan worden gepresenteerd. Zo rept de informatiebrochure van de NMa over het *Indienen van klachten* met geen woord over het feit dat klagers sterker staan als zij zich verenigen in een rechtspersoon.

Daarnaast kunnen specifieke belangenbehartigers een rol spelen. Als hun statutaire doelstelling specifiek genoeg is kunnen zij voor leden of derden als belanghebbende partij optreden bij de behandeling van een klacht op grond van de Mw.

De raad ziet verder ook een taak voor de algemene belangenbehartigers zoals de Consumentenbond die op grond van hun brede taakomschrijving niet zelf als belanghebbende kunnen worden aangemerkt. Zij kunnen een initiërende of bemiddelende rol vervullen bij de zoektocht van klagende consumenten naar medestanders die bereid zijn om zich te verenigen in een rechtspersoon en langs deze weg een klacht bij de NMa in te dienen.

Super complaint

De raad vindt dat de introductie van nieuwe rechtsmiddelen een zorgvuldige afweging vraagt. Dat houdt onder meer in dat het in dat geval duidelijk moet zijn dat bestaande middelen onvoldoende effectief zijn. Voor het probleem waarover de raad in dit hoofdstuk adviseert is dat naar zijn oordeel niet het geval. Hij vindt het op dit moment dan ook niet nodig om de invoering van een zogenoemde super complaint te overwegen. Met deze mogelijkheid wordt het probleem van de niet-ontvankelijkheid van vertegenwoordigende organisaties weliswaar ondervangen, maar dit instrument kent ook een aantal bezwaren. Zo is de administratieve belasting voor het toezichthoudende apparaat een punt van zorg. Dit heeft niet alleen betrekking op de behandeling van klachten die als super complaint zijn ingediend. De bevoegdheid om een super complaint te mogen indienen moet eerst aan vertegenwoordigende organisaties worden toegekend en dat brengt verschillende werkzaamheden met zich mee: er moeten criteria worden ontwikkeld, aanvragen moeten worden beoordeeld aan de hand van die criteria, en een toegekende bevoegdheid moet periodiek worden geëvalueerd. De kosten die hiermee gemoeid zijn moeten worden afgewogen tegen de baten van een mogelijk effectievere handhaving van de Mw door de invoering van een super complaint. Over deze baten valt op dit moment echter nog maar weinig te zeggen omdat de ervaringen met dit instrument in Engeland op grond van de twee beschikbare voorbeelden nog maar zeer beperkt zijn.

Integrale aanpak

Andere onderdelen van het marktwerkingsbeleid kunnen de betekenis van het mededingingsbeleid voor de consument aanvullen en versterken. De raad wijst in dit verband op het in hoofdstuk 2 geformuleerde uitgangspunt waarin hij stelt dat mededingingsrecht en andere instrumenten van het marktwerkingsbeleid in samenhang moeten worden bezien. Het ministerie van Economische Zaken en de NMa verrichten vanuit ditzelfde perspectief sectorstudies. Het onderzoek van EZ richt zich hierbij specifiek op de causale verbanden tussen de mate van tevredenheid van consumenten op een bepaalde markt en diverse marktkenmerken zoals de marktstructuur, transparantie en overstapkosten. In

De mening van de Consumentenbond in de voorbereidingscommissie

De Consumentenbond deelt de doelstelling die raad in zijn antwoord op deze adviesaanvraag nastreeft: verduidelijking van de positie van consumenten en andere afnemers in het mededingingsbeleid. Hij komt echter met betrekking tot de instrumentkeuze tot een andere afweging. Het optimaal benutten van de bestaande middelen voor rechtsbescherming voor consumenten onder de Mw heeft ook voor de Bond prioriteit. Daarnaast is hij van oordeel dat de rol van vertegenwoordigende organisaties verder moet gaan dan de initiërende en stimulerende rol die de SER voor ogen staat. Dit houdt in dat vertegenwoordigende organisaties een mogelijkheid moeten hebben om als belanghebbenden zelfstandig klachten op basis van de Mw bij de NMa te kunnen behandelen. De Consumentenbond wijst in dit verband op het collectief actierecht in het Burgerlijk Wetboek dat de Consumentenbond in het civiele recht een soortgelijke bevoegdheid toekent. Hij pleit daarom voor invoering van een super complaint als middel om consumentenorganisaties een sterkere rol bij de handhaving van de Mw te geven.

deze zogenoemde Consumentenmarkttoets worden verschillende markten doorgelicht zoals de markt voor grote huishoudelijke apparaten, rookwaren, bemiddeling in financiële diensten, bioscopen en diensten van verpleeghuizen. Doel is op grond van de oorzakenanalyses beleidsaanbevelingen te formuleren die de positie van de consument kunnen versterken.

De raad ziet in deze benadering een vruchtbare aanpak om de aandacht voor consumentenproblemen in het mededingingsbeleid te vergroten. In navolging van EZ zou ook de NMa bepaalde sectoronderzoeken in het licht van de positie van de consument kunnen stellen. De NMa zou op grond van dergelijke analyses kunnen adviseren hoe beleidsacties van bij een specifieke sector betrokken ministeries de mogelijke inzet van een mededingingsinstrument kunnen versterken. Ten dele vervult de NMa deze rol al, maar de sectorstudies van de NMa zouden naar het oordeel van de raad gericht – dat wil zeggen met meer nadruk op de positie van de consument – kunnen worden ingezet²⁷.

27 Zo constateert het CPB dat de NMa nog onvoldoende gebruik maakt van zijn adviserende rol in het marktwerkingsbeleid. Zie: CPB, *Tight Oligopolies*, op.cit.

7 Overige adviesonderwerpen

7.1 Overeenkomsten onder overheidstoezicht

Het verdwijnen van artikel 16 Mw per 1 januari 2003 plaatst de positie van overeenkomsten onder overheidstoezicht in het mededingingsrecht in een nieuw perspectief. In deze paragraaf wordt kort ingegaan op de positie van twee typen overeenkomsten die in deze categorie vallen, CAO's en de verordeningen van publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties.

7.1.1 CAO's en mededinging

Het Hof van Justitie van de EG heeft in zijn arresten van 21 september 1999 in de zaken *Brentjens*, *Drijvende Bokken* en *Albany* uitgesproken dat hoewel een zekere mededingingsbeperkende werking eigen is aan collectieve overeenkomsten tussen werkgevers- en werknemersorganisaties, de verwezenlijking van de met dergelijke overeenkomsten nagestreefde doelstellingen van sociale politiek ernstig wordt belemmerd, indien de sociale partners bij hun gezamenlijke inspanning de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden te verbeteren, zich aan art. 81, lid 1 EGV moeten houden. Overeenkomsten met een dergelijke doelstelling en die in het kader van collectieve onderhandelingen tussen sociale partners worden gesloten, moeten wegens hun aard en doel worden geacht niet onder artikel 81, lid 1 EGV te vallen.

In zaak nummer 1012 (*Van Eck Havenservice*) heeft de NMa in december 2000 deze lijn overgenomen voor de Nederlandse praktijk. Alleen in die situaties waarin een CAO kenmerkend wordt gebruikt als vehikel om kartelafspraken vorm te geven, is het toepassen van de Mededingingswet aan de orde¹.

De Stichting van de Arbeid is van opvatting dat de rechtspraak nog niet zover is uitgekristalliseerd, dat reeds thans kan worden aangenomen dat het EG-Hof het begrip 'werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden' zo ruim zal uitleggen, dat ten aanzien van CAO's geen problemen zullen ontstaan.

Hoewel de (beperkte) beschikkingenpraktijk van de NMa vooralsnog geen reden tot zorg geeft, acht de Stichting het wenselijk dat een en ander alsnog formeel wordt geregeld en dat in de Mededingingswet een uitdrukkelijke beperking van het kartelverbod ten opzichte van CAO's wordt opgenomen en/of van de bevoegdheid van de NMa ten opzichte van CAO's.²

1 Jaarverslag NMa/Dte 2000, p.13

2 Brief aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, d.d. 12 februari 2003.

7.1.2 Publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie

Voor de raad als bestuursorgaan bestaat de vraag hoe de activiteiten van de product- en bedrijfsschappen (bedrijfslichamen), die op grond van de Wet op de bedrijfsorganisatie (Wet bo) onder het toezicht van de raad zijn gesteld, zich verhouden tot de bepalingen van de Mw. Hier speelt mee dat de raad op grond van artikel 93, vijfde lid, van de Wet bo is aangewezen om zelfstandig te beoordelen of de verordeningen van bedrijfslichamen de gezonde mededinging niet in de weg staan.

De bedrijfslichamen zijn ingesteld om de werkzaamheid van het bedrijfsleven in specifieke sectoren te bevorderen. De Wet op de bedrijfsorganisatie omschrijft de taak van de bedrijfslichamen als “een het algemeen belang dienende bedrijfsuitoefening door de ondernemingen, waarvoor zij zijn ingesteld, te bevorderen, alsmede het gemeenschappelijk belang van die ondernemingen en van de daarbij betrokken personen te behartigen” (artikel 71). Voor deze taak kunnen zij verschillende instrumenten inzetten: het (mede-) uitvoeren van bepaalde wetten, het geven van advies, het verrichten van zogenoemde daden van vrij bestuur en het maken van autonome verordeningen. Het gaat daarbij om onderwerpen op economisch en sociaal terrein zoals productie, afzet en zaken rondom arbeidsvoorwaarden en arbeidsbemiddeling. Dit zijn instrumenten en bevoegdheden die op grond van hun aard de mededinging kunnen beïnvloeden, hetgeen de vraag naar de toepasselijkheid van de Mw doet rijzen.

Het volgende is in dit verband van belang. Bedrijfslichamen zijn organisaties die zowel overheids- als markttaken uitvoeren. De Mw is van toepassing indien en voor zover de bedrijfslichamen kunnen worden gekwalificeerd als ondernemingen dan wel als ondernemersverenigingen.

Om als onderneming te worden aangemerkt is vereist dat een economische activiteit wordt uitgeoefend. Hiervan is in de regel geen sprake wanneer publiekrechtelijke organen hun exclusieve bevoegdheid tot het uitvaardigen van verordeningen uitoefenen in het algemeen belang. In de wettelijke taakomschrijving van bedrijfslichamen is dit opgenomen. Voor andere activiteiten die de bedrijfslichamen als ‘onderneming’ volgens het Europese recht uitoefenen zal de Mw onverkort gelden.

Of product- en bedrijfsschappen als ondernemingsvereniging handelen is voorts mede afhankelijk van de samenstelling van het bedrijfslichaam, en de verhouding van de specifieke taak tot het algemeen belang. Bij dit laatste punt speelt een proportionaliteitsvraag: een verordening van een product- of bedrijfsschap mag de mededinging niet verder beperken dan noodzakelijk is voor de uitoefening van de wettelijke taak³.

³ Voorwaarde hierbij is wel dat een mededingingsbeperkend effect *inherent* is aan het nagestreefde wettelijke doel. Zie: HvJEG, zaak C-309/99 (Wouters), punt 97 van het arrest.

Als gezegd voorziet de Wet bo echter in een eigen toetsingscriterium in artikel 93, lid 5: “Geen verordening mag aan gezonde mededinging in de weg staan”. Bij de toepassing hiervan in het kader van toezicht op de bedrijfslichamen wordt door de raad rekening gehouden met het normenstelsel van de Mw, zoals ook in de MvT bij de Wet bo is aangegeven⁴. Bij wijze van voorbeeld kan gewezen worden op kwaliteits- en erkenningsregelingen van product- en bedrijfsschappen die bij verordening zijn ingevoerd. Bij de toetsing daarvan zijn de eisen richtinggevend, die de NMa in de *Richtsnoeren samenwerking bedrijven* hiervoor heeft gegeven: de regelingen moeten objectieve criteria hanteren die transparant zijn en ze moeten voorzien in een onafhankelijke toetsing voor toelating. Voorop staat evenwel de eigen verantwoordelijkheid van de schappen om bij hun regulerende taken het belang van een gezonde mededinging in het oog te houden⁵. Het algemeen bindende karakter van verordeningen brengt mee dat ondernemingen (anders dan bij brancheorganisaties) zich niet aan de werkingssfeer van daarin opgenomen regels kunnen onttrekken. De bedrijfslichamen dienen dan ook verstandig van deze bevoegdheid gebruik te maken. Daar waar deze de ‘algemeen belang dienende bedrijfsuitoefening van ondernemingen’ ondersteunt en bevordert en een gezonde mededinging niet in de weg staat, heeft de inzet van de verordenende bevoegdheid een meerwaarde.

Ten slotte: artikel 16 Mw is destijds bedoeld om de wetgever de tijd te geven om andere wetgeving waarin ook mededingingsaspecten aan de orde zijn, aan te passen aan de nieuwe Mw. De Wet bo, in 1999 opnieuw vastgesteld, bepaalt dat de raad tot taak heeft erop toe te zien dat verordeningen van bedrijfslichamen de gezonde mededinging niet in de weg staan. De raad houdt hierbij rekening met het normenstelsel van de Mw. De minister van Economische Zaken heeft de mogelijke samenloop van beide toezichtskaders voor de bedrijfslichamen in zijn brief over het vervallen van artikel 16 Mw niet als een probleem gesignaleerd⁶.

Naar de mening van de raad bestaat niettemin de mogelijkheid van een afwijkend oordeel over de wijze waarop het criterium ‘gezonde mededinging’ door de bedrijfslichamen wordt ingevuld. Voor de SER als toezichthouder op de bedrijfslichamen zijn de normen van de Wet bo bepalend; de NMa zal een mogelijke mededingingsbeperking op grond van de Mw beoordelen.

4 Zie Toetsingskader samenhangend met de Aanwijzingen voor de regelgeving, bijlage bij de memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1997-1998, 25 695, nr. 3, p. 31.

5 Zie ook: SER-advies, *Innovatie voor duurzaam voedsel en groen*, publicatienr. 02/09, Den Haag 2002, p.53.

6 Minister van Economische Zaken, brief aan de Voorzitter van de Tweede Kamer van 17 december 2002. De minister noemt alleen de zorg, de cao's en verordeningen van de Nederlandse Orde van Advocaten als mogelijke problemen bij het vervallen van artikel 16 Mw.

7.2 Bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving

Bij de invoering van de Mw in 1998 is gekozen voor bestuursrechtelijke handhaving van de wet. Volgens Mok zijn er verschillende redenen om gedeeltelijk naar het strafrecht terug te keren⁷.

- De behoefte aan verdergaande sancties dan boetes, bijvoorbeeld het uit hun functie zetten van bestuurders. Het lijkt ongewenst een dergelijke straf anders dan door een onafhankelijke rechter te laten opleggen.
- De behoefte aan verdergaande onderzoeksbevoegdheden, onder meer tot het doorzoeken van woningen.
- Er bestaat een verband tussen overtredingen van de Mw en commune delicten zoals valsheid in geschrifte (samenloop van verboden gedragingen).
- Het nu geldende systeem is ongelijkvormig omdat de Mw alleen bestuursrechtelijke handhaving kent maar toezicht in andere sectoren van de economie geschiedt op basis van een gemengd stelsel.

In de evaluatie van de Mw is het bestuursrechterlijke model van handhaving dat met de Mw is ingevoerd alleen onderzocht aan de hand van de doelmatigheid van het toezichtsmodel. De vragen die hierboven zijn gesteld plaatsen de handhaving van de Mw ook in een ander kader, namelijk de eenheid van wetgeving. Deze vraag is bij de evaluatie van de Mw niet aan de orde geweest. De SER vraagt het kabinet te bezien of de argumenten die in 1998 de keuze voor een bestuursrechtelijk handhavingssysteem van de Mw rechtvaardigden nog steeds opgeld doen.

7 Zie: M.R. Mok, *Kartelrecht I*, vijfde druk nog te verschijnen.

7.3 Afschaffing bezwarenprocedure bij de NMa

De NMa is naast aanklager ook rechter bij zaken die op grond van de Mw worden aangespannen. Dat heeft onder meer tot gevolg dat klagers en aangeklaagden een verplichte bezwaarprocedure bij de NMa moeten doorlopen voordat in hoger beroep de bestuursrechter om een oordeel kan worden gevraagd (als er tenminste geen civiele procedure wordt aangespannen). Deze procedure staat in sommige gevallen een efficiënte en effectieve handhaving van de Mw in de weg. Een bezwaarprocedure bij de NMa kost veel tijd en heeft een relatief geringe opbrengst doordat de NMa een eerste besluit vrijwel nooit wijzigt. Klagers en aangeklaagden zouden daarom over een alternatief moeten kunnen beschikken. Dat is mogelijk door de verplichte bezwaarprocedure bij de NMa op besluiten van de NMa af te schaffen en in de Mw op te nemen dat een belanghebbende rechtstreeks beroep kan instellen bij de rechtbank te Rotterdam⁸.

Den Haag, 16 mei 2003

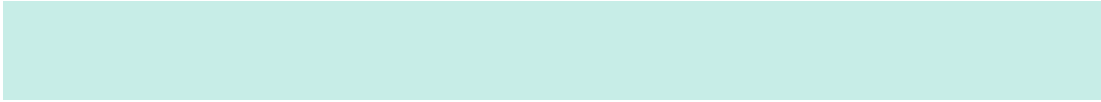
H.H.F. Wijffels
voorzitter

N.C.M. van Niekerk
algemeen secretaris

⁸ Zie: Amendement Bolhuis van 30 januari 2002 bij het wetsvoorstel Wijziging Mededingingswet in verband met het omvormen van de NMa tot zelfstandig bestuursorgaan. Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 27 639, no. 42.

A large, 3D, light-colored logo of the word 'STAL' is mounted on a textured, grey wall. The letters are thick and blocky, casting shadows on the wall. The background is a close-up of the wall's texture.

BIJLAGEN





Ministerie van Economische Zaken

Aan
de Sociaal-Economische Raad
Bezuidenhoutseweg 60
2594 AW DEN HAAG

Datum	Uw kenmerk	Ons kenmerk	Bijlagen
20 DEK. 2002		ME/MW 02063539	1

Onderwerp
Adviesaanvraag inzake enkele aanbevelingen uit de evaluatie Mededingingswet

In overeenstemming met het gevoelen van de ministerraad verzoek ik u naar aanleiding van het uitbrengen van het Synthesrapport evaluatie Mededingingswet en het bijbehorende rapport van het Juridisch deelonderzoek (hierna: de evaluatie) te adviseren over de volgende onderwerpen:

- de bagatelvrijstelling (artikel 7)
- het verbod van misbruik van een economische machtspositie (artikel 24);
- de positie van de consumenten onder de Mededingingswet.

Uw advies over deze onderwerpen is wenselijk, omdat het economisch-beleidsmatige onderwerpen betreft en de evaluatie ten aanzien daarvan geen concrete aanbevelingen voor wijziging van de Mededingingswet doet, maar concludeert dat een nadere analyse of nader onderzoek nodig is.

In de bijgevoegde adviesaanvraag zal ik nader op deze onderwerpen ingaan en bij ieder onderwerp een aantal vragen formuleren. Ik verzoek u in uw advies met name op die vragen in te gaan.

Ik zou ik het op prijs stellen het advies in de loop van april 2003 van uw raad te mogen ontvangen.

H. Hoogervorst
Minister van Economische Zaken

Bezoekadres	Doorkiesnummer	Telefax
Bezuidenhoutseweg 20, Den Haag	(070) 379 68 76	(070) 379 7170

Hoofdkantoor	Telefoon (070) 379 89 11	Behandeld door
Bezuidenhoutseweg 30	Telefax (070) 347 40 81	mr. F.A. Vreedenburgh
Postbus 20101	Email ecpost@minaz.nl	
2500 EC 's-Gravenhage	Website www.minaz.nl	Verzoekt de beantwoording van deze brief ons kenmerk te vertelken

1 Bagatelvrijstelling (artikel 7 Mededingingswet)

1.1 Achtergrond

Artikel 7 van de Mededingingswet stelt mededingingsafspraken vrij van het kartelverbod, als bij de desbetreffende afspraak niet meer dan acht ondernemingen zijn betrokken en hun gezamenlijke omzet niet meer bedraagt dan EUR 4.540.000,- als die ondernemingen goederen leveren, en EUR 908.000,- als zij diensten verrichten. Deze vrijstelling geldt voor alle gevallen, waarin aan de criteria wordt voldaan, ook als het gaat om zogenaamde hard core-afspraken, zoals prijsafspraken en marktverdelingsafspraken.

Volgens de memorie van toelichting bij de Mededingingswet gaat het erom mededingingsafspraken vrij te stellen die vanuit een oogpunt van Nederlands mededingingsbeleid van duidelijk ondergeschikte betekenis zijn. Overweging daarbij is dat ter bevordering van de doelmatigheid van de uitvoering van de Mededingingswet, die uitvoering gericht moet zijn op zaken die uit een oogpunt van mededinging van ten minste enig belang zijn. Tevens kan de bagatelvoorziening ertoe bijdragen de lasten van kleine ondernemingen zoveel mogelijk te beperken.

In de memorie van toelichting wordt er tevens op gewezen dat artikel 7 een vrijstelling is en niet zoals de EG-bagatelbekendmaking een uitwerking van het merkbaarheidsvereiste en daarmee van de reikwijdte van het kartelverbod. Dat neemt niet weg dat het in de rede ligt het nationale kartelverbod te interpreteren volgens de, aan de EG-jurisprudentie ontleende, criteria voor een "merkbare beperking van de mededinging". Dat zijn andere criteria dan de bagatelcriteria. Volgens de EG-bagatelbekendmaking vormen afspraken geen merkbare beperking van de mededinging en vallen zij niet onder het verbod van artikel 81, eerste lid, als het gezamenlijke marktaandeel van de betrokken ondernemingen niet meer bedraagt dan 10% bij horizontale afspraken en 15% bij verticale afspraken. Hard core-afspraken vallen in beginsel altijd onder het kartelverbod, hoe gering het marktaandeel van de betrokken ondernemingen ook is. Het toepassen van deze EG-bagatelcriteria kan ertoe leiden dat in een geval waarin niet wordt voldaan aan de criteria van artikel 7, een afspraak niettemin buiten de werking van het kartelverbod valt, omdat het geen hard core-afspraken betreft en het marktaandeel van de gezamenlijke ondernemingen niet boven de 10% of 15% ligt.

1.2 Conclusies van de evaluatie

Volgens de evaluatie zijn de bestaande bagateldrempels vrij laag. Uit de interviews is gebleken dat er in de praktijk weinig kartels zijn die aan het kartelverbod ontsnappen door toepassing van artikel 7.

De evaluatie verwijst ook naar het rapport van het EIM "Samenwerking in het mkb en de Mededingingswet". Een van de conclusies van het EIM-rapport is dat de Mededingingswet in ieder geval geen sterk negatieve gevolgen heeft gehad voor de ontwikkeling van het midden- en kleinbedrijf en dat ook op veel andere punten de frictie tussen midden- en kleinbedrijf en Mededingingswet niet zo groot is als door sommigen in de sector wel werd gedacht. Volgens het EIM-rapport dringen de geïnterviewde brancheorganisaties uit het midden- en kleinbedrijf echter aan op verruiming van de bagatelvrijstelling. De bagatelvrijstelling ten aanzien van samenwerking tussen bedrijven is in de opvatting van de brancheorganisaties veel te laag om bedrijven uit het midden- en kleinbedrijf een goed tegenwicht te kunnen laten geven tegen grote bedrijven. Bovendien zijn de vastgestelde grenzen (aantal betrokken bedrijven en omzet) niet gerelateerd aan de desbetreffende branche of markt. Het verruimen van de bagatelbepaling zal de mogelijkheden voor horizontale samenwerking in het midden- en kleinbedrijf verruimen. Het midden- en kleinbedrijf kan dan immers met grotere aantallen bedrijven samenwerken, hetgeen de efficiency en de doelmatigheid van samenwerkingsverbanden zal vergroten. Dit zal zonder meer ten goede komen aan de concurrentiekracht van bedrijven uit het midden- en kleinbedrijf.

Op basis van het voorgaande komen de onderzoekers in de evaluatie op dit punt tot de conclusie dat bestudeerd zou moeten worden of artikel 7 een geschikt instrument zou kunnen vormen om een categorie afspraken op het niveau van het midden- en kleinbedrijf vrij te stellen, die wenselijk worden geacht voor het bevorderen van de concurrentie. De aard van de bagateldrempels (aantal betrokken ondernemingen en omzet) wil het rapport niet wijzigen in het marktaandeelcriterium, omdat voor de meeste ondernemingen een schatting van hun marktaandeel niet zonder deskundig advies is te maken. Nader onderzoek zou moeten worden hoe hoog de bagateldrempels vastgesteld zouden

moeten worden om een wenselijk niveau van concurrentie tussen het midden- en kleinbedrijf en grote bedrijven te waarborgen.

1.3 Probleemstelling

De conclusies van de evaluatie geven mij aanleiding tot de volgende vragen.

- a. *Vormt de mogelijkheid in de bestaande Mededingingswet tot samenwerking tussen ondernemingen uit het midden- en kleinbedrijf een zodanig groot probleem dat overwogen zou moeten worden de bagateldrempels te verhogen?*

Uit de interviews komt naar voren dat groepen binnen het midden- en kleinbedrijf verruiming van de bagatelvrijstelling bepleiten. Een belangrijke conclusie uit het EIM-rapport is echter dat de Mededingingswet geen sterk negatieve gevolgen heeft gehad voor de ontwikkeling van het midden- en kleinbedrijf. Ook op veel andere punten is de frictie tussen midden- en kleinbedrijf en Mededingingswet niet zo groot als door sommigen in de sector wel werd gedacht.

Uit de evaluatie blijkt voorts dat de NMa boven op artikel 7 ook nog de de-minimis-bekendmaking van de EG toepast, wat vaak een aanzienlijke verruiming betekent. Bovendien bieden de bestaande Mededingingswet en de toepassing daarvan door de NMa verschillende mogelijkheden voor samenwerking tussen ondernemingen uit het midden- en kleinbedrijf: economische benadering bij toepassing van het kartelverbod (samenwerking als countervailing power van ondernemingen uit het midden- en kleinbedrijf tegen het grootwinkelbedrijf valt vaak niet onder verbod); meewegen van andere dan economische belangen bij toepassing van het kartelverbod en het beoordelen van ontheffingsaanvragen; doorwerking EG-vrijstellingen (horizontale en verticale afspraken, technologieoverdracht) en een specifieke nationale vrijstelling voor samenwerkingsovereenkomsten detailhandel.

- b. *Zo er aanleiding zou zijn te bezien of er in de Mededingingswet meer ruimte moet worden gecreëerd voor samenwerkingsverbanden in het midden- en kleinbedrijf, zou het dan in de rede liggen de oplossing te zoeken in het verhogen van de bagateldrempels of eerder in een eventuele vrijstelling op basis van artikel 15 van de Mededingingswet?*

Zoals in de evaluatie wordt opmerkt, is de bagatelvrijstelling bedoeld om mededingingsafspraken van duidelijk ondergeschikte betekenis vrij te stellen ter bevordering van de doelmatigheid van de uitvoering van de Mededingingswet en tevens tot verlichting van lasten voor kleine ondernemers. Het creëren van meer ruimte voor samenwerkingsverbanden van ondernemingen uit het midden- en kleinbedrijf zodat die beter kunnen concurreren met grote ondernemingen, is een andere doelstelling dan die van de bagatelvrijstelling.

Daarnaast kan men zich afvragen of, als men meer ruimte wil creëren voor samenwerking voor ondernemingen uit het midden- en kleinbedrijf om hun positie ten opzichte van het grootbedrijf te versterken, de bagateldrempels de juiste criteria voor vrijstelling zijn. Het gaat er dan immers om die samenwerkingsverbanden vrij te stellen die het voor ondernemingen uit het midden- en kleinbedrijf mogelijk maken hun efficiëntie te vergroten en daardoor beter te concurreren met het grootbedrijf. De vraag rijst of het niet meer in de rede ligt na te gaan, of er aanleiding is voor een op artikel 15 van de Mededingingswet gebaseerde vrijstelling voor bepaalde samenwerkingsovereenkomsten van ondernemingen uit het midden- en kleinbedrijf.

- c. *Zo er aanleiding zou zijn voor een ruimere bagatelvoorziening, ligt het dan in de rede de bestaande bagateldrempels (aantal betrokken ondernemingen en gezamenlijke omzet) te vervangen door het marktaandeelcriterium?*

Een verhoging van de bestaande bagateldrempels is betrekkelijk eenvoudig te realiseren, want dat kan ingevolge artikel 7, vierde lid, van de Mededingingswet bij algemene maatregel van bestuur. De bestaande bagateldrempels zijn echter absolute criteria, die geen indicatie geven van de werkelijke marktmacht van de betrokken ondernemingen. Naarmate die drempels meer zouden worden verhoogd, zou dat ertoe kunnen leiden dat marktbeheersende kartels worden vrijgesteld, met name op lokale en

regionale markten. De NMa beschikt over gegevens waaruit zou blijken dat dit bijvoorbeeld in de bouwsector het geval zou zijn, maar ook in andere bedrijfstsectoren kan dat voorkomen. Vrijstelling van marktbeheersende kartels zou niet in het belang zijn van de consument en van ondernemingen in hun rol als afnemers.

De vraag rijst dan ook of, als er toch aanleiding zou zijn voor een substantiële verruiming van de bagatelvoorziening, niet beter geheel op het Europese systeem overgeschakeld zou kunnen worden. De vrijstelling van artikel 7 zou dan komen te vervallen en volstaan zou kunnen worden met toepassing van artikel 6, eerste lid, overeenkomstig de marktaandeelcriteria uit de EG-bagatelbepaling. Daarmee zou rekening worden gehouden met de positie van een kartel op de relevante markt en zou recht wordt gedaan aan de specifieke marktoomstandigheden. Te denken valt aan omstandigheden of sprake is van een landelijke, regionale of lokale markt, van veel of weinig marktpartijen of van concurrentie tussen kleinere ondernemingen of tussen kleinere ondernemingen (samen) en grotere ondernemingen. Gevolg van analoge toepassing van de marktaandeelcriteria uit de EG-bagatelbepaling zou zijn dat hard core-mededingingsafspraken altijd verboden zouden zijn, ook als zij beneden het niveau van de bestaande bagateldrempels vallen. Ook lichtere mededingingsafspraken die marktbeheersend zijn, zouden verboden zijn, ook al zouden zij beneden het niveau van de bestaande bagateldrempels vallen. Een ander gevolg zou zijn dat ondernemingen zelf zouden moeten schatten wat hun relevante markt en hun aandeel daarop is, hetgeen voor kleinere ondernemingen lastig zou kunnen zijn. Overigens worden ook kleinere ondernemingen nu al steeds meer met die begrippen geconfronteerd. Die begrippen spelen immers bijvoorbeeld ook een rol bij de vraag of het kartelverbod van artikel 6, eerste lid, of de EG-vrijstelling voor verticale mededingingsafspraken van toepassing is. Bovendien zou met de overschakeling op het bedoelde Europese systeem tegemoet worden gekomen aan de voorkeur van de brancheorganisaties uit het midden- en kleinbedrijf waaraan het EIM-rapport refereert, de bagatelcriteria te relateren aan de desbetreffende markt.

2 Verbod van misbruik van een economische machtspositie (artikel 24 Mededingingswet)

2.1 Achtergrond

Artikel 24 van de Mededingingswet verbiedt ondernemingen misbruik te maken van een economische machtspositie. Dit artikel is georiënteerd op het verbod van misbruik van een economische machtspositie van artikel 82 van het EG-Verdrag.

In artikel 1 sub i van de Mededingingswet wordt economische machtspositie gedefinieerd als een "positie van een of meer ondernemingen die hen in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan te verhinderen door hun de mogelijkheid te geven zich in belangrijke mate onafhankelijk van hun concurrenten, hun leveranciers, hun afnemers of de eindgebruikers te gedragen." Deze definitie is ontleend aan de Europese jurisprudentie. Met de zinsnede "een of meer ondernemingen" wordt aangegeven dat ook twee of meer ondernemingen tezamen een economische machtspositie kunnen vormen in de zin van die bepaling.

De in artikel 82 van het EG-Verdrag genoemde voorbeelden van misbruik zijn niet in artikel 24 van de Mededingingswet overgenomen, maar in de memorie van toelichting bij die wet. Als voorbeelden van misbruik zijn te beschouwen het opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of andere onbillijke contractuele voorwaarden, het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties en koppelverkoop. Volgens de memorie van toelichting is van misbruik onder andere sprake in geval van uitbuiting en uitsluiting. Van uitbuiting is sprake wanneer de onderneming haar machtspositie misbruikt om voordelen te behalen die in een situatie van voldoende concurrentie niet gerealiseerd hadden kunnen worden. Hierbij kan gedacht worden aan een monopolist die extreem hoge prijzen rekent omdat hij weet dat zijn afnemers toch geen andere keus hebben. Van uitsluiting is sprake wanneer de onderneming met economische machtspositie door zijn gedrag het concurrentieproces op de markt of de concurrentiestructuur van die markt schaadt. Dit is bijvoorbeeld het geval als die onderneming haar eigen positie ten opzichte van zijn concurrenten versterkt door bijvoorbeeld bepaalde essentiële producten niet te leveren. Een ander voorbeeld van uitsluiting is het geven van hoge kortingen aan klanten opdat zij niet zullen overstappen naar de concurrent.

2.2 Conclusies van de evaluatie

a. Artikel 24 en optreden tegen misbruik

De onderzoekers stellen in de evaluatie voorop dat de toepassing van artikel 24 van de Mededingingswet niet eenvoudig is. Zo is het vaststellen van een economische machtspositie vaak lastig, omdat de relevante markt moet worden afgebakend. Het vaststellen van een collectieve economische machtspositie is extra ingewikkeld, omdat aangetoond zal moeten worden dat er bepaalde betrekkingen tussen de betrokken ondernemingen zijn. Deze toepassingsproblemen zijn evenwel inherent aan het ingewikkelde karakter van de mededingingsproblematiek. Bovendien is gebleken dat de NMa er in voorkomende gevallen voldoende in is geslaagd de relevante markt af te bakenen en geen overwegende problemen heeft met het beoordelen of er van een collectieve economische machtspositie sprake is.

Bij het aantonen van misbruik speelt volgens de onderzoekers vooral het probleem dat het begrip "misbruik" zowel in het nationale als in het Europese mededingingsrecht verre van uitgekristalliseerd is. Optreden tegen vormen van uitsluiting, zoals prijsontbering en prijsdiscriminatie, is op basis van dat artikel weliswaar mogelijk, maar is in de praktijk bijzonder moeilijk. In het geval van prijsontbering is ingrijpen nog redelijk eenvoudig te rechtvaardigen, omdat sprake is van een machtsongelijkheid van de inbreukmakende onderneming in relatie tot haar zwakkere concurrenten. In het geval van prijsdiscriminatie is overheidsingrijpen vaak moeilijker te rechtvaardigen omdat prijsdiscriminatie in veel gevallen gezien kan worden als normaal ondernemersgedrag binnen de bestaande marktsituatie. Optreden tegen vormen van uitbuiting, zoals "excessive pricing", zijn (extra) moeilijk te bewijzen omdat moeilijk is aan te geven waar de kritische grens (norm) ligt. Deze problemen zijn echter zeker niet uniek voor het Nederlandse en Europese mededingingsrecht. Zij doen zich ook voor in buitenlandse mededingingswetten die een verbod van misbruik van een economische machtspositie kennen, zoals in de Verenigde Staten.

Niettemin zijn de onderzoekers van mening dat ondanks al deze toepassingsproblemen artikel 24 in het algemeen wel de mogelijkheden biedt om tegen werkelijk misbruik op te treden.

b. Artikel 24 en het op gang brengen van concurrentie in transitie sectoren

Toch kan volgens de evaluatie de vraag opkomen of artikel 24 niet versterkt moet worden, maar het antwoord op die vraag hangt af van de doelstellingen die men met artikel 24 wil nastreven. Is die doelstelling alleen het optreden tegen misbruik van een economische machtspositie, dan is het toezicht op basis van artikel 24 voldoende en is voor versterking daarvan eigenlijk geen aanleiding, zij het dat het niet altijd mogelijk zal zijn de bewijsvorming rond te krijgen.

Wanneer men echter artikel 24 ook wil gebruiken om concurrentie op gang te brengen in netwerksectoren waar tot voor kort overheidsmonopolies werkzaam waren, dan vormt het bestaande artikel 24 niet het aangewezen instrument. Volgens de evaluatie zijn dan verdergaande vormen van toezicht nodig.

Een aanknopingspunt daarvoor zou het Duitse Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen kunnen bieden, met name artikel 20 van die wet, dat bepaalde oneerlijke gedragingen, als die worden verricht door een onderneming met een economische machtspositie algemeen, expliciet verbiedt. Voor bepaalde gedragingen door een onderneming met een economische machtspositie houdt dat artikel een weerlegbaar vermoeden van een verboden vorm van misbruik in.

Als een andere vorm van verdergaand toezicht noemt de evaluatie het systeem waarbij de overheid, als een onderneming een economische machtspositie heeft, deze als zodanig aanwijst. Deze aanwijzing betekent dat die onderneming zich aan bepaalde gedragsregels moet houden die vooraf zijn vastgesteld. Deze gedragsregels kunnen inhouden dat een onderneming zijn boekhouding doorzichtig moet maken en kostengeoriënteerde prijzen moet berekenen. Ook zijn verdergaande regels mogelijk, zoals het sectorspecifieke toezicht van de nieuwe Telecomrichtlijn. Naar analogie daarvan zou artikel 24 kunnen worden aangevuld met een bepaling op basis waarvan bij algemene maatregel van bestuur bedrijfssectoren kunnen worden aangewezen, omdat zij een monopolistisch karakter hebben. Vervolgens zouden dan ondernemingen met een economische machtspositie in een zodanige bedrijfssector zich aan ex ante geldende verplichtingen moeten houden. Dat kunnen lichte verplichtingen zijn, zoals transparantieplichtingen, gescheiden boekhouding en financiële

verslaglegging, of zware verplichtingen, zoals voorafgaande goedkeuring van tarieven, verschaffen van toegang tot essentiële voorzieningen, doorgangsrechten, collocatie en gedeeld gebruik van faciliteiten.

c. *Artikel 24 en controle op ondernemingen met een economische machtspositie*

De onderzoekers constateren bij de evaluatie tevens dat er politieke en maatschappelijke ontevredenheid bestaat over de uitkomsten van sommige marktprocessen, zonder dat deze worden veroorzaakt door misbruik van een economische machtspositie. Artikel 24 is niet het geëigende instrument om daartegen maatregelen te kunnen nemen. Wat men in feite op basis van bepaalde politieke overwegingen wil is dat aan ondernemingen met een economische machtspositie vooraf bepaalde regels worden opgelegd en dat wordt gecontroleerd of zij zich daaraan houden. Die regels hebben echter niet tot doel concurrentie te bevorderen of in stand te houden, maar om bepaalde, niet gewenste uitkomsten van het marktproces te voorkomen. Voor een zodanige controle zijn vrij vergaande vormen van toezicht nodig, zoals voorafgaande goedkeuring van tarieven.

2.3 *Probleemstelling*

De conclusies van de evaluatie geven mij aanleiding tot de volgende vragen.

a. *Bestrijding van misbruik*

- *Verdient het aanbeveling nader te bezien hoe de toepassing van artikel 24 als instrument om misbruik van een economische machtspositie tegen te gaan kan worden versterkt?*
- *Zo ja, moet die versterking dan worden gezocht in prioriteitenstelling door de NMa of in het opleggen aan ondernemingen met een economische machtspositie van bepaalde wettelijke verplichtingen?*
- *In het geval die versterking in wettelijke verplichtingen zou moeten worden gezocht, zou dan kunnen worden volstaan met relatief lichte verplichtingen, zoals het voeren van een gescheiden en doorzichtige boekhouding of in het expliciteren in de Mededingingswet van vormen van verboden misbruik?*

De conclusie van de evaluatie komt, kort gezegd, hierop neer dat toepassing weliswaar niet eenvoudig is, maar dat dat nu eenmaal inherent is aan de ingewikkelde mededingingsproblematiek en dat de NMa in gevallen waarin van werkelijk misbruik sprake is, uiteindelijk toch wel kan optreden. Dit neemt niet weg dat met name het vaststellen of sprake is van enige vorm van misbruik, en het vergaren en bewerken van informatie voor de toepassing daarvan veel tijd kost. De vraag dringt zich daarom op, of niet toch bezien zou moeten worden of de toepassing van artikel 24 voor de NMa niet kan worden vergemakkelijkt, zodat zij ook meer zaken kan aanpakken.

- *Monitoren van bedrijfssectoren*

Een mogelijkheid daartoe waarvoor geen wetswijziging nodig is, is het monitoren van bedrijfssectoren om te kunnen vaststellen in welke bedrijfssectoren sprake is van een beperkte concurrentie en het risico van misbruik derhalve groter is. Met name de ambtshalve toepassing door de NMa van artikel 24 zou zich vooral op die bedrijfssectoren moeten richten. Dit is echter een kwestie van prioriteitenstelling en is op zichzelf nog geen versterking van artikel 24 als zodanig.

- *Administratieve regels*

Bij versterking zou men kunnen denken aan regels voor ondernemingen met een economische machtspositie inzake een gescheiden boekhouding en het vastleggen welk boekhoudkundig systeem wordt toegepast. Het gaat dan om het soort administratieve regels als die welke ingevolge de implementatie van de EG-transparantierichtlijn al gelden voor ondernemingen met bijzondere of uitsluitende rechten en ondernemingen met een taak van algemeen economisch belang waarvoor zij staatssteun ontvangen.

- *Expliciteren van economische machtspositie en van misbruik*

Een verdergaande variant is die waarbij in de Mededingingswet naast de definitie van een economische machtspositie, inclusief die van een collectieve machtspositie, een niet exclusieve lijst

wordt opgenomen van factoren die bij de beoordeling een rol spelen. Bovendien wordt in de wet bepaald dat een weerlegbaar vermoeden van het bestaan van een economische machtspositie, inclusief een collectieve economische machtspositie, aanwezig is bij een bepaald marktaandeel. Daarnaast kan in de wet een niet-exclusieve lijst met vormen van verboden misbruik worden opgenomen. Een voorbeeld zouden wellicht kunnen zijn de artikel 19 en 20 uit het Duitse Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Wat systematiek betreft zou een zodanige explicitering afwijken van de EG-mededingingsregels. Het is in ieder geval van belang dat bij deze explicitering van economische machtspositie en misbruik inhoudelijk binnen de grenzen van de Europese mededingingsregels wordt gebleven.

- b. *Op gang brengen van concurrentie in transitie sectoren*
- *In welke opzichten is artikel 24 ontoereikend om concurrentie op gang te brengen in bedrijfssectoren waarvan de verwachting bestaat dat, gegeven de marktstructuur, niet snel concurrentie zal kunnen ontstaan? Te denken valt aan netwerksectoren waar tot voor kort overheidsmonopolies werkzaam waren, en andere transitie sectoren.*
 - *Is het denkbaar en wenselijk specifieke bepalingen, bijvoorbeeld via basisbepalingen die bij algemene maatregel van bestuur moeten worden ingevuld, zodanig vorm te geven dat zij in alle gevallen toepasbaar zijn waarin sprake is van bedrijfssectoren waar, gezien de marktstructuur, niet snel concurrentie zal ontstaan?*

Volgens de evaluatie is artikel 24 ontoereikend als instrument om de concurrentie op gang te brengen in netwerksectoren waar tot voor kort overheidsmonopolies werkzaam waren. Als dat zo is, zou dat ook moeten gelden voor alle bedrijfssectoren waarvan het vermoeden bestaat dat daar, gegeven de marktstructuur, niet snel concurrentie zal ontstaan, maar dat op termijn wel mogelijk moet zijn. Het gaat daarbij niet om (netwerk)sectoren waarvoor reeds sectorspecifieke wetten met sectorspecifieke mededingingsregels gelden.

De vraag is echter, in welke opzichten artikel 24 dan niet voldoet. Het is van belang eerst hierover duidelijkheid te verkrijgen, omdat alleen dan kan worden bepaald of, en zo ja welke, specifieke bepalingen nodig zijn.

- Specifieke bepalingen

Deze zijn specifiek in die zin dat zij niet in het algemeen gelden, maar alleen voor specifieke bedrijfssectoren. Wat die bepalingen betreft valt in de eerste plaats te denken aan wat lichtere verplichtingen zoals bedoeld onder a, bijvoorbeeld transparantieverplichtingen, verplichtingen tot gescheiden boekhouding en verplichting tot het voeren van een bepaald boekhoudmodel. Het is echter ook denkbaar dat zwaardere verplichtingen nodig zijn, zoals verplichtingen inzake voorafgaande goedkeuring van tarieven, verschaffen van toegang tot essentiële voorzieningen, doorgangsrechten, collocatie en gedeeld gebruik van faciliteiten.

- Algemene voorziening voor het opleggen van specifieke verplichtingen

De bedoelde lichtere zowel als zwaardere specifieke bepalingen komen nu al voor in verschillende bestaande sectorwetten. De vraag is of het niet wenselijk is daarnaast een algemene wettelijke voorziening te creëren die het mogelijk maakt in voorkomende gevallen voor andere bedrijfssectoren dan die waarvoor reeds sectorspecifieke wetten met sectorspecifieke mededingingsregels gelden, specifieke verplichtingen vast te stellen. Te denken valt aan een wettelijke bepaling op basis waarvan bij algemene maatregel van bestuur een bedrijfssector voor een bepaalde periode wordt aangewezen. Die aanwijzing zou dan tot gevolg hebben dat ondernemingen met een economische machtspositie in die bedrijfssector aan bepaalde verplichtingen zijn gebonden of aan bepaald toezicht zijn onderworpen. Desgewenst zou ook kunnen worden bepaald dat de NMa de ondernemingen zou kunnen aanwijzen en ook zou kunnen bepalen aan welke verplichtingen die zouden moeten voldoen.

c. *Controle op ondernemingen met een economische machtspositie*

- *Is het wenselijk dat in de Mededingingswet de mogelijkheid wordt gecreëerd om aan ondernemingen met een economische machtspositie verplichtingen op te leggen met als*

doelstelling te voorkomen dat het marktproces leidt tot maatschappelijk gezien onbevredigende uitkomsten?

- *Zou een zodanige taak passen binnen de doelstellingen van de Mededingingswet?*

De onderzoekers constateren in de evaluatie dat er wel eens politieke en maatschappelijke onvrede bestaat ten aanzien van de uitkomsten van bepaalde marktprocessen, zonder dat die uitkomsten het gevolg zijn van misbruik van een economische machtspositie. De oorzaak van die uitkomsten is de gebrekkige concurrentiestructuur van de desbetreffende markt waarin ondernemingen met een economische machtspositie participeren. Als men uit politieke overwegingen vindt dat de NMa op basis van de Mededingingswet in zodanige gevallen moet kunnen optreden, dan dient men daartoe volgens de onderzoekers een vorm van ex ante toezicht te overwegen.

Aan wat voor onwenselijke uitkomsten van marktprocessen wordt gedacht, wordt niet aangegeven. Het kan daarom, naar ik aanneem, om zeer uiteenlopende uitkomsten gaan, zoals te hoge tarieven, toetredingsbelemmeringen, onvoldoende investeringen en onvoldoende serviceverlening als gevolg van het ontbreken van concurrentie. Ook de vormen van ex ante toezicht waaraan wordt gedacht, worden niet aangegeven, maar waarschijnlijk betreft het zwaardere vormen, zoals tarieftoezicht ("price caps"), toegangsregels, de verplichting investeringen te doen en service te verlenen.

Of zodanige bevoegdheden binnen de doelstellingen van de Mededingingswet vallen, is zeer de vraag. Aan de ene kant kan men betogen dat het toch gaat om het tegengaan van onwenselijke uitkomsten die het gevolg zijn van een gebrekkige marktstructuur en om het bijsturen van marktprocessen. Aan de andere kant is het niet aannemelijk dat het gaat om bedrijfssectoren waar concurrentie mogelijk is, zelfs niet op langere termijn. Het opleggen van bepaalde verplichtingen aan ondernemingen met een economische machtspositie is er in dit soort gevallen dan ook niet op gericht de concurrentie weer op gang te helpen. Het beperkt zich ertoe om, gegeven de gebrekkige marktstructuur, de onwenselijke uitkomsten daarvan te corrigeren door rechtstreeks ingrijpen in het marktgedrag van ondernemingen. Verder valt op te merken dat het om een zeer zware vorm van toezicht gaat die zowel voor de overheid als voor het betrokken bedrijfsleven aanzienlijke administratieve lasten met zich kan brengen.

3 Versterking van de positie van de consument onder de Mededingingswet

3.1 Achtergrond

In het algemeen valt een verlangen waar te nemen naar een actievere houding van de overheid op het terrein van de consumentenbescherming. Zo krijgen toezichthouders als NMa, DTe en OPTA steeds vaker te maken met rechtstreekse verzoeken van consumenten om op te treden tegen bepaalde marktgedragingen.

Ook het kabinet acht die actievere houding van groot belang. Dat bleek bijvoorbeeld uit de reactie van de staatssecretaris van Economische Zaken tijdens het algemeen overleg met de vaste commissie voor Economische Zaken van de Tweede Kamer op 7 februari jl. over de nota Versterking van de positie van de consument (de zogenaamde Consumentenbrief)¹. Tijdens dit overleg gaf de Tweede Kamer aan dat de NMa met het oog op het draagvlak en de geloofwaardigheid steeds duidelijk aan moet geven welk consumentenbelang gediend wordt. De staatssecretaris heeft toen toegezegd onder meer door internationale vergelijking te laten onderzoeken of het toezicht op het belang van de consument goed functioneert. Op dit moment is nog onduidelijk of deze internationale vergelijking bruikbare voorstellen oplevert, die mogelijk zouden kunnen leiden tot aanpassing van de Mededingingswet.

Afgezien van dat onderzoek wil het kabinet ook nog op andere manieren nagaan of er nog mogelijkheden zijn om de positie van de consument te versterken.

3.2 Conclusies van de evaluatie

¹ Kamerstukken 2001/02, 27 879, nr. 1.

De meer algemene relatie tussen mededinging en de positie van de consument is in de evaluatie niet aan de orde gesteld. Wel hebben de onderzoekers uitgebreid aandacht besteed aan de vraag wanneer consumenten en consumentenorganisaties belanghebbende zijn. De onderzoekers concluderen dat toepassing van de criteria van de Algemene wet bestuursrecht ertoe leidt dat individuele consumenten in het algemeen niet als belanghebbende kunnen worden aangemerkt. Deze interpretatie sluit aan bij de strikte Europese inkleuring van het begrip "belanghebbende". Concurrenten daarentegen kunnen wel als zodanig worden aangemerkt. Individuele consumenten zijn vaak niet 'rechtstreeks getroffen' door het besluit of hebben geen 'bijzonder persoonlijk belang'.

De onderzoekers stellen vast dat het feit dat individuele consumenten in het algemeen niet als belanghebbende kunnen worden aangemerkt, waarschijnlijk deels zou kunnen worden opgelost door het oprichten van een stichting of een vereniging met een statutaire doelstelling die is gericht op behartiging van het desbetreffende consumentenbelang (artikel 1:2 lid 3 Awb). In zaken waarin (mede) een klacht door de Consumentenbond is ingediend, is echter tot op heden niet expliciet bepaald dat deze als belanghebbende kan worden aangemerkt. Daarnaast merken de onderzoekers op dat de dg NMa in veel gevallen naar aanleiding van een klacht een (beperkt) ambtshalve onderzoek instelt (een inhoudelijke beoordeling van de zaak). Beoordeling van de vraag of de klager belanghebbende is blijft in deze primaire fase meestal achterwege. In de bezwaarfase speelt het begrip "belanghebbende" bij de NMa wel een rol en is de individuele consument in de regel geen belanghebbende.

Alles overziende concluderen de onderzoekers dat het niet gewenst lijkt of het in ieder geval op dit moment nog te vroeg is om met betrekking tot de consument als belanghebbende een specifieke regeling in de Mededingingswet op te nemen.

3.3 Probleemstelling

De conclusies van de evaluatie geven mij aanleiding tot de volgende vragen:

- a. *Biedt de mogelijkheid voor individuele consumenten om via consumentenorganisaties bij de NMa aandacht te vragen voor gerezen klachten een oplossing voor het probleem dat individuele consumenten in het algemeen niet als belanghebbenden worden aangemerkt?*

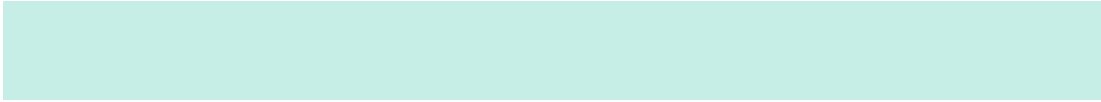
Volgens de onderzoekers moet het oplossend vermogen van deze mogelijkheid zich in de praktijk nog bewijzen. Essentieel om van deze mogelijkheid gebruik te kunnen maken is, dat een stichting of vereniging een doelstelling moet hebben gericht op het behartigen van een bepaald consumentenbelang. Het is dus niet voldoende dat de vereniging of stichting het consumentenbelang in het algemeen behartigt. Het is de vraag of het aantal van zodanige verenigingen en stichtingen zodanig groot is dat de voornaamste specifieke consumentenbelangen vertegenwoordigd zijn.

- b. *Zou het voorzien in de Mededingingswet van de systematiek van zogenaamde "super complaint" de positie van verenigingen of stichtingen met als statutaire doelstelling het behartigen van een bepaald consumentenbelang kunnen versterken?*

De systematiek van de "super complaint" is ontleend aan de Engelse Enterprise Act en houdt het volgende in. De Engelse Minister van Economische Zaken heeft de bevoegdheid om consumentenorganisaties aan te wijzen die een bepaald consumentenbelang vertegenwoordigen. Als een aangewezen consumentenorganisatie een klacht indient, moet de Engelse mededingingsautoriteit binnen 90 dagen laten weten of zij de klacht in behandeling neemt en, zo ja, wat zij daarmee gaat doen.

- c. *Zijn er nog andere manieren om de positie van de consument onder de Mededingingswet te versterken?*

Bij de beantwoording van deze vraag zou in beginsel zowel gedacht kunnen worden aan Wellicht zijn er nog andere manieren dan die genoemde onder a. en b. Daarbij behoeft niet alleen aan wettelijke voorzieningen te worden gedacht.



Samenstelling Commissie Mededinging en Ordening

leden

plaatsvervangende leden

Onafhankelijke leden

prof.dr. A.H.J. Kolnaar (voorzitter)
 prof.dr. E.E.C. van Damme
 prof.mr. M.R. Mok
 prof.mr. P.J. Slot

Ondernemersleden

mevrouw mr. S.C.K. van Dijk (MKB-Nederland)
 drs. J.J.M. Rats (MKB-Nederland)
 drs. P.G.J. Janssen (Vereniging VNO-NCW)
 mr. A.C.P.J. Vermeulen (Vereniging VNO-NCW)

mr. H.G.J.E. Plagge
 mr. P.M.A.L. Plompen

Werknemersleden

drs. H.J. Leemreize (FNV)
 mr. H. van Steenberg (FNV)
 drs. E.R. Haket (MHP)
 mevrouw mr. F. Madani (CNV)

Consumentenlid

drs. W. Koole (Consumentenbond)

M.B.L. van der Velde

Adviserend lid

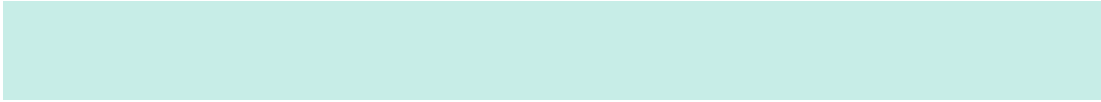
dr. M.F.M. Canoy (CPB)

Ministeriële vertegenwoordigers

J.J. Blok (VROM)
 drs. R.P.J. Bol (LNV)
 drs. D.P. van den Bosch (Jus)
 mr. W.J. Pedroli (BZK)
 mr. F.A. Vreedenburgh (EZ)
 drs. C.G.A. Wijnker (Fin)

Secretariaat

drs. N.A. Bloem
 drs. L.A.W. Tieben



De evaluatie van de Mededingingswet

De adviesaanvraag wijst naar de evaluatie van de Mw als inspiratiebron van de aan de SER voorgelegde vragen. In deze bijlage worden de hoofdconclusies van deze evaluatie op een rij gezet.

Vraagstelling

De hoofdvragen van de evaluatie kunnen als volgt worden samengevat:

- Heeft de Mw de doelstellingen gerealiseerd die de wetgever bij de invoering van de wet in 1998 voor ogen stonden?
- Functioneert de handhaving (bestuursrechtelijk en civielrechtelijk) voldoende?
- Biedt de Mw voldoende mogelijkheden voor de NMa om de kernartikelen van de wet (kartelverbod, verbod op misbruik van economische machtspositie en concentratiecontrole) effectief uit te voeren en toe te passen?
- Is de Mw door de NMa doelmatig gehandhaafd? Zijn daarbij de juiste prioriteiten gesteld?

Opzet

Voor de evaluatie zijn verschillende onderzoeken uitgevoerd. Zo zijn de juridische aspecten van de vraagstelling in een apart onderzoek aan de orde gesteld. De andere onderzoeksrapporten (opgesteld door diverse instellingen) hebben betrekking op de volgende deelvragen:

- doelmatigheid van de handhaving;
- samenwerking in het mkb en de Mededingingswet;
- de afbakening van de relevante markt;
- marktwerking en ICT.

De voornaamste conclusie zijn bijeengebracht in een syntheserapport waarin tevens conclusies worden getrokken. Deze conclusies zijn overigens voor rekening van de onderzoekers. De minister van Economische Zaken heeft de evaluatierapporten bij brief van 31 mei 2002 aan de Tweede Kamer aangeboden¹. De brief bevat alleen een feitelijke weergave van de resultaten. Wegens de demissionaire status van het kabinet op dat moment heeft de minister zich van commentaar onthouden.

Algemene conclusies

De hoofdconclusie van de evaluatie is dat de Mw de afgelopen vier jaar heeft bijgedragen aan betere concurrentieverhoudingen. De wet functioneert dus over het algemeen goed. Sterke punten die worden gesignaleerd zijn:

- De behoorlijk doeltreffende en doelmatige wijze van opereren van de NMa (de NMa heeft de juiste prioriteiten gesteld en een groot aantal ontheffingsaanvragen behandeld).

¹ Zie: Brief van de Minister van Economische Zaken aan de voorzitter van de Tweede Kamer, 31 mei 2002.

- De toepassing van het kartelverbod blijkt effectief.
- Het concentratietoezicht heeft goed gefunctioneerd.

Verbeteringen moeten worden gezocht bij:

- handhaving van het verbod van misbruik van een economische machtspositie;
- toepassing van de Mw in gevallen waar sprake is van een nauwe vervlechting tussen markt en overheid;
- civielrechtelijke handhaving, die onvoldoende van de grond komt omdat de rechter onvoldoende is ingevoerd in de problematiek;
- professionalisering van het proactieve handhavingsbeleid van de NMa.

De resultaten van de afzonderlijke deelrapporten hebben geen verstrekkende gevolgen voor de algemene conclusies. Zo is er geen aanleiding om de huidige benadering bij het afbakenen van de relevante markt te herzien en lijkt de Mw grosso modo ICT-bestendig². Uit het onderzoek over samenwerking in het mkb komt naar voren dat de invoering van de Mw in 1998 geen negatieve gevolgen heeft gehad voor de ontwikkeling van het mkb. Wel wordt er door geïnterviewde ondernemers op aangedrongen om de drempels voor de bagatelvrijstelling te verhogen.

Kartelverbod

Het oordeel van de onderzoekers over de effectiviteit van het kartelverbod is in grote lijnen positief. Dit oordeel wordt onderbouwd door nader onderzoek in tien casestudies. Hierbij kon worden vastgesteld dat het kartelverbod ook daadwerkelijk tot meer concurrentie heeft geleid. Daarnaast hebben de onderzoekers als positief geoordeeld dat de NMa bij toepassing van het kartelverbod meer rekening is gaan houden met de economische omstandigheden van concrete gevallen (economische benadering). Dat blijkt uit het feit dat de NMa bij de bagatelbepaling ook de ‘de minimis-regeling’ heeft gebruikt. Deze regeling kijkt in tegenstelling tot de bagatelvrijstelling in de Mw naar de marktaandelen van betrokken ondernemingen zodat bij de beoordeling of een kartel onder de bagatelvrijstelling valt beter naar specifieke marktomstandigheden kan worden gekeken. Ook hanteert de NMa de zogenoemde ‘rule of reason’ die inhoudt dat de positieve effecten van een mededingingsafpraak worden afgewogen tegen de negatieve effecten ervan³.

Aan de andere kant vragen de onderzoekers die de evaluatie hebben uitgevoerd zich af of de NMa de ruimte die er in het Europese recht is voor het meewegen van niet-economische effecten bij toepassing van deze ‘rule of reason’ wel voldoende benut. Dit kan een gevolg zijn van onzekerheid over de invulling van het begrip niet-economische effecten (in dit verband wordt ook gewezen op een zekere voorzichtigheid bij de NMa). De onderzoekers stellen dat wanneer de term economische vooruitgang wordt geïnterpreteerd

2 Het gaat hier om de vraag of de marktkenmerken van de ICT-sector een probleem vormen voor toepassing van de Mw.

3 Dit is een opvatting van de opstellers van het evaluatierapport die voor discussie vatbaar is. Zie hiervoor: par. 4.2.

met behulp van het zogenoemde welvaartsbegrip ook zaken als milieu en volksgezondheid kunnen worden meegewogen bij de beoordeling van ontheffingsverzoeken. Een andere conclusie in deze categorie is dat bekeken zou moeten worden of de bagateldrempels opgetrokken moeten worden. Mkb-bedrijven zijn van mening dat op dit moment een te beperkt aantal kartelafspraken gebruik kan maken van de bagatelvrijstelling waardoor de mogelijk gunstige effecten van deze afspraken voor het mkb verloren gaan.

Verbod van misbruik van een economische machtspositie

Artikel 24 Mw, waarin het verbod van misbruik van een economische machtspositie is geregeld, wordt minder vaak toegepast dan het kartelverbod. In de periode 1998-2001 heeft de NMa 56 besluiten genomen inzake vermeend misbruik van een economische machtspositie en in 5 gevallen werd vastgesteld dat sprake was van misbruik.

Volgens de onderzoekers is het in de praktijk niet eenvoudig om een bepaalde gedraging als misbruik te kwalificeren. Bijvoorbeeld, bij uitsluiting in de vorm van prijszonderbieding en prijsdiscriminatie speelt de vraag bij welk prijsniveau geen sprake meer is van misbruik.

Daarnaast komen er van verschillende kanten pleidooien voor meer interventiemogelijkheden op basis van artikel 24 Mw. De handhaving geschiedt nu achteraf, als misbruik daadwerkelijk kan worden vastgesteld. Artikel 24 Mw zou volgens de onderzoekers versterkt kunnen worden zodat ingrijpen vooraf mogelijk wordt. Het gaat dan om gedragsregels zoals het voeren van een meer transparante boekhouding. Deze regels zouden ex ante kunnen worden opgelegd aan ondernemingen waarvan is vastgesteld dat ze een economische machtspositie hebben.

De evaluatie ziet lichte vormen van ex ante toezicht als een reële mogelijkheid. Voor zwaardere vormen wordt eerst nader onderzoek naar de omvang van de ervaren problematiek aanbevolen.

Ten slotte wijst de evaluatie bij dit thema op de verschoven verwachtingspatronen. Politieke en maatschappelijke ontevredenheid over de uitkomst van bepaalde marktprocessen is soms aanleiding om te pleiten voor ingrijpen door de NMa op basis van artikel 24 Mw, terwijl er in formele zin geen overtreding van de Mw heeft plaatsgevonden. Het doel is uitsluitend om marktprocessen bij te sturen.

Concentratietoezicht

Concentratiecontrole is een nieuw element in het Nederlandse mededingingsbeleid. De evaluatie concludeert dat het huidige systeem sinds 1998 over het algemeen goed heeft gefunctioneerd. Dit oordeel is mede gebaseerd op interviews met betrokkenen uit advocatuur en bedrijfsleven. Wel wordt opgemerkt dat op een aantal procedurele punten verschillen met het Europese systeem van concentratiecontrole zijn ontstaan. De evaluatie doet twee aanbevelingen om deze verschillen te verkleinen.

Vervlechting markt en overheid

De vervlechting van markt en overheid blijkt voor problemen in het mededingingsbeleid te zorgen. Dit betreft vooral de toepassing van artikel 16 Mw dat overeenkomsten onder overheidstoezicht vrijstelt van het kartelverbod. In de praktijk blijkt dit artikel volgens respondenten moeilijk toe te passen. De evaluatie beveelt aan de werking van artikel 16 Mw te laten beëindigen. Dit zou in overeenstemming zijn met de oorspronkelijk wens van de wetgever die in 1998 een tijdelijke werking van het artikel voor ogen stond. Ook vallen er volgens de onderzoekers door toepassing van dit artikel gaten in het mededingingstoezicht (het betreffende overheidstoezicht is meestal niet gericht op het waarborgen van gelijke concurrentieverhoudingen).

Bestuursrechtelijke handhaving

Ten aanzien van de bestuursrechtelijke handhaving worden drie problemen gesignaleerd. In de eerste plaats is in de Mw vastgelegd dat een sanctiebeschikking wordt geschorst op het moment dat daar beroep of bezwaar tegen wordt aangetekend. Dit zou een daadkrachtige handhaving van de Mw in de weg staan. In de tweede plaats gaat de NMa terughoudend om met het toepassen van een voorlopige last onder dwangsom. Deze sanctie wordt slechts in noodsituaties toegepast. Er zouden mede hierdoor momenteel onvoldoende mogelijkheden bestaan om in spoedeisende gevallen een voorlopige maatregel te verkrijgen. De evaluatie beveelt aan om te bezien of er mogelijkheden zijn om het opleggen van een voorlopige last onder dwangsom door de NMa makkelijker te maken. In de derde plaats wordt aanbevolen om te onderzoeken of de NMa meer bevoegdheden kunnen worden toegekend. Hierbij wordt gedacht aan de mogelijkheid tot het doorzoeken van archieven en het met een machtiging kunnen betreden van een woning.

Prioriteitstelling

De NMa geeft in zijn jaarverslag over 2001 aan dat het belang voor de consument momenteel als een van de belangrijkste doelstellingen van het beleid wordt gezien. De onderzoekers constateren dat deze prioriteit in het daadwerkelijk gevoerde beleid nog onvoldoende duidelijk is waar te nemen. Juist op het terrein van de consumentenbescherming zou deze extra inzet gewenst zijn, gezien de juridische status van de individuele consument onder de Mw. De NMa hanteert volgens de onderzoekers een stringent belanghebbende begrip waardoor consumenten over het algemeen niet als zodanig worden aangemerkt. Daardoor hebben consumenten weinig mogelijkheden voor een beroep op de Mw.

Publicatieoverzicht

Adviezen

<i>Evaluatie en aanpassing Mededingingswet</i> 2003, 128 pp., ISBN 90-6587-846-7, bestelnr. 03/06	€ 6,80
<i>Naar een nieuw werkprogramma MAC-waarden</i> 2003, 54 pp., ISBN 90-6587-851-3, bestelnr. 03/05	€ 5,65
<i>Kennis maken, kennis delen</i> 2003, 106 pp., ISBN 90-6587-850-5, bestelnr. 03/04	€ 6,80
<i>Aanpassing Arbeidstijdenwet</i> 2003, 84 pp., ISBN 90-6587-849-1, bestelnr. 03/03	€ 5,65
<i>Duurzaamheid vraagt om openheid; op weg naar een duurzame consumptie</i> 2003, 90 pp., ISBN 90-6587-848-3, bestelnr. 03/02	€ 5,65
<i>Conventie over de toekomst van Europa</i> 2003, 82 pp., ISBN 90-6587-843-2, bestelnr. 03/01	€ 5,65
<i>Verruiming zeggenschap werknemers over arbeidstijden</i> 2002, 68 pp., ISBN 90-6587-839-4, bestelnr. 02/14	€ 5,65
<i>Bemiddeling in Financiële diensten</i> 2002, 94pp., ISBN 90-6587-838-6, bestelnr. 02/13	€ 6,80
<i>Koersen op vernieuwing</i> 2002, 90 pp., ISBN 90-6587-837-8, bestelnr. 02/12	€ 5,65
<i>Normering piekblootstelling organische oplosmiddelen</i> 2002, 48 pp., ISBN 90-6587-836-X, bestelnr. 02/11	€ 5,65
<i>Het nieuwe leren</i> 2002, 118 pp., ISBN 90-6587-826-2, bestelnr. 02/10	€ 6,80
<i>Innovatie voor duurzaam voedsel en groen</i> 2002, 88 pp., ISBN 90-6587-827-0, bestelnr. 02/09	€ 5,65
<i>Sociaal-economisch beleid 2002-2006</i> 2002, 288 pp., ISBN 90-6587-821-1, bestelnr. 02/08	€ 12,45
<i>Nationale strategie voor duurzame ontwikkeling</i> 2002, 36 pp., ISBN 90-6587-823-8, bestelnr. 02/07	€ 5,65
<i>Nieuwe risico's</i> 2002, 100 pp., ISBN 90-6587-824-6, bestelnr. 02/06	€ 6,80
<i>Werken aan arbeidsgeschiktheid</i> 2002, 366 pp., ISBN 90-6587-818-1, bestelnr. 02/05	€ 14,75
<i>Nationale CO₂-emissiehandel in Europees perspectief</i> 2002, 64 pp., ISBN 90-6587-817-3, bestelnr. 02/04	€ 5,65
<i>Steden op koers</i> 2002, 86 pp., ISBN 90-6587-813-0, bestelnr. 02/03	€ 5,65

<i>EU en de vergrijzing</i>	
2002, 96 pp., ISBN 90-6587-812-2, bestelnr. 02/02	€ 6,80
<i>Aanvullend advies Nieuwe Pensioenwet</i>	
2002, 58 pp., ISBN 90-6587-811-4, bestelnr. 02/01	€ 5,65
<i>Nationaal Milieubeleidsplan 4</i>	
2001, 58 pp., ISBN 90-6587-807-6, bestelnr. 01/08	€ 5,65
<i>Vijfde Nota Ruimtelijke Ordening</i>	
2001, 114 pp., ISBN 90-6587-802-5, bestelnr. 01/07	€ 6,80
<i>Nieuwe Pensioenwet</i>	
2001, 222 pp., ISBN 90-6587-790-8, bestelnr. 01/06	€ 10,20
<i>Natuur voor mensen, mensen voor natuur</i>	
2001, 66 pp., ISBN 90-6587-783-5, bestelnr. 01/05	€ 5,65
<i>Arbeidsmobiliteit in de EU</i>	
2001, 142 pp., ISBN 90-6587-777-0, bestelnr. 01/04	€ 6,80
<i>Nationaal Verkeers- en Vervoersplan 2001-2020</i>	
2001, 84 pp., ISBN 90-6587-776-2, bestelnr. 01/03	€ 5,65
<i>Het functioneren en de toekomst van de structuurregeling</i>	
2001, 126 pp., ISBN 90-6587-773-8, bestelnr. 01/02	€ 6,80
<i>Koers BVE</i>	
2001, 116 pp., ISBN 90-6587-772-X, bestelnr. 01/01	€ 6,80
<i>Naar een gezond stelsel van ziektekostenverzekeringen</i>	
2000, 200 pp., ISBN 90-6587-770-3, bestelnr. 00/12	€ 10,20
<i>De winst van waarden</i>	
2000, 146 pp., ISBN 90-6587-771-1, bestelnr. 00/11	€ 6,80
<i>Toekomstgericht woonbeleid</i>	
2000, 50 pp., ISBN 90-6587-758-4, bestelnr. 00/10	€ 5,65
<i>Meerjarennota Emancipatiebeleid</i>	
2000, 78 pp., ISBN 90-6587-756-8, bestelnr. 00/09	€ 5,65

Rapporten

<i>Witte vlekken op pensioengebied, quick scan 2001</i>	
2002, 94 pp., ISBN 90-6587-815-7	€ 6,80
<i>CSED-rapport: Levensloopbanen: gevolgen van veranderende arbeidspatronen</i>	
2001, 140 pp., ISBN 90-6587-797-5	€ 6,80
<i>CSED-rapport Gezondheidszorg in het licht van de toekomstige vergrijzing</i>	
1999, 198 pp., ISBN 90-6587-720-7	€ 11,35
<i>CSED-rapport Economische dynamiek en sociale uitsluiting</i>	
1997, 220 pp., ISBN 90-6587-656-1	€ 11,35
<i>CSED-rapport Arbeidsmarkt, informatietechnologie en internationalisering</i>	
1996, 189 pp., ISBN 90-6587-610-3	€ 11,35

Samenvattingen

02/10N <i>Het nieuwe leren</i> 2002, 20 pp., ISBN 90-6587-819-X	gratis
02/08N <i>Sociaal-economisch beleid 2002-2006</i> 2002, 40 pp., ISBN 90-6587-820-3	gratis
02/05N <i>Werken aan arbeidsgeschiktheid</i> 2002, 32 pp., ISBN 90-6587-819-X	gratis
01/02N <i>Het functioneren en de toekomst van de structuurregeling</i> 2001, 20 pp., ISBN 90-6587778-9	gratis
00/12N <i>Naar een gezond stelsel van ziektekostenverzekeringen</i> 2000, 34 pp., ISBN 90-6587-774-6	gratis
98/07N <i>Naar een robuust belastingstelsel</i> 1998, 38 pp.	gratis
98/08N <i>Sociaal-economisch beleid 1998-2002</i> 1998, 38 pp.	gratis

Vertaalde samenvattingen

03/01E <i>Convention on the Future of Europe</i> 2003, 18 pp., ISBN 90-6587-842-4	gratis
03/01F <i>La Convention sur l'avenir de l'Europe</i> 2003, 18 pp., ISBN 90-6587-844-0	gratis
02/02E <i>Ageing population and the EU</i> 2002, 18 pp., ISBN 90-6587-828-9	gratis
02/05D <i>Der Empfehlung zur Erhöhung der Arbeitsfähigkeit und zur Erwerbunfähigkeitversicherung</i> 2002, 42 pp., ISBN 90-6587-831-9	gratis
02/05E <i>Working on occupational disability - policy proposals</i> 2002, 38 pp., ISBN 90-6587-829-7	gratis
02/05F <i>Ouvrier pour l'aptitude à l'emploi</i> 2002, 40 pp., ISBN 90-6587-830-0	gratis
02/08/F <i>Politique économique et sociale de 2002 à 2006</i> 2002, 40 pp., ISBN 90-6587-822-X	gratis

02/08D	<i>Sozial- und Wirtschaftspolitik 2002-2006</i>	
	2002, 40 pp., ISBN 90-6587-832-7	gratis
02/08E	<i>Social and Economic Policy 2002-2006</i>	
	2002, 36 pp., ISBN 90-6587-835-1	gratis
02/10E	<i>The New Learning - Advisory report on lifelong learning in the knowledge-based economy</i>	
	2002, 20 pp., ISBN 90-6587-825-4	gratis
01/01E	<i>Steering a course for BVE</i>	
	2001, 22 pp., ISBN 90-6587-787-8	gratis
01/02D	<i>Vorschläge zur gesetzlichen Regelung des Aufsichtsrats bei Grossunternehmen</i>	
	2001, 24 pp., ISBN 90-6587-780-0	gratis
01/02E	<i>The Functioning and future of the Structure Regime</i>	
	2001, 26 pp., ISBN 90-6587-779-7	gratis
01/02F	<i>L'avenir des règles applicables à la structure des grandes sociétés</i>	
	2001, 25 pp., ISBN 90-6587-781-9	gratis
01/03E	<i>National Traffic and Transport Plan 2001-2020</i>	
	2001, 16 pp., ISBN 90-6587-791-6	gratis
01/04E	<i>Labour mobility in the European market</i>	
	2001, 16 pp., ISBN 90-6587-782-7	gratis

Algemeen

<i>SER-adviezen</i>	
Een jaarabonnement op adviezen die de SER uitbrengt	€ 90,75
<i>SER-bulletin</i>	
Maandelijkse uitgave met nieuws en informatie over de SER en de Stichting van de Arbeid	
Abonnement per kalenderjaar	€ 24,95
<i>De Sociaal-Economische Raad belicht</i>	
(folder)	gratis
<i>Knipselkrant</i>	
Achtergrondartikelen en commentaren op sociaal-economisch gebied uit de dag- en weekbladen (dagelijks).	
Jaarabonnement	€ 90,75

Een overzicht van alle SER-uitgaven treft u aan op onze website: www.ser.nl
 Veel teksten kunt u zelf downloaden. Alle uitgaven zijn te bestellen door overmaking van de vermelde prijs op gironummer 33328 ten name van de SER te Den Haag, onder vermelding van bestelnummer of titel.
 Op aanvraag zenden wij u gratis een uitgebreid publicatieoverzicht toe. Telefoon 070 - 3499 505.

The logo for the Sociaal-Economische Raad (SER) consists of the letters 'SER' in a bold, yellow, sans-serif font. The letters are set against a dark blue rectangular background. Above this background, there are three horizontal yellow lines of varying thickness, creating a decorative header element.

Sociaal-
Economische
Raad

Bezuidenhoutseweg 60
Postbus 90405
2509 LK Den Haag

ISBN 90-6587-846-7 / CIP