

Het Europese mededingingsbeleid

M.J.Th. Jorna*

Op basis van art. 85 en 86 van het EG-Verdrag treedt de Europese Commissie steeds strenger op tegen kartelafspraken die de mededinging beperken en de handel tussen lidstaten beïnvloeden. Kartels in dienstverlenende sectoren (telecommunicatie, banken, transport en energie) worden niet meer ontzien. Hetzelfde geldt voor nationale kartels die nog niet door de nationale rechter of kartelautoriteiten zijn verboden. Daarnaast wint het Europese mededingingsbeleid aan kracht door de uitbreiding van het gemeenschapsrecht naar de EVA-landen, en door de intensievere samenwerking met de kartelautoriteiten van de VS, Canada en Japan.

Voor een goed begrip van het Europese mededingingsbeleid ten aanzien van kartels is het van belang dit allereerst te plaatsen in zijn juridisch en economisch kader: het EG-Verdrag. Dit Verdrag is gebaseerd op de gedachte dat een gemeenschappelijke Europese markt waar eenieder onder gelijke voorwaarden vrij kan concurreren de beste voorwaarden schept voor economische vooruitgang, stabiliteit en een hoog welvaartsniveau¹.

Het Verdrag voorziet in een systeem waarbij de Commissie in Brussel erop toeziet dat overheden noch ondernemingen ongerechtvaardigde barrières handhaven of opwerpen die de totstandkoming of het functioneren van deze gemeenschappelijke markt verhinderen danwel beperken.

Als voorbeeld van een verboden overheidsmaatregel kan het Duitse Reinheitsgebot dienen. Deze Duitse wetgeving bepaalde dat bier slechts bereid mocht worden uit gerstemout, hop, gist en water. Zij verbood verder iedere verhandeling van bier waar additieven aan waren toegevoegd. Omdat de brouwers in de andere lidstaten legaal bepaalde additieven aan hun bier toevoegden, konden zij in de praktijk hun bier niet naar Duitsland exporteren. Duitsland beriep zich ter verdediging van zijn wetgeving op de bescherming van de consument. Het Hof van Justitie in Luxemburg (hierna "HJEG") gaf de Commissie evenwel gelijk dat deze wetgeving een ongerechtvaardigde barrière opleverde voor de vrije concurrentie binnen de gemeenschappelijke Europese markt. Zij achtte de consument voldoende beschermd door vermelding van de bij de bereiding van het bier gebruikte grondstoffen op het etiket. De Duitse brouwers konden zich op die manier blijven beroepen op het feit dat hun bier volgens het Reinheitsgebot was gebrouwen terwijl buitenlandse producenten toch ook toegang kregen tot de Duitse markt⁴.

Het is duidelijk dat een afspraak tussen de Duitse brouwers en hun Europese collega's om elkaars thuismarkten te respecteren een vergelijkbaar eco-

nomisch effect zou hebben als de hierboven beschreven wetgeving en daarom op dezelfde manier dient te worden beoordeeld.

Het juridische instrumentarium

Het Europese mededingingsbeleid ten aanzien van gedragingen van ondernemingen is gebaseerd op de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag. Artikel 85 lid 1 verbiedt afspraken tussen ondernemingen die een beperking van de mededinging tot doel of als gevolg hebben en die de handel tussen de lidstaten kunnen beïnvloeden. Tenzij ontheven van dit verbod zijn dergelijke afspraken van rechtswege nietig⁵. Dit betekent dat partijen aan dergelijke afspraken niet gebonden zijn en er zich in rechte niet op kunnen beroepen. De Commissie heeft de exclusieve bevoegdheid om ontheffingen van dit verbod te verlenen. Indien de partijen voor een dergelijke ontheffing in aanmerking willen komen, dienen zij hun afspraak in beginsel bij de Commissie officieel aan te melden. De criteria die de Commissie in haar ontheffingspraktijk hanteert zijn neergelegd in Artikel 85 lid 3. In het kort komt het erop neer dat de Commissie een ontheffing zal verlenen indien de voordelen van een afspraak voor de markt en consument opwegen tegen de nadelen voor de vrije mededinging. De Commissie kan een ontheffing verlenen voor een individuele afspraak – dit gebeurt per Beschikking – of voor een bepaalde categorie van af-

* M.J.Th. Jorna is als administrateur werkzaam bij de Commissie van de Europese Gemeenschappen, DG IV-Concurrentie. Het artikel is geschreven op persoonlijke titel.

1. Zie Artikel 2 en 3.f van het EG-Verdrag.

2. Zie 30, 52, 59, 92 en 95 van het EG-Verdrag.

3. Deze wet is gebaseerd op een gelijkkluidend Decreet van Graaf Georg van Beieren van 1516. De Graaf beoogde hiermee ontduiking van zijn belasting op gerst tegen te gaan.

4. Arrest van het HJEG in de zaak Commissie versus Duitsland, Jur. 1987, blz. 1227.

5. Zie Artikel 85(2) van het EG-Verdrag.

spraken, hetgeen per Verordening plaatsvindt. De laatste vorm wordt ook wel groepsvrijstelling genoemd.

Er bestaan groepsvrijstellingen voor een groot aantal type afspraken, van exclusieve distributie-overeenkomsten tot onderzoek en ontwikkeling of specialisatie-overeenkomsten. Afspraken die binnen het kader van een groepsvrijstelling vallen, behoeven niet bij de Commissie te worden aangemeld. Zij zijn op basis van de groepsvrijstelling direct van het verbod van Artikel 85 lid 1 ontheven.

Artikel 86 verbiedt ondernemingen die zich in een machtspositie bevinden, van deze machtspositie misbruik te maken voor zover dit de handel tussen de lidstaten zou kunnen beïnvloeden. Er bestaat geen mogelijkheid voor ontheffing van dit verbod.

Kartels en de EG-mededingingsregels

Voor het Europese mededingingsbeleid ten aanzien van kartels is met name Artikel 85 van belang. Dit artikel geeft een aantal voorbeelden van verboden mededingingsbeperkingen. De belangrijkste zijn: prijs-, productie-, afzet- en marktverdelingsafspraken. In de praktijk vallen alle klassieke kartelvormen als marktverdelings-,⁶ quoterings-,⁷ prijs-,⁸ collectief exclusief-verkeersafspraken⁹ of de stelselmatige onderlinge gegevensuitwisseling aangaande bedrijfsgeheimen als prijs, productie en afzet¹⁰ onder het verbod van Artikel 85. Voor dergelijke afspraken zijn de vooruitzichten op een ontheffing uiterst gering.

Crisiskartels

Enkel in de situatie dat een bedrijfstak zich voor langere tijd in een crisis bevond en er op middellange termijn geen vooruitzichten op verbetering waren, heeft de Commissie samenwerking gericht op het reduceren van de structurele overcapaciteit – de zogenaamde crisiskartels – van het verbod van Artikel 85 ontheven. Zo onthief de Commissie in 1984 een afspraak tussen de grootste Europese kunstvezelproducenten die tot doel had te komen tot een substantiële reductie van de structurele overcapaciteit in die bedrijfstak. De kunstvezelindustrie bevond zich op dat moment reeds enige jaren in een crisis; de sector werd gekenmerkt door grote verliezen, een relatieve daling van de vraag en een belangrijke overcapaciteit. In deze situatie accepteerde de Commissie een voor partijen bindende afspraak om binnen een periode van drie jaar hun individuele productiecapaciteit met 18% te verminderen door sluiting of afbouw van bepaalde productie-eenheden. De af te stoten productiecapaciteit mocht niet worden verkocht. Alvorens tot deze ontheffing te komen heeft de Commissie er nauwlettend op toegezien dat het crisiskartel de deelnemende ondernemingen niet onnodig in hun commerciële activiteiten zou beperken. Zo mochten geen afspraken worden gemaakt over te hanteren prijzen, verkoopquota of allocatie van klanten dan wel geografische gebieden¹¹.

Trends

Met het verdwijnen van de nationale handelsbarrières binnen de Europese gemeenschappen is het mededingingsbeleid een steeds prominentere rol gaan spelen. In het Europese mededingingsbeleid ten aanzien van kartels zijn met name twee trends zichtbaar. Allereerst is het optreden van de Commissie tegen de

zogenaamde 'klassieke kartels' de laatste jaren geïntensiveerd. Met als opzet deze kartels geheel uit de Europese economie te bannen zijn de opgelegde boetes de laatste jaren gestadig verhoogd¹². Zo moesten Solvay en ICI in 1991 gezamenlijk 32 miljoen gulden betalen voor het verdelen van de markt voor natriumcarbonaat¹³. In dat verband dient te worden opgemerkt dat de deelnemers aan het Nederlandse bouwkartel er met een boete van zo'n 52 miljoen gulden of gemiddeld 13 duizend gulden per individuele onderneming nog genadig van af zijn gekomen¹⁴. Het ziet ernaar uit dat deze trend van steeds hogere boetes in de toekomst zal worden voortgezet. De tweede trend die zichtbaar is betreft de sectorwijze toepassing van de Europese mededingingsregels. Tot voor enige jaren waren sectoren met een openbare-dienstenverlenend karakter als de telecommunicatie-, transport-, bank- en energiesector, bijna geheel aan een actief mededingingsbeleid onttrokken. De deregulering en privatisering van deze voorheen sterk gereguleerde sectoren brengt grotere mogelijkheden voor concurrentie in deze markten met zich mee. Het beleid van de Commissie is erop gericht ervoor te zorgen dat de ondernemingen in deze sectoren van die mogelijkheden ook werkelijk gebruik kunnen maken, ongehinderd door beperkende afspraken. Dit beleid vindt onder andere zijn weerslag in de in 1991 gepubliceerde richtsnoeren voor de toepassing van de Europese mededingingsregels in de telecommunicatiesector¹⁵, de verschillende waarschuwingen van Sir Leon Brittan aan het adres van de Europese banken om geen afspraken te maken over de hoogte van rentevoeten en rentevoetmarges¹⁶ en de eerste boetes van de Commissie in de transportsector, waar een aantal lijnvaartconferenties onlangs zijn beboet voor een totaal bedrag van ongeveer 37 miljoen gulden voor het onderling verdelen van de vracht tussen Europa en Afrika¹⁸.

6. Arrest van het HJEG in zaak Suiker Unie e.a. versus de Commissie, Jur. 1975, blz. 1663.

7. Beschikking van de Commissie in zaak MELDOC, PB 1986 L348/50.

8. Beschikking van de Commissie in de zaak Internationaal Kininekartel, PB 1969 L192/5; en in de zaak VIMPOLTU PB 1983 L200/44.

9. Beschikking van de Commissie in de zaak Centraal Bureau voor de Rijwielhandel, PB 1978 L20/18.

10. Beschikking van de Commissie in zaak Vetzuren, PB 1987 L3/17.

11. Commissie Beschikking inzake kunstvezels, PB 1984 L207/17; het 8e Verslag over het mededingingsbeleid, par. 42; het 11e Verslag, par. 46 e.v.; het 12e Verslag, par. 38 e.v.; en het 13e Verslag, par. 56 e.v.

12. De Commissie kan ondernemingen die een inbreuk hebben gepleegd op de EG-mededingingsregels een geldboete van maximaal tien procent van hun totale wereldwijde omzet opleggen. Zie artikel 15 van Raads Verordening nr. 17 van 6 februari 1962 (PB 204/62 zoals gewijzigd).

13. Beschikking van de Commissie inzake Natriumcarbonaat Solvay/ICI, PB 1991 L152/1.

14. Beschikking van de Commissie inzake Bouwnijverheid in Nederland, PB 1992 L92/1.15. PB 1991 C 233/2.

16. Het 21-ste Verslag over het mededingingsbeleid, paragraaf 32-33, nog niet gepubliceerd.

17. Een lijnvaartconferentie is een groep van twee of meer vervoerders die schepen op internationale lijndiensten exploiteren.

18. Beschikking van de Commissie in zaak Frans- Westafrikaanse redercomité's, PB L134/1.

Praktijk

Het Directoraat-Generaal dat verantwoordelijk is voor het toezicht op de naleving van de mededingingsregels binnen de Europese Commissie (DG IV) is niet groot. Met slechts 65 mensen die verantwoordelijk zijn voor de toepassing van de Artikelen 85 en 86, is het zelfs kleiner dan enkele nationale mededingingsautoriteiten. Dit houdt in dat DG IV prioriteiten moet stellen. Aan EG-wijde kartels wordt bijzondere aandacht en ook mankracht besteed.

Hetzelfde geldt voor nationaal opererende kartels in lidstaten waar het de autoriteiten ontbreekt aan instrumenten om dergelijke inbreuken zelf aan te pakken. Een voorbeeld van deze laatste categorie vormt het Nederlandse bouwkartel.

In de praktijk begint de Commissie meestal met een bezoek aan de bedrijven die verdacht worden van deelname aan een kartel. Commissie-ambtenaren verzoegen zich 's ochtends aan de poort van de desbetreffende bedrijven om vervolgens bij al die bedrijven op hetzelfde moment een onderzoek te starten¹⁹. Gezien het personeelstekort is de Commissie er recentelijk toe overgegaan om bij dergelijke acties tevens gebruik te maken van onderzoeksteams die geheel uit nationale ambtenaren bestaan²⁰. Zo werd in juni van dit jaar, bij een EG-wijd onderzoek naar mogelijke kartelafspraken in de PVC industrie, een aantal bedrijven met een bezoek vereerd.

De ambtenaren belast met deze zogenoemde 'dawn raids' nemen vaak honderden documenten terug naar Brussel die aldaar door de verantwoordelijke ambtenaar moeten worden bestudeerd. Na het bestuderen van de documenten wordt een analyse gemaakt van de betreffende markt en de gedragingen van de ondernemingen. Voor een dergelijke analyse zal veelal nadere informatie nodig zijn. Vaak zal de Commissie dan ook bijkomende vragen aan de ondernemingen stellen.

Met de olopemde boetes zijn de ondernemingen die in een kartel opereren ook steeds voorzichtiger geworden. Bij oude klanten van de Commissie treft men tegenwoordig veelvuldig papiervernietigers aan. Deze zijn daar vaak geplaatst in het kader van zogenaamde 'compliance programma's'²¹. Ook het veelvuldig gebruik van de moderne communicatie- en administratiemethoden, zoals het met elkaar communiceren via computers, maakt het steeds moeilijker voor de Commissie om directe bewijzen van inbreuken te vinden. Waar vroeger nog uitvoerige verslagen van kartelvergaderingen werden gevonden, moet de Commissie zich tegenwoordig vaak tevreden stellen met meer indirecte bewijzen. Daarbij valt te denken aan gelijktijdig aangekondigde prijsverhogingen, de ongerechtvaardigde afwezigheid van exporten en het bewijs dat partijen elkaar regelmatig ontmoeten. Ofschoon dergelijke elementen individueel misschien weinig zeggen, kunnen zij gezamenlijk het bewijs opleveren dat er een kartel in werking is.

De zoëven beschreven obstakels die de Commissie ondervindt bij de bewijsgaring worden nog versterkt door de zware eisen die het Europese Gerecht in eerste Aanleg in Luxemburg stelt aan de mate en manier van bewijsvoering²². Gezien deze situatie is het dan ook niet uitgesloten dat de Commissie in de toekomst vrijstelling of in ieder geval reductie van boetes zal garanderen aan deelnemers aan een kar-

tel die daaraan vrijwillig een einde maken en die de Commissie over het bestaan van het kartel ten volle informeren. Een soort van kroongetuige-regeling.

Relatie nationaal – EG-mededingingsrecht

Voor de verhouding tussen de Europese en nationale mededingingsregels is het allereerst van belang dat de Europese regels slechts van toepassing zijn op kartels die de handel tussen de lidstaten kunnen beïnvloeden. De kartels die de handel tussen de lidstaten niet kunnen beïnvloeden, behoren tot de exclusieve bevoegdheid van de nationale autoriteiten. Het begrip beïnvloeding van de handel wordt door de Commissie en het HJEG in Luxemburg ruim uitgelegd. Ieder kartel dat de vrije handel tussen de lidstaten op zodanige wijze kan beïnvloeden dat de verwerkelijking van de doelstellingen van de gemeenschappelijke markt wordt geschaad, valt onder de Europese mededingingsregels. Deze beïnvloeding van de handel behoeft niet direct of terstond, zij kan ook indirect of potentieel zijn. Zo is het irrelevant dat het betreffende produkt zelf niet wordt geëxporteerd of geïmporteerd. In de zaak *Bureau National Interprofessionnel du Cognac versus Guy Clair*²⁴ bepaalde het HJEG bij voorbeeld dat een afspraak betreffende de minimumprijs voor een grondstof voor cognac, die enkel binnen de Cognac-regio wordt verhandeld, de handel tussen de lidstaten kan beïnvloeden aangezien het uiteindelijke produkt, de cognac zelf, naar de andere lidstaten wordt geëxporteerd.

In zijn algemeenheid gaan zowel Commissie als HJEG ervan uit dat ook kartels die slechts nationaal opereren, en met name indien zij het gehele grondgebied van een lidstaat bestrijken, de handel tussen de lidstaten kunnen beïnvloeden aangezien zij naar hun aard een versterking van de nationale drempelvorming tot gevolg hebben en de nationale produktie beschermen tegen concurrentie uit andere lidstaten²⁵. Het feit dat een kartel de handel tussen de lidstaten kan beïnvloeden, betekent niet dat de nationale autoriteiten daarmee hun bevoegdheid hebben verloren om hun eigen mededingingsregels toe te passen. Beslissen de nationale autoriteiten om een kartel gelijktijdig met de Commissie tevens onder hun eigen regels te onderzoeken, dan is dat mogelijk. De voorrang van het gemeenschapsrecht brengt evenwel met zich dat zij hun uiteindelijke beslissing zullen moeten afstemmen met Brussel²⁶.

19. Voor meer details zie M.J.Th. Jorna, De onderzoeksprocedure in het Europese mededingingsrecht, *Advocatenblad*, 1990, nr. 22.

20. Artikel 13 van Raads Verordening nr. 17 van 6 februari 1962 genoemd in noot 12.

21. Compliance programma's zijn interne bedrijfsprogramma's die erop gericht zijn te voorkomen dat bestuur en werknemers in hun dagelijks werk in strijd met de mededingingsregels handelen.

22. Arrest van het Gerecht in Eerste Aanleg in zaak *Itali-aans Vlakglas* van 10 maart 1992, nog niet gepubliceerd.

23. Arrest van het HJEG in zaak *Grundig Consten* versus de Commissie, Jur. 1966, blz. 341.24. Jur. 1985, blz. 425, rechts-overweging 29.

25. Arrest van het HJEG in de zaak *Vereniging van Cement-handelaren* versus de Commissie. Jur. 1972, blz. 991, rechts-overweging 29.

26. Arrest van het HJEG in de zaak *Walt Wilhelm*, Jur. 1969, blz.1.

Toepassing door nationale instanties

De verbodsvoorschriften van Artikel 85 en Artikel 86 kunnen tevens door twee nationale instanties worden toegepast. De eerste is de nationale kartelautoriteit, de tweede is de nationale rechter. De Europese regelgeving²⁷ laat de nationale kartelautoriteiten de mogelijkheid om beide verbodsbepalingen toe te passen tot aan het moment dat de Commissie zelf een procedure opent. Het Sinterklaaswetje van 1957 wekt evenwel de indruk dat Nederland zichzelf de praktische mogelijkheid daartoe heeft ontnomen²⁸.

De nationale rechters kunnen de verbodsbepalingen toepassen omdat deze direct doorwerken in de nationale rechtssystemen. De Commissie voert een beleid dat erop is gericht de toepassing van de Artikelen 85 en 86 door nationale rechters te stimuleren. De Nederlandse burgerlijke rechter heeft echter geen onderzoeksbevoegdheid en is dus voor de feiten afhankelijk van wat de partijen hem vertellen. Daarmee lijken de klassieke kartels, waar met name de bewijskwestie een grote rol speelt, naar hun aard het minst geschikt om door de Nederlandse rechter te worden behandeld. Een positieve uitzondering hierop vormt de kort-geding-uitspraak van de President van de Rechtbank in Dordrecht van 24 mei 1988 waarin hij de collectief-exclusief-verkeersregeling van de Nederlandse Vereniging van Fabrikanten, Importeurs en Detaillisten van Audiologische Apparatuur (FIDA) in strijd met Artikel 85 en daarmee nietig verklaarde²⁹.

Perspectieven

Als men in de toekomst kijkt zijn twee ontwikkelingen zichtbaar: de een op nationaal niveau, de ander op internationaal niveau.

Op nationaal niveau vindt momenteel een soort van vrijwillige harmonisatie van nationale mededingingsregels plaats waarbij de basisbeginselen van Artikel 85 en 86 worden overgenomen. Had tot voor kort een land als Italië in het geheel geen mededingingswetgeving, sinds enige tijd kan het zich de trotse bezitter voelen van wetgeving die op de Brusselse leest is geschoeid. Andere lidstaten zoals Spanje, Ierland, het Verenigd Koninkrijk en België, die reeds lang mededingingswetgeving hadden, passen hun wetgeving aan zodat deze beter strookt met de beginselen van Artikel 85 en 86.

Op internationaal niveau zijn twee ontwikkelingen zichtbaar. Enerzijds vindt er een geografische uitbreiding plaats van de praktische werkingssfeer van de Europese mededingingsregels. Hierbij valt met name te denken aan het dit jaar tussen de Europese Gemeenschap en de EVA-landen ondertekende verdrag tot instelling van één 'Europese Economische Ruimte'. In het kader daarvan zal de bevoegdheid van de Commissie worden uitgebreid tot kartels die zich tevens tot het EVA-gebied uitstrekken. Een nieuw te vormen EVA-autoriteit zal op dezelfde wijze toezicht gaan houden op kartels die overwegend binnen het EVA-gebied opereren. Ook de recente associatie-akkoorden met voormalige Oostbloklanden bevatten een mededingingsparagraaf (Polen, Hongarije en Tsjechoslowakije).

Als tweede ontwikkeling is een intensiever contact en samenwerking tussen de kartelautoriteiten van de verschillende handelsblokken zichtbaar. In een continu kleiner wordende wereld wordt het van

steeds groter belang om jurisdictie geschillen tussen deze autoriteiten te voorkomen en bestaat er een steeds groter wordende behoefte aan een gelijkaardige toepassing van verschillende mededingingsvoorschriften. Met name met het verdwijnen van tarief- en quota-barrières als gevolg van internationale handelsovereenkomsten, wordt het optreden tegen de vaak onzichtbare handelsbarrière 'het kartel' wereldwijd steeds belangrijker.

Een duidelijk voorbeeld van een markt waar nationale kartels het voor buitenlanders bijna onmogelijk maken om voet aan de grond te krijgen, is Japan³¹. Het is onder druk van met name de Amerikaanse autoriteiten dat de Japaners onlangs een begin hebben gemaakt met een actieve toepassing van hun mededingingsregels tegen kartels.

De Commissie zelf heeft vorig jaar een administratieve overeenkomst gesloten met de Amerikaanse autoriteiten die met name tot doel heeft elkaar te informeren over lopende zaken en eventuele jurisdictiegeschillen te voorkomen. Daarnaast onderhoudt de Commissie nauwe contacten met onder andere Canada en Japan.

Conclusie

Resumerend zijn de volgende drie lijnen in het Europese mededingingsbeleid ten aanzien van kartels zichtbaar. Allereerst valt op dat de Commissie afwijzend staat tegenover de klassieke kartels en poogt ze in iedere sector van de Europese economie tegen te gaan. De boetes die de Commissie aan de deelnemers aan dergelijke kartels oplegt, zijn substantieel en worden steeds hoger. Ten tweede zal de Commissie in de toekomst worden genoodzaakt om het uit de school klappen van een karteldeelneemer te belonen met boetevrijstelling of boetereductie. Kartels opereren immers steeds meer in het geheim, met alle gevolgen voor de bewijsvinding. Ten derde wordt de reikwijdte van het Europese mededingingsbeleid door internationale overeenkomsten, zoals die met de EVA-landen over de Europese Economische Ruimte, sterk uitgebreid. Via nauwe samenwerking met de kartelautoriteiten van andere handelsblokken probeert de Commissie enerzijds jurisdictieproblemen te voorkomen en anderzijds te komen tot een min of meer wereldwijd gelijksoortig mededingingsbeleid.

M.J.Th. Jorna

27. Artikel 9 van Raads Verordening nr. 17 van 6 februari 1962 genoemd in noot 12.

28. *Staatsblad*, 1957, 526.

29. Kort Geding, 1988 nr. 343.

30. Artikel 53-60 van het Europese Economische Ruimte-Verdrag, ondertekend op 2 Mei 1992 in Porto.

31. Vooral collectief-exclusief-verkeersafspraken.