

Vergaderjaar 1996–1997

**24 707**

## **Nieuwe regels omtrent de economische mededinging (Mededingingswet)**

**Nr. 35**

### **BRIEF VAN DE MINISTER VAN ECONOMISCHE ZAKEN**

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

's-Gravenhage, 11 maart 1997

Zoals ik u tijdens de plenaire behandeling van het wetsvoorstel van de Mededingingswet op 6 maart jl. heb toegezegd, ga ik hierbij in op:

- de vraag van de heer Van Middelkoop om uitleg waaruit blijkt dat de directeur-generaal op basis van artikel 17 van het wetsvoorstel bij zijn beslissingen op ontheffingsaanvragen rekening kan houden met andere belangen dan alleen economische;
- amendementen 22 en 23 van het lid De Koning c.s., die ertoe strekken de uitzonderingen voor mededingingsafspraken van ondernemingen belast met het beheer van taken van algemeen economische belang en voor gedragingen van dergelijke ondernemingen als zij een economische machtspositie hebben, te vervangen door een ontheffingsmogelijkheid.

#### **1. De vraag van de heer Van Middelkoop**

Het wetsvoorstel gaat uit van een verbod van mededingingsafspraken, maar het is ook wenselijk dat het ruimte biedt voor concurrentiebeperkingen die ondergeschikt zijn aan en onmisbaar zijn voor bepaalde nuttige vormen van samenwerking. Daarom voorziet het wetsvoorstel, naast de doorwerking van de EG-vrijstellingen en een eigen «nationale» vrijstellingsmogelijkheid, in de bevoegdheid voor de directeur-generaal op daartoe strekkende aanvraag een ontheffing te verlenen.

De ontheffingscriteria zijn ontleend aan artikel 85, derde lid, van het EG-Verdrag in verband met het uitgangspunt dat het wetsvoorstel is georiënteerd op de EG-mededingingsregels. Daarvoor is gekozen, omdat de EG-mededingingsregels al rechtstreeks van toepassing zijn op een belangrijk deel van het Nederlandse bedrijfsleven. Door die aansluiting bij de EG-mededingingsregels wordt bereikt dat ook in de Mededingingswet zowel voor mededingingsafspraken die wel als mededingingsafspraken die niet tevens onder de EG-mededingingsregels vallen, ontheffingscriteria gelden als die in de EG-mededingingsregels. Dat draagt allereerst bij tot een inhoudelijk gelijke behandeling van ontheffingsaanvragen, ongeacht of de desbetreffende mededingingsafspraken tevens onder de

EG-mededingingsregels vallen. Bovendien biedt het ondernemingen meer zekerheid, als zij in de Mededingingswet te maken hebben met dezelfde ontheffingscriteria als in de EG-mededingingsregels. In die benadering ligt het in de rede dat voor de beslissingen op ontheffingsaanvragen op basis van artikel 17 van het wetsvoorstel de beschikkingenpraktijk van de Commissie van de EG en de jurisprudentie van het Hof van de EG, zoals die in een periode van tientallen jaren is gegroeid, richtinggevend zullen zijn.

Uit die Europeesrechtelijke beschikkingenpraktijk en jurisprudentie blijkt dat de termen van artikel 85, derde lid, van het EG-Verdrag voldoende ruim zijn om ook doelstellingen van ander beleid te omvatten, zonder dat die doelstellingen in dat verdragsartikel expliciet worden genoemd. Hoofdrede daarvoor is dat die beschikkingenpraktijk en jurisprudentie voortdurend in beweging zijn. Zo is in de jaren zeventig en tachtig beleid tot ontwikkeling gekomen op het vlak van crisiskartels. Ik verwijs naar par. 6.2 van de Memorie van Toelichting voor vindplaatsen van jurisprudentie ter zake. Een ander duidelijk voorbeeld waaruit blijkt dat de Commissie van de EG met sociale doelstellingen rekening houdt, is haar uitspraak in 1994 waarbij zij toestemming heeft verleend voor een saneringsoperatie in de Nederlandse baksteenindustrie. Een overweging hierbij was dat de overeenkomst het mogelijk maakte «de herstructureringsmaatregelen onder sociaal aanvaardbare omstandigheden uit te voeren» (24-ste mededingingsverslag van de Commissie van de EG).

Ook met milieudoelstellingen wordt terdege rekening gehouden bij de toetsing van ontheffingsaanvragen. Bij beoordeling van individuele zaken worden mededingingsbeperkingen die voortvloeien uit een overeenkomst, afgewogen tegen de doelstellingen op milieugebied die met de overeenkomst kunnen worden bereikt. Daarbij wordt gebruik gemaakt van het evenredigheidsbeginsel van artikel 85, derde lid, van het EG-Verdrag (proportionaliteit). De verbetering van de toestand van het milieu wordt hierbij beschouwd als een element dat bijdraagt tot de verbetering van de productie of de distributie en tot bevordering van de economische en technische vooruitgang. Dat wordt onder andere uitvoerig beschreven in het EG-Mededingingsverslag 1995. Dit beleid heeft inmiddels ook geleid tot concrete besluitvorming. Zo is met een door Nederlandse ondernemers opgezet inzamel- en verwijderingssysteem van afgedankte landbouwfolies in 1996, op voorstel van mij en van de Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieu, door de Commissie van de EG ingestemd door middel van een administratieve brief.

Ten aanzien van cultuur wijs ik op de volgende beschikkingen. In de zaak ERU-Eurovisie van 11 juni 1993 is een ontheffing verleend voor een regeling van de Europese Radio Unie (ERU) inzake het gezamenlijk verwerven en verdelen van televisierechten voor sportevenementen. De Commissie van de EG nam in overweging dat de regeling de deelnemers in staat stelt meer en betere sportprogramma's te presenteren. Met name kunnen de leden uit kleinere landen hun publiek een breed gamma van internationale sportevenementen aanbieden voorzien van commentaar in de eigen taal en toegesneden op de specifiek nationale interesse. In de zaak Filmaankoop door Duitse televisie-instellingen is op 15 september 1989 een ontheffing verleend voor een regeling ter gezamenlijke aankoop van filmrechten door Duitse TV-omroepen. Als motivering is gegeven, dat door de regeling tegen lagere kosten een groter aantal films aan het Duitse publiek kan worden aangeboden. Voorts heeft de Commissie van de EG op 1 maart 1993 bij administratieve brief («comfort letter») ingestemd met een regeling van de NOS betreffende de coördinatie van de aankoop en de productie van televisieprogramma's door publieke omroepen in Nederland. Als motivering is gegeven, dat het systeem

organisatorische en financiële voordelen biedt voor het functioneren van het publieke omroepbestel in Nederland. Ook is een informele goedkeuring verleend voor een Duitse regeling op het vlak van de distributie van boeken.

Juist de cultuursector laat goed zien dat mededinging en economische doelen lang niet altijd tegengesteld zijn aan andere, zogenaamde «niet-economische belangen». Een pluriforme informatievoorziening is niet gediend bij de vorming van economische machtsposities of met mededingingsafspraken die de markt dichtspijkeren. Uitvoering van een op Europese leest geschoeid mededingingsbeleid is dus dienstig aan de pluriformiteit van de mediasector.

Uit het voorgaande blijkt dat artikel 85, derde lid, van het EG-Verdrag, en in het voetspoor daarvan artikel 17 van het wetsvoorstel, in zich houdt dat er een breed scala van mogelijke nuttige effecten van samenwerking in de afweging wordt betrokken, zonder dat dat in dat verdragsartikel of in de Mededingingswet expliciet is vastgelegd. Een ontheffing kan worden verleend, indien wordt aangetoond dat de afnemers mede de vruchten van de samenwerking kunnen plukken en dat de beperking van de mededinging proportioneel is, en dus niet verder gaat dan nodig is, en voorts de mededinging niet voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen of diensten uitschakelt.

Het lijkt geen twijfel dat de systematiek van het wetsvoorstel waarbij de ontheffingscriteria van artikel 85, derde lid, van het EG-Verdrag in de Mededingingswet zijn overgenomen en worden toegepast overeenkomstig de Europeesrechtelijke beschikkingenpraktijk en jurisprudentie, een vergelijkbare ruimte biedt om met nuttige effecten van samenwerking rekening te houden. Ik acht het niet wenselijk om die uit maatschappelijk oogpunt bezien nuttige effecten expliciet in de Mededingingswet zelf te noemen. Van een dergelijke regeling zou de suggestie uitgaan dat de ontheffingsmogelijkheid in de Mededingingswet een andere is dan die in de EG-mededingingsregels. Dat zou niet in overeenstemming zijn met het uitgangspunt dat de Mededingingswet soepeler noch strenger zal zijn dan de EG-mededingingsregels. Bovendien zou er een verstarrende werking van uitgaan waardoor geen rekening kan worden gehouden met toekomstige ontwikkelingen in zowel het Europese als het Nederlandse mededingingsbeleid. Dat is zonder twijfel ook een van de redenen waarom in mededingingswetten van andere EU-lidstaten, die eveneens een op Europese leest geschoeid mededingingsbeleid hebben, evenmin dergelijke andere doelstellingen zijn vastgelegd.

## **2. Amendementen 22 en 23**

In de adviesaanvragen aan de Commissie economische mededinging en de Sociaal-Economische Raad is aanvankelijk gekozen voor een aanpak waarbij de betrokken ondernemingen vooraf ontheffing moesten verkrijgen voor mededingingsafspraken en gedragingen, die naar hun mening noodzakelijk zijn voor de vervulling van hun bijzondere taken. De ontheffingscriteria werden ontleend aan artikel 90, tweede lid, van het EG-verdrag. De SER heeft positief geadviseerd over deze aanpak.

Bij nader inzien is deze benadering verlaten en is toch gekozen voor een vrijstellingsregeling in plaats van een systeem van ontheffingen. Een vrijstellingssysteem is overeenkomstig artikel 90 van het EG-Verdrag. Deze keuze is met name gemaakt, omdat er anders ingeval van grensoverschrijdende effecten fricties met de Europese mededingingsregels zouden ontstaan en daarmee grote rechtsonzekerheid voor de bedrijven die het betreft. Ter toelichting het volgende.

De uitzondering van artikel 90, tweede lid, van het EG-Verdrag voor ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang heeft rechtstreekse werking. Ondernemingen die van deze uitzondering profiteren zijn vrijgesteld van de Europese mededingingsregels. De bedoeling van het wetsvoorstel is de rechtstreekse doorwerking van alle vrijstellingen, uitzonderingen en ontheffingen van Brussel. Dat is dus ook met deze regeling gewenst. De gekozen vrijstellingsystematiek voorziet daarin, maar een ontheffingsystematiek niet. Als de Mededingingswet niet zou voorzien in een uitzondering, maar in een ontheffingsmogelijkheid, zouden mededingingsafspraken of gedragingen die onder de uitzondering van artikel 90, tweede lid, van het EG-Verdrag vallen, op basis van de Mededingingswet zijn verboden, tenzij daarvoor een ontheffing zou worden verleend. Weliswaar heeft die Europeesrechtelijke uitzondering voorrang boven de nationale mededingingsregels, maar een dergelijke afwijking van de EG-mededingingsregels zou toch tot rechtsonzekerheid leiden. Ik acht dat een ongewenste situatie. Daar komt bij dat de ontheffingsvariant veel administratieve lasten voor de betrokken ondernemingen mee zou brengen en ook een aanzienlijk beslag zou leggen op de capaciteit van de NKA. Het betreft immers een groot aantal sectoren, bijvoorbeeld energiebedrijven, openbaar vervoer, telecommunicatie en afvalverwijdering. Naar voorzichtige schatting zou een en ander leiden tot ongeveer 50 à 100 extra ontheffingsaanvragen die de NKA terstond na de oprichting te behandelen zou krijgen.

Die extra belasting zou op zichzelf nog aanvaardbaar kunnen zijn, als daar bepaalde voordelen tegenover zouden staan. Dat is echter niet of nauwelijks het geval. Zo zou de keuze voor een ontheffingsvariant niet meer mogelijkheden beiden om de markt en overheid-problematiek op te lossen. Die problematiek heeft immers betrekking op de vraag, in welke mate ondernemingen uit het publieke domein zich in de private sector kunnen bewegen. Bij artikel 90, tweede lid, van het EG-Verdrag gaat het om de vraag in hoeverre ondernemingen, belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, mededingingsafspraken mogen maken die «gewone» ondernemingen niet mogen maken of zich mogen gedragen op een manier die bij «gewone» ondernemingen als misbruik van een economische machtspositie zou worden aangemerkt. De keuze voor hetzij de uitzonderingsvariant hetzij voor de ontheffingsvariant staat in feite los van de markt en overheid-problematiek als zodanig.

In de toelichting op het amendement wordt gesuggereerd dat de uitzonderingsbenadering een soort vrijbrief zou zijn voor ondernemingen met bijzondere taken om misbruik te maken van hun economische machtspositie. Deze suggestie miskent dat de uitzondering aan strenge voorwaarden voor wat betreft noodzakelijkheid en proportionaliteit gebonden is overeenkomstig de criteria van artikel 90, tweede lid, van het EG-Verdrag. Uit de jurisprudentie blijkt dat deze criteria absoluut geen vrijbrief vormen. Waar het om gaat is dat ondernemingen, als zij worden belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, niet over volledige commerciële vrijheid beschikken. Zij moeten zich mede laten leiden door de aan hen bij wettelijk voorschrift of door een bestuursorgaan toevertrouwde taken, bijvoorbeeld nutsbedrijven en ondernemingen belast met openbaar vervoer. Daardoor kan het voor de uitoefening van die taken onvermijdelijk zijn bepaalde afspraken te maken. Ik noem als voorbeeld de energiebedrijven die een marktverdelingsafpraak maken om de levering aan kleinverbruikers te waarborgen. 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. Ik

noem als voorbeeld het voor dezelfde goederen of diensten aan bepaalde kwetsbare groepen in rekening brengen van lagere tarieven dan aan anderen.

Al met al concludeer ik dat de voordelen die zijn verbonden aan een ontheffingssysteem, met name de mogelijkheid van een toets vooraf, niet opwegen tegen de nadelen (onzekerheid en administratieve lasten) en niet of nauwelijks bijdragen aan de problematiek van concurrentievervalsing door overheden.

De Minister van Economische Zaken,  
G. J. Wijers