

# Het wonderbaarlijke convergentieproces tussen Nederlands en Europees mededingingsrecht

Prof. mr. P. VerLoren van Themaat

Enkele persoonlijke herinneringen van prof. mr. P. VerLoren van Themaat, oud-directeur voor Ordeningsvraagstukken<sup>1</sup> EZ en van 1958–1967 directeur-generaal Concurrentie EEG.

## De verwachtingen in de jaren vijftig

Noch bij de voorbereiding van de Wet Economische Mededinging, noch bij de ratificatie van het EEG-Verdrag, noch bij de voorbereiding van de eerste uitvoeringsverordening van de artikelen 85 en 86 van dit verdrag bestond in Den Haag of Brussel de verwachting of zelfs maar het streven, dat op den duur nationale en Europese mededingingswetgeving zo vergaand zouden gaan convergeren als in de nieuwe Mededingingswet tot uiting komt.

Integendeel dreigde ratificatie van het EEG-Verdrag door de Eerste kamer te worden afgewezen wegens onverenigbaarheid van artikel 85 van dit verdrag met het in Nederland toen gehuldigde misbruikbeginsel. Dit verzet kon door minister Zijlstra toen slechts met moeite worden doorbroken. Hij wees er niet alleen op, dat de SER in zijn

advies terzake en de Tweede Kamer de ratificatie ondersteunden, maar hij betoogde vooral, dat het verschil tussen het Nederlandse misbruiksuitgangspunt en het Europese verbodsuitgangspunt meer een procedureel dan een inhoudelijk karakter had. Ten aanzien van de meest schadelijke kartels kon met onverbindendverklaring zeer wel eenzelfde resultaat worden bereikt als met een verbodsuitgangspunt. Ten aanzien van waardevolle samenwerkingsvormen van het bedrijfsleven kon met de in artikel 85 mogelijk gemaakte vrijstellingen van het verbod zeer wel een zelfde resultaat worden bereikt als met het in beginsel aanvaarden van samenwerking tussen ondernemingen. Deze aan-

1 Die taak omvatte ook de prijsbeheersing en aanvankelijk was ik mede belast met de voorbereiding en uitvoering van de Wet op de Bedrijfsorganisatie, die thans ressorteert onder de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Uit dien hoofde was ik als

vertegenwoordiger van de Minister van EZ ook actief betrokken bij de voorbereiding van de adviezen van de SER over het EEG-verdrag en het ontwerp van de Wet Economische Mededinging.

duiding van een in beginsel mogelijke inhoudelijke convergentie van Nederlands en Europees mededingingsbeleid met behoud van het Nederlandse misbruiksuitgangspunt zal ik hierna nog iets nader behandelen. Zij lag echter ook reeds ten grondslag aan de Nederlandse overgangsregeling van de toepassing van de artikelen 85 en 86 EEG op grond van artikel 88 van het EEG-verdrag. Een overgangsregeling voor de tijd, dat de op basis van artikel 87 EEG tot stand te brengen uitvoeringsvoorschriften van de artikelen 85 en 86 nog niet waren vastgesteld. Conform artikel 88 EEG werd die overgangsregeling neergelegd in de toen als 'Sinterklaaswetje' befaamd geworden Wet van 5 december 1957 (Stb. 528). Daarin wordt bepaald dat mededingingsregelingen, als bedoeld in artikel 88 EEG zijn toegelaten en van machtsposities als bedoeld in dat artikel geacht wordt geen misbruik te zijn gemaakt, voorzover en zolang daartegen niet is opgetreden op grond van de Wet Economische Mededinging. In de Wet Economische Mededinging zelf was voorts ook een mogelijkheid van generieke onverbindendverklaring met ontheffingsmogelijkheid neergelegd, waardoor de mogelijkheid van inhoudelijke convergentie in feite werd versterkt.

In Brussel, waar ik van mei 1958 tot september 1967 onder meer voor de uitvoering van het kartelbeleid verantwoordelijk was, gingen wij niet uit van een dogmatisch beginsel van een vrije markteconomie. Blijkens de vele uitzonderingen daarop in de Duitse mededingingswet van 1958 was daarvan zelfs in die enige op een verbodsbeginsel gebaseerde nationale wet geen sprake. Drie andere lidstaten kenden in het geheel geen kartelwetgeving die optreden tegen schadelijke kartels mogelijk maakten. In Frankrijk was toen evenals in Nederland sprake van een misbruikswetgeving, daar echter primair gezien als een methode van prijsbeheersing.

Tegen die achtergrond zagen wij in Brussel de artikelen 85 en 86 primair als een noodzakelijke aanvulling van de met betrekking tot overheidsmaatregelen in het EEG-Verdrag vastgelegde beginselen van vrij verkeer van onder meer goederen, diensten en investeringen. Het zou inconsistent zijn aan het bedrijfsleven toe te staan een afschaffing van nationale markten te handhaven of nieuw in te voeren, die aan de nationale overheden juist als strijdig met het streven naar een gemeenschappelijke markt – behoudens een overgangsregime en uitzonderingen – in beginsel waren verboden.

Met deze argumentatie hebben wij toen de karteldeskundigen van de lidstaten en uiteindelijk – bij de voorbereiding van de eerste communautaire uitvoeringsverordening – de bevoegde nationale bewindslieden kunnen overtuigen. Het hardnekkig verzet van de industrieverbonden in België, Duitsland en Frankrijk tegen de oorspronkelijke tekst van de Commissievoorstellen terzake heeft er – met krachtige steun van het Europese Parlement – slechts toe geleid, dat de sanctiemogelijkheden bij schending van de artikelen 85 en 86 uiteindelijk aanzienlijk werden versterkt. De Nederlandse werkgeversorganisaties waren er

reeds bij de behandeling van het EEG-Verdrag in de SER van overtuigd geraakt, dat het in artikel 85 neergelegde verbodsuitgangspunt ook voor Nederland de beste waarborg vormde tegen een ongelijke behandeling van kartels in grote en kleine lidstaten.

## De grote lijnen van het convergentieproces in Nederland

Uit het overzicht van het kartelbeleid sinds de bevrijding, dat ik in augustus 1952 in de eerste jaargang van het tijdschrift Sociaal-Economische Wetgeving publiceerde, blijkt niet alleen, dat in de periode 1950 tot 1952 reeds een zeer actief kartelbeleid werd gevoerd, dat tot een twintigtal beschikkingen tegen kartels leidde. Dit beleid was toen nog gebaseerd op het tijdens de bezetting afgekondigde kartelbesluit 1941, dat pas bij de Wet Economische Mededinging na voorlopige handhaving vervallen werd verklaard. Het kartelbesluit werd met twee belangrijke uitzonderingen echter toegepast in de geest van de vooroorlogse ondernemersovereenkomstenwet van 1935. De ene uitzondering was dat de aanmeldingsplicht voor kartels uit het kartelbesluit werd gehandhaafd. Op grond van de goede ervaringen daarmee werd een in resultaat vergelijkbare verplichting in gewijzigde vorm later ook opgenomen in Verordening 17/62 ter uitvoering van de artikelen 85 en 86 EG. De andere uitzondering was, dat later ook gebruik werd gemaakt van de in het Kartelbesluit neergelegde mogelijkheid van maatregelen tegen misbruik van economische machtsposities. Op Nederlands voorstel tijdens de onderhandelingen over het EGKS-Verdrag werd een dergelijke mogelijkheid ook opgenomen in artikel 66, lid 7 van het EGKS-Verdrag en jaren later als bekend ook in artikel 86 van het EG-Verdrag.

Reeds in de jaren 1950–1952 werd blijkens mijn geciteerde overzichtsartikel nagestreefd de casuïstiek in te bedden in parallel daaraan geleidelijk ontwikkelde algemene beleidlijnen. Deze hadden toen betrekking op collectieve exclusief verkeersregelingen, productieregelingen, distributieregelingen, prijsafspraken en ook toen reeds aanbevestigingsregelingen. Deze lijn werd voortgezet tijdens de eerste bewindsperiode van Minister Zijlstra (door mij besproken in SEW 1957, pag. 1–24) en vormde de grondslag voor het opnemen van de mogelijkheid van generieke onverbindendverklaringen met ontheffingsmogelijkheid in de WEM. De door minister Zijlstra bij de behandeling van de ratificatie van het EEG-Verdrag uiteengezette mogelijkheid van convergentie tussen een misbruiks- en een verbodswetgeving vond dus reeds vanaf 1950 een begin van toepassing, krachtig voortgezet tijdens zijn eerste bewindsperiode als minister van Economische Zaken.

Na het in werking treden van de WEM volgde echter een periode van ups en downs in deze convergentielijn. Na twee eerste bescheiden generieke onverbindendverklaringen was er bijvoorbeeld een periode waarin het beleid ten aanzien van prijsafspraken meer geïnspireerd leek door de Franse conceptie om het kartelbeleid als een handige

methode van prijscontrole te beschouwen. De convergentielijn werd pas werkelijk krachtig weer opgenomen tijdens de bewindsperiode van staatssecretaris Van Rooy met belangrijke generieke onverbindendverklaringen. Daarmee werd het pad geëffend voor de nieuwe Mededingingswet, die een vrijwel volledige inhoudelijke convergentie met het Brusselse beleid mogelijk maakte. Dankzij de voorafgaande effening van dit pad kon het betrokken wetsontwerp door minister Wijers in recordtijd en zonder grote problemen door de Staten-Generaal worden gelooft.

### De hoofdlijnen van het convergentieproces in Brussel

Op de moeizame totstandkoming van de in artikel 87 EEG voorgeschreven uitvoeringsverordening ben ik in mijn eerste paragraaf reeds ingegaan. Na vele mislukte eerdere pogingen van de Commissie werd daaraan in 1989 de – onlangs iets versterkte – concentratiecontroleverordening toegevoegd. Als wegbereiders traden daarbij enerzijds het in de rechtspraak van het Hof overgenomen standpunt van de Commissie op, dat artikel 86 reeds een zekere mate van concentratiecontrole mogelijk maakte; anderzijds echter stellig de snelle groei van transnationale concentraties, waarop een doeltreffende nationale controle niet mogelijk was.

Wat de na de totstandkoming van Verordening 17 toenemende convergentie tussen Europese en nationale mededingingspolitiek betreft, zowel met betrekking tot de wetgeving als de toepassing daarvan, lijken mij vooral de volgende punten van belang.

In de eerste plaats stelden wij ons in de Brusselse beginjaren op het standpunt dat een poging tot harmonisatie van de nationale kartelwetgevingen zowel kansloos was (wegens de vermelde situatie in de toen zes lidstaten) als zinloos. Dit laatste reeds wegens de voorrang van het gemeenschapsrecht boven het nationale recht. Maar vooral wegens de directe binding van de artikelen 85 en 86 aan de totstandkoming van een gemeenschappelijke markt. Anders dan artikel 65 van het EGKS-Verdrag (dat ook de geallieerde antitrustpolitiek in Duitsland moest aflossen) had artikel 85 EG immers geen betrekking op zuiver nationale kartels. Een autonome, spontane aanpassing van de nationale kartel- en concentratiewetgeving werd in die beginjaren ook door niemand verwacht. De mate, waarin zij thans heeft plaatsgevonden, aanvankelijk vooral in lidstaten die nog geen kartelwetgeving kenden, kan mijns inziens zowel als een bevestiging van de successen als van de grenzen van de mogelijkheden van een Europees mededingingsbeleid worden beschouwd.

In de tweede plaats maakte, wat Nederland betreft, het Commissiebeleid de tekortkomingen van de Nederlandse mededingingswetgeving en de toepassing daarvan steeds duidelijker en daarmee voor Nederland steeds minder verdedigbaar. Naarmate de Commissie meer Nederlandse zware kartels op grond van klachten of ambtshalve wegens hun grensoverschrijdende gevolgen moest gaan

aanpakken, werd de positie van Nederland als 'kartelparadijs' ook in het eigen land steeds moeilijker te verdedigen. En het nog in de jaren tachtig vragen van een 'Dutch clause' in de Europese concentratiecontroleverordening en de beroepen daarop ten aanzien van primair de Nederlandse markt betreffende concentratiegevallen pasten slecht in een rationele taakverdeling tussen Brussel en Den Haag. Zij stond ook op gespannen voet met het in Maastricht in het Verdrag gecodificeerde en sinds lang ook in Nederland omarmde subsidiariteitsbeginsel.

In de derde plaats zijn in de loop der jaren de praktische grenzen van de mogelijkheden tot optreden van de Commissie steeds duidelijker in zicht gekomen. Noch de groeiende werklast in de jaren zestig, noch de toename van het aantal onder artikel 85 vallende kartels als gevolg van de sinds 1973 steeds verdere uitbreiding van het oorspronkelijke aantal lidstaten heeft de Raad ooit gebracht tot aanvaarding van een daarbij passende uitbreiding van het oorspronkelijke aantal van de bij het mededingingsbeleid betrokken ambtenaren van de Commissie. In de aanvangsjaren werd dit aantal wegens het ontbreken van voldoende deskundigen in een aantal lidstaten en de noodzaak voorrang te geven aan kwaliteit en samenhang van het door ambtenaren met uiteenlopende nationale ervaringen voor te bereiden beleid door de Commissie bewust laag gehouden. Ten onrechte ging ik er toen ook zelf van uit dat deze wens tot geleidelijke ontwikkeling van een deugdelijk kartelbeleid later door de Raad in de personeelsbegroting zou worden gehonoreerd. Hoe dat ook zij, de wanverhouding tussen de in omvang groeiende taken en de voor de uitvoering daarvan nodige personeelsomvang leidde na uitputting van de mogelijkheden van generieke vrijstellingen, algemene bekendmakingen en andere noodgrepen, steeds meer tot aanzienlijke vertragingen in het Europees kartelbeleid. Voorts leidde het tot de noodzaak van prioriteitsstelling en tot voor klagers onaanvaardbare voortdurende van soms ernstige schade. Hoewel tot op zekere hoogte nationale rechters wegens de directe werking van de artikelen 85 en 86 die schade bleken te kunnen beperken, toonde ook die alternatieve weg haar grenzen. Daarom streeft de Commissie thans na de uitvoering van het mededingingsbeleid zoveel mogelijk over te laten aan nationale kartelautoriteiten. Die mogelijkheid bestaat met name voorzover de schadelijke gevolgen van een kartel, economische machtspositie of concentratie in overwegende mate belangen binnen die lidstaten raken. Een optimaal resultaat van deze decentralisatiepoging is uiteraard echter slechts bereikbaar, wanneer de betrokken nationale autoriteiten in staat zijn op grond van de normen van hun eigen kartelwetgeving zowel gelijkwaardige uitkomsten ten aanzien van het verbodsbeginsel als ten aanzien van het ontheffingen-, vrijstellings- en concentratietoezichtbeleid te bereiken als de Commissie bij haar beleid ter zake. Die eis is met name belangrijk ten aanzien van kartels, misbruik van machtspositie en concentraties die mede belangrijke gevolgen in andere lidstaten kunnen hebben. Wanneer een

ationale kartelwetgeving zelf daarvoor onvoldoende waarborgen biedt, zal aan nationale autoriteiten hoogstens de toepassing van de verbodsbepaling van artikel 85, lid 1, maar niet de toepassing van de ontheffingsbevoegdheid van artikel 85, lid 3, kunnen worden overgelaten. Het decentralisatiestreven kan derhalve slechts slagen bij een gelijkwaardig en ten aanzien van zijn uitvoering geloofwaardig stelstel van nationale mededingingswetten, zoals de nieuwe Nederlandse Mededingingswet als laatste in een lange rij van autonome aanpassingen van nationale mededingingswetten belooft te bieden.

### Slotopmerkingen

Het in artikel 6 van de nieuwe Mededingingswet neergelegde verbod van mededingingsafspraken betreft uitsluitend afspraken die er toe strekken of tot gevolg hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Juist daarom zal het overlaten of overdragen van bij de Commissie aanhangige kartelzaken aan de Nederlandse mededingingsautoriteit slechts verantwoord zijn, voorzover de betrokken mededingingsafspraken overwegend gevolgen hebben op de Nederlandse markt, of een deel daarvan. Het verbod daarvoor zal dan wel automatisch mede de eventuele gevolgen van de betrokken afspraak in andere lidstaten treffen. Voor misbruik van economische machtspositie geldt *mutatis mutandis* hetzelfde. Ten aanzien van de concentratiecontrole volgt de taakverdeling tussen Commissie en lidstaten reeds uit de Europese Concentratiecontroleverordening, zoals thans gewijzigd.

Het grootste verschil tussen de Europese en de Nederlandse procedurevoorschriften ligt in de zelfstandigheid van de Nederlandse mededingingsautoriteit. Daar het begrip concurrentievervalsing in het EG-Verdrag ook een beslissende rol speelt bij de harmonisatie van wetgeving, het fiscale beleid en de controle van nationale steunmaatregelen en overheidsondernemingen, heeft de Commissie zich terecht altijd verzet tegen overdracht van het kartelbeleid aan een zelfstandig orgaan. In mijn Brusselse tijd vielen alle genoemde beleidsgebieden onder het Directoraat-Generaal Concurrentie. Voor het huidige – over vele Commissieleden verdeelde mededingingsbeleid in die ruime zin – Commissiebeleid blijft een consistente politiek terzake even belangrijk als in de beginjaren. Toen speelden vooral de afstemming met de andere aspecten van een gemeenschappelijke interne markt en met het algemene economische beleid en het sectorenbeleid voor landbouw en vervoer een grote rol.

Zoals Biesheuvel in het NJB van 31 oktober 1997 uiteen heeft gezet, zal de Nederlandse mededingingsautoriteit te maken krijgen met de concurrentie van andere zelfstandige diensten. De ervaringen in de Verenigde Staten met een dergelijke concurrentie van zelfstandige ‘regulatory agencies’ maken grote problemen terzake waarschijnlijk. In Duitsland hebben de problemen van afstemming van het aan het Bundeskartellamt toevertrouwde beleid en het toe-

zicht in meer regulerende geest door andere autoriteiten in een aantal sectoren als bekend tot ‘Bereichsausnahmen’ (uitzonderingen voor bepaalde sectoren) geleid. In de EG bleken weliswaar voor landbouw en vervoer enigszins afwijkende mededingingsregels nodig, maar voor de toepassing daarvoor is de Commissie in haar geheel evenzeer verantwoordelijk als voor de toepassing van het algemene mededingingsregime. Voldoende consistentie met dit algemene regime kan daar dus door Commissie en Hof worden verzekerd.

Een ander gevolg van het zelfstandige karakter van de mededingingsautoriteit zou kunnen worden, dat de Nederlandse beroepsrechters een minder vergaande discretionaire beleidsvrijheid ten aanzien van het ontheffingenbeleid zullen aanvaarden dan het Hof van Justitie van de EG aanvaardt ten aanzien van het ontheffingenbeleid van de Commissie. Een grote beleidsvrijheid terzake kon het Hof immers mede aanvaarden, omdat de Commissie onderworpen is aan parlementaire controle. Risico’s terzake kunnen mijns inziens echter vermeden worden, wanneer de mededingingsautoriteit ook bij de toepassing van de aan artikel 85, lid 3 ontleende ontheffingsgronden ten aanzien van het Nederlandse kartelverbod aansluiting zoekt bij de Europese praktijk, behoudens goed gemotiveerde afwijkingen.

Alles bijeen genomen concludeer ik, mede in het licht van de ervaringen van het Duitse Bundeskartellamt, dat de nieuwe mededingingswet een veertig jaar geleden nog onmogelijk lijkend voorlopig hoogtepunt oplevert van het convergentieproces tussen Nederlands en Europees kartelrecht. Aan de Nederlandse mededingingsautoriteit en de redactie van dit tijdschrift wens ik dan ook in vol vertrouwen een goede start toe bij de spannende volgende fase van de uitvoering van de wet en de voorlichtende en wetenschappelijke begeleiding daarvan.

Prof. mr. P. VerLoren van Themaat

Emeritus hoogleraar Europees Recht, Universiteit Utrecht en oud advocaat-generaal bij het Hof van Justitie van de EG.