

IV Voorgenomen besluitvorming EU

De herziening van de De Minimis Bekendmaking

Mr. G. Oosterhuis

1 Pb. EG 1997, C 372.

2 Huidige Bekendmaking paragraaf 2.

3 Huidige Bekendmaking paragraaf 2. Dit was voor het eerste gebeurd in Zaak 5/69 Völck/Vervaecke, 1969, ECR 295. Deze lijn werd voortgezet in de arresten 1/71 Cadillon/Höss, 1971, ECR 351; 19/77 Miller International Schallplatten /Commissie, 1978, ECR 1311; C-70/93 BMW AG/ALD Auto-Leasing D GmbH, 1995, ECR I-3439; C-306/96 Javico International and Javico AG/Yves Saint Laurent Parfums SA, 1998, ECR I-1983.

4 Bekendmaking van 27 mei 1970, Pb. EG 1970, C 64/1; Bekendmaking van 19 december 1977, Pb. EG 1977, C 313/3; Bekendmaking van 3 september 1986, Pb. EG 1986, C 231/2; Bekendmaking van 9 december 1997, Pb. EG 1997, C 372/13.

5 Huidige Bekendmaking paragraaf 2.

6 De Groepsvrijstelling aangaande Verticale Overeenkomsten werd aangenomen (Vo. 2790/1999, Pb. EG 1999, L 336/21) alsmede drie regelingen aangaande horizontale overeenkomsten, nl. de Groepsvrijstelling aangaande Specialisatieovereenkomsten (Vo. 2658/2000, Pb. EG 2000, L304/3), de Groepsvrijstelling aangaande O&O overeenkomsten (Vo. 2659/2000, Pb. EG 2000, L 304/7) en de Richtsnoeren aangaande de toepasselijkheid van artikel 81 op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (Bekendmaking van 6 januari 2001, Pb. EG 2001, C 3/2).

7 Bij de vaststelling van Raadsverordeningen 1215/99 en 1216/99.

8 Bijvoorbeeld in paragraaf 2 en paragraaf 3.

9 Ontwerp paragraaf 3.

Op 16 mei 2001 heeft de Europese Commissie een ontwerp voor een nieuwe De Minimis Bekendmaking aangenomen (het Ontwerp). De nieuwe Bekendmaking moet de huidige De Minimis Bekendmaking van 9 december 1997¹ (de Huidige Bekendmaking) vervangen. In dit artikel worden de voornaamste verschillen tussen de Huidige Bekendmaking en het Ontwerp besproken. Het Ontwerp lijkt veel ruimer dan de Huidige Bekendmaking vanwege de voorgestelde hogere drempels, maar door de uitgebreide zwarte lijst wordt veel van dit effect tenietgedaan. Dit is voor de praktijk erg jammer. Het artikel sluit af met enige opmerkingen over de mogelijke rol van het Ontwerp in de Nederlandse praktijk.

Ontwerpbekendmaking inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81 lid 1 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (de minimis), Pb. EG 2001, C 149/18.

Oorsprong en doel van de De Minimis Bekendmaking

De de minimis bekendmakingen zijn door de Commissie opgesteld naar aanleiding van jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (het Hof).² Het Hof had immers vastgesteld dat artikel 81 EG niet van toepassing was 'zolang de uitwerking van de overeenkomst op het intracommunautaire handelsverkeer of de mededinging niet merkbaar is.'³ De Commissie heeft door middel van verschillende Bekendmakingen⁴ een kwantitatieve invulling van het begrip 'merkbaar' gegeven. Het doel hiervan was ondernemingen in staat te stellen zelf te beoordelen of een overeenkomst onder de werking van artikel 81 viel. De Huidige Bekendmaking stelt dat een overeenkomst niet onder het verbod van artikel 81 lid 1 valt als de marktaandelen van alle betrokken ondernemingen tezamen op geen enkele van de betrokken markten de drempels overschrijden van 5 procent voor horizontale overeenkomsten en 10 procent voor verticale overeenkomsten. Indien een overeenkomst onder de door de Commissie vastgestelde drempels valt, zal zij niet bij de Commissie hoeven worden aangemeld, maar alleen naar de maatstaven van het nationale recht beoordeeld hoeven worden.⁵ Een belangrijk doel hierachter is natuurlijk het verlagen van de werklast van de Commissie.

Sinds het vaststellen van de Huidige Bekendmaking is de modernisering en de de-juridisering van

het Europese mededingsrecht verder voortgeschreden.⁶ Dit maakte het noodzakelijk de Bekendmaking af te stemmen op dit nieuwe, meer economisch getinte, beleid. Ten slotte had de Raad de Commissie gevraagd de noodzaak van de zwarte lijst te heroverwegen in geval van beperkingen van de actieve verkoop in selectieve distributiestelsels.⁷

Verschillen

Hierna wordt eerst het verschil in benadering van het Ontwerp ten opzichte van de Huidige Bekendmaking besproken ('Mededinging versus Handel'), en vervolgens de vijf belangrijkste verschillen.

Mededinging versus handel

De Huidige Bekendmaking geeft, zoals gezegd, kwantitatieve criteria aan de hand waarvan beoordeeld kan worden of een overeenkomst valt onder het verbod van artikel 81 of niet. Daarbij refereert de Bekendmaking zowel aan uitwerking op het intracommunautaire handelsverkeer als aan beperking van de mededinging.⁸ Echter, het enige criterium dat de Bekendmaking gebruikt is dat van marktaandeel. Marktaandreedrempels zijn geschikt om een merkbare beperking van de mededinging te definiëren, echter veel minder om beïnvloeding van de tussenstaatse handel vast te stellen. Met name als de percentages zo hoog zijn als in het Ontwerp. Een merkbaar effect op de handel kan veel beter gedefinieerd worden aan de hand van een omzetrempel, eventueel gekoppeld aan een marktaandreedrempel die veel lager ligt. Daarom beperkt het Ontwerp zich ertoe te definiëren wat een merkbare beperking van de mededinging is: 'Er wordt niet in gekwantificeerd wat al dan niet een merkbaar effect op de handel vormt.'⁹ Praktische consequenties zal dit niet hebben, aangezien de Commissie geen procedures zal inleiden in gevallen die onder de bekendmaking vallen.

Het beperken van het Ontwerp tot mededinging is mede ingegeven door de wens tot harmonisatie. In het ontwerp van de nieuwe Verordening 17 vindt de afbakening van de bevoegdheden tussen nationale autoriteiten en de Commissie plaats aan de hand van het criterium of de handel tussen de lidstaten wordt beïnvloed of niet. In het kader hiervan is misschien een aparte bekendmaking nodig om te definiëren wat een merkbare beïnvloeding van de tussenstaatse handel is. De Commissie heeft in het Ontwerp niet op deze discussie willen vooruitlopen.¹⁰

Marktaandreedrempels

De meest in het oog lopende wijziging van het Ontwerp ten opzichte van de Bekendmaking is de verhoging van de marktaandreedrempels. Overeenkomsten worden geacht de mededinging niet merkbaar te beperken:

a in geval van een overeenkomst tussen concu-

10 Luc Peeperkorn, D.g.-Competition, lezing van 8 juni 2001 (op persoonlijke titel), Antitrust Luncheon te Brussel.

11 Maar niet noodzakelijk: denk aan exclusieve overeenkomsten aangaande joint advertising tussen niet-concurrenten, bijvoorbeeld BMW-SAP.

12 Pb. EG 2001, C 3/2, punt 9. De terminologie van de Richtsnoeren is anders dan die van de Huidige Bekendmaking. Tevens geven de Richtsnoeren een uitgebreide toelichting op de betekenis en wijze van toepassing van de definities.

13 Bekendmaking paragraaf 18. Denk bijvoorbeeld aan overeenkomsten aangaande de distributie van auto's en motorbrandstoffen en drank.

14 Ontwerp paragraaf 9.

15 Bekendmaking van 13 oktober 2000, Pb. EG 2000, C 29/1; zie met name paragrafen 73, 142 en 189. Overigens houden de Richtsnoeren, net als het Hof, niet alleen rekening met het totale, maar ook met het gebonden marktaandeel. Het Ontwerp wijkt hiervan af door alleen rekening te houden met het totale marktaandeel.

16 Met name de Delimitissen de Green King-zaken, (respectievelijk C-234/89 en nog niet gepubliceerd), waar zij zegt dat een overeenkomst van een leverancier of distributeur met marktaandeel van niet meer dan 5 procent over het algemeen niet in aanzienlijke mate zal bijdragen aan een cumulatief afschermingseffect.

17 Dit is een van de Groepsvrijstellingen voor horizontalen. Zie noot 6.

18 Zie noot 6.

19 Ontwerp paragraaf 12(2)(b).

20 Ontwerp paragraaf 12(2)(e).

21 Paragraaf 11 Ontwerp. De huidige zodanige bekendmaking is van 9 december 1997, Pb. EG 1997, C 372/5.

renten (met andere woorden horizontalen) indien het *gezamenlijke* marktaandeel van alle partijen op de relevante markten kleiner is dan 10 procent (was 5 procent), of

- b in geval van een overeenkomst tussen niet-concurrenten (doorgaans verticalen)¹¹ indien het marktaandeel van *elk van de partijen* op ieder van de relevante markten kleiner is dan 15 procent (was 10 procent).

In twijfelgevallen geldt de drempel van 10 procent (was 5 procent).

In de Huidige Bekendmaking staat het 'foutje' dat ook in geval van overeenkomsten tussen niet-concurrenten de marktaandelen van alle partijen bij elkaar opgeteld moeten worden. Dat wordt in het Ontwerp hersteld: in het geval van overeenkomsten tussen niet-concurrenten moeten de marktaandelen van elk van de partijen apart bekeken worden.

De hogere percentages zijn gebaseerd op de meer economische benadering en de ervaring van de Commissie. Ook het onderscheid tussen overeenkomsten tussen concurrenten en niet-concurrenten is gebaseerd op het economische inzicht dat partijen bij een verticale overeenkomst een stimulans hebben om geen misbruik te maken van een eventuele machtspositie, omdat zulk misbruik zal leiden tot hogere prijzen, en dus schade, voor de wederpartij.

Terminologie

Ten tweede is, zoals hiervoor al bleek, de terminologie 'horizontaal' of 'verticaal' verlaten en spreekt het Ontwerp van 'overeenkomsten tussen concurrenten' en 'overeenkomsten tussen niet-concurrenten'. Voor de afbakening van wanneer partijen al dan niet concurrent zijn verwijst het Ontwerp naar de Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten.¹²

Cumulatief effect

Ten derde is de Huidige Bekendmaking niet van toepassing wanneer 'de mededinging op de relevante markt wordt beperkt door de cumulatieve werking van naast elkaar bestaande netten van soortgelijke overeenkomsten tussen verscheidene producenten of handelaren.'¹³ In het Ontwerp wordt in het geval van zo'n cumulatief afschermingseffect de werking van de bekendmaking niet uitgesloten, maar slechts een lagere drempel gehanteerd, en wel een van 5 procent voor zowel overeenkomsten tussen concurrenten als tussen niet-concurrenten.¹⁴ Dit is globaal in lijn met wat de Richtsnoeren inzake Verticale Beperkingen over het cumulatief afschermingseffect zeggen.¹⁵ Het Ontwerp sluit ook aan bij de relevante jurisprudentie van het Hof.¹⁶

Zwarte lijst

Ten vierde wordt in het Ontwerp de huidige zwarte lijst voor wat betreft horizontalen vervangen door die van de Groepsvrijstelling voor Specialisatieover-

eenkomsten¹⁷ en de zwarte lijst voor verticalen door die uit de Groepsvrijstelling voor Verticale overeenkomsten.¹⁸ Het resultaat is een lange, gedetailleerde zwarte lijst. De zwarte lijst voor verticale overeenkomsten laat iets meer territoriale beperkingen toe in het kader van selectieve distributiestelsels dan de Huidige Bekendmaking.¹⁹ Ten aanzien van rechtstreekse levering door fabrikanten van onderdelen is de nieuwe zwarte lijst daarentegen strikter dan de Huidige Bekendmaking.²⁰ In de grafiek betreft dit de grens tussen vakjes C² en A¹.

Marktafbakening

Ten vijfde: om het marktaandeel van een onderneming te kunnen berekenen moet men eerst de relevante markt bepalen. In paragraaf 13-17 van de Bekendmaking wordt uitgebreid bepaald hoe de relevante product- en geografische markten vastgesteld moeten worden. Het Ontwerp volstaat hier met een verwijzing naar 'de bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht.'²¹

Commentaar

Nu zowel de Vrijstellingsverordeningen voor horizontalen en verticalen als het Ontwerp dezelfde zwarte lijst hanteren, wat voegt het Ontwerp dan nog toe aan de Vrijstellingen? Slechts de groep afspraken die in de grafiek is weergegeven als vakje C². Voor de horizontalen betreft dit die afspraken die niet door een specifieke Vrijstellingsverordening worden bestreken: de restcategorie. Voor de verticalen betreft dit opnieuw de restcategorie, maar ook de non-concurrentiebedingen die op grond van artikel 5 Groepsvrijstelling voor Verticale Overeenkomsten verboden zijn²², en de afspraken die geacht worden niet aan een cumulatief afschermingseffect bij te dragen.²³ Het staat nog te bezien of 'vakje C²' een belangrijke groep afspraken betreft.

Zoals hiervoor al aangehaald, had de Raad de Commissie uitgenodigd om de zwarte lijst te herzien. Vanuit een economisch gezichtspunt zou het zinnig zijn *alle* overeenkomsten waarbij partijen (zeer) kleine marktaandelen hebben de minimis te verklaren. De Commissie heeft hier echter van afgezien. Peeperkorn gaf hier drie redenen voor.²⁴ Een aparte, lagere, drempel zou het Ontwerp minder overzichtelijk maken. Het zou vele debatten over de omvang van de markt uitlokken. En ten slotte heeft een quasi vrijstelling voor zwarte-lijstafspraken rechtssystematisch iets moeizaams. Wat er ook zij van deze argumenten, zij wegen niet op tegen het nadeel van de onzekerheid die nu wordt gecreëerd. Dergelijke overeenkomsten worden immers volgens het Ontwerp ook niet per se verboden, aangezien het opmerkt dat: 'Uit de rechtspraak volgt, [...], dat er geen overtreding van artikel 81, lid 1, is in gevallen waarin de overeenkomst de relevante markten

Vervolg noten op pagina 192

22 Bijvoorbeeld afspraken voor langer dan 5 jaar.

23 Zie onder 'Cumulatief Effect'.

24 Zie noot 10.

25 Ontwerp paragraaf 12.

26 Ontwerp paragraaf 12.

27 Paragraaf 5.1.3. MvT.

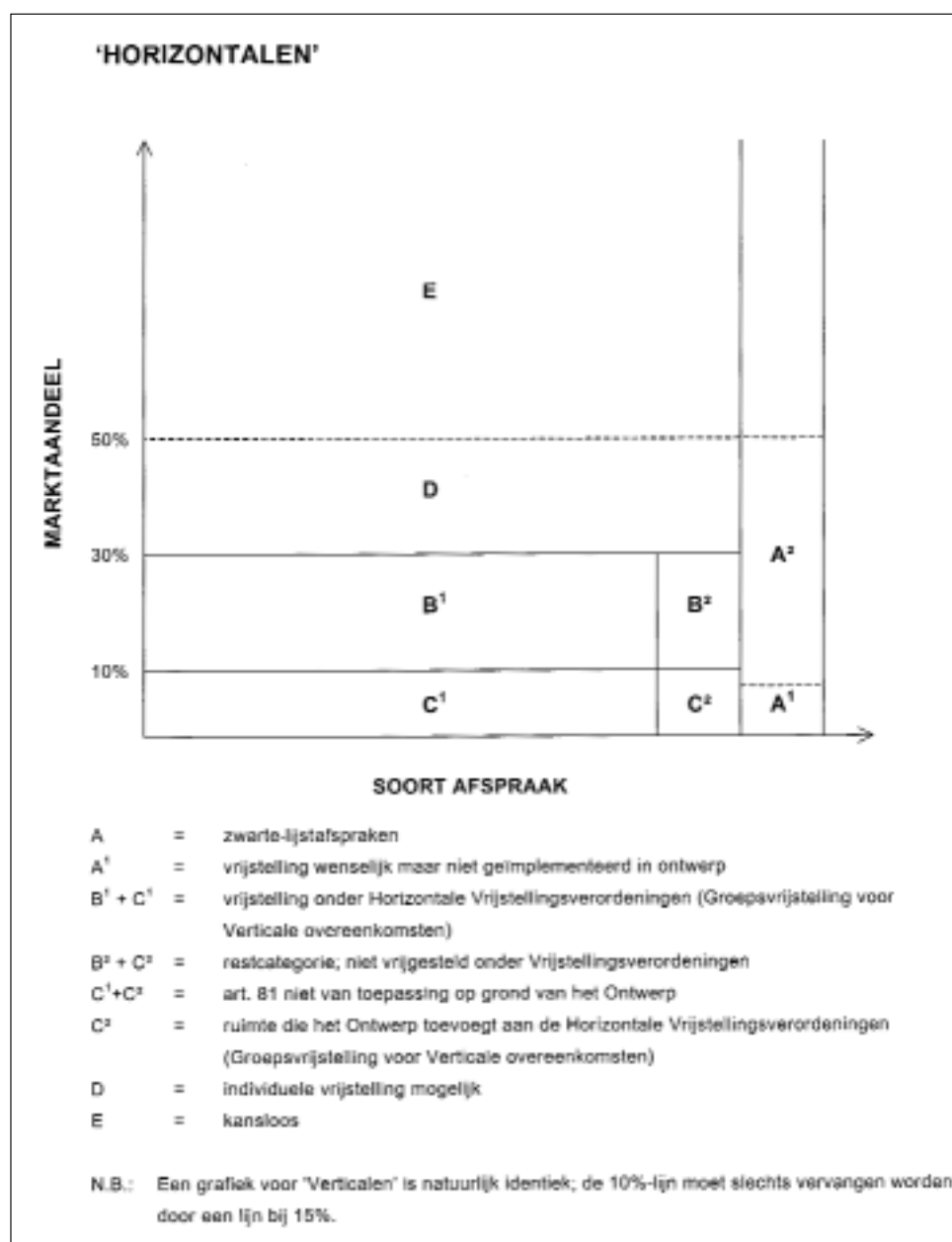
slechts in geringe mate beïnvloedt doordat de partijen een zwakke positie op de markten in kwestie hebben.²⁵ Hiermee laat het Ontwerp het dus aan Hof en Gerecht van Eerste Aanleg over om de omvang van vakje A¹ uit te werken. Het zou mijns inziens de voorkeur hebben dat wordt vastgesteld dat partijen met zeer kleine marktaandelen – bijvoorbeeld < 5 procent – ook bij het aangaan van zwarte-lijstafspraken niet in strijd handelen met het mededingingsrecht. Dit betreft dus vakje A¹ in de grafiek.

Conclusie

Bij het opstellen van het Ontwerp is veel aandacht besteed aan de systematiek van het mededingingsrecht. Dit heeft zijn vruchten afgeworpen. Door voor de definiëring van de begrippen 'concurrenten'

(paragraaf 8), 'productmarkt en geografische markt' (paragraaf 11), 'kleine en middelgrote onderneming' (paragraaf 12), de inhoud van de zwarte lijst (paragraaf 12), te verwijzen naar andere EG-regelgeving is het Ontwerp goed ingepast in het systeem van de Europese mededingingsregelgeving. Het zoekt ook aansluiting bij de jurisprudentie van het Hof, met name aangaande het cumulatief afschermingeffect (paragraaf 9) en uitzonderingen op de zwarte lijst.

Het is jammer dat het Ontwerp de zwarte lijst van toepassing verklaart op alle overeenkomsten, hoe klein het marktaandeel van de betrokken partijen ook is. De aangevoerde redenen hiervoor overtuigen niet. Er blijft nu onnodig veel rechtsonzekerheid voor kleine ondernemers. Verder is het, zoals het Ontwerp haast met zoveel woorden toegeeft²⁶, in



28 Gerechtshof Arnhem, 1 september 1998, Gamog Gelre Flevo/Nuon; Gerechtshof Leeuwarden, 10 maart 1999, Kapenga Beheer/Beheer Miedema; Rechtbank Utrecht, 21 april 1999, Lisman/Groenwoudt's Supermarkt, alle besproken in 'De toepassing van de Mededingingswet door de Nederlandse rechter 1998 en 1999', F.J. Leefflang, Kluwer, Deventer, 2000.

29 Als men al niet van mening is dat dit verbod door de feiten achterhaald is.

30 Zie President Rechtbank Alkmaar, 10 december 1998, Wijkker/Vendex Food Group (besproken in 'De toepassing van de Mededingingswet door de Nederlandse rechter 1998 en 1999', F.J. Leefflang, Kluwer, Deventer, 2000), waar de President oordeelde dat een overeenkomst slechts dan de mededinging merkbaar zou beïnvloeden als de overeenkomst betrekking had op 'een substantieel deel' van de winkelpanden in de betreffende geografische markt. Dit is niet een juist criterium.

31 Ontwerp paragraaf 4.

strijd met de economische werkelijkheid om de zwarte lijst ten opzichte van alle partijen te handhaven. Nu voegt het Ontwerp bijna niets toe aan de Groepsvrijstelling voor Verticale Overeenkomsten. In geval van horizontale overeenkomsten bestrijkt het Ontwerp slechts de gevallen die nu buiten de individuele Groepsvrijstellingen vallen.

Consequenties voor de Nederlandse praktijk?

Op grond van de memorie van toelichting (MvT) bij de Mededingingswet (Mw) mogen de Nederlandse autoriteiten geen gebruik maken van de De Minimis Bekendmaking bij de interpretatie van de Mw.²⁷

Echter, de MvT zegt ook dat de jurisprudentie van het Hof in dit kader wél relevant is voor de Mw. Op grond hiervan nemen de NMa en met name de burgerlijke rechter aan dat er naast artikel 7 Mw een extra mogelijkheid bestaat om artikel 6 Mw niet van toepassing te verklaren indien een overeenkomst geen merkbare beperking van de mededinging tot gevolg heeft.²⁸ Het Ontwerp biedt de NMa en de civiele rechter extra handvatten om het 'verbod' in de MvT op de toepassing van de De Minimis Bekendmaking te omzeilen.²⁹ Immers, overal waar het Ontwerp verwijst naar andere EG-regelgeving en jurisprudentie van het Hof kunnen ook de Nederlandse autoriteiten zich door deze bronnen laten leiden. Het is ook wenselijk dat dit gebeurt:

het kan het bedrijfsleven behoeden voor willekeur.³⁰ Ten slotte presenteert het Ontwerp zich, vrij van valse schaamte, als 'leidraad' voor de toepassing van artikel 81.³¹

Artikel 7 Mw is gebaseerd op omzetcriteria. Het huidige inzicht is dat omzetcriteria geschikt zijn om de invloed op handel, maar niet om invloed op de mededinging te definiëren. Het lijkt een goed idee om, zodra het Ontwerp definitief is geworden, artikel 7 Mw hiermee in lijn te brengen, en dan het liefst zonder zwarte lijst. De andere mogelijkheid is dat deze gelegenheid wordt aangegrepen om een eigen Nederlandse De Minimis-AMvB te creëren op grond van artikel 7 lid 3 Mw.