

Europese actualiteiten mededingings- en staatssteunrecht

Mr. Pascal Broers



Op Europees niveau zijn of worden diverse regelingen herzien die zien op de toepassing van de mededingingsregels en de staatssteunregels. Zo zijn de Groepsvrijstelling en de richtsnoeren inzake verticale overeenkomsten met ingang van 1 juni 2010 geheel herzien. Daarnaast wordt door de Europese Commissie een consultatie gehouden met betrekking tot de toepassing van staatssteunregels op diensten van algemeen economisch belang. Ook heeft de Europese Commissie belanghebbenden geconsulteerd in verband met een voorgenomen herziening van de richtsnoeren horizontalen. Hierna volgt een samenvatting van de belangrijkste ontwikkelingen.

Herziening Groepsvrijstelling en richtsnoeren verticalen

De Europese Commissie (hierna: de Commissie) heeft de groepsvrijstellingsverordening voor overeenkomsten tussen producenten en distributeurs voor de verkoop van producten en diensten, en ook de bijbehorende richtsnoeren herzien. Hiermee zijn de eerdere vrijstellingsverordening en richtsnoeren die inmiddels 10 jaar oud waren, vervangen. Verticale overeenkomsten zijn afspraken tussen ondernemingen die in verschillende schakels van de productie- en distributiekolom actief zijn, in tegenstelling tot horizontale overeenkomsten die gesloten worden tussen concurrenten. De nieuw vastgestelde Groepsvrijstelling verticalen¹ (hierna: de Groepsvrijstelling) en Richtsnoeren verticalen² (hierna: de Richtsnoeren) bevatten slechts beperkte wijzigingen ten opzichte van de voorgaande regelingen.

In de Groepsvrijstelling en de Richtsnoeren wordt met name rekening gehouden met de ontwikkeling van internet als een instrument voor *online* verkopen en grensoverschrijdende

handel. De Commissie wil dit instrument stimuleren omdat het de keuzemogelijkheden van de consumenten vergroot en de prijsconcurrentie aanwakkert. Op dit punt bevatten de nieuwe regels geen echte koerswijziging maar betreft het met name verduidelijking van het reeds bestaande beleid.

Het uitgangspunt blijft dat ondernemingen in beginsel zelf kunnen beslissen over de wijze waarop producten gedistribueerd worden, op voorwaarde dat in de overeenkomsten geen *hard core* restricties zijn opgenomen en bepaalde marktaandelen niet worden overschreden.

Van belang is dat de Commissie verticale prijsbinding nog steeds als *hard core* restrictie aanmerkt. Wanneer een dergelijke *hard core* beperking in een overeenkomst is opgenomen, wordt verondersteld dat de overeenkomst mededingingsbeperkend is in de zin van artikel 101, lid 1 van het Verdrag inzake de Werking van de Europese Unie (hierna: VWEU).³ Ook wordt verondersteld dat de overeenkomst waarschijnlijk niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid

- 1 Verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, OJ 2010, L 102, p.1.
- 2 Bekendmaking van de Commissie, richtsnoeren inzake verticale beperkingen, OJ 2010, L 102, p.1.
- 3 Richtsnoeren, randnummer 47.

3 VWEU voldoet.⁴ In de Richtsnoeren wordt tevens duidelijk gemaakt dat verticale prijsbinding desalniettemin in individuele gevallen zou kunnen zijn toegestaan onder artikel 101, lid 3 VWEU indien de voordelen (*efficiencies*) opwegen tegen de mededingingsbeperkingen.⁵ De bewijslat van artikel 101, lid 3 VWEU, die vier cumulatieve voorwaarden bevat, ligt evenwel zeer hoog en verwacht mag daarom worden dat toepassing van deze mogelijkheid wat verticale prijsbinding betreft zich zal beperken tot (zeer) uitzonderlijke gevallen. In feite gaat het hier overigens niet om een wijziging van het beleid of de inzichten van de Commissie maar om een explicitering van een ook onder het oude regime bestaande mogelijkheid.

Een belangrijke wijziging van het beleid betreft de nieuwe voorwaarde dat naast de producent ook de distributeur geen marktaandeel van meer dan 30% mag hebben om te kunnen profiteren van de Groepsvrijstelling.⁶ Volgens de nieuwe regels wordt dezelfde marktaandeeldrempel van 30% ingevoerd voor distributeurs en detailhandelaren om rekening te houden met het feit dat sommige afnemers wellicht ook marktmacht hebben, waardoor de concurrentie mogelijk negatief wordt beïnvloed. Deze wijziging is volgens de Commissie voordelig voor kleine of middelgrote ondernemingen, of zij nu producenten of afnemers zijn, die anders uitgesloten zouden worden van de distributiemarkt. Het idee is dat de regels ervoor zullen zorgen dat de consumenten goederen en diensten tegen de beste prijzen kunnen kopen, waar zij zich ook in de EU bevinden, waarbij de ondernemingen zonder marktmacht in wezen vrij zijn om hun verkoopnetwerk naar eigen goeddunken te organiseren. Met het vaststellen van een marktaandeel voor distributeurs lijkt de Commissie nadrukkelijk aandacht te schenken aan de

structuur van de markt en de positie van kleine of middelgrote leveranciers op die markt. De Nederlandse Mededingingsautoriteit lijkt op dit punt een heel andere koers te varen.⁷

Overigens betekent dit niet dat overeenkomsten tussen ondernemingen met hogere marktaandelen niet zijn toegestaan. In dat geval moet echter op individuele basis nagegaan worden of de overeenkomsten mededingingsbeperkingen bevatten, en als dit zo is of deze gerechtvaardigd zijn. Ook hier geldt weer dat het niet eenvoudig zal zijn om dat vast te stellen aangezien het voldoen aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3 VWEU buiten het regime van de Groepsvrijstelling en de Richtsnoeren in de praktijk een moeilijke opgave is.

De Commissie heeft aangekondigd dat zij de naleving van de nieuwe regels nauwlettend in de gaten zal houden en in het bijzonder zal toezien op geconcentreerde markten en distributiemarkten waarop de Groepsvrijstelling niet van toepassing is.

De nieuwe regels zijn in werking getreden op 1 juni 2010 en zullen gelden tot 2022, met een overgangsfase van één jaar.

Voorgenomen herziening van de regels die van toepassing zijn op horizontale samenwerkingsovereenkomsten

De Commissie heeft verder ontwerpverordeningen en richtsnoeren gepubliceerd betreffende de beoordeling van samenwerkingsovereenkomsten tussen concurrenten, de zogeheten horizontale samenwerkingsovereenkomsten. De voorstellen hebben tot doel de toepasselijke mededingingsregels op dit gebied verder te verduidelijken en aan te passen aan de economische realiteit van vandaag.

4 Richtsnoeren, randnummer 47.

5 Richtsnoeren, randnummer 47.

6 Artikel 3, lid 1 Groepsvrijstelling.

7 Zie bijvoorbeeld het visiedocument Inkoopmacht van de NMa: http://www.nmanet.nl/nederlands/home/Actueel/Dossiers/Food_en_Agri/Publicaties.asp

Voor de beoordeling van horizontale samenwerkingsovereenkomsten richtsnoeren gelden twee groepsvrijstellingsverordeningen⁸ en daarbij horende richtsnoeren horizontalen⁹. De twee verordeningen voorzien in een vrijstelling voor onderzoeks- en ontwikkelings-, alsook specialisatie- en gemeenschappelijke productieovereenkomsten van het algemene verbod van mededingingsbeperkende afspraken, voor zover zij voldoen aan alle in de verordeningen opgenomen voorwaarden. De richtsnoeren horizontalen bieden een analytisch kader voor de beoordeling van de meest gangbare vormen van horizontale samenwerkingsovereenkomsten, zoals onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten, productieovereenkomsten, inkoopovereenkomsten, commercialiseringsovereenkomsten en standaardiseringsovereenkomsten.

De Commissie is van mening dat samenwerkingsovereenkomsten tussen concurrenten die de efficiëntie verbeteren, in het bijzonder onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten en standaardiseringsovereenkomsten, innovatie en concurrentie in Europa kunnen stimuleren. Geactualiseerde regels op dit gebied zullen ervoor zorgen dat de samenwerking tussen concurrenten wordt vergemakkelijkt, voor zover zij bijdraagt tot de economische welvaart en de concurrentie niet in gevaar wordt gebracht.

Een belangrijk aspect hiervan zijn overeenkomsten betreffende de vaststelling van normen. De Commissie is van mening dat normen steeds belangrijker worden voor de bevordering van de innovatie (in het bijzonder in de IT-sector), maar ook dat een efficiënt, open en doorzichtig standaardiseringsproces onontbeerlijk is om voor daadwerkelijke concurrentie te zorgen. De herziening van het hoofdstuk dat gaat over standaardisering moet er in het bijzonder voor zorgen dat normen zodanig worden vastgesteld

dat de specifieke voordelen van standaardisering worden gerealiseerd en doorgegeven aan de consument.

Een andere belangrijke wijziging in de Richtsnoeren betreft de invoeging van een hoofdstuk over de beoordeling van *informatie-uitwisseling* tussen ondernemingen.

Naar verwachting zal de Commissie, rekening houdend met de ontvangen reacties, tegen het eind van dit jaar de definitieve teksten aannemen.

Consultatie over de toepassing van de staatssteunregels op diensten van algemeen economisch belang

Op dit moment is er een consultatie gaande over de toepassing van de regelgeving over Diensten van algemeen economisch belang (hierna: DAEB) van de Commissie die zijn vastgesteld in 2005. Deze regelgeving biedt een handvat om na te gaan wanneer de financiering door de staat van DAEB's verenigbaar is met de staatssteunregels van de Europese Unie. De regelgeving werd in juli 2005 vastgesteld, na het Altmark-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: EU-Hof). De achtergronden van de DAEB worden hierna geschetst.

Openbare diensten spelen een belangrijke rol in Europa. Dit blijkt onder meer uit het Protocol (nr. 26) bij het Verdrag van Lissabon over diensten van algemeen belang. Lidstaten hebben een grote vrijheid om te beslissen welke diensten als diensten van algemeen belang moeten worden beschouwd. In de context van de interne markt moet de Commissie er evenwel voor zorgen dat dergelijke diensten volgens de regels van het Verdrag worden aangewezen en uitgevoerd om verstoring van de concurrentie te vermijden.

8 Verordening (EG) nr. 2659/2000 van de Commissie van 29 november 2000 betreffende onderzoeks- en ontwikkelings-(O&O)overeenkomsten, Pb. L 2000, 304, p.7 en Verordening (EG) nr. 2658/2000 van de Commissie van 29 november 2000 betreffende specialisatieovereenkomsten, Pb. 2000, nr. L304, p.5.

9 Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 EG op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Mededeling van de Commissie van 6 januari 2001, Pb.2001, C3, p.2.

De regelgeving van de Commissie heeft tot doel te verduidelijken onder welke voorwaarden staatssteun voor DAEB's als verenigbare staatssteun kan worden beschouwd. Het concurrentiebeleid is niet van toepassing op alle diensten van algemeen belang, maar alleen op diensten die "economisch" van aard zijn. Volgens het Europese recht is een economische activiteit elke activiteit die bestaat in het aanbieden van goederen of diensten op een bepaalde markt, bijvoorbeeld omroep-, energie-, transport-, en postdiensten. In zijn arrest in de zaak-Altmark¹⁰ oordeelde het EU-Hof dat compensatie voor DAEB's staatssteun vormt in de zin van artikel 107, lid 1 VWEU, en derhalve onder het toezicht van de Commissie valt, tenzij aan vier cumulatieve voorwaarden is voldaan:

1. De begunstigde onderneming moet met de uitvoering van een duidelijk omschreven openbare dienstverplichting zijn belast;
2. De parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend moeten vooraf op objectieve en transparante wijze worden vastgesteld;
3. Het compensatiebedrag mag niet hoger zijn dan wat nodig is om de kosten van de uitvoering van de openbare dienstverplichtingen te dekken, rekening houdend met de desbetreffende opbrengsten van de dienst (de compensatie mag evenwel een redelijke winst inhouden);
4. De begunstigde onderneming wordt gekozen in het kader van een openbare aanbesteding, of de compensatie wordt berekend op basis van de kosten die een goed beheerde en degelijk uitgeruste onderneming had moeten maken om deze openbare dienst te verlenen.

Om praktische toepassing te geven aan de in het Altmark-arrest vervatte criteria en met name aan de moeilijk te nemen horde van het vierde criterium, stelde de Commissie in juli 2005 een Vrijstellingsbeschikking¹¹ en een Kaderregeling¹² over DAEB vast.

In de Vrijstellingsbeschikking is vastgesteld onder welke voorwaarden compensatie die aan DAEB-ondernemingen wordt toegekend voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang, verenigbaar is met de staatssteunregels en niet vooraf behoeft te worden aangemeld bij de Commissie. De Vrijstellingsbeschikking is van toepassing op ziekenhuizen en sociale huisvesting, ongeacht het bedrag, alsook op andere sectoren voor zover de compensatie maximaal 30 miljoen euro per jaar belooft en de jaaromzet van de begunstigde onderneming minder dan 100 miljoen euro bedraagt. Het lucht- en zeevervoer naar eilanden binnen de EU alsook luchthavens en havens vallen – indien bepaalde drempels inzake passagiersaantallen¹³ moet worden overschreden – ook onder de Vrijstellingsbeschikking.

In de Kaderregeling zijn de voorwaarden opgenomen op grond waarvan compensatie die niet onder de toepassing van de Vrijstellingsbeschikking valt, toch als verenigbaar met de staatssteunregels kan worden beschouwd na aanmelding bij en beoordeling door de Commissie. Compensatiebedragen die hoger zijn dan de kosten van de uitvoering van de openbare dienstverplichtingen, of die door ondernemingen worden gebruikt op andere markten die voor concurrentie ontstaan, zijn niet gerecht-

¹⁰ Zaak C-280/00, Altmark, betreffende een dispuut over lokale transportdiensten dat door een Duitse rechtbank naar het EU-Hof werd verwezen; Jurispr. 2003, blz. I- 7747.

¹¹ Beschikking van de Commissie van 28 november 2005 betreffende de toepassing van artikel 86, lid 2, van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst die aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen wordt toegekend, C(2005) 2673.

¹² Communautaire kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst [2005] Pb. C 297, 4.
¹³ Voor lucht- en zeeverbindingen met eilanden ligt de drempel bij gemiddeld maximaal 300 000 passagiers per jaar, voor luchthavens bij gemiddeld maximaal 1 miljoen passagiers per jaar en voor havens bij gemiddeld maximaal 300 000 passagiers per jaar.

vaardig en zijn onverenigbaar met de staatssteunregels van het Verdrag.

Zowel de Vrijstellingsbeschikking als de Kaderregeling bepalen dat de Commissie een evaluatieverslag opstelt op basis van haar ervaring met de toepassing van de regels, en van de resultaten van door de Commissie gehouden consultaties, aan de hand van met name door de lidstaten verstrekte verslagen inzake de toepassing van het besluit.

De Commissie heeft zowel de van de lidstaten ontvangen verslagen over de toepassing van de regels gepubliceerd, als ook een vragenlijst die gericht is tot openbare dienstverleners, gebrui-

kers van openbare diensten, *stakeholders*, burgers en alle overige belanghebbenden. De resultaten van deze consultatie zullen voor de Commissie als basis dienen om de regelingen uit 2005 te evalueren en eventueel te komen tot verbeteringen.¹⁴

Conclusie

De Commissie is zeer actief bezig om haar beleidsregels te evalueren onder meer door het houden van brede consultatierondes. Op basis hiervan worden de beleidsregels daar waar nodig aangepast aan de economische realiteit van dit moment. Dat is voor de praktijk van ondernemingen van groot belang.

¹⁴ De openbare raadpleging is beschikbaar op: <http://ec.europa.eu/competition/consultations/open.html>