

WOORD VOORAF

AVANT-PROPOS

Mededingingsautoriteiten in een (digitale) storm?

Jacques Steenbergen¹

Op 4 april 2019 nam het Parlement de wet aan waarmee het misbruik van economische afhankelijkheid ingeschreven werd in Boek IV WER. Een aantal onrechtmatige bedingen en marktpraktijken in B2B-relaties zijn nu toegevoegd in Boek VI. De bepalingen over misbruik van economische afhankelijkheid treden pas in 2020 in werking. Er zal over die wet, wellicht ook in dit tijdschrift, ongetwijfeld nog veel inkt vloeien.

Op 2 mei 2019 verving het Parlement Boek IV WER door een nieuwe tekst die inmiddels in werking trad. Bevoegdheden werden verduidelijkt, procedures gestroomlijnd, inmiddels ontwikkelde praktijken gecodificeerd. Dit alles toelichten vergt meer dan een editoriaal. De materieel rechtelijk meest ingrijpende wijziging betreft het optrekken van de maximumgrens voor boetes van 10% van de omzet in België en bij de uitvoer naar 10% van de wereldwijde omzet. Het nieuwe Boek IV brengt op dit punt al een omzetting van de ECN + richtlijn.

Dit alles speelt echter in een context waarin er veel meer aan de orde is. Ook al lijkt de directe druk op de Mededingingsautoriteit in België relatief kleiner dan bij voorbeeld in Duitsland, kan ik mij geen periode herinneren waarin mededingingsautoriteiten met meer existentiële uitdagingen werden geconfronteerd. En dat niet alleen door de digitale revolutie.

Enkele voorbeelden:

Het vertrouwen in marktwerking is door de economische en financiële crisis zwaar beschadigd. Velen wantrouwen technocraten en betwisten het nut van mededingingsautoriteiten.

Mededingingsautoriteiten ontlenen, toch zeker in hun eigen ogen, hun legitimiteit aan hun bijdrage tot een betere, meer efficiënte marktwerking. Niet iedereen ziet dat als een uitweg uit de crisis. Hele groepen zien het als een van de oorzaken van hun problemen. Hetzelfde geldt voor vrijhandel. De “gele hesjes”-beweging en de weerstand tegen het

CETA-akkoord zijn er een gevolg van. Er kan niet echt worden betwist dat de globalisering ook bij ons bijdroeg tot de groei die wij sinds WO II hebben gekend. Maar zoals prof. JENNY, voorzitter van het Competition Committee van de OESO, stelt², zijn wij er ten onrechte van uit gegaan dat iedereen er beter van zou worden. Een aantal factoren, zoals de rigiditeit van arbeidsmarkten, maken echter dat er winners en verliezers zijn. Dan is het geen wonder dat de verliezers zich in de steek gelaten voelen.

Digitale markten werken anders dan de markten waarmee wij vertrouwd werden. Die impact begrijpen en zelf opereren in een digitale omgeving is ook voor grote autoriteiten een uitdaging.

De problematiek van de klimaatverandering maakt de debatten over duurzaamheid en mededingingsbeleid nog actueler.

De impact van de digitale revolutie is voor mededingingsautoriteiten een tweesnijdend zwaard. Aan de ene kant opent de digitalisering markten, bevordert zij innovatie, en laat de big-data-problematiek, zoals Margrethe Vestager telkens beklemtoont, mededingingsautoriteiten toe aan al wie bang is omdat zij het gevoel hebben de controle over hun leven en omgeving te verliezen, aan te tonen dat het handhaven van mededingingsregels hen niet minder maar meer controle helpt geven over hun leven in een digitale wereld.

Maar mede door de digitale stroomversnellingen zijn ook wie wel belang hechten aan mededinging niet altijd overtuigd van het nuttig effect van het mededingingsbeleid zoals wij dat kennen. Wanneer een antwoord wordt verwacht op stormachtige ontwikkelingen zijn mededingingsautoriteiten kwetsbaar. De publieke en politieke opinie zal altijd in de verleiding zijn om symptomen te bestrijden, liever dan te wachten tot een verbeterde marktwerking het gewenste resultaat geeft. Of te wachten op een beslissing die ook als wij zo snel gaan als mogelijk is met respect voor *due process*, in de praktijk toch altijd een paar jaar op zich laat wachten. En dan nog in beroep betwist wordt. Dat er in de landen

¹. Voorzitter van de BMA.

². Zie bv. zijn bijdrage over *Fairness and Competition* tot het OESO Global Forum on Competition in November 2018: www.slideshare.net/OECD-DAF/how-can-competition-contribute-to-fairer-societies-jenny-november-2018-oecd-gfc-discussion. See also Y. VAN GERVEN, “Editoriaal”, *Competition* (formerly *Tijdschrift voor Belgische Mededinging*), 2018, p. 217.

die in de jaren 70 en 80 van de vorige eeuw meer ingezet hebben op prijsreglementering dan op mededingingsbeleid meer en niet minder inflatie was, zijn de meesten al lang vergeten.

Dit alles dwingt mededingingsautoriteiten zichzelf en hun werking voortdurend in vraag te stellen. Dat is gezond. Het zal U niet verwonderen dat ik er als voorzitter van een mededingingsautoriteit daarbij van uit ga dat de samenleving gediend is met een efficiënt toezicht op de marktwerking.

Enkele pistes waarmee wij en andere mededingingsautoriteiten in Europa in een snel evoluerende en steeds meer digitale omgeving een antwoord zoeken op wat stakeholders van ons verwachten:

Wij moeten er in onze prioriteiten en bij het openen van zaken over waken dat wij regelmatig naar buiten kunnen komen met beslissingen in zaken waarbij ook kwetsbare consumenten zich iets kunnen voorstellen. De publieke reacties over de recente BMA-beslissing in de zaak betreffende de Orde van Apothekers zijn een voorbeeld van wat aanslaat³.

Mededingingsautoriteiten moeten meer bereidheid tonen om overdreven prijzen te bestrijden, hoe moeilijk het ook is om te bepalen wat overdreven is. De beslissing betreffende voorlopige maatregelen in de zaak betreffende de meterkastdeksels betrof geen product dat echt tot de verbeelding spreekt, maar de zaak illustreert wel hoe moeilijk het is overdreven prijzen te vermijden zonder als een prijsregulator op te treden⁴.

Een doorgedreven constructieve samenwerking met wie met regelgeving is belast. Mededingingsbeleid en regulering zijn complementair, niet incompatibel. De *roaming*-en *geo-blocking*-regels zijn een voorbeeld⁵. Maar dat vergt wel dat wij systematisch zoeken naar pro-concurrentiële regelgeving. De BMA krijgt al meer vragen over overwogen regels, maar mist de capaciteit voor een meer systematisch screenen. Frankrijk en anderen hebben daar een erg positieve ervaring mee.

Tal van rapporten geven ons een beter inzicht in digitale ontwikkelingen en hoe het mededingingsbeleid daarop dient te reageren⁶.

Beslissingen over e-commerce tonen aan dat bestaande regels en de lijnen die uitgezet werden in de richtsnoeren uit 2010⁷ een nog altijd bruikbaar kader bieden, op voorwaarde dat wij in het feitenonderzoek zorgvuldig nagaan hoe digitale markten echt werken.

Ook voor big-data zie ik geen behoefte aan andere mededingingsregels. Wel aan een zoeken naar een evenwicht tussen mededingingsbeleid en regelgeving. Ik geloof in de Europese aanpak om ons zowel in mededingingsbeleid als in regelgeving te concentreren op de controle over, de toegang tot en het gebruik van data, en niet op de grootte van ondernemingen. De recente *Telenet* -beslissing van de BMA ligt in die lijn⁸.

In het na de *Siemens / Alstom* -beslissing van de Europese Commissie⁹ soms verhitte debat over de actualiteit van het concentratietoezicht en de verhouding tot industriepolitiek meen ik met vele anderen dat de Europese samenleving er niet beter van wordt wanneer wij “*national champions*” ondersteunen die het niet *on the merits* zouden maken. Er kunnen heel legitieme andere objectieven zijn, maar die worden beter in een ander kader nagestreefd, en niet zonder eerst te weten hoe mededingingsautoriteiten eventuele nadelige gevolgen van transacties vanuit hun invalshoek inschatten.

Meer algemeen toonde een onderzoek voor de Nederlandse ACM aan dat stakeholders meer bezorgd zijn om *fairness* dan om efficiëntie. Zoals commissaris voor mededinging Margrethe Vestager moeten wij mensen er van trachten te overtuigen dat het unfair is (want consumenten en ondernemers kansen ontnemt) wanneer de toegang tot markten artificieel wordt beperkt, prijzen artificieel hoog worden gehouden, wij geen meester zijn over onze gegevens, enz.

De grootste uitdaging om relevant te blijven betreft onze reactiesnelheid:

Wij moeten, met respect voor *due process*, alles doen wat wij kunnen om onderzoeken zo efficiënt mogelijk te voeren en procedures zo vlot mogelijk te laten verlopen. De BMA wordt daarbij geholpen door een wet met strikte beslissingstermijnen, en vooral door een inmiddels aanzienlijke ervaring met de in 2013 ingevoerde mogelijkheid om zaken af te sluiten met een schikking.

³. Besl. 28 mei 2019 in de *Medimarket / Orde van apothekers*-zaak.

⁴. Besl. 22 januari 2019 in de *VRT / Norkring*-zaak.

⁵. Verordeningen nrs. 2017/920, 2018/302, 924/2009 en 260/2012.

⁶. Zie bv. het expertenverslag opgesteld op vraag van de Commissaris voor de mededinging: J. CREMER, Y.-A. DE MONTJOYE en H. SCHWEITZER, *Competition policy for the digital era*, DGComp 2019 (www.ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf). De ACM publiceerde een position paper: *Position Paper Autoriteit Consument & Markt: Rondetafelgesprek over de marktdominantie van internet en technologiebedrijven* (www.acm.nl/sites/default/files/documents/2018-02/positionpaper-acm-over-marktdominantie-grote-tech-bedrijven.pdf). Zie ook het Furman rapport voor de Britse regering: J. FURMAN (chair), *Unlocking digital competition*, Londen, OGL, 2019 (www.gov.uk/government/publications/unlocking-digital-competition-report-of-the-digital-competition-expert-panel). En al in 2016 was er de gezamenlijke studie van de Franse Autorité de la Concurrence en het Bundeskartellamt: *Competition law and data*, Berlin-Paris, 2016 (www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf).

⁷. *Pb. C.* 2010, 130/1, par. 52.

⁸. Besl. 13 mei 2019 in de *Telenet / De Vijver* -zaak.

⁹. Besl. 6 februari 2019.

Wij moeten alles doen wat wij kunnen om het nuttig effect van zaken naar voor te brengen. Het helpt daarbij dat wij op suggestie van de Vereniging van Mededingingsadvocaten nu een persbericht uitsturen (zonder ondernemingen te vernemen) bij huiszoeken. Dat geeft een niet te onderschatten signaal aan anderen die zich geïnteresseerd zouden kunnen voelen. En de in 2013 hervormde procedure voor voorlopige maatregelen geeft ons ook een veel efficiënter geworden instrument om de gevolgen van inbreuken te beperken.

Maar meer is nodig. Wanneer wij willen dat alsmaar versnellende ontwikkelingen rekening houden met mededingingsregels, kunnen wij ons niet beperken tot het *ex post* beoordelen van wat mis ging.

Wij kunnen niet wachten met richtsnoeren tot wij ervaring met een probleem hebben opgebouwd in inbreukprocedures. Dit vergt een cultuuromslag.

Wij moeten ernstig overwegen ook meer *guidance* op maat te bieden in informele zienswijzen en andere vormen waarvoor de juridische basis er al is. Het kan niet de bedoeling zijn dat mededingingsautoriteiten in de plaats treden van het

door verordening nr. 1/2003 ingestelde *self assessment*-model. Maar het kan ons toelaten in nader te omschrijven situaties samen met stakeholders een beleid af te tasten en ontsporingen te vermijden.

Er is ook het interessante Nederlandse voorstel voor een *ex ante* instrument om buiten elke inbreukconnotatie verbintenissen op te leggen, geïnspireerd door de bevoegdheden van de Britse CMA.

Richting aangeven in verspreide slagorde is echter niet waar stakeholders op wachten en markten beter van worden. Het Nederlandse voorstel stelt bij voorbeeld dat een dergelijk *ex ante* instrument bij voorkeur op Europees niveau moet worden overwogen. Voor het meer traditionele *ex post* optreden is er het toenemende belang van versneld overleg in ECN, met de “*early warning*”-procedure om elkaar te wijzen op zaken met “*novel issues*”. En ook bij tussenkomsten over nieuwe problemen buiten de context van inbreukzaken moeten wij bij voorkeur met elkaar aftasten wat wij best zouden doen.