Nederlandse Mededingingsautoriteit

Aan

De Minister van Economische Zaken, Landbouw en
Innovatie
De heer H.G.J. Kamp
Postbus 20401
2500 EK DEN HAAG

Datum	*Uw kenmerk*	*Ons kenmerk*	*Bijlage(n)*
		12328452	

Onderwerp

Bestuurlijke reactie SEO rapport misbruik economische machtspositie

Geachte heer Kamp,

In uw opdracht heeft SEO Economisch onderzoek (hierna: SEO) in november 2011 een internationale vergelijking opgeleverd naar het verbod op misbruik van een economische machtspositie (artikel 24 van de Mededingingswet en artikel 102 VWEU). Op uw verzoek ga ik, naar aanleiding van het onderzoek van SEO (hierna: het SEO-rapport) en op basis van eigen ervaringen, in deze brief in op de conclusies en de lessen die de NMa er aan verbindt.

Algemeen

SEO constateert dat de NMa in de jaren 2005 tot 2009 in een relatief gering aantal zaken (formeel) tot vaststelling van een overtreding is gekomen. Verder constateert SEO dat de NMa slechts in één zaak een boete heeft opgelegd, die voor de rechter echter niet standhield.

Het SEO-rapport biedt een overzicht van de diverse factoren die een verklaring voor het relatief geringe aantal artikel 24-zaken zouden kunnen vormen. De internationale vergelijking scherpt het inzicht in de aanpak van misbruikzaken en biedt goede aanknopingspunten voor het (verder) ontwikkelen van het toezicht door de NMa.

De NMa gebruikt de bevindingen van SEO graag om haar praktijk in misbruikzaken nog eens extra kritisch tegen het licht te houden. De vorming van de Autoriteit Consument & Markt, biedt hiervoor bij uitstek het moment.

Postbus 16326 *Muzenstraat 81* *T: [070] 330 33 30* *E-mail: info@nma.nl*
2500 BH Den Haag *2511 WB Den Haag* *F: [070] 330 33 70* *Website: www.nma.nl*

NMa

1. Pragmatische aanpak

SEO sluit niet uit dat in Nederland relatief veel zaken informeel worden afgedaan en de NMa langs informele wegen gedragsaanpassingen zou kunnen hebben bewerkstelligd. De wijze van handhaving van artikel 24 Mw door de NMa wordt inderdaad gekenmerkt door een pragmatische aanpak. De NMa bekijkt van zaak tot zaak welke strategie het best gevolgd kan worden. Het gaat niet alleen om het opleggen van boetes; het vinden van een andere adequate oplossing voor het mededingingsprobleem is evenzeer een mogelijkheid. De Interpay-zaak (over mogelijk buitensporige tarieven voor pintransacties) uit 2004 is een goed voorbeeld van de pragmatische aanpak van de NMa. Al werd de boete wegens overtreding van artikel 24 Mw in bezwaar ongedaan gemaakt, het probleem voor de winkeliers werd wel opgelost en tegelijkertijd werd een aanzet gegeven tot een efficiëntere afwikkeling van het betalingsverkeer. Een enigszins vergelijkbaar verloop kende een recente zaak op de gasmarkt. Daar heeft de NMa er door haar acties voor gezorgd dat de groothandelsmarkt voor gas werd geopend, zonder oplegging van sancties onder artikel 24 Mw.

Van belang is dat ondernemingen open staan voor gedragsaanpassing langs andere wegen. Een voorbeeld hiervan uit het verleden is de zaak die de NMa in 2007 heeft onderzocht met betrekking tot ticketverkoop waarin exclusiviteitsclausules door de bedrijven werden verwijderd uit de contracten. Hierdoor kregen ook andere organisatoren van evenementen toegang tot de markt.

Op basis van het SEO-rapport lijken toezeggingsbesluiten relatief vaker voor te komen in de andere onderzochte landen. De NMa acht naast het opleggen van sancties en informele afdoening ook het toezeggingsinstrument heel geschikt voor een doelmatige aanpak van misbruikzaken. De NMa is daarvoor afhankelijk van de opstelling van de ondernemingen die volgens de wet een verzoek om toezeggingen moeten doen. De NMa zal nagaan langs welke wegen zij kan bevorderen dat ondernemingen de kans op het (tijdig) doen van toezeggingen niet voorbij laten gaan. De alertheid op de mogelijkheden voor het inzetten van toezeggingen als handhavingsinstrument zal worden versterkt vanaf de start van een onderzoek naar een mededingingsrechtelijke overtreding.

Daarnaast zal de NMa via voorlichting de bewustwording bevorderen van mogelijk uitsluitingsgedrag door ondernemingen die mogen veronderstellen dat zij beschikken over een economische machtspositie. Dit kan leiden tot een gewenste aanpassing in de complianceregelingen. Die beperken zich tot nu toe immers vooral tot het voorkomen van kartelgedrag.

2. Prioritering

SEO constateert dat het gepubliceerde prioriteringsbeleid van de mededingingsautoriteiten in de onderzochte landen niet van elkaar afwijkt. Zo heeft bijvoorbeeld ook de NMa een prioriteringsbeleid waarin kartelzaken geen prioriteit krijgen boven misbruikzaken. Op alle zaken zijn op dezelfde wijze de volgende wegingsfactoren van toepassing: economisch belang, consumentenbelang, ernst van de mogelijke overtreding en doelmatigheid en doeltreffendheid

van het optreden. De NMa heeft haar prioriteringsbeleid recent verscherpt naar aanleiding van jurisprudentie en gepubliceerd op haar website.

De NMa heeft zich achter de economische benadering van de Commissie ten aanzien van misbruikzaken geschaard, om een reëel gevaar van zowel *overenforcement*, dat wil zeggen het bestraffen van feitelijk procompetitief gedrag, als *underenforcement*, dat wil zeggen het niet bestraffen van feitelijk anticompetitief gedrag, te voorkomen.[1] Een economische analyse kan het verschil tussen procompetitieve en anticompetitieve uitsluitingseffecten aan het licht brengen. Dit laat zich in complexe zaken echter niet gemakkelijk blootleggen.

Ook de rechter eist, naast een goede juridische motivering, een goede economische motivering (zoals bijvoorbeeld in de uitspraak van het CBb in de zaak CR Delta). Het CBb bepaalde daarnaast, in de zaak Vereniging van Reizigers over vermeend misbruik, dat de NMa ook afwijzingen van klachten goed moet motiveren in het licht van de prioriteringscriteria. Dit brengt mee dat de juridische lat in misbruikzaken hoog ligt, onder meer op grond van de vereiste grondige economische analyse. Dergelijk onderzoek legt echter veelal een relatief groter beslag op de capaciteit van de NMa dan (de meeste) kartelzaken. Dit kan de uitkomst van de prioritering beïnvloeden.

De NMa is in de door SEO onderzochte periode in toenemende mate een economische benadering van misbruikzaken gaan volgen. In de afgelopen jaren heeft de NMa geïnvesteerd in het opbouwen van economische expertise binnen haar onderzoeksteams en is bijvoorbeeld een Chief Economist aangesteld. Bij iedere zaak is economische toetsing de norm. Deze trend wordt in de nieuwe autoriteit ACM verder voortgezet met een gerichte aanpak van misbruikproblemen.

3. Bundeling van algemeen mededingingstoezicht en sectorspecifiek toezicht

Een van de bevindingen van het SEO-rapport gaat over de verhouding tussen het misbruikverbod en de regulering van sectoren. Andere landen ondervinden problemen van misbruik in geliberaliseerde, maar niet in alle gevallen (goed) gereguleerde sectoren, waardoor het misbruikartikel daar wordt ingezet. In Nederland is dit niet of minder vaak nodig , vanwege onze uitgebreidere specifieke regelgeving en het toezicht door sectorspecifieke toezichthouders.

Dit laat niet alleen zien hoe belangrijk effectieve sectorregelgeving is, maar tevens dat er complementariteit en synergie kan bestaan tussen *ex ante* regulering en *ex post* handhaving van de mededingingsregels. In de nieuwe ACM zal het toezicht op het verbod op misbruik van een economische machtspositie voor de sectoren energie en telecom, post en vervoer worden ondergebracht in twee sectorspecifieke directies, waarbij de teams van zaakbehandelaars worden

[1] Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, Mededeling van de Commissie, PbEU 24.2.2009, C45/7.

versterkt vanuit de directie Mededinging. De directie Mededinging zal daarnaast verantwoordelijk zijn voor het toezicht op de naleving van het verbod op misbruik van een economische machtspositie in alle overige sectoren. Op deze wijze kan de opgebouwde sectorkennis en -kunde nog beter worden benut en kunnen verschillende toezichtstijlen en instrumenten nog beter op elkaar worden afgestemd.

4. Transparantie

Uit de klachten en signalen die de NMa ontvangt, blijkt dat er in de buitenwereld onduidelijkheid bestaat over het begrip "misbruik van een economische machtspositie". Om dit te ondervangen, zal de NMa meer duidelijkheid verschaffen over haar toezicht op het verbod op misbruik van een economische machtspositie. In de externe communicatie zal de NMa aan de hand van voorbeelden inzichtelijk maken welke gedragingen onder welke omstandigheden mogelijk wel of niet als misbruik bestempeld kunnen worden. De NMa zal daarbij aansluiting zoeken bij de handhavingsprioriteiten die de Europese Commissie voor haar toezicht op de naleving van misbruik van een economische machtspositie in februari 2009 heeft gepubliceerd.[2]

Conclusie

De NMa, en in de nabije toekomst de ACM, trekt uit het SEO-rapport en haar eigen bevindingen de conclusie dat er goede verklaringen zijn voor een aantal verschillen tussen landen inzake het verbod op misbruik van een economische machtspositie. Daarbij hecht de NMa er aan om rekening te (blijven) houden met een aantal voor Nederland relevante factoren, zoals de (in het algemeen gesproken) scherpere sectorspecifieke regelgeving, de hoge lat die de rechter aan de NMa oplegt en de pragmatische aanpak die gericht is op het oplossen van problemen en niet op het aantal boetebesluiten.

Ik hoop u met deze brief voldoende te hebben ingelicht over de (toekomstige) werkwijze van de NMa (ACM) inzake de toepassing van het verbod op misbruik van een economische machtspositie.

Hoogachtend,

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit,
Namens deze:

Chris Fonteijn
Voorzitter Raad van Bestuur

[2] Zie voetnoot 1.