



ADVIES

CRB 2020-2320

**Het mededingingsrecht in het licht van de
mondialisering en de digitale platforms**

CCE
Conseil Central de l'Economie
Centrale Raad voor het Bedrijfsleven
CRB





Advies
over het mededingingsrecht in het licht van de mondialisering en
de digitale platforms

Brussel
01.12.2020

Inleiding en inbehandelingneming

De goedkeuring van mededingingsregels is een exclusieve bevoegdheid van de EU en de toepassing ervan wordt gewaarborgd door de Europese Commissie in samenwerking met de mededingingsautoriteiten van de lidstaten. Het doel van het Europese mededingingsbeleid is te zorgen voor vrije en onvervalste mededinging tussen de economische actoren op de interne markt, om ervoor te zorgen dat de prijzen op correcte wijze worden aangepast voor de consument en dat de markten worden opengesteld voor toetreders. Het steunt op drie pijlers: (1) het verbod op staatssteun (de mededinging moet gebaseerd zijn op "verdienste"), behoudens uitzonderingen; (2) de bestrijding van kartels en misbruiken van een machtspositie en (3) de controle op concentraties.

Het Europese mededingingsbeleid wordt momenteel door sommige lidstaten bekritiseerd. Kritiek die is toegenomen sinds de [fusie tussen Alstom en Siemens in februari 2019 werd verworpen](#). Enerzijds vinden deze lidstaten dat het Europese mededingingsbeleid door de Europese Commissie te streng wordt toegepast in vergelijking met derde landen. Anderzijds zijn zij van mening dat het rechtskader te lang grotendeels ongewijzigd is gebleven, terwijl het economisch klimaat aanzienlijk is veranderd en aspecten als wederkerigheid, markttoegang en eerlijke mededinging een grote rol spelen.

Tegen deze achtergrond van spanningen is het duidelijk dat het Europese mededingingsbeleid moet worden aangepast aan dit nieuwe economische klimaat. Er worden momenteel besprekingen gevoerd en raadplegingen gehouden over mogelijke toekomstige ontwikkelingen. Er werd zelfs een [nieuwe Europese industriële strategie](#) ontwikkeld, die het Europees Parlement al als ontoereikend heeft beschouwd, om te onderzoeken hoe de Europese economische structuur beter kan worden beschermd tegen bedrijven uit derde landen.

Daarom vond de brc Mededinging het belangrijk om de problematiek op eigen initiatief aan te kaarten en zich, via dit advies, reeds uit te spreken over een reeks toekomstige ontwikkelingen die de debatten en standpunten van de Belgische autoriteiten bij de Europese instellingen zouden kunnen voeden.

Dit ontwerpadvies werd ter goedkeuring voorgelegd aan de brc Mededinging, die het op 1 december 2020 unaniem heeft goedgekeurd, onder het voorzitterschap van de heer Bourgeois.

ADVIES

1. Voorafgaande opmerkingen

De interne markt wordt steeds meer mondiaal zonder dat er sprake is van wereldwijde gelijke mededingingsvoorwaarden

Door de toenemende mondialisering van de markten hebben concurrenten uit derde landen zoals China of India, naast Amerikaanse concurrenten, hun industriële activiteiten kunnen uitbreiden naar de EU.

Om hun industriële projecten uit te voeren, subsidiëren deze derde landen (waaronder de Verenigde Staten) hun bedrijven. Dergelijke subsidies vallen niet onder het EU-toezicht op staatssteun. Het gevolg hiervan is echter dat een bedrijf dat buiten de EU is gevestigd, lagere prijzen kan vragen, waardoor Europese afnemers zich eerder zullen richten op de invoer van goederen dan op de aankoop van duurdere Europese producten. Bovendien verhinderen of beperken sommige derde landen de

toegang tot hun overheidsopdrachten (China is daar een voorbeeld van), terwijl de overheidsopdrachten van de EU openstaan voor inschrijvers uit derde landen. Als gevolg daarvan kan een gesubsidieerde onderneming uit een dergelijk derde land voordelige offertes indienen, met het risico dat niet-gesubsidieerde (en soms efficiëntere) (Europese of niet-Europese) ondernemingen er niet in slagen de opdracht binnen te halen.

Ten behoeve van dit beleid maken deze derde landen ook gebruik van weinig veeleisende voorschriften inzake concentratiecontrole (fusies of overnames). Bovendien lijkt de concentratiecontrole in China op een niet al te consequente leest geschoeid te zijn. Voor grote buitenlandse concerns geldt een (bijna) normale en soms strenge toepassing van de concentratiecontrole, terwijl dergelijke toepassing voor Chinese staatsbedrijven weinig of niet geldt. Criteria van 'nationaal belang' en 'industriebeleid' kunnen ook een rol spelen bij de beslissing om een concentratie toe te staan. Dit heeft geleid tot de consolidatie van gigantische openbare of particuliere conglomeraten ("Chinese kampioenen"), die breed worden gesteund, gefinancierd en soms zelfs geleid door de Chinese staat, waarvan de meeste nu een virtueel monopolie hebben in hun sector en actief zijn op andere markten dan hun thuismarkt (zo zijn in de scheepsbouwsector de twee conglomeraten "China State Shipbuilding Corporation" en "China Shipbuilding Industry Corporation" in november 2019 gefuseerd, waardoor een wereldleider is ontstaan met een dominant aandeel van bijna een vijfde van de wereldwijde markt). Het zou echter verkeerd zijn om zich te beperken tot China. In de Verenigde Staten vormen de mededingingsregels, en met name de controle op concentraties, geen belemmering voor de vorming van grote marktmogendheden. Uit recente literatuur blijkt een minder strikte toepassing van de concentratiecontrole dan deze die door de Europese Commissie wordt toegepast. Deze grotere flexibiliteit zou met name kunnen worden verklaard door een grotere ontvankelijkheid voor overwegingen van industriebeleid en een verzwakking van de antitrustwetgeving in de jaren 2000 en van de richtsnoeren voor fusies en overnames in 2010. De meeste sectoren van de Amerikaanse economie zijn nu sterker geconcentreerd dan 15 jaar geleden, maar ook sterker geconcentreerd dan hun Europese tegenhangers.

Uit deze praktijken kunnen verschillende conclusies worden getrokken. In de eerste plaats leiden ze tot een vervalsing van de mededinging die grotendeels buiten de controle van de Europese Commissie valt, aangezien ze haar oorsprong vindt buiten de markt. Ten tweede leiden ze er in toenemende mate toe dat niet-Europese bedrijven de wereldmarkt innemen. Ten derde stellen zij de doeltreffendheid van het bestaande Europese mededingingsbeleid ter discussie en doen zij de vraag rijzen op welke manier de EU haar industrie kan beschermen en een eerlijke en billijke mededinging kan herstellen tegenover concurrerende derde landen die zich niet aan dezelfde principes houden. In dit verband opperen de lidstaten met name het idee om het oppergezag dat het mededingingsbeleid momenteel heeft boven de andere overheidsbeleidsdoelstellingen opnieuw onder de loep te nemen. Zo zou het Europese mededingingsrecht iets meer gericht moeten zijn op de doelstellingen van het industriebeleid. Zij pleiten ook voor meer flexibiliteit bij de uitvoering van de controle op concentraties om deze ongelijkheden in de mededingingsstrijd ten nadele van de Europese ondernemingen aan te pakken, en vragen zelfs de invoering van een recht van 'politiek verzet' – of een 'beroepsrecht' tegen de besluiten van de Europese Commissie, met meer aandacht voor de controle van de staat en voor de aan bedrijven verleende subsidies.

Een steeds meer gedigitaliseerde interne markt zonder echte controle op de "digitale giganten" uit derde landen

De versnelde digitalisering van de economie heeft met name de bedrijven in Silicon Valley, die over gigantische hoeveelheden cash beschikken en zich onttrekken aan de belastingen, geholpen om, via hun controle over platformen, de hand te leggen op eender welke sectoren en start-ups in de wereld. Zozeer zelfs dat de EU-moeite heeft om deze Amerikaanse platforms, die doorgaans aangeduid

worden met het letterwoord GAFA (Google, Appel, Facebook, Amazon) en die in hun kielzog het schrikbeeld van zeer geduchte Chinese concurrenten meeslepen, te controleren.

Hun marktmacht is aanzienlijk en de traditionele concepten en instrumenten van het mededingingsbeleid krijgen moeilijk grip op de gevolgen van de kenmerken van dergelijke platforms (gratis diensten, voordelen van databezit, netwerkeffecten, enz.) voor de mededinging. Bovendien laten de in Verordening (EG) nr. 139/2004 vastgestelde controledrempels niet altijd toe om de zogenaamde 'predatory acquisitions' eruit te filteren. Ten slotte lijkt de ex ante verordening (d.w.z. de normatieve wil om in te grijpen in een fenomeen voordat het kristalliseert) van de digitale spelers reeds gedateerd en ontoereikend, gezien het tempo waarin technologieën veranderen.

Sommige lidstaten dringen er daarom op aan de mededinging in de digitale economie beter te reguleren, niet door de regels te versoepelen, zoals in het geval van de industrie, maar wel door ze te versterken, onder meer met behulp van nieuwe instrumenten.

Om deze nieuwe situatie aan te pakken, werden oplossingen voorgesteld om het Europese mededingingsbeleid adequater, responsiever en doeltreffender te maken. Sommige daarvan kunnen worden gerealiseerd zonder dat de wetgeving gewijzigd hoeft te worden, mits de richtsnoeren van de Commissie worden aangepast. Zij zouden ook kunnen worden vergemakkelijkt door het regelgevingskader, afhankelijk van het te behandelen probleem, te versoepelen of aan te scherpen. Een a priori kader dat de verplichtingen van bepaalde actoren definieert en nieuwe instrumenten kunnen een aanvulling vormen.

2. De mededingingsregels politiseren

De brc Mededinging is van oordeel dat bovenstaande overwegingen niet nagestreefd mogen worden door de toepassing van de mededingingsregels te politiseren, maar dat andere oplossingen de voorkeur verdienen.

Volgens de brc Mededinging kan een politisering van de mededingingsregels op twee manieren worden geïnterpreteerd.

De eerste manier zou erin bestaan om te stellen dat het Europese mededingingsbeleid niet ongevoelig kan blijven voor politieke overwegingen. Het zou dan meer in lijn moeten zijn met andere doelstellingen op het vlak van overheidsbeleid, zoals doelstellingen op het vlak van industriebeleid. Temeer daar het mededingingsrecht in andere derde landen, zoals reeds gezegd, de verwezenlijking van de doelstellingen op het vlak van het industriebeleid niet in de weg staat. Integendeel, het is soms het instrument ervoor. In dit verband steunt de BRC een andere aanpak die gestoeld is op de volgende redenering: wil men een Europees industriebeleid bevorderen dat een reëel effect heeft op mondiaal niveau, dan moet binnen de Europese Commissie duidelijk gezorgd worden voor een doeltreffende coördinatie van het industriebeleid met ander Europees beleid dat bijdraagt tot de uitvoering ervan (bijvoorbeeld het mededingingsbeleid, het handelsbeleid, het beleid inzake onderzoek en innovatie, het digitale beleid, het beleid inzake concurrentievermogen, klimaatbeleid, enz.).

De tweede manier zou erin bestaan om voor een aantal dossiers te voorzien in een politiek orgaan dat het besluit van de Europese Commissie om andere redenen dan een beoordeling in het licht van de mededingingsregels terzijde kan schuiven. Een dergelijke procedure bestaat al in sommige lidstaten (bijvoorbeeld Frankrijk, Duitsland, Italië, Nederland, Noorwegen, Portugal, Spanje en het Verenigd Koninkrijk). In deze staten kan een lid van de regering of de regering als geheel ingaan tegen een besluit van de nationale mededingingsautoriteit om een concentratie te verbieden. In België bestond een dergelijke procedure ook al in de vroegere Mededingingswet van 2006, maar zij werd afgeschaft met de hervorming van 2013, die een Boek IV invoerde in het Wetboek van economisch recht. Deze

afschaffing bracht de wet in overeenstemming met de gevestigde praktijk, aangezien een dergelijke procedure nooit was toegepast. De BRC Mededinging vraagt zich af in hoeverre een dergelijke procedure op Europees niveau wenselijk is, want zij zou betekenen dat de als mededingingsautoriteit handelende Europese Commissie onder voogdij geplaatst wordt. Het blijft echter van essentieel belang dat de instellingen die verantwoordelijk zijn voor het mededingingsbeleid (zowel de Europese als de nationale) voldoende onafhankelijk zijn ten opzichte van de politieke macht om een 'neutrale' toepassing van het mededingingsrecht te waarborgen. Bovendien zou het betrokken politieke orgaan niet tussenkomen als een instantie die optreedt in het kader van een beroep tegen de beslissing van de Europese Commissie om een concentratie te weigeren, maar zou het zich op een ander niveau bevinden: het zou zich niet uitspreken over het risico van inbreuken op de mededinging, maar over andere redenen waarvan geoordeeld wordt dat ze dit risico overstijgen. Dit zou er opnieuw op neerkomen dat het mededingingsrecht ondergeschikt wordt gemaakt aan andere kwesties (zoals geopolitieke prioriteiten) die de brc Mededinging niet wenselijk acht. De brc Mededinging pleit daarom voor een alternatieve oplossing die erin bestaat de Europese Commissie meer ruimte te geven bij haar beoordeling, die de Europese wetgever nauwkeurig zou kunnen definiëren en invoeren in de [Concentratieverordening \(EG\) 139/2004](#) en in een verordening die in bepaalde economische sectoren het toepassingsgebied van de artikelen 101 en 102 VWEU specificeert.

3. De ontwikkeling vergemakkelijken van Europese leiders die kunnen wedijveren met de wereldleiders uit derde landen

3.1 Via de versoepeling van bepaalde modaliteiten van de concentratiecontrole

De geringe omvang van de Europese bedrijven zou een handicap zijn voor het internationale concurrentievermogen van de industrie. Om vat te krijgen op de mechanismen van het internationale concurrentievermogen, zouden namelijk 'omvangsdrempels' overschreden moeten worden die leiden tot de vorming van 'Europese industriële kampioenen' die kunnen concurreren op de wereldmarkt. Een essentiële hefboom voor het bereiken van een kritische omvang in de mondiale mededinging is de fusie van Europese bedrijven, die alleen verwezenlijkt kan worden als ze door de Europese Commissie wordt toegestaan in het kader van de concentratiecontrole. Volgens sommige lidstaten zou de concentratiecontrole zoals die momenteel wordt uitgeoefend, evenwel een rem vormen op het ontstaan van 'Europese kampioenen' die kunnen wedijveren op het mondiale economische toneel, en wel om drie redenen: *De eerste reden* is dat de Commissie het mededingingsniveau dat voortvloeit uit de fusie van al dan niet Europese ondernemingen momenteel alleen beoordeelt ten opzichte van de interne markt. Alleen deze interne markt wordt als relevant beschouwd. Er wordt geen rekening gehouden met de gevolgen van de concentratie ten opzichte van de wereldmarkt. Dit kan leiden tot een overschatting van het marktaandeel van de betrokken ondernemingen en van de concentratiegraad op de zogenaamde relevante markt; waardoor de Commissie in de meeste gevallen de fusie van Europese ondernemingen die externe groeioperaties wensen uit te voeren, alleen toestaat op voorwaarde dat corrigerende maatregelen van gedragsmatige of structurele aard (de "corrigerende maatregelen") worden aanvaard en uitgevoerd. Voor de kritische lidstaten is zo'n op de interne marktgerichte visie achterhaald in een tijdperk van open economieën en een grensoverschrijdende digitale wereld. Digitaal, waar de situatie nog onevenwichtiger is aangezien de EU geen enkele Europese kampioen van betekenis heeft. Veel commentatoren vragen zich dan ook af in hoeverre de Europese markt de relevante markt moet blijven die in de economische analyse in aanmerking moet worden genomen, en of de bepaling van de relevante markt niet gewoon moet worden afgeschaft. *De tweede reden* is dat de Europese Commissie, in voorkomend geval in een tweede fase, na de bepaling van de relevante markt, de potentiële toetreding van nieuwe spelers tot de relevante markt beoordeelt binnen een horizon van twee jaar die als redelijkerwijze voorzienbaar wordt beschouwd. Veel commentatoren plaatsen vraagtekens bij deze termijn van twee jaar, die volgens hen te beperkend is.

Eenzijds hanteren bedrijven een veel langere termijn wanneer zij een toekomstgerichte blik werpen op hun markt. Anderzijds zou deze termijn slechts op zeer onvolkomen wijze anticiperen op de waarschijnlijke toetreding tot de interne markt op middellange termijn van niet-Europese concurrenten (met name wanneer zij subsidies krijgen). *De derde reden* is dat de Europese Commissie haar beslissing om een concentratie toe te staan te vaak afhankelijk stelt van structurele corrigerende maatregelen (zoals de overdracht van activa aan concurrerende derde ondernemingen die wensen te fuseren); waardoor ondernemingen die wensen te fuseren niet hetzelfde gewicht, d.w.z. dezelfde omvang, hebben als hun internationale concurrent(en), aangezien zij verplicht zijn om activa te verkopen die te omvangrijk zijn om te kunnen concurreren met hun internationale concurrenten, of waardoor zij ontmoedigd worden om hun fusieplannen voort te zetten.

De brc Mededinging heeft bedenkingen ***bij het gebruik van de term 'Europese kampioen'***. Er zijn op dit moment namelijk geen criteria om te definiëren wat een Europese kampioen is: is dit de eigendom van het kapitaal (nationaliteit van de aandeelhouders?); is dit het beslissingscentrum?; is dit de belangrijkste productielocatie?; is dit iets anders?

De brc Mededinging erkent dat ***het aspect 'omvang'*** een complex gegeven is. Is omvang algemeen genomen een bepalende mededingingsfactor om wereldmarkten te veroveren? Eenzijds wijst de brc Mededinging op een vanzelfsprekendheid: het grootste deel van de Europese economische structuur (86%) bestaat uit kleine en middelgrote ondernemingen die ook op hun gebied wereldleider kunnen zijn en dankzij mededinging staan ze waar ze nu staan. Daarom moet er meer dan ooit nagedacht worden over hoe de positie van de kmo's versterkt kan worden om de markten onder gelijke voorwaarden te veroveren. Anderzijds is de brc Mededinging ook van mening dat er aanwijzingen zijn dat voor bepaalde specifieke sectoren of activiteiten 'omvang' een bepalende factor kan zijn. Dit is bijvoorbeeld het geval voor digitale platformen, waar de netwerkeffecten van omvang een centrale troef maken. Ook de steeds hogere bedragen die nodig zijn om te investeren in nieuwe productiemiddelen (bijv. metallurgie) of om nieuwe producten te ontwikkelen (luchtvaart, farmacie, enz.) maken dat 'omvang' een belangrijk element is.

De brc Mededinging is er geen voorstander van dat ***de bepaling van de relevante markt*** wordt afgeschaft. Integendeel, zij is van mening dat deze stap een essentieel instrument blijft in de economische analyse die in het kader van de concentratiecontrole wordt uitgevoerd. Zij erkent echter dat de bepaling van de relevante markt zoals die vandaag bestaat in [de bekendmaking van 1997 van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht](#) niet flexibel genoeg is om zich aan te passen aan de huidige economische realiteit. De brc Mededinging is daarom voorstander van een herziening van de bepaling van de relevante markt om beter rekening te houden met de mondiale markten en met het fenomeen van de digitale platforms die op vele markten van invloed zijn, ongeacht de grenzen, en die het door hun kenmerken (netwerkeffecten, schaalopbrengsten, gratis producten, multifactoren, massale gegevensexploitatie, enz.) moeilijk of zelfs onmogelijk maken om de methoden die zijn vastgesteld om de relevante markt te bepalen, toe te passen. De brc Mededinging kan dan ook alleen maar verheugd zijn dat de Europese Commissie hierover een openbare raadpleging heeft georganiseerd.

De brc Mededinging is er voorstander van om meer rekening te houden met ***de potentiële mededinging***. Vooral wanneer het gaat om de potentiële toetreding tot de interne markt van niet-Europese concurrenten die subsidies krijgen. Met dit in gedachten zou de Europese Commissie [de richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale concentraties](#) kunnen wijzigen door de termijn van twee jaar in paragraaf 74 te schrappen en in die paragraaf alleen het algemene beginsel te behouden dat de tijdshorizon voor de beoordeling van potentiële mededinging "*afhangt van de kenmerken en dynamiek van de markt, alsmede van de specifieke mogelijkheden van de potentiële toetreders*". Dit zou meer flexibiliteit bieden. Een tweede optie zou zijn om deze termijn eenvoudigweg met twee jaar te verlengen. De brc Mededinging is ook van oordeel dat de doctrine van de Europese Commissie over het gewicht dat zij in haar analyse toekent aan toekomstige potentiële mededinging verduidelijking

verdient, aangezien de praktijk van de Europese Commissie wisselvallig blijft. Immers, hoewel de [Concentratieverordening \(EG\) nr. 139/2004](#) in artikel 2, lid 1, onder a), bepaalt dat de Commissie bij de beoordeling rekening houdt met "de noodzaak de daadwerkelijke mededinging te handhaven en te ontwikkelen van binnen of buiten de Gemeenschap gevestigde ondernemingen" blijkt in de bovengenoemde bekendmaking van 1997 dat deze inaanmerkingneming niet alleen buiten beschouwing wordt gelaten voor de bepaling van de relevante markt, maar dat het onderzoek indien nodig "(...) verricht wordt (...) en aanleiding geeft tot bezorgdheid vanuit mededingingsoogpunt".

Wat betreft de corrigerende maatregelen blijft de Europese Commissie sterk voorstander van structurele maatregelen.

De brc Mededinging benadrukt de noodzaak om bij de arbitrage tussen corrigerende maatregelen van structurele of gedragsmatige aard een zekere mate van voorzichtigheid in acht te nemen, en wel om twee redenen. Enerzijds heeft elk van deze maatregelen haar voor- en nadelen. Anderzijds zijn de effecten van deze maatregelen, of ze nu structureel of gedragsmatig van aard zijn, soms nog altijd moeilijk in te schatten. Het zou dan ook interessant zijn dat de Europese Commissie haar beslissingen op formele wijze ex post zou monitoren, wanneer er corrigerende maatregelen gevraagd en nadien uitgevoerd werden, aangezien het inzicht dat zij hierdoor zou verwerven, kan helpen om eventuele toekomstige beslissingen te verfijnen. De brc Mededinging is echter niet gekant tegen een ontwikkeling die een frequentere toepassing van gedragsverbintenissen door de Europese Commissie zou voorschrijven om zich te kunnen aanpassen aan veranderende mededingingsomgevingen (d.w.z. aan veranderende markten). Op die manier kan de Europese praktijk weer in evenwicht worden gebracht met de gebruiken van derde landen. Dit zou concentratiecontrole relevanter maken in het kader van de toenemende internationalisering van de handel met landen die zich niet altijd houden aan de regels die zijn vastgesteld door de WTO of waaraan Europese bedrijven zijn onderworpen.

3.2 Via staatssteun

De Europese Commissie heeft een specifiek mechanisme uitgewerkt voor "belangrijke projecten van gemeenschappelijk Europees belang (IPCEI)", waardoor verschillende lidstaten financiële steun kunnen verlenen aan dergelijke projecten. Dit zou kunnen dienen als basis voor een Europees industriebeleid dat de betrokken bedrijven, de lidstaten en de Europese Commissie samenbrengt rond dergelijke projecten om de sectoren op een hoger plan te brengen, de waardeketens opnieuw te internaliseren en zo de capaciteiten van de Europese industrie te versterken. De Commissie heeft reeds het voornemen geuit de IPCEI's te gebruiken om een ambitieus industriebeleid te voeren op een aantal hoogtechnologische gebieden¹. Zo werd in 2018 een IPCEI over micro-elektronica goedgekeurd en in 2018 een andere over batterijen. Het is aangewezen om dit systeem te verbeteren en het gebruik ervan uit te breiden tot andere industriële gebieden.

In het kader van de aankondiging van de evaluatie van de staatssteunregels voor IPCEI's is het aangewezen dat België een aantal voorstellen voor verbetering doet. *Met name en op zijn minst*, a) de termijnen voor het onderzoek van steun voor de ontwikkeling van de IPCEI's verkorten, want deze zijn te lang in vergelijking met de praktijken in derde landen en worden bovendien toegepast in hoogtechnologische sectoren waar vaak snel actie moet worden ondernomen. Zo duurden, in het geval van het IPCEI over micro-elektronica, de besprekingen met de Europese Commissie ongeveer 20 maanden terwijl in het geval van het IPCEI over batterijen de besprekingen ongeveer één jaar duurden².

¹ Zie meer bepaald "Strengthening Strategic Value Chains for a future-ready EU Industry", Report of the Strategic Forum for Important Projects of Common European Interest, European Commission, 5 november 2019.

² B. Deffains, Olivier d'Ormesson, T. Perroud, [Politique de concurrence et politique industrielle : pour une réforme du droit européen](#), Fondation Robert Schuman, januari 2020, p.30-31.

De brc Mededinging stelt ook voor de criteria te versoepelen op grond waarvan de lidstaten IPCEI's kunnen ondersteunen (wat het onderzoek van het dossier door de Europese Commissie zou vergemakkelijken); b) in de mededeling meer aandacht besteden aan de externe dimensie van mededinging, bijvoorbeeld door een indicator toe te voegen om rekening te kunnen houden met de externe dimensie van het concurrentievermogen; c) de link tussen de sectorale DG's van de Europese Commissie en het kader van hun samenhang met de DG COM verduidelijken.

4. Het gemeenschappelijk handelsbeleid verbeteren om opnieuw tot gelijke mededingingsvoorwaarden te komen (level playing field) en verstoringen van de interne markt te voorkomen

In een steeds meer geglobaliseerde economie sluit de wederkerigheid van de EU-handel aan bij de bredere problematiek van het mededingingsvermogen van Europese bedrijven ten opzichte van de mededinging van derde partner-/tegenstander-landen. Zij stelt het fundamentele aspect 'level playing field' aan de orde, oftewel het aspect 'gelijkwaardig concurrentievermogen door de wetgeving'.

De handelsbeschermingsinstrumenten van de EU hebben beperkingen, aangezien zij alleen oplossingen bieden voor de handel in goederen. Op het gebied van investeringen oefenen zowel de lidstaten (die binnen bepaalde grenzen en onder bepaalde voorwaarden bilaterale investeringsverdragen kunnen sluiten, de zogenaamde 'BIT's'), als de EU-bevoegdheden uit. Bij deze gedeelde bevoegdheden zijn dus tal van beleidsmakers betrokken die er mogelijk verschillende meningen en benaderingen op na houden. De brc Mededinging is van mening dat in dit verband een gecoördineerde EU-aanpak een reëel voordeel kan opleveren, met name in het geval van China. Om deze reden uit de brc Mededinging de wens dat er meer inspanningen worden geleverd om de algemene investeringsovereenkomst (GIA) tussen de EU en China te finaliseren, die enerzijds de toegang van Europese investeerders tot de Chinese markt en de bescherming van EU-investeringen in China moet waarborgen en anderzijds de bestaande nationale BIT's met China moet vervangen.

Hoewel de Europese openbare aanbestedingen tot de meest open aanbestedingen ter wereld behoren, worden Europese bedrijven nog steeds geconfronteerd met protectionisme van bepaalde handelspartners van de EU, hetzij omdat zij restrictieve wetgeving handhaven die het gebruik van lokale leveranciers verplicht stelt (bijv. het geval van de Verenigde Staten met de Buy American Act), hetzij omdat zij niet verplicht zijn hun markten voor overheidsopdrachten open te stellen omdat zij geen partij zijn bij de WTO-overeenkomst inzake overheidsopdrachten (bv. China of India), hetzij omdat zij geen vrijhandelsovereenkomst hebben gesloten die een component 'openbare aanbestedingen' bevat. In deze complexe en voor de EU ongunstige context is de brc Mededinging verheugd over het feit dat, na verscheidene mislukkingen, op Europees niveau opnieuw besprekingen zijn begonnen om een instrument voor internationale aanbestedingen (IMPI) te ontwikkelen dat voorziet in de invoering, na onderzoek, van beperkingen bij het ontbreken van wederkerigheid of indien derde landen aan Europese bedrijven restrictieve en discriminerende maatregelen opleggen. De brc Mededinging wijst er echter op dat een dergelijk instrument inhoudelijk ambitieus moet zijn om de positie van de EU in toekomstige bilaterale of multilaterale onderhandelingen te versterken teneinde derde landen ertoe te brengen hun aanbestedingen te blijven openstellen.

Het gebruik van industriële subsidies en de instrumenten om de nadelige gevolgen daarvan te verhelpen, zijn vastgelegd in de WTO-overeenkomst inzake subsidies, die onbevredigend blijkt. De overeenkomst is te restrictief wat betreft de regels die erin worden vastgesteld en te veeleisend wat betreft de bewijzen die erin worden geëist. Het beste antwoord op deze vaststelling zou zijn om de WTO-overeenkomst inzake subsidies te hervormen, maar gezien de impasse in de WTO over de wijziging van de regels zal dit waarschijnlijk veel tijd in beslag nemen. De brc Mededinging ondersteunt daarom het [Witboek over buitenlandse subsidies](#) in de interne markt, dat tot doel heeft

nieuwe en pragmatische oplossingen aan te reiken en dat de Europese Commissie in staat zou stellen de overnames van Europese bedrijven door bedrijven in het licht van buitenlandse overheidssubsidies te controleren, ondernemingen corrigerende maatregelen op te leggen, zoals herstelbetalingen of corrigerende structurele of gedragsmatige maatregelen, wanneer zij vaststelt dat er op een markt sprake is van verstoring van de mededinging als gevolg van dergelijke subsidies, en om van openbare aanbestedingsprocedures inschrijvers uit te sluiten die buitenlandse subsidies ontvangen die het mededingingskarakter van de aanbesteding zouden verstoren. De brc Mededinging wenst te worden geraadpleegd over elk wetgevingsvoorstel dat uit dit Witboek zou voortvloeien.

Het herstellen van een level playing field betekent ook dat in de internationale handelsregels (WTO, vrijhandelsovereenkomsten) milieu-, sociale en duurzaamheidsbeperkingen moeten worden opgenomen en dat de EU-maatregelen moet kunnen nemen om de mededingingsvoordelen van buitenlandse bedrijven die niet aan vergelijkbare beperkingen zijn onderworpen, te neutraliseren.

4.1 *Het begrip 'consumentenwelzijn' verduidelijken*

Het Europese mededingingsbeleid houdt in dat in de EU een effectieve mededinging tot stand gebracht en gehandhaafd worden steunend op de parameters 'prijs', 'keuze van producten en diensten' en 'innovatie'. In dit verband levert de mededinging op de markt voor platforms een aantal problemen op. Om hun markt te ontwikkelen en hun dominante positie te versterken, maken de platforms in de eerste plaats gebruik van een commerciële strategie van afbraakprijzen, d.w.z. het bewust verlagen van verkoopprijzen die concurrenten pas op korte tot middellange termijn kunnen evenaren totdat zij uit de markt worden gedrukt of totdat de daaruit voortvloeiende verzwakking van de mededinging een negatief effect heeft op het welzijn van de consument, aangezien dit uiteindelijk leidt tot hogere prijzen of minder keuze of innovatie. Deze negatieve effecten hebben niet altijd een rechtstreekse impact op de consument, aangezien deze praktijk in de eerste plaats gericht is op de concurrenten van het platform. Een complex aspect van deze praktijk is bovendien dat er efficiëntiewinst kan worden gerealiseerd die positieve gevolgen heeft voor de consument. Ten tweede kunnen de prijzen op de platforms snel fluctueren en kunnen ze met behulp van algoritmes worden aangepast. Ten derde worden veel diensten op platforms vaak gratis aangeboden, terwijl consumenten als tegenprestatie in werkelijkheid hun persoonlijke gegevens verstrekken. De schade voor de consument kan dus van andere dan financiële aard zijn.

4.2 *De aanpak van de concentratiecontrole wijzigen in het geval van 'killer acquisitions'*

Startende of ontluikende bedrijven spelen een vitale rol op concurrerende markten. Zij zijn een bron van nieuwe ideeën, nieuwe producten, disruptieve innovatie en originele bedrijfsmodellen. Ze kunnen ook helpen om geconcentreerde markten te versnipperen.

Toch worden vele kleine innoverende start-ups overgenomen door grote digitale spelers, wat er vaak toe leidt dat opkomende mededinging of technologische innovatie in de kiem wordt gesmoord. Deze overnames worden 'killer or predatory acquisitions' genoemd, omdat de koper de ontwikkeling of productie van de doelonderneming 'doodt'. Bovendien kan de koper door dergelijke overname zijn eigen interne inspanningen om te innoveren en concurrerende producten en diensten te ontwikkelen, beperken. Deze mededingingsschade is een bijzondere variant op de meer algemene theorie van de schade die wordt veroorzaakt door het 'potentiële verlies van mededinging als gevolg van de overname van een ontluikende onderneming'.

Killer acquisitions vallen niet onder de *ex ante* concentratiecontrole van de Europese Commissie, aangezien de op omzet gebaseerde drempels voor het aanmelden van deze operaties niet worden bereikt. Om dit probleem te verhelpen, heeft de Europese Commissie [erop gewezen](#) dat zij op grond van artikel 22 van de concentratieverordening door één of meer nationale mededingingsautoriteiten aangezocht kan worden ten aanzien van overnames die niet de aanmeldingsdrempels bereiken. Zij heeft hierover richtsnoeren aangekondigd. De brc Mededinging pleit voor de vaststelling van een eenvoudig vermoeden dat overnames van startende ondernemingen door ondernemingen met een machtspositie mededingingsversturende effecten hebben, hetzij in het algemeen, hetzij wanneer de overname het risico van een concurrentieel nadeel verhoogt, bijvoorbeeld met xx%. Gezien de extreme mate van concentratie op de digitale markten en de snelheid waarmee deze concentratie zich voltrekt, zal een vermoeden een onmiddellijk effect sorteren, en bedrijven, aangezien het weerlegbaar is, de mogelijkheid bieden om het tegendeel aan te tonen. Dit zal echter wellicht een wijziging van de concentratieverordening (EG) nr. 139/2004 noodzakelijk maken.

4.3 Meer gebruik van informele richtsnoeren en adviezen

Zoals aangegeven in [gezamenlijk memorandum van de Belgische, Nederlandse en Luxemburgse mededingingsautoriteiten van oktober 2019](#), zijn er met betrekking tot de digitale sector meer *ex ante* richtsnoeren nodig van de Commissie, maar ook van de nationale mededingingsautoriteiten. Zij zouden bedrijven meer voorspelbaarheid bieden over de wijze waarop het mededingingsrecht specifiek op de digitale markten wordt geïnterpreteerd en toegepast.

De brc Mededinging deelt ook het standpunt van deze mededingingsautoriteiten dat de Europese Commissie meer gebruik moet maken van de mogelijkheid die haar wordt geboden om informele adviezen uit te brengen.

4.4 De mededingingsregels ondersteunen met nieuwe regelgevingsinstrumenten

Momenteel probeert de Europese Commissie een duidelijke reeks regels voor de digitale markten vast te stellen. Zij heeft twee roadmaps over de 'Digital Service Act' gepubliceerd en daarover overleg gepleegd. De ene roadmap heeft betrekking op [een mogelijke *ex ante* regelgeving van platforms met een aanzienlijke marktmacht \(de zogenaamde 'gatekeepers' of 'systeemoperatoren'\)](#). De Commissie wil hierin met name een zwarte lijst van verboden praktijken en van op maat gesneden corrigerende maatregelen opnemen (zonder vooraf inbreuken vast te stellen) die per geval gericht zijn op de grote platforms die een poortwachtersfunctie vervullen (zoals de verplichting om toegang te krijgen tot niet-persoonlijke gegevens, specifieke criteria voor de portabiliteit van persoonsgegevens of interoperabiliteitscriteria). Het doel van deze regeling is misbruik van machtspositie te voorkomen om de toegang voor nieuwe marktdeelnemers (waaronder kmo's en start-ups) te vergemakkelijken; wat op zijn beurt de keuze van de consument moet bevorderen en de innovatie moet stimuleren. De andere roadmap heeft betrekking op [de mogelijke invoering van een nieuw mededingingsinstrument \("A new competition tool"\)](#). Dit initiatief is bedoeld om structurele mededingingsproblemen aan te pakken die met de bestaande instrumenten van het mededingingsrecht niet of niet op de meest efficiënte wijze kunnen worden aangepakt (artikelen 101 en 102 VWEU) (bijvoorbeeld in het geval van evoluerende markten, die worden gekenmerkt door zeer aanzienlijke netwerkeffecten). Het doel van dit nieuwe instrument is niet om individuele of collectieve inbreuken op de mededingingsregels door ondernemingen op te sporen, maar alleen om de werking van de markt zelf te analyseren en om na te gaan of de markt, na onderzoek en een debat op tegenspraak met de marktdeelnemers, corrigerende maatregelen vereist. De brc Mededinging merkt op dat het, met het oog op de rechtszekerheid, van belang is een duidelijke en samenhangende grens te trekken tussen deze twee wetgevingsinstrumenten, indien ze beide worden aangenomen.

De brc Mededinging is verheugd over de voorgenomen invoering van de ***ex ante regelgeving van de platforms***, in navolging van het [gezamenlijk memorandum van de Belgische, Nederlandse en Luxemburgse mededingingsautoriteiten van oktober 2019](#). Zij vraagt echter om aan de hand van duidelijke en nauwkeurige criteria of indicatoren te definiëren wat onder 'systeemoperatoren' wordt verstaan. De brc Mededinging pleit er ook voor dat een dergelijke regelgeving enerzijds flexibel blijft om zich aan te passen aan het tempo van de innovatie en de zakelijke praktijken op de digitale markten en anderzijds niet tot gevolg heeft dat extra eisen worden doorgeschoven naar de bedrijven die er gebruik van maken. De brc Mededinging zou ook graag zien dat in deze regelgeving rekening wordt gehouden met [Verordening \(EU\) 2019/1150 ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten](#) en de beperkingen die deze Verordening nog bevat, met name wat betreft haar toepassingsgebied, worden weggenomen.

Wat het nieuwe mededingingsinstrument betreft, is de brc Mededinging niet gekant tegen de invoering ervan, vooral omdat een dergelijk instrument bij onze Britse burens al bijna 20 jaar bestaat en zijn waarde heeft bewezen. De brc Mededinging dringt er echter op aan dat de relatie van dit nieuwe mededingingsinstrument met de artikelen 101 en 102 VWEU wordt verduidelijkt en dat dit instrument een aanvulling blijft en niet in de plaats komt van de acties die de Commissie of de nationale mededingingsautoriteiten kunnen ondernemen wanneer zij hun traditionele bevoegdheden uitoefenen. Bovendien leidt een dergelijk instrument tot een aantal vragen en uitdagingen met betrekking tot de criteria die in aanmerking moeten worden genomen voor het toepassingsgebied ervan, maar ook met betrekking tot de complementariteit van de bevoegdheden tussen de Europese Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten. Er moet met dergelijke kwesties rekening worden gehouden in de regels die het nieuwe instrument en de toepassingsvoorwaarden ervan bepalen. Het gaat onder meer om de norm krachtens welke de Europese Commissie (of de nationale mededingingsautoriteiten indien zij dit instrument kunnen toepassen) kan ingrijpen, om de betrokken sectoren (alle sectoren of alleen probleemsectoren in combinatie met ofwel alle ondernemingen of ofwel alleen ondernemingen met een machtspositie), om het criterium dat de digitale sector definieert (waar begint of stopt deze?) en om de vraag of de nationale mededingingsautoriteiten samen met de Commissie een gedeelde bevoegdheid zullen hebben om dit nieuwe instrument toe te passen. Voorts pleit de brc Mededinging ervoor dat het scala aan corrigerende maatregelen die in het kader van dit instrument kunnen worden genomen, zo breed mogelijk is en verder gaat dan alleen structurele of gedragsmaatregelen. Zo zou bijvoorbeeld kunnen worden overwogen dat, wanneer de regelgeving op de betrokken markt ontoereikend is of niet bestaat, een aanbeveling aan de overheid wordt gedaan om deze markt te reguleren. Tot slot wijst de brc Mededinging erop dat dit nieuwe instrument een uitbreiding van de interventiebevoegdheden van de Europese Commissie vormt; waarvoor adequate garanties en evenredigheidscontroles zullen nodig zijn.

Tot slot wil de brc Mededinging blijven deelnemen aan het verdere debat over deze twee initiatieven en vraagt zij om de wetgevingsvoorstellen die eruit voortvloeien, zo spoedig mogelijk aan haar mee te delen.