

# 'Discriminatie is de brandstof van de concurrentie'

| Advocaat Frank Wijckmans over het gelijkheidsbeginsel in het mededingingsrecht

INTERVIEW  
ELLEN CLEEREN

'In de onderlinge concurrentie mogen bedrijven discrimineren tegen 300 kilometer per uur.' Dat is de boodschap die de specialist mededingingsrecht Frank Wijckmans vandaag zal verkondigen op de Dag van De Bedrijfsjurist. Volgens Wijckmans bestaan er nog meer misvattingen over de concurrentieregels 'Alsof er iets mis is met monopolies.' Een gesprek over machtsposities en de effecten van monsterboetes.

Enkele honderden bedrijfsjuristen blazen vandaag verzamelen in Brussel voor het congres dat het Instituut voor de Bedrijfsjuristen elk jaar organiseert. Dit jaar is het thema 'Gelijke behandeling in de bedrijfsweld'. Advocaat Frank Wijckmans (van het kantoor *Contrast*), gespecialiseerd in het Belgische en Europese mededingingsrecht, zal er als een dissonante klok klinken. 'Discriminatie heeft doorgaans een pejoratieve bijklank. Op heel wat terreinen is discriminatie ook echt uit den boze. Maar in het mededingingsrecht zijn er redenen te over om niet iedereen op voet van gelijkheid te behandelen. In de concurrentie tussen bedrijven onderling moet men discriminatie zelfs aanmoedigen.'

Voor juristen is non-discriminatie toch een heilig huisje. Vloekt u niet in de kerk?

**Frank Wijckmans:** 'In de onderlinge concurrentie mogen bedrijven discrimineren tegen 300 kilometer per uur. Ondernemingen mogen hun concurrenten 'een loer draaien'. Ze mogen de klanten van hun concurrenten afsnoepen door hen extra in de watten te leggen of door hen een heel scherpe prijs aan te bieden, zelfs als die prijs lager ligt dan voor de eigen klanten. Die extra service of extra korting is pure discriminatie. Er bestaat geen objectieve rechtvaardiging voor. Want waarom zou je je vaste klanten een hogere prijs aanrekenen dan de klanten van je concurrent? En toch mag het. Concurrentie is als speldenprikken uitdelen. Als je het verbiedt, neem je de brandstof uit de vrije mededinging weg. Mijn boodschap is dus: ondernemingen, discrimineer zoveel je wilt, behalve in enkele uitzonderlijke situaties. Monopolisten en dominante spelers moeten in dit kader wel op hun tellen passen.'

Hoe bepaal je of een bedrijf een dominante speler is?

**Wijckmans:** 'Je duikt in de gevarenzone vanaf een marktaandeel van 40 procent. Zo'n marktaandeel kan - samen met enkele bijkomende indicatoren - wijzen op dominantie. Als je een marktaandeel hebt van 40 procent en tegelijk op de thuismarkt het vertrouwde merk bent, zodat nieuwkomers gedurende tien jaar zwaar in publiciteit moeten investeren om enige naam bekendheid te krijgen, is er een risico dat de autoriteiten je gaan zien als een dominante speler.'

Je bent echt in de gevarenzone bij een marktaandeel van 50 procent of meer. Vanaf die grens wordt je vermoed dominant te zijn. Je moet dan kunnen uitleggen waarom je, ondanks dat grote marktaandeel, geen dominante speler bent. Klassiek wordt dan verwezen naar het feit dat je klanten megalomultinationals zijn die je op elk ogenblik kunnen doodknippen.

Dan mag je nog een marktaandeel hebben van 95 procent, dan ben je niet dominant.'

**Blijkbaar hanteren de Amerikaanse en Europese mededingingsautoriteiten andere criteria. Zo keurden de Amerikaanse autoriteiten de fusie tussen de IT-groepen Sun Microsystems en Oracle goed terwijl de Europese commissaris voor de Mededinging formeel bezwaar maakte tegen de fusie. Hoe komt dat?**

**Wijckmans:** 'Mededingingsautoriteiten kijken essentieel naar de gevolgen op hun markt. Het is niet omdat een overname of fusie in de VS geen probleem stelt, bijvoorbeeld omdat er voldoende andere sterke spelers aanwezig zijn, dat dat ook geldt op de Europese markt. Behalve een andere technische benadering is dat een zeer belangrijke reden waarom de uitkomsten van een onderzoek in de VS en de EU kunnen verschillen.'

**Vindt u dat de Belgische mededingingsautoriteiten genoeg doen om een einde te maken aan de dominante positie van bedrijven als Electrabel?**

**Wijckmans:** 'Daarover bestaat vaak een misvatting, ook in de politieke wereld. Je mag een dominante speler zijn. Je mag zelfs een monopolist zijn. Daar is op zich niets mis mee. Alleen mag je daar geen misbruik van maken. Er ontstaat maar een probleem als Electrabel, door zijn dominantie, plots excessieve prijzen gaat vragen, prijzen die bijvoorbeeld zonder enige verklaring hoger liggen dan wat elektriciteitsproducenten op andere markten vragen.'

**Bestaat de indruk niet dat Electrabel misbruik maakt van zijn bijna-monopolies op de Belgische elektriciteitsmarkt?**

**Wijckmans:** 'In het mededingingsrecht zijn indrukken uit den boze. Indrukken kunnen hoogstens het startsignaal geven voor een onderzoek. Bij Electrabel is trouwens een inval geweest. De mededingingsautoriteiten moeten altijd bewijzen dat er effectief misbruik is. Maar zodra het misbruik is bewezen, zijn de opgelegde boetes bijzonder hoog.'

**Heeft de Belgische Raad voor de Mededinging de jongste jaren meer slagkracht gekregen zoals wordt beweerd?**

**Wijckmans:** 'Absoluut. De Raad voor de Mededinging heeft al een boete opgelegd voor een kartel in de chemische sector (500 miljoen euro, red.). En Proximus kreeg in mei een klepper van een boete van 66,3 miljoen euro opgelegd. Dat zijn de eerste tekenen van een raad die zich begint te manifesteren. Bovendien zitten er nog karteltzaken in de pijplijn. Vanaf volgend jaar zullen we ongetwijfeld nog veel meer horen van de Raad voor de Mededinging.'

**De boetes opgelegd door de Europese Commissie zijn zo hoog geworden dat ze ter discussie staan. Sommigen beweren zelfs dat die boetes bedrijven niet alleen afschrikken, maar zelfs vernietigen.**

**Wijckmans:** 'De boetes opgelegd door de Commissie zijn hoog. In de Europese wetgeving vind je maar één limiet. De boete mag maximaal 10 procent bedragen van de wereldwijde omzet van de betrokken onderneming. Dat is erg hoog, want de Commissie brengt de geconsolideerde omzet van de hele groep in rekening. Daarnaast heeft de Commissie haar eigen richtsnoeren. Die zijn niet van de poes. Bij het bepalen van de boete gaat de Commissie uit van een ba-



'Ik kan u verzekeren dat monsterboetes hun effect niet missen. Die zinderen na in de bedrijfsweld', zegt Frank Wijckmans.

© EMY ELLEBOOG

sisbedrag. Meestal is dat 20 tot 30 procent van de omzet die het bedrijf het jaar voordien realiseerde op de markt waar de kartelinbreuk heeft plaatsgevonden.'

'Vervolgens vernieuwvuldigt de Commissie dat basisbedrag met het aantal jaren dat het kartel heeft bestaan. Is dat tien jaar, dan wordt dat basisbedrag vernieuwvuldigt met een factor 10. Als een bedrijf volhardt in de boosheid en een tweede keer wordt betrapt, kan dat bedrag zelfs verdubbeld worden. Dat geldt ook wanneer de eerdere veroordeling is uitgesproken door een nationale mededingingsautoriteit. Er is ook recidive als de eerdere kartelinbreuken werden begaan door een zusterbedrijf of zelfs wanneer het ging om een ander product of een andere dienst van dezelfde groep.'

'De boete kan dus ver uitstijgen boven de omzet die het bedrijf het voorgaande jaar realiseerde op de markt waar het kartel zich afspeelde. Ze kan echter nooit meer bedragen dan 10 procent van de wereldwijde omzet van de hele groep. Dat blijft het absolute maximum.'

**Vindt u die boetes té zwaar? De Commissie wijst steevast op het afschrikkeffect van zulke boetes. Potentiële kartelzondaars zouden wel twee keer nadenken voor ze ongeoorloofde prijsafspraken maken.**

**Wijckmans:** 'Ik kan u verzekeren dat monsterboetes hun effect niet missen. Die zinderen na in de bedrijfsweld. De pakkans is niet zo hoog - gemiddeld behandelt de

Europese Commissie maar een tiental dossiers per jaar - maar als het gebeurt, doet het pijn. Door die hoge boetes is de bewustwording ook in de Belgische sectoren 'exponentieel' toegenomen.'

'Ik vind hoge boetes terecht voor hardleerse spelers die al eens veroordeeld zijn en die hun gedrag toch niet hebben bijgestuurd. Die ondernemingen blijven te hoge prijzen hanteren ten nadele van de consumenten. Bovendien gaat het

om veel geld. De consumenten riskeren echter de dupe te worden van een beleid dat hen ten goede moet komen. Want de bedrijven hebben geen 300 mogelijkheden om de boetes te financieren. Ze kunnen op de Lotto spelen, maar het is realistisch om te denken dat ze minstens een deel van de boete doorrekenen aan hun klanten. In dat opzicht neemt de Belgische Raad voor de Mededinging een wijze houding aan. Hij heeft, in tegenstelling tot de Europese Commissie, nog geen nieuwe boeterichtsnoeren. Hij wacht vermoedelijk af wat de ervaringen van de Commissie zullen zijn met die superhoge boetes. Ik kan alleen maar hopen dat de mededingingsautoriteiten zo snel mogelijk voldoende mensen en middelen vrijmaken om na te gaan wat het precieze effect van hun boetes is. In welke mate betaalt de consument? Dat is cruciaal. Want hij riskeert twee keer het gelag te betalen, een keer omdat de kartelzondaar een te hoge prijs aanrekende en een tweede keer omdat het veroordeelde bedrijf de boete doorrekent aan de consument.'

DE HOOGSTE TIEN INDIVIDUELE BOETES VOOR CONCURRENTIEVERVALSENDE PRIJSAFSPRAKEN opgelegd door Europa			
BEDRIJF	BOETE in euro	SECTOR	JAAR
1. Saint-Gobain	896.000.000	glas	2008
2. E.ON	553.000.000	gas	2009
3. GDF Suez	553.000.000	gas	2009
4. ThyssenKrupp	479.669.850	liften en roltrappen	2007
5. Hoffmann-La Roche	462.000.000	vitamines	2001
6. Siemens	396.562.500	transformatoren	2007
7. Pilkington	370.000.000	glas	2008
8. Sasol	318.200.000	paraffine/chemie	2008
9. ENI	272.250.000	rubber/chemie	2006
10. Lafarge	249.600.000	gipsplaten/bouwmaterialen	2002

Bron: Europese commissie mediafin

**'Duitse steun aan Opel doet vragen rijzen'**

Ook overheidssteun draagt ertoe bij dat bedrijven niet met gelijke wapens strijden. Daarom is staatssteun in principe verboden. 'Overheidssteun kan maar als de voordelen ervan opwegen tegen de concurrentievervalsing die voortvloeit uit het feit dat een EU-lidstaat subsidies toekent', stelt advocaat Frank Wijckmans. 'De houding van Duitsland in het Opel-dossier doet vragen rijzen. Want de subsidies mogen er nooit toe leiden dat je bepaalde sites in een multinationale groep bevoordeelt tegenover andere vestigingen van diezelfde groep in andere landen. En de Duitse toezeggingen roepen vanuit dat perspectief heel wat vragen op. Geen enkele lidstaat mag zijn sites via overheidssteun veiligstellen ten nadele van vestigingen in andere landen.'

In de autosector zijn er niet veel gevallen waarin steun door de Europese Commissie wordt getolereerd. Steun voor een autofabrikant kan wel als het gaat om opleidingssteun, als de subsidies naar milieuvriendelijke investeringen gaan of bestemd zijn voor onderzoek en ontwikkeling. Ook kan een lidstaat herstructureringssteun aan een autofabrikant toekennen, maar pas als aan heel strenge voorwaarden is voldaan. 'Bondskanselier Angela Merkel moet dus een van die weinige kapstokken gebruiken om groen licht van Europa te krijgen', vervolgt Wijckmans.

Want ook dat is belangrijk. 'Geen enkele EU-lidstaat kan bedrijven steunen met belangrijke sommen zonder de zegen van de Europese Commissie. Een lidstaat kan niet eerst met steun over de brug komen en dan zeggen: de Commissie zal het wel goedkeuren', stelt Wijckmans. De steun aan de banken in volle financiële crisis was wel geoorloofd. 'Zonder de overheidstussenkomsten zouden de banken over de kop zijn gegaan. En dat zou de fundamentele van de economie van de EU-lidstaten hebben geraakt. Als de economie van een lidstaat op haar grondvesten daverd, is overheidsingrijpen wel toegestaan. Maar ook dan oefent de Commissie voorafgaand toezicht uit om te zien of die steun de concurrentie niet op een ongepaste manier vervalst.'

**Vindt u het een goed voorstel van Neelie Kroes, de euro-commissaris voor de Mededinging, om groepen van consumenten meer mogelijkheden te geven om hun kartelschade te claimen?**

**Wijckmans:** 'De boetes opgelegd door de Commissie belanden in de Europese staatskas. De boetes vloeien niet terug naar de consument. Ik vind het dus een goed idee om de schadelijders meer mogelijkheden te geven om de geleden schade terug te eisen. Maar het is nog lang zo ver niet. Bij de lidstaten is er nog heel wat verzet tegen die plannen. Zo eengemaakt is Europa nu ook weer niet. Voorlopig zitten de plannen van Neelie Kroes in de koelkast. Een consument kan nu wel al een schadevergoeding eisen op basis van de nationale wetgeving. Groot-Brittannië lijkt daarvoor een zeer populair forum te zijn. Toch is het voor consumenten vaak vechten tegen de bierkaai. Ze moeten aanzienlijke bedragen voorschieten voor een dure procedure met een onzekere afloop.'