

Interview

Interview met Alexander Italianer

Mr. H.H.P. Lugard en mr. B.J. Drijber*

Sinds 18 februari 2010 is Alexander Italianer directeur-generaal van DG Mededinging. En marge van het jaarcongres van het International Competition Network (ICN) afgelopen mei in Den Haag hadden wij het voorrecht hem een interview te mogen afnemen. Daarbij is een groot aantal uiteenlopende onderwerpen de revue gepasseerd. Alexander Italianer maakte de indruk al jaren op deze post te zitten.

U bent nu ruim een jaar in functie als directeur-generaal. Wat waren uw belangrijkste verwachtingen?

Na mijn benoeming als D-G is een jaar verstreken voordat ik feitelijk ben aangetreden. In die periode heb ik mij goed kunnen oriënteren. Ik stond bij mijn aantreden voor een driedubbele uitdaging. Allereerst was het een nieuw werkterrein voor mij. Hiervoor werkte ik vooral op het terrein van economische en financiële zaken; mededinging was grotendeels onbekend. Ten tweede kreeg ik met deze benoeming een nieuwe managementfunctie. Ik heb een uitermate professioneel DG aange troffen. Veel seniormanagement is na mijn aantreden benoemd, waaronder drie plaatsvervangend D-G's. En ten slotte trad ook een nieuwe commissaris aan, Joaquín Almunia. Hij heeft lang ervaring als politicus en is als commissaris verantwoordelijk voor DG ECFIN, mijn vroegere werkterrein. Evenals vicepresident Almunia hecht ik groot belang aan de sectorsamenhang van wat we doen op het vlak van mededingingsbeleid maar ook op andere beleidsterreinen van de Commissie.

Wat waren hoogtepunten in het eerste jaar als D-G?

In het eerste jaar heeft de Commissie zeven boetebeslissingen in antitrustzaken vastgesteld, waarbij voor een totaalbedrag van bijna 3 miljard euro aan boetes is opgelegd. Wij stonden voor de uitdaging om ondanks de crisis het boeteniveau onveranderd te laten teneinde de afschrikkende werking ervan te garanderen. Anderzijds willen wij niet dat bedrijven door een opgelegde boete een faillissement riskeren. Wij hebben dan ook verschillende malen paragraaf 35 van de boeterichtsnoeren (betalingsregeling in geval van betalingsonmacht) toegepast. Dat vergde uiteraard wel gedetailleerd onderzoek. Er is een methode ontwikkeld om de betaalcapaciteit van bedrijven te kunnen beoordelen.

Bij fusies zaten het afgelopen jaar de uitdagingen vooral in de technische aspecten ervan. Een goed voorbeeld van een technisch ingewikkelde concentratie is die tussen *Intel* en *McAfee*. Daarin is in een verlengde eerste-faseprocedure een betrekkelijk complexe *interoperability remedy* aangeboden om de concurrentie in de markt voor IT-security-producten te garanderen. Vermeldenswaardig is ook de zaak *Olympic Air/Aegean Airlines*. Net als in *Ryanair/Air Lingus* blokkeerde de Commissie deze concentratie, omdat de combinatie een quasimonopolie zou verkrijgen op de 'thuismarkt'. Ook noem ik de concentratie tussen *Unilever* en *Sara Lee*. Deze zaak werd gekenmerkt door gedifferentieerde productmarkten. Partijen legden in die zaak een zeer interessante, maar ook omvangrijke dataset over. Economische studies en simulatiemodellen nemen een steeds grotere plaats in bij de beoordeling van concentraties. Dat maakt de beoordeling complex en tijdrovend.

Bij staatssteun domineerden nog steeds de gevolgen van de financiële crisis. Kort na het uitbreken daarvan (september 2008) is een spectaculair steunkader voor reddingsoperaties opgesteld. Afgelopen jaar was het vooral tijd voor de herstructureringsplannen van banken die

* Mr. H.H.P. Lugard is onder andere als Ass. Professor verbonden aan het Tilburg Law and Center (TILEC). Sinds 2004 is hij als NGA bij het ICN betrokken. Mr. B.J. Drijber is advocaat en partner bij Pels Rijcken & Droogleeveer Fortuijn en tevens redactielid van M&M.

waren gered. De problemen die banken hebben ondervonden hielden in een aantal gevallen ook verband met niet-optimale bedrijfsmodellen. De Commissie heeft deze ondernemingen dan ook voor vergaande herstructureringsopdrachten geplaatst; een levensvatbaar businessplan is noodzakelijk. Dit plaatst niet alleen de ondernemingen in kwestie, maar tevens de Commissie voor een grote uitdaging. Dan denk ik bijvoorbeeld aan bepaalde Ierse banken en de *Westdeutsche Landesbank*.

De Commissie heeft nieuw beleid geformuleerd ten aanzien van horizontale en verticale overeenkomsten. Zou je kunnen zeggen dat over de hele linie de economische analyse steeds meer doordringt tot in de haarvaten van het mededingingsrecht?

Het gebruik van de economische analyse is vooral een praktische kwestie: niet alleen maken economische analyses onderdeel uit van onze onderzoekspraktijk, maar ook, wanneer partijen met economische analyses komen, moet de Commissie daarop reageren. Het gebruik van economische analyses houdt verband met de technologische ontwikkelingen in menige sector. Met ons beleid op verticaal gebied spelen we in op nieuwe ontwikkelingen, zoals het sterk groeiende belang van *online sales*. We hebben de markt via de nieuwe groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten en de richtsnoeren open willen gooien. Een fabrikant kan *online* distributie niet langer verbieden. In de nieuwe mededeling over horizontale overeenkomsten hebben wij voor standaardisatieovereenkomsten een *safe harbour* geformuleerd om duidelijk aan te geven wanneer afspraken over standaardisatie acceptabel zijn vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt. In de *Rambus*-zaak hadden wij hier ervaring mee opgedaan.

De financiële crisis kwam al even ter sprake. Denkt u dat de inhoudelijke behandeling van zaken door de Commissie anders was uitgevallen als er geen crisis was geweest?

Hoewel dat niet met zekerheid is te stellen, is aannemelijk dat er minder publieke discussie zou zijn ontstaan over de hoogte van de kartelboetes wanneer er geen financiële crisis zou zijn geweest. Ik had ook meer *failing firm defences* verwacht in fusiezaken. Dergelijke verweeren zijn eigenlijk niet gevoerd. Op het vlak van zogeheten crisiskartels is het staande beleid niet aangepast: kartelvorming is niet de manier om een crisis te boven te komen.

De invloed van de crisis op het staatssteunbeleid is evident. In dit kader hebben we een soort tweesporenbenadering gehanteerd: een specifiek kader voor de financiële sector en een tijdelijke versoepeling voor de *real economy*. Zo is een grens gesteld op 500.000 euro, die in de praktijk als verhoging van de *De Minimis*-grens werd gezien maar die eigenlijk een verenigbaarverklaring van (geringe) steun behelst. Ook is ruimschoots gebruik gemaakt van de tijdelijke richtsnoeren ten behoeve van zeer omvangrijke garantieregelingen.

Er is kritiek geweest op de benadering van de Commissie ten aanzien van de herstructureringsplannen. De Commissie zou bezig zijn met een hervervakeling van het bankenlandschap en gedragsremedies zoals een verbod op price leadership opleggen. Wat vindt u van die kritiek?

De kritiek hield onder meer in dat de herstructurerings-eisen tot renationalisatie van de markten zouden leiden, in de zin dat banken feitelijk meer nationaal moesten opereren en daarbuiten geen overnames mogen doen. Dit was in de praktijk echter niet zo en de kritiek is dan ook niet gerechtvaardigd. Vanuit Nederland kwam kritiek dat Nederlandse banken gedwongen werden veel onderdelen af te stoten, waar banken in andere lidstaten minder vergaande commitments hoefden te doen voor goedkeuring van de steunmaatregel. Ook die kritiek vind ik niet terecht, gelet op een aantal 'buitenlandse' banken die flink in hun vlees hebben gesneden. Wel is het in de praktijk erg lastig om een absoluut *level playing field* te garanderen aangezien de remedies niet altijd onderling vergelijkbaar zijn. De *Financial Crisis Task Force* toetst de herstructureringsplannen daaraan zo goed mogelijk. In elk geval heeft de 'crisispraktijk' bevestigd dat structurele remedies efficiënter zijn dan gedragsremedies. Maatregelen zoals een *price leadership ban* waren in sommige zaken toch noodzakelijk.

Een andere opvallende trend is dat remedies in antitrustzaken en in concentraties steeds meer naar elkaar toegroeien, zoals onder andere blijkt uit toezeggingbesluiten in de energiesector.

Dat is zeker waar. Het toont aan dat de zogeheten sectorbenadering die de Commissie hanteert in mededingingszaken zeer nuttig is. Elke sectorale unit werkt zowel voor de plv. D-G verantwoordelijk voor antitrust als voor de plv. D-G verantwoordelijk voor fusies. Wij hebben dan ook besloten die geïntegreerde benadering te handhaven en niet terug te gaan naar de vroegere situatie van een aparte *merger task force*.

Bent u van mening dat de andere crisis, de eurocrisis, van invloed is op het staatssteunbeleid?

Inderdaad, de eurocrisis heeft op verschillende wijzen invloed op het staatssteunbeleid. In een aantal getroffen landen is de bankencrisis de oorzaak van de schulden-crisis. Een goed voorbeeld is Ierland. De Ierse schuldenlast is een rechtstreeks gevolg van de kapitaalinjecties van de overheid in de Ierse banken. In Griekenland zien we het tegenovergestelde. Daar kampen de banken die overheidsbonds hebben met het feit dat de overheid door de economische crisis in de financiële problemen is geraakt. In de onderhandelingen die worden gevoerd met deze landen zijn altijd functionarissen van DG COMP betrokken. Dit komt omdat in die landen altijd de banken bij de crisis betrokken zijn en in alle herstructurerings- en hulpprogramma's elementen van mededingingsbeleid zitten. Ook de rol van de nationale mededingingsautoriteiten is van groot belang. In de met Ierland afgesloten *MoU* is bijvoorbeeld vastgelegd dat

de mededingingsautoriteit de mogelijkheid moet krijgen om civiele boetes op te leggen, wat in Ierland overigens omstreden is.

De indruk bestaat dat de Commissie wordt bedolven onder de steunaanmeldingen. Is wellicht de tijd rijp om na te denken over nationale staatssteunautoriteiten?

Een dergelijke verdergaande decentrale benadering van staatssteuncontrole is zeker een interessante gedachte. Bij de recentere toetreding van nieuwe staten tot de EU heeft de EU de eis gesteld dat de nationale autoriteiten alle steun zouden toetsen op verenigbaarheid met het staatssteunrecht. Die rol hebben de mededingingsautoriteiten in onder andere Roemenië tot op zekere hoogte behouden, zij het dat na toetreding uitsluitend de Commissie steunmaatregelen kan goedkeuren. De rol van de nationale autoriteiten is er nu veeleer een van coördinatie en toetsing vooraf. Beide zijn zeer belangrijk om het hele notificatie- en goedkeuringsproces efficiënt te laten verlopen. Die rol kan zeker in een aantal landen nog versterkt worden. Voor een deel wordt het Europese steunregime op nationaal niveau gehandhaafd door de rechter; de nationale rechter kan zelfstandig onderzoeken of een maatregel staatssteun is en of deze al dan niet in Brussel is aangemeld. In het laatste geval kan hij onder meer de maatregel ongedaan maken en de steun doen terugvorderen. Hier ligt een belangrijke mogelijkheid voor decentrale controle.

Op het gebied van diensten van algemeen economisch belang (DAEB) wordt dit jaar het ‘Monti-Kroes-pakket’ uit 2005 herzien. Zou de Commissie niet een kleine stap terug moeten doen door een grotere safe harbour te creëren voor DAEB’s?

Dat is inderdaad een mogelijkheid. De Commissie stelt zich op het standpunt dat voor puur lokale diensten de grenzen verruimd moeten kunnen worden. Daarentegen zou het toezicht op grote (dikwijls nationale) activiteiten scherper moeten zijn. Gedacht wordt dus aan een meer gedifferentieerde benadering. Het is echter weinig aannemelijk dat de Commissie zover gaat dat er nationale (overheids)controle op deze DAEB-toewijzing moet komen. Dat is vooral in federale staten moeilijk, aangezien in die landen de centrale overheid niet in staat is een dergelijke controle uit te voeren. De federale regering is vaak niet meer dan een doorgeefluik.

Inmiddels heeft de Commissie in een aantal zaken gebruik gemaakt van schikkingsbesluiten. Hoe ziet u dit instrument? Werkt het goed of zijn aanpassingen noodzakelijk?

Het instrument bestaat nog maar sinds 2008 en is tot op heden in drie gevallen gebruikt. De eerste zaak betrof de markt voor geheugenchips in computers; zogeheten DRAMs (*Dynamic Random Access Memory*). De tweede schikking betrof de markt voor diervoeder. De zaak had een hybride karakter, aangezien er zowel een schikkingsprocedure als een gewone procedure werd gevolgd. In het meest recente schikkingsbesluit van de Commissie,

de zogeheten wasmiddelenzaak, troffen Procter & Gamble, Unilever en Henkel een schikking.

Het schikkingsinstrument kent enkele duidelijke voordelen. Het bespaart partijen tijd en hoge advocatenkosten die gepaard kunnen gaan met een beroepsprocedure. Ook kan het reputatieschade beperken. De norm van 10 procent boetereductie lijkt een adequate grens. Omdat het een vrij jong instrument betreft, is er nog de nodige ontwikkeling te verwachten. Zo is de snelheid waarmee schikkingsonderhandelingen gepaard gaan nog niet optimaal. Ook is het van belang in een betrekkelijk vroeg stadium vast te stellen of alle partijen inderdaad bereid zijn aan een schikking mee te werken, ook al heeft de Commissie nog wel enige reserves om een hybride zaak op te pakken. Bovendien vereist het formuleren van een goed schikkingsbesluit een zekere techniek. Het besluit moet zo zijn opgeschreven dat het partijen niet onnodig benadeelt met het oog op eventuele schadeclaims.

Er is enige kritiek gekomen op het boetebeleid van de Commissie. Waar de Commissie enerzijds hoge boetes oplegt, wil zij anderzijds private handhaving stimuleren, waardoor bedrijven naast hoge boetes ook hoge schadeclaims riskeren. Daardoor stijgt, in ieder geval in potentie, de totale ‘sanctiedruk’ van bedrijven. Houdt de Commissie rekening met eventuele claims als gevolg van private handhaving?

Wij hebben in Europa niet te maken met een situatie zoals in de Verenigde Staten. In Europa is sprake van *single damages* (maar wel met rente). *Leniency* en *damages* moeten van elkaar gescheiden worden gehouden en het ene instrument kan geen alternatief zijn voor het andere. Een automobilist die door rood rijdt kan ook zowel een boete krijgen als geconfronteerd worden met een schadeclaim van een slachtoffer dat hij heeft aangereden. Eenzelfde uitgangspunt geldt voor het mededingingsrecht.

Anders dan sommige agencies lijkt de Commissie kartelschade niet te willen kwantificeren. Wil de Commissie dat niet omdat dat ten koste zou gaan van het afschrikwekkend effect van boetes?

Het kwantificeren van schade als gevolg van een mededingingsovertreding bevordert niet de efficiënte besluitvorming en staat bovendien los van de afschrikwekkende werking die van boetes moet uitgaan. Bovendien achten wij dat niet wenselijk in het kader van het clementiebeleid van de Commissie, aangezien bedrijven daardoor ontmoedigd zouden kunnen worden om kartels bij de Commissie aan te geven. Voor interne doeleinden kunnen overigens wel globale berekeningen van de door ons ingrijpen voorkomen verdere schade worden gemaakt. Deze berekeningen worden dan opgenomen en gepubliceerd in het managementplan en het *Annual Activity Report* van DG Concurrentie.

Het internationale bedrijfsleven verwacht van de Commissie een ondersteunende rol bij het opstellen van compliance programmes. De Commissie lijkt echter haar vingers niet te willen branden aan enige inhoudelijke beoordeling.

De Commissie zal zeker steun blijven geven aan pogingen van het bedrijfsleven ten aanzien van *compliance*. De Commissie is echter huiverig om (concept)*compliance*-programma's van bedrijven inhoudelijk te beoordelen. Binnen DG COMP is er een contactpunt voor *leniency* inclusief een *hotline* en het onderwerp *compliance* wordt nauwgezet gevolgd door enkele beleidsmedewerkers. Bedrijven profiteren op een indirecte wijze van hun *compliance*-programma's, omdat kartels in een vroeg stadium ontdekt worden. Vicepresident Almunia heeft echter ook terecht opgemerkt dat het beste bewijs dat *compliance* werkt de afwezigheid van een inbreuk is.

Wij zijn momenteel op de tiende jaarlijkse bijeenkomst van het ICN. De Commissie is altijd een drijvende kracht geweest achter het ICN. Wat is uw indruk van deze conferentie? En hoe ziet u de prioriteiten van het ICN voor de komende tien jaar?

Er heeft een reflectie plaatsgehad binnen het ICN. De belangrijkste resultaten zijn hier door John Fingleton (van het Britse OFT) gepresenteerd. Het belangrijkste onderwerp blijft convergentie van de verschillende onderdelen van het mededingingsbeleid. Binnen de EU zijn wij aardig aan dit concept gewend, maar internationaal ligt dat veel lastiger bij jonge democratieën. Dat geldt ook voor jonge mededingingsautoriteiten. Zij zijn soms huiverig om de hoge standaarden die in het kader van het ICN worden ontwikkeld te moeten naleven.

Er is de afgelopen tien jaar al zeer veel bereikt binnen het ICN. Er zijn nog wel uitdagingen. Zo zouden op ICN-niveau op nog meer gebieden *best practices* geformuleerd kunnen worden. Voorts zou bijvoorbeeld op het gebied van misbruik van machtsposities nader geïnventariseerd kunnen worden welke relevante verschillen bestaan tussen mededingingsautoriteiten. Daarbij is een belangrijke vraag of ieder land zich op eigen snelheid ontwikkelt of dat die snelheid en de verplichting om ICN *best practices* te implementeren op ICN-niveau gestuurd wordt.

Tot slot, hoe ziet u uw prioriteiten voor de komende tijd?

DG COMP kampt met beperkte middelen en daarom moeten wij onze prioriteiten scherp stellen. Zo willen wij beleid ontwikkelen om efficiënter met staatssteunzaken om te gaan. Het probleem met steunzaken is dat de Commissie niet in de positie is om zaken terug te verwijzen (zoals in andere mededingingszaken wel het geval is). Bovendien komt de helft van de zaken die bij ons in behandeling is voort uit klachten. Op het terrein van misbruikgedragingen voorzie ik overigens op korte termijn geen ingrijpende beleidsontwikkelingen, bijvoorbeeld met betrekking tot uitbuitingsmisbruik. Op het gebied van concentratiecontrole moeten we kijken naar

multi-jurisdictional mergers. In de steeds nauwer wordende samenwerking met de lidstaten binnen het *European Competition Network* (ECN) is daarvoor een werkgroep opgericht. Bij handhaving zal onze focus liggen bij groei- en netwerksectoren.