



B o e k b e s p r e k i n g

Trust en antitrust, beschouwingen over 10 jaar Mededingingswet en 10 jaar NMa

Marc van der Woude

Ter gelegenheid van het tienjarig jubileum van de Mededingingswet en de NMa hebben het Ministerie van Economische Zaken en de NMa een bundel uitgebracht onder de titel *Trust en Antitrust*. Het boekwerk bestaat uit een driehonderdtal pagina's en bevat 22 opstellen ondergebracht in zeven thema's. Elk opstel wordt door één of twee auteurs van kort commentaar voorzien. Al met al hebben zo'n zeventig auteurs uit verschillende disciplines, zoals de ambtenarij van de betrokken nationale en Europese instellingen, de economische wetenschap, de rechtsgeleerdheid, de rechterlijke macht en het bedrijfsleven aan het boekwerk bijgedragen. Onder de reactie van Pieter Kalbfleisch, Jarig van Sinderen, Anita van den Ende, Monique van Oers en Peter van Bergeijk, heeft deze collectieve inspanning geleid tot een alleszins lezenswaardig werk dat inzicht geeft in de vele facetten van de toepassing van het mededingingsrecht over de afgelopen tien jaar en dat de lijnen trekt naar toekomstige ontwikkelingen. Dit is zonder meer een felicitatie waard.

De veelheid en diversiteit van de opstellen maakt het moeilijk het boekwerk van commentaar te voorzien. Het exhaustief beschrijven van de inhoud zou te veel plaats innemen en de lezer naar alle waarschijnlijkheid vervelen. Bovendien zou het een doublure vormen van de inleiding ('Ten Geleide') waarin de opbouw van de bundel wordt toegelicht. Ik zal mij dan ook beperken tot het weergeven van een aantal indrukken dat bij het lezen is ontstaan.

Mr. M. van der Woude is advocaat bij Stibbe te Brussel.

De eerste indruk betreft de titel van de bundel. De Engelse woorden 'trust' en 'antitrust' reflecteren een zekere tegenstelling, die echter slechts ogenschijnlijk is. Het woord 'trust' doelt in de optiek van de redactie niet zozeer op combinatievorming, als wel op het vertrouwen dat de maatschappij stelt in marktwerking als vorm van marktordening ter vervanging van directe overheidsregulering. Indien dit vertrouwen beschaamd wordt doordat ondernemingen het spel van de vrije mededinging niet spelen, dient de overheid in te grijpen aan de hand van het 'antitrust'-recht. De ogenschijnlijke tegenstelling lost zich op doordat de 'producenten moeten kunnen vertrouwen op faire concurrentie en op een toezichthouder die een optimale naleving van de Mededingingswet nastreeft'. Aldus ziet de redactie mededingingstoezicht als integraal onderdeel van marktwerking.

Marktwerking en toezicht vullen elkaar inderdaad aan. Op bepaalde momenten in de bundel dreigen beide begrippen evenwel met elkaar geassimileerd te worden. Dit is bijvoorbeeld het geval met de bijdrage van Pieter Kalbfleisch. Als voorzitter van de NMa is het begrijpelijk dat hij de schijnwerper op de toezichthouder richt, maar deze focus doet toch wat reducerend aan. Mededinging en Mededingingswet zijn ruimer dan alleen toezicht. De welvaartscheppende effecten van marktwerking, die in de bijdrage van Coen Teulings en Paul de Bijl en in het artikel van Jarig van Sinderen en Ron Kemp nader worden toegelicht, zijn niet alleen op het conto van de toezichthouder te schrijven. Deze effecten hangen mijns inziens mede samen met het afschaffen van de directe regelgeving door de MDW-operatie. Vele markten kunnen nu werken omdat de overheid ze laat werken. Kortom, hoe begrijpelijk het ook is dat de NMa (terecht) in het zonnetje wordt gezet, marktwerking is niet alleen toezicht.

Mijn tweede opmerking ligt in het verlengde van deze eerste impressie. Ik vind het opmerkelijk dat de bundel geen aandacht besteedt aan de rol van de ondernemingen zelf. Het boek scheidt een beeld van ondernemingen die er hoofdzakelijk op uit zijn om de marktwerking te fnuiken. In verschillende bijdragen wordt gepleit voor zwaardere straffen. In zijn uiteenzetting over de strafmaat, baseert Wouter Wils zich op onderzoek van de OECD dat indiceert dat van hard core kartels een prijsopdrijvend effect kan uitgaan van 20%. Volgens het onderzoek van John M. Connor waar Erik Brouwer en Wouter Meester naar verwijzen, kunnen dergelijke kartels een jaarlijkse overwinst van 25% genereren. Ofschoon de laatste twee auteurs voor matiging pleiten bij de beboeting wegens afschrikking, zien zij wel verdere ruimte voor compensatoire beboeting. Dit aspect ligt ook ten grondslag aan de bijdrage van Weijer VerLoren van Themaat over private handhaving. Aan de combinatie van zware afschrikwekkende boetes en compensatie van opgedane schade, voegen zich sinds de laatste wetwijziging ook nog eens de persoonlijke boetes voor de feitelijk leidinggevendenden toe. Maria van der Hoeven in het bijzonder is gecharmeerd van nog zwaardere straffen en is van mening dat de grens van 10% van de jaaromzet in opwaartse richting herzien zou moeten worden.

Hard core kartels zijn slecht en moeten inderdaad bestreden en bestraft worden. Het pleidooi voor verdere repressie mag echter niet doen vergeten dat het de ondernemingen zijn die, door hun onderlinge concurrentie, de welvaart scheppen. Ik vind het dan ook enigszins bevreemdend dat de bundel geen aandacht besteedt aan de rol die ondernemingen zelf spelen, zowel bij het benutten van de kansen van marktwerking als bij het handhaven van het mededingingsrecht. Deze private handhaving omvat veel meer dan alleen het aanspannen van civiele procedures of clementieaanvragen, die, zoals uit de bijdrage van René Jansen blijkt, van fundamenteel belang zijn bij het opsporen van kartels. Bedrijfsjuristen voorzien hun interne klanten dagelijks van advies en zorgen ervoor dat de ondernemingen binnen de grenzen van de wet opereren. Ondernemingen schatten zelf hun mededingingsrechtelijke posities. Dat is de hoeksteen van de ex post controle zoals die sinds 2004 voor gedragtoezicht bestaat.

Mijn derde impressie betreft de institutionele gevolgen van de toegenomen repressie. Zware straffen vereisen procedurele waarborgen voor de rechtssubjecten. De NMa is zich hiervan bewust, maar blijft worstelen met het alles-in-één-hand-systeem dat zich nu eenmaal slecht met de beginselen van de scheiding der machten verdraagt. In haar bijdrage geeft Monique van Oers een overzicht van de interne maatregelen die de NMa genomen heeft om een mogelijke belangenverstrengeling tussen onderzoek en beslissing tegen te gaan. Hieruit blijkt dat de problematiek binnen de organisatie bijzonder ernstig wordt opgenomen. Hoe goed de genomen waarborgen ook mogen zijn, voor de buitenwacht blijven zij doorgaans overkomen als plechtige beloften die slechts diegenen binden die bereid zijn erin te geloven. Interessant vond

ik in dit verband de vraag die A.W. Kist opwerpt ten aanzien van de controle op de Europese en nationale autoriteiten bij een toenemende verzwaaring van het boetebeleid. In zijn ogen zou de legitimiteit van het mededingingsrecht gebaat kunnen zijn bij de tussenkomst van een onafhankelijke rechter voordat de sanctie daadwerkelijk wordt opgelegd. Tegelijkertijd merkt A.W. Kist op dat een dergelijke herziening een complexe operatie is, met name als deze ook op Europees niveau moet worden doorgevoerd.

Dit brengt mij bij mijn vierde opmerking. Deze heeft betrekking op de ruimte die Europa nog aan de lidstaten laat. Ofschoon de bijdrage van Neelie Kroes, door Laurens Jan Brinkhorst van commentaar voorzien, een positief beeld oproept van eensgezinde autoriteiten die gezamenlijk de heulende booswichten te lijf gaan, blijft de ontwikkeling van het inhoudelijk beleid een Brusselse aangelegenheid. Dit wordt min of meer bevestigd door het artikel van Ewoud Sackers dat de verschillen tussen de NMa en de Commissie op het gebied van de handhaving van het kartelverbod in kaart brengt. Deze verschillen betreffen de aard en omvang van de sancties alsmede de opsporingsmethoden, maar niet de inhoud van het kartelverbod.

Maria van der Hoeven ziet nog wel ruimte voor een vaderlands mededingingsbeleid. In haar uiteenzetting pleit zij niet alleen voor een vergroting van de afschrikwekkende werking van het mededingingsrecht, maar ook voor een zekere heroverweging van het belang van de mededinging als publiek belang. Marktwerking is in haar optiek geen doel op zichzelf, maar een middel voor het nastreven van publieke belangen zoals kwaliteit, toegankelijkheid en doelmatigheid van de dienstverlening. Tussen de lijnen van haar uiteenzetting door valt te lezen dat de minister in wezen prijsdalingen verwacht als resultante van de marktwerking. Indien dit niet gegarandeerd kan worden, heeft invoering van marktwerking in bepaalde sectoren van de economie geen zin. Tevens laat Maria van der Hoeven doorschemeren dat zij het primaat van de politiek wenst te herstellen door beleid en uitvoering beter van elkaar te scheiden.

Het is mij niet helemaal duidelijk waar onze minister op doelt. Indien haar scepsis slaat op het invoeren van mededinging in bepaalde publieke sectoren, kan ik haar in zekere mate volgen. Als haar reserves meer algemeen van aard zijn en vraagtekens zetten bij marktwerking als welvaartscheppend proces, vrees ik dat in Nederland de slinger van de rechtsontwikkeling van een overmatig geloof in marktwerking dreigt door te slaan in een misplaatst wantrouwen in marktwerking. Laurens Jan Brinkhorst wijst op het gevaar van het mogelijk ontstaan van een minder positief klimaat op mededingingsgebied. De inbedding van het nationale mededingingsrecht in de Europese context voorkomt dat daarbij de slinger al te veel uit het lood slaat. Ook Coen Teulings en Paul de Bijl zien een 'tijdelijke vermoeidheid ten aanzien van marktordeningsoperaties'. Hoe het ook zij, het vinden van het juiste

'pendulaire' evenwicht blijft voor politici een probleem. Aan retrospectie bestaat geen behoefte en de prospectie beperkt zich doorgaans tot de ambtsduur.

Dit brengt mij tot mijn vijfde opmerking of impressie. Die gaat over de plaatsing van de bundel in de tijd. Ik had van de bundel iets meer van een terugblik verwacht op de prestaties van marktwerking en toezicht. Dat hangt waarschijnlijk samen met het feit dat ik een jurist ben die graag terugvalt op precedenten. Het merendeel van de bijdragen ziet op de status quo en bevat voorspellingen voor de toekomstige ontwikkelingen. De bundel besteedt relatief weinig aandacht aan het in kaart brengen van de ontwikkelingen gedurende de afgelopen tien jaar. Uitzonderingen op deze impressie vormen de bijdrage van Martijn Snoep die de rechterlijke controle op de concentratiebesluiten van de NMa op een heldere en ludieke wijze in kaart brengt, alsmede de bijdrage van Coen Teulings en Paul de Bijl die zich buigen over de vraag of het marktordeningsbeleid gebracht heeft wat men daarvan oorspronkelijk verwachtte. Zij concluderen dat de marktwerking en concurrentie geen wondermiddelen zijn, maar dat zij ondanks 'een paar serieuze miskleunen en commotie' veel goeds hebben gebracht.

De groeiende scepsis over marktwerking betreft met name de sectoren die recentelijk geliberaliseerd zijn en of op het punt staan geliberaliseerd te worden. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de bundel een ruime plaats toekent aan deze sectoren. Gert Zijl, Robert Haffner en Machiel Mulder beschrijven de introductie van de marktwerking in de energiesector, hetgeen zij als 'een onvoltooide missie' aanduiden. Psychoanalytisch gezien lijkt zich achter deze titel enig leed te verschuilen. Ondanks zekere successen wil de marktwerking, zoals de toezichthouder zich die voorstelt, er maar niet komen. De kans dat Marga Zuurbier, Rex Leijenaar en Coen Timmerman enkele toekomstige frustraties zullen moeten verwerken is eveneens groot. Hun bijdrage betreft meer efficiënt spoorvervoer door marktwerking en betreft dus een sector die zich nog in de beginfase van de liberalisering bevindt. Hun relatief lange bijdrage geeft een schets van de sector en inventariseert de vele issues die deze 'regulators' zullen moeten aanpakken. A prima vista is dat geen missie, maar een kruistocht. Missionarissen, kruisvaarders en Spaanse edellieden zouden wellicht enige levenslessen kunnen trekken uit de meer filosofische en relativerende bijdrage van Nout Wellink, Frank Elderson en Femke de Vries over de rol die een toezichthouder zou moeten spelen: 'waar het kan moet de toezichthouder de wijze waarop aan een norm kan worden voldaan, overlaten aan degene tot wie de norm zich richt.'

Ten slotte, nu de tijdsvraag is gesteld, waar gaan we heen? Welke lijnen kunnen we trekken uit het verleden die ons inzage geven in het toekomstige mededingingsbeleid? De bundel bevat enkele van die krachtlijnen die bij mij het beeld oproepen van het voormalige Byzantium. Maken we het mededingingsrecht niet zodanig zuiver en verfijnd dat het de

leek niet meer aanspreekt en dat het afkoerst op een zeker verval? Deze vraag kwam bij mij met name op bij het lezen van de bijdrage van Eric van Damme over art. 24 Mw betreffende de wenselijkheid van een meer effectgerichte en economische benadering van de controle op machtsposities. Ik kan het daar moeilijk mee oneens zijn, maar dreigen we niet van art. 24 Mw een dode letter te maken? Anders dan Berend Jan Drijber denk ik niet dat economen byzantijnser zijn dan juristen. Het puur juridische mededingingsrecht zoals dat tot begin van de jaren negentig gold, was ook een volstrekt wereldvreemde discipline die slechts door enkele Mandarijnen werd beoefend.

Hoe het ook zij, de bundel zet tot denken aan. Het aantal en de diversiteit van de deelnemers aan de bundel toont aan hoezeer het mededingingsrecht aan maatschappelijk belang heeft gewonnen dankzij de Mededingingswet en de NMa. Ik zou de redactie van de bundel dan ook van harte willen danken voor deze alleszins geslaagde inspanning.