



Mededingingsrecht als luxeprobleem

Berend Jan Drijber

Het kan verkeren. In adembenemend tempo vielen enkele financiële reuzen van hun voetstuk. De combinatie van winstbejag (nu verdienen, straks de risico's) en technologie (het eindeloos elektronisch verhandelen van financiële instrumenten) heeft de financiële wereld vervreemd van de reële economie en het financiële stelsel uitgehold. Alle informatieverplichtingen en governanceregels ten spijt, als het erop aankomt is transparantie voor de aandeelhouder nog steeds ver te zoeken. Beleggers kunnen zelf echter ook oorzaak van het probleem zijn. Door speculatie of paniek kunnen koersen veel verder wegzakken dan objectief gezien nodig zou zijn. Dan zorgen de computerprogramma's van de beleggers al snel voor een domino-effect, slaat ook tussen banken het wantrouwen toe en is er geen houden meer aan.

Een belangrijke vraag is wat de kredietcrisis uiteindelijk zal betekenen voor de inrichting van het financiële stelsel, voor het soort bank en het type toezicht. Nog belangrijker zijn de gevolgen voor de geopolitieke verhoudingen in de wereld. Het financiële zwaartepunt was zich al in sneltreinvaart aan het verplaatsen van west naar oost. Dat fenomeen wordt versterkt als in het westen banken voor een prikje te koop zijn en westerse overheden zich in de schulden steken om de belangrijkste kroonjuwelen te redden. Zal straks blijken dat de nieuwe Amerikaanse president *trustee* van een failliete boedel is? Zo veel is wel duidelijk, de belastingbetaler krijgt vroeg of laat de rekening gepresenteerd, want het geld voor de overheidsinterventies moet worden geleend op de kapitaalmarkt, met rentelasten van dien. Zo is de kredietcrisis een duidelijk voorbeeld van wat de Fransen aanduiden als *capitaliser les bénéfices, socialiser les pertes*.

Het door de Angelsaksische wereld verguisde staatskapitalisme heeft een spectaculaire comeback gemaakt om

de gevolgen van de uit die wereld stammende excessen het hoofd te bieden. In de hoofdrol fungerend EU-voorzitter Sarkozy, met Brown en Merkel als onmisbare bondgenoten. De anderen doen mee en kijken toe, tevreden over zo veel Europese eendracht en samenwerking. Aanvankelijk was het toch nog even ieder voor zich, toen lidstaten elkaar overboden met het bedrag aan gegarandeerde spaartegoeden en er een geschuif met spaargelden op gang dreigde te komen. Terecht brak snel het inzicht door dat de draaikolk daardoor alleen maar heftiger zou worden. Dus toch eendracht, maar wel op intergouvernementele basis. Aan het reddingsplan lag immers geen communautair initiatief van de Commissie ten grondslag.

Maar was er een alternatief? Nee, zo lang de Commissie of de ECB de noodzakelijke honderden miljarden euro's niet beschikbaar kunnen stellen. De eerste die dat goed had begrepen, is Commissievoorzitter Barroso. Binnen de Commissie is deze pragmaticus de afgelopen jaren steeds dominantier geworden, daarbuiten steeds bescheidener. Het een hangt wellicht met het ander samen.

En Neelie Kroes dan? Aan het begin van het laatste jaar van haar mandaat stond zij voor een moeilijke uitdaging. Mededingingsrecht bestaat bij de gratie van de markt. Als de markt implodeert en de instellingen die de markt dragen dreigen om te vallen, dan is het lastig het mededingingsrecht 'gewoon' toe te passen. De fictie dat de markt de waarde van een onderneming bepaalt, gaat niet op als diezelfde markt totaal van slag is. Mededingingsrecht is bovendien een verbodsrecht. De verbodsnorm is de machtsbasis van de mededingingsautoriteit. Het afdwingen van concessies is alleen mogelijk als het enige alternatief een verbodsbeschikking is. Maar daar zat nu even niemand op te wachten.

Mevrouw Kroes kon echter niet vanaf de zijlijn toekijken. Om mee te spelen diende zij vooral realiteitszin aan de

dag te leggen. Ten eerste proberen een gesprekspartner te zijn om vanuit de coulissen enige regie te houden. Bijvoorbeeld om te voorkomen dat *overnight* nieuwe *national champions* worden geboren. Ten tweede de eigen besluitvormingsprocedures versnellen. Zo blijkt de Commissie ineens voor reddingssteun binnen 24 uur een positieve beschikking te kunnen geven.¹ Ten derde het beoordelingskader enigszins te stroomlijnen. Daartoe dient de Mededeling *'The application of State aid rules to measures taken in relation to financial institutions in the context of the current global financial crisis'*.² Daarin worden de randvoorwaarden geschetst waaronder de Commissie deze vormen van steun goedkeurt.

Duidelijk is dat ineens heel veel mag. Het contrast met de dagelijkse staatssteunpraktijk, die te vaak gaat over de vraag of er voor een bedrijfsterrein van luttele hectaren niet te weinig is betaald, is enorm. Interessant is dat de Commissie een positieve staatssteunbeoordeling baseert op artikel 87(3)(b) EG: steun om een ernstige verstoring in de economie van een lidstaat op te heffen. Of die bepaling ook kan worden ingezet om een verstoring te *voorkómen*, lijkt mij een open vraag. Ook is 'ernstige verstoring' een rekbaar begrip.

Bij systeembanken als Fortis kan de link met de verstoring van de economie van een lidstaat snel worden gelegd. Daarmee is uiteraard zeker niet gesuggereerd dat de nationalisering van Fortis Nederland (en ABN Amro) staatssteun zou behelzen. Eerder lijkt dat onwaarschijnlijk. Gehoopt mag worden dat we over een aantal jaren weer een privatiseringsfeestje kunnen vieren, waarbij de Staat zijn 'ABNnetjes' met forse winst verkoopt. Intussen zijn in Nederland twee van de vier systeembanken gehavend en deels ontmanteld.

In België is de klap bij het publiek echter veel groter. Met 'publiek' bedoel ik niet de spaarders, maar de honderdduizenden 'goede huisvaders' (om de Belgische minister van financiën Reynders te citeren), die met waardeloos geworden Fortisaandelen zijn blijven zitten. Zij krijgen een tegemoetkoming van de Belgische overheid, in de vorm van een 'coupon' in een fonds waarin de Belgische Staat de 'eventuele' winst op zijn aandelenpakket in BNP Paribas stort.³ Voorziene uitbetalingsdatum: 1 juli 2014. Dat zal voor een heel aantal van die 'goede huisvaders' uit België en andere EU-landen te laat komen. Leuk zo'n 'coupon' in de erfenis. Beleggers-ondernemingen, waaronder institutionele beleggers, krijgen niets - tot woede van Deminor (de Belgische VEB). De reden laat zich raden: alleen natuurlijke personen doen mee aan de verkiezingen. Je kunt je overigens afvragen of het doen van dit soort uitkeringen aan beleggers-ondernemingen niet een verboden staatssteun zou opleveren.

Bij concentratiecontrole zien we het interessante fenomeen dat de nationalisering van een bank geen concentratie oplevert, maar de privatisering wel. De overname van Fortis België en Luxemburg door BNP Paribas zal door de Commissie moeten worden goedgekeurd. Maar valt er in dit politieke klimaat nog iets te verbieden? Sowieso zal het groene licht voor concentraties wat makkelijker aangaan in Brussel. Ook hier is het contrast groot, bijvoorbeeld met de ellenlange remedies die waren verbonden aan de goedkeuring van de

overname van ABN Amro Assets door Fortis.⁴ Er kan veel gebeuren in één jaar.

In deze bijzondere omstandigheden lijkt het mededingingsrecht even een luxeprobleem. Geen enkel recht blijft in noodsituaties onaangetast. In het volkenrecht en civiele recht zijn daar keurige leerstukken voor ontwikkeld, die in het mededingingsrecht ontbreken. Maar juist voor de legitimiteit van het mededingingsrecht is het eerder goed dan slecht als de mededingingsautoriteiten souplesse en realiteitszin tonen bij het inspelen op de zeer bijzondere en bedreigende situatie die zich voordeed. Mits daar maar geen misbruik van wordt gemaakt. Daar zal de Commissie over moeten waken. Dat zal niet gemakkelijk zijn. Toch ben ik daarover tamelijk optimistisch. Verder kunnen de mededingingsversturende effecten van in de haast gepleegde overnames mogelijk worden gecorrigeerd op grond van artikel 82 EG. Daarmee zijn we meteen bij een van de onderwerpen die in dit nummer aan de orde komen. Hessels analyseert *Tetra Laval* en andere zaken waarin de corrigerende werking van artikel 82 EG onderdeel was van de beoordeling of een concentratie tot mededingingsproblemen aanleiding zou geven.

Intussen zal de (Europese) rechter de machinekamer van het mededingingsrecht draaiende blijven houden en recht in de leer blijven als altijd. Het 'acquis' blijft acquis.

Dat de Nederlandse rechter wat dat betreft goed scoort blijkt uit de boeiende rechtspraakronde van Defares c.s.. Zoals de auteurs - mijns inziens terecht - opmerken, kan de (civiele) rechter uitstekend uit de voeten met het mededingingsrecht, met dank aan alle SSR-cursussen. Er worden niet vaker 'fouten' gemaakt dan in zaken waarin alleen het BW hoeft te worden toegepast. Je kunt op een uitspraak natuurlijk bijna altijd wel iets aanmerken, maar rechters moeten nu eenmaal kiezen voor een bepaalde oplossing en daar naar toe redeneren. Voor de rechtsbedeling is het minder wenselijk dat het juist de *gespecialiseerde* bestuursrechters zijn, die nogal eens verschillend blijken te oordelen, getuige het grote aantal uitspraken van de rechtbank Rotterdam dat door het CBB geheel of gedeeltelijk wordt vernietigd.

Sprekend over luxeproblemen ... het wetsvoorstel Markt & Overheid zou wel eens in die categorie kunnen vallen. Algera schetst in dit nummer de voorgeschiedenis en analyseert de belangrijkste onderdelen van dit - ook conceptueel - interessante wetsvoorstel. Dat veel overheden een tik hebben meegekregen van de markt en streven naar maximale rendementen zien we opnieuw bij de kredietcrisis. Toen Ice-

1 Zie N 507/2008 - Financial Support Measures to the banking industry in the UK, NN 51. De beschikking werd dezelfde naam gegeven als de aanmelding.

2 Het document vormt een aanvulling op de Richtsnoeren reddings- en herstructureringssteun (*PbEU* 2004, C 244, p. 2) en de Mededeling over de toepassing van de artikelen 87 en 88 op staatssteun in de vorm van garanties (*PbEU* 2008, C 155/10).

3 Netto-dividenden tot en met 2013 en de koerswinst per 1 juli 2014 ten opzichte van datum aankoop.

4 Beschikking van 3 oktober 2007, Case COMP/M 4844.

save door het ijs zakte bleken ineens tal van decentrale overheden daar - of bij de moederbank - aanzienlijke bedragen te hebben uitstaan. Goed beheer (want risicospreiding en hoge rentes) of grotesk overheidsmarktdenken? Intussen dobbert EEA-lidstaat IJsland rond als een smeltende ijsberg.

Misschien is het wel tijd voor een *back to the basics* - voor de banken, de overheid en het mededingingsrecht.