

Redactioneel

Mededingingsrecht: hard law voor de justitiabelen en soft law voor de handhavers

Mr. E.H. Pijnacker Hordijk*

Deze redacteur valt de eer te beurt alsnog enkele woorden te wijden aan de boeterichtsnoeren die de minister van Economische Zaken op 24 september 2009 heeft uitgevaardigd. Deze boeterichtsnoeren, die de nog recente Boetecode van de NMa uit 2007 vervangen, dienen ertoe het door de minister van de NMa teruggekaapte primaat bij de beleidsbepaling kracht bij te zetten. De boeterichtsnoeren belichamen, tezamen met de richtsnoeren voor de beoordeling van combinatieovereenkomsten, het cadeau waarmee de minister het feestje ter gelegenheid van de tiende verjaardag van de NMa kwam opvrolijken: de aankondiging dat de NMa zich vooral moest toelagen op de uitvoering en EZ zich om het beleid zou bekommeren. En och, met welk een krachtigheid heeft de minister uitgesproken. De systematiek van de Boetecode van de NMa is ongewijzigd gebleven, maar op drie punten heeft de minister de touwtjes nog wat strakker aangetrokken:

- Voor zeer zware overtredingen van de mededingingsregels, zoals prijskartels of marktverdelingsafspraken, kan de NMa de basisboete voortaan verhogen met maximaal 25% van de betrokken omzet die de onderneming in het laatste jaar van (haar deelname aan) de overtreding heeft behaald. Ter toelichting wordt erop gewezen dat de Europese Commissie deze verhoging ook toepast;
- Het maximum van de ernstfactor waarmee de basisboete vermenigvuldigd kan worden, is verhoogd van 3 naar 5 (dat wil zeggen van 30 naar 50% van de betrokken omzet). Deze verhoging is niet gebaseerd op ‘Europese ontwikkelingen’.
- Ingeval van recidive moet de boete door de NMa met 100% worden verhoogd ‘tenzij dit gezien de omstan-

digheden van het geval evident onredelijk zou zijn’. Zo gek heeft zelfs de Commissie het tot nu toe niet gemaakt. Voor de goede orde: iedere eerdere onherroepelijke veroordeling door de NMa of een andere mededingingsautoriteit voor een vergelijkbare overtreding geldt als recidive, hoe lang geleden ook gepleegd.

Aldus kan een onderneming die ooit eerder door een mededingingsautoriteit is veroordeeld wegens prijsafspraken, eenvoudig veroordeeld worden tot een boete gelijk aan de jaaromzet voor ieder jaar dat de overtreding heeft geduurd. Dit alles in het kader van de zogenoemde *High Trust* beleidsdoelstelling van het kabinet: minder middelen inzetten om overtredingen op te sporen, maar als de NMa beet heeft, dan mag (zo niet moet) de ene na de andere bonus op de basisboete worden gestapeld. De proportionaliteit raakt steeds verder uit beeld. Mededingingsboetes blijven een politieke hype. De rechterlijke macht, binnen de rechtsstaat toch bij uitstek de instantie die heeft te oordelen over de proportionaliteit van sancties, staat bij dit richtlijnige geweld aan de zijlijn. De rechter zal in de toekomst nog slechts marginaal kunnen toetsen of de NMa evident onredelijk heeft gehandeld door de 100% verhoging wegens recidive toe te passen. Kennelijk is de tijd nog altijd niet rijp voor een herijking van het boetebeleid in mededingingszaken in het licht van het fundamentele rechtsbeginsel van de evenredigheid. De mededingingsfarizeeërs hebben het voorsnog onverkort voor het zeggen.

Hoe mild is daarentegen de overheid als het om de normering van haar eigen handelen gaat. De Commissie heeft in dat verband overigens een bescheiden stap in de goede richting gedaan door onlangs concepten voor *best practices* te publiceren ten aanzien van de wijze over de te volgen procedure in kartel- en misbruikzaken. Dergelijke *best practices* bestaan al enige tijd voor fusiecontrolezaken, en

1

* Mr. E.H. Pijnacker Hordijk is partner bij De Brauw Blackstone Westbroek en tevens redactielid van M&M.

leveren stellig een verbetering van de rechtszekerheid op. Zo valt het bijvoorbeeld toe te juichen dat de Commissie voornemens is in inbreukzaken *state of play meetings* in te voeren, waardoor ondernemingen niet langer in bijkans totale onzekerheid hoeven te verkeren over het mogelijke verloop van een inbreukprocedure, en tijdig kunnen gaan nadenken over mogelijke alternatieve oplossingen in de vorm van toezeggingen of anderszins. Een belangrijke innovatie is ook dat gestreefd wordt aan de hand van de *state of play meetings* een duidelijker timing van de verschillende stadia van de inbreukprocedure aan te brengen. Aan de *best practices* zal ongetwijfeld nog wel geschaafd worden, maar persoonlijk denk ik dat het een belangrijke stap in de goede richting is. Het zou de Commissie sieren indien zij de mate van zelfbinding in minder vrijblijvende termen zou formuleren dan tot nog toe het geval is. Wie hard is voor justitiabelen, moet ook stevig voor zichzelf kunnen zijn. Bovendien: de praktijk met de *best practices* in fusiecontrolezaken wijst uit dat deze de facto toch al een behoorlijk zelfbindend karakter hebben voor de Commissie, eenvoudig omdat ondernemingen erop vertrouwen dat de Commissie zich conform de eigen *best practices* gedraagt en dat in het kader van de behandeling van concrete zaken ook naar de Commissie toe uitdragen. Ook hier meen ik dat de *best practices* voor de praktijk een belangrijke verbetering hebben opgeleverd.

En wat is er nog meer aan nieuws te melden? In januari 2010 heeft de NMa haar agenda voor het jaar 2010 gepresenteerd. Na eerste lezing bekruipt de lezer de vraag wat de NMa met deze korte brochure beoogt. De helft is een beschrijving van ontwikkelingen in het verleden, en dus eerder een Polygoonjournaal dan een agenda voor de toekomst. Het belangrijkste nieuws is vermoedelijk dat de NMa de komende jaren verwacht handhavend op te treden op het gebied van kartels, machtspositie en concentraties (sic!) in de sectoren verwerkende industrie, financiële en zakelijke dienstverlening en zorg. Dat is wat je noemt een duidelijke concentratie van activiteiten. Maar... de NMa sluit niet uit dat zij ook in andere sectoren handhavend zal optreden, want het moet wel een verrassing blijven. Zo had de NMa in voorgaande jaren per slot van rekening ook niet aangekondigd dat zij een kartel zou gaan blootleggen in de sector zwembadchloor! Het ontwikkelen van het toezicht op de vervoersector wordt ook als prioriteit aangemerkt. De publicatie van deze prioriteitsstelling valt op een moment dat de lezer van de Agenda 2010 nog kersverse en sneeuw witte herinneringen heeft aan recente prestaties van de railvervoersector ten aanzien waarvan de NMa niet de minste invloed heeft. Het verslechteren van de balansposities van openbare nutsbedrijven door het opleggen van boetes wegens onvoldoende prestaties kan immers moeilijk het consumentenbelang bevorderen. Hoog ontwikkeld *newspeak-jargon* spreekt uit het stukje over de plannen voor introductie van strafrechtelijke handhaving. Een citaat: 'De aandacht voor strafrechtelijke handhaving toont aan dat kartelvorming of het misbruiken van een machtspositie in brede kring gezien wordt als diefstal. De NMa ziet kansen tot versterking van de afschrikwekkende werking van het mededingingsrecht, mits de huidige effectiviteit van het

mededingingstoezicht niet in gevaar komt, in het bijzonder met betrekking tot clementie.' Het mededingingsrecht is het eerste rechtsgebied dat als zodanig pretendeert een afschrikkende werking te hebben. En dat het misbruiken van een economische machtspositie tegenwoordig in brede kring als diefstal wordt gezien, is een fiere stelling die merkwaardig genoeg de laatste tijd met kracht wordt weersproken door niemand minder dan de voormalig president van het Gerecht van Eerste Aanleg van de EG Westerdorf, die bij diverse gelegenheden heeft bepleit dat bij complexe misbruikzaken (zijn er eigenlijk ook niet-complexe misbruikzaken?) in beginsel geen boetes zouden moeten worden opgelegd. Hoe dan ook, nu EZ het beleidsmatige primaat naar zich heeft toegetrokken, is het misschien beter dat de NMa zich bij haar leest houdt en populistische politieke uitspraken vermijdt.

Ondanks al dit wapengekletter zijn er op mededingingsgebied tal van ontwikkelingen die de moeite van het uitdiepen waard zijn. Zo vindt de lezer van *Markt & Mededinging* bijdragen over de nodige onderwerpen. Pauline Kuipers en Janneke Kohlen schrijven over (vermeende?) incongruenties tussen ex ante regulerend en ex post mededingingsrechtelijk optreden tegen (misbruik van) marktmacht in de telecomsector; een mooie bijdrage voor liefhebbers van het onderwerp. Marit van der Pool schrijft over de exhibitieplicht in civiele mededingingszaken, een onderwerp dat bij de toename van bodemprocedures ter verkrijgen van schadevergoeding gestaag aan belang toeneemt. Marcel Canoy schrijft een prikkelende column over perspectieven voor het mededingingstoezicht op de farmaceutische sector, waaruit en passant blijkt dat zijn ervaringen als ambtenaar anders gekleurd zijn dan die als particulier consultant. Elsbeth Beumer schrijft een lezenswaardige annotatie bij het arrest van het Hof van Justitie in hogere voorziening in de GSK-zaak (waarin het gaat om de vraag hoe maatregelen ter beteugeling van parallelhandel moeten worden beoordeeld onder het kartelverbod). Pierre Bos verrast de lezer met een diepgravende verhandeling over het eerste toezeggingenbesluit van de NMa in een kartelzaak (het gaat over kinderopvang). En tot slot wisten Paul Lugard en Pepijn van Ginneken op de valreep nog een annotatie aan te leveren over de roemruchte *Intel*-beschikking van de Commissie. De redactie wenst u veel leesplezier.