

Ontwikkelingen Mededingingsrecht

Mededingingsbeleid en mededingingsrecht

Inleiding

Onrustige tijden, vaste bakens vallen weg: niet voorzitter ACM, maar een jurist uit het verre Luxemburg

Scharniermoment bij ACM: wisseling van de wacht, moment om stil te staan bij de marges waarbinnen de ACM moet opereren. Wat is nu eigenlijk de ruimte die de ACM heeft om haar beleid te bepalen?

De mededingingsjurist is geneigd die vraag te beantwoorden met de vaststelling dat de ACM het recht moet toepassen, te weten het recht zoals dat in wet en regelgeving staat en uitgelegd wordt door de nationale en Europese rechter. Zonder toepassingsbesluiten zou er geen beleid zijn.

Te simplistisch.

- Andere juristen, en in het bijzonder de bestuursrechtjuristen, zullen hen er op wijzen dat het niet aan de rechter is om op de “stoel van het bestuur” te gaan zitten en dat het aan de ACM is om haar beleid te bepalen en dat de bestuursrechter zich moet beperken tot het controleren van de rechtmatigheid van het genomen besluit of van de beslissing om juist niet een besluit te nemen
- Anderzijds, heb je ook Europeesrechtelijke juristen, die wellicht wat minder coulant zijn ten opzichte van de beleidsvrijheid die de ACM zou kunnen hebben. De ACM zou het EU recht moeten toepassen zoals door de Europese regelgeving, de EC en het HvJ bepaald, niet alleen bij de directe toepassing o.g.v. artikel 3 Verordening 1/2003, maar ook in zuiver nationale verhoudingen via de vrijwillige begripsmatige “onderwerping” voorzien in artikel 1 MW.
- En dan zijn er ook nog de economen, die wederom een andere invalshoek hebben en die zullen vinden dat het recht voldoende plooibaar moet zijn om, zowel in beleidsregels als in individuele gevallen, economische doelstellingen na te streven, althans die doelstellingen die op voldoende consensus kunnen rekenen (“mainstream economics”)
- En soms is er gewoon nog geen recht. De economische en technologische ontwikkelingen gaan dermate snel dat niet alleen de juristen, maar ook de beleidsmaker achter de feiten dreigen aan te hollen.
- Tenslotte zijn er nog enkelen, waaronder presidenten van grootmachten, die vinden dat de toepassing van het mededingingsrecht politiek is (Google zaak).

Uit deze opsomming blijkt dat de grenzen tussen politiek, beleid en recht niet zo eenvoudig te trekken zijn. Het is een nogal schimmig geheel. Ik hoop het vanochtend nog onduidelijker te maken.

Daarbij ga ik uit van drie grote denkcategorieën:

- Mededingingspolitiek :
 - Het bepalen van het wettelijke en institutionele kader. Het invoeren van een mededingingswet of de combinatie van verschillende functies binnen één organisatie).
 - Op Europees niveau, valt het versterken van de bevoegdheden van de nationale mededingingsautoriteiten typisch binnen deze categorie.
 - Maar ook, kleinere onderwerpen, zoals het inbouwen of inkaderen van uitzonderingen op de mededingingsregels (artikel 7 Mw).
 - De ACM heeft daar weinig vat op. Het is voor haar een gegeven dat zij wellicht in het wetgevend voortraject kan beïnvloeden, maar waaraan zij zich dient te onderwerpen.
 - In mijn relaas zal ik niet op deze grote “politiek” ingaan. Het is doorgaans een gegeven voor het bestuursorgaan. Maar toch niet zonder praktisch belang bij het aansturen van het beleid. Met name op Europees niveau wordt bij interpretatie van de regels uitgegaan van het doel van de regels, de zogeheten teleologische benadering. Het mededingingsbeleid en het recht worden dan vanuit de doelstellingen gestuurd.
 - Nu, over die doelstellingen kunnen boekenkasten vol geschreven worden. Voor zover mijn opvatting in deze terzake doet, heb ik een nog eclecticische benadering. Het gaat om de totstandkoming en het functioneren van de interne markt. Het bevorderen van de consumenten welvaart behoort tot die doelstellingen, zoals we vorig jaar in de zaak Intel hebben kunnen lezen, maar, zo leert ons de zaak GSK, het bevorderen van de interne markt gaat voor als deze doelstellingen blijkt te conflicteren met het bevorderen van consumenten welvaart. De vraag is natuurlijk wel of de ACM aan die Europese doelstellingen gebonden is. Ik merk in dat verband op dat het begrip mededingingsbeperking niet voorkomt in de lijst van artikel 1 MW en de vraag of nu iets mededingingsbeperkend is of niet is toch vaak de cruciale vraag.
 - Tot zo ver, de grote politiek.
- Mededingingsbeleid :
 - Het gaat daarbij om het formeel of informeel geven van duiding waarop men zijn wettelijke taak invulling wil gaan geven. Ik denk dat aan het bepalen van prioriteiten, het uitstippelen van richtsnoeren over de wijze waarop men bepaalde onderwerpen gaat aanpakken (boeterichtsnoeren) of tegen bepaal de sectoren aankijkt (marktonderzoeken). Dit is het terrein waarop de ACM zich de afgelopen jaren met grote overgave heeft begeven. De scans, monitoren, richtsnoeren en visiedocumenten zijn amper meer te tellen.

- Mededingingsrecht :
 - De wet en regelgeving zoals die uit politiek en beleid voortvloeien alsmede de wijze waarop het beleid is toegepast en, in voorkomend geval, rechterlijk is getoetst. Hier is ons gezelschap waarschijnlijk op bekend terrein, een terrein, waarop, volgens de kritiek, de ACM zich nu slechts schoorvoetend begeeft.

Anders dan de titel in het officiële programma doet veronderstellen, zal ik mij hoofdzakelijk richten op de wisselwerking tussen beleid en recht. Ik stel voor dat als volgt te doen.

In het eerste deel van mijn toespraak ga ik in op de toespraken die Chris Fonteijn, de voormalige voorzitter van de ACM, de afgelopen vier jaar tijdens dit congres heeft gehouden (2014-2017). Een geheel neutrale weergave van zijn wijze woorden, zal het niet zijn.

In het tweede deel van mijn relaas, zal ik, mijn eveneens subjectieve visie geven op de grenzen en moeilijkheden waarop de nieuwe voorzitter, Martijn Snoep, wellicht zal stuiten, in zijn nieuwe functie.

Thema's afgelopen jaren

Weinig over de grote **politiek**: in Nederlandse verhoudingen zaak van de regering en parlement.

Wel zeer veel over het **beleid**. Drie aspecten die mij zijn opgevallen

Ten **eerste**, de nadruk op de effectiviteit van de organisatie *“in onze organisatie staat effectiviteit centraal”* met daarop volgend de vraag hoe men *het succes van een organisatie kan meten*.

- fit for purpose in een VUCA (volatile, uncertain, complex and ambiguous) wereld
 - De context waarbinnen de ACM moet opereren is inderdaad niet mis. Alles beweegt, de technologie, de gedragingen en de wijze waarop men aankijkt tegen publieke belangen
- ratings van de GCLR
- verweer tegen het verwijt dat er niet voldoende output zou zijn

Ten **tweede**, gedragsbeïnvloeding : *“sturen op duurzame gedragsverandering”*

- Advocacy
- Informeren : Geven van duiding:
 - bijvoorbeeld visiedocument mededinging en duurzaamheid
 - Monitoren

Ten **derde** het stellen van prioriteiten

- Ontwijken van het nemen van formele besluiten, nadruk op toezeggingen en schikkingen
- Afstemming in Europa, bij voorbeeld op gebied van booking sites

Het **harde recht**

Harde besluiten

- Nalopen van fusiezaken: in de zorg
- Kartels: ook weer toezeggingen

- Misbruikzaak NS,

Rechterlijke uitspraken :

- Nationale uitspraken “ACM kan daarvan leren”, JV 2017 “*De uitspraken van de rechter geven ons inzichten die ons helpen onze effectiviteit te verbeteren*”. maar ook precedentswerking
- Europese uitspraken, worden met iets meer ontzag besproken als het wet- of regelgeving betreft, Coty, FNV, Intel (2017)

Conclusie :

- zeer bestuursmatige analyse van het beleid
- enige scepsis ten opzichte van het nemen van harde besluiten, of, anders gezegd, de gedachte dat met andere middelen met algemenere strekking (“tools” uit de tool box)
- moeilijk om daarover te oordelen; bijv. visiedocument over duurzaamheid een innovatief stuk dat wellicht een bredere draagwijdte heeft dan een individueel besluit

Uitdagingen voor de komende jaren

Drie uitdagingen

De eerste betreft de politieke **keuze van de samenvoeging**

ACM grote organisatie (574): vele functies strekkende van consumenten recht, zorg, regulering en ook nog eens het klassieke mededingingsrecht

- Directie mededinging is slechts één van de vijf operationele directies
- Objectieve voordelen :
 - Gebruik van know how
 - Stroomlijning in het beleid: zorg, havens
- Maar ook mogelijke nadelen
 - Vermenging van functies: inzetten van het ene beleidsinstrument als het andere niet werkt
 - Focus in de keuze van beleidsinstrument: direct ingrijpen via tarieven en consumentenrecht

Wat rolt er nu concreet uit die grote organisatie op mededingingsrechtelijk gebied ?

JV 2017:

- Cijfers,
 - 21 afgerond (waaronder Markt en Overheid): 1 last onder dwangsom, 13 ander instrument, 6 stopzetting zonder interventie, 1 verwijzing naar andere autoriteit
 - Zonder Markt en Overheid 3
- Weinig kwantitatief, maar wellicht toch interessant, kijkje van dichtbij
 - beboeting 5 importeurs van accu's (16 m),
 - bijgedragen aan eerlijk speelveld Schiphol,
 - concurrentiebelemmeringen in zorgverzekeringsmarkt aangekaart, (consumentenrecht)
 - aandacht gevraagd voor risico's die samenhangen met fintechs ,
 - duidelijkheid gegeven over de toepassing van de concurrentieregels voor zzp'ers,
 - aangegeven onder welke voorwaarden ziekenhuistarieven openbaar kunnen zijn.

- Zaak NS, 41 miljoen
- Aanpassing van besluit in betonmortelsector van 2016
- Niet ingaan op handhavingsverzoek betreffende doorgeven van Eredivisie
- Starten enkele onderzoeken
- Concentratiecontrole (zorg), 103 goedkeuringsbesluiten, 1 vergunningsaanvraag en 2 besluiten op vergunningsaanvraag

Resultaat :

- Buiten concentratiecontrole effectief drie handhavingsbesluiten, waaronder twee zware.
- Rest is informeel beleid
- Totale opbrengst voor de maatschappij 250 miljoen en doorwerking eerdere besluiten 230 miljoen.

Mooi, maar is het de vraag of deze cijfers overtuigen vanuit EU optiek. De ontwerp-richtlijn over NMA's en met name Hoofdstuk V daarvan gaat er ook vanuit dat die autoriteiten kunnen bijten

Deze opmerking brengt bij het tweede thema : **Europa**, twee kwesties

- **Inbedding** in netwerken op vele gebieden (Energie, TC en ECN):
 - werkverdeling is mooi, maar gevaar voor marginalisatie als een organisatie niet meer het voortouw neemt
 - vergelijking met BMA (minder dan 50 mensen): 12 onderzoeken, 2 boetebesluiten, 30 concentratiezaken, geschatte maatschappelijke opbrengst 2017, 378 miljoen. (overigens ook vermeldingen van het aantal tussenkomsten in nationale procedures)
- ACM is, evenals de EC, volger van de **EU rechtspraak** over mededinging, twee vaststellingen
 - Niet altijd in de pas met wat NL wil: ruimte voor niet-economische doelstellingen en het kartelverbod (Pavlov en Wouters)
 - Afgelopen vijf jaar (2013-2018) geen prejudiciële zaak uit NL: tijd daarvoor anders, zie ook T-Mobile)

Het derde thema betreft de **rechter**

- Geen onderzoek naar het vernietigingspercentage: komt mij voor dat dat bij de ACM relatief hoog is

- NL onderdeel van EVRM: dus ook Menarini: significante inperking van ruimte om eigen boetebeleid te voeren: logischerwijze komt aan de rechter het laatste woord toe bij de boetevaststelling
- Andere stroom rechtspraak ; civiele handhaving: follow on claims, maar ook ruimte voor zelfstandige zaken: eigen dynamiek. Ik verwijs bijvoorbeeld naar de wijze waarop *de minimis* bepaling door de NL rechters wordt geïnterpreteerd. Aldus, is er een zelfstandige civielrechtelijke dynamiek ontstaan die zich langs of over het hoofd van de toezichthouder voltrekt.
- OK, zal men kunnen zeggen met het voeren van informeel beleid onttrekt de ACM zich aan de greep van de rechter.
 - Harde besluiten zouden niet nodig zijn, duiding en fronsende wenkbrauwen in achterkamertjes zouden kunnen volstaan Niet zonder problemen,
 - Hoe zit het met de positie van de klager die een handhavingsverzoek heeft ingediend. Is er niet zoets als een handhavingsplicht? De ACM mag prioriteiten stellen, maar het afwijzen van klachten is niet geheel onttrokken aan rechterlijk toezicht.
 - Hoe streng de toezichthouder ook kan kijken, als hij nimmer bijt, wordt hij op den duur niet meer serieus genomen.

Conclusies:

Bestuursmatige aanpak uit het verleden heeft zijn verworvenheden. Het lijkt me van belang dat die behouden blijven.

- Scans en monitoren worden wel degelijk gevolgd (eigen ervaring).
- Verder gaan met innovatieve documenten

Noodzaak om in te spelen op een risico. Te weten een zekere marginalisering van de ACM op mededingingsrechtelijk gebied

- Interne marginalisatie :
 - Wederom de focus op één van de oude poten van de ACM (te weten de NMa, naast OPTA)
- Een marginalisatie in Europees verband: binnen de ECN, volger of trendsetter
 - Ratings in tijdschriften doen hier niet ter zake: niet de verpakking maar de inhoud dient te gleden
- Marginalisatie ten opzichte van de rechter

- Boetevaststelling
- Rechtsontwikkelingen in Nederland en Europa waar ACM niet meer bij betrokken lijkt
- Marginalisatie ten opzichte van het bedrijfsleven en zijn raadsleden : men moet serieus genomen worden.
 - De situatie dat de regulator zich genoopt voelt om zich te verantwoorden over een vermeend of reëel gebrek aan output lijkt mij niet gezond.

Maar laten we niet te somber kijken. Ik zie slechts een risico van marginalisatie en ik weet zeker dat de ACM het niet zal laten gebeuren dat dit risico werkelijkheid wordt. Gelet op de expertise en haar twintigjarige trackrecord is dat inderdaad niet waarschijnlijk.

Het heroriënteren van een organisatie van 550 mensen is niet altijd eenvoudig.

Woord van aanmoediging aan de nieuwe voorzitter