



De beëindiging van het kartelparadijs

Auteur(s):Bergeijk, P.A.G.
Godfried, H.M.*De eerste auteur is verbonden aan de NMa een aan de OCFEB. De tweede auteur is werkzaam bij de DTe***Verschenen in:**

ESB, 87e jaargang, nr. 4351, pagina 204, 15 maart 2002

Rubriek:**Trefwoord(en):**

De anti-kartelwetgeving in Nederland heeft een belangrijke innovatie ondergaan. Sinds kort kunnen deelnemers aan een kartel zich melden bij de Nederlandse mededingingsautoriteit in ruil voor boetevermindering. Door deze klikprikkel worden kartels naar verwachting aanmerkelijk instabieler. De nieuwe regelgeving wordt in dit artikel economisch onderbouwd en vergeleken met clementieregelingen in het buitenland.

Decennialang overheerste in Nederland de opinie dat kartelvorming geen probleem was. In onze open economie zou voldoende disciplinerende werking uitgaan van internationale concurrentiedruk ¹. Langdurig bestaande kartels leken onwaarschijnlijk, omdat karteldeelnemers sterke financiële prikkels zouden hebben de kartelovereenkomst te ontduiken om de eigen winst te vergroten en omdat bovenmatige kartelwinst toetreding uitlokt ². Vaderlandse vriendelijkheid jegens mededingingsbeperkende activiteiten was mede gegrond op de overtuiging dat louter de allocatieverstoring ('deadweight loss') een welvaartseconomische schadepost vormt, aangezien de door afnemers ondervonden schade (vrijwel de gehele daling van het consumentensurplus) grotendeels samenvalt met het toenemende producentensurplus (de spiegelbeeldige kartelwinst) ³. Het Nederlandse mededingingsregime reflecteerde deze opvattingen: het officiële kartelregister bevatte honderden kartelovereenkomsten ⁴.

In 1998 kwam het tot ingrijpende institutionele wijzigingen, waaronder de oprichting van onafhankelijke markttoezichthouders en het invoeren van een kartel-verbodsregime. Mededingingsbeperkende activiteiten zijn nu principieel verboden, tenzij ze aantoonbare betekenisvolle doelmatigheidswinsten opleveren. Hierbij speelde de juridisch geïnspireerde wens aansluiting te zoeken bij de systematiek van het Europese mededingingsregime. Bovenal dwongen drie economische feiten de beleidswijziging af. De Nederlandse marktwerking week meetbaar negatief af van andere Europese landen, hetgeen ruwweg een half procentpunt minder bbp-groei per jaar tot gevolg had ⁵. Langdurige, stabiele kartels bleken een empirisch gegeven (zie [tabel 1](#)). Tenslotte groeide het empirische bewijs dat de allocatieverstoring niet verwaarloosbaar was, maar in voorkomende gevallen opliep tot zo'n tien procent ⁶. De naïeve gedachte dat een dalend consumentensurplus wordt gecompenseerd door een toenemend producentensurplus van karteldeelnemers werd verlaten, omdat het belang werd onderkend van de ondubbelzinnige welvaartsverliezen van rent-seeking, die waren gericht op het bereiken van (semi-) monopolieposities ⁷.

Tabel 1. Aantallen in Europa en de VS vervolgde internationale kartels (jaren negentig)

levensduur (jaren)	aantal kartels	percentage
0-2	11	31
3-5	13	36
6-10	7	19
10-20	5	14
<i>totaal</i>	<i>36</i>	<i>100</i>

Bron: S.J. Evenett, e.a., International cartel enforcement, World Economy, te verschijnen.

Met de nieuwe instituties en wetgeving werd aan noodzakelijke voorwaarden voor de bestrijding van de negatieve welvaartseffecten van kartelvorming voldaan. De wetgever liet echter ruimte voor invulling en ontwikkeling van opsporings- en handhavinginstrumenten. In dit artikel bekijken we één van die niet volledig ingevulde vlekken, namelijk het boetebeleid en het daaraan gerelateerde clementiebeleid. We kiezen daarbij een strikt economische invalshoek, omdat er geen rechtsgebied is waar overtredingen zo sterk op het economische voordeel zijn gebaseerd en omdat het boetebeleid de enige prikkel oplevert om af te zien van kartelvorming.

De optimale boete is niet maximaal

Het opleggen van boetes vereist vooral juridische afwegingen, maar de economische theorie levert inzichten over de vormgeving van de preventieve prikkels van het boetebeleid. Bepalend is de verwachte opbrengst van een wetsovertreding. Een boetedreiging werkt preventief indien de (potentiële) wetsovertreder het verwachte nut bij wetsovertreding lager waardeert dan het door hem verwachte nut van maatschappelijk gewenst gedrag. De hoogte van de boete, de subjectief ingeschatte waarschijnlijkheid van opsporing en

veroordeling, de risicopreferentie en de mogelijke opbrengsten van maatschappelijk gewenst, respectievelijk ongewenst, gedrag vormen het natuurlijke vertrekpunt voor de economische analyse. Omdat de veroordelingskans en boeteverwachting subjectieve inschattingen zijn, kan de preventieve werking van sancties niet alleen worden vergroot door het feitelijk verhogen van de veroordelingskans of de boetes, maar ook door beïnvloeding van verwachtingen. Deze verwachtingen zijn niet gegeven, maar afhankelijk van de reputatie van de mededingingsautoriteit en gebaseerd op een stabiele, doelgerichte handhaving en een consequente en voorspelbare sanctiepraktijk. Ondernemingen leren van eerdere procedures hoe effectief de toezichthouder is, hoe hij reageert en hoe hij zijn opsporingsactiviteiten verricht. Daardoor zijn leereffecten onlosmakelijk verbonden aan het doelmatig bewerkstelligen van generale preventie⁸.

Een tweede economische invalshoek is de maatschappelijke doelmatigheid van het opsporingsbeleid. Daarbij staat de afruil tussen de maatschappelijke schade van kartelvorming en de kosten van opsporing en vervolging centraal: een mededingingsautoriteit moet alleen tot onderzoek en vervolging overgaan indien het welvaartsverlies van een kartel de kosten van handhaving overtreft of er moeten bijkomende baten zijn, zoals grotere preventie⁹. Recente inzichten betekenen een breuk met de oorspronkelijke analyse van Becker. Hij beredeneerde dat het boetemaximum altijd moet worden opgelegd, omdat de generale preventie dan maximaal zou zijn en maatschappelijke kosten konden worden beperkt terzake van opsporing, onderzoek en hechtenis. Deze worden immers met versturende belastingheffing gefinancierd, terwijl boetes lump-sumtaxes zijn¹⁰. Becker's beleidsrecept behelsde verder boetes op ondernemingen en niet op werknemers (agenten) te richten, omdat de onderneming verantwoordelijk is en omdat het gedrag van de agenten kostenefficiënt kan monitoren, normen stelt en verantwoordelijkheden toewijst.

Nuancering

Dit handhavingsrecept behoeft op drie punten nuancering. De concentratie op risiconeutrale beslissers negeert dat risico-averse beslissers met kleinere boetes worden bijgestuurd terwijl risicoliefhebbers zelfs door maximale boetes niet worden afgeschrikt. Zulke individuele karakteristieken verdienen nadere aandacht¹¹. Het onderkennen van verschillende risicopreferenties stelt ook de aansprakelijkheid van bestuurders in een ander licht. Men mag verwachten dat bestuurders een grotere mate van risico-aversie aan de dag leggen en eerder van overwogen overtredingen afzien indien sancties hen zelf direct raken¹².

Ten tweede onderkent dit recept à la Becker onvoldoende dat een maximaal boetedreigement, indien het wordt geëffectueerd, het paard achter de wagen kan spannen, omdat een faillissement leidt tot afname van het aantal marktpartijen en derhalve de concurrentie kan beperken. Empirisch blijken dergelijke overwegingen belangrijk in de boetepraktijk, ook al betekent dergelijke terughoudendheid bij de boetebepaling dat de afschrikwekkende werking van sancties voor bedrijven op de rand van een faillissement afneemt omdat zij weinig te verliezen hebben¹³. Bovendien is de subjectieve inschatting van de veroordelingskans deels afhankelijk van de hoogte van het boetedreigement. Indien ondernemingen het boetedreigement onrealistisch hoog vinden, zullen zij hun inschatting van de veroordelingskans neerwaarts bijstellen en daarom kan een te hoog boetedreigement contraproductief werken.

Ten derde zijn zeer hoge boetedreigementen niet altijd doelmatig, omdat ook gedragingen worden ontmoedigd die geen mededingingsbeperking zijn, bijvoorbeeld wanneer ondernemingen vrezen dat deze wel als zodanig worden geïnterpreteerd. Een voorbeeld is het doorgeven van een kostprijsverlaging door een dominante onderneming die kan worden gezien als het ontmoedigen van toetreding. Boetes kunnen dus te hoog zijn en in het algemeen zal de optimale boete niet de maximale boete zijn.

Het is een ervaringsfeit dat een te sterke inzet van instrumenten resulteert in negatieve meeropbrengsten. De implicatie is dat boetes voldoende hoog moeten zijn om pakkans en veroordelingskans te verdisconteren, maar het opleggen van de binnen de wettelijke regelingen maximaal mogelijke boete is slechts in uitzonderingssituaties optimaal.

Vertaling in de Nederlandse boeterichtlijnen

De Mededingingswet is (net als de Europese regelgeving waarop zij is gebaseerd) in hoge mate consistent met Beckers oorspronkelijke analyse: bedrijven en niet hun bestuurders worden strafbaar gesteld bij wetsovertredingen en er is relatief veel ruimte om zeer hoge boetes op te leggen (zie tabel 2). De wetgever heeft destijds slechts een eerste indicatie gegeven hoe de NMa onder de paraplu van dit boetemaximum tot een adequate, evenredige en consistente boetetoemeting moet komen. Deze inherente onzekerheid versterkt de preventieve werking van het boetebeleid bepaald niet. In dit licht moet de recente concretisering van het boetebeleid van de NMa worden gezien¹⁵. De *Richt snoeren boetetoemeting* leggen een directe, economisch relevante relatie met de betrokken omzet (die met mededingingsbeperkende activiteiten is gegenereerd, beïnvloed of beschermd) en sluiten aan bij het internationale ervaringsfeit dat een boete twee tot drie maal zo hoog moet zijn als het verwachte voordeel van wetsovertreding. Daarmee leggen zij de basis voor een geloofwaardige prikkelstructuur die naleving van de Mededingingswet bevordert. Deze preventieve werking wordt verder versterkt door de clementieregeling die vorige week in een consultatieprocedure is gepresenteerd.

Tabel 2. Sanctiemaximum kartelwetgeving, OESO-landen eind jaren negentig

	bedrijven	personen	
	boetemaximum (in mln. euro of in procenten van de omzet)	boetes (mln. euro)	gevangenisstraf (jaren)
Australië	6	0,3	
Canada	7	0,7	5
Denemarken	onbegrensd		
Duitsland	0,5 ^b	1,8	5
Europese Unie	10% ^a		
Finland	10% ^a		
Frankrijk	5%	1,5	
Ierland	10%	3,8	2
Italië	10% ^c		
Japan	6% ^{c,d}	0,04	3

Nederland	10% a		
Nieuw-Zeeland	5b	0,3	
Noorwegen	onbegrensd	onbegrensd	
Spanje	10%		
Verenigd Koninkrijk	10% d		
Verenigde Staten	11b	0,4 b	3
Zweden	10%		

Legenda: a. wereldwijd, b. indien meer: een veelvoud van de kartelwinst, c. betrokken omzet, d. beperkt tot drie jaar
Bronnen: diverse nationale bronnen, tegen actuele wisselkoersen geconverteerd.

Clementieregelingen

Een clementieprogramma ('leniency') stimuleert bedrijven tot zelfrapportage door boete-immuniteit en boetevermindering om zo het kartelonderzoek te versnellen. De economische motivatie is dat ook onvermoede kartels daardoor (sneller) kunnen worden beëindigd en de maatschappelijke schade wordt teruggedrongen (de uitvoeringskosten van een clementieregeling vormen geen relevante kostenpost). In essentie reduceert een zelfmeldregeling het verwachte nut van wetsovertreding. Karteldeelnemers krijgen een sterke additionele prikkel de kartelovereenkomst te beëindigen, waardoor de risico's van detectie en veroordeling toenemen. In economische zin zijn er dus duidelijke, betekenisvolle verschillen met een justitiële schikking, die louter bedoeld lijkt om de juridische procedure te versnellen of de kosten daarvan te beperken¹⁶.

Bij het ontwerpen van een clementieregeling zijn de verschillende economische effecten van 'klikprikkel' belangrijk¹⁷. Diverse factoren beïnvloeden bedrijven in herhaalde gevangenendilemma's: toekomstige kartelwinsten, boetes en boetereducties. Enerzijds prikkelen boetereducties tot zelfmelding. Tegelijkertijd beïnvloedt de impliciet lagere verwachte boete de calculatie om kartellid te blijven. De boetereductie mag niet aan alle karteldeelnemers worden gegeven, omdat dan het afschrikwekkende effect van de boete afneemt. In het extreme, theoretische voorbeeld waarin alle kartelliden amnestie ontvangen, zouden zij de boete ontlopen door bij het eerste teken van een opsporingsonderzoek te bekennen, terwijl kartelwinsten binnenstromen zolang het kartel verborgen blijft.

De verdeling van de boetereductie over de leden van een kartel kan in theorie op verschillende manieren gebeuren, maar de tot nu toe ontwikkelde modellen geven onvoldoende aanwijzing over de verdeling die leidt tot optimale preventie. Dat is ook begrijpelijk, gezien de theoretische mogelijkheid dat een kartel niet alleen afspraken maakt over de verdeling van kartelwinsten, maar ook over de verdeling van de gezamenlijk te betalen boete. Praktisch is deze theoretische mogelijkheid echter van weinig betekenis omdat dergelijke overeenkomsten van rechtswege nietig zijn en er dus geen geloofwaardig mechanisme (anders dan maffiose afschrikkingstechnieken) is om naleving van een dergelijke overeenkomst af te dwingen.

De meeste clementieprogramma's geven alleen het eerste kartellid dat zich meldt recht op volledige boete-immuniteit. Indien amnestie slechts wordt toegekend aan de eerste zelfmelder ('first-to-confess'-voorwaarde) wordt namelijk een race naar de autoriteit verwacht: de zelfmelders pogen elkaar voor te zijn zodra de pakkans is toegenomen, dan wel zodra de indruk bestaat dat een ander kartellid zichzelf zal melden. Ook als een onderzoek reeds is gestart, blijft het nuttig (gedeeltelijke) boetereductie te verlenen omdat dit de veroordelingskans positief beïnvloedt. Bij exogene veranderingen (zoals aankondiging van een onderzoek of een bestuurswisseling) kan de verwachte kartelwinst plots wegsmelten en wordt zelfmelden aantrekkelijk. Dit wil niet zeggen dat onder een clementieregime geen kartels kunnen voorkomen. Wel is duidelijk, dat de uitkomstenruimte door een clementieregeling structureel verandert, waarbij het aantal stabiele kartel-evenwichten betekenisvol afneemt.

In de literatuur wordt ook ingegaan op de geloofwaardigheid van de boetereductie. In een institutionele inrichting van het juridische apparaat, waarin onderzoekers, vervolgers en rechtbanken gescheiden zijn, is het voor kartelonderzoekers moeilijk om geloofwaardige beloftes te maken voor boetereducties. Immers, het niveau van de boete kan gemakkelijk worden verhoogd door een rechter, waardoor een in procenten uitgedrukte boetereductie minder waard wordt. Volledige strafimmuniteit is de meest geloofwaardige belofte, omdat deze verifieerbaar is.

Ervaringen met clementie

In het EU-clementieprogramma van 1996 was het alleen mogelijk om een kartellid strafuitsluiting te bieden indien de melding plaatsvond vóór de start van het onderzoek. Tevens was vereist dat materiaal "van doorslaggevend belang" werd verstrekt. Ondernemingen die het initiatief tot het kartel namen of daarin een bepalende rol speelden, waren uitgesloten. Kenmerkend was dat in het meest verstrekkende geval geen volledig zekere boetevrijstelling werd verleend. Ervaringen in de VS tonen dat ondubbelzinnigheid en transparantie essentieel zijn voor het succes van een clementieprogramma. In de VS bestaat sinds 1978 clementie voor anti-trustzaken. Een belangrijke herziening van het programma in 1993 maakte amnestie voor een kartellid mogelijk ook wanneer het onderzoek door de kartelautoriteiten reeds was opgestart, mits de aangeleverde informatie nieuw was en bijdroeg aan het rond krijgen van het bewijs. Sinds de wijziging steeg het aantal meldingen voor amnestie van gemiddeld één onderneming per jaar naar gemiddeld één per maand; in de afgelopen twee jaar is mede daardoor voor bijna anderhalf miljard euro aan boetes opgelegd¹⁸. Kortom, een goed clementieprogramma is transparant, verschaft zelfmelders zekerheid en vergroot de onzekerheid binnen het kartel. Vorige maand trok de Europese Commissie uit haar evaluatie van de ervaringen met de clementieregeling conclusies en paste zij de regeling aan zodat de eerste zelfmelder onder strikte voorwaarden volledige immuniteit wordt verstrekt¹⁹.

Clementie in Nederland

Ook de clementieregeling die de NMa onlangs in het kader van een consultatieproces publiceerde, sluit nauw aan bij de Amerikaanse sleutelfactoren voor succes. Een belangrijke sleutelfactor is dat, onder strikte voorwaarden, de eerste aanmelder recht heeft op boetekwijtschelding: aan een onderneming die geen kartelleider was wordt volledige immuniteit geboden. De tweede zelfmelder krijgt, afhankelijk van de kwaliteit van het geleverde bewijs, in de voorziene regeling gedeeltelijke boetereductie omdat door een tweede zelfmelding de bewijskracht toeneemt. Een bijzondere behandeling is voorzien voor kartelleiders, die men eigenlijk liever buiten de

clementieregeling wil houden. Men kan kartelleiders echter niet volledig uitsluiten omdat daardoor kartelvorming in duopolies zou worden bevorderd. Het zou dan immers volkomen zeker zijn dat de kartelleider geen prikkel heeft om over te gaan tot zelfmelding, waardoor ook de tweede karteldeelneemer geen prikkel meer heeft om gebruik te maken van de clementieregeling.

De essentiële prikkels van de voorgestelde regeling zijn de transparante en controleerbare garantie van boete-immuniteit en het toenemende risico dat een kartellid door te wachten achter het net vist, hetzij omdat het zich niet als eerste meldt, hetzij omdat de NMa een onderzoek start en over steeds meer bewijs gaat beschikken (zie [tabel 3](#)).

Tabel 3. Prikkelstructuur clementie-programma NMa (kortingen op de boete)

	geen NMa-onderzoek	wel NMa-onderzoek
eerste melder	recht op boete-immuniteit	recht op 50% korting, mogelijk oplopend tot 100%
tweede melder of kartelleider	mogelijk 10-50% korting	mogelijk 10-50% korting

Tot slot

Met het nader ingevulde boetebeleid en de voorgelegde concept-clementieregeling is het institutionele einde van het kartelparadijs - voor zover mogelijk binnen de Mededingingswet - gerealiseerd. De belangrijkste reeds geboekte winst is de kartelinstabiliteit die wordt vergroot door het verhogen van de kansen op detectie en veroordeling, waardoor de verwachte levensduur en winstgevendheid (en daarmee de maatschappelijke schade) van overtredingen van de mededingingswet afnemen. Ons voormalige kartelparadijs wordt vervangen door onzekerheid over de snelheid waarmee concurrenten via de clementieregeling schoon schip maken. Voor iedere karteldeelneemer geldt onder het nieuwe regime het existentialistische credo: "De hel, dat zijn de anderen".

[14]>870204_n1

1 P.H.A.M. Verhaegen, Nederland: kartelparadijs of concurrerende regio, *ESB*, 23 september 1992, blz. 913-915.

2 G.J. Stigler, A theory of oligopoly, *Journal of Political Economy*, jrg. 72, 1964, blz. 44-61.

3 H. Harberger, Monopoly and resource allocation, *American Economic Review*, jrg. 45, 1954, blz. 77-87.

4 Hierbij is van belang dat geen strijdigheid met het vigerende E(E)G-mededingingsregime optrad en dat het kartel het handelsverkeer tussen lidstaten niet beïnvloedde.

5 R.C.G. Haffner, Marktwerking in Nederland: diagnose en consequenties, *Maandschrift Economie*, 1997, blz. 308- 327; J. van Sinderen, De kosten van economische verstarring op macroniveau, *ESB*, 1994, blz. 274-279;

6 R.C.G. Haffner, *Regulatory reform in the Netherlands*, OCFEB, Rotterdam, 1997, blz. 40-41; F.A. Hindriks, *Non-competitive rents in Dutch manufacturing*, Scales research report 9905/E, EIM, Zoetermeer, 1999.

7 Vergelijk F.M. Fisher, The social costs of monopoly and regulation: Posner reconsidered, in: M.P. Schinkel (redactie), *Microeconomics: essays in theory and applications*, Cambridge, 1999, blz. 404-410.

8 P.A.G. van Bergeijk en C. van Marrewijk, Why do sanctions need time to work?, *Economic Modelling*, 1995, blz. 75-86.

9 S. Sauom, Optimal antitrust policy under different regimes of fines, *International Journal of Industrial Organisation*, 2001, blz. 1-26.

10 G.S. Becker, Crime and punishment, *Journal of Political Economy*, jrg. 76, 1968, blz.169 - 217.

11 N. Garoupa, The theory of optimal law enforcement, *Journal of economic surveys*, jrg. 11, nr. 3, 1997, blz. 267-275; C.L.A. Bebchuk en L. Kaplow, Optimal sanction and differences in individuals' likelihood of avoiding detection, *International review of law and economics*, jrg. 13, 1993, blz. 217-224.

12 E.E.C. van Damme en F. Verboven, Het nieuwe toezicht op ondernemingen, in: H. Schenk (redactie), *Herpositionering van ondernemingen*, KVS-Preadviezen, Lemma, Utrecht, 2001, blz. 139-185.

13 C. Craycraft, Antitrust sanction and a firm's ability to pay, *Review of Industrial Organisation*, 1997, blz. 171-183.

14 Zie: B.M.J. Vermeulen en M.T.P.J. van Oers, Het NMa boetebeleid, *Markt en Mededinging*, 2002, blz. 18 -28.

15 Documenten van de NMa en de EC zijn te vinden via <http://www.nma-org.nl>.

16 In juridisch opzicht is daarnaast belangrijk dat een clementieregeling transparant en toetsbaar is en dat vastgesteld wordt dat de wet is overtreden.

17 M. Motta en M. Polo, *Leniency programs and cartel prosecution*, CEPR discussion papers, nr. 2349, 2000; G. Spagnolo, *Optimal leniency programs*, Fond. Mattei, Milaan, 2000.

18 J.M. Griffin, *An inside look at a cartel at work*, OECD Global forum on competition, OESO, Parijs, 2002.

19 *Mededeling betreffende immunititeit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken*, Publicatieblad van de EG, C 45, 19 februari 2002, blz. 3-5.