



De Mededingingswet in de praktijk

Auteur(s):

Biesheuvel, M.B.W.

Advocaat bij de Brauw Blackstone Westbroek te Den Haag.

Verschenen in:

ESB, 84e jaargang, nr. 4213, pagina 532, 16 juli 1999

Rubriek:

Eén jaar NMa

Trefwoord(en):

nma

Eén jaar NMa

De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) is nu één jaar in functie. Op 29 april organiseerde de economen van CentER en de juristen van het Schoordijk Instituut in Tilburg een congres waarop het functioneren van de NMa kritisch tegen het licht werd gehouden. Drie artikelen in dit themagedeelte van ESB zijn gebaseerd op de bijdragen aan dit congres van de econoom [Eric van Damme](#), de beleidsmaker [Sweder van Wijnbergen](#) en de advocaat Mark Biesheuvel.

Observaties vanuit de juridische praktijk leren dat de controle op concentraties van bedrijven door de NMa succesvol verloopt. Het toezicht op kartelvorming heeft echter last van kinderziekten. Een gevaar is hier dat de NMa als regulator op gaat treden, terwijl ze dat niet is.

Of men nu de kranten openslaat of de juridische vakliteratuur, de meeste commentaren over de Mededingingswet en de NMa stralen een zekere tevredenheid uit; in elk geval geen ontevredenheid. Maar wat zijn die krantenberichten en de commentaren in juridische vakbladen nu eigenlijk waard? En nog algemener: hoe stel je als jurist eigenlijk vast of de NMa het goed, minder goed of slecht doet? Zijn daar objectieve maatstaven voor?

Onvolwassen mededingingscultuur

Kranten zijn in dit verband maar van beperkte betekenis. De meeste krantenberichten zijn ofwel feitelijk, erg op een bepaalde zaak gericht en naar het oordeel van de direct betrokken partijen vaak niet juist of onvolledig, ofwel voortvloeijsels van interviews met bijvoorbeeld NMa-directeur Kist die, laat dat ook gezegd zijn, de NMa naar buiten toe goed heeft verkocht. Voor een antwoord op de vraag of de NMa het goed of slecht doet, zijn kranten dan ook geen goede bron.

Nu zijn juristen gewend met andere bronnen te werken, zoals de vakliteratuur en de rechtspraak. Maar ook die helpen ons weinig verder. Binnen de vakliteratuur valt op dat de meeste commentaren afkomstig zijn van advocaten die zelf een mededingingspraktijk hebben en die niet vrij kunnen schrijven over zaken waarbij zij zelf betrokken zijn. Ook valt soms een zekere stroperigheid in deze commentaren op, waaraan niet vreemd zal zijn dat de auteurs goede betrekkingen met de NMa belangrijker vinden dan het geven van een onafhankelijk, en zondig, kritisch oordeel. Dat diskwalificeert deze auteurs niet (hooguit de redacties die hun stroperigheid plaatsen), maar heeft wel tot gevolg dat de vakliteratuur evenmin een betrouwbare bron is om een oordeel over de NMa uit te putten.

Dan zijn er natuurlijk hoogleraren, maar (ook) op het gebied van het mededingingsrecht valt op dat enkele van hen het bord linzen verkocht hebben aan de eigen advies-BV, dan wel ook in deeltijd advocaat zijn of zich op andere wijze hebben geblokkeerd, bijvoorbeeld door adviseur te worden van de NMa. Niets ten nadele van deze adviseurs - het is goed dat de NMa zich van meet af van externe adviseurs heeft voorzien -, maar onafhankelijk en vrij deelnemen aan het wetenschappelijk debat, waarbij over van alles en nog wat een kritisch oordeel wordt gegeven, kunnen (ook) zij niet meer.

Het is misschien vreemd om deze bijdrage vanuit de rechtspraak zo te beginnen, maar het leek mij relevant om vast te stellen dat Nederland een betrekkelijk onvolwassen mededingingscultuur heeft; het ontbreekt Nederland aan een echt onafhankelijk forum waar open en kritisch gedebatteerd wordt over mededingingsrecht en over het functioneren van de NMa.

Dan hebben wij, zult U zeggen, altijd nog de rechtspraak. Ook die is doorgaans een relevante graadmeter: als van een instantie veel, regelmatig of zelden besluiten gecorrigeerd of vernietigd worden, zegt dat iets over het functioneren van die instantie. Maar op het terrein van de Mededingingswet en de NMa laat ook deze bron ons in de steek: er wordt nauwelijks geprocedeerd. Dat geldt zeker voor concentratiezaken, maar in belangrijke mate ook voor ontheffingsprocedures, waar overigens de verplichte bezwaarprocedure de toegang naar de rechter belemmert: het aantal ondernemingen of organisaties dat na een ontheffingsprocedure van zeg acht maanden en een bezwaarprocedure van nog eens twee à vier maanden naar de rechter stapt, is maar zeer beperkt. De meeste ondernemingen hebben haast, willen linksaf of rechtsaf, en als linksaf niet mag, gaan zij rechtsaf of andersom. Eenmaal rechtsaf geslagen hebben zij niet snel belangstelling voor het uitlokken van een rechterlijk oordeel over de vraag of de NMa nu wel of niet terecht de andere optie geblokkeerd

heeft.

Wie zou menen dat de NMa goed functioneert omdat er zo weinig besluiten vernietigd of gecorrigeerd worden, doet aan struisvogelpolitiek. Feitelijk gezien staat het functioneren van de nma niet echt, en zeker niet frequent, onder rechterlijk toezicht.

Noch aan de hand van de vakliteratuur, noch op basis van rechtspraak kan dus op dit moment met een zekere objectiviteit worden vastgesteld of de NMa het goed of slecht doet. Betekent dit nu dat er over één jaar Mededingingswet en de nma niets te zeggen valt? Natuurlijk wel. Zij het dat daarbij ook rekening gehouden moet worden met het feit dat elke nieuwe organisatie, en dus ook de NMa, aanloopproblemen en kinderziektes heeft. Voor een oordeel, ook vanuit de praktijk, zal men daarvan enigszins afstand moeten nemen.

Concentratietoezicht succesvol

Dan zou mijn eerste observatie zijn dat CoCo (concentratiecontrole, de concentratieafdeling van de NMa) een succes is gebleken. De cynici die van meet af hun twijfel hebben uitgesproken of zo'n klein land als Nederland ("een middelgroot Europees land", volgens de Memorie van Toelichting bij de Mededingingswet) wel voldoende expertise en mankracht kon mobiliseren om adequaat concentratietoezicht uit te oefenen, zijn - als je op het eerste jaar afgaat - in het ongelijk gesteld. Dat kan kennelijk wel. Ongetwijfeld is over deze of gene beslissing discussie mogelijk, maar door de bank genomen heeft CoCo een goed en succesvol jaar achter de rug. De afdeling is bovendien betrekkelijk open, gaat informele contacten niet uit de weg en maakt een goed georganiseerde indruk.

(Te) veel concentraties

Dat in circa 95% van de in 1998 behandelde 154 concentratiezaken meteen in de eerste fase, binnen vier weken, vonnis is gewezen en slechts in 5% van de gevallen diepgaand onderzoek werd gedaan, betekent dat in ca. 95% van de gevallen de gang naar de NMa onnodig is gemaakt. Althans, het betekent dat veel geld, tijd en energie is besteed aan concentraties waartegen geen bezwaar bleek te bestaan. Dat is een hoog percentage. Misschien wijkt het niet wezenlijk af van de verhoudingen bij het Europese concentratietoezicht (en zeker niet bij het Amerikaanse), maar het roept wel de vraag op of het gerechtvaardigd is zoveel concentraties door een fuik te laten gaan en zoveel tijd en kosten te besteden, om slechts in vier à vijf procent van de gevallen daadwerkelijk diepgaand onderzoek in te stellen.

Dat de NMa zoveel meer concentraties te beoordelen heeft gekregen dan aanvankelijk werd ingeschat (circa 100) kan men intussen de nma niet verwijten. De omzetrempels die tot een melding dwingen liggen nu eenmaal wettelijk vast. Als het in 1998 gemelde aantal concentraties een trend blijkt die doorzet, zou de vraag onder ogen moeten worden gezien of de omzetrempels niet kunnen worden verhoogd.

Op het bord van de wetgever ligt trouwens meer huiswerk: zo moet het Nederlandse concentratietoezicht voor de structurele joint ventures op één lijn worden gebracht met het Europese systeem dat op dit punt per 1 maart 1998 gewijzigd is. Structurele joint ventures die in Brussel zijn afgehandeld, moeten in Nederland, als de Nederlandse markt daarbij betrokken is, nog steeds worden aangemeld in het kader van het kartelverbod. Het zo gekoesterde 'one shop, one stop'-beginsel geldt hier in Nederland niet.

Afwijking Europese melding

Gegeven het grote aantal concentratiezaken dat al in de eerste fase wordt afgedaan, is het onderscheid tussen een (licht) meldingsformulier en een veel zwaardere vergunningsaanvraag voor de praktijk een zegen. Daarover is in het begin veel gemopperd. Gewezen werd op het Europese systeem waarin men met één melding kan volstaan. Van de zijde van Economische Zaken is deze afwijking altijd verdedigd met het argument dat een splitsing tussen twee soorten meldingen grosso modo de lasten voor het bedrijfsleven juist verlicht. De praktijk laat zien dat dit argument juist is. Het invullen van een Europese melding is voor alle betrokken ondernemingen een niet geringe opgave. Je moet er niet aan denken dat in Nederland die exercitie in ongeveer 95% van de gevallen ook moet worden gedaan, terwijl dat helemaal niet nodig is. De enige kritiek die in de praktijk te beluisteren valt is dat CoCo/nma het lichtere meldingsregime nogal eens aanvult met het stellen van veel vragen waarvan de relevantie niet altijd in het oog springt. Aan ondernemerszijde wordt hier onderschat dat, wil de nma een 'goed gevoel' krijgen over een transactie, daarvoor allerlei achtergrondinformatie nodig is, die niet verplicht bij de melding moet worden aangedragen. Aan de nma-zijde wordt onderschat dat veel van de informatie die aanvullend wordt gevraagd, niet drukklaar voorhanden is en alleen met heel veel moeite verzameld kan worden, terwijl ondernemingen niet altijd op het verzamelen daarvan zijn ingesteld. Het zou een verbetering zijn wanneer over aanvullende vragen vooraf overleg kan plaatsvinden om vast te stellen welke informatie zinvol is en verzameld kan worden. Dat overleg vindt, afhankelijk van wie de zaak behandelt, soms ook wel plaats.

Wisselende kwaliteit ontheffingsbesluiten

Een tweede observatie is dat de ervaringen met OTO (Onderzoek, Toezicht en Opsporing), de afdeling die toezicht houdt, klachten behandelt en over ontheffingsverzoeken beslist, wisselend zijn. Dat geldt zowel voor de kwaliteit van besluiten als de wijze waarop die besluiten tot stand komen. Buitenstaanders, en daar reken ik ook advocaten en andere adviseurs toe, hebben de indruk dat er nogal wat willekeur is, omdat veel afhankelijk is van degene die een zaak behandelt. De een is open, probleemoplossend gericht en tot op zekere hoogte bereid ook informeel tussentijds naar nieuwe argumenten te luisteren. De ander is meer gesloten, formalistisch en niet erg tot dialoog bereid. De een is makkelijk bij het verlenen van toegang tot een dossier, de ander niet. De een hanteert een eng, de ander een ruim derde-belanghebbendenbegrip. De een laat eigener beweging weten wat derde partijen hebben ingediend of verteld, de ander niet, met als gevolg dat men er pas weken of maanden later achterkomt dat op basis van al dan niet juiste informatie van derden besluitvorming vergeworperd is. Dit alles is niet erg consistent en er gebeuren gewoon ook rare dingen.

Zo heeft de President van de Rechtbank Amsterdam vorig jaar een vordering afgewezen van een eisende partij die ook een klacht bij de NMa had ingediend. Daarbij heeft hij in het vonnis mede overwogen dat voor de vraag wat de relevante markt nu eigenlijk was, het oordeel van de NMa maar moest worden afgewacht. Dat mag een President in kort geding, mede met het oog op het meer of minder spoedeisende karakter van de vordering, beslissen. Maar bij de nma pakte iemand de telefoon om de President te vertellen dat hij kennelijk een vraag aan de NMa had willen stellen, en of hij die niet alsnog op papier wilde zetten. Het draaide erop uit dat de President

een brief stuurde naar de nma, die vervolgens met een informele zienswijze intervenieerde in een civiele procedure omdat haar door de President een vraag was gesteld, maar in die zienswijze onvermeld liet de President, geheel buiten de partijen om, tot het stellen van die vraag te hebben aangezet.

Misschien behoort dit tot de aanloopproblemen en kinderziektes van een nieuwe organisatie, waarin een nieuwe en enthousiaste NMa'er zich heeft vergaloppeerd, maar duidelijk is wel dat deze gang van zaken niet goed is. Zij is ook daarom niet goed, omdat, zoals eerder opgemerkt, in de praktijk van rechterlijk toezicht weinig sprake is. En dat betekent dat een toezichthouder als de nma er in bijzondere mate op gespist moet zijn dat haar procedures zorgvuldig en fair zijn.

Een ander voorbeeld betreft een klachtzaak waarin de NMa niet over de klacht als zodanig besliste, maar zich als bemiddelaar opwierp in een commercieel geschil. Op zichzelf kan voor die ongebruikelijke rol, waarvoor in de Mededingingswet geen grondslag is te vinden, om praktische redenen nog wel begrip worden opgebracht. Zeker als je bedenkt dat de NMa niet alleen een grote hoeveelheid klachten te verwerken heeft gekregen, maar ook onder druk staat om binnen korte tijd meer dan duizend ontheffingsverzoeken weg te werken. Maar het is natuurlijk niet goed om een tegenstribbelende, aangeklaagde partij die in bemiddeling weinig heil ziet, voor te houden dat als die geen bemiddeling aanvaardt, er wel eens een diepgaand onderzoek zou kunnen worden ingesteld dat veel groter en omvangrijker is dan het onderwerp van de klacht. Dat is een vorm van wapengekletter waartegen de betrokken onderneming zich absoluut niet kan verweren en waarbij ook geen rechtsgang naar de bestuursrechter openstaat. Een volwassen NMa zou zo iets niet meer moeten doen.

De wet toepassen of reguleren?

Na één jaar Mededingingswet en met de mogelijkheid in het verschiet dat de NMa een zelfstandig bestuursorgaan wordt, zou ook gediscussieerd moeten worden over de vraag wat voor toezichthouder wij nu precies willen: een instantie die de Mededingingswet toepast of één die verder gaat, en zich ook meer als een soort regulator ten aanzien van marktverhoudingen opstelt. Voorbeeld: er is een klacht geweest over de prijs van postbusdiensten van PTT post, die de NMa uiteindelijk heeft afgewezen. In dat verband heeft de NMa wel aan PTT post het verzoek voorgelegd zich bereid te verklaren gedurende twee jaar eventuele prijsverhogingen voor de postbusdiensten vooraf ter goedkeuring aan de nma voor de leggen. Welke sympathie men voor dit gedragsvoorschrift ook mag opbrengen, vreemd is het wel. Als een bepaald prijsniveau misbruik van een machtspositie is, kan de NMa daartegen op grond van de Mededingingswet optreden. Als dat echter niet zo is, is er geen enkele reden om een marktpartij, ook niet een dominante marktpartij, te verplichten toekomstig prijsbeleid vooraf ter goedkeuring aan de nma voor te leggen. Door zo'n gedragsvoorschrift als het ware op te leggen verlaat de NMa de paden van de Mededingingswet en plaatst zij zich als een regulator in de markt; en dat is een heel andere taakinvulling dan de opstellers van de Mededingingswet voor ogen hebben gehad.

Slot

Met deze voorbeelden uit de praktijk heb ik niet willen aangeven dat de NMa, althans haar toezichthoudende afdeling OTO, slecht functioneert. Dat zou ook niet fair zijn, want alleen het moeten verwerken van een lawine aan ontheffingsverzoeken is geen geringe opgave en er worden ook zeer goede besluiten genomen: kijk bijvoorbeeld eens naar de beslissing in de zaak Interpolis/Cobac waar ook Van Damme in deze ESB naar verwijst en waarin de nma met veel gevoel voor de werkelijke economische marktverhoudingen een samenwerking tussen twee (potentiële) concurrenten niet mededingingsbeperkend achtte en buiten het kartelverbod hield, omdat deze samenwerking er juist toe zou leiden dat op korte termijn op de betrokken markt, die door een grote speler gedomineerd werd, een nieuwe speler actief zou kunnen worden.

De genoemde voorbeelden laten wel zien dat er reden is om voor een al te interventionistische opstelling van de NMa te waken - zij moet geen regulator worden, althans niet bij de huidige mededingingswet - en dat er reden is om aan de interne bewaking van faire en voor iedereen gelijke procedures meer aandacht te besteden.