

Redactioneel

PR NL vs. Voorlichting EG

Mr. P.V.F. Bos*

Afgelopen maand publiceerde de NMa haar jaarverslag over 2008. En het moet opnieuw gezegd worden, het is een sterk staaltje *public relations*. Het contrast met het laatste verslag over het mededingingsbeleid en wel over 2007 van de Europese Commissie is groot.¹ De Europese Commissie beoogt overduidelijk geen PR te bedrijven, maar geeft zakelijke en uitvoerige voorlichting over het gevoerde beleid. Het eigenlijke verslag van de Europese Commissie telt 26 bladzijden. Erbij hoort een ambtelijk werkdocument van 116 pagina's.² Het NMa-jaarverslag over 2008 bevat in totaal 60 bladzijden (inclusief trefwoordenregister, colofon en 21 pagina's met schutblad, hele of halve foto's en (grafische) afbeeldingen). Het verschil in lengte³ kan wel worden verklaard door het functionele verschil tussen de twee jaarverslagen: waar het Nederlandse verslag kennelijk politiek van aard is, daar is het Europese verslag dat kennelijk niet. De verklaring is te vinden in het feit dat in het Nederlandse geval er wél een rechtsgrondslag is en in het andere er juist geen rechtsgrondslag is: terwijl het jaarverslag van de NMa gestoeld is op artikel 5g Mededingingswet (Mw), heeft de Europese Commissie geen expliciete verdragsrechtelijke verplichting om een jaarlijks verslag over het gevoerde mededingingsbeleid op te stellen, maar is – naar verluidt – de gewoonte daartoe gegroeid in een uit de jaren zestig van de vorige eeuw gemaakte afspraak tussen de Europese Commissie en het Europees Parlement. De raad van bestuur van de NMa heeft als zelfstandig bestuursorgaan

op de voet van de Kaderwet ZBO de verplichting tot het opstellen van een jaarverslag, waarin de taakuitoefening en het gevoerde beleid worden beschreven. Eveneens op grond van artikel 5g Mw brengt de minister van Economische Zaken het verslag, vergezeld van zijn bevindingen daarover alsmede van de bevindingen van zijn betrokken collega(e) voor 1 september ter kennis aan de beide Kamers van de Staten-Generaal. Het jaarverslag 2008 is gedateerd 7 april 2009. Op dezelfde dag bood de minister van Economische Zaken bij brief aan de voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal haar bevindingen omtrent het jaarverslag aan. Bevindingen van haar collega van Verkeer en Waterstaat zaten er niet bij. En dat terwijl in het jaarverslag de nodige aandacht wordt besteed aan vervoer (met name aan het spoor, maar ook aan de Loodsenwet, de Wet personenvervoer 2000 en de Wet Luchtvaart). Wellicht volgen de bevindingen van de minister van Verkeer en Waterstaat later.⁴

Het is interessant de bevindingen van de minister van Economische Zaken kort na te lopen. In het algemeen is de minister kennelijk zeer tevreden met het werk van de NMa in 2008. Het is uitsluitend lof dat de klok slaat; geen woord van een eigen mening over mededingingsbeleid in het algemeen en met betrekking tot deelaspecten. Dit is te meer opmerkelijk, nu de minister ineens (herinnert u zich nog haar de feestvreugde rond het tienjarige bestaan van de NMa enigszins bedervende feestrede op het NMa-

* Mr. P.V. F. Bos is advocaat bij BarentsKrans.

1. Verslag van de Commissie over het mededingingsbeleid 2007, 16 juni 2008, COM (2008) 368 definitief.
2. Commission Staff Working Paper Document Annex to the Report of the Commission Report on Competition Policy 2007, 16 June 2008, COM (2008) 368.
3. Bedacht dient te worden dat de Europese Commissie andere dan wel ruimere (regulatoire) verantwoordelijkheden op bepaalde beleidsterreinen heeft dan de NMa: te denken valt aan staatssteun en aan elektronische communicatie, transport en post. Haar verslag bevat enkele passages ter zake. Meer in het bijzonder telt de ambtelijke toelichting zo'n 17 pagina's over staatssteun en 24 over de genoemde speciale sectoren.

4. Mede-betrokken minister of niet in de zin van art. 5g Mw, de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport is (tezamen met zijn staatssecretaris) juridisch en politiek betrokken bij mededingingsbeleid in de gezondheidszorg: juridisch vanwege zijn toezicht op de Nederlandse Zorgautoriteit en de Inspectie voor de Gezondheidszorg, die formele rollen spelen bij het concentratietoezicht van de NMa en politiek vanwege het door de Tweede Kamer afgedwongen onderzoek naar de wenselijkheid van een wettelijk verbod op verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders (zie de brief van de minister van VWS aan de Tweede Kamer van 15 april jl. over de positionering van algemene ziekenhuizen (*Kamerstukken II 2008/09, 27 295 nr. 145*) alsmede het bijbehorende besluit van gelijke datum ter instelling van de Commissie verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders.

congres van maart 2008?) het beleidslaken helemaal naar zich toetrok. In haar brief van 7 april jl. brengt zij in aan duidelijkheid niets overlatende bewoordingen in herinnering het aangepaste Relatiestatuuat EZ-NMa 2008.⁵ Daarin is opgenomen dat de NMa de nieuwe uitvoeringsregels of aanpassingen van bestaande uitvoeringsregels aan haar móet voorleggen. Als de minister van mening is dat de uitvoeringsregels in strijd zijn met het recht of met het algemene belang van een goede taakuitvoering van de NMa, kan zij deze afkeuren. Met een dergelijke formele bevoegdheid tot afkeuring zou er gelijktijdig een informele verplichting tot – uiteraard gemotiveerde – goedkeuring moeten zijn. Het zal dan ook interessant zijn te zien of de minister in toekomstige brieven met bevindingen ex artikel 5g Mw heldere mededingingspolitieke én mededingingsrechtelijke analyses ter goedkeuring van door de NMa voorgestelde nieuwe uitvoeringsregels zal geven.

Een gapende lacune in de bevindingen van de minister is de vaststelling van de even gapende lacune in het NMa-verslag over 2008, namelijk het ontbreken van vrijwel enige informatie over de samenwerking met en de bijstand aan de Europese Commissie en andere nationale mededingingsautoriteiten alsmede informatie over de – verplichte – toepassing van het Europese mededingingsrecht. Dit (be)klemt te meer, nu – zoals iedereen weet – het échte mededingingsbeleid nog steeds geïnitieerd wordt door de Europese Commissie zonder veel, laat staan effectief, toezicht van de Raad van Ministers en het Europese Parlement. Waarom bevat het jaarverslag niet standaard een passage over de werkzaamheden binnen het *E(uropean) C(ompetition) N(etwork)*: welke voorgenomen besluiten heeft de NMa op de voet van artikel 11 lid 4 van Verordening (EG) nr. 1/2003 aan de Europese Commissie voorgelegd? Hoe vaak en in welke zaken heeft de NMa inlichtingen verschaft aan de Europese Commissie en/of nationale mededingingsautoriteiten (en, zo ja, aan welke) in het kader van Europese of nationale onderzoeken? Hoe vaak heeft de NMa de Europese Commissie of nationale mededingingsautoriteiten geassisteerd in respectievelijk met verificaties/bedrijfsbezoeken?

Op dit punt aanbeland is het interessant een kort uitstapje te maken naar de recente mededeling van de Europese Commissie aan het Europese Parlement en de Raad over het functioneren van Verordening (EG) nr. 1/2003.⁶ Dit rapport bevat een schat aan bevindingen over de werking van Verordening (EG) nr. 1/2003: bijvoorbeeld dat 50 procent van de beschikkingen die genomen zijn sinds 1 mei 2004 de vrucht is van ambtshalve onderzoeken die niet gestoeld zijn op clementie-informatie, dat een derde van de beschikkingen in gang gezet is door clementiever-

zoeken en dat een tiende ervan gestoeld is op klachten. Toe te juichen en gelijktijdig met gezonde argwaan tegemoet te treden zijn de zeer vele contacten van het laagste tot het hoogste niveau tussen de leden van het ECN:⁷ er is een constante en intensieve dialoog gaande zowel op horizontaal niveau als in individuele zaken en voorgenomen beslissingen van nationale mededingingsautoriteiten. Het ECN is een forum voor de bespreking van alle belangrijke, soms ook minder belangrijke, beleidsthema's (de toepassing van artikel 82 EG-Verdrag, het ECN-model clementieprogramma, stijgingen van voedsel- en energieprijzen en de financiële crisis. De vraag is echter wat daar allemaal gebeurt: welke standpunten neemt de NMa op die bijeenkomsten in? Heeft zij die met EZ afgestemd? En heeft EZ hierover contact gehad met de Staten-Generaal? En als het gaat om het werk in individuele gevallen en voorgenomen beslissingen, zijn er gelijkaardige interessante vragen: hoe vaak informeert de NMa de Europese Commissie (nota bene zoals Verordening (EG) nr. 1/2003 voorschrijft, dertig dagen van tevoren) dat zij een beschikking in de zaak gaat nemen? Hoe vaak heeft de Commissie geïntervenieerd in een Nederlandse zaak, omdat zij dacht dat er mogelijk een serieus risico van incoherentie bij de toepassing van het Europese mededingingsrecht zou kunnen gebeuren? Hoe vaak heeft de Europese Commissie mondeling of schriftelijk de NMa haar mening gegeven?⁸

Terug nu naar het jaarverslag 2008 van de NMa en de ministeriële bevindingen ter zake. De minister knikt instemmend bij de toepassing van het clementie-instrument dat zij ziet als een uiting van de spontane naleving van de mededingingsregels. Zij vindt het dan ook 'zeer positief' dat de NMa een aanzienlijk aantal clementieverzoeken heeft gekregen. Zij denkt zelfs daarbij dat de voorlichtingsfilm over clementie van de NMa daaraan heeft bijgedragen. Voor zover bekend vraagt de NMa niet aan clementieverzoekers of zij deze film hebben gezien. In het algemeen is onbekend hoeveel clementieverzoeken de NMa ontvangt en hoeveel daarvan gehonoreerd worden en, zo ja, in welke clementie categorie zij vallen. Het laatste jaarverslag zegt eigenlijk niets inhoudelijks over haar clementiebeleid anders dan dat ze er een heeft en dat 'in het afgelopen jaar een aanzienlijk aantal clementieverzoeken' zou zijn binnengekomen.⁹ Dit soort informatie zou bepaald opgenomen moeten worden in het overzicht met

5. *Stcrt.* 2008, 212, p. 2.

6. Zie persbericht van 30 april 2009: 'Anti-trust: Commission adopts report on functioning of key anti-trust Regulation', IP/09/683, *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council Report on the functioning of Regulation of 1/2003*, COM (2009) 2006 final, alsmede het 'Commission Staff Working Paper accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council Report on the functioning of Regulation 1/2003', 29 April 2009, SEC (2009) 574 final.

7. Zie ook daarover het interessante proefschrift van Maartje de Visser, *Network-based Governance in EC Law – The example of EC competition and EC communications law*, Universiteit van Tilburg, januari 2009.

8. Zie Commission Staff Working Paper, AW. 205-264. Dit belangrijke verslag over het functioneren van Verordening (EG) nr. 1/2003 (met als mischien wel de belangrijkste beleidsdreiging van de Europese Commissie dat zij gaat nadenken over de eventuele harmonisatie van nationale bestuursrechtelijke bevoegdheden en procedures in het kader van de uitvoering van Verordening (EG) nr. 1/2003) zal veel reflectie behoeven, ook in Nederland, ook en vooral binnen de NMa, in toenemende mate en hopelijk ook in toenemende mate zichtbaar binnen EZ. De Nederlandse mededingingsgemeenschap in den brede (wetenschap, rechterlijke macht, bedrijfsjuristerij naast genoemde ambtelijke kringen) zal deze handschoenen moeten oppakken. De redactie van *Markt & Mededinging* zal hieraan de komende maanden de nodige aandacht besteden; zij roept geïnteresseerde auteurs op voorstellen voor artikelen bij haar in te leveren.

9. Jaarverslag 2008, p. 15.

de zogeheten ‘Kerncijfers NMa 2008’.¹⁰ Daarin staat onder de rubriek ‘Mededinging’ en de subrubriek ‘Rapporten en boetes’ de nodige kwantitatieve informatie over het aantal mededingingsrechtelijke onderzoeken, het aantal onderzoeken dat is afgedaan door middel van een rapport enzovoort. Een ongemakkelijk gevoel begint zich van de aandachtige lezer van het rapport meester te maken dat het clementiebeleid van de NMa al met al misschien niet zo succesvol is als de NMa wel de buitenwereld wil doen geloven. Is het alleen maar een retorische vraag dat er een verband bestaat tussen het zo te zien (nog) niet zo geslaagde clementiebeleid aan de ene kant en de wens van (tot nu toe) alleen de minister van Economische Zaken om strafrechtelijke handhaving van de mededingingsregels te introduceren onder gelijktijdige verhoging van de boetes?¹¹

Een laatste bevinding van de minister gaat over de effecten van het mededingingstoezicht van de NMa. Het is bepaald interessant dat juist de minister van Economische Zaken klakkeloos de bewering van de NMa aanneemt dat haar toezicht over 2008 de consument ongeveer 700 miljoen euro aan besparingen zou hebben opgeleverd.¹² Het zou gaan om een minimale schatting. Er zou gewerkt zijn met conservatieve aannames ten aanzien van het prijseffect van een optreden. Enzovoort, enzovoort. In het jaarverslag ontbreekt enige (verwijzing naar) wetenschappelijke onderbouwing hiervan. Een betere adstructie van het hoge PR-gehalte van het jaarverslag kan niet worden gegeven.

Voorlichting over, naast ontwikkeling van het mededingingsrecht is in elk geval wél te vinden in dit blad.¹³ Voorlichtend en opinievormend, als altijd, is Luc Gyselen met zijn artikel over de recente Richtsnoeren voor de handhavingsprioriteiten van de Europese Commissie bij de toepassing van artikel 82 EG-Verdrag. Veel informatie over mededingingsafspraken, machtsposities en procedures zoals aan bod gekomen in de administratieve praktijk van de NMa, valt te vinden in de Kroniek Mededingingswet 2008 van Cees Dekker, Ekram Belhadj en Anna Hoekstra-Borzymowska. Marcel Canoy prikkelt als vanouds in zijn column de lezer tot – soms contrair – nadenken, deze keer over mededingingsbeleid in crisistijd. Tot slot onderwerpt Yvo de Vries de bewijsregels in het mededingingsrecht aan een hernieuwd onderzoek naar aanleiding van de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam in de *fietsenzaak*. Veel leesplezier en nieuwe kennis en inzichten toegewenst! ■

10. Jaarverslag 2008, binnenkant schutblad.

11. Brief van 7 april 2009 van de minister aan de voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal, p. 2, al. 4. De NMa staat – als informeel bekend – niet te trappelen op de invoering van strafrechtelijke handhaving.

12. Jaarverslag 2008, p. 46.

13. De verleiding valt niet te weerstaan erop te wijzen dat DG Concurrentie van de Europese Commissie ook nog eens drie keer per jaar een prachtige publicatie met meestal zeer voorlichtende en opinievormende artikelen over het mededingingsrecht van eigen ambtenaren uitgeeft.