

Redactioneel

Mededingingsrechtelijke Known Unknowns. Of toch Unknown Unknowns?

Mr. H.H.P. Lugard*

Tijdens de nazomerdagen van 2011 en de herdenking van 'Nine-Eleven' dwaalden mijn gedachten af naar Donald Rumsfeld en diens even verrassende en absurdistische indeling van de werkelijkheid in 'knowns' en 'unknowns.' U herinnert zich wellicht nog wat de voormalige Amerikaanse minister van Defensie in 2002 opmerkte naar aanleiding van de mogelijke aanwezigheid van massavernietigingswapens op Iraaks grondgebied: '[T]here are known knowns; there are things we know we know. We also know there are known unknowns; that is to say we know there are some things we do not know. But there are also unknown unknowns – the ones we don't know we don't know.'

De meest intrigerende categorie van feiten is uiteraard die van de 'unknown unknowns,' zaken waarvan we het bestaan niet kennen, maar daar gaat dit voorwoord niet over. Dit redactioneel beperkt zich tot een drietal 'known unknowns' in het mededingingsrecht en -beleid; drie aspecten van het mededingingsbeleid die van aanzienlijk praktisch belang zijn, maar waarover bij nader inzien verbazingwekkend weinig bekend is.

Wat weten we eigenlijk wel en, vooral, wat weten we niet over het functioneren en de effecten van het mededingingsrecht op micro- en macroniveau? In de waan van alledag zijn wij geneigd het mededingingsrecht als een betrekkelijk rationeel, logisch en samenhangend geheel van rechtsregels te beschouwen, dat – grofweg – ten doel heeft de consumentenwelvaart en economische groei te bevorderen. Ik zeg 'grofweg' omdat nog steeds sprake is van een levendige discussie over de doelstellingen van het mededingingsbeleid – en daarmee met name over de reikwijdte van het kartelverbod – , bijvoorbeeld

op het terrein van duurzaam ondernemen. Mederedacteur Ottervanger merkte daar in een recent redactioneel van dit tijdschrift terecht over op dat waardeoordelen over de wenselijke mate van marktwerking in tijd en plaats, en afhankelijk van politieke inzichten, verschillen. En natuurlijk kan ook getwist worden over de toepassing van het mededingingsrecht in individuele zaken. Maar bij dit alles staat de veronderstelling dat mededingingsbeleid ertoe dient om welvaart te beschermen en te creëren buiten kijf. Die veronderstelling geldt bij uitstek het Europese mededingingsrecht dat, zo leerde ik van mijn illustere leermeesters Mok en Timmermans, van meet af aan een noodzakelijk onderdeel van het Europese gemeenschappelijke marktbeleid was. Bij het adagium dat mededingingsbeleid bijdraagt aan 'de ontwikkeling van de economische activiteit binnen de Gemeenschap' kon zelfs een gemiddelde student als ik zich nog wel een voorstelling maken. En toen in Nederland in de tweede helft van de jaren negentig het besluit werd genomen om de Mededingingswet in te voeren, motiveerde de Memorie van Toelichting die keuze door te wijzen op de nationale en internationale overtuiging dat 'de werking van de goederen- en dienstenmarkten in Nederland te wensen over [liet] en dat de structurele problemen van Nederland op het gebied van werkgelegenheid en groei onder meer verband [hielden] met een jarenlang te lankmoedig uitgevoerd mededingingsbeleid.' Hetzelfde geloof in de heilzame effecten van mededingingsbeleid ligt overigens ten grondslag aan de beslissingen van tientallen landen die in de laatste tien jaar stelsels van nationaal mededingingsrecht en toezichthoudende instanties in het leven hebben geroepen. De lijst van ICN-leden omvat tegenwoordig niet alleen mededingingsautoriteiten van ontwikkelde landen, maar vooral ook van landen die veel te winnen hebben bij economische groei. Albanië, Mexico, Brazilië en Zimbabwe vor-

157

* Mr. H.H.P. Lugard is als Ass. Professor verbonden aan het Tilburg Law and Economics Center (TILEC) en tevens redactielid van M&M.

men treffende voorbeelden. In veel gevallen, zoals in Singapore, waar de oprichting van een mededingingsautoriteit naar verluidt een uitdrukkelijke Amerikaanse wens was om het handelsakkoord van 2004 te sluiten, is de beslissing om een nationaal mededingingsregime op te tuigen mede ingegeven door internationale handelspolitieke overwegingen. In andere gevallen lijkt er een direct verband te bestaan met het ontvangen van economische steun uit donorlanden.

Maar wat de aanleiding ook is, men hoeft bij wijze van voorbeeld maar een blik te slaan op de recente presentaties van de voorzitter van de Mexicaanse mededingingsautoriteit, Eduardo Pérez Motta, om te beseffen dat mededingingsautoriteiten er veel aan gelegen is aan te tonen dat de tenuitvoerlegging van het eigen mededingingsrecht een significante positieve invloed heeft op de productiviteit en economische groei in het land.¹ En dichter bij huis trachten ook de Office of Fair Trading en onze eigen NMa de economische voordelen aan te tonen van hun interventies in het economische verkeer.² Zo becijferde de NMa dat de positieve effecten van haar optreden in 2010 zo'n 284 miljoen euro bedragen.³

Maar hoe nuttig, politiek noodzakelijk en illustratief dergelijke onderzoeken ook zijn en hoezeer zij soms zelfs daadwerkelijk enig inzicht verschaffen in de welvaartseffecten van optreden in specifieke zaken, onbetwist zijn deze exercities bepaald niet en, belangrijker, men zal tevergeefs zoeken naar een betrouwbaar beeld van de macro-economische effecten van mededingingsregimes. De ontvullende waarheid is dat de zegeningen van mededingingsbeleid *stricto sensu* eenvoudigweg nog niet goed in kaart gebracht zijn. Dat betekent dat wij na tien jaar Mededingingswet niet met een redelijke mate van zekerheid weten wat de Mededingingswet en de NMa Nederland gebracht hebben. En dat geldt ook voor de 110 andere landen met een dergelijk regime. De reden ligt voor de hand: degelijk economisch onderzoek vereist een eenduidig causaal verband tussen het werk van de mededingingsautoriteit en economische groei en welvaart, en economen en econometristen zijn er op basis van de beschikbare (incomplete en inconsistente) data nog niet in geslaagd een betrouwbare regressie-analyse uit te voeren op basis waarvan die correlatie adequaat kan worden aangetoond. Een compilatie en analyse van recente economische inzichten van het secretariaat van de OECD Competition Committee maakt duidelijk dat er weliswaar een significant positief verband bestaat tussen deregulering van economische activiteiten en economische groei, maar datzelfde verband kan vooralsnog niet aangetoond worden tussen de invoering van een algemeen mededingingsregime à la de Mededingingswet dat zich richt op private marktpartijen en economische

groei.⁴ Zo becijferde de OECD in 2003 dat privatisering en het reduceren van de rol van de overheidsbedrijven richting het OECD-gemiddelde in landen als Finland, Griekenland, Oostenrijk, Frankrijk en Italië tot een additionele, jaarlijkse economische groei van 0.7% leidt. Het elimineren van toetredingsdrempels tot op zich reeds concurrerende markten heeft eveneens aantoonbare, significante positieve effecten. Kortom, deregulering (en mededingingsbevorderend overheidsbeleid in het algemeen) is goed, maar het is tot dusver onmogelijk gebleken na te gaan wat de bijdrage aan economische groei en consumentenwelvaart is van algemene mededingingswetgeving.

Valt te leven met het feit dat wij niet weten wat de Mededingingswet ons in algemene zin oplevert of is deze eerste 'known unknown' van het mededingingsrecht hoogst onwenselijk? Laten wij daarbij niet vergeten dat er ook *case studies* zijn die op zijn minst suggereren dat interventies van mededingingsautoriteiten in individuele zaken en sectoren positieve welvaartseffecten in de betrokken markten hebben gehad. In dergelijke specifieke gevallen zijn de effecten soms wel eenduidig vast te stellen of in ieder geval plausibel te maken.⁵ Maar op het terrein van internationale kartels en andere hardcore overtredingen bestaat juist weer geen consensus over de schade die dergelijke praktijken teweeg brengen en mededingingsautoriteiten houden zich (bij de boeteoplegging) in het algemeen niet bezig met die vraag.⁶ Dat is onwenselijk; juist omdat minder bekend is over de zegeningen van het beleid van mededingingsautoriteiten dan weleens gesuggereerd wordt, is het belangrijk te weten welke maatschappelijke voordelen specifieke interventies opleveren. Kortom, er is naar mijn mening *prima facie* voldoende reden om aan te nemen dat mededingingsrecht en -beleid vruchten afwerpen en het is ook nog wel aannemelijk dat die voordelen niet gering zijn, maar laten we niet doen alsof we zelfs maar bij benadering weten hoeveel dat is.

Over naar de tweede 'unknown' in het mededingingsrecht: de relatie tussen mededingingsrecht en innovatie. Wat weten wij wel? Onomstreden is dat er een direct verband bestaat tussen innovatie en welvaart. Innovatie wordt in dat verband wel aangeduid als de motor van

1. Zie www.cfc.gob.mx/images/stories/Noticias/Presentaciones/10.comite_competitividadmar2010.pdf.
 2. Zie www.ofc.gov.uk/shared_ofc/reports/Evaluating-OFTs-work/OFT13_54.pdf.
 3. Zie www.nma.nl/documenten_en_publicaties/archiefpagina_documenten_en_publicaties/brochures_en_uitgaven/outcome_van_nma_optreden__resultaten_voor_2009_en_2010.aspx.

4. Zie G. Nicoletti en S. Scarpetta, 'Regulation, Productivity and Growth: OECD Evidence', *OECD Economics Department Working Papers*, No. 347, OECD Publishing 2003. www.dx.doi.org/10.1787/078677503357. Zie voorts Note by the OECD Secretariat, 'Relationship Between Competition Policy and Economic Performance', DAF/COMP (2007)2 en S.J. Nickell, 'Competition and Corporate Performance', *The Journal of Political Economy*, Vol. 104, No. 4 (1996), p. 724-746.
 5. Zie bijv. *The Ex-Post Evaluation of Two Merger Cases, A Report prepared by Lear for the UK Competition Commission* (september 2011), www.competition-commission.org.uk/our_role/analysis/11_09_20_ex_post_evaluation_of_two_merger_decisions.pdf.
 6. Zie daarover de OECD Roundtable 'Quantification of Harm by National Courts and Competition Agencies' die in februari 2011 plaatsvond. Onderzoek van Connor en Lande (2006) dat kartel-overcharges suggererde van tientallen procenten wordt fel bekritiseerd. Zie bijv. M. Boyer en R. Kothoni, *The Econometrics of Cartel Overcharges*, CIRANO Working Papers 2011s-35, www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1919000.

economische groei.⁷ En die vaststelling heeft weer geleid tot de – logische – gevolgtrekking dat mededingingsautoriteiten terughoudend dienen te zijn bij de toepassing van het mededingingsrecht op innovatieve activiteiten van bedrijven. Immers, *overenforcement* en *false positives* ten aanzien van gedrag van bedrijven dat innovatie en dynamische efficiencywinsten kan genereren, kan leiden tot significante welvaartsverliezen. In die optiek zijn onjuiste beslissingen van mededingingsautoriteiten op het gebied van innovatie ook beduidend ‘slechter’ dan gevallen waarin de autoriteit er naast zit en ten onrechte gedrag verbiedt (en beboet) dat ‘slechts’ statische prijseffecten sorteert. De lezers van dit blad zullen wellicht opmerken dat deze discussie een hoog Microsoft-gehalte heeft. Dat mag gedeeltelijk juist zijn, maar feit blijft dat geen eenduidigheid bestaat over de vraag hoe het mededingingsrecht optimaal in stelling wordt gebracht in innovatiegerelateerde zaken.⁸ Deze problematiek speelt uiteraard vooral in dominantiezaken. Teneinde het risico van onjuiste, economisch inefficiënte beslissingen in dergelijke zaken te minimaliseren, dient op zijn minst enige duidelijkheid te bestaan over de vraag welke marktpartijen in welke mate welk type innovatie genereren en hoe consumenten die activiteiten waarderen. Is de markt meer gebaat bij *break-through*-innovatie van de dominante onderneming, of moet meer waarde gehecht worden aan *follow-on* innovatie-*incentives* van meeliftende concurrenten? En op welke wijze komt innovatie in de betreffende markt eigenlijk tot stand?⁹ In de beschikkingen van de Europese Commissie zal men echter tevergeefs zoeken naar een (begin van een) afweging tussen het innovatiepotentieel van de verschillende marktpartijen, in het bijzonder de (deels reeds plaatsgevonden) innovatie-inspanningen van de dominante onderneming en de gefnuikte *follow-on* innovatie van derden. Men leze paragraaf 783 van de Microsoft-beschikking (alsmede par. 698 van het arrest van het Gerecht) en paragrafen 139-164 en 1598-1616 van de *Intel*-beschikking erop na.¹⁰

Achter deze mededingingsrechtelijke problematiek schuilt een hardnekkig economisch debat over de vraag welke marktstructuur de meeste innovatie teweegbrengt. In deze discussie staan reeds decennialang de navolgers van Schumpeter (*monopolies favor innovation*) en Arrow (*competition favors innovation*) tegenover elkaar. Anderen, onder wie Aghion, Bloom, Blundell en Griffith beargumenteren op empirische gronden dat de

voor innovatie optimale marktstructuur tussen die twee uitersten ligt.¹¹ Het wekt geen verbazing dat het ontbreken van eensgezindheid onder economen ook leidt tot verschillende opvattingen over de rol van het mededingingsrecht. Zo is bijvoorbeeld David Teece van mening dat bij de toepassing van het (Amerikaanse) mededingingsrecht geen recht wordt gedaan aan het belang van innovatie, terwijl Jonathan Baker juist meent dat het mededingingsrecht wel degelijk toegesneden is op een juiste beoordeling van innovatiegerelateerde transacties.¹² En sommige auteurs pleiten voor meer concurrentie en interventie van mededingingsautoriteiten in innovatiezaken,¹³ terwijl anderen juist pleiten voor terughoudendheid.¹⁴

Het zou te ver voeren om te beweren dat het mededingingsrecht nimmer in stelling gebracht kan worden zodra innovatie een significante rol speelt. Maar dat dient dan weloverwogen te gebeuren, met inachtneming van de rol die innovatie in het gegeven geval speelt en een inhoudelijke beoordeling van de bijdragen van de betrokken marktpartijen. En daarbij dient bedacht te worden dat nog lang niet alles bekend is over de relatie tussen mededinging en innovatie. Tot zover de tweede mededingingsrechtelijke ‘unknown’.

Tot slot een derde ‘unknown’ in het mededingingsrecht: de verhouding tussen kartelboetes en de afschrikwekkende werking van het mededingingsrecht. Het is een gegeven dat het totaal aan Europese kartelboetes (van 9.6 miljard euro) in de periode 2005-2009 met 2700% is gestegen ten opzichte van de periode 1990-1994. Die stijging is deels het gevolg van het oprollen van meer internationale kartels, vooral door de invoering van *leniency*-regimes, en deels terug te voeren op een verhoging van de boetes zelf. De vraag die de gemoederen bezighoudt is hoe hoog kartelboetes dienen te zijn om een optimaal afschrikkend effect te sorteren.¹⁵ En ook hier zijn de meningen weer verdeeld. Zo meent Wils dat kartelboetes te laag zijn.¹⁶ Ginsburg en Wright betwijfelen daarentegen of het opleggen van hogere kartelboetes überhaupt wel tot meer afschrikking en minder kartels leidt.¹⁷ Immers, indien hogere boetes meer bedrijven ervan zouden weerhouden deel te nemen aan verboden kartelafspraken, zou in de afgelopen periode juist een vermindering van het aantal opgespoorde kartels zicht-

7. Zie bijv. H. Hovenkamp, ‘Restrains on Innovation’, 29 *Cardozo Law Review* 247 (2007-2008).
 8. Er is minder ruimte voor onenigheid indien het gedrag van de (dominante) onderneming als *cheap exclusion* kan worden aangemerkt. Zie daarover S. Creighton, T. Krattenmaker en E. Negata, ‘Cheap Exclusion,’ 72 *Antitrust Law Journal* 2005, p. 975-995.
 9. Zie over de verschillende verschijningsvormen van innovatie bijv. R. Miller en M. Côté, *The Faces of Innovation*, www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1106740.
 10. Zie resp. zaak COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, www.ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37792/37792_4177_1.pdf, GvEA 17 september 2007, zaak T-201/04, *Microsoft/Commission* en zaak COMP/C- 3/37.990, *Intel*, www.ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37990/37990_3581_11.pdf.

11. Zie P. Aghion, N. Bloom, R. Blundell, R. Griffith en P. Howitt, ‘Competition and Innovation: an inverted U relationship?’ *Quarterly Journal of Economics* 2005, 120, p. 701-728.
 12. Zie J.B. Baker, ‘Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation’, www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=962261.
 13. Zie bijv. P. Howitt, *Innovation, Competition and Growth: A Schumpeterian Perspective on Canada’s Economy*, C.D. Howe Institute Commentary, no. 246, april 2007.
 14. Zie bijv. F.E. Areeda, H. Hovenkamp en J.L. Solow, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, 1995, p. 407.
 15. Daarnaast kan de vraag gesteld worden waarom boetes in kartelzaken vele malen hoger zouden mogen zijn dan boetes voor andersoortige wetsovertredingen.
 16. Zie W.P.J. Wils, ‘Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?’, 28 *World Competition Law and Economics Review* 2005.
 17. Zie D. Ginsburg en J. Wright, ‘Antitrust Sanctions’, 6 *Competition Policy International* 3, 4, 2010.

baar moeten zijn. Hoewel niet bekend is hoeveel kartels niet aan het licht komen, betwijfelen de auteurs of het nuttig is nog hogere boetes op te leggen. Kortom, het is onbekend hoe hoog kartelboetes dienen te zijn om optimale afschrikking en *compliance* met het mededingingsrecht te bewerkstelligen.

Is niet nog wat meer te zeggen over *antitrust compliance*? Ja. Naar mijn mening is duidelijk dat het geen zin heeft kartelboetes tot nog hogere niveaus op te schroeven. Immers, er zijn grenzen aan hetgeen bedrijven kunnen betalen, boetes staan nu al vaak niet in verhouding tot de schade die zij veroorzaken (hoewel dat soms moeilijk is te verifiëren) en boetes betreffen in het algemeen uitsluitend ondernemingen, terwijl individuele werknemers vaak om persoonlijke redenen deelnemen aan kartelafspraken. Die belangentegenstelling impliceert dat zelfs nog hogere boetes niet resulteren in optimale afschrikking.

Verdient het geen aanbeveling het eens over een andere boeg te gooien? Hoewel niet duidelijk is hoe boetes precies het gedrag van bedrijven beïnvloeden, is wel bekend dat ook andere factoren bijdragen aan het naleven van het mededingingsrecht: de bedrijfscultuur, de wens reputatieschade te voorkomen en, uiteraard, voorlichting en training aan personeelsleden (*compliance*-programma's).

Gelet op het beoogde doel van minder overtredingen zou er mededingingsautoriteiten veel aan gelegen moeten zijn *compliance*-initiatieven van ondernemingen te stimuleren. Maar dat is lang niet altijd het geval: hoewel de EG-Commissie thans een meer neutrale houding aanneemt, heeft zij het bestaan van *compliance*-programma's in het verleden als potentieel boeteverzwarend aangemerkt.¹⁸ Er bestaan echter ook autoriteiten, bijvoorbeeld de Engelse Office of Fair Trading en de Franse Autorité de la Concurrence, die bedrijven aanmoedigen *compliance*-programma's in te voeren door boetevermindering in het vooruitzicht te stellen. Dat lijkt mij een zinnige weg. De discussie omtrent de maatregelen die bedrijven kunnen nemen om overtredingen tegen te gaan is niet gebaat met de dooddouner dat het in het eigen belang van bedrijven is om de geëigende maatregelen te nemen om overtredingen te voorkomen. Natuurlijk is dat juist, maar die opmerking gaat wel voorbij aan de middelen die mededingingsautoriteiten hebben om dat te stimuleren. Bovendien: bemoeienis met *compliance* komt de legitimiteit van autoriteiten ten goede.

Een aantal vooraanstaande autoriteiten houdt zich al expliciet bezig met het stimuleren van *compliance*-programma's van bedrijven. De Engelse OFT heeft recent een goed doordachte visie op *compliance* ontwikkeld,¹⁹

en ook de Franse mededingingsautoriteit maakt zich op om een zienswijze ten aanzien van *compliance* publiek te maken. Andere autoriteiten, zoals de Japanse, Canadese en Australische mededingingsautoriteiten, houden zich al langer met het onderwerp bezig en in Brazilië en Korea is het zelfs mogelijk om *compliance*-programma's ter goedkeuring voor te leggen aan de mededingingsautoriteit.

Het is zonder meer toe te juichen dat mededingingsautoriteiten zich buigen over de vraag hoe zij bedrijven kunnen ondersteunen en stimuleren om effectieve *compliance*-maatregelen in te voeren. Ook de NMa heeft zich in het verleden op dat terrein begeven: in 2004 heeft de NMa samengewerkt met de verzekeringsbranche om een *compliance*-programma voor die sector op te stellen dat vervolgens sectorbreed geïmplementeerd is²⁰ en in 2010 stelde de NMa een vergelijkbaar *compliance*-programma voor als onderdeel van haar pogingen de thuiszorgmarkt mededingingsrechtelijk in het gareel te krijgen.²¹ Het zou goed zijn indien de NMa – gewapend met die ervaringen – een meer algemene visie zou ontwikkelen op *compliance* en in dat kader expliciet nadenkt over het aanmoedigen van marktpartijen door middel van boetereducties.

Het ontwerpen en implementeren van effectieve *compliance*-programma's is maatwerk.²² Dat betekent dat autoriteiten ervoor moeten waken al te strikte normen te propageren. Zo zou het naar mijn oordeel bepaald inefficiënt en onjuist zijn indien mededingingsautoriteiten in detail voorschrijven dat *mock dawnraids* of verplichte interne clementieregelingen per definitie onderdeel moeten uitmaken van een effectief *compliance*-programma.

Kortom, hier ligt een dankbare taak voor de NMa en andere mededingingsautoriteiten. Waarmee aangetoond is dat 'known unknowns' wel degelijk aanleiding kunnen zijn voor nuttige, concrete beleidsontwikkelingen.

18. Zie Joaquín Almunia, 'Compliance and Competition Policy', Speech before Businesseurope and the US Chamber of Commerce (Brussel, 25 oktober 2010) ('[W]hy should I reward a compliance programme that has failed?').

19. Zie www.oft.gov.uk/OFTwork/competition-act-and-cartels/competition-law-compliance/. Zie met name het 'OFT Four step compliance wheel,' dat niet zozeer specifieke *compliance* maatregelen voorschrijft, maar het procesmatige karakter van *compliance* benadrukt.

20. Zie www.nma.nl/images/Jaarverslag_200422-156335.pdf, p. 15.

21. Zie www.nma.nl/images/NMa_web_jv_2010_NL22-156732.pdf.

22. Zie A. Riley en M. Bloom, 'Antitrust Compliance Programmes - Can Companies and Antitrust Agencies Do More?', *Competition Law Journal* 2011, issue 1.