

Redactioneel

Van procestijgers en Chinese muren

Mr. P.V.F. Bos*

De totstandkoming van de Autoriteit Consument en Markt (ACM) vormt een uitgelezen gelegenheid om haar kansen op succes bij betwisting van haar besluiten te vergroten. Met enkele kleine aanpassingen in de samenstelling en taakverdeling van de Raad van Bestuur en van de operationele directoraten zou er veel gewonnen kunnen worden. Sterke en effectieve proceskwaliteiten behoren een sleutelrol te spelen in de missie van de ACM om consumenten en ondernemingen te beschermen tegen mededingingsbeperkend gedrag. Een citaat ter illustratie: *‘Having a trial lawyer as part of the division’s leadership team obviously sends a strong message about our serious commitment to litigation.’*

Dit heeft een van de twee hoogste mededingingstoezichthouders in Amerika onlangs gezegd, toen hij een lezing gaf over het belang van het hebben van excellente procesvaardigheden voor een mededingingsautoriteit.¹ Hij tamboereerde op dit belang en eindigde met de volgende woorden: *‘Our litigation capabilities and our courtroom victories are both keys to succeeding in our task. We have built a strong trial capability that will only get stronger. Our trial lawyers are proud of their successes and excited about their ability to take cases to trial.’*² Interessant in dit kader is ook te weten, wat de achtergrond is van deze *Assistant Attorney General for the Antitrust Division*. Voor zijn benoeming op het *Department of Justice (DOJ)* in 2010 was Joe Wayland een partner op een groot Amerikaans kantoor waar hij een praktijk had op het terrein van *‘complex business litigation, including antitrust and*

securities matters, and internal investigations’.³ Zijn voorgangers waren net zo gepokt en gemazeld in het mededingingsrecht en bijbehorende procedures; zij hebben allemaal eenzelfde *track record*. Zijn beoogde opvolger Bill Baer heeft een glanzende carrière als een van de meest prominente mededingingsadvocaten van zijn land.⁴ Uiteraard hangt het goed kunnen procederen niet af van een man. Het gaat ook en vooral om de onderliggende cultuur van de organisatie en om mensen van de dagelijkse praktijk. Velen van DOJ zijn net zulke doorgewinterde procesadvocaten als hun baas. Natuurlijk is het Amerikaanse mededingingssysteem een andere dan ons Europese: er zijn vele fundamentele verschillen (strafrechtelijke en civiele handhaving versus bestuursrechtelijke handhaving enzovoort), maar één zeer fundamenteel verschil springt in het oog: waar in Europa mededingingsautoriteiten, uiteraard na *due proces*, zelf mogen handhaven door verboden, lasten en geldboetes op te leggen, daar mogen Amerikaanse mededingingsautoriteiten dat niet en moeten zij de gang naar de rechter maken. Dit betekent dat Amerikaanse mededingingsautoriteiten nog veel meer dan onze Europese mededingingsautoriteiten gericht zijn op procederen en daarmee op procederen als kernkwaliteit. Het wordt tijd dat de mededingingsautoriteit in Nederland extra nadruk legt op procesvaardigheden. Het gaat niet alleen maar om de Juridische Dienst die bezwaren en beroepen behandelt; het gaat ook en vooral om de Directie Mededinging die met haar rapporten de basis legt voor beslui-

203

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

1. Joseph F. Wayland, Acting Assistant Attorney General, Antitrust Division, U.S. Department of Justice, *Litigation in the Antitrust Division*, remarks as prepared for the Georgetown Law 6th Annual Global Antitrust Enforcement Symposium, September 19, 2012, p.1.
2. Zie Wayland 2012, p. 14.

3. Joe Wayland is in 2009 gekozen tot *Fellow of the American College of Trial Lawyers*. Dit exclusieve vraaggezelschap scheidt zogezegd de knapen van de echte mannen in de Amerikaanse (en Canadese) procespraktijk: waar vele advocaten *litigators* zijn en zelden of nooit echte zittingen doen (*trials*, vaak weken lang), daar zijn *trial lawyers* de heuse procestijgers met echte *courtroom battle experience* en worden weinigen lid van dit gezelschap.

4. William J. Baer, thans hoofd van de mededingingspraktijk van Arnold & Porter, wacht op bevestiging door de Senaat van zijn voordracht door president Obama.

ten; en het gaat zeker niet in de laatste plaats om de raad van bestuur zelf die sancties oplegt, vergunningen weigert en dergelijke. Een belangrijke eerste stap zou zijn om opsporing, toezicht en onderzoek onder directe verantwoordelijkheid van een doorgewinterde mededingingsadvocaat te stellen. Hopelijk leidt deze stap tot meer 'systeem 2'- besluitvorming ter voorkoming van tunnelvisie en *confirmation bias* indachtig Ottervanger's redactioneel in het vorige nummer van dit blad.⁵ Zo'n persoon zou lid van de raad van bestuur moeten zijn en zich exclusief moeten bezighouden met de eerste fase van zaken vanaf de zogeheten veredeling van *leads* en bedrijfsbezoeken tot en met rapporten.⁶

Dit lid zou verder geen betrokkenheid bij de besluitvorming omtrent de al dan niet sanctionering na het horen van partijen moeten hebben. De Chinese muur van artikel 12p van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt (het equivalent van art. 54a Mededingingswet) met zijn eis van functiescheiding tussen 'speurders' en 'boetepleggers' zou tot in de raad van bestuur moeten worden doorgetrokken. Thans is de ongewenste situatie zo dat de raad van bestuur van de NMa schrijlings op de Chinese muur zit; straks zit ook de raad van bestuur van de ACM zo te paard. Een analyse van het huidige mandaatstelsel van de NMa⁷ laat onvoldoende zien dat (de leden van) de raad van bestuur niet betrokken is (zijn) zowel bij de rapportfase als bij de sanctioneringfase van een inbreukzaak. Uitgangspunt is dat de leden collegiaal beslissen. Alleen als 'niet gewacht kan worden op een besluit van de raad' is aan de leden van de raad van bestuur 'mandaat, volmacht en machtiging' gegeven voor 'aangelegenheden inzake de Mededingingswet' enzovoort. Aangenomen dient te worden dat een individueel lid van de raad van bestuur formele besluiten bij haast mag nemen. Voorts is op z'n minst onduidelijk, wat de leden van de raad van bestuur persoonlijk wel of niet doen bij het nemen van beslissingen door de gemandateerde operationele directeuren (van de Juridische Dienst, directie Mededinging en directie Regule-

ring Energie en Vervoer). Zijn zij betrokken bij de besluitvorming van hun directeuren, ook al nemen zij niet zelf een besluit? Aan deze directeuren wordt 'mandaat en machtiging verleend voor het nemen van besluiten en verrichten van overige handelingen die verband houden met de Mededingingswet, (...) de Elektriciteitswet enz.) (...)'. De mandaatverlening heeft echter geen betrekking op sancties, voorlopige lasten onder dwangsom, bindende aanwijzingen, besluiten tot vergunningsplichtigheid in concentratiezaken of besluiten op bezwaar.⁸ Onuitgewerkt is, wat wel geoorloofde 'beslissingen' en 'overige handelingen' van deze directeuren zijn. Daaronder zullen in elk geval beslissingen over het doen van bedrijfsbezoeken vallen, het afnemen van mondelinge verklaringen en het opstellen en vaststellen van rapporten. Hoe nu de besluitvorming ter zake van het nemen van deze 'beslissingen' en het verrichten van 'overige handelingen' internorganisatorisch verloopt, is aan het oog van de buitenstaander onttrokken. Overlegt een directeur die een bedrijfsbezoek laat afleggen aan meerdere vestigingen van verschillende ondernemingen over de omvangrijke inzet van mensen en middelen (waaronder misschien ook de doorzoeking van woningen en de bijbehorende betrokkenheid van de rechterlijke macht) met een lid van de raad van bestuur over de proportionaliteit van deze inzet? Bespreekt hij hoeveel mensen aan een zaak mogen werken en hoelang? Zo ja, welke informatie verkrijgt dat bestuurslid om tot een afgewogen beslissing te komen? Naarmate het bestuurslid meer te weten komt, is het bepaald niet ondenkbaar dat dat lid in de sanctioneringfase niet meer onbevooroordeeld is. Deze geheimzinnigheid is niet goed in deze tijden van transparantie. Met een goed gestructureerde mandaatregeling is hierin te voorzien. Met zoals al voorgesteld één gespecialiseerd lid van de raad van bestuur uitsluitend voor opsporing, toezicht en onderzoek plus rapporten. Dan voorkomt de raad van bestuur van de ACM het risico op vernietiging van een besluit wegens schending van de verplichting tot functiescheiding zoals dat gebeurde in de zaak van Fortis tegen de Stichting Toezicht Effectenverkeer, de voorganger van de Autoriteit Financiële Markten.⁹ Rechteren hebben in mededingingszaken, voor zover te zien, geen uitspraak hierover behoeven te doen. Wel zijn er anekdotes hierover uit de praktijk bekend.

Al met al verdient het verreweg de voorkeur dat aan de ene kant van de Chinese muur binnen de ACM een bestuurslid/procestijger sanctiezaken voorbereidt, hopelijk zodanig *bullet proof* dankzij 'systeem 2'-denken dat de bestuursleden aan de andere kant van die muur

5. T. Ottervanger, 'Bespiegelingen over mededinging toen en nu (2)', *M&M* 2012/5 (Redactioneel). Daarin bepleit hij in mededingingszaken meer 'bewust, rationeel, traag, weloverwogen' denken bij handhavers tegenover 'snel, intuïtief, emotioneel, onbewust' denken. Zie voor voorbeelden van tunnelvisie en *confirmation bias* in de zorgsector mijn artikel 'Dichtung und Wahrheit in de thuiszorg', *M&M* 2012/3, p. 102-109.

6. De raad van bestuur van de ACM telt volgens art. 3 lid 1 van de aanstaande Instellingswet Autoriteit Consument en Markt ten minste drie en ten hoogste vijf leden. Ruimte genoeg om een extra bestuurslid met deze portefeuille aan te stellen. Of het begrotingstechnisch kan, is een andere vraag. Voor een positieve beantwoording kan inspiratie worden gevonden in het Regeerakkoord. In punt 84 *Boetes marktwerking (NMa)* daarvan staat 'De boetes marktwerking (NMa) worden verhoogd omdat de NMa meer kartelboetes gaat opleggen. De ontvangsten worden geraamd op 75 mln. in 2014 oplopend naar 125 mln. structureel. Deze bezuiniging (sic!) wordt taakstellend ingeboekt op de EZ begroting'. Zulke 'bezuinigingslogica' is overigens een voorbeeld van politiek 'systeem 1'-denken. Zij zal ongetwijfeld het voorwerp vormen van 'systeem 2'-kritiek, hopelijk ook in dit blad.

7. De raad van bestuur moet op basis van art. 5a lid 2 Mededingingswet een mandaatregeling met betrekking tot de bevoegdheden van het personeel van de NMa opstellen. Dit heeft hij gedaan met zijn Besluit organisatie, mandaat, volmacht en machtiging NMa 2009 (*Stcrt.* 2009, 14819).

8. Besluit organisatie, mandaat, volmacht en machtiging NMa 2009, punt 11.

9. Uitspraak van het CBb van 9 februari 2006, LJN AV2682, gepubliceerd onder meer in *AB* 2006, 292, *JB* 2006/101, en besproken in dit blad door B.H.J. Braeken, 'CBb stelt grenzen aan alles-in één-hand stelsel', *M&M* 2011/6, p. 34-38. In die zaak was kennelijk aangetoond dat een bepaald individueel lid van de raad van bestuur van de AFM 'zodanig intensief bij een onderzoek was betrokken geweest dat niet kon worden uitgesloten dat deze betrokkenheid het betreffende lid (...) van de raad van bestuur zou kunnen belemmeren in het onderkennen van alternatieve duidingen van of lacunes in het feitensubstraat' (zie r.o. 4.3).

zonder tunnelvisie en *confirmation bias* op hun beurt goede ‘systeem 2’-besluiten nemen.

De bijdragen in het huidige nummer geven blijk van ‘bewust, rationeel en weloverwogen’ denken: Van Wonderen schrijft over producentenorganisaties in de landbouw en laat zien hoe moeizaam landbouw- en mededingingsbeleid zich tot elkaar verhouden; Wiggers en Sluijs beschrijven het laatste hoofdstuk van de saga van apotheker Van Dalen waarin duidelijk wordt dat de NZa nogal last heeft gehad van ‘systeem 1’-denken en dat het CBB met een ‘systeem 2’-oordeel uiteindelijk partijen hun strijdbijlen heeft laten opbergen; Knapen commentarieert een – bijna per definitie – ‘systeem 2’-arrest van het Hof van Justitie over selectieve distributie van Jaguar Land Rover en vergelijkt dat met relevante Nederlandse rechtspraak; Korsten tot slot annoteert de recente *Wegener*-uitspraak van de Rechtbank Rotterdam waarin duidelijk wordt dat de beboeting van leidinggevenden het voorwerp van zowel ‘systeem 1’- als van ‘systeem 2’-denken is. Veel ‘systeem 2’-leesplezier toegewenst.