

Redactioneel

Diagonaal toezicht

Prof. mr. R. Wesseling*

De ACM is opgericht en kan aan de slag. Maar niet meteen want eerst moesten een ‘Marktvisie’, een ‘Missie’ en ‘Speerpunten’ verschijnen. En ook een ‘concept-Strategie’. Die stukken zijn inmiddels gepresenteerd. De ACM zal nu dan wel eerst nog de definitieve Strategie gaan vaststellen maar hopelijk gaat men daarna snel aan zaken werken.

Het is voor buitenstaanders natuurlijk gemakkelijk flauw te doen over de namen en inhoud van dit soort beleidstukken. Waarschijnlijk zijn zij voor een gefuseerde publieke instelling echter onvermijdelijk. En met de voor de ACM geformuleerde ‘Missie’ is – anders dan taalkundig – niets mis: ‘ACM bevordert kansen en keuzes voor bedrijven en consumenten’. Ook kan men moeilijk bezwaar maken tegen het feit dat de ACM zegt onafhankelijk, open en professioneel te willen zijn. Zij mag op die ‘kernwaarden’ worden ‘aangesproken’, aldus de concept-Strategie. Dat kan desgewenst zelfs op Twitter of Facebook want de ACM is ook via die diensten actief.

Meer algemeen is de inhoud van de genoemde beleidsstukken weinig aanstootgevend. Centraal staan de belangen van consumenten en de ACM gaat voorrang geven aan zaken waarin haar verwachte bijdrage aan het bevorderen van consumentenwelvaart het grootst is. In de Marktvisie en Speerpunten noemt de ACM naast de gereguleerde sectoren (zorg, telecom, post en vervoer, energie en de financiële sector) de woningmarkt en de agrarische sector expliciet als aandachtsgebieden. De ACM staat met die keuze midden in het huidige ‘maatschappelijk debat’ maar de vraag dringt zich op of die sectoren niet al genoeg aandacht krijgen en of de ACM zich mede daarom niet beter op andere sectoren zou kunnen richten. Verder wil de ACM werk maken van

handhaving van de wettelijke bepalingen over ‘markt en overheid’ en zal zij oog hebben voor de verhouding tussen het bevorderen van marktwerking en het beschermen van andere publieke belangen. Duurzaamheid heeft de nadrukkelijke aandacht nu.

Hoewel de visie en de speerpunten dus nogal voor de hand liggen, is het voor de mededingingsjuristen toch even wennen aan de toon en nadruk van de ACM. De NMa keek vooral naar marktstructuren en afspraken tussen ondernemingen. Als de concurrentie daar niet langer beperkt werd, zat het werk van de NMa erop. Of een consument gebruik maakt van de keuzes die het aanbod op de markten biedt, dat was een zaak voor die consument, niet voor de NMa. Als die consument niet oplette of niet assertief genoeg was, dan was dat zijn of haar probleem. Met de Consumentenautoriteit erbij wordt dat anders. Vanwege de economische crisis zijn consumenten ‘extra gevoelig voor prijsaanbiedingen’, zo concludeert de ACM in de Marktvisie. Des te beter, zou je vanuit NMa-perspectief denken, want dat spoort ondernemingen aan scherp te concurreren. Maar voor de ACM ligt dat anders; consumenten zijn vanwege de toegenomen gevoeligheid voor ‘prijsaanbiedingen’ juist extra kwetsbaar voor oneerlijke handelspraktijken. De ACM gaat daar wat aan doen. Andere prioriteiten voor de ACM bestaan uit het bestrijden van bedrijven die consumenten bellen, consumenten helpen als zij betaalde producten niet geleverd krijgen en consumenten helpen met het begrijpen van ondoorzichtige prijsstellingen. Als we het dan toch over een ‘toezichtstijl’ moeten hebben, wordt die van de ACM gekenmerkt door de hurkzit, waar de NMa niet steeds naar beneden keek maar de grote lijn in de gaten hield.

Dit is allemaal prima. Maar de grote vragen voor de lezers van dit tijdschrift zijn natuurlijk: wat gaat de ACM werkelijk doen en hoe gaat zij ervoor zorgen dat zij daadwerkelijk een autoriteit van belang wordt? Het is moeilijk een totaaloordeel te geven over het functione-

* Prof. mr. R. Wesseling is advocaat bij Stibbe en hoogleraar Competition and Regulation aan de Universiteit van Amsterdam.

ren en het succes van de NMa maar het is niet gedurfd te stellen dat de NMa het in de laatste periode van haar bestaan lastig had relevante zaken succesvol aan te pakken en dat zij geen leidende rol speelde op het Europese en nationale mededingingsrechtelijke veld. Echt grote kartelzaken heeft de NMa in haar vijftienjarig bestaan sowieso nauwelijks behandeld en in vrijwel alle wat grotere zaken werden de besluiten van de NMa in de loop van de bezwaar- en beroepsprocedure geheel of gedeeltelijk vernietigd. De enige uitzondering is allicht het kartel in de bouwsector dat de NMa wel op een presenteerblaadje vanuit de sector zelf werd aangereikt. Voor de wijze waarop de NMa dat deed, kreeg zij overigens ook internationaal veel lof.

Op het gebied van misbruik van economische machtspositie is de NMa niet ver gekomen, zoals ook uit het recente SEO-rapport hierover blijkt. De spaarzame spraakmakende zaken die de NMa bracht, gingen vrijwel zonder uitzondering verloren (*NOS/Telegraaf*, *CR Delta*, enzovoort). Alleen op het gebied van fusiecontrole deed de NMa het voor zover ik kan overzien goed. Natuurlijk waren er klachten over de hoeveelheid informatie waarom bedrijven gevraagd werd en soms over de wat rigide benadering van de behandelend ambtenaren, maar over het geheel genomen was het fusietoezicht van de NMa effectief en soms zelfs innovatief (denk aan *Gouden Gids/Telefoongids*). De ACM zou zich dus kunnen laten inspireren door het relatieve succes van de NMa op het gebied van fusiecontrole. De nadruk zou daarbij moeten liggen op de periode van ruwweg 2005 tot 2010, want de (quasi-)blokkades van fusies in de kroketten- en de beschuitsector dreigen het imago van de NMa als spruitjesautoriteit – in internationale kringen voorzichtigjes ontstaan na de boomkweker-, paprika- en uienzaken – te versterken.

Het ligt verder voor de hand dat ACM inspiratie ontleent aan de manier waarop andere mededingingsautoriteiten opereren. Voor de Europese Commissie geldt dat zij in de afgelopen jaren is gegroeid tot hét platform waarop de grote mondiale en Europese mededingingsrechtelijke kwesties worden besproken en beslist. Er valt veel te zeggen over de verschillen in het institutionele en procedurele raamwerk waarin het Amerikaanse respectievelijk het EU-mededingingsrecht wordt gehandhaafd – en over de voor- en nadelen daarvan – maar de Europese Commissie is in ieder geval een autoriteit waar ondernemingen met marktmacht rekening mee houden. Dat geldt voor ondernemingen die zelfstandig marktmacht hebben (Microsoft, Google, Intel, Reuters), samenwerkende ondernemingen (mondiaal opererende kartels bijvoorbeeld) en ondernemingen die willen fuseren (Euronext/Deutsche Börse, UPS/TNT). Op al die gebieden is het succes van de Commissie gebaseerd op de rol van de verschillende ondernemingen die in de onderzochte sector actief zijn. Zij leveren de informatie aan waarop de Commissie haar handelen mede kan baseren. Dit kan zijn als clementieaanvrager of als klager, maar de inbreng van de ondernemingen in het gehele proces is cruciaal. Het spreekt voor zich dat autoriteiten nooit zo snel als de ondernemingen zelf zien en begrij-

pen wat er op een markt gebeurt, waarom dat gebeurt en wat de gevolgen zijn. Uiteraard hebben de klagende ondernemingen eigen belangen en is het dus van zeer groot belang dat de autoriteit in het beoordelen van de informatie onderscheid kan maken tussen informatie die voor een objectieve beoordeling van het mededingingsrechtelijke probleem relevant is en informatie die dat niet is.

Hoewel het procedurele raamwerk waarbinnen de Europese Commissie werkt lang niet perfect is om deze beoordeling te maken, valt dus op dat de Commissie de laatste jaren in staat is gebleken wezenlijke mededingingsrechtelijke onderwerpen op te pakken en tot uitkomsten te komen die de structuur van de markt of het gedrag op de markt nadrukkelijk veranderen.

De ACM is een nationale autoriteit en geen Europese Commissie. Zij kan dus ook niet dezelfde rol spelen als de Europese Commissie, maar als het juist is dat het succes (als het dat is) van de Europese Commissie vooral kwam toen marktpartijen de Commissie begonnen te zien als een platform waarop serieuze marktverstoringen aan de orde gesteld kunnen worden en waarop zondig ook beslissingen tot stand komen die ertoe doen, zou de ACM zich dan niet daarop moeten richten? Dus op de vraag; hoe zorgen wij ervoor dat ondernemingen ons ongevraagd van relevante informatie gaan voorzien?

Want hoeveel 'detectieteams' en 'radars' (zie onderdeel 5.3 van de concept-Strategie van de ACM) de ACM ook zal opzetten om relevante marktverstoringen bloot te leggen en om ondernemingen succesvol te kunnen vervolgen, de ACM zal naar mijn mening steeds de steun – in de zin van inbreng – moeten hebben van betrokken marktpartijen. De zaak *Van Drie/Alpuro* biedt op nationaal niveau misschien een aardige illustratie. De NMa had goedkeuring verleend voor de concentratie in de kalfsvleessector. In beroep legden veehouders (leveranciers van het vlees) met succes uit welke aspecten de NMa over het hoofd had gezien in de beoordeling. De rechter gebood de NMa op dit onderdeel nader onderzoek te doen. De conclusie van de NMa werd hierdoor uiteindelijk niet aangetast maar de kwaliteit van het onderzoek en het besluit van de NMa nam zo toe op basis van de geïnformeerde inbreng van betrokken ondernemingen.

Het is tegen bovenstaande achtergrond de vraag of de exclusieve focus van de ACM op de rol van de consument wel zo zinvol is. De consument is net zozeer als de autoriteit op vrijwel alle markten een buitenstaander die weinig begrijpt van wat er werkelijk gebeurt op de markt en hoe het aanbod tot stand komt. De ACM kan wel prioriteit willen geven aan het voorkomen dat die consument wordt gebeld of dat hij een onduidelijke aanbieding krijgt, maar die ACM richt zich dan tot op zekere hoogte op het bestrijden van symptomen en wordt weinig wijzer over de achterliggende oorzaken. Laat de ACM kortom niet alleen consumenten maar ook ondernemingen emanciperen! Dat lijkt voor het 'laten werken' van markten (ook nog steeds een prima missie) van groot belang.

In *Markt & Mededinging* verandert ook iets. In plaats van de traditionele ene columnist zijn er maar liefst vier aangesteld: economen René Jansen en Maarten Janssen en juristen Paul Glazener en Martijn Snoep. Zij zullen in de komende periode (individueel uiteraard) columns schrijven voor ons blad. Als columnisten hebben zij nu zelfs enige vrijheid om te beslissen hoe vaak zij een column schrijven. Zo staan er in dit nummer al twee columns van de nieuwe columnisten; een van Maarten Janssen en een van Martijn Snoep. Die bieden meteen stof om over na te denken. Wij bedanken Maarten-Pieter Schinkel zeer voor zijn rol als columnist in de afgelopen periode. Verder biedt dit nummer van alles wat want het bevat een diepgravend artikel van Kees Schillemans en Clio Zois over remedies in fusiecontrole-zaken enerzijds en ‘antitrust’-zaken anderzijds, een annotatie bij de toezeggingsbeschikking van de Europese Commissie over de detailhandelsprijzen voor *e-books* door Pepijn van Ginneken en Christiaan van Veen en een bespreking van het proefschrift van Marc Wiggers over de NZa en de NMa door Diederik Schrijvershof.