



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Soms maar liever ongeschikt

Schinkel, M.P.

Publication date

2011

Document Version

Final published version

Published in

Markt en Mededinging

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Schinkel, M. P. (2011). Soms maar liever ongeschikt. *Markt en Mededinging*, 14(2), 88-90. http://www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/marktenmededinging/2011/2/MenM_1387-6236_2011_014_002_005.pdf

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Soms maar liever ongeschikt

Prof. dr. Maarten Pieter Schinkel*

88

Daders schijnen het te doen met slachtoffers, en al langer met elkaar; toezichthouders zeggen nu het met daders graag te willen: niemand weet hoe vaak precies, met wie en voor hoeveel, maar naar verluidt wordt er druk geschikt in mededingingszaken. De kracht van schikken is natuurlijk dat het tussen partijen onderling gebeurt, zonder dat derden er de details, of überhaupt ook maar iets, van hoeven te weten. Dat het aantrekkelijk kan zijn voor private partijen met een mededingingsrechtelijke kwestie om er samen uit te komen is duidelijk: schikken beperkt blootstelling, proceskosten en aansprakelijkheid. Hun juridisch adviseurs zijn daarbij gehouden aan Regel 3 van de gedragsregels voor advocaten.¹ En ook de voordelen die de Europese Commissie, sinds enkele jaren publiekelijk op schikkingspad, ziet, zijn niet denkbeeldig: kortere procedures kunnen publieke middelen besparen, die weer voor verbreding van de handhaving kunnen worden ingezet.² Kortom, schikken kan efficiënt zijn.

Maar er is ook een aantal nadelen aan veel geschik, met name in het mededingingsrecht. In de eerste plaats – en een bekend argument – duiden beschikkingen van autoriteiten en gerechtelijke uitspraken de wet. Jurisprudentie is een publiek goed, en omdat partijen tot schikken besluiten op basis van private afwegingen van belangen, waarin de positieve externe effecten van publiekelijke interpretaties van de wet niet worden meegewogen, dreigt onderproductie – dat wil zeggen vanuit maat-

schappelijk oogpunt te weinig jurisprudentie.³ Deze dreiging is het grootst in rechtsgebieden waarin (her)interpretatie van de wet regelmatig nodig is, en dat is bij uitstek het geval bij de mededingingsregels. Immers, ondernemers zijn creatieve mensen die voortdurend innovatieve bedrijfsstrategieën bedenken, op zoek naar succes op de markt, waaronder tactieken die langs de randen van het toelaatbare gaan, of wellicht er overheen. Die behoeven publieke toetsing, zodat iedereen weten kan wat mag en wat niet.

Een erg gesloten schikcultuur kan maken dat de interpretatie van de wet een bijna geheime eigen dynamiek krijgt, die alleen een handjevol topadvocaten echt volgen kan. Hoe minder publiekelijk wordt besloten – door de bevoegde autoriteiten – hoe meer alleen zij precies weten wat mogelijk een overtreding is, en wat daarom welke waarde heeft in onderhandelingen. Als de mededingingsautoriteit vrijwel overal buiten blijft, dan moet een onderneming waartegen een dreiging van een klacht is geuit – of laten we zeggen, waaraan een voorstel tot een schikking is gedaan – wel bij deze insiders terecht. Immers, alleen zij zijn nog enigszins in staat om te beoordelen hoe de mededingingsautoriteit, inmiddels een langslapende reuzin, mogelijk zou reageren als zij per ongeluk dan toch werd wakker geschud. In het ergste geval weet, bij wijze van spreken, de autoriteit zelf na jaren van mededingingsrechtelijke ontwikkelingen die zich grotendeels aan haar zicht onttrokken, niet meer waar de grenzen van de wet nu inmiddels precies zijn komen te liggen.

Een tweede nadeel is dat een onbekend hoog percentage schikkingen leidt tot een totaal vertekend beeld van omvang en aard van de mededingingsrechtelijke problemen die er in een economie spelen. Immers over de aan-

* Prof. dr. M.P. Schinkel is hoogleraar Competition Economics and Regulation aan de Universiteit van Amsterdam en co-director van het Amsterdam Center for Law and Economics (ACLE).

1. Regel 3 van de Nederlandse gedragsregels voor advocaten luidt: 'De advocaat dient zich voor ogen te houden dat een regeling in der minne vaak de voorkeur verdient boven een proces.'
2. Commission Notice on the Conduct of Settlement Procedures in View of the Adoption of Decisions Pursuant to Article 7 and Article 23 of Council Regulation (EC) No 1/2003 in Cartel Cases, 2008 O.J. (C 167), p. 1-6.

3. Zie bijv. Louis Kaplow en Steven Shavell, 'Economic analysis of law,' Chapter 25, in: Alan J. Auerbach en Martin Feldstein (eds.), *Handbook of Public Economics* Volume 3, Amsterdam: Elsevier 2002, p. 1661-1784.

tallen en typen zaken die worden geschikt zijn geen gegevens bekend, terwijl er waarschijnlijk een sterk selectie-effect in zit. Bepaalde zaken – in het bijzonder die waarin de mogelijke consequenties van een formele publieke afhandeling groot zijn – lijken meer geschikt om te schikken dan andere. Maar hoe de vertekening van de statistieken precies uitpakt, is niet goed te weten. Dit is funest voor empirisch onderzoek – dat toch al lijdt onder allerlei steekproefselectievertekeningen die veroorzaakt worden door niet-representatieve opsporings-, prioriterings- en afhandelingsbeslissingen die de autoriteiten zonder veel toelichting nemen.⁴

Gebrek aan goed empirisch inzicht kan gemakkelijk leiden tot verkeerde strategische keuzes in het mededingingsbeleid. Stel – wie weet – dat men elkaar in het Nederlandse bedrijfsleven sinds jaar en dag weet te vinden als het gaat om misbruik van een machtspositie. Iedereen weet: ‘we hebben een prima wet, maar de NMa, die hoeft er bij ons niet aan te pas te komen – zeker niet formeel.’ Bij een dispuut volstaat wat vertrouwelijke correspondentie tussen advocaten om te krijgen wat een ieder schikt. De onderneming met de machtspositie stopt het gevoelde misbruik; een passende compensatie wordt gevonden; zaak gesloten (gebleven). Na een aantal jaren echter begint het op te vallen dat de NMa toch maar weinig artikel 24-zaken doet. Er worden vragen gesteld. ‘Is dat artikel wel toereikend? Moet de NMa er niet wat meer mee? Of kan het juist met minder budget af?’ Verkeerde keuzes dreigen.

Evenzo zou het kunnen lijken alsof er nauwelijks sprake is van civiele handhaving, terwijl er achter de schermen juist van alles gebeurt. Dat kan dan zomaar tot gevolg hebben dat de handhaver bijvoorbeeld het clementieprogramma, dat wel observeerbare aantallen produceert – zij het soms zaakjes die weinig om het lijf hebben – wil beschermen, ten kosten van de mogelijkheden voor het brengen van een kartelschadezaak. En dat terwijl op basis van die dreiging nu juist de schikkingen plaatsvinden. Zo kan het gebeuren dat, zelfs als schikkingen in kartelschadezaken op zichzelf een prima eerlijke en efficiënte afwikkeling zijn, ze aan hun eigen succes ten onder gaan, met welvaartsverliezen tot gevolg.

Maar kartelschades schikken is niet altijd eerlijk en efficiënt. Een derde nadeel van schikkingen in mededingingszaken is namelijk dat ze dikwijls alleen bereikbaar zullen zijn (en blijven) voor grotere afnemers die direct handelden met het kartel of de machtsmisbruiker, die zelf echter maar weinig nettoschade hebben geleden doordat zij het grootste deel ervan hebben kunnen doorgeven aan hun klanten. De echte slachtoffers – wat

verder verwijderde tussenhandel en uiteindelijk consumenten – krijgen nergens weet van, laat staan een vergoeding.

Dit probleem doet zich ook weer bij uitstek voor in mededingingszaken. Immers, de productiekolommen waarin zich een mededingingswetovertreiding voordoet zijn vaak complex, met verschillende schakels die halffabrikaten leveren die elders weer verder worden gecombineerd tot eindproducten. Als er zich ergens in zo’n lange keten een kartel heeft gevormd, dan kan het zijn dat daar op een gegeven moment iemand min of meer toevallig achter komt. Een directe afnemer, bijvoorbeeld, krijgt een vermoeden en kaart het kartel aan.

Als nu verder niemand ergens van weet, en deze directe afnemer treft met het kartel een schikking voor zijn geleden schade, dan kan het daarbij blijven. Mogelijk is er echter grote gevolgschade geleden, elders in de productiekolom, die op deze manier ongecompenseerd blijft. Zelfs als de ontdekking en schikking zouden leiden tot het uit elkaar vallen van het kartel en herstel van de concurrentie, wordt er geen recht gedaan. En ondernemingen die zich zo beschermd weten van aansprakelijkheid bij een eventuele ontdekking komen in een grotere verleiding om een kartel te vormen. Nog kwalijker wordt het als de bilaterale schikking het kartel de mogelijkheid geeft om de verkoopvoorwaarden voor de andere afnemers gezamenlijk te blijven coördineren. Interessant genoeg kan de schikkende afnemer hiervan, zonder zelf de wet te overtreden, profiteren: hoge inputprijzen voor zijn concurrenten – maar niet voor hem – geven hem een concurrentieel voordeel en een flinke marge. En hij zwijgt bovendien alleen als zijn schadeloosstelling aantrekkelijk genoeg is.

Ten slotte dan de schikkingmogelijkheid waarmee de Europese Commissie sinds kort adverteert. Hoewel de Commissie stoer zegt niet te onderhandelen over de 10% korting op de boete die het schikkers in het verschiet stelt, komt ze me nogal gretig over. Er is ook ruimte genoeg om partijen wat te geven in ruil voor het opgeven van hun weerstand.⁵ In het bijzonder lijkt de Commissie de mogelijkheden voor slachtoffers om een *follow-on* kartelschadezaak te brengen deels te willen offeren voor een vlotte afwikkeling van hun publieke zaak. Opvallend is bijvoorbeeld dat de oproep om civiele schadeprocedures te starten, die standaard was geworden in de memo’s van de Commissie bij kartelbeschikkingen, in de summere persberichten over *DRAM Producers* en *Animal Feed Phosphates* is komen te vervallen. De teksten bieden verder nauwelijks houvast voor het beginnen van een schadezaak. Het blijft onduidelijk of er ooit een formele beschikking zal worden gepubliceerd, en of daar dan ook echt iets in zal staan.

In de publieke verpatsing van private rechten schuilen, naast groot onrecht, ben ik bang, perverse prikkels. Stel, u betrapt toevallig een dief met uw fiets, en u roept de politie erbij. De agent maakt proces-verbaal op – u weet

4. Overigens is het goed mogelijk om econometrische methoden te ontwikkelen – bijvoorbeeld gebaseerd op het werk van James Heckman – waarmee deze vertekeningen deels zouden kunnen worden gecorrigeerd. Mededingingsautoriteiten zouden hiervoor belangstelling moeten hebben – maar die heb ik nog niet bespeurd. Ook node is een enquête onder advocaten naar hun inschatting van de grootte van de schikkingspraktijk – methodologisch vergelijkbaar met de studies die OFT en NMa deden naar de afschrikwekkende werking van hun fusiebeleid.

5. Meer hierover in Maarten Pieter Schinkel, ‘Bargaining in the Shadow of the European Settlement Procedure for Cartels’ *Antitrust Bulletin*, forthcoming 2011.

wel hoe dat gaat: op een blocnoteje, met u beiden apart sprekend, net buiten gehoorsafstand – en zegt dan tegen u: ‘Sorry meneer, maar wij hebben afgesproken, verdachte en ik, dat hij uw fiets mag houden: alleen onder die voorwaarde kon verdachte afzien van bezwaar tegen zijn voorgeleiding.’ Dat lijkt me ergens diep in te gaan tegen een heel fundamenteel recht van de mens of zo – maar goed, ik ben maar een eenvoudig econoom. Zeker ontmoedigt het slachtoffers om overtredingen aan de kaak te stellen. Niet alleen doet dat laatste het eigen werk van de Commissie om civiele handhaving te stimuleren teniet, het maakt ook dat slachtoffers het recht in eigen zullen hand nemen – met alle hierboven besproken nadelen van dien.