



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### De kartelhel

Wesseling, R.

**Publication date**

2011

**Document Version**

Final published version

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

Wesseling, R. (2011). *De kartelhel*. (Oratiereeks; No. 387). Vossiuspers UvA.

**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.

# De kartelhel



# De kartelhel

*Rede*

uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van  
hoogleraar Competition Law and Regulation  
aan de Universiteit van Amsterdam  
op donderdag 1 april 2010

door

Rein Wesseling

 VOSSIUSPERS UVA

Vossiuspers UvA is een imprint van Amsterdam University Press.  
Deze uitgave is totstandgekomen onder auspiciën van de Universiteit van Amsterdam.

Dit is oratie 387, verschenen in de oratiereeks van de Universiteit van Amsterdam.

Omslag: Crasborn BNO, Valkenburg a/d Geul  
Opmaak: JAPES, Amsterdam  
Foto omslag: Carmen Freudenthal, Amsterdam

ISBN 978 90 5629 673 5  
e-ISBN 978 90 4851 433 5

© Vossiuspers UvA, Amsterdam, 2011

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 j° het Besluit van 20 juni 1974, St.b. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, St.b. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

*Mevrouw de Rector,  
Dames en heren,*

## **Inleiding**

Nederland stond lang bekend als het kartelparadijs van Europa. Die situatie is wezenlijk veranderd, mede door de introductie van de Mededingingswet en de oprichting van de NMa in 1998. Tot eind van de jaren negentig van de vorige eeuw kreeg de kartellist nog goedkeuring van de minister voor Economische zaken voor kartelovereenkomsten. Nu wil diezelfde minister dezelfde kartellist achter de tralies zetten. Het kan in de politiek, zoals bekend, snel gaan. Maar het is de vraag of burgers en ondernemingen zich met hetzelfde tempo kunnen aanpassen aan een zo radicale wijziging van een norm. De straffen die vandaag de dag – mondiaal – worden opgelegd voor overtredingen van het kartelverbod zijn zonder gelijke. De boetes die de Europese Commissie oplegt, bedragen nu geregeld meer dan één miljard euro. Eén enkele onderneming, het Franse Saint-Gobain, kreeg twee jaar geleden een boete van 896 miljoen euro. Ter vergelijking: de maximum boete in het Nederlandse strafrecht bedraagt 760.000 euro per overtreding. Maar 896 miljoen euro – dat is, voor de omrekenaars, van wie ik weet dat er ten minste één in de zaal zit – bijna twee miljard gulden.

In verschillende landen worden daarnaast celstraffen opgelegd voor deelname aan kartels. Zo werd een Nederlandse manager vorig jaar in de Verenigde Staten veroordeeld tot het uitzitten van een celstraf van acht maanden. Zo'n Amerikaanse gevangenis verhoudt zich slecht met gedachten over een (kartel)paradijs. Denk aan de beschrijving van de situatie in de Amerikaanse gevangenis die Tom Wolfe geeft in *A Man in Full*. Uit een stukje in de krant van twee weken geleden bleek dat die beschrijving nog actueel is. En ook dat het in de zogenaamde 'ultra low security prisons', waar witteboordencriminelen worden gehuisvest, niet veel beter is. Want ondanks alles worden kartellisten nog wel tot de categorie witteboordencriminelen gerekend. Dat valt dan weer mee.

In de *Wall Street Journal* werd verslag gedaan van de waarschijnlijke mishandeling van Bernard Madoff in zo'n *ultra low security prison*. Of die mis-

handeling van Madoff echt heeft plaatsgevonden, is op basis van dat stukje niet zeker. Maar ik geloof dat dit voor het beeld niet zoveel uitmaakt. De beschrijving van de personen die als informanten voor het stukje dienden, zegt genoeg. Ik citeer: ‘The current inmate – dat is de bron van de journaliste, RW – said Mr. Madoff’s assailant was a beefy man serving time for a drug conviction. The alleged assailant’s mother said in an interview her son had not mentioned any scuffle with Mr. Madoff but that he had been a body builder and held a black band in Judo until he was injured in a shooting in 2002. While behind bars he has regained strength and gotten back into shape, she said.’<sup>1</sup>

Die hoge straffen zijn iets van de laatste tien jaar. Wereldwijd zijn de straffen voor kartelovertradingen sinds eind vorige eeuw gigantisch toegenomen. Om een of andere reden en ondanks persberichten en persconferenties bij het opleggen van sancties, heeft de onderliggende trend vorm gekregen zonder al te veel aandacht te ontvangen van de media. Toch liegen de statistieken er niet om:

- De boetes aan ondernemingen opgelegd voor kartelovertradingen in de VS (op federaal niveau) bedroegen in de afgelopen tien jaar 4,2 miljard Amerikaanse dollar. In de tien jaar daarvoor (1990-1999) bedroegen de boetes 1,6 miljard dollar en het decennium daarvoor 188 miljoen dollar.<sup>2</sup>
- Tot aan begin 1999 hadden Amerikaanse rechters nog geen enkel buitenlands persoon veroordeeld tot het uitzitten van een gevangenisstraf voor een overtrading van het kartelverbod in de Verenigde Staten. Sinds mei 1999 – in de afgelopen tien jaar dus – zijn meer dan veertig niet-Amerikaanse kartellisten veroordeeld tot een gevangenisstraf. In de laatste drie jaar was de gemiddelde duur van de gevangenisstraffen – voor alle veroordeelden voor kartelinbreuken – bijna 27 maanden. Dat wil zeggen dat de gemiddelde celstraf voor overtrading van het kartelverbod in Amerika langer dan twee jaar is. In de jaren negentig van de vorige eeuw was de gemiddelde duur nog aanzienlijk korter dan één jaar.<sup>3</sup>
- De boetes in Europa zijn ook spectaculair gestegen. In de afgelopen tien jaar heeft de Europese Commissie voor meer dan dertien miljard euro aan boetes opgelegd voor overtradingen van het kartelverbod. In de tien jaar daarvoor haalde de Commissie de één miljard niet. Geaggregeerd zijn de boetes dus meer dan vijftien keer zo hoog geworden.<sup>4</sup>

Voor Nederland hebben we geen vergelijkingsmateriaal, want de Mededingingswet trad pas eind vorige eeuw in werking. Maar in 2002 legde de NMA een boete op van 88 miljoen euro (later teruggebracht tot 53 miljoen) voor een inbreuk die bestond uit één bijeenkomst.

De sancties illustreren dat kartelovertradingen in de westerse markteconomieën van vandaag gelden als een grote zonde. Het Amerikaanse Hoogge-

rechtshof kwalificeerde kartels als ‘the supreme evil of antitrust’, het opperste kwaad van het mededingingsrecht.<sup>5</sup> Niet minder eenduidig was voormalig Euro-Commissaris voor mededingingszaken professor Mario Monti. Hij kwalificeerde kartels als ‘cancers on the open market economy’.<sup>6</sup> In reactie op bezwaren tegen de extreem hoge boetes reageerde Euro-Commissaris Neelie Kroes, eind vorig jaar: ‘I have no time for arguments that our fines are too high.’<sup>7</sup>

Die opstelling is tot op zekere hoogte kenmerkend voor de benadering van de Commissie die zelf opspoot en veroordeelt als deze vindt dat zij beet heeft. Maar veel publieke aandacht heeft die situatie in de kartelcontext niet gekregen. Wél was er opeens veel aandacht voor de halsstarrigheid van de Commissie toen de Nederlandse minister van Financiën de voorwaarden versoepeld wilde zien, waaronder de Nederlandse onderdelen van Fortis en ABN-AMRO mochten fuseren. Toen bleek dat de Commissie het alleenrecht heeft om over dit soort kwesties te beslissen, was de Tweede Kamer te klein. Ook op het andere moment dat de staat in de afgelopen tijd geraakt werd door de vergaande Commissiebevoegdheden in het mededingingsrecht, leidde dit tot verontwaardiging over de procedures en de strenge opstelling van de Commissie. Nog de afgelopen week riep de president van De Nederlandse Bank, Nout Wellink, op tot een extern en diepgravend onderzoek naar de manier waarop de Commissie in de zaak rond de noodsteun voor ING mogelijk misbruik heeft gemaakt van haar bevoegdheden. Ook de sancties – de verplichte verkoop van een aanzienlijk deel van de activiteiten – zouden disproportioneel zijn geweest. Het is wellicht nuttig hier te signaleren dat al veel langer kritiek bestaat – en wel in de kartelcontext – op de procedures en sancties van de Commissie.

Zoals we later zullen zien, worden de zware straffen voor kartelovertreden meestal opgelegd op basis van informatie verschaft door spijtoptanten of kroongetuigen. Het bewijs wordt dan dus geleverd door ondernemingen en mensen die eerst deelnamen aan de overtreding, maar het bestaan van het kartel vervolgens hebben opgebiecht bij de vervolgende autoriteiten. In ruil daarvoor kregen zij geen straf of een lagere straf.

De kartellist is als vertegenwoordiger van het opperste kwaad van het mededingingsrecht de duivel van het economisch verkeer. En deze *diavolo economico* zal branden in de door de autoriteiten gecreëerde hel van de klikkers, van de celstraffen, de beroepsverboden, aansprakelijkheden en van de jarenlange juridische procedures. Dít is de kartelhel waarover ik vanmiddag zal spreken.

Anders dan u allicht had gehoopt, kan ik u niet zeggen dat ik de dichter ben die u tijdens die tocht zal leiden. Een komedie, laat staan een goddelijke komedie, kan ik u sowieso niet in het vooruitzicht stellen. Wel zal ik, mede gelet op de interesse van sommige van de jongere aanwezigen voor de oudere James



Bond-films, waar mogelijk aandacht schenken aan de aspecten van het kartelrecht die daaraan doen denken,<sup>8</sup> zoals de luxe hotels in Zwitserland, al dan niet met casino, waar kartelontmoetingen plaatsvonden en de – ook in Zwitserland gevestigde – vennootschappen die centraal hebben gestaan bij de administratie van wereldwijde kartelactiviteiten – op roze en rode papieren, met SPECTRE-achtige namen als Fides Trust en AC Treuhand. Dat klinkt allemaal spannend en romantisch, en dat is de kartelrechtpraktijk tot op zekere hoogte ook. Het spijt mij daarbij echter te moeten zeggen dat het binnen Nederland meest beruchte karteladministratiekantoor was: Bureau Teppema.

Wat ik u niet zal laten zien, omdat zoiets altijd fout gaat of niet goed overkomt, zijn de beroemd geworden opnames die de FBI met een verborgen camera maakte van bijeenkomsten waarin het Lysine-kartel vorm kreeg. Het is goed denkbaar dat die spectaculaire opnames mede de basis hebben gevormd voor de overtuiging dat kartels het opperste kwaad in een markteconomie vertegenwoordigen. Want inderdaad: extremer kan bijna niet. De FBI registreerde opmerkingen als: ‘The competitor is our friend, and the customer is our enemy’ en ‘I want to be closer to you than I am to any customer because you can make us [...] money.’ De Amerikaanse mededingingsautoriteiten hebben die beelden gebruikt in een soort mondiale *road show* waarin zij het belang van effectieve handhaving van het kartelverbod benadrukten. Het ontdekken van het Lysine-kartel en de succesvolle vervolging van de deelnemers aan dat kartel in de jaren 1990 kunnen daarom goed gezien worden als het keerpunt in de handhaving van het kartelverbod.

Ik zal het vanmiddag dus hebben over kartels en het kartelrecht. Maar ik zal eerst iets zeggen over de plaats van het kartelrecht binnen het mededingingsrecht en – daarmee – binnen de leeropdracht. Mijn leeropdracht is *Competition Law and Regulation*. Dat is een wijziging in de omschrijving van de opdracht ten opzichte van mijn voorgangers, want toen luidde de leeropdracht ‘economisch orderingsrecht’. Veel verschil maakt dit denk ik niet.

## De plaats van het kartelrecht binnen het mededingingsrecht

Het mededingingsrecht zoekt een balans. Dit is de balans tussen de vrijheid van economisch handelen enerzijds en het verbod om economisch zo te handelen dat dit het algemene belang schaadt anderzijds. Over de grens – dus: welke mate van marktwerking het algemene belang het meest dient – bestaat geen consensus. De politieke en daarmee ook de juridische voorkeur is onderhevig aan verandering. Die verandering leidt soms tot een structurele verbetering. Maar deels is de verandering ook een permanent (cyclisch) proces.

Precies tien jaar geleden (op 19 april 2000) hield mijn voorganger Vogelaar zijn oratie onder de titel ‘Marktwerking moet!’<sup>9</sup> Achter dat ‘moet’ stond een uitroepteken. Het was de tijd van vrijwel ongebreidelde liberalisering, van introductie van marktwerking en van privatiseringen. Ook de nieuwe Nederlandse Mededingingswet was net in werking getreden.

Het sentiment is vandaag anders. Wouter Bos, de voormalig politiek leider van de Partij van de Arbeid, voelde dat nog goed aan toen hij eind januari van dit jaar, in zijn Den Uyl-lezing, benadrukte dat de les van de afgelopen jaren is dat de markt moet worden getemd en dat de ruimte voor marktwerking moet worden beperkt.<sup>10</sup> Het was hem kennelijk eerder te doen om specifieke sectoren (de financiële sector en de zorg) dan om een algehele herziening van de economische ordening, want dat de algemeen van toepassing zijnde Mededingingswet zou moeten worden afgeschaft, betoogt eigenlijk niemand.

Ook bij de toepassing van het algemene mededingingsrecht zoekt men de optimale balans tussen de voordelen van vrijheid op de markt en de nadelen die verbonden zijn aan totale vrijheid. Wat daarmee wordt bedoeld, is goed te illustreren aan de hand van twee bekende citaten uit Adam Smith’ beroemde boek *The Wealth of Nations*. Enerzijds beschrijft Smith het fenomeen van het marktmechanisme dat als een ‘onzichtbare hand’ de economie de beste kant op dirigeert en leidt tot een optimale aanwending van de productiefactoren: ‘Every individual [...] neither intends to promote the public interest, nor knows how much he is promoting it. [...] by directing that industry in such a manner as its produce may be of the greatest value, he intends only his own gain, and he is in this, as in many other cases, led by an invisible hand to promote an end which was no part of his intention.’<sup>11</sup>

Of, korter: ‘It is not from the benevolence of the butcher, the brewer or the baker that we expect our dinner, but from their regard to their own interest.’<sup>12</sup> Dat is de onzichtbare hand.

Anderzijds onderkende ook Adam Smith dat indien ondernemingen ongeremd hun eigen belangen zouden kunnen nastreven, dit ten koste zal gaan van de consumentenwelvaart. Was het toegestaan, dan zouden concurrenten onderling afspreken de prijzen voor hun producten en diensten te verhogen. Dat doet de totale economische welvaart normaal gesproken afnemen. Het duidelijkst zegt Smith dit als volgt: ‘People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices.’<sup>13</sup>

We geloven dus dat ondernemingen, door het nastreven van hun eigenbelang, onbewust en onbedoeld ook optimale welvaart genereren. Maar laten we de ondernemers helemaal vrij, dan zullen ze gezamenlijk ervoor zorgen dat de totale welvaart afneemt. Zie hier het fenomeen dat ook wel aangeduid kan worden als de paradox van het mededingingsrecht: ‘the antitrust paradox’.<sup>14</sup>

Om de vrije markt optimaal te laten functioneren, moet de overheid grenzen aan de vrijheid stellen. In die zin kan het mededingingsrecht – of de mededingingsautoriteit – worden gezien als de ‘zichtbare hand’ van het marktmechanisme.

Het mededingingsrecht in *ruime* zin omvat sectorspecifieke regelgeving (de Postwet, de Energiewet en bijvoorbeeld de Luchtvaartwet die bepaalt welke tarieven Schiphol mag vragen voor stijgende en landende vliegtuigen). En op Europees niveau behoren ook de regels over staatssteun tot het mededingingsrecht.

Het mededingingsrecht in *engere* zin – de kern eigenlijk – bestaat uit drie onderdelen. Ten eerste is dat het kartelverbod zelf. Daar kom ik op terug. Ten tweede is dat het verbod voor ondernemingen die een economische machtspositie hebben om daar misbruik van te maken. Denk hierbij aan Microsoft dat met Windows al jarenlang een dominante positie heeft op de markt voor besturingssystemen voor personal computers. Microsoft mag geen misbruik maken van die economische machtspositie. Doet zij dat toch, dan kunnen de mededingingsautoriteiten boetes opleggen. Het derde onderdeel van het mededingingsrecht in enge zin is fusiecontrole. Zoals gezien moet een fusie van de activiteiten van Fortis en ABN-AMRO door de mededingingsautoriteiten worden goedgekeurd. De mededingingsautoriteiten beoordelen het mogelijke effect van de fusie op de concurrentie op de relevante markten. Indien de fusie leidt tot een significante beperking van de mededinging op een of meer van die markten, dan verbiedt de mededingingsautoriteit de fusie. Soms kan de mededingingsautoriteit zo’n fusie toch goedkeuren indien de fuserende partijen de transactie anders inrichten en bijvoorbeeld een deel van de onderneming aan een concurrent verkopen. Dat gebeurde ook in het geval van Fortis en ABN-AMRO.

Maar het gaat vanmiddag dus over kartels. Ik wil er de volgende twee deelonderwerpen van bespreken. Ten eerste de norm zelf: wat is verboden onder het kartelverbod? En hoe verhoudt die norm zich tot het kartelparadijs van ruim tien jaar geleden? Het tweede deelonderwerp betreft aspecten van de procedure waarin het kartelverbod in Europa wordt gehandhaafd.

## Kartels

Ik begin met de norm. Uit de inleiding weten we nog dat kartels schadelijk zijn voor de economie. We vinden het heel erg; het ultieme kwaad van het mededingingsrecht (‘the supreme evil of antitrust’). Maar wat is een kartel? Dat is niet gemakkelijk te definiëren en ook niet gemakkelijk te omschrijven. In dat soort situaties worden we nog wel eens geholpen doordat het fenomeen welis-

waar moeilijk te omschrijven is, maar gemakkelijk te herkennen – zoals de giraf. Maar ook dat is bij kartels eigenlijk niet het geval.

Het archetype kartel is trouwens wél gemakkelijk te herkennen. Denk bijvoorbeeld aan het olieproductiekartel van de landen verenigd in OPEC. Dat is een kartel.

Er wordt in de media ook vaak gesproken over drugskartels, maar in de zoektocht naar een omkadering van het kartelbegrip zijn we daar, denk ik, niet mee geholpen. Zoals we zullen zien, is de essentie van het kartelbegrip dat ondernemingen afspreken onderling niet of alleen op een onderling afgesproken manier te concurreren (zoals de OPEC-landen hebben gedaan). Over de zogenaamde drugskartels valt veel te zeggen, maar niet – heb ik de indruk – dat die kartels onderling niet concurreren. Het is tot op zekere hoogte ook inherent tegenstrijdig om, zoals in de media consequent wordt gedaan, te spreken over ‘tallose rivaliserende drugskartels’. Zouden er tallose rivaliserende olieproductiekartels bestaan, dan zou de prijs voor ruwe olie scherp dalen.

Maar goed; het archetype kartel bestaat dus uit expliciete afspraken tussen ondernemingen om niet vol met elkaar te concurreren. Het woord ‘kartel’ betekende oorspronkelijk een wapenstilstand, of eigenlijk het document dat de afspraken over de wapenstilstand vastlegde. Inmiddels is de reikwijdte van het kartelverbod echter veel groter. In samenhang met de vaststelling dat de morele verontwaardiging over en sancties voor kartels in de afgelopen periode fundamenteel zijn vergroot, is dat een relevante constatering.

### *De kartelverbod-norm is opgerecht*

Laten we eerst kijken naar die opgerekte kartelnorm. Niet alleen prijsafspraken tussen concurrenten zijn verboden, maar alle gedragingen die het doel hebben de mededinging te beperken. Het kartelbegrip is daarmee niet beperkt tot langdurige, expliciete afspraken tussen meerdere concurrenten. Ook bilateraal overleg tussen twee concurrenten, zonder dat het tot afspraken komt, is verboden indien op een of andere manier commercieel gevoelige informatie wordt uitgewisseld. De Commissie beboette recentelijk de bananenhandelaren Chiquita, Dole en Del Monte voor een kartel dat bestond uit een aantal informele en bilaterale telefoongesprekken tussen medewerkers van deze ondernemingen over hoe zij tegen de prijsontwikkeling aankeken. Deze losse gesprekjes over de prijsontwikkeling en de individuele plannen werden door de Commissie als kartelovertreiding bestraft met boetes van in totaal 60 miljoen euro. Eergisteren beboette de Engelse mededingingsautoriteit The Royal Bank of Scotland omdat medewerkers van die bank prijsinformatie hadden verschaft aan hun tegehangers bij concurrent Barclays. Het ging om ‘generic information’ en om ‘specific confidential future pricing information’ met betrekking tot twee po-

tentiële opdrachten. Het noemen van deze informatie leidde tot een boete van 33,6 miljoen Engelse pond.

Dichter bij huis is er het besluit van de NMa gericht tot de Nederlandse aanbieders van mobiele telefoondiensten. Enkele vertegenwoordigers van de mobiele operators (KPN, Vodafone, T-Mobile, et cetera) waren samengekomen, oorspronkelijk om over fraude in de branche te spreken. Tijdens dit overleg kwam het gesprek echter op een ander onderwerp. Een van de aanwezigen kondigde aan dat T-Mobile de dealervergoeding voor het verkopen van bepaalde telecomdiensten zou afschaffen. Een aantal van de andere aanwezigen zei dat er bij hen ook over werd gedacht of dat dit besluit al was genomen. De NMa ontdekte dat dit overleg had plaatsgevonden en beboette de ondernemingen voor een overtreding van het kartelverbod. De NMa legde voor deze ene bespreking in eerste instantie een boete op van in totaal 88 miljoen euro.<sup>15</sup>

Het College van beroep voor het bedrijfsleven (CBB) vroeg zich in de beroepsprocedures tegen dit besluit af hoe dit soort gedragingen nou eigenlijk moet worden gekwalificeerd. Het CBB wilde weten of een min of meer toevallig overleg tussen concurrenten over de afschaffing van vergoedingen aan distributeurs inderdaad – net als een klassiek kartel – het doel heeft de mededinging te beperken. Het CBB was op zoek naar de grens van het kartelbegrip en vroeg aan het EU Hof van Justitie wat naar Europees recht een kartel is. Het Hof van Justitie gaf daarop vorig jaar antwoord.<sup>16</sup>

Het Hof bepaalde dat gedragingen een mededingingsbeperkend doel hebben indien zij ‘gelet op de inhoud en het doel ervan en rekening houdend met de juridische en economische context, de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt concreet kunnen’ beperken. Het Hof voegde hieraan toe dat personen die commerciële informatie verschaffen of uitwisselen met iemand van de concurrent, altijd het doel hebben de mededinging te beperken indien die de uitgewisselde of verstreekte informatie onzekerheid wegneemt bij de andere onderneming over het voorgenomen marktgedrag van de ander (en de concurrentie daardoor zal worden beperkt). Vrijwel iedere uitwisseling van informatie tussen werknemers van een onderneming met een werknemer van een concurrent zal in de praktijk dus bestempeld kunnen worden als een overtreding van het kartelverbod.

Het kartelbegrip omvat daarmee dus aan het ene uiterste van het spectrum het structurele, geheime, meerjarige kartel tussen vrijwel alle concurrenten op een markt (structureel overleg, prijsafspraken, administratie en handhaving van die afspraken). Aan het andere uiterste van het kartelspectrum bevindt zich het eenmalige gesprekje tussen twee concurrenten waarin de een aan de ander bevestigt dat zijn onderneming de prijzen recentelijk inderdaad verhoogd heeft (zoals die ander al dacht). Ook dat is een kartel. Het kartelverbod gaat daarmee veel verder dan de meeste mensen in Europa zich realiseren. Dat

is de eerste constatering over de ontwikkeling van het Nederlandse en Europese kartelverbod.

### *Regels zijn versoepeld om bestraffing te vergemakkelijken*

Over de tweede constatering kan ik korter zijn want daarover heb ik in de inleiding al het een en ander gezegd. Mededingingsautoriteiten en rechters hebben maatregelen genomen die effectieve sanctionering van kartelovertreedingen vergemakkelijken en een basis bieden voor zwaardere straffen. In de loop der jaren heeft het EU Hof van Justitie bijvoorbeeld de volgende uitgangspunten geformuleerd:

- Dat maar één van de ondernemingen aanwezig op een bijeenkomst van concurrenten de eigen intenties doorgeeft, en de anderen dus niet, doet niet af aan de kwalificatie kartel.<sup>17</sup> Meer in het algemeen helpt het je niet als je tijdens overleg met concurrenten niet *actief* deelneemt aan het uitwisselen van informatie. Ook al luister je alleen maar, je bent deelnemer in het kartel.<sup>18</sup>

Dat de tussen concurrenten besproken informatie al is meegedeeld aan de markt (aan klanten) doet er niet aan af dat het vermelden van die informatie tijdens een overleg met een concurrent wordt gekwalificeerd als een kartelinbreuk.<sup>19</sup>

- Als een medewerker deelneemt aan overleg met een concurrent, wordt de onderneming geacht rekening te hebben gehouden met de besproken informatie.<sup>20</sup> Er is dus in de praktijk geen manier meer om achteraf afstand te nemen van overleg dat over de scheef is gegaan.<sup>21</sup> Voor langduriger contacten tussen concurrenten zijn aanvullende regels ontworpen in de rechtspraak van het Hof van Justitie. Die komen erop neer dat deelnemers aan enkele van die contacten geacht kunnen worden deelgenomen te hebben aan een kartel. Zij zijn dan voor dat gehele kartel aansprakelijk. Dat een onderneming bij een groot aantal besprekingen niet aanwezig was, is niet relevant. Dat de vertegenwoordiger van de onderneming er op eigen initiatief naartoe is gegaan en tegen de instructies van de onderneming in heeft gehandeld, is niet relevant.<sup>22</sup> Dat een persoon eigenlijk alleen maar kwam onder druk van de anderen en zich zo passief mogelijk opstelde, is niet relevant. En ook niet relevant is dat de persoon zich er niet van bewust was dat het aanhoren van die informatie verboden is.<sup>23</sup> Volgens de Europese Commissie is het zelfs niet relevant dat de uitwisseling van informatie mede plaatsvond in contacten met de Europese of nationale overheden en het die overheden dus bekend was dat de ondernemingen over deze informatie van elkaar beschikten.<sup>24</sup>

Het komt mij voor dat de rechters bij het formuleren van deze regels eigenlijk steeds het klassieke kartel voor ogen hadden. In die context is de zeer kritische houding ten aanzien van het genoemde soort verweren begrijpelijk. Maar nu het kartelbegrip zoveel breder wordt uitgelegd, wordt dit soort regels ook toegepast op situaties waarin het verweer wel degelijk valide kan zijn. Het is dus de vraag of aanhangers van een verhevigde ‘war on cartels’ zich wel realiseren wat de doelen in die oorlog zijn.

### *De facto criminalisering van kartelovertreedingen*

Los van die vraag denk ik dat de keuze voor simplificerende maatregelen om kartelgedrag effectief te kunnen bestraffen een natuurlijke stap is in de ontwikkeling van het Europese mededingingsregime. In de Verenigde Staten – waar het kartelverbod ruim een halve eeuw eerder werd geïntroduceerd dan in de EEG – heeft ook een ontwikkeling plaatsgevonden naar een simpele benadering gebaseerd op het afkeuren van iedere samenzwering tussen ondernemers. In jargon spreken we van gedragingen die ‘per se’ verboden zijn. In Amerika bestaat een breed gedeeld moreel besef dat kartelgedrag altijd een vorm van oplichting is. Of een poging tot oplichting slaagt, is niet bepalend voor de noodzaak die poging te bestraffen.<sup>25</sup>

In Europa en in Nederland maken we – met die halve eeuw vertraging – nu een vergelijkbare ontwikkeling door. Op Europees niveau kunnen geen strafrechtelijke sancties worden ingevoerd. Gefrustreerd over die onmacht, zoekt de Europese Commissie daarom de weg van steeds hogere boetes en steeds fellere retoriek. Bij het bekendmaken van de beschikking gericht tot producenten van autoglas zei mevrouw Kroes het volgende: ‘The Commission has imposed such high fines because it cannot and will not tolerate such illegal behaviour. Management and shareholders of companies that damage consumers and European industry by running cartels must learn their lessons the hard way – if you cheat, you will get a heavy fine.’<sup>26</sup> Let op het gebruik van dat: ‘if you cheat’. In het geval van de liften- en roltrappenproducenten was het commentaar van de Commissaris voor de mededinging het volgende: ‘Het is schandalig dat de bouw- en onderhoudskosten van gebouwen, inclusief ziekenhuizen, door deze kartels kunstmatig zijn verhoogd. De bestuursleden van deze ondernemingen op nationaal niveau wisten dat het verkeerd was wat zij deden, maar zij probeerden hun praktijken geheim te houden en gingen er hoe dan ook mee door. De schade die deze kartels hebben veroorzaakt zal nog vele jaren doorwerken [...] daarom moet deze boete de ondernemingen net zo lang heugen.’<sup>27</sup>

Dit is niet de taal van een rechter of administratief orgaan dat zich een oordeel wil vormen over de effecten van gedragingen op de totstandkoming van

de Europese interne markt. Nee, dit is de taal van een aanklager in het strafrecht. De boodschap is er een van diep gewortelde morele verontwaardiging over de oplichting van klanten en consumenten. Het kartelrecht is daarom de facto al gecriminaliseerd, maar zonder dat de Unie de bevoegdheid heeft strafrechtelijke maatregelen op te leggen.<sup>28</sup> Dat is één plek waar de institutionele en procedurele schoen wringt.

Op nationaal niveau kan strafrechtelijke handhaving wel worden geïntroduceerd. Het verbaast dan ook niet dat diverse lidstaten van de Europese Unie in de afgelopen jaren zijn overgegaan tot de introductie van strafrechtelijke sancties, met name gevangenisstraffen. Zoals gezegd, wil de Nederlandse minister van Economische Zaken dit ook doen.<sup>29</sup> Gelet op de ontwikkelingen die ik zojuist heb geschetst, denk ik dat het zinvol is over twee aspecten na te denken alvorens te kiezen voor strafrechtelijke handhaving. Ten eerste is dat de vraag of binnen de categorie kartels een onderscheid moet worden gemaakt tussen twee vormen van kartelgedrag. Ten tweede is dat de vraag hoe de norm – het kartelverbod – in Nederland een bredere of diepere maatschappelijke inbedding kan krijgen. Ik zal kort uitleggen wat ik hiermee bedoel.

### *Naar een differentiatie binnen het kartelverbod (eerste- en tweedegraads kartelovertradingen)*

De vraag naar een mogelijke gedifferentieerde benadering van kartelgedrag vloeit uiteraard voort uit de constatering dat het kartelverbod een breed gebied beslaat. Op basis van de rechtspraak van de Europese rechter is het een gegeven dat ieder gesprek tussen concurrenten over marktomstandigheden en de eigen commerciële intenties verboden is. Maar ook al is zo'n gesprek met een concurrent een kartel, het lijkt mij in de Nederlandse context vooralsnog niet goed denkbaar dat een rechter een gevangenisstraf oplegt omdat een medewerker aan een concurrent heeft bevestigd dat zijn onderneming de prijzen heeft verhoogd. Voor een jarenlang voortdurende, branchebrede prijsafspraken – zoals die in de Nederlandse bouwsector heeft bestaan – zou dat anders kunnen liggen. Ook bij de sanctionering van kartelgedragingen zou meer tot uiting kunnen komen of het gaat om klassiek kartelgedrag of om uitwisseling van informatie. Dit geldt zowel voor de hoogte van de boete als voor de toepassing van de bewijsregels die in de beoordeling van kartelsituaties gesimplificeerd zijn. Ten slotte is het onderscheid ook relevant voor de inmiddels gangbare civielrechtelijke afhandeling van schadeclaims bij vastgestelde overtradingen van het kartelverbod.

Omdat het aannemelijk is dat de klassieke (langdurige, branchebrede) kartels tot economische schade leiden, wordt geregeld geopperd bij de civiele afhandeling uit te gaan van een aangenomen, min of meer forfaitair, schadebe-



drag. In de wetgeving van een enkele EU-lidstaat bestaat zelfs een wettelijk vermoeden dat een klant bij constatering van kartelgedrag schade zal hebben geleden ter hoogte van een bepaald percentage van de betaalde prijs.<sup>30</sup>

Wat hier verder van zij voor de klassieke kartels, die ongedifferentieerde aanname lijkt in ieder geval misplaatst voor sommige vormen van informatie-uitwisseling. Het is immers niet evident dat een bilaterale bevestiging van een al vastgestelde prijsverhoging enig schadelijk effect op de prijzen zal hebben. Integendeel, op basis van *common sense* en economische wetten ligt het in de meeste situaties veel meer voor de hand dat een dergelijk gesprekje *niet* tot schade zal lijden. Voor de mededingingsrechtelijke kwalificatie van het gesprek als doelbeperking hoeft dat geen effect te hebben, maar in de afhandeling van de inbreuk die daarmee vaststaat dus wel.

Op basis van deze overwegingen over differentiëring binnen het kartelverbod kan ik mij voorstellen dat we toegaan naar een onderverdeling in kartels. Ik denk daarbij aan een analogie met de categorieën die in Amerika worden gehanteerd voor moord (*murder in the first degree*) en doodslag (*murder in the second degree*). Zo zouden ook kartels *in the first degree* (de klassieke prijsafspraken) en kartels *in the second degree* (voor de ook per se verboden maar toch lichtere inbreuken) kunnen worden onderkend. Ik zou denken dat zo'n onderscheid recht doet aan het verschil in schadelijke effecten en ook de strafbaarheid van de beide typen gedragingen. Een dergelijk onderscheid wordt al gemaakt binnen het Engelse en Canadese kartelrecht, maar in de Verenigde Staten bestaat zo'n wettelijk onderscheid niet. Daar worden dan ook mensen tot gevangenisstraffen veroordeeld voor uitsluitend bilaterale en incidentele uitwisseling van commercieel gevoelige informatie. De Nederlandse wetgever zal moeten beoordelen welk systeem het beste past bij de Nederlandse cultuur.

### *Nederland kent nog geen anti-kartelcultuur*

Het andere onderwerp dat voorafgaand aan de introductie van strafrechtelijke sancties besproken zou moeten worden, is de inbedding van de norm in de Nederlandse cultuur. Ik ken geen empirisch onderzoek naar de publieke opinie over de verschillende vormen van kartelovertreden. Het zou denk ik goed zijn dergelijk empirisch onderzoek wel te verrichten. In Engeland (en Australië) is al enig empirisch onderzoek verricht en daaruit bleek dat de publieke opinie daar is dat prijsafspraken tussen concurrenten verboden zouden moeten zijn en dat overtreding van het verbod bestraft moet kunnen worden.<sup>31</sup> Maar uit het onderzoek volgde ook dat zelfs in Engeland en zelfs voor prijskartels zeer weinig steun was voor het opleggen van gevangenisstraffen. Dat betekent niet dat die gevangenisstraffen niet geïntroduceerd of (vervolgens) opgelegd zouden moeten worden. Het betekent wel dat de wetgever zich re-

kenschap moet geven van de mate waarin de publieke perceptie van norm en sanctionering mogelijk sterk gaat afwijken van de daadwerkelijk opgelegde sancties. Vooralsnog bestaat grote discrepantie tussen de morele verontwaardiging van de Commissaris voor de mededinging over de telefoontjes tussen de bananenhandelaren enerzijds en de reactie van het merendeel van de Nederlandse bevolking op die feiten anderzijds. Nederland kent geen historie en daarom ook geen cultuur waarin overtreding van het kartelverbod diepe morele verontwaardiging uitlokt.

Zoals gezegd, ken ik geen empirisch onderzoek voor Nederland dat deze stellingen kan onderbouwen. Maar ik kan wel wijzen op de relatieve waarde die de Nederlandse parlementariërs aan het kartelverbod toekennen. Zo is er op dit moment een initiatiefwetsvoorstel ahangig. De essentie van dat wetsvoorstel is dat ondernemingen alle afspraken mogen maken die zij willen, inclusief kartelafspraken, zolang het gezamenlijke marktaandeel van die ondernemingen maximaal 10 procent bedraagt. De indieners van het wetsvoorstel vermeldten expliciet dat het ondernemingen dus zal zijn toegestaan 'hardcore' kartelafspraken te maken.<sup>32</sup> De Tweede Kamer nam het voorstel vorig jaar min of meer voetstoots aan. Pas bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer werden bedenkingen naar voren gebracht bij de voorgenomen 'legalisering van kartelvorming'. In reactie op die bedenkingen reageerden de initiatiefnemers uit de Tweede Kamer als volgt (en ik citeer): 'Belangrijker is in de ogen van de initiatiefnemers dat de mededingingsautoriteiten nooit optreden tegen mededingingsbeperkende overeenkomsten gesloten tussen ondernemingen met een klein marktaandeel, ook niet als het gaat om hard core afspraken. De reden daarvoor is duidelijk: dergelijke afspraken hebben niet of nauwelijks negatieve gevolgen voor de concurrentie en afnemers kunnen daardoor dan ook niet of nauwelijks worden benadeeld. Onder die omstandigheden is er geen enkele aanleiding dergelijke afspraken te verbieden.'<sup>33</sup> Zie hier het belang dat de Nederlandse volksvertegenwoordiging hecht aan strikte handhaving van het kartelverbod. Als dit wetsvoorstel ook door de Eerste Kamer wordt aanvaard en de Mededingingswet dus wordt aangepast, kan de minister van Economische Zaken zich de moeite van het opstellen van een wetsvoorstel voor de strafrechtelijke handhaving, denk ik, besparen.

Los hiervan, en waar het om gaat, is dat Nederland niet rijp is voor het opleggen van gevangenisstraffen voor lichtere kartelovertradingen. Ook dat is een goede reden om een duidelijk onderscheid te maken tussen kartelovertradingen in de eerste graad en kartelovertradingen in de tweede graad.

Tot zover mijn uiteenzetting over de materiële inhoud van het kartelverbod. Dat brengt mij bij het tweede en laatste onderdeel van het kartelrecht: het institutionele en procedurele kader waarin de ingrijpende sancties voor overtradingen worden opgelegd.

## Institutioneel en procedureel

Over dit kader is al jarenlang veel te doen. Waarom? Omdat de mededingingsautoriteiten in Europa een aantal functies en bevoegdheden combineren die in andere rechtsgebieden doorgaans welbewust gescheiden worden. Zij treden zo gezegd tegelijkertijd op als politie, aanklager en rechter. In de Angelsaksische context klinkt de combinatie van functies nog dramatischer; de mededingingsautoriteiten zijn *police, prosecutor, jury and judge*.

Voor de Europese Commissie geldt dit het sterkst en komt er nog een element bij. Voor Europa is het een politiek orgaan – het college van Commissarissen – dat verantwoordelijk is voor het berechten van justitiabelen. Deze politici die op woensdagochtenden besluiten nemen over initiatieven voor het oplossen van de financiële crisis in Griekenland of over maatregelen om verdere uitbreiding van de Europese Unie voor te bereiden, bepalen dan ook meteen of een onderneming zich schuldig heeft gemaakt aan een overtreding van het kartelverbod en zo ja, welke straf die onderneming dan verdient. Het gaat hier steeds om de beoordeling van een dossier van vele duizenden bladzijden. Geen van de 27 politici die het besluit nemen, zal de inhoud van dit dossier kennen en geen van hen heeft de betrokken partijen ooit gezien of gehoord. Wordt een onderneming veroordeeld, dan volgt een boete die bekendgemaakt wordt op een persconferentie. Hoe dat gaat hebt u gehoord. Een rechter komt er pas in de volgende fase aan te pas.

Over dit systeem valt vanuit juridisch perspectief veel te zeggen. En hier wordt ook veel over gezegd, bijvoorbeeld over het fenomeen ‘naming and shaming’ door collega Doorenbos.<sup>34</sup> De kritiek is nu zelfs doorgedrongen tot de algemene media. Zo schreef *The Economist* enkele weken geleden in een hoofdredactioneel dat de waakhond zelf aan de ketting moest. Het lijkt erop dat de Commissie met de spectaculair hoge boetes ook nadrukkelijk de aandacht heeft gevestigd op het eigen systeem.

De tijd ontbreekt om op alle of zelfs maar de belangrijkste procedurele en institutionele aspecten van het systeem in te gaan.<sup>35</sup> Ik beperk mij daarom tot één aspect van de huidige kartelprocedures: het clementiesysteem. Bij Dante bevinden de klikkers en verraders zich niet voor niets in de uiterste kring van de hel. Het lichaam van de verraders leeft voort op aarde maar hun ziel lijdt in de uiterste hellekring waar een ijzige wind hun tranen doet bevriezen. In de kartelhel krijgen klikkers een andere behandeling.

### *Het clementiebeleid*

Zoals gezegd, worden vrijwel alle kartelzaken vandaag de dag aangebracht door spijtoptanten of kroongetuigen. 46 van de 52 zaken die de Commissie

heeft aangebracht in de periode tussen 2002 en 2008 waren gebaseerd op verklaringen van clementieaanvragers.<sup>36</sup> Ook bij de NMa begint het clementieprogramma tot resultaten in kartelzaken te leiden.

Samengevat, bestaat het clementiebeleid in beide gevallen uit het volgende. De eerste die klikt, krijgt geen straf. De tweede en latere spijtoptanten kunnen substantiële korting op de straffen krijgen. De hoogte van die korting is afhankelijk van de 'toegevoegde waarde' van de medewerking. Hoe meer bewijs, hoe hoger de korting dus. En geeft een onderneming in een lopend onderzoek nog andere inbreuken of belastende feiten aan, dan wordt die onderneming voor dat extra deel niet beboet. In de Verenigde Staten is er nog een extra beloning beschikbaar. Een onderneming die in een lopend onderzoek informatie verschaft over een kartel op een andere markt, krijgt niet alleen immuniteit (of 'Amnesty') voor deze nieuw aangebrachte inbreuk, maar ook nog weer extra korting op de straf voor het eerste kartel dat werd aangegeven ('Amnesty Plus' heet dat). Dit systeem is dus de basis voor die miljoenenboetes voor kartels in de afgelopen jaren.

Nou heb ik een partner die de dingen graag simpel houdt. (Om verwarring te voorkomen: ik bedoel een partner op kantoor.) Op een of andere manier leidt dat ertoe dat vrijwel ieder juridisch dilemma wordt teruggebracht tot de vraag of je je kinderen zo zou opvoeden. Ik wil wel toegeven dat ik niet *altijd* overtuigd ben van de superioriteit van die benadering. Maar voor vandaag maakt die analogie sommige dingen wel inzichtelijk. De vraag wordt dan wat u vindt van de volgende huisregels:

- Het eerste kind dat klikt over iets stouts, krijgt geen straf indien je als ouder op basis van die informatie een onderzoek naar de andere kinderen kan beginnen.
- Als een van de andere kinderen nog meer verklikt en je op basis daarvan de broers of zussen harder kunt straffen, dan krijgt dat kind minder straf. Als dat kind zelfs een ander oud akkefietje verklikt waar je als ouder nog niet van wist, dan krijgt het kind daarvoor geen straf maar de broer natuurlijk wel.
- Ten slotte moet ieder kind weten dat als de ouder op enig moment vindt dat het toch niet echt alles heeft verklikt, het dan alsnog straf krijgt.

Ik heb de laatste jaargangen van *Ouders van Nu* er niet op nageslagen maar het zou me verbazen als deze gouden tips terugkeren in de adviesrubriek.

Laat ik van de opvoedkunde terugkeren naar het kartelrecht, want in het kartelrecht is er dus wel voor gekozen gebruik te maken van kroongetuigen. Het mededingingsrecht is daar op zichzelf niet uniek in. Ook in het commune strafrecht wordt soms gebruikgemaakt van kroongetuigen. Maar in het gewone strafrecht wordt slechts met grote aarzeling gekozen voor kroongetuigen, en

alleen voor de opsporing van zeer zware vergrijpen, en dan nog alleen in uitzonderlijke situaties. Voor zover kroongetuigen worden ingezet, gelden nadrukkelijk extra waarborgen om zoveel mogelijk te verzekeren dat de verklaringen betrouwbaar zijn. Hoe nodig die extra waarborgen zijn, blijkt wel in de zaak die bekendstaat als de Passage-liquidatie. Het bewijs in die zaak is kennelijk grotendeels gebaseerd op de verklaringen van de voor bankovervallen veroordeelde kroongetuige Peter la S. Deze Peter (ook bekend als ‘De Viespeuk’) heeft zijn belastende verklaringen onlangs weer ingetrokken. Het gemak waarmee de kroongetuige zijn belastende verklaringen introk, zegt allicht iets over het gemak waarmee hij de belastende verklaring heeft afgelegd. Er zijn dus extra waarborgen nodig.

### *Extra waarborgen bij het gebruik van kroongetuigen in het kartelrecht?*

Dat geldt natuurlijk ook in het kartelrecht. Sterker, het geldt *juist* in het kartelrecht, want we hebben gezien dat de procedure al afwijkt van wat gangbaar is. De mededingingsautoriteiten doen zowel de opsporing als de berechting. Ook is de norm enigszins ambigu. Als het voor een inbreuk voldoende is dat een persoon commercieel gevoelige informatie verschaft aan zijn concurrent, dan is een belastende verklaring snel afgelegd. Nou heeft niemand er belang bij uit het niets een belastende verklaring over een kartelovertreiding af te leggen. Maar loopt er eenmaal een onderzoek, dan bestaan er, zoals gezien, wel degelijk prikkels om verklaringen en bewijs met toegevoegde waarde voor het onderzoek aan te leveren. Daarbij is ook nog van belang dat de clementieaanvrager gedurende de procedure in dubbel opzicht afhankelijk is van het oordeel van de mededingingsautoriteit. De mededingingsautoriteit bepaalt de hoogte van de boete die opgelegd gaat worden én de mededingingsautoriteit bepaalt de hoogte van de korting op de boete die zal worden toegekend. Over beide variabelen oordeelt de mededingingsautoriteit pas aan het einde van het proces. Een kroongetuige doet er dus maar goed aan zeker te stellen dat een afgelegde verklaring naar het oordeel van de mededingingsautoriteit van voldoende toegevoegde waarde zal zijn.

Er zijn kortom goede redenen om bij het gebruik van kroongetuigen in kartelzaken te voorzien in extra waarborgen bovenop de extra waarborgen die we uit het strafrecht kennen. Voorziet het Europese of het Nederlandse systeem daarin? Het antwoord is, gek genoeg, nee. Er zijn in het geheel geen extra waarborgen. Er zijn alleen maar minder waarborgen. Anders dan in het strafrecht worden verklaringen niet onder ede afgelegd. Belastende verklaringen worden doorgaans buiten de aanwezigheid van een autoriteit op schrift gesteld en in die schriftelijke vorm ingediend. Voor een belangrijk deel bestaat het

bewijs van clementieaanvragers uit een mondeling betoog van de advocaat van de aanvrager. De advocaat spreekt dit verhaal in op een bandje. Ondernemingen die worden verdacht van een kartelovertreiding, krijgen wel toegang tot die opnamen, maar de verklaringen die daarop zijn afgelegd, zijn dus dubbel indirect en moeilijk te verifiëren.

In de administratieve fase bestaat verder niet het recht getuigen aan een kruisverhoor te onderwerpen. Ook voor kroongetuigen bestaat dit recht niet. Dat is op zichzelf al problematisch uit het oogpunt van de normale rechten van de verdediging. Maar het wordt nog veel problematischer indien mededingingsautoriteiten evolueren van bestuursorgaan met bijzondere technische expertise op het gebied van het mededingingsrecht naar aanklager. Aanklagers zijn nu eenmaal meer gericht op het verkrijgen van een veroordeling. Ook bij het Openbaar Ministerie blijkt dat keer op keer. Hoewel dat niet hoort, valt het in het geval van het OM nog enigszins te begrijpen. Daar bestaat in ieder geval de waarborg dat er geen veroordeling volgt als een rechter de inbreuk niet wettig en overtuigend bewezen acht. Voor het kartelrecht geldt die waarborg niet. Dan is het dus extra zorgelijk als de autoriteit zich in feite opstelt als aanklager. Daar waar die autoriteit zegt ‘geen tijd’ te hebben om naar argumenten te luisteren, ligt dat gevaar concreet op de loer.

De mededingingsautoriteiten gaan ervan uit dat de extra waarborg bij het gebruik van kroongetuigen er in het mededingingsrecht uit bestaat dat de clementieaanvrager het risico loopt de korting te verliezen als zou komen vast te staan dat de afgelegde verklaringen vals waren. Om de hiervoor genoemde redenen is dat al met al een beetje mager. Dus zou nagedacht moeten worden over de introductie van aanvullende waarborgen. Vanmiddag ontbreekt de tijd om mogelijke richtingen te bespreken, maar gelet op de bepalende rol die clementieaanvragers in vrijwel alle kartelzaken spelen, verdient dit onderwerp nadere studie.

## Conclusies

Ik ben daarmee aan het einde gekomen van de korte rondleiding door de kartelhel. U hebt gehoord dat kartels het ultieme kwaad van het mededingingsrecht vertegenwoordigen. Overtreders van het kartelverbod verdienen het dus zwaar bestraft te worden. De vraag of hun gedrag in het specifieke geval tot een concrete beperking van de mededinging heeft geleid, hoeft niet te worden beantwoord. In het afgelopen decennium hebben de mededingingsautoriteiten de grenzen opgezocht van het sanctiearsenaal. De Europese Commissie beschikt alleen over het boete-instrument en zoekt de nieuwe grenzen dus in die hoek. Achter de in dat verband soms gehoorde redenering ‘er zijn nog steeds

kartels ondanks de boetes, dus de boetes moeten hoger' kun je, denk ik, een vraagteken plaatsen.

Los van de sancties hebben we vastgesteld dat de inhoud van het kartelverbod over de jaren ver is opgerekt. In darwinistische termen: de externe identiteit van het kartelverbod is identiek gebleven, maar de inhoud van het organisme is veranderd.<sup>37</sup> Daar bestaan op zichzelf goede redenen voor. Maar het kartelverbod gaat nu waarschijnlijk veel verder dan de gemiddelde Nederlandse burger of onderneming zich realiseert.

Ik denk daarom dat er een noodzaak bestaat het publiek beter voor te lichten over het kartelverbod. De cultuur moet veranderen.<sup>38</sup> Ikzelf meen dat de tot nu toe beproefde methodes – speeches van ambtenaren van mededingingsautoriteiten en voorlichting in complianceprogramma's van ondernemingen – niet voldoende zullen zijn om de gewenste cultuurverandering teweeg te brengen. De introductie van strafrechtelijke sancties kan die verandering mogelijk wel bewerkstelligen en alleen al daarom verdient het overweging strafrechtelijke sancties te introduceren. Zonder een wijziging bestaat het risico op continuering van een 'mismatch' tussen de verontwaardiging bij mededingingsautoriteiten over geconstateerde overtredingen enerzijds en onbegrip bij ondernemingen over de reikwijdte van het kartelverbod anderzijds.

Ik zat de afgelopen dagen zelf te denken aan een Postbus51-spotje. Zoals destijds de 'kan-ik-er-wat-aan-doen?'-campagne: 'Hij hoefde geen oorbeschermers. Nu is hij doof.' Ik weet niet meer hoe, maar die boodschap is er destijds wel ingeramd, ook al was die voor mij niet direct relevant. Hetzelfde zou moeten gebeuren voor praten met je concurrent. En als het even kan, zou die campagne ook meteen een einde moeten maken aan het gebruik van de term 'concullega'.

Gelet op de huidige ruime benadering van wat een doelbeperking is, zou daarbinnen bovendien onderscheid gemaakt moeten worden tussen eerste- en tweedegraads 'per se' inbreuken. De zeer zware sancties, waaronder in de toekomst mogelijk gevangenisstraffen, zouden alleen moeten worden opgelegd voor de eerstegraads inbreuken.

Ten slotte zijn er redenen bij verdere verzwaring van de sancties nog eens kritisch te kijken naar het institutionele en procedurele kader waarin kartelovertradingen worden vastgesteld en bestraft. Ieder systeem heeft immers de neiging om het geheel in evenwicht te houden. Dit wordt wel de 'equilibrerende neiging' genoemd.<sup>39</sup> Hoe hoger de sancties worden, hoe krachtiger de roep om aanpassing van het systeem dus zal klinken. De wetgever en de mededingingsautoriteiten lijken daarmee voor de keuze te staan om óf het procedurele en institutionele systeem te herzien óf om op termijn een einde te zien komen aan de zware sancties voor kartelovertradingen.

## Dankwoorden

Ik ben daarmee aan het einde gekomen van mijn lezing. Zoals sommigen van u zullen begrijpen, was de verleiding voor mij groot het dankwoord – zonder verdere toelichting – te beperken tot: ‘Thank you, thank you, thank you!’ Maar zo gaat dat niet aan de Universiteit.

Allereerst dank ik daarom het College van Bestuur en allen die hebben bijgedragen tot mijn benoeming voor het in mij gestelde vertrouwen. Daartoe behoren in ieder geval de Decaan van de Rechtenfaculteit en de Voorzitter van de afdeling Internationaal en Europees recht. Ook bedank ik de vrienden en collega’s van het Amsterdam Centre for European Law and Governance voor de vriendelijke ontvangst en kennismaking.

Ik bedank de hooggeleerde Vogelaar (1999-2009) voor de mogelijkheid die hij mij in de afgelopen jaren heeft geboden kennis te maken met het lesgeven aan de universiteit. Na de bijzondere hoogleraren Mulder (de ‘IJzeren Kanselier’, die de leerstoel bezette van 1967 tot 1977), Van Gerven (die de leerstoel bezette van 1981 tot 1985) en Van Empel (van 1987 tot 1998) was hij de vierde hoogleraar economisch orderingsrecht aan de faculteit. Hij was, meen ik, de eerste die benoemd werd als gewoon hoogleraar. In het decennium waarin Vogelaar de leerstoel heeft bezet, heeft hij het vak een vaste inbedding gegeven in de faculteit. De hoogleraar economisch orderingsrecht is, heb ik de indruk, niet meer weg te denken aan de faculteit, zeker nu de naam is gewijzigd in het imposante ‘Professor of Competition Law and Regulation’.

Graag bedank ik ook de Stibbe-partners voor de ruimte die zij mij bieden om naast het advocatuurlijke werk, op een structurele manier aandacht en tijd aan het universitaire werk te besteden.

Ten slotte, Marieke: na de Zalm-norm (voor overheidsfinanciën) en de Balenende-norm (voor inkomen) ontkomen we inmiddels niet meer aan een toetsing aan de Bos-norm (die overigens niet moet leiden tot een Bos-boekhouding, want dat is iets heel anders). Op zichzelf durf ik mezelf wel langs de Bos-meetlat te leggen. Maar dat ik een ambt als dit kan aanvaarden, naast de advocatuur, zonder dat we – zoals kennelijk de politici – iedere avond de agenda’s tot het eind van het jaar hoeven te projecteren en vergelijken, dank ik zonder meer aan jouw souplesse (meestal) en onvoorwaardelijke liefde (altijd). Die souplesse is niet wederzijds maar de liefde wel.

Ik heb gezegd.





## Noten

1. Dionne Searcey en Amir Efrati, 'Madoff Beaten in Prison', in: *Wall Street Journal*, 18 maart 2010.
2. Scott Hammond, 'The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades', paper presented at the 24<sup>th</sup> Annual National Institute on White Collar Crime, 25 februari 2010.
3. Scott Hammond, zie noot hiervoor.
4. Zie het overzicht 'Cartel statistics' op de website van DG Concurrentie van de Europese Commissie: <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>
5. *Verizon v. Trinko*, 540 U.S. 398 (2004)
6. 'Fighting Cartels Why and How?', toespraak gehouden op de Third Nordic Competition Policy Conference, Stockholm, 11 september 2000. De toespraken van de Commissarissen voor de mededinging zijn te vinden op de website van DG Mededinging van de Europese Commissie: <http://ec.europa.eu/competition/speeches>. Overigens stellen economen dat kartels altijd een beperkte levensduur hebben. Zie bijvoorbeeld G. Stigler, 'A Theory of Oligopoly', in: *Journal of Political Economy*, 1972, p. 44 e.v. In de praktijk worden echter geregeld zeer langdurige kartels blootgelegd.
7. Neelie Kroes, 'Opening remarks at press conference at the occasion of the decision against the plastic additives cartels', Brussel, 11 november 2009 (Speech09/521).
8. Het is niet voor niks dat er spannende boeken in de categorie *True Crime* zijn uitgebracht; ik noem *The Art of the Steal* over het kartel van de veilinghuizen Sotheby's en Christie's en – nog beter – *The Informant* over het Lysine-kartel. Op basis van dat laatste boek is zelfs een Hollywoodproductie uitgebracht – onder dezelfde titel en met Matt Damon in de hoofdrol –, maar die kan ik u niet aanraden.
9. F. Vogelaar, 'Marktwerking Moet!' (Vossiuspers, Amsterdam, 2000).
10. Wouter Bos, 'De Derde Weg Voorbij', 21ste Den Uyl Lezing, 25 januari 2010
11. A. Smith, *The Wealth of Nations, Books IV-VI* (Penguin Books, voor het eerst gepubliceerd in 1776), p. 29.
12. A. Smith, *The Wealth of Nations, Books I-III* (Penguin Books, voor het eerst gepubliceerd in 1776), p. 119.
13. Idem, p. 232 en 233.
14. R. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself* (Free Press, 1993).
15. In bezwaar werd de boete verlaagd tot in totaal 52,168 miljoen euro. Inmiddels heeft de NMa de boetebesluiten voor zover gericht tot Telfort en Orange volledig herroepen. Het totale boetebedrag bedraagt daarmee voorlopig 37,778 miljoen euro.
16. C-8/08, T-Mobile e.a., arrest van 4 juni 2009.
17. Gevoegde zaken T-202/98 e.a. Tate & Lyle t. Commissie, Jur. 2001, p. II-2035.
18. Zie naast Tate & Lyle ook zaak T-1/89 Rhône-Poulenc t. Commissie, Jur. 1991 p. II-867.
19. Zie bijvoorbeeld Tate & Lyle t. Commissie, hiervoor aangehaald, rnr. 60.

20. Gevoegde zaken T-25/95 etc, Cimenteries CBR e.a. t. Commissie, Jur. 2000, p. II-491, rnr. 1849.
21. Zaak T-334/94 Sarrió t. Commissie, Jur. 1998, p. II-1439.
22. Zaak 100/80 e.a., SA Musique Diffusion e.a. t. Commissie, Jur. 1983, p. 1825, rnr. 97.
23. Zaak 246/86 Belasco t. Commissie, Jur. 1989, p. 2117.
24. Zie de beschikking van de Europese Commissie in zaak COMP/39188 ('bananen') van 15 oktober 2008 (n.n.g. in het Publicatieblad), rnr. 307 e.v. en de verwijzing daarin naar de gevoegde zaken T-259/02 e.a. Raiffeisen Zentralbank Österreich e.a. t. Commissie, Jur. 2006, p. II-5169, rnr. 506.
25. Zie Christopher Harding en Julian Joshua, *Regulating Cartels in Europe – A Study of Legal Control of Corporate Delinquency*, Oxford University Press, 2003, met name hoofdstuk II: 'Models of Legal Control: North America and Europe', p. 46 e.v.
26. Persbericht IP/08/1685 van de Europese Commissie, 12 november 2008.
27. Persbericht IP/07/209 van de Europese Commissie, 21 februari 2007.
28. Dat een bureau dat betrokken is bij de administratie van kartelafspraken maar zelf niet actief is op de markt waarop het kartel betrekking heeft, zich ook schuldig maakt aan overtreding van het kartelverbod, past hier goed in. zaak T-99/04 AC-Treuhand t. Commissie, arrest van 8 juli 2008. HvJ. R. de Bree, 'Daderschap van kartelovertreden, de facilitator beboet', in: *Markt & Mededinging*, 2009, p. 4-13.
29. Meer recentelijk zijn er ook EU-lidstaten, waaronder Denemarken, die ervan hebben afgezien strafrechtelijke sancties te introduceren.
30. Dit geldt voor Hongarije.
31. Andreas Stephan, 'Survey of Public Attitudes to Price-Fixing and Cartel Enforcement in Britain', ESRC Centre For Competition Policy & Norwich Law School, University of East Anglia, CCP Working Paper 07-12.
32. Zie onder meer de Memorie van Toelichting bij het Voorstel van wet van de leden Ten Hoopen, Aptroot en Vos houdende wijziging van de Mededingingswet ter versoepeling van de uitzondering van het verbod van mededingingsafspraken (versoepeling uitzondering verbod mededingingsafspraken), Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 31 531, nr. 3.
33. Eerste Kamer, vergaderjaar 2009-2010, 31 531, G (Nadere Memorie van Antwoord).
34. D.R. Doorenbos, *Naming and Shaming* (Kluwer, 2007).
35. En ik moet er ter vermijding van misverstand op wijzen dat de Nederlandse wetgever, tezamen met de minister van Economische zaken en de NMa zelf, veel in het werk stelt om de Nederlandse situatie op deze onderdelen beter in te richten dan op Europees niveau is gebeurd (en mogelijk is). De NMa maakt een duidelijker onderscheid tussen de ambtenaren die de opsporing en vervolging beginnen en de ambtenaren (wel nog steeds binnen de NMa) die het besluit voorbereiden. De Raad van Bestuur van de NMa beslist.
36. Alan Riley, *The Modernisation of EU Anti-Cartel Enforcement*, CEPS special report, p. 5 (CEPS, Londen, 2010).
37. Vgl. Corjo Jansen, 'Charles Robert Darwin (1809 – 1882), het privaatrecht en de rechtswetenschap', in: *Nederlands Juristenblad*, 2009, p. 1320-1326.
38. Vergelijk A. Stephan, 'Beyond the Cartel Law Handbook: How Corruption, Social Norms and Collectivist Business Cultures can Undermine Conventional Enforcement Tools', 2008, CCP Working Paper 08-29.

39. S. Calkins, 'Summary Judgment, Motions to Dismiss, and Other Examples of Equilibrating Tendencies in the Antitrust System', *Georgetown Law Journal* (1985-1986), p. 1065.