

## Wouter P.J. Wils, *The Optimal enforcement of EC Antitrust Law. Essays in Law & Economics*

*Diss. Utrecht, promotores prof. dr. G. de Geest en prof. mr. K.J.M. Mortelmans, European Monographs 33, Dordrecht: Kluwer Law International 2002, 322 p., ISBN 90 4111 7571.*

Het procedurele Europese mededingingsrecht maakt roerige tijden door. De centrale wetgeving op dit gebied, Verordening 17, is in haar nadagen. De totstandkoming van een nieuw handhavingssysteem voor de artikelen 81 en 82 EG-Verdrag (EG) kent een lange voorgeschiedenis. Het definitieve startschot voor vernieuwing kwam in 1999, toen het *Witboek betreffende de modernisering van de regels inzake de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag* (nu: 81 en 82 EG) werd gepubliceerd. Dit witboek opende de weg naar een voorstel voor een nieuwe verordening die uiteindelijk resulteerde in Verordening 1/2003. In de aanloop naar deze substantiële wijziging van de handavingsprocedure voor het Europese mededingingsrecht is er heel wat gedebatteerd, gebakkeleid en gepubliceerd over hoe de handhaving van het kartelrecht verbeterd zou kunnen worden. De dissertatie van Wils bestaat uit een zevental bijdragen aan deze discussie die alle zeven in de afgelopen jaren elders werden gepubliceerd als artikelen. Het geheel wordt voorafgegaan door een nieuwe inleiding en afgesloten met een herhaling van de belangrijkste conclusies. Het proefschrift is uitgebracht als deel 33 van de inmiddels gerenommeerde serie *European Monographs*, bestaande uit gedegen werken die zeer uiteenlopende onderwerpen van EG-recht behandelen.

Wils behandelt in de hoofdstukken 2 tot en met 8 zeven verschillende

onderwerpen van procedureel EG-mededingingsrecht en doet dat zonder onsamenhangend te worden. De tekortkomingen van het oude systeem van Verordening 17 vormen steeds het vertrekpunt. Er loopt ook een duidelijke analytische rode draad door de betogen. De analyse verloopt bijvoorbeeld volgens een vast stramien: steeds worden één of meer mankementen aan het handhavingssysteem van Verordening 17 (of aanverwante wetgeving) onder de loep genomen en onderworpen aan een juridische en economische toetsing. De vervolgens voorgestelde alternatieven ondergaan dezelfde behandeling. De ondertitel van het boek 'Essays in law and Economics,' wordt aldus zonder meer waargemaakt; zonder twijfel kwam de duale opleiding van de auteur hem goed van pas: Wils studeerde rechten en economie (p. 3). Er kleven doorgaans wat bezwaren aan een economische benadering van het (mededingings-) recht. Ten eerste is economische terminologie niet altijd even begrijpelijk voor een jurist. Zo niet in dit boek: het taalgebruik is steeds helder en er is niet veel economische voorkennis nodig om de tekst te kunnen volgen. Een tweede probleem met economische toetsing is dat het soms voorbijgaat aan de juridische realiteit. Wils belooft echter (op p. 5-6) niet zonder meer doorslaggevend effect toe te kennen aan de uitkomsten van economische analyses. Deze belofte maakt hij waar, maar mijns inziens helaas slechts ten dele; daarover hieronder meer.

De hoofdstukken 2, 3 en 4 behandelen het boetebeleid van de Europese Commissie (hierna: de Commissie) in kartelzaken. Hoofdstuk 2 is het meest gedateerde onderdeel van de dissertatie: de oorspronkelijk-

ke tekst werd reeds in 1995 gepubliceerd. Betoogd wordt hierin dat de hoogte van boetes die de Commissie voor overtredingen van met name artikel 81 EG oplegt, te laag zijn om ondernemingen ervan te weerhouden de mededinging te verstoren, met name door het maken van prijs- en marktverdelingsafspraken. Wils onderbouwt zijn stelling degelijk met simpel en logisch rekenwerk op basis van – helaas slechts spaarzaam beschikbaar – cijfermateriaal. Hij komt tot de conclusie dat de Commissie er goed aan zou doen om de omvang van de geldstraffen met een veelvoud te doen toenemen. Hoewel de tekst dus relatief oud is, is hij zeker niet verouderd voorzover deze pleit voor een effectievere aanpak van zogenaamde 'hardcore'-kartels door middel van het opleggen van hogere financiële sancties. Het is jammer dat het hoofdstuk niet is bijgewerkt met recentere data om te kunnen bezien of de Commissie sinds 1995 haar boetebeleid wellicht een afschrikwekkender karakter heeft gegeven.

Hoofdstuk 3 beschrijft en analyseert de 'Bekendmaking van de Commissie betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken' van 1996. Ook hier hebben de snel opeenvolgende feiten het betoog deels ingehaald (enkele imperfecties aan de oude Bekendmaking zijn inmiddels rechtgezet in een nieuwe bekendmaking uit 2002) maar dat doet niet af aan de waarde van de theoretische onderbouwing van de Bekendmaking en vooral van haar gevolgen voor ondernemingsgedrag. Die zijn in Wils' ogen niet bijzonder positief. Hij herhaalt zijn betoog uit hoofdstuk 2 en stelt te betwijfelen of immuniteit tegen geldboetes van de Commissie kan be-

werkstelligen dat kartelvorming minder rendabel wordt, bijvoorbeeld doordat de tijd dat een gemiddeld kartel standhoudt kan worden verminderd door een verklikker. Hij baseert zich wederom op eenvoudige maar zeker niet ongehoofwaardige rekensommen.

Het vierde hoofdstuk gaat in op een andere bekendmaking: de 'Bekendmaking inzake de hoogte van de boete in kartelzaken'. De introductie daarvan wordt door Wils in het algemeen positief beoordeeld door de grotere mate van transparantie die dit met zich meebrengt. Daarnaast bejubelt hij het feit dat de hoogte van de geldstraf sinds 1996 niet meer wordt gebaseerd op de omzet van de onderneming die de mededingingsregels overtreedt, maar op de aard van de overtreding en de nood aan effectieve ontmoediging om de mededingingsregels te overtreden. Wederom wordt een pleidooi gehouden voor hogere geldstraffen, volgens Wils het enige écht effectieve middel om kartels aan te pakken, zoveel was inmiddels al duidelijk uit de voorgaande twee hoofdstukken.

De hoofdstukken 5 en 6 vormen het *pièce de résistance* van de dissertatie. De titel van hoofdstuk 5 luidt: 'Notification, Clearance and Exemption in EC Competition Law' en wie enige kaas van Europees mededingingsrecht heeft gegeven weet onmiddellijk waar de auteur naartoe wil. Hij wil af van het systeem van handhaving *ex ante*, waarbij potentieel mededingingsbeperkende overeenkomsten moeten worden aangemeld bij de Europese Commissie voordat zij ten uitvoer kunnen worden gelegd. Als alternatief daarvoor wordt gepleit voor handhaving *ex post*, waarbij aanmelding niet langer nodig is en voornamelijk nog onderzoek wordt gedaan naar mededingingsrechtelijke misdragingen aan de hand van klachten en ambtshalve onderzoeken door de Commissie. Wils lijkt op zijn wensen bediend te zijn: een dergelijk systeem is bij wege van Verordening 1/2003 begin dit jaar in het le-

ven geroepen en wordt op 1 mei 2004 van kracht. Wils' argumenten voor afschaffing van het notificatiesysteem snijden hout en zijn goed doordacht, zowel juridisch als economisch. Hij onderscheidt vier criteria waaraan een effectief rechtstelsel voor handhaving van het mededingingsrecht moet voldoen: voldoende ontmoediging om overtredingen te begaan; de juiste verdeling van de kennis die nodig is voor het komen tot een goede beslissing; de risico's voor beide kampen; de kosten die de handhaving voor de partijen met zich meebrengt. Daarna worden de criteria losgelaten op systemen van controle vooraf en achteraf. De nadelen en voordelen, kosten en baten van controle vooraf en achteraf worden vervolgens tegen elkaar afgewogen. Conclusie: tekortkomingen van het oude systeem kunnen worden opgelost door *ex post* te handhaven in plaats van *ex ante*, mits handhaving achteraf voldoende afschrikwekkend werkt.

De opzet van hoofdstuk 6 is in zekere zin gelijk aan die van hoofdstuk 5 maar hier wordt het voorstel van de Commissie voor een verordening die Verordening 17 moet vervangen als leidraad gebruikt. Een extra dimensie wordt geboden door de door het voorstel geïntroduceerde decentrale handhaving door nationale mededingingsautoriteiten. Het zal de lezer niet verbazen dat Wils positief is over het voorstel. Niettemin plaatst hij enkele kritische kanttekeningen. Om de belangrijkste te noemen: de effectiviteit van een 'nieuwe Verordening 17' hangt af van de manier waarop de Commissie met die verordening zal omgaan. Dat lijkt op het intrappen van een open deur, maar Wils heeft gelijk wanneer hij zegt dat ook onder het nieuwe regime de kans bestaat dat de Commissie te veel middelen zal spenderen aan het opstellen van bekendmakingen en het overnemen van zaken van nationale autoriteiten. Over de decentralisering van de handhaving is hij positief omdat nationale mededingingsautoriteiten beter dan de Commissie op de

hoogte zijn van de marktsituatie op het nationale grondgebied. Bovendien blijven er zo voor de Commissie meer middelen over om de ernstigste overtredingen op te sporen.

Ook de hoofdstukken 7 en 8 vormen een twee-eenheid. In beide wordt onderzocht in hoeverre het wenselijk en mogelijk is om individuen en niet ondernemingen op enige wijze strafbaar te stellen voor het overtreden van artikelen 81 en 82 EG. Hoofdstuk 7 begint voorzichtig met het identificeren van de subjecten van het Europese kartelrecht. De eveneens voorzichtige conclusie is hier dat onder verschillende omstandigheden verschillende entiteiten kunnen worden aangemerkt als subject van het mededingingsrecht. Hoofdstuk 8 gaat een stuk verder. Hierin wordt voorgesteld dat niet langer de onderneming onderwerp zou moeten zijn van het kartelrecht, maar diegenen binnen een onderneming die de uiteindelijke beslissing tot kartelvorming nemen. De mogelijkheid tot strafrechtelijke handhaving van het Europese kartelrecht wordt vervolgens onderzocht en als reële optie beschouwd. Interessant is vooral dat de kern van het procedurele mededingingsrecht uitstekend wordt blootgelegd. Om tot een goed handhavingssysteem te komen, zullen de vragen: 'Wie begaan overtredingen van het mededingingsrecht?' en: 'Waarom doen zij dat?' beantwoord moeten worden. Wils stelt beide vragen en beantwoordt ze ook. Vervolgens zoekt hij de meest effectieve sanctie om managers en andere beslissingsgechtigden binnen een onderneming te ontmoedigen om besluiten te nemen die strijdig zijn met de artikelen 81 en 82 EG. Dat is volgens hem ten minste individuele boetes voor managers maar misschien ook wel gevangenisstraf. Dat is een in Europese context revolutionair idee, maar in sommige landen (Duitsland, Noorwegen, maar vooral de VS en Canada) allang de realiteit en daarom wellicht ook op Europees niveau acceptabel.

Wie tussen de regels van dit proefschrift doorleest, kan moeilijk ontkennen dat de frustratie van de auteur over de mankementen aan het oude handhavingssysteem van het Europese kartelrecht permanent op de achtergrond aanwezig is. Zulke gevoelens zijn niet geheel onterecht en zeker niet verwonderlijk: Wils was enkele jaren lid van de juridische dienst van de Commissie en bepleitte in die hoedanigheid veel (grote) mededingingszaken in Luxemburg. Hij kent de zwakke plekken van het systeem dus van binnenuit en de verbeterpunten die hij voorstelt zijn slim, effectief en

spelen in op de realiteit en de actualiteit.

Voorzover deze dissertatie een pleidooi vormt voor optimale handhaving van het EG-concurrentierecht is zij geslaagd. Maar wél met de kanttekening dat het woord ‘optimal’ in de titel subjectief moet worden ingekleurd. Vanuit een economische benadering én vanuit het gezichtspunt van de handhavingssautoriteiten dragen de suggesties van Wils zeer zeker bij aan ‘optimal enforcement’. Er wordt echter wel erg veel doorslaggevende betekenis gegeven aan economische en ‘due process’-argumenten. Met andere

woorden: de gevolgen voor ondernemingen en hun rechtsbescherming blijven wat onderbelicht. ‘Optimal’ betekent dus niet dat er een optimum wordt bereikt in een grafiek waarin handhaving wordt afgezet tegen een hoger niveau van rechtsbescherming dat nodig zou zijn naarmate de aard van de op te leggen sancties ingrijpender wordt. Wellicht dat een andere promovendus uit de bedrijfswereld de keerzijde van het verhaal kan vertellen en er net zo’n uitstekend proefschrift over kan schrijven als Wils.

*Jochen Meulman  
Nijmegen, januari 2003*