

HET WANKELLENDE GELOOF IN HET MARKTMECHANISME

HET WANKELENDE GELOOF IN HET MARKTMECHANISME

Enkele reflecties over de gevolgen voor ons rechtssysteem

Openingsrede ter gelegenheid van de plechtige openingszitting
van het 123ste werkingsjaar van het Vlaams Pleitgenootschap
bij de Balie te Brussel,
uitgesproken op donderdag 21 november 2013
in de Plechtige Zittingszaal van het Hof van Cassatie

Laura PARRET

Functie?



intersentia

Antwerpen – Cambridge

Het wankelende geloof in het marktmechanisme. Enkele reflecties over de gevolgen voor ons rechtssysteem

Laura Parret

© 2013 Intersentia
Antwerpen – Cambridge
www.intersentia.be

ISBN 978-94-000-0471-9
D/2013/7849/???
NUR 822

Alle rechten voorbehouden. Behoudens uitdrukkelijk bij wet bepaalde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, op welke wijze ook, zonder de uitdrukkelijke voorafgaande toestemming van de uitgever.

INHOUD

1. Het wankelen van het geloof in het marktmechanisme als uitgangspunt ..	7
1.1. Inleiding	7
1.2. Begrippen	9
1.3. Maatschappelijke en politieke ontwikkelingen	13
1.4. Algemene tendens van toename van (markt)regulering?	14
2. Europese ontwikkelingen buiten het mededingingsrecht	22
2.1. Europa: de origine van het geloof in marktwerking?	22
2.2. Nochtans ondertussen: veranderende geesten, veranderende verdragen	24
3. Ontwikkelingen binnen het mededingingsrecht in ruime zin	27
3.1. Regulering als instrument van liberalisering	28
3.2. Staatssteun en de rol van de overheid	31
3.3. Niet-economische belangen in het kartelrecht	33
3.4. Tussenconclusie: de markt in het mededingingsrecht	39
4. Reflecties over de gevolgen van het wankelende geloof	41
4.1. Het wankelende geloof en ons rechtssysteem	41
4.2. Coherentie, kwaliteit en effectiviteit	43

PROEF 1

1. HET WANKELLEN VAN HET GELOOF IN HET MARKTMECHANISME ALS UITGANGSPUNT

1.1. INLEIDING

In de titel van deze rede zit een combinatie van verschillende gedachten die het uitgangspunt vormen van deze rede. Het eerste gedeelte van de titel refereert aan het wankelende geloof in het marktmechanisme. Het gebruik van de term “wankelen” zou kunnen doen denken aan een boodschap die eerder van ideologische of politieke aard is. Er wordt Immers geponeerd dat er sprake is van geloof in het marktmechanisme dat aan het wankelen is, hetgeen een pejoratieve bijklank heeft. Als stelling lijkt het een waardeoordeel in te houden: het geloof in het marktmechanisme is goed en het is aan het wankelen, dus dat is een kwalijke ontwikkeling. Deze rede heeft echter niet als bedoeling op een dergelijke wijze een persoonlijke, ideologische of rechtspolitieke overtuiging over te brengen.

De twee gedeeltes van de titel verbinden in zekere zin het perspectief van de burger en het perspectief van de jurist.

Als burger kan ik me de laatste tijd niet van de indruk ontdoen dat de maatschappij en de politiek (en de vraag is in welke volgorde) zich op een vaak emotionele manier verzetten tegen marktwerking, althans er ernstige bedenkingen bij hebben.

Op politiek niveau, althans zoals gecommuniceerd via de media, is er een kritische houding, en een roep om regulering in velerlei vormen, die gemotiveerd kan zijn door scepsis ten aanzien van marktwerking en vrije mededinging. Dat lijkt toch de meest voor de hand liggende uitleg voor sommige initiatieven.¹

Als jurist roept deze ervaring dan weer vragen op, en als beoefenaar van het mededingingsrecht zijn deze vragen wellicht nog van een iets fundamenteelere aard. Als het geloof in de marktwerking wankelt, wordt dan immers niet de hele bestaansreden van het mededingingsrecht aangetast? Als mededingingsjurist

¹ De federale overheid heeft op 1 april 2012 een blokkering van de variabele energieprijzen opgelegd aan alle energieleveranciers die actief zijn in België. Er wordt ook met allerhande andere “regulerende methodes” geëxperimenteerd, zoals bijvoorbeeld convenanten waarin de sector, onder druk van de overheid, bepaalde verplichtingen op zich neemt jegens de klanten; zie P. LUYSTERMAN, “Energieklant wordt eindelijk koning”, *De Tijd* 1 oktober 2013. Ook in de verzekeringssector is er sprake van een dergelijke methode, een soort gedwongen zelfregulering. Commissievoorzitter Barroso heeft overigens ook een gevoelig ander discours dan enige jaren geleden. Hierna volgt onder 1.4 een overzicht van recente reguleringsinitiatieven waarvan er vele hun oorsprong vinden in de Europese Unie.

koppel ik de perceptie van het wankelende geloof in de markt ook meteen aan discussies die binnen het mededingingsrecht al veel langer bezig zijn.

En zo werd deze openingsrede geboren.

Het wankelende geloof in de marktwerking wordt grotendeels geponeerd als stelling. Deze is deels gebaseerd op maatschappelijke (en politieke) observaties die wetenschappelijk empirisch niet zijn onderzocht. Verder is de (veronder)stelling gebaseerd op ontwikkelingen binnen het mededingingsrecht zelf. Een en ander wordt hierna verder toegelicht.

De bedoeling van het tweede gedeelte van de titel (reflecties over de gevolgen voor ons rechtssysteem) is om het verband te leggen tussen enerzijds het (veronderstelde) wankelende geloof in het marktmechanisme en anderzijds ons rechtssysteem in zijn geheel, maar ook de concrete regels van, meer bepaald het mededingingsrecht. Daarbij is de betrachting ook om een vrij gespecialiseerd onderwerp als het mededingingsrecht, en het marktordeningsrecht in bredere zin, uit zijn isolement te halen met voldoende aandacht voor het bredere Europese kader.

Hierna zal eerst uitleg worden gegeven bij de premisse dat het geloof in het marktmechanisme wankelt. Zoals het een juridisch betoog betaamt, zullen de gebruikte begrippen worden gedefinieerd. Daarna zal ook worden toegelicht waar de stelling van het wankelende geloof op gebaseerd is. Het gaat daarbij, zoals gezegd, om maatschappelijke en politieke ontwikkelingen, de publieke opinie, maar ook – daarmee wellicht verband houdend – de toename van de regulering van de markt in het algemeen. Vervolgens wordt het bredere kader besproken, waarna het mededingingsrecht in ruime zin aan bod komt.

Aansluitend wordt op basis van de voorgaande hoofdstukken geïllustreerd dat er sprake is van begripsverwarring en onzekerheid, die hun gevolgen hebben voor het recht: meer regulering of minder regulering, meer marktwerking of minder marktwerking. Er is een dringende nood aan beantwoording van de vraag hoe met het evoluerende denken over de markt om te gaan bij de vormgeving en de toepassing van het recht. Deze situatie is niet bevorderlijk voor de coherentie van ons rechtssysteem en voor de effectieve inzet van de schaarse middelen die het systeem biedt voor de handhaving van het recht en de sanctionering van inbreuken erop. Een verminderd maatschappelijk draagvlak, als dat er al is, tast ook de legitimiteit en de kwaliteit van rechtsregels en regulering zelf aan. De maatschappelijke twijfels over de rol van de markt moeten (beter) verbonden worden aan de discussies in het mededingingsrecht en als daarvoor een reëel draagvlak bestaat, moet ons rechtssysteem aangepast worden om een nieuw evenwicht te bereiken. In dat kader moet er wel voor gewaakt worden dat niet aan desinformatie wordt gedaan.

1.2. BEGRIPPEN

Het gebruik van het werkwoord “wankelen” is bewust: een geloof dat wankelt, bestaat nog steeds. Een geloof dat wankelt, is onderhevig aan twijfels en ontwikkelingen. Het is geen geloof dat is vergaan. Deze bijdrage gaat niet over de vraag of het wenselijk is dat de boot die wankelt op de woelige zee, zich zou rechthouden, dan wel dat hij zou kapseizen. Deze rede vestigt de aandacht van de toevallige voorbijganger op het strand op de boot die aan het wankelen is, zodat die voorbijganger kan bedenken of hij dat erg vindt of niet. Als hij dat erg zou vinden, is er nog tijd om te bedenken welke maatregelen kunnen worden genomen.

Het eerste gedeelte van de titel van deze rede veronderstelt dat er in ons rechtssysteem überhaupt sprake is geweest, of nog is, van “geloof” in de markt. Of en in welke mate dit geloof (nog) wordt gedragen door de maatschappij, is uiteraard niet onderzocht op wetenschappelijke empirische wijze. De veronderstelling is gebaseerd op het feit dat, tenminste in het Europese recht, en in het mededingingsrecht in brede zin (dat daarvan is afgeleid), een dergelijk geloof aanwezig was en nog steeds is, al bestaat de indruk dat het wankelt, om redenen die hierna uiteengezet worden.

Het begrip “marktmechanisme” vergt enige toelichting. De toevoeging “mechanisme” aan “markt” ziet op het functioneren van de markt als een proces. Het is een dynamisch en niet een statisch gegeven. De term marktwerking zal hierna als synoniem worden gebruikt. Het is de economische context waarbinnen ondernemingen en burgers zich bewegen en actief zijn, oftewel volgens het woordenboek: de mogelijkheid tot handel in producten, het geheel van vraag naar en aanbod in een bepaald product.

In het mededingingsrecht wordt ook een specifiek marktbegrip gebruikt, namelijk dat van de relevante markt. De definiëring van de relevante markt is nodig om te bepalen of er sprake is van marktmacht, van een machtspositie, of om inzicht te krijgen in de marktaandelen van ondernemingen, omdat daar voor bepaalde afspraken of overeenkomsten juridische gevolgen aan verbonden worden.² De relevante markt heeft een product- en een geografische dimensie: het is het gebied waarbinnen producten of diensten met elkaar concurreren omdat ze in zekere mate vervangbaar zijn met elkaar, doorgaans beoordeeld vanuit het perspectief

² Bijvoorbeeld omdat een overeenkomst vrijgesteld is van het kartelverbod als een onderneming onder een bepaalde marktaandeeldrempel blijft, duidelijk voorbeeld bij verticale overeenkomsten, zie ook Verord.Comm. nr. 330/2010, 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, *Pb.L.* 23 april 2010, afl. 102/1.

van de afnemer.³ Hierna wordt niet dit mededingingsrechtelijk begrip gebruikt, maar de gewone, niet juridische betekenis van het woord zoals hiervoor gegeven. Voor deze rede zijn ze echter verwant aan elkaar, in de mate dat ze bedoeld zijn als neutraal van inhoud.

Het begrip “markt” roept immers, zoals hierna nog meermaals aan bod zal komen, vaak misverstanden op, zeker in associatie met Europa. Het roept het beeld op van vrije ongebreidelde mededinging, met nauwelijks optreden van de overheid. De Europese marktwerking wordt in het politieke discours gebruikt (misbruikt) door te koppelen aan een bepaald gedachtegoed.⁴ Mede daarom zijn begrippen als markt, marktwerking en concurrentie beladen termen.⁵ Hier wordt verdedigd dat dit ook te maken heeft met een verwarring tussen het typisch Europese internemarktconcept aan de ene kant, en het idee van de marktwerking als basis voor de economische ordening aan de andere kant.

Het begrip marktmechanisme veronderstelt de aanwezigheid van concurrentie/mededinging, althans daar wordt hier van uitgegaan. Aan die concurrentie worden korte- en langetermijngevolgen toebedeeld. De vervolgvraag kan dan zijn wat bedoeld wordt met mededinging.

Het kan merkwaardig lijken, maar in middens van mededingingsjuristen en mededingingseconomen wordt over het begrip mededinging gedebatteerd, evenzeer als over de gerelateerde vraag welke doelstellingen het mededingingsrecht beoogt. Een auteur drukt het zo op treffende, zij het wat overdreven wijze uit: *“It is a scandal of antitrust that neither its practitioners nor its theoretists agree – insofar as they consider the question at all – on what competition is”*.⁶

Zonder op deze discussie in te gaan, kan wel in het algemeen gezegd worden dat er toch consensus bestaat over het feit dat het gaat om een proces van rivaliteit tussen ondernemingen om de klanten (strijd om de klanten).⁷

Ook staat vast dat het uitgangspunt, in ieder geval in een Europese context, de zogenaamde “workable competition” is. Als norm geldt niet de “perfect competi-

³ Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, *Pb.L.* 9 december 1997, afl. C 372/5. Voor een bespreking met een meer economische inslag: M. MOTTA, *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, hoofdstuk 3.

⁴ Het klassieke verwijt is dat de Europese markteconomie een neoliberal project is.

⁵ R. BARENTS en L.J. BRINKHORST, *Grondlijnen Europees recht*, Deventer, Kluwer, 2012, 555. Hierna wordt besproken hoe dit beeld niet geheel terecht is, omdat het miskent hoe de Europese rechtsorde geconstrueerd is en ook steeds meer geëvolueerd is.

⁶ O. BLACK, *Conceptual foundations of antitrust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 6.

⁷ Zie ook de bespreking in het standaardwerk van M.R. MOK, *Kartelrecht I Nederland*, Deventer, Kluwer, 2004, 637 p.

tion”. Het is relevant hierop te wijzen in het begin van deze rede, want het is belangrijk te beseffen dat het mededingingsrecht niet streeft naar volledige, vrije concurrentie als theoretisch concept, maar rekening houdt met de realiteit en het idee dat er beperkingen zijn aan de werking van elke markt, zodat een haalbare norm moet gelden.

Het concurrentiebegrip in het mededingingsrecht zoals het in het Europese recht is gegroeid, is er één van effectiviteit: de graad van mededinging die noodzakelijk is voor de goede werking van de interne markt. Dat betekent dat het inherent is aan dat concept dat een bepaalde doelstelling van algemeen belang wordt beoogd.⁸ Het is vooral over de definitie van wat deze doelstellingen dan zijn, dat er discussie kan bestaan.

Met het geloof in het marktmechanisme wordt dus eigenlijk bedoeld het geloof in de heilzame werking van de (redelijke, meest haalbare) concurrentie om bepaalde doelstellingen te verwezenlijken. Op deze wijze uitgedrukt, kan ik me voorstellen dat het begrip “markt” al een stuk minder weerstand oproept.

Het meest boeiende en wellicht voor een breder publiek minst bekende aspect van (het Europese en het) mededingingsrecht is dat de uiteindelijke doelstellingen die doorgaans voorop worden gesteld en die zouden moeten worden bereikt door de werking van de markt, van niet-economische aard zijn, en dat terwijl het mededingingsrecht zich ogenschijnlijk alleen bezighoudt met louter economische parameters. Zeker in de Europese context is de marktwerking voor een groot deel een instrument om hogere doelstellingen te bereiken. Ook dit komt hierna aan bod.

Hierna komen verder herhaaldelijk de termen regulering en deregulering ter sprake. De volgende definitie van regulering is interessant: duurzame en specifieke controle door een overheids- of publiekrechtelijk orgaan van activiteiten waar de gemeenschap belang aan hecht.⁹ Daarbij is dan niet gezegd van wie de regulering uitgaat.

Het begrip deregulering ziet in algemene zin op terugdringing, stroomlijning of vereenvoudiging van wet- en regelgeving. De term wordt meestal gebruikt met een bepaalde doelstelling voor ogen: ofwel ter bevordering van de economie door de kosten van overmatige regulering te vermijden, ofwel met het oog op het terugdringen van de rol van de overheid als betrokken speler in een specifieke markt.

⁸ Zie R. BARENTS en L.J. BRINKHORST, *Grondlijnen Europees recht*, Deventer, Kluwer, 2012, 553. Het is precies die ruimte die al in het begrip mededinging zelf zit die toelaat dat ze mee evolueert met de tijd.

⁹ Definitie van P. Selznick, geciteerd in R. BALDWIN en M. CAVE en M. LODGE, *Understanding Regulation, Theory, Strategy and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 3.

Ook de termen regulering en deregulering worden vaak gebruikt met politieke bedoelingen, ongetwijfeld juist door het verband dat er bestaat tussen marktwerking en regulering. Dat verband is er in objectieve zin, maar de wijze waarop de termen regulering en deregulering gebruikt worden, geeft niet altijd helder weer wat het gevolg of het beoogde gevolg is van de regulering of deregulering op de markt.

Ten slotte is er het begrip toezicht(houder). Een toezichthouder is een bij wet ingestelde instantie die tot taak heeft het houden van toezicht op de naleving van de betreffende wet. De toezichthouder kan beslissen over het verlenen van een vergunning of ontheffing, beleidsregels vaststellen en/of sancties opleggen.¹⁰ Hierna zal het voornamelijk gaan over markttoezichthouders of marktautoriteiten.

Om goed het onderscheid te maken tussen mededingingsautoriteiten die toezicht houden op alle markten, en de bijzondere mededingingsautoriteiten, die in een welbepaalde sector optreden, worden deze laatste alleen aangeduid als (markt) toezichthouders of sectorregulatoren. Simpel gezegd moeten markttoezichthouders maatregelen nemen die de mededinging bevorderen (*ex ante*), terwijl mededingingsautoriteiten kunnen optreden tegen gedrag dat heeft plaatsgevonden om de vrije mededinging te bewaken (*ex post*).¹¹

De omvang van de bevoegdheden van toezichthouders kan enorm variëren van sector tot sector en van lidstaat tot lidstaat. Zowel voor het begrip regulering als voor het begrip toezichthouder is er een complicatie doordat de zogenaamde sectorregulatoren in de Europese wetgeving in de geliberaliseerde sectoren belangrijke bevoegdheden krijgen ter bevordering van de mededinging. Deze wetgeving heeft het begrip regulering en regulator echter geïntroduceerd zonder daar een helder institutioneel model tegenover te zetten.¹²

Meer toegespitst op de markt en het markttoezicht onder impuls van Europese wetgeving, betekent regulering: concrete voorschriften en algemene regels die de overheid opstelt ter bewaking of ter bevordering van het proces van marktwer-

¹⁰ Via www.encyclo.nl (laatst geraadpleegd op 28 oktober 2013). De *Van Dale* definieert een toezichthouder als: “*persoon of instantie die toezicht houdt*”. Art. 5:11 van de Nederlandse Algemene wet bestuursrecht geeft als definitie: “*Onder toezichthouder wordt verstaan: een persoon, bij of krachtens wettelijk voorschrift belast met het houden van toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift.*”

¹¹ Dit algemene onderscheid staat tegenwoordig onder druk, maar blijft nog overeind als uitgangspunt; zie ook S.A.C.M. LAVRIJSSSEN-HEIJMANS, *Onafhankelijke mededingingstoezichthouders, regulerende bevoegdheden en de waarborgen voor good governance*, Tilburg, Boom Juridische Uitgevers, 2006, bv. 24 *et seq.*

¹² Zie de uitgebreide studie door S.A.C.M. LAVRIJSSSEN-HEIJMANS, *Onafhankelijke mededingingstoezichthouders, regulerende bevoegdheden en de waarborgen voor good governance*, Tilburg, Boom Juridische Uitgevers (BJU), 2006, bv. 24 *et seq.*

king. Hier wordt de term vaak gebruikt zowel voor de algemene regels uitgaande van de wetgever of de regering, als voor het optreden van de regulator zelf. Marktregulering heeft de bedoeling een gepercipieerd marktfalen te corrigeren.

1.3. MAATSCHAPPELIJKE EN POLITIEKE ONTWIKKELINGEN

Regulering is de respons die de politiek naar voren schuift om tegemoet te komen aan crisissituaties. Deze tendens is niet nieuw, maar wanneer het gaat om de regulering van de markt, lijkt er toch sprake te zijn van een stroomversnelling.

Naar aanleiding van de recente verjaardag van het Fortis-debacle was in de media meermaals te horen dat Europa in de afgelopen jaren wellicht te ver is doorgeschoten in de deregulering. De Commissie zou zagezegd onder invloed van economen (van een bepaalde strekking) te veel geloofd hebben in de markt.¹³

Het is met andere woorden “bon ton” geworden om zagezegde “deregulering” in het verleden thans te gebruiken als schuldenbok voor een heel aantal van de problemen die zich hebben voorgedaan in bijvoorbeeld de financiële sector. Er wordt overigens veel meer de nadruk gelegd op de deregulering dan op de wijze waarop de bestaande regulering functioneerde, daarin begrepen de bestaande toezichthouders. Deregulering wordt opgeroepen in directe associatie met een ongebreidelde marktwerking die tot excessen leidt.

Meer regulering en meer toezicht op de markt wordt vervolgens het antwoord op deregulering. De indruk wordt daarbij gewekt dat regulering bepaalde voor de consument nadelige praktijken zal voorkomen en dat in afwezigheid van meer regulering er nu eenmaal een neiging bestaat bij ondernemers om zich te wagen aan onwenselijke, voor de consument schadelijke praktijken.¹⁴ Met andere woorden: als je ondernemers hun gang laat gaan en uitgaat van het functioneren zelf van de markt, is de uitkomst te onzeker en mogelijk doorgaans negatief. De regulering is er dan om de consument en de maatschappij te beschermen en er moet dus meer regulering komen.

Voor diegenen die op enige manier bezig zijn met marktordeningsrecht, moet de stelling dat er in het verleden te veel gedereguleerd is, tot enige verbazing aanlei-

¹³ Commissaris Almunia werkt mee aan deze beeldvorming en “interpretatie” van het verleden; zie bv. zijn speech van 26 september 2013, waar hij het heeft over de financiële markten als “unregulated markets”, via site DG Comp: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-757_en.htm.

¹⁴ De uitlatingen in deze zin in de nasleep van de bankencrisis zijn niet te tellen. Een voorbeeld nog: M. WOLF, “We still live in Lehmann’s shadow”, *Financial Times* 18 september 2013.

ding geven. Hier wordt geponereerd dat er sprake is van een grote mate van begripsverwarring, waarbij marktwerking en regulering als termen worden gebruikt en misbruikt om aan terechte zorgen van de burgers tegemoet te komen maar zonder dat er een consistente visie op marktwerking achter zit.

1.4. ALGEMENE TENDENS VAN TOENAME VAN (MARKT) REGULERING?

De veronderstelling dat het geloof in het marktmechanisme wankelt, wordt mede gebaseerd op de indruk dat er in algemene zin sprake is van toenemende regulering van de markt en alleszins niet (netto) van deregulering. Ook dit is niet empirisch onderzocht, maar er zijn toch belangrijke indicaties die in die richting wijzen.

De roep om meer regulering, en meer daarop betrekking hebbend toezicht, leidt ertoe dat de activiteiten van ondernemingen meer aan banden worden gelegd, door de eenvoudige hoeveelheid regels waaraan moet worden voldaan, maar ook door het invoeren van voorafgaande toetsing en/of goedkeuring van hun activiteiten door een toezichthouder.

Het is overigens in dit kader interessant dat er de laatste tijd wel een groeiend besef is van het feit dat de hoeveelheid regulering (hier echt gebruikt in algemene zin) ondernemingsinitiatief kan fnuiken en een belemmering kan zijn voor economische groei. Dit debat is duidelijk een ander debat, dat zich toespitst op administratieve vereenvoudiging en coherentie van wetgeving. De Commissie is met een grootscheeps plan hieromtrent bezig, genaamd REFIT en ook in de lidstaten zijn er hier actieplannen voor.¹⁵ Het REFIT-programma (REGulatory FITness and performance) is erg ambitieus en ziet met name op het vereenvoudigen, codificeren of groeperen van wetgevende maatregelen van de EU om de toegankelijkheid en de kwaliteit van wetgeving te verbeteren en de administratieve lasten van ondernemingen ook te verlichten.¹⁶

De doelstelling om in algemene zin de regeldruk terug te dringen kan in contrast lijken te staan met het verscherpen van het toezicht op de markt, zeker als dit laatste effectief leidt tot een vermeerdering van de lasten voor ondernemingen.

Een interessante vraag die hier slechts wordt opgeworpen, is of het steeds meer/bijkomend reguleren ook een adequaat antwoord is op een reële vraag, waarvan

¹⁵ Zie in België de Kafka-operatie en ook in Nederland zijn er initiatieven genomen om de regeldruk drastisch te verminderen en zo ook kosten te besparen: www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/regeldruk/regeldruk-bij-ondernemers.

¹⁶ Een stand van zaken in: Communication from the Commission, Regulatory Fitness and Performance (REFIT): Results and Next Steps, 2 October 2013, COM(2013)685 def.

de politiek veronderstelt dat zij vanuit de maatschappij komt. Het meer gaan reguleren van de markt lijkt, zoals hiervoor reeds gesteld, voor een groot deel ook een manier om tegemoet te komen aan ongerustheid en aan onzekerheid bij burgers.¹⁷

Om de stelling aangaande de toename van regulering te staven, wordt hier voorgesteld om als objectieve parameter te kijken naar de toename van het aantal regulerende instanties of toezichthouders, dan wel de uitbreiding van de bevoegdheden van de bestaande toezichthouders.¹⁸

Hierna wordt een overzicht gegeven, waarbij in de laatste kolom wordt aangestipt of er de afgelopen vijf jaar sprake is geweest van een (voor ondernemingen ingrijpende) uitbreiding van bevoegdheden of de oprichting van een nieuwe entiteit. Het overzicht beperkt zich tot de mededingingsautoriteiten (algemeen mededingingstoezicht) en de zogenaamde sector-regulators die op de geliberaliseerde sectoren toezicht houden. Daarnaast wordt er ook wat informatie gegeven over de financiële sector, omdat de indruk bestaat dat de gebeurtenissen in die sector doorslaggevend zijn geweest voor de evolutie in de manier waarop naar marktwerking wordt gekeken.

Mededinging ¹⁹	Toezichthouder	Type optreden	Wijzigingen waardoor bevoegdheden zijn uitgebreid? (< 5 jaar)
Nederland	Autoriteit Consument en Markt (ACM)	Ex ante – concentratiemedingen Ex post – bevoegd om sancties op te leggen (personen en ondernemingen)	Nieuwe toezichthouder per 1 april 2013 door bundeling krachten Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) en de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) met verruimde bevoegdheden.

¹⁷ Zie het interview met Annetje Ottow in *Het Financieele Dagblad* van 27 april 2013 dat men misschien te veel verwacht van regulering en toezicht, M. Goudswaard, 'Annetje Ottow: We moeten de roep om steeds meer toezicht durven weerstaan', *Het Financieele Dagblad*, 27 april 2013.

¹⁸ Hier wordt dus een rechtstreeks verband verondersteld tussen toenemende regulering en de toename van het aantal toezichthouders.

¹⁹ Algemeen toezicht op de naleving van het mededingingsregels is zonder onderscheid naar de economische sector: toezicht op de naleving van het kartelverbod en het verbod op misbruik van een economische machtspositie, exclusief toezicht op de staatssteunregels. De Commissie en de 28 autoriteiten van de lidstaten staan op parallelle wijze in voor de handhaving van de (algemene) mededingingsregels. Dat betekent dus ook dat ondernemingen in beginsel blootgesteld zijn aan sancties van verschillende toezichthouders.

Het wankelende geloof in het marktmechanisme

Mededinging ¹⁹	Toezichthouder	Type optreden	Wijzigingen waardoor bevoegdheden zijn uitgebreid? (< 5 jaar)
België	Belgische mededingingsautoriteit (BMA)	Ex ante – concentratiemeldingen Ex post – bevoegd om sancties op te leggen (personen en ondernemingen)	Nieuwe toezichthouder per 6 september 2013 met verruimde bevoegdheden, die (o.a.) bevoegd is om, naast ondernemingen, ook personen aansprakelijk te stellen.
Verenigd Koninkrijk	Office of Fair Trading (OFT)	Ex ante – concentratiemeldingen Ex post – bevoegd om sancties op te leggen (personen en ondernemingen)	Vanaf april 2014 nieuwe toezichthouder CMA (Competition and Market Authority) met verruimde bevoegdheden.
Frankrijk	Autorité de la Concurrence	Ex ante – concentratiemeldingen Ex post – bevoegd om sancties op te leggen (personen en ondernemingen)	Nieuwe toezichthouder sinds augustus 2008 met verruimde bevoegdheden.
Europese Unie	De Commissie	Ex ante – concentratiemeldingen Ex post – bevoegd om sancties op te leggen (ondernemingen)	
Telecom	Toezichthouder	Type optreden	Wijzigingen waardoor bevoegdheden zijn uitgebreid? (<5 jaar)
Nederland	Autoriteit Consument en Markt (ACM)	Ex ante optreden – toezicht, controle en marktanalyses m.b.t. concurrentie en regelgeving Ex post – bevoegd om sancties op te leggen	Nieuwe toezichthouder per 1 april 2013 door bundeling krachten Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) en de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) met verruimde bevoegdheden.
	Agentschap Telecom (AT)	Ex ante – uitvoerder en toezichthouder voor het waarborgen van de beschikbaarheid van moderne en betrouwbare telecommunicatie Ex post – bevoegd om sancties op te leggen	15 maart 2013: telecommunicatiewet gewijzigd met verruimde toezichthoudende bevoegdheden voor AT.
België	De Belgische regulator voor de postdiensten en de telecommunicatie (BIPT)	Ex ante – toezicht, controle en marktanalyses m.b.t. concurrentie en regelgeving Ex post – bevoegd om sancties op te leggen	10 juli 2012: telecomwet gewijzigd met verruimde bevoegdheden voor BIPT.

Telecom	Toezichthouder	Type optreden	Wijzigingen waardoor bevoegdheden zijn uitgebreid? (<5 jaar)
Verenigd Koninkrijk	Ofcom – Independent regulator and competition authority for the UK communications industries	Ex ante – toezicht, advisering en controle regelgeving	1 februari 2011: N.a.v. herziene Europese regelgeving in 2011 inzake energie heeft Ofcom verruimde bevoegdheden ter bescherming van consumenten.
		Ex post – bevoegd om sancties op te leggen voor inbreuken telecomwet maar ook mededingingsrecht	
Frankrijk	Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP)	Ex ante – regulering en uitvoeren marktanalyses Ex post – bevoegd om sancties op te leggen	In 2012 veel wijzigingen doorgevoerd in elektronische communicatiesector en ARCEP meer bevoegdheden.
Europese Unie	The Body of European Regulators of Electronic Communications (BEREC)	Ex ante – regulering, uitvoeren marktanalyses en coördinatie	Opggericht in september 2009.
Energie	Toezichthouder	Type optreden	Wijzigingen waardoor bevoegdheden zijn uitgebreid? (< 5 jaar)
Nederland	Autoriteit Consument en Markt (ACM)	Ex ante optreden – toezicht, controle en marktanalyses m.b.t. concurrentie en regelgeving Ex post – bevoegd om sancties op te leggen	Nieuwe toezichthouder per 1 april 2013 door bundeling krachten Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) en de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) met verruimde bevoegdheden.
België	Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG) (federaal)	Adviserend, toezicht en controle op regelgeving, tarificatie, federaal transmissienet voor elektriciteit onder hoogspanning en gas onder hoge druk; energieproductie en -opslag. Ex post – bevoegd om sancties op te leggen	Verruiming bevoegdheden CREG na goedkeuring ‘derde energiewet’ in 2011 over de reorganisatie van de Belgische gas- en elektriciteitsmarkt.
	De Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt (VREG)	Ex ante – staat in voor de regulering, controle en bevordering van de transitie van de energiemarkt in het Vlaamse Gewest. Ex post – bevoegd om sancties op te leggen	(nieuw) Energiedecreet en Energiebesluit traden in werking op 1 januari 2011. Sindsdien en o.g.v. rechtspraak van het Hof ruimere bevoegdheden.

Het wankelende geloof in het marktmechanisme

Energie	Toezichthouder	Type optreden	Wijzigingen waardoor bevoegdheden zijn uitgebreid? (< 5 jaar)
	BRUGEL (Reguleringscommissie voor Energie in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest)	Adviserend, toezicht en controle op (gewestelijke) wetgeving en op gas/elektriciteit/transportnet distributie, toekenning groene certificaten Ex post – bevoegd om administratieve boetes op te leggen	Een nieuwe ordonnantie van 20 juli 2011 zet de bepalingen van het “Derde Energiepakket” inzake gas om in Brussels recht, waarbij de positie van Brugel wordt versterkt. Sindsdien en o.g.v. rechtspraak van het Hof van 9 juli 2013 ruimere bevoegdheden voor Brugel.
	CWaPE (Commission Wallonne Pour l’Energie)	Adviserend, toezicht en controle op (Waalse) wetgeving en op gas/elektriciteit/transportnet distributie, toekenning groene certificaten Ex post – bevoegd om administratieve boetes op te leggen	O.g.v. rechtspraak van het Hof van 9 juli 2013 ruimere bevoegdheden voor CWaPE.
Engeland	Gas and Electricity Markets Authority (GEMA) / Ofgem (Office of Gas and Electricity Markets)	Regulering, toezicht en controle op regelgeving en beschikbaarheid van energie Ex post – bevoegd om sancties op te leggen	Regulering van ‘Wholesale Energy Markets and Transparency’ (REMIT) met nieuwe wetgeving sinds december 2011, waarin Ofgem verruimde bevoegdheden krijgt om installaties te inspecteren, data in beslag te nemen en hogere financiële sancties op te leggen.
Frankrijk	Commission de régulation de l’énergie (CRE)	Toezicht en controle op regulering, autorisering, geschillenbeslechting Ex post – bevoegd om sancties op te leggen d.m.v. sanctieorgaan Comité de règlement des différends et des sanctions (CoRDs)	
	Agence de l’Environnement et de la Maîtrise de l’Energie (Ademe)	Ex ante – Toezicht, faciliterend, coördinerend ten behoeve van milieubescherming en regulering van energie. Ex post – bevoegd om sancties op te leggen	
Europese Unie	Agency for the Cooperation of European Regulators (ACER)	Coördineert en ondersteunt het werk van de nationale toezichthouders op de energiemarkt, zodat er meer samenhang komt tussen het energiebeleid in de verschillende lidstaten van de EU	Sinds 4 maart 2011 operationeel.

Energie	Toezichthouder	Type optreden	Wijzigingen waardoor bevoegdheden zijn uitgebreid? (< 5 jaar)
	Council of the European Energy Regulators (CEER)	Informatie-uitwisseling en assistentie tussen nationale onafhankelijke energie toezichthouders	Volgens Werkprogramma 2014 zal samenwerking tussen regulatoren en CEER nog meer worden versterkt.
Financieel	Toezichthouder	Type optreden	Wijzigingen waardoor bevoegdheden zijn uitgebreid? (< 5 jaar)
Nederland	Autoriteit Financiële Markten (AFM)	Ex ante – bevordert eerlijke en transparante financiële markten Ex post – gedragstoezicht houden op de financiële markten, bevoegd om sancties op te leggen (personen en ondernemingen)	
	De Nederlandse Bank	Ex ante – prudentieel toezicht en ziet toe op solide en integere financiële instellingen die hun verplichtingen nakomen. Verleent vergunningen. Ex post – bevoegd om sancties op te leggen (personen en ondernemingen)	
België	Autoriteit voor Financiële Diensten en Markten (FSMA)	Ex ante – staat in voor het toezicht op de erkenning van en het toezicht op bepaalde categorieën financiële instellingen, en dat gedragsregels worden nageleefd Ex post – gedragstoezicht houden op de financiële markten en genoteerde ondernemingen, bevoegd om sancties op te leggen (personen en ondernemingen)	Bestaat sinds 1 april 2011 na grote hervorming en beschikt over verruimde bevoegdheden t.o.v. voorganger CBFA.
	De Nationale Bank	Ex ante – zie toe op financiële prijsstabiliteit en op solide en integere financiële instellingen die hun verplichtingen nakomen. Verleent vergunningen. Ex post – bevoegd om sancties op te leggen (ondernemingen)	

Het wankelende geloof in het marktmechanisme

Financieel	Toezichthouder	Type optreden	Wijzigingen waardoor bevoegdheden zijn uitgebreid? (< 5 jaar)
	Comité voor Macroprudentieel Toezicht	Ex ante – waakt over stabiliteit financieel systeem, aanbevelingen aan Nationale Bank Ex post – De aanbevelingen van het Comité zijn niet bindend, maar als aanbevelingen niet worden uitgevoerd, moet dat volgens het principe 'comply or explain' worden uitgelegd.	Wordt binnenkort opgericht.
Verenigd Koninkrijk	the Bank of England	Ex ante – prudentieel toezicht en ziet toe op solide en integere financiële instellingen die hun verplichtingen nakomen. Verleent vergunningen. Ex post – bevoegd om sancties op te leggen (ondernemingen)	Grote veranderingen met verruimde bevoegdheden in april 2013 doorgevoerd n.a.v. economische crisis.
	Prudential Regulation Authority (PRA)	Ex ante – prudentieel toezicht, waarborgt financiële stabiliteit van financiële instellingen en verzekeraars Ex post – bevoegd om sancties op te leggen (personen en ondernemingen)	Vanaf 1 april 2013 (een van de opvolgers van FSA)
Frankrijk	Financial Conduct Authority (FCA)	Ex ante – regelgevings- en onderzoeksbevoegdheden (ziet toe op financiële instellingen die diensten verlenen aan consumenten) Ex post – bevoegd om sancties op te leggen (personen en ondernemingen)	Vanaf 1 april 2013 (een van de opvolgers van FSA)
	Autorité des Marchés Financiers (AMF)	Ex ante – reguleert deelnemers en producten op financiële markten d.m.v. regelgeving, monitoring, autorisaties, onderzoeken, voorziet in mediation bij geschillen Ex post – bevoegd om sancties op te leggen (personen en ondernemingen)	
	Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR)	Ex ante – ziet toe op banken en verzekeraars t.b.v. financiële stabiliteit Ex post – bevoegd om sancties op te leggen (...)	Vanaf maart 2010 actief

Financieel	Toezichthouder	Type optreden	Wijzigingen waardoor bevoegdheden zijn uitgebreid? (< 5 jaar)
Europese Unie	European Banking Authority (EBA); <i>(EBA maakt deel uit van het Europees Stelsel voor financieel toezicht (ESFA), bestaande uit ESMA, EBA en EIOPA)</i>	Coördinatie – werking van de interne markt verbeteren door te zorgen voor passend, efficiënt en geharmoniseerd Europees toezicht en regelgeving	Vanaf 1 januari 2011
	European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA) <i>(EIOPA maakt deel uit van het Europees Stelsel voor financieel toezicht (ESFA), bestaande uit ESMA, EBA en EIOPA)</i>	Adviesorgaan om stabiliteit, transparantie van (producten van) financiële instellingen, verzekeraars en pensioenfondsen te waarborgen	Vanaf 1 januari 2011
	European Securities and Markets Authority (ESMA)	Coördinatie	Vanaf 1 januari 2011
	European Systemic Risk Board (ESRB)	Coördinatieorgaan dat de risico's voor de economie als geheel en de stabiliteit van het hele financiële stelsel in de gaten houdt	Vanaf 16 december 2010 is de wetgeving waarbij het ESRB is opgericht, van kracht.
	Europese Centrale bank (in rol van toezichthouder)	Ex ante – prudentieel toezicht op kredietinstellingen Ex post – bevoegd om sancties op te leggen (ondernemingen)	Verwacht vanaf 2014

In het algemeen kan voor de onderzochte toezichthouders worden gezegd dat de afgelopen jaren de bevoegdheden zijn verscherpt en het instrumentarium is uitgebreid, naar vaak meer ingrijpende vormen van onderzoek en maatregelen zoals het opleggen van sancties en structurele maatregelen.²⁰

²⁰ Het meest recente voorbeeld is de nieuwe toezichthoudende functie die ECB zal uitvoeren op Europese banken vanaf 2014 en de balanscontroles en strenge stresstesten die ECB in dat kader nu al zal gaan uitvoeren.

Om een verder idee te geven van het toezicht waar ondernemingen onderhevig aan zijn, kan nog vermeld worden dat er, voor zover kon worden nagegaan, in België minstens 12 markttoezichthouders zijn, in Nederland 13, in het Verenigd Koninkrijk 48, in Frankrijk 27 en op EU-niveau 4 en 2 nieuw op te richten in de komende maanden en verder 18 agentschappen met markttoezichthoudende bevoegdheden. Het gaat hier, naast mededinging en liberaliseringswetgeving, onder meer om onderwerpen als privacy, media, milieubescherming en toezicht op de zorg- en transportsector. Er is in het algemeen op EU-niveau een ware inflatie geweest van agentschappen met toezichthoudende bevoegdheden.²¹

2. EUROPESE ONTWIKKELINGEN BUITEN HET MEDEDINGINGSRECHT

2.1. EUROPA: DE ORIGINE VAN HET GELOOF IN MARKTWERKING?

Europa krijgt wel eens het verwijt alles te economiseren. Alle maatschappelijke problemen zouden herleid worden tot de economie en tot de markt. De vraag of er in dat verband niet te veel verwijten worden gemaakt aan de EU valt buiten het bestek van deze rede. Het is wel een vaststelling dat de evolutie naar “meer marktwerking” duidelijk onder meer zijn oorsprong vindt in de interne marktgedachte van de Europese Unie, ook al was die van in den beginne onderworpen aan hogere doelstellingen van welvaart en welzijn.

De nadruk op marktwerking in de hiervoor beschreven zin is in het recht van de Europese Unie vormgegeven op veel verschillende manieren op een heel aantal verschillende gebieden. Meer marktwerking werd lang niet alleen bewerkstelligd door het mededingingsrecht in ruime zin, de regels inzake aanbesteding en vrij verkeer van kapitaal. Even goed golden richtlijnen met als onderwerp bijvoorbeeld de veiligheid op het werk of van speelgoed of gelijke beloning tussen mannen en vrouwen, ook allemaal als maatregelen ter voltooiing van de interne markt. Allemaal hadden ze gemeenschappelijk dat ze dienstig moeten zijn aan het realiseren van de vrije markt als ruimte zonder grenzen. In de jurisprudentie werd ook steeds de nadruk gelegd op deze specifieke Europese marktgedachte.²²

²¹ Zie ook J. CHRISTENSEN en V. LEHMANN NIELSEN, “Administrative capacity, structural choice and the creation of agencies”, *Journal of European Public Policy* 2010, volume 17, issue 2, 176-204.

²² In een beroemde zaak over gelijke beloning van mannen en vrouwen bijvoorbeeld werd door het Hof benadrukt dat het verbod op gelijke beloning met name een economische doelstelling had: HvJ 8 april 1976, 43/75, *Defrenne/Sabena II*, *Jur.* 1976, I, 455.

De marktgedachte in de EEG en daarna de EG had dus als belangrijkste kenmerk de “ruimte zonder grenzen”. De voltooiing van de interne markt als een dergelijke ruimte zonder grenzen moest (moet) bereikt worden door marktwerking met de nadruk op interstatelijke handel, zonder barrières afkomstig van de overheid (vrijverkeerregels) of afkomstig van ondernemersgedrag (mededingingsregels). De interne markt moet werken, het vrije verkeer moet een realiteit worden. Het is vanuit die invalshoek dat de nadruk op de marktwerking vooral werd ingevuld. De EEG, later EG en thans Unie, werd en wordt geïdentificeerd met het promoten van open markten, mededinging en vrije markt²³, zonder dat het onderscheid tussen al deze onderwerpen overigens voldoende wordt gemaakt. Het 1992 programma voor de voltooiing van de interne markt heeft ook vooral tot veel regulering geleid en niet tot deregulering.²⁴

De roep om meer marktwerking in het verleden is ongetwijfeld een wisselwerking geweest van de door Europa genomen initiatieven ter wille van de voltooiing van de interne markt en politieke tendensen. Dat bepaalde sectoren, zoals de zorgsector en de non-profit, nu worden geacht te functioneren in een “markt”, toont hoe de marktgedachte en de economisering ingang heeft gevonden, tot zelfs in de manier waarop tegenwoordig justitie wordt benaderd (managers, met rendementscriteria en gekwantificeerde doelstellingen, efficiency).

De voorzichtige hypothese hier is dus ook dat de combinatie van het interne marktprogramma met de politiek-economische voorkeuren van een bepaalde tijdsgeslacht samen de perceptie in de hand hebben gewerkt dat het Europa alleen maar om marktwerking te doen is. Dat leidt ertoe dat diegenen die nooit veel vertrouwen in marktwerking hebben gehad zich door de crisis in hun vertrouwen beschaamd voelen en de Unie vooral als een bedreiging zien.²⁵

Daarbij is er minder aandacht voor de verschuivingen die nochtans al lang aan de gang zijn in het juridische kader, zowel in het Europese recht in brede zin als in het mededingingsrecht. Beide worden hierna toegelicht.

2.2. NOCHTANS ONDERTUSSEN: VERANDERENDE GEESTEN, VERANDERENDE VERDRAGEN

Naar het Europese integratieproces wordt vaak gekeken als een verhaal van evoluerende relaties tussen de lidstaten en de Unie, een verhaal van bevoegdheden en

²³ Zie J. STEENBERGEN, “Constitutionalisme en de zoektocht naar meer unie in de crisis”, *SEW* 2013, 100.

²⁴ Zie ook J. STEENBERGEN, “Constitutionalisme en de zoektocht naar meer unie in de crisis”, *SEW* 2013, 101, en de bronnen aldaar geciteerd.

²⁵ *Ibid.*

bevoegdheidsoverdrachten. In zekere zin is de hele ontwikkeling van de Europese Unie van de eerste verdragen eind jaren 50 tot nu echter ook een verhaal waarin de centrale positie van de marktgedachte steeds meer is uitgewerkt, aangevuld, maar ook genuanceerd met andere accenten, die steeds nadrukkelijker in het wetgevend kader (de verdragen) aanwezig zijn.²⁶ Als er één gemeenschappelijk kenmerk is van de elkaar opvolgende verdragswijzigingen, is het wellicht dat wel.

Een bespreking van alle elkaar opvolgende verdragswijzigingen gaat het bestek van deze rede ver te buiten. Hier wordt met name stilgestaan bij de wijzigingen die het Verdrag van Lissabon hebben teweeggebracht omdat ze illustratief zijn en relevant voor deze rede.

Zoals bekend is het Verdrag van Lissabon gevolgd op het mislukken van de Europese Grondwet. De wijzigingen die het verdrag heeft aangebracht aan de basisverdragen, waaronder het EG-Verdrag, bevatten veel voorbeelden van een evoluerend denken over de marktwerking. Deze voorbeelden zijn te vinden zowel in de verdragsteksten zelf als in een hele reeks protocollen die gevoegd zijn bij het verdrag.

Ook de inwerkingtreding van het bekende Handvest van de grondrechten kan gezien worden als een uiting van het grote belang dat wordt gehecht aan de hogere doelstellingen van de Europese Unie die met name zien op het welzijn van de burgers. Er wordt wel gesteld dat de Unie de focus heeft verlegd van de interne markt naar de rechten van burgers.²⁷

Wat betreft de markt en concurrentie, is allereerst de beschrijving van de doelstellingen van belang.

In artikel 3, lid 3 VEU-Verdrag staat nog steeds te lezen dat de Unie een interne markt tot stand brengt. Bij de opsomming echter van de beleidsdomeinen via welke deze interne markt tot stand kan komen, lezen we onder meer duurzame ontwikkeling, een hoog niveau van bescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu en ook de wetenschappelijke en technische vooruitgang. Het is vooral opmerkelijk dat in hetzelfde artikel thans wordt gesproken van een evenwichtige economische groei en prijsstabiliteit, alsook van een sociale markteconomie met een groot concurrentievermogen, maar dat wel met name gericht is op volledige werkgelegenheid en sociale vooruitgang.

²⁶ Dit nog afgezien van het feit dat iedereen het erover eens is dat de totstandkoming van de Europese Economische Gemeenschap zelf voortkwam uit fundamenteel niet-economische doelstellingen, waaronder voornamelijk het bewaren van de vrede.

²⁷ Bv. C. BARNARD, *The substantive law of the EU, the four Freedoms*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 29.

De toevoeging van de term “sociale markteconomie” is betekenisvol. De term als zodanig is wellicht niet eenduidig te definiëren, maar het lijkt evident dat het bedoeld is als een duidelijk signaal over waar de Unie voor staat, wellicht precies om de marktgeoriënteerde perceptie te corrigeren.²⁸ In artikel 119 VWEU staat er, enigszins tegenstrijdig, weliswaar nog een referentie naar een open markteconomie met vrije mededinging, maar dat is in het hoofdstuk betreffende het economische beleid, en is derhalve ondergeschikt aan de doelstellingen in het begin van het VEU-Verdrag.²⁹

Er is in de literatuur gespeculeerd over de gewijzigde beschrijving van de doelstellingen en met name ook over het verdwijnen van de uitdrukkelijke verwijzing naar de vrije markt en het mededingingsrecht in de aanhef van het verdrag, en wat dat zou betekenen voor het mededingingsrecht.³⁰ Het eigenlijke hoofdstuk van het VWEU dat de mededingingsregels bevat, is in het geheel ongewijzigd gebleven.³¹ Wel is het zo dat, door de werking van de integratiebepalingen³², de Europese Commissie als handhaver maar ook als beleidsmaker op Europees niveau verondersteld wordt om alle doelstellingen van de Europese Unie mee te nemen in de implementatie van haar beleid.

De vraag is hoe *in concreto* in een kartel- of in een misbruikzaak rekening zou kunnen worden gehouden met bijvoorbeeld de bevordering van de werkgelegenheid of het dierenwelzijn. Letterlijk gelezen, zou dit potentieel tot een enorme koerswijziging in het mededingingsbeleid kunnen leiden. Daarvan zijn in de afgelopen jaren echter nog geen of nauwelijks tekenen. De integratie van de meer op de voorgrond gebrachte niet-economische doelstelling en van de Unie in het mededingingsbeleid zou nochtans – dat was toch schijnbaar de intentie van het Verdrag van Lissabon – hoog op de agenda moeten staan.

Er zijn een hele reeks protocollen gevoegd bij het Verdrag van Lissabon die de heroriëntering verder benadrukken. Eén van de meest besproken protocollen is Protocol 32, waarbij de lidstaten het belang van diensten van algemeen econo-

²⁸ Zie voor een verwijzing naar de relevantie van deze toevoeging: *Opinie AG Cruz Villalón* 5 mei 2010, C-515/08, *Santos Palhota e.a.*, *Jur.* 2010, I, 9133. Het belang schuilt vooral in de uitdrukkelijke vermelding als concept; inhoudelijk gezien voegt het niet veel toe aan de bepaling in het voorgaande art. 2 EG-Verdrag.

²⁹ R. BARENTS en L.J. BRINKHORST, *Grondlijnen Europees recht*, Deventer, Kluwer, 2012, 364.

³⁰ Zie onder meer de bijdragen van J. Steenbergen, F. Amtenbrink en J.W. VAN DE GRONDEN in R.H. VAN OOIK en R.A. WESSEL, *De Europese Unie na het Verdrag van Lissabon*, Deventer, Kluwer, 2009.

³¹ Over de specifieke origine van die bepalingen en hun oorsprong, zie een recent overzichtswerk K.K. PATEL en H. SCHWEITER, *The historical foundations of EU competition law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 256 p. en het standaardwerk van D. GERBER, *Law and competition in twentieth century Europe*, Oxford, Oxford University Press, 1998, 486 p.

³² Zie art. 9, 11, 12 en 13 VWEU en de vereiste van samenhang van alle beleidsmaatregelen in art. 7 VWEU.

misch belang benadrukken, de bevoegdheden die de nationale overheden nog hebben op dit gebied, alsook de grote diversiteit die er bestaat tussen de visies op algemeen economisch belang in de verschillende lidstaten. Dit Protocol, samen gelezen met artikel 14 van het VWEU³³, benadrukt het belang van de dienst van algemeen economisch belang en het feit dat deze moeten kunnen functioneren op basis van economische en financiële voorwaarden die hen in staat stellen om hun taken te vervullen.

Een ander fel besproken protocol dat door de lidstaten werd aangehecht aan de verdragen, is Protocol 33 betreffende de interne markt en de mededinging.³⁴ De verwijzing naar het regime van onvervalste mededinging, die verdwenen is uit artikel 3 in het begin van het VEU, is terug opgevoerd in dit Protocol, waarin nu wordt bepaald dat de Unie de nodige maatregelen neemt om het regime van onvervalste mededinging te realiseren in het kader van het tot stand komen van de interne markt. Tot nu toe schijnt ook dit nog niet echt een ontmoedigend effect te hebben gehad op de Commissie bij het verder vervolgen van inbreuken op de mededingingsregels.

Uit het geheel van deze indicaties in de verdragen en de bijbehorende Protocollen blijkt desalniettemin duidelijk dat in het Europese juridische kader belangrijke accenten zijn aangebracht die de aandacht afleiden van de marktwerking. Het verband tussen de interne markt (de ruimte zonder grenzen) en de mededingingsregels wordt sterker benadrukt maar ook worden de mededingingsregels als het ware op gelijke voet gezet met een reeks andere niet-economische beleidsdomeinen waar veel belang aan moet worden gehecht. In algemene zin wordt het instrumentele karakter van de marktwerking veel meer uitdrukkelijk benadrukt. Instrumenteel ten aanzien van de interne markt, en die is op zijn beurt instrumenteel aan andere duidelijk niet-economische doelstellingen.

Hier wordt nog vermeld dat de jurisprudentie van het Hof van Justitie langzaam maar zeker meegaat in deze evolutie door in veel mindere mate alles op te hangen aan de interne markt en, versterkt door de verdragswijzigingen, door meer nadruk

³³ Art. 14 VWEU luidt als volgt: “Onverminderd artikel 4 van het Verdrag betreffende de Europese Unie en de artikelen 93, 106 en 107 van dit Verdrag en gezien de plaats die de diensten van algemeen economisch belang in de gemeenschappelijke waarden van de Unie innemen, alsook de rol die zij vervullen bij het bevorderen van sociale en territoriale samenhang, dragen de Unie en de lidstaten er, in het kader van hun onderscheiden bevoegdheden en binnen het toepassingsgebied van de Verdragen zorg voor dat deze diensten functioneren op basis van beginselen en, met name economische en financiële, voorwaarden die hen in staat stellen hun taken te vervullen. Het Europees Parlement en de Raad stellen volgens de gewone wetgevingsprocedure bij verordeningen deze beginselen en voorwaarden vast, onverminderd de bevoegdheid van de lidstaten om, met inachtneming van de Verdragen, dergelijke diensten te verstrekken, te laten verrichten en te financieren.”

³⁴ Er wordt gesproken van de “coup de Sarkozy”; zie de bespreking onder meer in de bijdragen van F. Amtenbrink en J.W. van den Gronden in R.H. VAN OOIK en R.A. WESSEL, *De Europese Unie na het Verdrag van Lissabon*, Deventer, Kluwer, 2009, 139 et seq.

te leggen op de andere doelstellingen van de Unie en de individuele rechten van burgers.³⁵ Hier is sprake van een enorme kentering in de evolutie van het Europese recht.³⁶

3. ONTWIKKELINGEN BINNEN HET MEDEDINGINGSRECHT IN RUIME ZIN

Deze rede wil ontwikkelingen buiten en binnenin het mededingingsrecht met elkaar verbinden en misschien op die manier ook aandacht vragen voor tendensen binnen het vakgebied van het mededingingsrecht die wellicht verbazend kunnen zijn in de mate dat ze tegengesteld lijken aan de perceptie dat het mededingingsrecht volledig gefocust is op de marktwerking zonder meer. In dat verband wordt hierna aan de hand van een aantal onderwerpen geïllustreerd dat:

- (1) het mededingingsrecht een complexere relatie heeft met marktwerking dan men wellicht op het eerste gezicht zou denken,
- (2) binnen het mededingingsrecht al lang voor de financiële crisis wordt geworsteld met de integratie van economische en niet-economische overwegingen; en
- (3) dit alles tot veel onzekerheid leidt, aangezien aan de formulering van de specifieke verbodsbepalingen in het mededingingsrecht door de jaren heen niets of nauwelijks iets is veranderd, waarschijnlijk bij gebreke van een consensus op Europees niveau over hoe het evoluerende denken over de rol van de markt moet worden vertaald in het mededingingsrecht in strikte zin.

Hierna wordt dit geïllustreerd met enkele actuele onderwerpen binnen het mededingingsrecht.

3.1. REGULERING ALS INSTRUMENT VAN LIBERALISERING

Er zijn weinig onderwerpen die de paradox van regulering en deregulering zo goed illustreren als de sectorspecifieke wetgeving in de zogenaamde geliberaliseerde sectoren.

³⁵ Dit onderwerp vormt uiteraard het onderwerp van zeer uitvoerige literatuur; hier wordt volstaan met een verwijzing naar een veelzeggend arrest dat ook gaat over het onderwerp van gelijke beloning van mannen en vrouwen: HvJ 8 april 1967, 43/75, *Defrenne/Sabena II*, *Jur.* 1976, I, 455. Ter vergelijking is het treffend hoe het Hof dezelfde bepaling uitlegt: de economische doelstelling van het verbod wordt thans ondergeschikt geacht aan de sociale doelstelling die ook een fundamenteel recht tot uiting brengt, HvJ, 10 februari 2000, gevoegde zaken C-270/97 en C-271/97, *Jur.* 2000, I, 929, *Deutsche Post/Sievers*.

³⁶ Zie bij C. BARNARD, *The substantive law of the EU, the four Freedoms*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 29-30.

Deze paradox bestaat erin dat de deregulering die in de Europese Unie heeft plaatsgevonden, meer bepaald de zogenaamde liberalisering van bepaalde economische sectoren, in feite als resultaat heeft gehad dat regulering werd uitgebreid en werd verdiept. Deregulering komt met andere woorden tot stand door het meer reguleren van deze sectoren.³⁷ Het reguleren om te dereguleren is ook een proces dat voortschrijdt. De regulering neemt nog steeds toe, zoals ook blijkt uit de tabellen hiervoor.

De zogenaamde sectorregulering vinden we terug in die sectoren waar voorheen de overheid een belangrijke rol speelde en er vaak monopolies bestonden: het spoor, de energie, de telecommunicatie. Met het begrip liberaliseren wordt dan bedoeld dat de ondernemingen die actief zijn in deze sectoren (meestal netwerksectoren) en die doorgaans in handen van de overheid waren, onderhevig werden aan marktwerking.

Waarom moest de liberalisering gepaard gaan met regulering? In de eerste plaats was dat omdat de overtuiging bestaat dat ondernemingen die een monopolie of een quasimonopolie bekleden, in een positie zijn om van hun macht machtsmisbruik te maken of anderszins de concurrentie te beperken. De regulering moet in zekere zin het gedrag van de bestaande spelers intomen. Minstens even belangrijk daarbij is echter de bedoeling om een “level playing field” te creëren waarbij concurrentie ontstaat die moet komen van nieuwe spelers. Zonder die nieuwe spelers is er immers geen markt. De deregulering als term heeft dus betrekking op het loslaten van de overheidsrol in deze sectoren, en de regulering beoogt het tot stand brengen van een vrije markt met nieuwe concurrenten.

Daarbij moeten in feite de nieuwe concurrenten gekoesterd worden tot zolang ze sterk genoeg zijn om zelf tegen de vroege monopolisten op te kunnen. Het is precies dit aspect van deze regulering dat ziet op het verbeteren van de structuur van de markt, waarin de logica zo verschilt van deze waarop het mededingingsrecht gebaseerd is.

Er is zeer uitvoerige literatuur over de manier waarop deze sectoren optimaal worden gereguleerd.³⁸ Daarbij komt ook vaak de vraag terug of sectorspecifieke regulering inherent van tijdelijke aard is: immers, eens de markt functioneert, zou men zich kunnen afvragen of die regulering nog wel nodig is en of niet kan worden volstaan met het algemene mededingingstoezicht.³⁹

³⁷ Zie R. BALDWIN en M. CAVE en M. LODGE, *Understanding Regulation, Theory, Strategy and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 50.

³⁸ Hier wordt slechts naar één bundel verwezen: H.Ullrich, *The evolution of European competition law. Whose Regulation, Which Competition?*, Cheltenham, Edward Elgar, 2012, 384 p.

³⁹ De vraag is of en hoe *ex ante* regulering en *ex post* toezicht kunnen samengaan wanneer het door één en dezelfde instantie moet plaatsvinden: zowel in Nederland als in België hebben er in 2013 hervormingen plaatsgevonden die deze vraag brandend actueel maken.

Het combineren van algemeen mededingingstoezicht (waarin ook het optreden tegen misbruik een belangrijke pijler is) met de regulering van specifieke sectoren is een typisch Europees fenomeen. Het is in de Europese Unie een “en-en” en niet een “of-of” verhaal.

Er wordt gezegd dat het mededingingsrecht en de sectorspecifieke regulering in wezen hetzelfde doel dienen, namelijk de werking van de vrije markt. De methodes en de wijze van toezicht houden zijn echter ingrijpend verschillend. In de praktijk ontstaan er overigens ook een groot aantal vragen die te maken hebben met het naast elkaar bestaan van deze regelgevingen.

In dit kader wordt slechts één bekend voorbeeld gegeven van hoe het samengaan van mededingingstoezicht en sectorspecifiek toezicht aanleiding kan geven tot vragen. Enige tijd geleden heeft de Commissie een boete van 12 miljoen euro opgelegd aan Deutsche Telekom op grond van het feit dat de consumentenprijzen voor de basis vaste telefonie op analoge lijnen onaanvaardbaar laag waren, aangezien deze onder de prijs waren die werd aangerekend voor concurrenten die toegang wilden tot het netwerk.⁴⁰ De boete was gebaseerd op het bestaan van een misbruik van machtspositie. Het resultaat van de beoordeling van de Commissie was eigenlijk dat de Commissie de prijs in vraag stelde zoals die was opgelegd door de Duitse telecomtoezichthouder. Deutsche Telecom had zich gehouden aan de prijsplafonnering die door de toezichthouder was bepaald, en kreeg toch een boete van de Europese Commissie.⁴¹

Tevens moet eraan worden herinnerd dat het bestaan van toezicht in de zogenaamde geliberaliseerde sectoren uiteindelijk tot doel heeft dat de markt kan spelen, hetgeen veronderstelt dat er nog ruimte is voor marktwerking als zodanig. Het overzicht hierboven toont aan dat de deregulering in de zogenaamde geliberaliseerde sectoren niet alleen heeft geleid tot regulering, maar ook tot een groot aantal toezichthouders. Bijzondere complexiteit daarbij in Europa is dat er zowel

⁴⁰ Uiteindelijk in beroep in tweede instantie: HvJ 14 oktober 2010, C-280/08P, *Deutsche Telekom/Europese Commissie*, Jur. 2010, I, 0000.

⁴¹ Zie de bespreking in de paper van Martin Hellwig, “Competition Policy and Sector Specific regulation for Network Industries” in *EU Competition Policy Fifty Years Onward After the Treaty*, Oxford, Oxford University Press, 2009, Commissie beschikking 21 mei 2003, COMP/C-1/37.451, 37.578, en 35.579, *Deutsche Telekom AG*, Pb.L. 263/9, 2003/707/EG, Gerecht 10 april 2008, T-271/03, en *Deutsche Telekom/Commissie*, Jur. 2008, II, 477, en HvJ 14 oktober 2010, C-280/08P, *Deutsche Telekom/Commissie*, Jur. 2010, I, 9555, en HvJ 27 maart 2012, C-209/10, *Post Danmark/Commissie*, Jur. 2010, I, 0000, en Raad voor de Mededinging 10 december 2012, 2012-P/K-32, CONC-P/K-05/0067, CONC-P/K-09/0017, CONC-P/K-10/0016, *Publimail*, *Link2Biz International* en *G3 Worldwide Belgium/bpost*, http://economie.fgov.be/nl/ondernemingen/mededinging/rechtspraak/autoriteit/beslissingen_restrictieve_praktijken/2012.jsp.

op nationaal niveau als op Europees niveau toezichthouders zijn: ook daar ontstaan er dus potentiële conflicten en overlapmoelijkheden.

Op enig moment in de nabije toekomst zal de vraag worden gesteld of er nog ruimte is voor de toepassing van mededingingsrecht in die sectoren die al sterk onder toezicht staan van regulatoren. Het mededingingsrecht gaat er immers van uit dat er wel nog mededinging is; anders kan die bezwaarlijk beperkt worden.⁴²

Het punt dat in het kader van deze rede vooral wordt gemaakt, is dat de sectorspecifieke regulering illustreert hoe misleidend de termen “deregulering” en “regulering” in combinatie met marktwerking en concurrentie kunnen zijn.

Het samenkomen van de sectorregulering en het toezicht op de naleving daarvan enerzijds, en het toezicht door de algemene mededingingsautoriteiten anderzijds, kan ook op zijn minst beschouwd worden als een netto vermeerdering van de regulering waar de betreffende ondernemingen aan gehouden zijn. Weliswaar is de bedoeling grotendeels om ervoor te zorgen dat historische monopolieposities worden afgebouwd, maar alle ondernemingen in de betreffende sectoren zijn onderworpen aan steeds strikter toezicht. De marktwerking wordt gestuurd en ingekapseld. Leidinggevend daarbij is (of zou moeten zijn) hoe men wil dat de structuur van de betreffende markt eruit ziet, welke keuzemogelijkheden de consument moet hebben, enz. Dat is normaal de rol van de markttoezichthouders. Uit het voorbeeld en vele andere recente zaken blijkt echter dat het onderscheid tussen het optreden van de markttoezichthouders (sectorregulatoren) en de mededingingsautoriteiten vervaagt.

Om die reden wordt ook de vraag gesteld of met het in stand houden van de sectorspecifieke regulering in (op enig moment) volwassen geworden markten, eigenlijk niet ook wordt aangegeven dat men geen vertrouwen heeft in het zelfregulerende karakter van het marktmechanisme. Van deregulering in eigenlijke zin (zie hiervoor de definitie onder 1.2) was nooit sprake in de geliberaliseerde sectoren, en daarenboven lijkt de regulering veeleer toe te nemen dan af te nemen. Dit is ook weer een indicatie van het wankelende geloof in de marktwerking.

3.2. STAATSTEUN EN DE ROL VAN DE OVERHEID

Steu maatregelen van de lidstaten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen

⁴² Dit verweer is door ondernemingen al, tot nu toe zonder succes, gevoerd in het kader van procedures over misbruik van machtspositie in de telecomsector, zie de voorbeelden geciteerd in noot 42.

of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, zijn onverenigbaar met de interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen lidstaten ongunstig beïnvloedt.⁴³

Het staatssteunrecht wordt gezien als deel uitmakend van het mededingingsrecht in ruime zin. In het VWEU volgt het verbod in de tekst op de mededingingsregels waar ondernemingen zich aan moeten houden. Het verbod op onrechtmatige staatssteun richt zich tot de lidstaten en is het sluitstuk van de interne markt: het kartelverbod en het verbod op misbruik van machtspositie richten zich tot de ondernemingen zelf maar het verbod op staatssteun beoogt te vermijden dat de concurrentie evenzeer wordt beperkt door maatregelen van de lidstaten.

Het verbod vult de regels inzake vrij verkeer aan die zich richten tegen maatregelen van de overheid die zijn neergelegd in wetgeving of regelgeving en het vrij verkeer beperken. Het verbod op staatssteun ziet op begunstiging van bepaalde ondernemingen, het verschaffen van een selectief voordeel waardoor de relaties tussen spelers op de markt wordt vervalst en de marktwerking in het gevaar komt. Immers, elke onderneming moet op eigen krachten de concurrentie aangaan, pas dan werkt de markt.

Het bijzondere aan de staatssteunregels is dat ze van in het begin zelf het verband legden tussen marktwerking en economische belangen van de betrokken ondernemingen enerzijds, en sociale, culturele en andere maatschappelijke niet-economische belangen anderzijds.

Daar waar de uitzondering op het kartelverbod neergelegd in artikel 101 lid 3 VWEU slechts melding maakt van voornamelijk economische gronden op basis waarvan concurrentie beperkend gedrag kan worden goedgekeurd⁴⁴, bevat artikel 107 VWEU heel duidelijk de mogelijkheid om steunmaatregelen die an sich concurrentiebeperkend zijn, toch verenigbaar te achten met de interne markt indien zij sociale voordelen met zich meebrengen, zwakke regio's ondersteunen, cultureel erfgoed beschermen enz.

De uitzonderingsmogelijkheden van artikel 107, lid 2 VWEU zijn de volgende⁴⁵: steunmaatregelen zijn verenigbaar met de interne markt als zij van sociale aard

⁴³ Art. 107 (1) VWEU.

⁴⁴ Zie hierna onder 3.3.

⁴⁵ Het verbod van steunmaatregelen geldt aldus niet voor de steunmaatregelen die in lid 2 precies zijn omschreven. Dergelijke steunmaatregelen zijn met de interne markt verenigbaar en automatisch toegestaan. Daarnaast zijn er nog de uitzonderingen van art. 107, lid 3 VWEU. Bij de in lid 3 genoemde steunmaatregelen moet de Europese Commissie elk geval afzonderlijk toetsen. Met het oog op de economische en financiële crisis is op basis van art. 107, lid 3, onder c), VWEU een tijdelijk toepasbaar rechtskader gecreëerd, dat in eerste instantie tot eind 2010 geldig was, maar verlengd is. De bepalingen omvatten bijvoorbeeld: 1) tijdelijke kaderregeling

zijn en zonder discriminatie individuele gebruikers steunen, dienen tot schadeherstel veroorzaakt door natuurrampen of andere buitengewone gebeurtenissen, of bepaalde streken van Duitsland van steun voorzien die noodzakelijk is om de schade veroorzaakt door de deling van Duitsland te compenseren.

De regels inzake staatssteun en de controle erop, die prominent onder de publieke aandacht zijn gebracht tijdens en in de nasleep van de financiële crisis, zijn dus geenszins te beschouwen als regels die enkel en alleen de marktwerking en de vrije concurrentie voorop stellen.

De afweging van niet-economische belangen en het functioneren van de markt in het kader van de staatssteun heeft een belangrijke beleidsmatige component waarbij lidstaten accepteren dat de Commissie exclusief bevoegd is om potentiële staatssteun te toetsen aan het Verdrag en dus om dergelijke afwegingen te maken. Gelet op de uiteenlopende visies die kunnen bestaan over de mate waarin steun toegelaten moet zijn of niet (en in zekere zin over het belang dat moet worden gehecht aan concurrentie en marktwerking), is het voor de Commissie geen eenvoudige taak om deze bevoegdheid uit te oefenen.

Het toezicht door de Commissie ziet er in wezen op dat in individuele gevallen wordt afgewogen of er een beperking van de vrije marktwerking door de beugel kan of niet. De Commissie doet dit ook door op een meer “regulerende wijze” in algemene richtsnoeren en verordeningen neer te leggen welk type maatregelen aanvaardbaar kan zijn. Er is de afgelopen jaren een indrukwekkende hoeveelheid regelgeving ontstaan die duiding geeft bij verschillende types van steunmaatregelen.⁴⁶

Wat de vermelding van het staatssteunverbod wil illustreren, is hoe het Europese mededingingsrecht in ruime zin er vanuit gaat (en er steeds is van uitgegaan) dat in sommige omstandigheden maatregelen denkbaar zijn die de concurrentieverhoudingen beïnvloeden en die op zijn minst het marktmechanisme gedeeltelijk buiten werking stellen. Het geloof in het marktmechanisme is dus zeker niet onbeperkt en is dat ook nooit geweest. Ook hier weer is er wellicht sprake van een Europees perceptieprobleem. Van alle honderden maatregelen die elk jaar worden genomen, kwamen met name die operaties in beeld waarbij de Eurocommissaris voor mededinging moeilijk leek te doen over het redden van banken of belangrijke lokaal verankerde bedrijven die voor veel werkgelegenheid zorgen.

inzake staatssteun ter stimulering van de toegang tot financiering (*Pb.C.* 7 april 2009, afl. 83, 1); 2) toepassing van de regels inzake staatssteun op maatregelen ter ondersteuning van financiële instellingen (*Pb.C.* 25 oktober 2008, afl. 270, 8); en 3) herkapitalisatie van financiële instellingen (*Pb.C.* 15 januari 2009, afl. 10, 2).

⁴⁶ Op dit moment is er een grootscheepse moderniseringsoperatie bezig van alle regelgeving. De nieuwe regels, die ook de crisisinstrumenten vervangen, moeten in 2014 in werking treden.

In dit verband wordt ook een andere opmerking gemaakt die te maken heeft met de rol van de overheid op de markt. Dat het mededingingsrecht in ruime zin veel genuanceerder omgaat met de overheid op de markt dan doorgaans wordt gedacht, kan ook geïllustreerd worden met het feit dat het Europese recht neutraal is ten aanzien van de keuze die de overheid maakt om bepaalde activiteiten zelf uit te oefenen dan wel deze aan de markt over te laten.⁴⁷ Het mededingingsrecht in ruime zin heeft enkel tot doel ervoor te zorgen dat diegenen die zich op de markt begeven, of de overheid daar nu bij betrokken is of niet, gelijke kansen krijgen. Dit klinkt wellicht als een overdreven vereenvoudigde stelling maar toch is het een uitgangspunt dat nog steeds valabel is.

3.3. NIET-ECONOMISCHE BELANGEN IN HET KARTEL-RECHT

Met het mededingingsrecht in strikte zin wordt doorgaans bedoeld het kartelverbod en het verbod op het misbruik maken van de machtspositie; datgene wat doorgaans met mededingingsrecht in verband wordt gebracht.

Er zijn twee voorname en welbekende verschillen tussen de staatssteunregels en het mededingingsrecht in strikte zin.

Het eerste verschil is dat de staatssteunregels zich richten tot de lidstaten (de overheden op alle niveaus binnen een lidstaat) terwijl de mededingingsregels in strikte zin zich rechtstreeks richten tot ondernemingen die zich moeten onthouden van inbreuken op de verbodsbepalingen, op gevaar van sanctie door de mededingingsautoriteiten (publieke handhaving) of door de rechter (middels privaatrechtelijke handhaving).

Het tweede verschil is dat de handhaving van de staatssteunregels een exclusieve bevoegdheid is van de Commissie⁴⁸ terwijl de handhaving van de mededingingsregels een “joint effort” is van de Commissie, de nationale mededingingsautoriteiten en de gewone rechters (*juges ordinaires*).⁴⁹

⁴⁷ Art. 345 VWEU luidt als volgt: “De verdragen laten het eigendomsrecht in de lidstaten onverlet.” Daar wordt steeds vanaf geleid dat dit de basis is voor de neutraliteit van de Unie ten aanzien van staatseigendom van economische actoren.

⁴⁸ In de praktijk is er ook een belangrijke rol voor de nationale rechter die er op toe moet zien dat de lidstaat zich aan zijn “standstill”-verplichting houdt en elke steunmaatregel die binnen het toepassingsgebied van het verbod valt, aanmeldt bij de Commissie en in afwachting geen steun uitkeert. Zo nodig moeten bewarende maatregelen worden genomen. De hiervoor besproken beoordeling van de eigenlijke verenigbaarheid van een steunmaatregel met de interne markt is echter voorbehouden aan de Commissie.

⁴⁹ Daarbij passen de nationale autoriteiten en de nationale rechters naast de EU verbodsbepalingen ook hun eigen nationale mededingingswet toe.

In dit kader is er nog een relevant verschil aan te duiden dat te maken heeft met de regel versus de uitzondering en de focus op het marktmechanisme. Dit wordt hierna besproken.

Kort gezegd, verbiedt het kartelverbod alle overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemers, verenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst.⁵⁰ Het kartelverbod heeft een ruim toepassingsgebied en ziet niet alleen op de gekende afspraken tussen concurrenten (horizontale afspraken) maar ook op andere vormen van samenwerking tussen concurrenten of tussen ondernemingen die zich tot elkaar in een verticale relatie bevinden (distributie).

Het kartelverbod lijkt, en wordt vaak ook aangevoerd als, het meest duidelijke voorbeeld van een regel die (het heilige geloof in) de marktwerking voorop stelt. Het heeft de vorm van een algemene, open norm die door de jaren heen is ingevuld door de rechtspraak en de handhavingspraktijk zowel op Europees als op nationaal niveau. Hoge boetes vanwege de concurrentieautoriteiten en soms verregaande interpretaties van het verbod kunnen de indruk wekken dat het ondernemers nog nauwelijks is toegelaten om samen te werken zonder in aanvaring te komen met het verbod. Het verbod, en de trend naar de criminalisering ervan, stuit daarmee soms op onbegrip en misschien zelfs meer en meer op de grenzen van waar maatschappelijk draagvlak voor is.⁵¹

Het debat over het integreren van niet-economische belangen, of niet zuiver marktgerelateerde belangen, woedt al geruime tijd binnen het mededingingsrecht.⁵² Ook dit illustreert op treffende wijze hoe het recht worstelt met het belang dat moet worden gehecht aan de marktwerking.⁵³

⁵⁰ Art. 101, lid 1 VWEU en de nationale tegenhangers.

⁵¹ De vraag of de sancties nog in verhouding staan met de overtreding, vergeleken met andere overtredingen in het strafrecht, in het fiscaal recht of in het milieubeschermingsrecht mag toch op zijn minst worden gesteld. Maatschappelijk draagvlak is noodzakelijk wanneer aan ondernemingen en aan individuen sancties worden opgelegd. Bovendien moeten regels wel voldoende duidelijk en voorzienbaar zijn als er sancties op staan. Er is ook geopperd dat het invoeren van strafrechtelijke sancties juist als bedoeling heeft om het moreel verwerpelijk karakter van met name kartels ingang te doen vinden, zie hierover I. SIMONSSON, *Legitimacy in cartel control*, Oxford, Hart Publishing, 2010, 69-70.

⁵² Om maar één bundel te noemen: J. VAN DER GRONDEN en K. MORTELMANS (red.), *Niet-economische belangen en het mededingingsrecht: het Europese en het Nederlandse kader*, Deventer, Kluwer, 2001, met vele bijdragen over het onderwerp; ook de bijdragen van H. VIJLBRIEF en E. KLOOSTERHUIS, *Trust en antitrust, beschouwingen over 10 jaar Mededingingswet en 10 jaar NMa* via www.acm.nl.

⁵³ Uiteraard moet hier worden opgemerkt dat veel afhangt van de definitie van markt: in de mate dat ook niet-economische parameters worden meegenomen om de markt te definiëren, gaat dit betoog op een andere manier op.

Uit de wijze waarop dit debat in de vakliteratuur wordt gevoerd en uit het feit dat het überhaupt wordt gevoerd, kan worden afgeleid dat er thans een redelijk breed gedragen overtuiging bestaat dat het wenselijk is om op de één of ander manier ruimte te maken voor niet-economische, collectieve belangen in het kartelverbod.⁵⁴ Het debat in gespecialiseerde juridische middens staat daarmee in rechtstreeks verband, maar werd niet alleen veroorzaakt door de politieke actualiteit en de veranderende geesten die reeds leidden tot wijzigingen in de Europese verdragen waarvan hiervoor reeds sprake.

Het debat over het integreren van niet-economische overwegingen heeft betrekking op vele manieren waarop juridisch technisch deze belangen zouden kunnen worden ingebracht in de interpretatie en de toepassing van het kartelverbod. Hierna wordt kort stilgestaan bij twee veel besproken “methodes”.

Zoals hier al vaak moest worden gezegd ontbreekt een heldere definitie, meer bepaald hier voor het onderscheid tussen economische en niet-economische belangen. Deze indeling is toch nuttig:

- mededingingsbelangen, het voorkomen van mededingingsbeperkende afspraken en concentraties alsook misbruik van economische machtsposities;
- economische belangen anders dan mededingingsbelangen, zoals innovatie, lokale economische infrastructuur en werkgelegenheid;
- niet-economische publieke belangen die (deels) vertaalbaar zijn in economische termen, waaronder gezondheid en milieu;
- niet-economische belangen die niet vertaalbaar zijn in economische termen, zoals ethiek.⁵⁵

De moeilijkheden om niet-economische belangen te integreren in het mededingingsrecht betreffen vooral de twee laatste vormen.

De eerste methode die bediscussieerd wordt is het laten plaatsvinden van een belangenafweging binnen het kartelverbod zelf, onder meer voortbouwend op een opening die de rechtspraak van het Hof van Justitie daarvoor biedt. De tweede lijn van gedachtenvorming concentreert zich op de vraag of en in welke mate de tekst betreffende de uitzondering op het kartelverbod toelaat, moet toelaten, dat (enigszins gelijkend op de staatssteundiscussie) niet-economische belangen worden meegenomen om een op zich concurrentiebeperkende afspraak of gedraging toch goed te keuren.

⁵⁴ Hier wordt verondersteld dat dit ook het gevolg is van de wijzigende tijdsgeest die ook ruimer is dan alleen een scepsis ten opzichte van marktwerking, maar die ook is ingegeven door bijvoorbeeld een toenemende bezorgdheid over milieu en leefkwaliteit.

⁵⁵ Dit mooie overzicht is ontleend aan het rapport van de Algemene Rekenkamer, Toezicht op mededinging door de NMA, *Kamerstukken II*, 2006-2007, 31 055, nr. 1-2 en zoals geciteerd bij H. VIJLBRIEF, in *Trust en antitrust, beschouwingen over 10 jaar Mededingingswet en 10 jaar NMA*, 101, via www.acm.nl.

- De eerste route: via het verbod

Het hierboven geciteerde kartelverbod gaat er eenvoudigweg van uit dat afspraken of gedragingen door meerdere ondernemingen die tot doel of als gevolg hebben dat de concurrentie wordt beperkt, verboden zijn. Relevant is dat in dit kader wordt gewerkt met een zeer ruim ondernemingsbegrip waardoor elke entiteit die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar vorm of haar wijze van financiering, een onderneming kan zijn in de zin van het kartelverbod. Het is om deze reden dat uitoefenaars van een vrij beroep maar ook sportclubs en ziekenhuizen kunnen kwalificeren als ondernemingen.

Naarmate dit ondernemingsbegrip steeds ruimer werd, het begrip “concurrentiebeperking” werd opgerekt, en de Commissie praktijken onder het kartelverbod ging brengen die minder duidelijk typisch ondernemersgedrag waren, heeft er zich een rechtspraak ontwikkeld die een belangenafweging invoert binnenin het kartelverbod waarbij niet-economische belangen worden meegenomen. In de literatuur woedt sinds jaren een discussie over de vraag of deze rechtspraak al dan niet te kwalificeren is als een zogenaamde rule-of-reason-benadering. Op deze discussie wordt in dit kader niet ingegaan. Van belang is wel dat het duidelijk een manier is om bepaalde activiteiten buiten de door de mededingingsregels vooropgestelde marktwerking te houden.

Een duidelijke aanzet voor deze discussie is te vinden in het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Wouters*, die gedragsregels betrof van de Nederlandse orde van Advocaten.⁵⁶

De in baliemiddens gekende zaak *Wouters* ging over een verbod op samenwerking tussen accountants en advocaten: dhr. Wouters was van mening dat het samenwerkingsverbod in strijd was met het kartelverbod. Volgens het Hof was dat echter niet het geval. Het samenwerkingsverbod streefde beschermwaardige doelstellingen na en was noodzakelijk om deze doelstellingen te bereiken (het goede verloop van de gang van zaken in de rechtsbedeling waar advocaten verantwoordelijk voor zijn). De eventuele mededingingsbeperkingen die voortvloeiden uit een dergelijk verbod en die niet ontkend werden, werden door het Hof als inherent aan de doelstellingen geaccepteerd en uitgezonderd van het kartelverbod.

Met het arrest heeft het Hof dus duidelijk een mogelijkheid gecreëerd om bij het beoordelen van een concurrentiebeperkende maatregel of praktijk aandacht te geven aan de legitieme doelstellingen die worden nagestreefd en waarvoor de beperkingen noodzakelijk kunnen zijn. Het zal doorgaans gaan om doelstellingen die precies beogen om niet-economische belangen te

⁵⁶ HvJ 19 februari 2002, C-309/99, *Wouters e.a.*, *Jur.* 2002, I, 1653, en L. PARRET, “De beslissing van de Commissie in de Belgische Orde van architecten zaak: een geslaagde voorzet voor de gedecentraliseerde toepassing van het Europese mededingingsrecht?” in W. DEVROE, K. GEENS en P. WYTINCK, *Mijlpalen uit het Belgisch mededingingsrecht geannoteerd, Liber amicorum voor Jules Stuyck*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2013, 81.

beschermen. In het geval van Wouters was dat het verzekeren van een goede rechtsbedeling en het toezien op de deontologie maar in latere arresten is dezelfde redenering gehanteerd op het terrein van de sport.⁵⁷

De noodzakelijkheidstoetsing waarvan sprake is een proportionaliteitstest die toelaat om bepaalde afspraken of gedragingen van ondernemings- of ondernemersverenigingen volledig uit het kartelverbod vandaan te houden. Dat het Hof deze opening heeft gecreëerd is, op zich tekenend in het kader van deze rede.

Deze opening in de rechtspraak biedt perspectieven die nog niet zo vaak benut zijn. Dat kan twee redenen hebben. Ten eerste vergt deze aanpak een ingewikkelde, bijna beleidsmatige afweging van wat noodzakelijk is en derhalve als beperking aanvaardbaar. Ten tweede is het voor een rechter of een autoriteit erg moeilijk te weten welke nu de lovenswaardige doelstellingen zijn die de toepassing van de Wouters-jurisprudentie rechtvaardigen. Op dit punt zou nochtans kunnen worden aangesloten, in ieder geval op Europees niveau, bij de herschreven doelstellingen van de Unie (zie hiervoor onder 2.2).⁵⁸ Alleen is er in de praktijk waarschijnlijk meer “*guidance*” nodig over welke belangen in aanmerking komen om te leiden tot de toch vrij ingrijpende conclusie dat een concurrentiebeperkende afspraak niet onder het verbod valt. Het is immers een route die rechter of autoriteit verplicht af te wijken van de gevestigde gewoonte om bijzonder veel onder het toepassingsgebied van het verbod te brengen.

- De tweede route: via de uitzondering
Even gedebatteerd in mededingingsmiddelen is de tweede vraag, namelijk of niet zozeer binnen het verbod zelf, maar wel in het kader van de uitzondering meer ruimte moet zijn om beperkingen van de concurrentie toe te laten op andere dan louter economische redenen. Met andere woorden: een afspraak valt onder het kartelverbod maar kan genieten van een uitzondering omdat er voldaan is aan de vier voorwaarden hiervoor geciteerd. De interpretatie van die voorwaarden door autoriteiten en rechters zou er dan voor moeten zorgen dat, bij gebreke aan verdragswijziging (en dienovereenkomstige wijziging van de nationale wetten), er ruimte ontstaat voor het meewegen van niet-economische belangen.
De tekst zelf van de uitzondering op het kartelverbod lijkt echter erg gefocust op een afweging van de concurrentiebeperking met de economische voordelen (positieve aspecten) en de strenge vereisten van proportionaliteit en het feit dat er geen sprake mag zijn van een totale eliminatie van concurrentie op de relevante markt. Er is sprake van vier cumulatieve voorwaarden.

⁵⁷ Zie bv. de uitspraak HvJ 18 juli 2006, C-519/04P, *Meca-Medina en Majcen/Commissie*, Jur. 2006, I, 6991.

⁵⁸ Over de continuïteit van de Wouters rechtspraak en de wijzigingen door het verdrag van Lissabon, F. AMBTENBRINK en J.W. VAN DE GRONDEN, “Europees Economisch Recht en het Verdrag van Lissabon” in R.H. VAN OOIK and R.A. WESSEL, *De Europese Unie na het Verdrag van Lissabon*, Deventer, Kluwer, 2009, 139 *et seq.*

Op het verbod is een uitzondering geformuleerd in artikel 101, lid 3 VWEU (en nationale tegenhangers) die bepaalt dat het verbod buiten toepassing kan worden verklaard wanneer de overeenkomst, het besluit of de onderling afgestemde feitelijke gedraging:

- bijdraagt tot de verbetering van de productie of van de verdeling van de producten of tot de verbetering van technische en economische vooruitgang;
- mits een billijk aandeel in het daaruit voortvloeiende voordeel de gebruikers ten goede komt;
- zonder dat beperkingen worden opgelegd die voor het bereiken van de doelstellingen niet onmisbaar zijn;
- en die niet de mogelijkheid geven om voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.

De meeste ruimte lijkt nog te zitten in de voorwaarde dat een billijk aandeel van de voordelen moet bestaan voor de gebruikers.⁵⁹ In die uitdrukking zou een verwijzing gelezen worden naar collectieve belangen. Er is ook al beargumenteerd dat de eerste voorwaarde mogelijkheden biedt (verbetering van productie of technische of economische vooruitgang). Als vooruitgang naar de gangbare ideeën van vandaag wordt uitgelegd, kan daar veel onder vallen.

Omwille van de afwezigheid van verwijzingen naar duidelijk niet-economische belangen in de tekst van het kartelverbod, speelt in de discussie hier ook of de tekst van het verdrag wel bedoeld was om de werking van het kartelverbod uit te schakelen ten behoeve van het bereiken van andere doelstellingen zoals bijvoorbeeld sociale bescherming, milieubescherming, of werkgelegenheid. Dat is waarschijnlijk niet zo en voor belangen die niet kunnen worden “geëconomiseerd” vergt het wel heel creatieve interpretatie om ze onder te brengen in het kartelverbod en de uitzondering erop.

Het debat is moeilijk, vergeleken ook bij het staatssteunrecht, omdat de tekst van het verdrag minder ruimte laat, en omdat de onzekerheid over wat er al dan niet kan, complexer is door de parallelle handhaving van deze regels door de Commissie, de nationale concurrentieautoriteiten van lidstaten maar ook de rechters.

Het onder de aandacht brengen van het debat dat over de inpassing van niet-economische belangen in het kartelverbod woedt, illustreert dat de worstelingen die het mededingingsrecht in eigen keuken heeft met deze afwegingen, reëel zijn.

Als zodanig is er uiteraard niets op tegen dat het kartelverbod, dat ongewijzigd is sinds de eerste Europese verdragen en als zodanig werd gekopieerd door de lidstaten voor eigen gebruik, mee evolueert met de tijd. De vraag stelt zich uiteraard wel wie deze evolutie moet sturen: is dat het Hof van Justitie? Is

⁵⁹ Zie Europese Commissie, Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, 27 april 2004, *Pb.C.* 2004, afl. 101, 8.

dat de Commissie? Of zou het beter zijn dat er vanuit een gewijzigd denken over welke activiteiten juist onder mededingingsregels vallen, ook vanuit de wetgever initiatieven zouden ontstaan?

Bij gebreke aan meer consensus tussen de lidstaten hierover, blijft het vooralsnog bij denkoefeningen in de literatuur en in de praktijk waarbij ook concurrentieautoriteiten zich niet onbetuigd laten.⁶⁰ Dat wakkert dan op zijn beurt de discussie aan over de vraag of het wel aan deze autoriteiten is om aan beleid te doen. Deze rede durft te suggereren dat veel afhangt van hoeveel het geloof in de markt wankelt: als dat in grote mate het geval is, lijkt dit fundamenteel genoeg om het niet over te laten aan ad hoc rechtspraak en goed bedoelde beleidsinitiatieven van concurrentieautoriteiten. Vandaar het belang om stil te staan bij het wankelende geloof in de marktwerking en de consequenties die dit heeft of moet hebben.

3.4. TUSSENCONCLUSIE: DE MARKT IN HET MEDEDINGINGSRECHT

Hiervoor werd kort ingegaan op (de)regulering in de geliberaliseerde sectoren, de problematiek van de staatssteun, en ook de discussies die gaande zijn binnen het mededingingsrecht over de invoeging van niet-economische belangen in het kartelverbod.

Deze drie onderwerpen pogen te illustreren dat het mededingingsrecht in ruime zin een veel complexere relatie heeft met marktwerking dan men op het eerste gezicht zou denken. Voeg daar nog bij de opmerking die in de inleiding werd gemaakt over het feit dat ook over de “basics” zoals het begrip mededinging an sich, onenigheid bestaat.

Verder wordt hiermee ook voortgebouwd op hetgeen in de inleiding werd gesteld namelijk dat de begrippen deregulering, regulering, concurrentie en marktwerking geen evidente, welomlijnde begrippen zijn en vaak gebruikt worden om verschillende fenomenen te duiden, soms zelfs op misleidende wijze. Zo is deregulering niet gelijk aan vrije marktwerking en regulering is daarvan niet altijd het tegengestelde. De aanpak in de geliberaliseerde sectoren illustreert dat.

Uit het bovenstaande volgt ook dat binnenin het mededingingsrecht al lang voor de financiële crisis een discussie plaatsvond over de integratie van economische

⁶⁰ Zeer opmerkelijk: Autoriteit Consument & Markt, ‘Position Paper Mededinging & Duurzaamheid’, concept 11 juli 2013 via www.acm.nl, en Autoriteit Consument en Markt, ‘De beoordeling van mededingingsbeperkingen als gevolg van duurzaamheidsinitiatieven in de praktijk’, 12 maart 2013 via www.acm.nl.

en niet-economische overwegingen binnen het kader van het (ongewijzigde) verdragsrecht inzake mededinging. Deze discussie is niet alleen relevant voor het Europese niveau van handhaving aangezien alle lidstaten nationale mededingingswetten hebben ingevoerd die een kopie zijn, in materieelrechtelijke zin, van het Europese mededingingsrecht.

Uit het bovenstaande blijkt tenslotte dat er veel onzekerheid heerst door de in het mededingingsrecht bestaande discussies over de plaats van mededingingstoezicht en sectorspecifiek toezicht, over de contouren van staatssteunrecht en over de integratie van niet-economische belangen in het kartelverbod. Deze onzekerheid heeft ongetwijfeld veel te maken met het gebrek aan consensus over de wijze waarop het evoluerende denken over de rol van de markt moet worden vertaald in rechtsregels.

Nauw verwant aan de worsteling met niet-economische en economische belangen in het mededingingsrecht is de vraag naar wat nu echt de doelstellingen zijn die het mededingingsrecht nastreeft.⁶¹ Dit debat wordt onterecht vaak als te academisch afgewimpeld. Er moet echter duidelijkheid zijn over de doelstellingen die we beogen te bereiken met de handhaving van regels, niet in het minst omdat we voor de overtreding ervan aanzienlijke sancties voorzien. Onduidelijkheid over de doelstellingen op korte en langere termijn is niet aanvaardbaar.⁶²

4. REFLECTIES OVER DE GEVOLGEN VAN HET WANKELENDE GELOOF

4.1. HET WANKELENDE GELOOF EN ONS RECHTSSYSTEEM

Het uitgangspunt van deze rede was de ervaring of de indruk dat er heden ten dage door de publieke opinie en bij het bredere publiek in toenemende mate wordt getwijfeld aan marktwerking. Het feit dat hierover een debat ontstaat, is op zich zelf toe te juichen. Het is wellicht één van de weinige gunstige effecten van de financiële en economische crisis.

⁶¹ Zie voor een reeks interessante bijdragen: D. ZIMMER, *The Goals of Competition Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2012, 528 p.

⁶² Dat die onduidelijkheid bestaat heb ik niet alleen zelf in het verleden al aangekaart maar wordt erkend door vele auteurs, zie ook F. NAERT en A. COTTYN, *Marktwerkingsbeleid in België en de EU, een economische inleiding*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 305 p.; L. PARRET, *Side effects of the modernisation of EU competition law*, Nijmegen, Wolf Legal Publishing, 2011, 280 p.; D. ZIMMER, *The Goals of Competition Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2012, 528 p.

Hiervoor werd aangegeven dat er een tendens is naar meer regulering, specifiek regulering en het daarbij behorende toezicht dat ziet op de activiteiten van ondernemingen en de markt.

Deze tendens is er in de communicatie, in het politieke discours, maar ook in de juridische realiteit, getuige waarvan het aantal toezichthouders waarvan hiervoor sprake alsmede de discussies die gaande zijn in het mededingingsrecht in brede zin en die hiervoor werden geschetst.

Achter de communicatie en ook de toenemende regulering schuilt er bij nader inzien veel onduidelijkheid over wat men er wil mee bereiken. Wil men meer markt of minder markt door respectievelijk regulering of deregulering? Wil men de ruimte voor marktwerking juist terugdringen om de consument te beschermen of wil men de consument meer keuze bieden of gaat het alleen om de prijzen? Als dit laatste het geval is, doet men dat dan beter met meer of met minder regulering? Is in feite regulering een middel om iets te bereiken of eigenlijk een doel op zich? Dezelfde vraag kan gesteld worden voor marktwerking.

Zonder daarvoor het wetenschappelijk bewijs te kunnen aanreiken, is de stelling dat de toenemende focus op regulering in rechtstreeks verband kan worden gebracht met het wankelende geloof in marktwerking. Wat overblijft is echter een groot vraagteken over welk belang er überhaupt nog wordt gehecht aan marktwerking. De vraag hoeveel overheidsingrijpen men wilt in de markt, is voor een groot deel van politieke/ideologische aard. Toch zijn er ook objectieve grenzen aan de mogelijkheid van interventie (regulering) in de markt.⁶³ Die moeten worden onderkend.

Afgezien van deze algemene bedenkingen over marktwerking en regulering, werd er hiervoor ingegaan op het Europese kader en vervolgens op het mededingingsrecht. Daarmee wordt geïllustreerd dat er in deze rechtsdomeinen al een begin is gemaakt maar dat het moeilijk is om het evoluerende denken over de markt om te zetten in recht.

Het is onmogelijk om over deze onderwerpen te spreken zonder aandacht te besteden aan Europa want zowel bij de nadruk op marktwerking als bij de hoeveelheid nieuwe regulering die recent is gelanceerd, heeft de Unie een voorname rol gespeeld.

⁶³ (1) Politiek, financiële beperkingen, (2) begripsmatige en informatie beperkingen (complexiteit van de economie), (3) juridische beperkingen die het recht stelt aan interventie van de overheid, bijvoorbeeld in de grondwet: dit onderscheid is ontleend aan P. LAROUCHE, "The role of the market in economic regulation, inaugural lecture," 14 november 2003, *Universiteit van Tilburg*, onuitgegeven. Effectief toezicht vergt grote investeringen die meestal worden onderschat.

In het specifieke Europeesrechtelijke kader zijn er duidelijk indicaties dat de marktwerking in vraag wordt gesteld, althans dat er op een meer genuanceerde wijze wordt gedacht over marktwerking. In tegenstelling tot het nationale niveau, althans dat is hier de stelling, staat men in Europa al verder met het integreren van de “twijfels” in het juridisch kader.

De teksten van de Europese verdragen lenen zich als constitutioneel kader natuurlijk ook goed voor het opnemen van verwijzingen naar een gewijzigd denken over de markt. Het past ook in de logica van de elkaar opvolgende verdragen zoals de Unie die heeft gekend. Samengevat en enigszins vereenvoudigd weergegeven, wordt de marktwerking sinds de laatste verdragswijziging op gelijke voet gezet met een reeks andere onderwerpen zoals milieu en sociale rechtvaardigheid.

Daarbij is hiervoor wel een belangrijke randopmerking gemaakt. In het Europese kader is het van belang een goed onderscheid te maken tussen de marktgedachte waarvan hier net sprake en de (interne) markt als ruimte zonder grenzen die het centrale element is van de Europese constructie en die de doelstelling vormt van het grote merendeel van de regulering die op EU niveau tot stand komt. Beiden moeten niet met elkaar worden verward. Het is stellig ook zo dat er aan de Europese interne markt en aan het vrije verkeer wordt getwijfeld de afgelopen jaren, maar dat is eigenlijk een ander onderwerp.

Meer dan ooit brengt het Europese wettelijke kader zelf dus waarden en factoren naar voren die minder marktgerelateerd zijn. Voor wat betreft de invulling van de interne markt wordt duidelijker welke hogere niet-economische doelstellingen zij moet dienen en ook dat er moet worden gestreefd naar het integreren van de verschillende beleidsdomeinen en specifieke beleidsdoelstellingen binnen het Europese kader.

Hiervoor is echter ook gesuggereerd dat vooralsnog de weging van niet-economische en economische belangen nog weinig of op een moeilijk inzichtelijke manier doorwerkt in de dagelijkse handhaving van het recht, in ieder geval bekeken vanuit het volgende onderwerp dat behandeld werd, het mededingingsrecht.

De stelling is dat de oorzaak hiervoor wellicht ligt in de moeilijkheid om grip te krijgen op het evoluerende denken over marktwerking en het dus concreet om te zetten in bruikbare regels. De hiervoor vermelde discussie rond het integreren van niet-economische belangen in het kartelverbod is daarvan een illustratie.

In het voorgaande is geïllustreerd dat het wankelend geloof aanwezig is in het maatschappelijk denken en in het recht, waaronder specifiek in het mededingingsrecht. Er moet een verband zijn tussen beiden, al heeft het overzicht getoond dat de evolutie in de tijd zeker niet zonder meer gelijktijdig loopt.

Wat in feite moet gebeuren is dat de politieke en maatschappelijke discussie en de rechtsvorming (meer) op elkaar afgestemd worden. Het onderwerp is belangrijk genoeg om meer aandacht te krijgen: marktwerking is als gedachtegoed, als instrument, respectievelijk als doel, wijd verspreid. Het wordt gebruikt en misbruikt om regulering aan te kondigen en te implementeren zonder dat het verband tussen regulering en marktwerking gekend, dan wel uitgelegd wordt.

Hierna worden ter afsluiting nog enkele opmerkingen gemaakt over de coherentie, de kwaliteit en de effectiviteit van het rechtssysteem.

4.2. COHERENTIE, KWALITEIT EN EFFECTIVITEIT

Dit onderwerp raakt aan de wonderlijke interactie tussen recht en politiek maar ook aan de voortdurende interactie tussen het Europese niveau en het nationale. Twee boeiende onderwerpen die het recht ver overstijgen.

Wat het recht betreft, is het belangrijk om ervoor te zorgen dat de regels die men wilt handhaven coherent zijn. Aan die coherentie zijn externe aspecten en meer interne aspecten.

Met externe coherentie wordt bedoeld dat het recht “en phase” moet zijn met de realiteit, dat er maatschappelijk draagvlak moet zijn.⁶⁴ Als de grondstroom in de maatschappij anders gaat denken over marktwerking, moet zich dat op enig moment uiten in het recht.⁶⁵ Dit idee kan ook in verband worden gebracht met de kwaliteit van regulering in het algemeen.⁶⁶

Interne coherentie is dan de coherentie binnenin het rechtssysteem zelf. In algemene zin, is het noodzakelijk dat er voldoende wordt nagedacht over de doelstellingen die men wil bereiken, over de relatie tot de marktwerking die als basis en soms als doelstelling dient voor alle regels die in brede zin te maken hebben met het functioneren van de markt. Het is goed dat heilige huisjes in vraag kunnen

⁶⁴ Ter vergelijking wanneer het gaat over de interne markt: ook hier zijn al gedegen denkoefeningen gepleegd op Europees niveau zoals het Monti rapport van 9 mei 2010 waarin wordt aangegeven hoe belangrijk het is dat er een voldoende breed draagvlak is, voor het rapport zie: http://ec.europa.eu/internal_market/strategy/docs/monti_report_final_10_05_2010_nl.pdf.

⁶⁵ Juist zoals evoluerend denken over zwaar geladen morele kwesties zoals euthanasie bijvoorbeeld op een gegeven moment leiden tot nieuwe wetgeving. De vergelijking kan verbazen maar een gewijzigd denken over de markt is fundamenteeler dan wordt gedacht, althans zou dat moeten zijn.

⁶⁶ Zie de vijf parameters voor goede regulering bij R. BALDWIN en M. CAVE en M. LODGE, *Understanding Regulation, Theory, Strategy and Practice*, Oxford, Oxford University Press 2012, 27 en tabel op 39: is de regelgeving gelegitimeerd (mandaat van parlement, regering), is er voorzien in voldoende “accountability”, zijn de procedures eerlijk, toegankelijk en open, beschikt de regulator of toezichthouder over voldoende expertise en is de regelgeving efficiënt?

worden gesteld, het gebeurt echter best vooraleer nieuwe regels worden gemaakt en op coherente wijze doorheen het hele rechtssysteem.⁶⁷

Ook nog enkele opmerkingen hier die specifiek te maken hebben met het Europese kader en het mededingingsrecht.

Het moet gezegd dat de Europese wetgever heeft gedacht aan de coherentie binnenin het constitutionele kader van de verdragen. Immers, de hiervoor besproken integratiebepalingen zien erop dat de verschillen beleidsdomeinen en de nagestreefde specifieke beleidsdoelstellingen moeten worden verzoend met elkaar, althans dat er rekening moet gehouden met deze doelstellingen bij het aannemen van wetgeving alsook het optreden van de Commissie als handhaver. De vraag is echter of dit in de praktijk ook gebeurt en of het überhaupt mogelijk is. Hier kan worden gedacht aan de conflicten die onvermijdelijk ontstaan wanneer waarden met elkaar in botsing komen: denk aan het voorbeeld van de milieubescherming en economische groei.

Er is nog een enorme weg af te leggen als de lidstaten willen dat de nieuwe “balancing act” op Europees niveau ook werkt, er is meer nodig dan algemene verklaringen in de verdragen die vervolgens wat holle woorden blijven, bij gebreke aan een diepere consensus over marktwerking en wat dat nu concreet betekent. De culturele verschillen tussen de lidstaten zijn in dat verband ook nog groot. De belangrijke aanzet die in het vernieuwde Europese kader wordt gegeven zou best ook worden doorgetrokken naar het nationaal niveau voor het eigen optreden van de lidstaten.

Een woord nog over de coherentie binnenin het mededingingsrecht. Conceptueel gezien is in de jurisprudentie altijd benadrukt dat de begrippen die worden gebruikt doorheen het mededingingsrecht (staatssteun, kartels en misbruik) dezelfde zijn. Dat betekent dat begrippen als “onderneming” maar ook “concurrentie” en “concurrentiebeperking” op gelijke wijze worden ingevuld. In de jurisprudentie is zelfs ook benadrukt dat dezelfde begrippen die voorkomen in het mededingingsrecht en in de liberaliseringsrichtlijnen ook zoveel mogelijk dezelfde uitleg moeten krijgen. Er gebeuren grote inspanningen op Europees niveau om te komen tot een consistent begrippenkader.

Vanuit die optiek wordt ook voorgesteld om, meer dan thans het geval is, aandacht te hebben voor de coherentie tussen de staatssteunregels en de mededingingsregels in strikte zin (kartels en misbruik). Bij de voortschrijdende discussie over de integratie van niet-economische belangen lijkt het best om de evolutie

⁶⁷ Er is een rechtstreeks verband tussen coherentie en rechtszekerheid en de voorzienbaarheid van publiek optreden.

gelijk te laten lopen. Dit betekent niet alleen dat er best een zo inzichtelijk mogelijke catalogus komt van niet-economische belangen die voorrang mogen krijgen op de strikte marktwerking en het spel van de concurrentie. Daarnaast kan er ook voor worden gepleit dat de juridisch technische manier waarop een en ander wordt aangepakt (zie de hiervoor geschetste discussie over het kartelverbod), zo veel mogelijk op elkaar wordt afgestemd. Dit betekent onder meer dat de vraag of je concurrentiebeperkingen buiten het toepassingsgebied van een verbod haalt, dan wel ze via een uitzondering alsnog aanvaardt, best op gelijke wijze geschiedt. Hoe meer coherentie en consistentie op dit valk, hoe minder kans op tegenstrijdige rechtspraak en tegenstrijdig beleid vanwege concurrentieautoriteiten en andere toezichthouders.

In deze rede wordt geen pasklaar theoretisch of ideologisch antwoord gegeven over de rol die de markt (nog) moeten hebben in ons recht. Het zou ook utopisch en naïef zijn om te denken dat de reguleringsdrang zal wachten op een brede fundamentele reflectie over de markt en marktwerking.

Nieuwe inzichten van de economische wetenschap die zichzelf volop in vraag stelt sinds de financiële crisis, zullen hopelijk nuttige bouwstenen aanleveren.⁶⁸ De hamvraag is immers hoe regulering en marktwerking in een nieuw evenwicht moeten samengaan. De vraag wordt nog niet vaak luidop gesteld maar hangt in de lucht: kan marktwerking wel opleveren wat ervan wordt verwacht?

Het zou ook passen dat er beter wordt nagedacht alvorens nieuwe (markt)regulering wordt geïmplementeerd. Dat zou ook in lijn zijn met het programma van good governance en administratieve vereenvoudiging, andere toverwoorden van deze tijd. Er zou wellicht beter nu sowieso een “standstill” plaatsvinden (in de zin van netto geen bijkomende regulering) omdat het prioritair is om na te gaan of al de regulering en de toezichthouders samen, op nationaal niveau en op Europees niveau, wel als resultaat hebben dat er meer (effectief) toezicht is, zoals dat klaarblijkelijk de bedoeling is.

Meer toezichthouders zouden immers wel eens kunnen leiden tot minder toezicht. En in budgettaire moeilijke tijden zou ook van belang moeten zijn dat de schaarse publieke middelen optimaal worden ingezet. Het zou goed zijn ook om niet teveel verwachtingen te creëren over wat regulering en toezicht kunnen bereiken.

⁶⁸ Een opvallend en uitdagend bericht uit de krant: “Crisis noopt tot update handboeken economie”: de handboeken economie worden naar aanleiding van de financiële crisis herschreven, economen stellen zichzelf en hun wetenschap en maatschappelijke relevantie in vraag, *De Tijd* 3 oktober 2013.

Verder zou meer reële betrokkenheid van de Europese beleidsmakers op nationaal niveau helpen om het perceptieprobleem van de Unie en de focus op marktwerking te verhelpen. Wellicht kan dat een invloed hebben op de gedachte van regeringen dat ze overdreven deregulering en vrije markt moeten corrigeren. De invoering van een soort “impact assessment” voor marktwerking waarbij alle reeds bestaande regulering eerst wordt gescreend en de effecten van de nieuwe regulering worden getoetst op hun impact op de markt, zou de algehele kwaliteit van het recht verder ten goede komen.

Het is tenslotte moeilijk om in dit kader de recente hervorming van het Belgische mededingingsrecht onbesproken te laten.⁶⁹ Deze hervorming heeft geen wijziging aangebracht aan het materiële mededingingsrecht dat nog steeds inhoudelijk identiek is aan het Europese mededingingsrecht.

Dit betekent dat een aantal van de discussies die plaatsvinden rond marktwerking op Europees niveau ook onmiddellijk doorwerken in België. Dat geldt uiteraard niet voor het staatssteunrecht omdat het hier gaat om een exclusieve bevoegdheid van de Commissie maar het gaat wel om de eventuele heroriëntering van de toepassing en interpretatie van het kartelverbod en de daarop geldende uitzondering. Het geldt evenzeer voor het nadenken over de doelstellingen die men wil bereiken en de manier waarop andere Europese niet-economische beleidsdoelstellingen moeten worden geïntegreerd in het mededingingsrecht.

Afgezien van deze opmerkingen, biedt de recente hervorming vooral een voorbeeld van het wankelende geloof in de marktwerking zoals hiervoor beschreven. De nieuwe Belgische mededingingswet die met name op procedureel en op institutioneel vlak een grondige hervorming doorvoert, heeft immers een nieuw instrument ingevoerd dat het mogelijk maakt om prijsmaatregelen te nemen.⁷⁰

Er is sprake van het tijdelijk vastleggen en bevriezen van de prijzen voor producten of diensten in om het even welke economische sector. Dit is dus een sterk regulerende bevoegdheid die weliswaar ook in de vorm van ex ante regulering bestaat in de geliberaliseerde sectoren maar toch vrij uniek is in deze hervorming omdat ze de mogelijkheid uitbreidt naar om het even welke sector. De mogelijkheid om dergelijke prijsmaatregelen te nemen is vooral ook uniek omdat ze wordt gegeven aan de (algemene) concurrentieautoriteit en niet aan een specifieke regulator of aan de regering.

⁶⁹ Voor een bespreking van het vernieuwde Belgische mededingingsrecht, J. YSEWYN, M. VAN SCHOORISSE en E. MATTIOLI, *De Belgische Mededingingswet 2013: Een praktische en kritische analyse*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 280 p.

⁷⁰ Uitvoerige en kritische bespreking in M. ABENHAÏM en J. PROBST, “Du controle des prix en Belgique: une analyse du Livre V du code de Droit Économique”, *Tijdschrift voor Belgische Mededinging* 2013-2, 113.

Waar het in deze rede om gaat, is de moeilijkheid die gecreëerd wordt door het feit dat dezelfde autoriteit langs de ene kant moet toezien op de vrije marktwerking waarbij nog steeds het maken van prijsafspraken of het op enige manier ingrijpen op de vrijheid om zijn prijs te bepalen geldt als een ernstige inbreuk. Langs de andere kant zou dezelfde autoriteit mogelijk zelf het prijsniveau kunnen bepalen (de normale prijs versus de abnormale prijs die gold en waartegen moet worden ingegrepen) en deze gedurende een bepaalde tijd opleggen. Het idee dat de overheid (terug) gaat bepalen welke een normale prijs is voor een product, doet toch menig mededingingsjurist even slikken. Het illustreert de vragen die in deze rede zijn opgeworpen. Gaat het om het laten werken van de markt of het sturen van de markt? Is er dan nog wel marktwerking? Gaan we even de markt uitschakelen om hem dan daarna weer te laten werken?...

Als de marktwerking niet leidt tot een aanvaardbaar prijsniveau, moeten de prijzen misschien terug door de overheid worden bepaald. Maar daarvan wordt dan weer makkelijk gezegd dat het niet mag van Europa. Zo wordt Europa weer alleen met vrije mededinging en roekeloze deregulering geassocieerd en de cirkel is rond.

Het kan moeilijk worden betwist dat het invoeren van de mogelijkheid van dergelijke prijsmaatregelen getuigt van wantrouwen ten aanzien van de marktwerking waarvan hier sprake is. Er is wellicht ook sprake van wantrouwen ten aanzien van het toezicht en gebrek aan geloof in de effectiviteit van markttoezicht in zijn bestaande vormen. Terecht of niet terecht, dit bevestigt in ieder geval de vragen gesteld in deze rede.

De discussie of marktwerking een doel op zich is of slechts een instrument is al lang achterhaald. Marktwerking is nog veel meer als vroeger een instrument om maatschappelijke doelstellingen te bereiken en moet als zodanig ingebed worden in het rechtssysteem. Aan een instrument worden echter hogere eisen gesteld dan aan een abstract doel. Het moet passen binnen het geheel, beantwoorden aan de verwachtingen, inzichtelijk zijn en effectief.

PROEF 1