

## **Openingswoord 16<sup>e</sup> Mededingingscongres, 4 oktober 2018**

*Weijer Verloren van Themaat*

Dames en heren,

Goedemorgen!

Half september stond er opeens een beeld tegenover de deur ons kantoor. Nu komt dat vaker voor; de grasveldjes van het Gustav Mahlerplein zijn een geliefde plek voor de kunst-route zuid. Maar dit beeld was anders. Het symboliseert een bankier die met een kartonnen doos het pand verlaat. Aangeboden door de PvdA als monument voor de omgevallen banken. Ter nagedachtenis van de val van Lehman Brothers, 10 jaar geleden. 'We mogen de lessen van Lehman Brothers en de kredietcrisis niet vergeten', zei Europarlementariër Paul Tang bij de onthulling.<sup>1</sup> Wat zijn die lessen eigenlijk?

Daar is de laatste weken veel over geschreven. Lehman vormde het tastbare begin van de bankencrisis, die zich vanuit Wall Street als een sneeuwbal over de wereld verspreidde. Miljoenen mensen verloren baan en/of huis.

Ja, de wereld werd daarbij ook op harde wijze wakker geschud uit de droom dat er een soort nieuwe economische werkelijkheid was ontstaan – de zgn *new economy* - waarbij de traditionele conjuncturele golven zouden zijn vervangen door één strakke lijn omhoog. Dat bleek onjuist. Dat was les één.

Les twee betrof het blinde geloof van beleidsmakers in de vrije markt. Beroemd is de quote van de toenmalige hogepriester van de FED Alan Greenspan: "Het doet er eigenlijk nauwelijks toe wie de volgende president is. De wereld wordt namelijk geregeerd door de markt."<sup>2</sup> Ook dat bleek onjuist. Greenspan gaf publiekelijk toe de corrigerende werking van de vrije markt te hebben overschat.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Op 15 september 2015 vroeg Lehman Brothers uitstel van betaling aan. Zie voor quote Paul Tang: <https://paul-tang.nl/monument-voor-omgevallen-banken-onthuld-op-zuidas/>

<sup>2</sup> Quoted in Wolfgang Streeck, "Buying Time: The delayed Crisis of Democratic Capitalism", Verso 2014, p. 213

<sup>3</sup> Hoorzitting van de U.S. Congress op 23 oktober 2008 over de Financial Crisis and the Role of Federal Regulators, te vinden op <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CHRG-110hrg55764/html/CHRG-110hrg55764.htm>

"Wat de val van de Berlijnse muur was voor het communisme, is de val van Wall Street voor het neoliberalisme" stelde Nobelprijswinnaar Joseph Stiglitz een dag na het failliet van Lehman.<sup>4</sup> Stiglitz denkt dat de financiële crisis vooral te danken is aan een soort Wild West kapitalisme. Een doorgedraaid vertrouwen in de krachten van de vrije markt. En stelt dat gelijk aan het neoliberalisme.

Stiglitz heeft een punt als hij zegt dat het maatschappelijk vertrouwen in de vrije markt onder druk staat. En ook als hij zegt dat de politiek – als exponent van dat maatschappelijke sentiment - zich meer met het vrije marktdenken zal bemoeien. Zou dat ook gelden voor het mededingingsrecht?

Alvorens daar op in te gaan, is het goed eerst iets te zeggen over het neoliberalisme waar Stiglitz over sprak. En dan vooral over de oorspronkelijke stroming, die vlak na de eerste wereldoorlog in Midden-Europa is ontstaan. Met grote denkers in steden als Wenen, Freiburg en Geneve. Mannen als Friedrich Hayek en de Amerikaan George Stigler en andere Nobelprijswinnaars, die regelmatig bijeenkwamen in de zogenaamde Mont Pellerin Society. Een besloten club van economen, historici en filosofen vernoemd naar een heuvel met uitzicht over het meer van Geneve waar het zijn eerste bijeenkomst hield.

De neoliberalen van het eerste uur waren geen marktfundamentalisten. Noch waren zij *laissez faire* - adepten, of hadden zij een blind geloof in de wonderen van de vrije markt. Men geloofde er niet in dat markten voor zichzelf konden zorgen, zoals Greenspan bezong. Zij bepleitten veeleer een door rechtsregels bewaakte economie en een vrije, open samenleving. Ja, markten moesten volgens deze neoliberalen worden beschermd tegen de politieke willekeur van de dag. Zij hadden in Europa immers gezien hoe kwetsbaar de "vrije democratie" was en waren beducht voor de effecten van de politiek op de economie. Maar dat betekende geen Wild West.

*The invisible hand* van Adam Smith moest in hun ogen worden aangevuld met de *visible hand* van het recht. De economie moest worden onderworpen aan regels van internationaal handelsrecht. Aan *investment treaties* om de belangen van investeerders beschermen tegen nationalisaties of andere grillen van de politiek. Aan instituties zoals het IMF, de Wereldbank, onafhankelijke centrale banken, en de WTO. Hoewel het neoliberalisme vele stromingen kende en zeker niet iedereen hetzelfde dacht, was de focus van de neoliberalen meer gericht op het juridische institutionele kader voor een vrije economie, dan op de economie zelf. De

---

<sup>4</sup> Interview of Joseph Stiglitz by Nathan Gardels, The Huffington Post, 16 September 2008,

belangrijkste werken van Hayek hadden titels als *The Constitution of Liberty*<sup>5</sup> dat een grondwet voor de wereldeconomie bepleitte en de trilogie *Law, Legislation and Liberty*.<sup>6</sup>

Recht en vrijheid dus. Belangrijk was de notie dat er geen *freedom of trade* kon bestaan zonder politieke vrijheid – gegarandeerd door de *rule of law* en vice versa. Zij bepleitten een duaal stelsel met – enerzijds - een politieke wereld waarin nationale overheden regeren over mensen in hun land. En anderzijds de *global economy*, die niet gehinderd wordt door landsgrenzen of politiek en die gaat over eigendom. Oorlogen tussen landen zouden volgens deze ideologie eigendom niet mogen raken.

De Europese Economische Gemeenschap, zoals de EU oorspronkelijk heette, past goed in dit duale wereldbeeld. Aan de ene kant de politieke, democratische lidstaten, aan de andere kant de a-politieke, supranationale hoeder van de vrije handel, vrijheid van vestiging en kapitaal en vrije mededinging. Met een hele belangrijke rol voor het Europese Hof als onafhankelijke rechter die bindende besluiten kan nemen over de lidstaten. Als het moet, zelfs tegen hun wil in. Het EEG-Verdrag als voorbeeld van een *Economic Constitution*. Die niet voor niets ook wel een Hayekiaanse federatie wordt genoemd.

Ook mag niet verbazen dat de eerste mededingingscommissaris, Hans von der Groeben, geschoold was in Freiburg. Als neoliberal benadrukte hij het belang van de markteconomie, maar ook dat van een sterk institutioneel en juridisch kader om dat goed te laten verlopen. Onder zijn leiding zag in 1962 de eerste uitvoeringsverordening voor het mededingingsrecht Vo. 17 het licht, dat handen en voeten gaf aan de wat abstracte mededingingsbepalingen van het Verdrag. Op grond van deze voorloper van verordening 1/2003 kreeg de Europese Commissie haar welbekende bevoegdheden en kon het Hof van Justitie rechtspreken over de kartelbepalingen. En dat alles vrij van nationale inmenging.

Terug naar de vraag of de val van Wall Street het neoliberale ideaal van scheiding tussen politiek en mededingingsrecht structureel heeft aangetast.

Helemaal in het begin, zo vlak na Prinsjesdag 2008, leek het daar nog niet op. Die eerste reacties op Lehman pasten nog goed in deze neoliberale ideologie. Het schijnt dat in het eerste jaar na Lehman, de G20 nog nooit zo eendrachtig heeft samengewerkt. Wereldwijd werd het beleid, los van nationale politieke agenda's schouder aan schouder gecoördineerd. In hoog tempo werden strengere regels voor banken ingevoerd. En introduceerden de centrale banken zoals de ECB en de FED een verruimend monetaire beleid.

---

<sup>5</sup> F.A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, The University of Chicago Press, 1960

<sup>6</sup> F.A. Hayek, *Law, Liberty and Freedom*, Volume 1, The University of Chicago Press, 1978; Volume 2, 1978; Volume 3, 1981.

Maar recentere ontwikkelingen, zoals Brexit en het opzeggen van diverse vrijhandelsverdragen door de VS, staan haaks op het neoliberale gedachtengoed. Die stevige, solide muur die er stond tussen politiek en het vrije marktdenken brokkelt af.

Het neoliberale gedachtengoed ligt onder vuur, ook omdat de grote verworvenheden van vrije en open markten hun schaduwzijden hebben laten zien: een steeds grotere inkomens- en eigendomsongelijkheid en een niet-inclusieve economie waarin een welvarende en hoogopgeleide elite afsteekt tegen de rest van de bevolking. De maatschappij accepteert de door de neoliberalen voorgestane scheiding tussen politiek en economie niet meer blindelings. Men wil dat de politiek ingrijpt. En hoe zit dat met politiek en mededinging?

Bij de politieke en maatschappelijke druk op het mededingingsrecht is het goed een onderscheid te maken tussen "wetgeving" en "uitvoering".

Bij wetgeving vertaalt de maatschappelijke druk zich via de 'koninklijke weg' van de democratisch gekozen regering en parlement in nieuwe rechtsregels. Daar zijn ook in de Nederlandse mededingingswetgeving diverse voorbeelden van. Denk aan de in 2011 ingevoerde bagatelregeling voor het MKB in artikel 7 van de Mededingingswet en de Beleidsregel mededinging en duurzaamheid van EZ. Ik zou dit de formele inmenging van politieke sentimenten in het mededingingsrecht willen noemen. De meeste mededingingsjuristen zijn daar geen groot voorstander van, maar een beperkte formele aanpassing van de mededingingsregels als dat noodzakelijk is om die in lijn te laten blijven met hedendaagse inzichten in economische welvaart lijkt nog wel te billijken.

De spannender vraag is of hoe het zit bij de uitvoering. Hoe zal de onafhankelijkheid van mededingingsautoriteiten zich houden onder de stormram van het internationaal opkomend nationalisme, populisme en '*America first*' – achtige doctrines? En dan heb ik het niet over de keuze of wel of niet wordt opgetreden tegen verticale prijsbinding, maar over de vraag of de mededingingshandhaving in lijn wordt gebracht met de politieke agenda. Bijvoorbeeld door het hanteren van een ruimer welvaartsbegrip zodat bij de voordelen van een samenwerkingsovereenkomst niet alleen wordt gekeken naar de productie, distributie en technische of economische vooruitgang en euro's voor de gebruikers, maar bijvoorbeeld ook naar het afzien van kinderarbeid in Azië. Of naar een schoner milieu, waarvan misschien onze kinderen of kleinkinderen pas echt de effecten merken. Wat mij betreft allemaal nastrevenswaardige doelstellingen, maar past dit nog in de objectiveerbare afweging van (artikel 6 Mw en 101 VWEU) lid 3? En als deze mooie doelstellingen er door de mededingingsautoriteiten nu "in kunnen worden gefietst", hoe zit dat als er straks een ander politiek klimaat is? Wat als de uitvoering van het mededingingsrecht mede wordt ingegeven door handelspolitieke belangen

en buitenlandse ondernemingen net wat anders worden behandeld dan nationale ondernemingen? Ik geloof niet dat daar nu in Europa sprake van is, maar de Europese Commissie werd daar deze zomer wel min of meer van beschuldigd naar aanleiding van de boete die zij oplegde aan Google.<sup>7</sup>

Dames en heren, ik sprak eerder over het Hof van Justitie van de Europese Unie als *guardian* van de *economic constitution*. Een orgaan dat geheel conform de neoliberale ideologie vrij van nationale politieke belangen recht spreekt. Wij zijn dan ook bijzonder verheugd dat Marc van der Woude als hoeder van de Europese economische vrijheden instemde om te komen spreken over het onderwerp van politiek en beleid in het mededingingsrecht. Marc van der Woude, oud-advocaat, is thans vicepresident van het Gerecht. Als hoogste feitenrechter in mededingingszaken binnen de Europese Unie een beeldbepalend instituut in mededingingsland.

Marc, aan jou het woord.

---

<sup>7</sup> Donald Trump: "*I told you so! The European Union just slapped a Five Billion Dollar fine on one of our great companies, Google. They truly have taken advantage of the U.S., but not for long!*" @realDonaldTrump. Zie ook <https://www.nytimes.com/2018/07/19/business/trump-eu-google.html>