



Redactioneel

Amerikaanse romans, jubilea, strafrechtelijke handhaving en andere faits divers

Paul Lugard

In *Atlas Shrugged*, de Amerikaanse filosofische roman die in 1957 verscheen, wordt een deprimerend beeld geschetst van een door overheidsinterventie verstikte, collectivistische maatschappij. Het levensverhaal van de door bureaucratie en tegenwerking geplaagde spoorwegmagnaat Dagny Taggart vormt de opmaat naar een vlammend pleidooi voor de creativiteit van het individu en de zegeningen van het *laissez-faire* kapitalisme bij monde van de mythische hoofdpersoon van de roman, John Galt. Hoezeer men ook kritiek kan hebben op '*rational selfishness*' en het '*objectivisme*' dat Ayn Rand in haar bewonderde én verguisde roman postuleerde, feit is dat het door haar verdedigde ideaal van '*free markets*' veel pleitbezorgers van een actief mededingingsbeleid na aan het hart zal liggen.

De vrijmarktgedachte of, in de bewoordingen van het '*mission statement*' van de NMa, de taak 'markten te laten werken' staat uiteraard ook centraal bij de uitvoering van de wettelijke taken van de NMa, die dit voorjaar haar tienjarige jubileum viert. De voorbereiding van de daarmee samenhangende festiviteiten – een feest voor NMa-medewerkers in januari, een congres op 5 maart waarbij ook Eurocommissaris Neelie Kroes aanwezig zal zijn en een feestbundel – zijn naar verluidt in volle gang.

De NMa kan met gepaste trots terugkijken op de eerste tien jaar van haar bestaan. Tot de meest tot de verbeelding sprekende wapenfeiten behoren de ontwikkeling van een publiek handhavingsbeleid van het kartelverbod dat in verreweg de meeste gevallen de toets der kritiek doorstaat, het jaarlijks afdoen van – tegenwoordig – zo'n 80 (complexe en minder complexe) concentratiemeldingen en uiteraard de behandeling van de bouwfraudezaak en daarmee verwante dossiers. Cynici zouden uiteraard kunnen wijzen op een aan-

tal gevallen waarin de NMa minder fortuinlijk opereerde of door de rechter tot de orde werd geroepen, maar vast staat dat de NMa in het afgelopen decennium in de Nederlandse verhoudingen een niet weg te denken factor van betekenis is geworden. Overigens is die invloed en reputatie niet beperkt tot Nederland; de NMa heeft ook binnen Europa en het International Competition Network een solide positie opgebouwd waar menig 'oudere' mededingingsautoriteit niet op kan bogen. Niettemin: de belangrijkste prestatie van de NMa is de omslag die de organisatie in de Nederlandse bedrijfscultuur teweeg heeft gebracht. Heden ten dage wordt het mededingingsbeleid in Nederland serieus genomen en niet meer afgedaan als een curieuze, bedenkelijke, of niet erg relevante bezigheid. Illustratief in dat verband is de opmerking van VerLoren van Themaat op het Elseviercongres in 2006 dat 'ondernemingen anno 2006 wel erg dom moeten zijn om nog een kartelafpraak te maken'. Die mentaliteitsverandering is bepaald niet gering wanneer men bedenkt dat collectieve verticale prijsbinding tot in de jaren zestig van de vorige eeuw veelvuldig voorkwam, niet-generiek verboden mededingingsafspraken voor 1998 *de facto* toegestaan waren en er überhaupt geen sprake was van een algemeen stelsel van preventief concentratietoezicht. Het zou ook te eenvoudig zijn te stellen dat de NMa de tijdsgeest kennelijk mee heeft gehad en zich op de golven van het economische tij heeft weten te positioneren. Nee, de NMa heeft in de afgelopen tien jaar een zichtbare en belangrijke rol gespeeld bij die mentaliteitsverandering en verdient daarvoor lof. Bovendien – wat men ook zou willen opmerken ten aanzien van de behandeling van specifieke zaken – niet kan gesteld worden dat de NMa in haar beslissingen wordt 'gedreven door het opportunisme van de dagelijkse politiek.' En daarmee is – voorlopig

althans – de door minister Wijers tijdens de parlementaire behandeling van de Mw gedane belofte ingelost.¹

Bij het aanbreken van dit jubileumjaar is het wel nuttig te constateren dat de NMa dient te opereren in politiek minder gunstig klimaat, waar het protectionisme op de loer ligt en de weerstand tegen al te veel marktwerking lijkt te groeien.² Die tendens wordt bevestigd door de goedkeuring van het kabinet op 7 december 2007 van de Nota Staatsdeelnemingen, die in het teken staat van het stopzetten van de privatisering van de (nu nog 35) bedrijven waarvan de overheid (mede) aandeelhouder is en de wens van de overheid meer zichtbaar op te treden in die bedrijven. Die houding staat diametraal op de lijn ('privatiseren, tenzij') die is uitgezet in de Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid uit 2001³ en het in 2006 door het Ministerie van Economische Zaken gepresenteerde rapport van het Ministerie van Financiën, dat een meer rationele, economische afweging voorstaat bij de vraag of, en zo ja, op welke wijze de overheid dient deel te nemen in bedrijven ter borging van het publieke belang.⁴

Het komende jaar zal ook in het teken blijven staan van de strafrechtelijke handhaving. Daarover is al veel geschreven, ook in dit tijdschrift.⁵ De mogelijkheid persoonlijke boetes op te leggen aan natuurlijke personen die feitelijk leiding hebben gegeven aan inbreuken, is inmiddels een feit, maar de wetgever heeft nog niet beslist of in de toekomst het strafrecht ook ingezet zal kunnen worden tegen bedrijven. Mij dunkt dat hier terughoudendheid op haar plaats is, al was het alleen maar omdat de toegevoegde waarde van strafrechtelijke handhaving naast het huidige sanctieapparaat op voorhand bepaald onduidelijk is, terwijl evenmin aanwijzingen voorhanden zijn dat de huidige bestuursrechtelijke sanctionering tekortschiet. Duidelijk is ook dat de invoering van een dergelijke nieuwe strafrechtelijke component grote – en niet op voorhand positieve – gevolgen kan hebben voor de wijze waarop de NMa thans opereert. Daarmee is duidelijk dat ook in dit jubileumjaar discussie bestaat omtrent de optimale sanctionering van de Mw, en daarmee de toekomstige contouren van de bevoegdheden van de NMa zelf. Dat wellicht nimmer consensus zal ontstaan over het takenpakket van de NMa, blijkt bijvoorbeeld ook uit de hier en daar gedane suggestie eens kritisch te bezien of Nederland – gelet op het geringe aantal problematische zaken en de met melding van concentraties gemoeide kosten – nog wel behoefte heeft aan het huidige stelsel van concentratietoezicht en of niet eens gedacht moet worden aan een systeem van vrijwillige melding zoals dat in het Verenigd Koninkrijk geldt. Op de Kerstbijeenkomst van de Vereniging voor Mededingingsrecht werd over dit onderwerp levendig gedebatteerd, maar het valt te bezien of een dergelijk initiatief op veel enthousiasme van de NMa zelf kan rekenen. In dat verband is overigens ook wel wat te zeggen voor de disciplinerende werking die van een verplicht aanmeldingssysteem uitgaat.

Wat zal het jaar 2008 verder brengen? Buiten de landsgrenzen maakt men zich op voor een discussie over een aantal notoir heikele punten. Zo wordt met belangstelling uitge-

zien naar de resultaten van de hoorzittingen die de Federal Trade Commission en het Department of Justice in de afgelopen twee jaar hebben georganiseerd over de toepassing van Section 2 van de Sherman Act op marktafsluitend gedrag van dominante ondernemingen. De grondigheid waarmee de twee Amerikaanse mededingingsautoriteiten die discussie vorm hebben gegeven is imponerend. Het is te hopen dat het rapport – dat waarschijnlijk vlak voor of tijdens de ABA Antitrust Spring Meeting zal verschijnen – een katalysator zal blijken zijn voor het debat in Europa over de toepassing van art. 82 EG. De verdere gedachtevorming daarover lijkt ook na het verschijnen van het *Microsoft*-arrest in september 2007 – uitermate stroef te verlopen, terwijl de praktische noodzaak van een duidelijk beoordelingskader evident is. Een tweede onderwerp, dat met de tournure van het Amerikaanse Supreme Court in de *Leegin*-zaak onontkoombaar lijkt, betreft verticale prijsbinding.⁶ Dat onderwerp lijkt ook de belangstelling te hebben van de OESO-delegaties als een van de onderwerpen die op termijn tijdens een Roundtable discussie van het Competition Committee van die organisatie aan de orde gesteld moeten worden.⁷ In ieder geval zullen de OESO-delegaties al eerder, in februari van dit jaar, hun licht laten schijnen over de mededingingsrechtelijke relevantie van minderheidsparticipaties. In deze woelige tijden van toenemend aandeelhoudersactivisme is duidelijk dat de (dreigende) betrokkenheid van minderheidsparticipanten bij het beleid van de betrokken onderneming een belangrijke invloed kan hebben op beslissingen van het bedrijf, zonder dat direct sprake is van de verwerving van (gezamenlijke) zeggenschap. Ook is voorstelbaar dat een investeringsmaatschappij belangen heeft in een aantal concurrerende bedrijven. Daarmee zijn minderheidsparticipaties niet uitsluitend relevant vanuit vennootschapsrechtelijke (en 'corporate governance') optiek, maar kunnen zij ook een mededingingsrechtelijke component hebben. In tegenstelling tot de Verenigde Staten, waar Section 7 van de Clayton Act in een gedetailleerde regeling voor minderheidsparticipaties voorziet, is dit onderwerp in het Europese mededingingsrecht stiefmoederlijk bedeed. Weliswaar staat ingevolge de *Philip Morris*-zaak⁸ van 1987 vast dat minderheidsparticipaties onder specifieke omstandigheden een mededingingsbeperkend effect kunnen sor-

1 Behandeling van het wetsvoorstel Mededingingswet, *Kamerstukken II* 1996/97, 24 707.

2 Commentaar NRC van 11 januari 2008.

3 Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid, *Kamerstukken II* 2001/02, 28 165, nr 2.

4 Publieke belangen en aandeelhouderschap, Kenniscentrum voor orderingsvraagstukken, 12 juli 2006, <http://www.minez.nl/content.jsp?objectid=140095&trid=140097>

5 Zie met name het redactioneel van Pijnacker Hordijk in *M&M* 2007, p. 129-130 (nr. 5/6, augustus/september) en Elsen, 'Feitelijk leidinggeven en opdrachtgeven: in of uit het mededingingsrecht?', *M&M* 2007, p. 211-218 (nr. 8, december).

6 Zie Lugard, noot bij *Leegin Creative Leather Products, Inc. v PSKS, INC.*, *M&M* 2007, p. 156-162 (nr. 5/6, augustus/september).

7 Zie http://www.oecd.org/topic/0,3373,en_2649_37463_1_1_1_1_37463,00.html

8 HvJ EG 142 en 156/ 84 *British American Tobacco Company Ltd. en R. J. Reynolds Industries, Inc. tegen Commissie, Jurispr.* 1987, p. 4487.

teren, maar de waardering van minderheidsparticipaties in een concreet geval is verre van eenvoudig en in het Europese concentratietoezicht zijn minderheidsparticipaties ook – in specifieke omstandigheden – als positief beoordeeld.⁹ Het is niet onmogelijk dat de conclusies van de OESO-rondetafel-bijeenkomst op termijn zullen doorsijpelen in het beleid van mededingingsautoriteiten.

In dit redactioneel voorts kort aandacht voor ‘ex post’ of ‘post-mortem’ evaluaties van het ingrijpen van mededingingsautoriteiten. Deze evaluaties zijn nuttig bij de beantwoording van de vraag of interventies in specifieke gevallen tot het gewenste resultaat hebben geleid en, in meer algemene zin, of mededingingsautoriteiten (of de wetgever) wel op het juiste pad zitten en hoe het functioneren van die instanties kan worden verbeterd. Gelet op de vaak prospectieve analyses die ten grondslag liggen aan ingrijpen van mededingingsautoriteiten, bijvoorbeeld in het concentratietoezicht, alsmede het evolutionaire karakter van het mededingingsbeleid, zijn dit soort onderzoeken juist in het mededingingsbeleid van belang. Zo bleek uit de evaluatie in 2005 van DG Concurrentie dat een aanzienlijk aantal van de in concentratiezaken opgelegde voorwaarden niet het gewenste resultaat hadden gehad¹⁰. William Kovacic heeft onlangs een bewonderenswaardige poging gedaan in kaart te brengen welke studies zijn uitgevoerd en op welke wijze evaluaties vormgegeven kunnen worden.¹¹ Het is verheugend te zien dat dit onderwerp ook in Nederland prominent op de agenda van de NMa staat. Zo organiseerde de NMa in oktober 2007 een seminar onder de titel ‘Measuring the Economic Effects of Competition Law Enforcement’. Het seminar bevestigde dat de invloed van een actief mededingingsbeleid op consumentenprijzen en de industrie positief is, maar maakte ook duidelijk dat er veel empirische en methodologische haken en ogen zitten aan het meten van die effecten¹². Het is nuttig en noodzakelijk deze en andere pogingen om de zegeningen van het mededingingsbeleid te kwantificeren voort te zetten.

Dan nog het volgende. Het jubileumjaar van de NMa markeert ook het tienjarige bestaan van het tijdschrift dat voor u ligt. De redactie stelt zich uiteraard ten doel de kwaliteit van Markt & Mededinging op een continu hoog peil te houden en stelt met plezier vast dat het aantal abonnees nog steeds groeit. Dat sterkt onze overtuiging dat *Markt & Mededinging* in een kennelijke behoefte voorziet. De redactie dankt eenieder die daar in de afgelopen tien jaar aan heeft bijgedragen van harte. Dat geldt uiteraard ook voor de auteurs die een bijdrage leverden aan dit eerste nummer van 2008.

In dit nummer treft u zoals gewoonlijk een divers aanbod aan. Sauter gaat in op het begrip ‘diensten van algemeen economisch belang’ en de (universele) dienstverlening van die ondernemingen en staat stil bij de criteria die zijns inziens bij de aanwijzing van dergelijke diensten dienen te worden aangelegd. Hij oordeelt en passant dat in een aantal sectoren van de zorg ruimte bestaat voor de aanwijzing van diensten van algemeen economisch belang. In hun heldere bespreking van het vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 4 juli 2007

in de fokstierspermazaak stellen Kraanen-Belhaj en Speyart vast dat de rechtbank betrekkelijk zware eisen stelt aan het economisch bewijs dat de NMa dient aan te dragen bij het aantonen van met art. 24 Mw strijdige getrouwheidskortingen, maar dat de contouren van die verplichting niet volledig duidelijk zijn. Hun bespreking vormt een treffende illustratie van de hierboven gestelde noodzaak het communautaire beleid op dit punt te concretiseren. De Bree bespreekt het arrest van 27 november 2007 in de bouwfraudeaffaire, waarin het hof Den Haag tot een algehele vrijspraak kwam van het aan bouwbedrijven ten laste gelegde deelnemen aan een criminele organisatie met als oogmerk het plegen van valsheid in geschrifte, oplichting en opzettelijke overtreding van art. 15 WEM. Het commentaar van De Bree is bij uitstek relevant in het licht van de discussie omtrent de strafrechtelijke sanctivering van het mededingingsrecht. Tot slot gaat Kreijger in een zeer lezenswaardige bijdrage aan de hand van twee recente uitspraken van het CBb in op de (finale) geschilbeslechting door de bestuursrechter in de zin van artikel 8:72 Awb.

De redactie wenst u een voorspoedig en inspirerend 2008.

9 Zaak M.890 *Blokker – Toys ‘R’ Us*, beschikking van 26 juni 1997.

10 Zie DG COMP inhouse Merger Remedy Study, beschikbaar op http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/studies_reports/studies_reports.html

11 Zie Kovacic, ‘Using Ex Post Evaluations to Improve the Performance of Competition Policy Authorities’, *The Journal of Corporation Law* (2006), p. 505- 547. Zie ook de discussie in Robert W. Crandall & Clifford Winston, ‘Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence’, *J. Econ. Perspec.*, Fall 2003, p. 3. en Jonathan B. Baker, ‘The Case for Antitrust Enforcement’, *J.Econ. Persp.*, Fall 2003, p. 27.

12 Zie <http://www.nmanet.nl/conference>