

Mededingingsrecht in economisch zware tijden: de (on)mogelijkheden voor crisiskartels

MR. D.W.L.A. SCHRIJVERSHOF

De gevolgen van de voortslepende economische crisis laten zich voelen. In tal van sectoren kampen bedrijven met overcapaciteit.¹ Die overcapaciteit zal met een consumentenvertrouwen dat op of nabij een dieptepunt verkeert niet als sneeuw voor de zon verdwijnen.² Onder die omstandigheden is geregeld de roep om crisiskartels te horen.

Kort voor de start van 2012 meldt het CPB dat de Nederlandse economie weer in recessie verkeert. De 'bankencrisis' is nog niet goed overwonnen of de 'schuldencrisis' volgt en DNB waarschuwt al voor een dreigende 'vastgoedcrisis'.³ De gevreesde 'dubbele dip' is een feit.⁴ Het CBP voorspelt voor 2012 een 'doormodderscenario' waarin de schulden-crisis niet snel wordt opgelost.⁵ In reactie op de bankencrisis waarschuwt NMa-bestuursvoorzitter Kalbfleisch in januari 2009: "Ondernemingen die elkaars concurrenten zijn, moeten onderling geen verboden (prijs)afspraken maken en de economische crisis daarbij als makkelijk excuus hanteren."⁶ In maart 2009 meldt Commissaris Kroes dat crisistijd voor het kartelbeleid van de Europese Commissie niets anders betekent dan 'business as usual'.⁷ Deze boodschap wordt nadien steeds door de NMa en de Commissie

herhaald.⁸ Commissaris Kroes laat er geen misverstand over bestaan: "*The Commission will not be changing its tough approach to antitrust enforcement as a result of the crisis.*"⁹ Ook als de heer Kalbfleisch en mevrouw Kroes plaatsmaken voor de heren Fonteijn en Almunia zijn bij de NMa respectievelijk de Commissie geen afwijkende geluiden te horen. Commissaris Almunia geeft in november 2011 aan: "*I have heard some voices in the last couple of years say that in times of crisis we should be more lenient in our competition law enforcement, that we should close our eyes on certain anticompetitive practices, [...]. These opinions are simply wrong.*"¹⁰ Wat ook zij van deze opvatting, de aaneenschakeling van crises en het voortbestaan van overcapaciteit verklaart de roep om crisiskartels. Crisiskartels zijn overeenkomsten gericht op het verminderen van overcapaciteit in een noodlijdende bedrijfstak. Of een crisiskartel geoorloofd is, is een van de meest uitdagende vragen die mededingingsautoriteiten moeten beantwoorden. Hun oordeel dient volgens John Fingleton, bestuurslid van het Office of Fair Trading, 'just right' te zijn. Hij licht toe dat in tijden van recessie mededingingsautoriteiten precies de juiste mate van flexibiliteit moeten vinden: "*If too inflexible, we may cause wider harm to the*

1 Bijvoorbeeld *NRC Handelsblad*, 'Overcapaciteit nekt kwetsbaar Petroplus', 13 januari 2012, p. 25.

2 'Consumentenvertrouwen bijzonder laag', *BNR* 20 december 2011. CBS, 'Consument even somber', *Conjunctuurbericht*, 19 januari 2012.

3 *Financieele Dagblad*, 'DNB: Vastgoed veroorzaakt nieuwe crisis', 3 februari 2012.

4 *NRC Handelsblad*, 'Nederland opnieuw in recessie', 15 februari 2012, p. 1.

5 *CPB Policy Brief* 2011/13, 'Economische vooruitzichten 2012'.

6 'NMa: crisis geen vrijbrief voor verboden afspraken', 28 januari 2009, zie www.nma.nl.

7 'Many achievements more to do', Speech van Neelie Kroes IBA conferentie Brussel, 12 maart 2009.

8 Bijvoorbeeld, 'Interview RTL Z: toezicht in tijden van crisis', 22 april 2010, zie www.nma.nl.

9 Commissie Persbericht, MEMO/09/321, 8 juli 2009.

10 SPEECH/11/803, 24 november 2011.

*economy in the short-term; if too flexible, we may cause greater long-term harm by undermining investment, incentives and innovation.*¹¹

Reden temeer om in dit eerste nummer van Mededingingsrecht in de Praktijk aandacht te besteden aan de (on)mogelijkheden voor crisiskartels. Daarbij wordt in de eerste paragraaf ingegaan op de economische achtergronden van crisiskartels. In de tweede paragraaf staat het juridische beoordelingskader centraal. Of eerdere goedgekeurde crisiskartels nog steeds als betrouwbaar kompas kunnen dienen, komt in de derde paragraaf aan de orde. In de vierde paragraaf wordt toegelicht welke *guidance* de Commissie en NMa geven op het gebied van crisiskartels. In de vijfde paragraaf volgt een samenvatting van de aanpak die de Commissie en de NMa in de praktijk hanteren. Paragraaf zes biedt voor ondernemingen en hun vertegenwoordigers, de bedrijfs- en brancheverenigingen, een overzicht van de kernpunten voor crisiskartels die uit de *guidance* en praktijk volgen. Er wordt afgesloten met een vooruitblik.

1. Crisiskartels: de economische achtergronden

In sectoren met overcapaciteit, waarbij het in bedrijf houden van capaciteit relatief goedkoop is, komt in veel gevallen een steeds verdergaande prijsconcurrentie op gang. Bij die situatie, in de economische literatuur ook aangeduid als Bertrand-concurrentie, komt de marktprijs dicht in de buurt te liggen van de marginale productiekosten. Dat zijn de kosten die nodig zijn om één extra eenheid product te maken. Een onderneming met overcapaciteit zal zolang de marktprijs boven die marginale kosten ligt, geneigd zijn onder de marktprijs producten of diensten aan te bieden. Met die strategie is in ieder geval een deel van de vaste kosten terug te verdienen. Bertrand-concurrentie heeft als nadeel dat het zeker in de meest zuivere vorm nooit lang houdbaar is. De betrokken ondernemingen krijgen niet de ruimte om hun investeringen terug te verdienen. Wat op korte termijn een aantrekkelijk perspectief voor afnemer en consument is, kan op termijn schadelijk zijn, omdat het funest is voor

behaald voor een gezonde bedrijfsvoering. Waarom dan crisiskartels? Het is denkbaar dat de structurele overcapaciteit niet door het reguliere proces van marktwerking verdwijnt. Dat proces werkt niet altijd feilloos. Ook is niet gezegd dat daarbij steeds de minst efficiënte capaciteit van de markt verdwijnt. Daarnaast worden verliezen van bedrijfsonderdelen die niet (tijdig) de juiste maatregelen treffen geregeld ten laste gebracht van de groep waar ze toe behoren en dat gaat ten koste van gezonde bedrijfsonderdelen.¹³

Zeker bij het 'doormodderscenario' of toename van de recessie kan de overcapaciteit een structureel karakter krijgen. De Commissie verwoordt het als volgt:

*"Structural overcapacity exists where over a prolonged period all the undertakings concerned have been experiencing a significant reduction in their rates of capacity utilisation and a drop in output accompanied by substantial operating losses and where the information available does not indicate that any lasting improvement can be expected in this situation in the medium-term."*¹⁴

De Commissie laat na te duiden wat zij precies verstaat onder de *medium-term*. Wel geeft de Commissie aan onder welke omstandigheden structurele overcapaciteit kan bestaan. In dat verband wijst de Commissie er op dat ondernemingen met overcapaciteit betrokken raken in een zogenaamde 'war of attrition'. Een uitputtingsstrijd waarbij de betrokken ondernemingen er op rekenen dat hun concurrenten capaciteit eerder zullen moeten opgeven dan zij dat zelf moeten doen. De ondernemingen wachten af tot het moment dat hun concurrenten daadwerkelijk (deels) de markt verlaten en nemen ondertussen hun verliezen. Zelf als alle ondernemingen weten dat een eenzijdige of gecoördineerde capaciteitsreductie voor de hele sector gunstig is, kunnen zij geneigd zijn niet zelf als eerste de stap tot capaciteitsreductie te willen zetten. Zij wachten liever tot het moment dat een concurrent de markt verlaat om zo te profiteren van die capaciteitsreductie zonder zelf de volle kosten voor die reductie te dragen. Er ontstaat een situatie die in de speltheorie wordt omschreven als het 'prisoner's dilemma'. Vooral in sectoren en industrieën die gekarakteriseerd worden door sterke relaties tussen opbrengsten en schaalgrootte en/of hoge vaste of verzonken kosten is de neiging groot niet zelf als eerste de stap naar capaciteitsreductie te zetten. Dat komt doordat het opgeven van capaciteit gelijk staat aan het perspectief dat de eigen hoge en/of verzonken kosten in ieder geval niet zullen worden terugverdiend. Als dit perspectief voor meerdere ondernemingen geldt, komen zij in een situatie waarbij zij zich gedwongen zien collectief de uitputtingsstrijd voort te zetten.¹⁵ Dat

13 Commissie Twaalfde Mededingingsverslag (1982), p. 43.

14 OECD, Global Forum on Competition Crisis Cartels, DAF/COMP/GF(2011)11, 18 oktober 2011, p. 116.

15 Ibid.: "Firms are unlikely to participate in a costly 'war of attrition' unless they anticipate that they have a good chance of winning. Therefore, the war will tend to take place between firms of similar sizes and cost structures and in relatively stable and transparent environments, where their interests (and perceptions thereof) are sufficiently aligned to maintain capacity at an

11 'Competition policy in troubled times', J. Fingleton, 20 januari 2009, zie www.ofc.gov.uk.

12 *Financieele Dagblad*, 'Bouw zakt nog verder weg', 18 januari 2012.

kostbare proces kan lang aanhouden. De Commissie geeft aan dat het verlies van economische middelen door de *'war of attrition'* op significante wijze het concurrentievermogen van een hele industrie of sector kan beperken, wat op termijn schade oplevert voor de consument.¹⁶

Een crisiskartel met bijbehorende herstructureringsovereenkomsten, ook aangeduid als warme sanering, kan uitkomst bieden. Met een crisiskartel kan bijvoorbeeld de afbouw van technisch verouderde capaciteit worden georganiseerd.¹⁷ De productie wordt daardoor geconcentreerd in de modernste fabrieken die op een hoger capaciteits- en productieniveau functioneren, wat ook de afnemers en consumenten ten goede kan komen. Ook als een crisiskartel een (tijdelijke) vermindering van de mededinging teweeg dreigt te brengen, is niet gezegd dat stevast schade ontstaat voor de afnemers of consumenten. Zo kan de overgangsfase met overnames of faillissementen die inherent is aan een koude sanering voor de afnemers niet wenselijk, of zelfs schadelijk zijn. Dat kan het geval zijn als afnemers te maken krijgen met forse overstap- of zoekkosten naar een alternatief of het belang van de continuïteit in de dienstverlening zeer hoog is.¹⁸ Daarnaast kan met de warme sanering afscheid worden genomen van bovengemiddeld milieuvriendelijke producten of productiemethoden. Een voorbeeld hiervan is de productie van energiezuinige(re) producten. Dat levert voordelen op die de afnemers indirect ten goede komen, omdat zij gaan besparen op (stijgende) energiekosten.¹⁹ Crisiskartels kunnen ook bevorderlijk zijn om een sector of industrie structureel gezonder en duurzamer te maken, bijvoorbeeld omdat als gevolg van de herstructureringsovereenkomsten overbevissing of verspreiding van dierziekten wordt verminderd. Kortom, ook ondanks de inherente vermindering van de mededinging kan een crisiskartel vanuit een breder perspectief van de maatschappelijke welvaart wenselijk zijn. Dat roept de vraag op of het mededingsrechtelijke beoordelingskader ook ruimte laat voor crisiskartels.

2. Crisiskartels: het juridische beoordelingskader

Een crisiskartel kan onder omstandigheden vrij worden gesteld van het kartelverbod van art. 101, lid 1, VWEU en art. 6, lid 1, Mw. Bij toetsing aan het kartelverbod wordt een

onderscheid gemaakt tussen doel- en gevolgbeperkingen. Bij doelbeperkingen laten de mededingingsautoriteiten een toetsing van de gevolgen achterwege, omdat de negatieve effecten als een vaststaand gegeven worden gezien.²⁰ In het geval van crisiskartels zien de autoriteiten zich in deze benadering gesterkt door het *BIDS-arrest* van het Hof.²¹ Het Hof bevestigt in dit arrest, dat ziet op een crisiskartel van Ierse rundvleesverwerkers, dat crisiskartels naar hun aard doelbeperkingen betreffen.²² Daarmee is volgens het

"If too inflexible, we may cause wider harm to the economy in the short-term"

Hof niet gezegd dat een crisiskartel steeds ongeoorloofd is, maar om het vrij te stellen van het kartelverbod moeten de voordelen van het crisiskartel opwegen tegen de nadelen. Ook geeft het Hof aan dat die analyse niet binnen het kader van het eerste, maar het derde lid van art. 101 VWEU plaats dient te vinden. Wat een klein technisch verschil lijkt, maakt in de praktijk veel uit. Het is namelijk niet aan de autoriteiten, maar aan de ondernemingen om aannemelijk te maken dat in de context van art. 101, lid 3, VWEU de positieve de negatieve gevolgen overtreffen.²³ Deze efficiëntietoets behelst, zowel onder art. 101 VWEU als art. 6 Mw, dat voldaan wordt aan vier cumulatieve eisen.²⁴

Het kartelverbod geldt volgens het derde lid van art. 101 VWEU/art. 6 Mw niet voor overeenkomsten die:

- I. bijdragen tot verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang (efficiëntieverbeteringen);
- II. een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen ten goede laat komen aan de gebruikers (doorgifte aan consumenten);
- III. geen beperkingen opleggen die voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn (onmisbaarheid), en;
- IV. niet de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen en diensten uitschakelen (restconcurrentie).

Eerder is de terechte kritiek geuit dat ondernemingen ge-

excess level. On the contrary, in heterogeneous market structures some firms would normally suffer more than others from overcapacity and would have a higher incentive to reduce capacity and would be more likely to move first and reduce or close down capacity."

16 OECD 2011, bijdrage Commissie, p. 111.

17 Beschikking Commissie, 21 december 1994 in Zaak IV/34.252 - Philips/Osram (PbEU 1994, L 378, p. 37), par. 25-26.

18 B. Baarsma & J. Poort, 'Mededingingseconomisch perspectief op het leerstuk van de doelbeperking: toepassing op het BIDS-arrest', *M&M* 2009, nr. 2, p. 57.

19 Beschikking Commissie, 24 januari 1999 zaak COMP.F.1/37.894 - CECED - Afwasmachines (PbEU 2000 L 187/47). Zie ook horizontale richtsnoeren punt 329.

20 OECD 2011, bijdrage Commissie, p. 111.

21 HvJ 20 november 2008, zaak C-209/07, *Competition Authority vs. Beef Industry Development Society Ltd en Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd.*

22 Voor een toelichting op deze zaak, K.J. Defares, 'Het arrest Beef Industry: voorlopig blijft alles bij het oude', *AM*, nr. 4, juni 2009, p. 82-87.

23 Zie art. 2. Verordening 1/2003.

24 Richtsnoeren Commissie betreffende de toepassing van art. 81, lid 3 van het Verdrag (Pb C 101 van 27 april 2004, p. 97-118.) punt 42: 'De vier voorwaarden van art. 81, lid 3, zijn ook exhaustief. Wanneer daaraan is voldaan, is de uitzonderingsbepaling van toepassing en kan zij niet afhankelijk worden gesteld van enige andere voorwaarde. Doelstellingen uit andere Verdragsbepalingen kunnen in aanmerking worden genomen in zoverre zij onder de vier voorwaarden van art. 81, lid 3, kunnen worden begrepen.' Binnen voornoemd kader kunnen dus ook verdragsbepalingen over milieubescherming en dierenwelzijn uit art. 11 en 13 VWEU meewegen.

dwongen worden een fuik in te zwemmen.²⁵ Ondernemingen dienen immers eerst schuldig te pleiten aan het kartelverbod (art. 101, lid 1, VWEU of art. 6, lid 1, Mw) voordat zij onder het derde lid van art. 101 VWEU of art. 6 Mw een efficiëntieverweer kunnen voeren. Daar komt bij dat, anders dan in de periode voor 1 mei 2004, sprake is van een regime van *self assessment*. Binnen dit regime is het niet mogelijk met een ontheffingsverzoek een vrijstelling voor het kartelverbod van de mededingingsautoriteiten te krijgen. De ondernemingen dienen zelf na te gaan of hun overeenkomsten en gedragingen verenigbaar zijn met het mededingingsrecht. De afschaffing van het oude regime van ontheffingen wordt met name verdedigd met de stel-

Uit de zaak *Stichting Baksteen* zijn zonder twijfel ook nu nog bruikbare elementen te halen, maar de manier waarop de Commissie in deze zaak instemt met een crisiskartel blijft niet verschoond van kritiek.²⁸ Baarsma c.s. geven in 2009 aan:

“De Commissie vergeet daarbij echter mee te nemen dat die vaste kosten onder de saneringsregeling niet worden bespaard, maar worden afgekocht en afgewenteld op de afnemers van bakstenen. Vervolgens concludeert de Commissie dat de verbetering van de productie de gebruikers ten goede komt. De redenering die hierbij wordt gevolgd is in ieder geval vanuit economisch perspectief niet-valide.”²⁹

Opvallend is dat ook mededingingsautoriteiten kanttekeningen plaatsen bij de praktische en actuele waarde van oude precedënten als *Stichting Baksteen* (1994) en *Synthetische Vezels* (1984).³⁰ De Ierse mededingingsautoriteit merkt in 2011 over deze zaken op:

“In the Authority’s view, neither case is indicative or representative of the Commission’s current approach to the application of Article 101(3) for the following reasons. First, the Commission decisions contain little analysis under Articles 101(1) and 101(3): the Synthetic Fibres decision consists of 55 short paragraphs and the Dutch Bricks decision consists of 45 short paragraphs. Second, the economics-based approach adopted in the Guidelines in respect of the application of Article 101(3) is absent in both cases. Third, neither case is cited in the Guidelines. Fourth, both cases contain inaccurate statements of the law on Article 101(3), particularly on the interpretation of the indispensability criterion. The Authority considers that the Commission’s interpretation of the indispensability criterion [...] in both Synthetic Fibres and Dutch Bricks was incorrect. In both cases, the Commission seemed to consider that the third condition is satisfied where the restrictions are indispensable to the objective of capacity reduction and not, as the text of Article 101(3) makes clear ought to be the approach, to the objectives of attaining efficiencies and providing a fair share of them to consumers. As the Guidelines point out at paragraph 74: “[...] The question is not whether in the absence of the restriction the agreement would not have been concluded, but whether more efficiencies are produced with the agreement or res-

-
- 28 In de zaak *Stichting Baksteen* verleent de Commissie in 1994 ontheffing van het kartelverbod aan zestien Nederlandse baksteenproducenten die overeenkomen om de gezamenlijke capaciteit met 12% te verminderen door definitieve sluiting van de in totaal zeven fabrieken van vier van de zestien producenten. De baksteenproducenten richtten een compensatiefonds op waaruit de sluitingskosten, waaronder de door de sluiting veroorzaakte sociale kosten, worden betaald. Met een systeem van geldboeten wordt voorkomen dat de ontmantelde fabrieken alsnog in gebruik zouden worden genomen. Van belang is dat de overeenkomsten uitsluitend betrekking hebben op de beperking van de overtollige capaciteit en geen beperkingen opleggen ten aanzien van productie, prijzen, verkoopvoorwaarden, in-uitvoer, leveringen en fusies/overnames.
- 29 B. Baarsma & J. Poort, ‘Mededingingseconomisch perspectief op het leerstuk van de doelbeperking: toepassing op het BIDS-arrest’, *M&M*, nr. 2, 2009, p. 56.
- 30 Beschikking Commissie van 4 juli 1984 zaak IV/30.810, *Synthetische vezels* (PbEU 1984 L 207/17).

Niet alleen is meer helderheid over hoe duurzaamheidsvoordelen en publieke belangen meewegen in de besluitvorming van mededingingsautoriteiten gewenst, zeker in crisistijd is daarmee belangrijke maatschappelijke terreinwinst te boeken

ling dat de jurisprudentie gevormd naar aanleiding van alle ontheffingsverzoeken voldoende aanknopingspunten biedt om zelfstandig te beoordelen of sprake is van verenigbaarheid met het mededingingsrecht. Of dat ook opgeld doet voor crisiskartels is de vraag. Langdurige recessies komen gelukkig niet vaak voor. Daarmee is het niet verwonderlijk dat recente voorbeelden van crisiskartels beperkt zijn en het aantal verleende ontheffingen voor crisiskartels dun gezaaid is. Daar wringt ook de schoen bij het regime van *self assessment*. De bekendste Europese voorbeelden van ‘goedgekeurde’ crisiskartels stammen uit de vorige eeuw. Dat roept de vraag op of de oude positieve precedënten bij het *self assessment* ook nu als kompas kunnen fungeren.

3. Oude precedënten nog steeds een betrouwbaar kompas?

Om door de Commissie ‘goedgekeurde’ crisiskartels te vinden, dient men ver terug te gaan in de tijd. Vaak wordt verwezen naar de zaak *Stichting Baksteen*.²⁶ Zo geven Nederlandse agrariërs in juli 2011 bij hun lobby voor de vorming van een crisiskartel in de komkommerteelt aan:

“Eerder is gebleken dat de mededingingswet ruimte biedt voor een crisiskartel wanneer sprake is van een structurele overcapaciteit. Zo kregen in 1994 zestien Nederlandse producenten van baksteen tijdelijk vrijstelling van het kartelverbod om de productie met 12 procent te beperken.”²⁷

25 B. Baarsma & J. Poort, ‘Mededingingseconomisch perspectief op het leerstuk van de doelbeperking: toepassing op het BIDS-arrest’, *M&M* 2009, nr. 2, p. 54.

26 Beschikking Commissie van 29 april 1994 zaak IV/34.456, *Stichting Baksteen* (PbEU 1994 L 131/1).

27 ‘NAJK lobbyt voor crisiskartel komkommertelers’, 28 juli 2011, zie www.najk.nl.

triction than in the absence of the agreement or restriction.”³¹

Zeker bij een kritische waardering van de schaarse positieve precedents, dringt zich de vraag op welke houvast de mededingingsautoriteiten bieden voor het *self assessment* dat noodzakelijk is voordat een crisiskartel wordt opgezet. Dit vooral ook nu de autoriteiten sinds jaar en dag en ook in crisistijd een *high trust* toezichtstijl hanteren. Die stijl behelst dat autoriteiten hun middelen daar inzetten waar het risico op overtreding het grootst is en hard optreden indien de regels worden overtreden.³² Of volgens de NMa, bij monde van de heer Kalbfleisch: “*If you hit them. Hit them hard.*”³³ De NMa combineert deze stijl met gerichte vingerwijzingen, zoals het korte bericht: “*De NMa waarschuwt: ‘de Mededingingswet geldt voor iedereen, ook voor binnenvaart.’*”³⁴ Of voor crisiskartels het regime van *self assessment* met relatief weinig en beperkt bruikbare precedents enerzijds en de *high trust* benadering anderzijds ook bij aanhoudende recessie het meest passend is, is dus maar de vraag. Het voert te ver dit punt in deze bijdrage integraal te behandelen. Wel wordt hierna ingegaan op een belangrijk element of en welke *guidance* de mededingingsautoriteiten geven ten aanzien van de (on)mogelijkheden van crisiskartels.

4. Welke *guidance* bieden de mededingingsautoriteiten?

Omdat langdurige recessies gelukkig schaars zijn en de NMa anders dan de Commissie eerst sinds 1998 actief is, komt hierna eerst de Commissie en vervolgens de NMa aan bod.³⁵

De guidance van de Commissie

Van 1982 tot en met 1984 geeft de Commissie in haar jaarverslag aan dat in tijden van recessie in het geval van overcapaciteit vrijstelling van het kartelverbod onder omstandigheden mogelijk is. Daarbij licht de Commissie toe dat wanneer door een lange recessie problemen van overcapaciteit in het bedrijfsleven acute vormen krijgen, het aan de Commissie is om ‘voorlichting te geven’ in welke mate zij oplossingen die bedrijven aandragen als verenigbaar met het kartelverbod zou beschouwen.³⁶ De Commissie herhaalt in 1993 dit standpunt.³⁷ In de eenentwintigste eeuw lijkt de Commissie uit een ander vaatje te willen tappen. Commissaris Kroes geeft aan:

“If I may quickly mention the issue of so-called ‘crisis cartels’.. There may be many temptations in 2009 to cut corners, but encouraging cartelists and others would be guaranteeing disaster. It would drag down recovery, increase consumer harm and create more cartel and cartel cases into the future. No-one wins - today’s softness is tomorrow’s nightmare.”³⁸

Volgens haar opvolger, Commissaris Almunia is het niet anders. Hij geeft de nationale mededingingsautoriteiten op een bijeenkomst van het European Competition Network in mei 2011 te verstaan:

“As we all well know it, ‘crisis cartels’ must be prevented if we want efficient and competitive firms in the future.”³⁹

Hoewel dergelijke *oneliners* consequent worden gebruikt, is niet gezegd dat de Commissie geen *guidance* geeft op het gebied van crisiskartels. In februari 2011 neemt de Commissie deel aan een OECD-bijeenkomst over crisiskartels. Zij levert in dat kader een lezenswaardige bijdrage aan het OECD-rapport dat in oktober 2011 het licht ziet. Deze bijdrage van twaalf pagina’s is gebaseerd op de inbreng die de Commissie in maart 2010 als *amicus curiae* geeft in de procedure bij het Ierse High Court in de BIDS-zaak. In haar bijdrage stelt de Commissie onder verwijzing naar het BIDS-arrest eerst vast dat crisiskartels slechts geoorloofd zijn als wordt voldaan aan de vier cumulatieve eisen van art. 101, lid 3, VWEU. Op de *vierde eis*, dat er voldoende restconcurrentie moet zijn, gaat de Commissie in haar bijdrage in het geheel niet in. Wel besteedt zij aandacht aan de eerste drie eisen. Van die toelichting volgt hierna op hoofdpunten een beknopte samenvatting.

Bij de *eerste eis*, dat de overeenkomst moet bijdragen aan de verbetering van de productie geeft de Commissie aan naar vier elementen te kijken. Om na te gaan of de voordelen de nadelen overtreffen, analyseert de Commissie: (i) de aard van de gestelde voordelen, (ii) het verband tussen deze voordelen en de overeenkomst, (iii) de waarschijnlijkheid en omvang van ieder van de voordelen en (iv) hoe en wanneer de voordelen worden behaald. Op dit punt gaat de Commissie vervolgens alleen nader in op de aard van de voordelen. Zij onderscheidt daarbij twee categorieën. De eerste categorie betreft herstructureringsovereenkomsten die voordelen opleveren omdat de minst efficiënte capaciteit van de markt verdwijnt. De Commissie licht toe bij twijfel over de vraag of met de overeenkomst(en) ook daadwerkelijk in alle gevallen de minst efficiënte capaciteit van de markt verdwijnt, zij niet akkoord gaat.⁴⁰ De tweede categorie betreft herstructureringsovereenkomsten waarbij overcapaciteit verdwijnt, omdat spelers integraal de markt verlaten. Omdat die reductie een betere bezettingsgraad van de productiemiddelen van de overgebleven bedrijven toelaat, zouden economische voordelen kunnen worden

31 OECD 2011, bijdrage Ierland, p. 56.

32 ‘Evaluatie van de Raad van Bestuur van de NMa’, TU Delft & Kwink Groep, 30 augustus 2010, p. 21.

33 *Kamerstukken II* 1998, 28 mei 2008 en speech P. Kalbfleisch, NMa-NZa-NVZ-congres ‘Ziekenhuiszorg en markttoezicht’, 28 januari 2011 zie *NMagazine*, april 2010, p. 13.

34 Te raadplegen via www.nma.nl.

35 De richtsnoeren ten aanzien van art. 101 VWEU en art. 6 Mw worden buiten beschouwing gelaten nu die niet of nauwelijks specifiek ingaan op crisiskartels.

36 Commissie Twaalfde Mededingingsverslag (1982), p. 43, Dertiende Mededingingsverslag (1983) p. 53 en Veertiende Mededingingsverslag (1984) p. 25.

37 Commissie Drieëntwintigste Mededingingsverslag (1993), par. 85.

38 SPEECH/09/454, 8 oktober 2009.

39 SPEECH/11/346, 18 mei 2011.

40 OECD 2011, bijdrage Commissie, p. 117.

behaald. Maar ook op dit punt toont de Commissie zich kritisch. Allereerst tekent de Commissie aan dat als de herstructureringsafspraken of bijkomende overeenkomsten ook zien op beperking van de productie van de overgebleven spelers serieuze vragen rijzen of de efficiëntievoordelen wel worden gehaald. Ten tweede geldt volgens de Commissie dat in veel gevallen niet de variabele kosten, maar vanwege de reductie van productiefaciliteiten juist de vaste kosten zullen worden beperkt. De Commissie stelt daarbij in een ruime toelichting, dat het onwaarschijnlijk is dat juist die kostenbesparingen de afnemers ten goede zullen komen. Dit omdat winstmaximaliserende ondernemingen hun prijzen zullen vaststellen op het punt waar marginale opbrengsten gelijk zijn aan marginale kosten. Hoewel in algemene zin de Commissie zich zeer kritisch uit, merkt zij op dat steeds van geval tot geval de potentiële kostenbesparingen dienen te worden geanalyseerd.

De Commissie gaat bij de *tweede eis*, dat een billijk aandeel van de voordelen de gebruiker ten goede komt, in op drie elementen. Ten eerste licht zij toe dat sprake is van een glijdende schaal; hoe groter de beperking van de mededinging, hoe hoger het billijk aandeel van de voordelen voor de gebruiker dient te zijn. Dit omdat de gebruikers steeds op zijn minst moeten worden gecompenseerd voor de (potentiële) negatieve gevolgen van de beperking van de mededinging die de herstructureringsafspraken meebrengen. Ten tweede herhaalt de Commissie dat de kans dat een billijk aandeel wordt doorgegeven groter is wanneer sprake is van een reductie van de variabele in plaats van de vaste kosten. Het derde element betreft de mate van concurrentiedruk. Wanneer de herstructureringsovereenkomst een substantiële vermindering van de concurrentiedruk teweegbrengt, zijn volgens de Commissie bijzonder grote kostenefficiënties vereist om aan te nemen dat voldoende voordeel de gebruikers ten goede komt.

Bij de *derde eis*, dat de afspraken niet onmisbaar zijn voor het bereiken van het doel, hanteert de Commissie een tweeledige test. Allereerst dient de herstructureringsovereenkomst als zodanig noodzakelijk te zijn om de voordelen te behalen. Ten tweede dienen individuele beperkingen van de mededinging die voortkomen uit de overeenkomst ook noodzakelijk te zijn voor het bereiken van de voordelen. De Commissie geeft aan niet op dit tweede element in te gaan, omdat dit van geval tot geval moet worden geanalyseerd. In het kader van het eerste element geeft de Commissie aan dat moet worden nagegaan of er geen minder beperkende alternatieve mogelijkheden zijn om de efficiënties te behalen. De Commissie neemt de gelegenheid te baat uitvoerig toe te lichten dat de structurele overcapaciteit vaak door fusies, overnames of door specialisatieovereenkomsten het hoofd geboden kan worden. Dat zou volgens de Commissie in voorkomende gevallen een meer proportionele oplossing zijn om overcapaciteit

tegen te nemen dan het vormen van een crisiskartel.⁴¹ De Commissie sluit haar OECD-bijdrage af met de aantekening dat het steeds aan de ondernemingen is om aan te tonen dat voldaan wordt aan alle eisen van art. 101, lid 3 VWEU. Dat zal volgens de Commissie in veel gevallen erg lastig zijn. Tegelijk sluit de Commissie niet uit dat, in het bijzonder wanneer sprake is van stabiele transparante en symmetrische marktstructuren waarbij het opgeven van capaciteit voor de betrokken ondernemingen kostbaar is, bij een crisiskartel voldaan kan worden aan de eisen van art. 101, lid 3, VWEU.

De guidance van de NMa

In het voorwoord bij het jaarverslag 2009 geeft de NMa aan dat 2009 het eerste volledige jaar van toezicht in crisistijd voor de NMa is. Hoewel wordt benadrukt dat de crisis geen vrijbrief mag zijn voor inbreuken op het mededingingsrecht, reikt de NMa ook de hand. Zo geeft de NMa aan:

“Dat neemt niet weg dat de NMa oog heeft voor specifieke problemen als gevolg van de crisis en de mededingingsautoriteit heeft niet alleen de instrumenten om bij te dragen aan de doelstellingen van het mededingingsbeleid maar ook de mogelijkheden om overheden en ondernemingen te adviseren over het omgaan met de gevolgen van de economische crisis.”⁴²

Deze handreiking heeft er (nog) niet toe geleid dat de NMa voor het *self assessment* bij crisiskartels een richtsnoer of vergelijkbaar document heeft gepubliceerd. Anders dan de Commissie en diverse buurlanden heeft Nederland in 2011 niet deelgenomen aan de OECD bijeenkomst over crisiskartels. Daarmee is niet gezegd dat de NMa de laatste crisisjaren geen *guidance* geeft over crisiskartels. In een artikel ‘Mededingingstoezicht en economische crisis’ geeft de hoofdeconoom van de NMa in 2010 aan: “*onzes inziens kan versoepeling van het karteltoezicht nooit een goede oplossing zijn voor economische problemen in een sector.*”⁴³ In oktober 2011 verschijnt in het *NMagazine* de korte bijdrage ‘Echt crisiskartel lost overcapaciteit op’. Daarin licht de NMa toe hetzelfde beoordelingskader als de Commissie te volgen. Onderlinge prijs- of marktverdelingsafspraken gemaakt om bij tijdelijk vraaguutval het hoofd boven water te houden, kunnen volgens de NMa niet door de beugel. Een crisiskartel kan wel geoorloofd zijn als het bedoeld is om een structureel probleem op te lossen. Er dient in dat geval volgens de NMa sprake te zijn van overcapaciteit die

41 In de bijdrage van het Verenigd Koninkrijk aan het OECD-rapport 2011, p. 213 wordt aangetekend:

“However, in many cases a merger could be more restrictive of competition than a restructuring agreement. In those cases where a merger would be ‘less restrictive’, there would need to be a realistic prospect of a merger taking place before this possibility could be treated as a relevant counterfactual for the purposes of the third criterion of Article 101(3).”

42 NMa, jaarverslag 2009, p. 7.

43 M.C.W. Janssen & J. van Sinderen, ‘Mededingingstoezicht en de economische crisis’, *ESB* 2010, nr. 4579, p. 116-117.

niet door het normale marktwerkingsproces verdwijnt.⁴⁴ Net als de Commissie laat de NMa na te duiden wanneer een sector niet (langer) met een tijdelijk, maar structureel probleem kampt. De NMa erkent ruitelijk dat de vraag of een crisiskartel geoorloofd is bepaald niet eenvoudig is en merkt op: “Daarom trachten potentiële initiatiefnemers wijselijk vaak van tevoren uit te zoeken of ze met hun plannen binnen die regels blijven, dan wel tegen de grenzen van de wet aanlopen. De NMa is in beginsel welwillend om mee te denken.”⁴⁵

Voor initiatiefnemers van crisiskartels kunnen precedenten van mededingingsautoriteiten houvast bieden voor de beantwoording van de vraag of hun eigen plannen geoorloofd zijn. Dat roept de vraag op wat de Commissie en NMa de laatste jaren over hun beoordeling van concrete (plannen voor) crisiskartelzaken bekend hebben gemaakt.

5. De aanpak van de Commissie en NMa in de praktijk

Zowel de Commissie als de NMa heeft zich de afgelopen jaren over enkele crisiskartels gebogen. Hierna worden twee zaken van de Commissie en drie zaken van de NMa kort toegelicht.

Commissie: zeevaart

Sinds oktober 2008 genieten de zogenaamde lijnvaartconferenties niet langer immuniteit van de mededingingsregels.⁴⁶ Het intrekken van de vrijstelling voor de conferenties komt de Commissie op veel kritiek te staan, omdat de Europese scheepvaart daarmee te midden van de economische crisis op de wereldmarkt zwaar gehandicapt raakt.⁴⁷ Terwijl de zeevaartsector met de grote vraaguitval en overcapaciteit kampt, geeft de Commissie in 2009 onder verwijzing naar het *BIDS-arrest* aan dat crisiskartels niet de geschikte oplossing zijn voor de problemen.⁴⁸ Wanneer een initiatief voor een crisiskartel in de sector toch de kop opsteekt, meldt de Commissie zich. Zo geeft de Commissie op 15 januari 2010 aan een kartelonderzoek te starten naar een Duitse oplegeregeling in de zeevaartsector, de ‘Baltic Max Feeder’-regeling.⁴⁹ Met deze regeling willen Europese eigenaren van schepen die vracht overladen naar veel grotere containerschepen (zogenaamde ‘feeder vessels’), de kosten delen voor het uit de vaart houden van feeder vessels.⁵⁰ De regeling die de overcapaciteit in de sector het hoofd moet bieden, is ontworpen door Anchor Steuerberatungsgesellschaft (AS). De Commissie geeft aan met haar

onderzoek met name na te gaan in hoeverre deze regeling capaciteitsbeperking expliciet als doel heeft, wat weer zou kunnen leiden tot prijsopdrijving van de feeder vessels.⁵¹ Eind maart 2010 staakt de Commissie haar onderzoek. Dit nadat AS de Commissie verklaart het voorgenomen schema te verlaten.⁵² Anders dan de korte berichten over het openen en sluiten van haar onderzoek publiceert de Commissie geen formeel document waaruit de lijn van haar beoordeling volgt. Dat valt te betreuren, want met die informatie krijgt de theoretische *guidance* meer handvatten. Handvatten waar ook nu in de praktijk behoefte aan bestaat. Zo verschijnen recent berichten dat in Duitsland opnieuw initiatieven worden ontplooid om de overcapaciteit in de zeescheepvaart het hoofd te bieden.⁵³

Commissie: glasgroente

In juni 2011 stort de markt voor glasgroenten waaronder komkommer, tomaat en paprika in. Dit nadat de EHEC-bacterie in de Europese Unie zeker vijftig levens eist en komkommers (ten onrechte) als besmettingsbron worden aangewezen.⁵⁴ De glasgroentesector getroffen door de ‘EHEC-crisis’ stelt in juli 2011 tijdelijk marktbeheersmaatregelen voor waarin private partijen en telersverenigingen afspraken willen maken om het aanbod van producten te beperken. Het betreft een gecontroleerde aanbodsregulering voor komkommer, tomaat, paprika, aubergine en sla. Maar liefst 95% van de telersverenigingen schaarft zich achter de plannen.⁵⁵ In samenspraak met ministerie van EL&I wordt

Om het consumentenbelang te dienen, is het zaak bij de beoordeling van crisiskartels ook verder te kijken dan alleen naar de (zuiver economische) kortetermijneffecten

de Commissie op 7 juli 2011 aangezocht met de vraag of de plannen geoorloofd zijn. De Commissie laat op 12 augustus 2011 weten dat de voorgestelde tijdelijke marktmaatregelen niet passen binnen de uitzonderingsmogelijkheden van Verordening nr. 1234/2007 en niet verenigbaar zijn met art. 101 VWEU. De staatssecretaris van EL&I meldt op 26 augustus 2011 dat vervolgstappen richting de Commissie niet aan de orde zijn.⁵⁶ In deze zaak publiceert de Commissie geen openbaar raadpleegbare informatie over haar beoordeling.

NMa: varkensslachterijen

Op 31 maart 1998 ontvangt de NMa van de Stichting

44 *NMagazine*, nr. 3, p. 14.

45 *Ibid.*, p. 15.

46 Verordening 1419/2006 van 25 september 2006, PbEU Nr. L 269 p. 1-3, overweging nr. 3.

47 ‘Brussels says no plans to ease liner antitrust rules’, *Lloyds List*, 26 oktober 2009.

48 ‘Shipowners warned over crisis cartels and state aid’, *Lloyds List*, 26 oktober 2009.

49 Persbericht Commissie IP/10/21, 15 januari 2010.

50 J. Porter, ‘Brussels stands firm over shipowner crisis cartel plans’, *Lloyds List*, 29 oktober 2009.

51 Commissie zaak COMP/39699 - *Baltic Max Feeder*.

52 Persbericht Commissie IP/10/374, 26 maart 2010.

53 ‘German Tramp Owners join forces’, *Lloyds List*, 20 december 2011 en ‘Shortsea-reders zoeken steun bij elkaar’, 27 januari 2012, www.schut-tervaer.nl.

54 ‘Toestemming voor crisiskartel blijft uit’, 5 augustus 2011, zie www.agd.nl.

55 ‘Crisiskartel niet goedgekeurd, plan B nu in werking’, 18 augustus 2011, zie www.agf.nl.

56 *Kamerstukken*, brief over EHEC, 26 augustus 2011.

Saneringsfonds varkensslachterijen (SSV) een ontheffingsverzoek voor een saneringsregeling van de Nederlandse varkensslachtsector. De bij SSV aangesloten bedrijven vertegenwoordigen ongeveer 80% van het varkensslachtpotentieel in Nederland. De regeling heeft tot doel de structuur van de Nederlandse varkensslachtsector te versterken door sanering van de overcapaciteit binnen de sector. Daartoe sluit SSV overeenkomsten met individuele slachterijen gericht op uitkoop en sluiting van varkensslachterijen. De NMa beoordeelt de regeling als een crisiskartel. In dat kader geeft de NMa aan onder voorwaarden akkoord te gaan wanneer afspraken worden gemaakt die tot doel hebben om de structurele problemen op te lossen door een gecoördineerde vermindering van de overcapaciteit. Dit zodat na sanering weer sprake is van gezonde concurrentie.⁵⁷ Op 23 maart 1999 geeft de NMa voor een periode van vijf jaar groen licht voor de saneringsovereenkomsten gericht op definitieve uitkoop en sluiting van varkensslachterijen.⁵⁸ Dat doet de NMa op vergelijkbare gronden als de Commissie in het crisiskartel in de zaak Stichting Baksteen.⁵⁹ De NMa licht toe akkoord te gaan, omdat het om afspraken gaat die noodzakelijk zijn om te komen tot een capaciteitsreductie. De NMa gaat niet akkoord met de saneringsovereenkomsten die SSV sluit met slachterijen waarin productiebeperkingen voor de (rest)capaciteit van deze slachterijen zijn opgenomen. Die beperken de overgebleven slachterijen te sterk in hun individuele beslissingsvrijheid en concurrentiemogelijkheden.⁶⁰ De NMa stelt dat de overeenkomsten met productiebeperkingen niet bijdragen aan de verbetering van de productie en voor het bereiken van de capaciteitsreductie niet onmisbaar zijn. Het bezwaar dat SSV tegen het NMa-besluit instelt, wordt afgewezen.⁶¹ Ook in beroep vangt SVV bot, de rechtbank stelt de NMa in het gelijk.⁶²

NMa: garnalenvissers

De NMa bouwt de afgelopen jaren een langdurige relatie met deze sector op. In 2003 legt de NMa garnalenvissers een boete van € 13 miljoen op voor het maken van afspraken over vangstbeperkingen en minimumprijzen voor Noordzeegarnalen.⁶³ In 2005 zit de NMa met de garnalenvissers aan tafel om te praten over de overcapaciteit in de sector.⁶⁴ In een informele zienswijze die op deze bijeenkomst volgt, geeft de NMa aan:

“Tijdens voornoemd gesprek zijn van de zijde van de NMa een aantal oplossingsrichtingen voorgesteld: Door middel van een ‘warme’ saneringsregeling of een zogenaamd crisiskartel, danwel een combinatie van deze beide mogelijkheden, zou mogelijk gericht aan een structurele en duurzame oplossing kunnen worden gewerkt. Op deze wijze zou de overcapaciteit uit de garnalensector kunnen worden gesaneerd waardoor de resterende viscapaciteit rendabel en duurzaam kan worden geëxploiteerd en het risico op ongewenste bijeffecten afneemt.”⁶⁵

Van een crisiskartel is het (nog) niet gekomen. Wel blijven de problemen van overcapaciteit in de sector spelen.⁶⁶ Op 18 april 2011 geeft de NMa opnieuw een informele zienswijze.⁶⁷ Daarmee krijgt de sector op vier punten groen licht voor bepaalde duurzaamheidsinitiatieven.⁶⁸ Voor de beheersmaatregelen om te komen tot vangstbeperkingen blijft groen licht uit. De NMa licht toe dat een van de voorwaarden waar de vangstbeperkende maatregelen aan dienen te voldoen, is dat zij onmisbaar zijn voor het behalen van de doelstelling van deze maatregelen: het bevorderen en in standhouden van de populatie Noordzeegarnalen. Aangezien vangstbeperkende maatregelen een ernstige beperking van de mededinging opleveren, kan volgens de NMa van onmisbaarheid slechts sprake zijn indien er een actueel of in de toekomst reëel gevaar bestaat voor het voortbestaan van de populatie Noordzeegarnalen. Nu de sector er niet in slaagt aan te tonen dat dit het geval is, kunnen de vangstbeperkende maatregelen volgens de NMa niet door de beugel.⁶⁹ De NMa biedt aan actief mee te denken over een alternatieve oplossing om de populatie te beschermen tegen eventuele toekomstige overbevissing.⁷⁰ De vissers gaan hier niet op in en doen (vooralsnog) tevergeefs een oproep aan de politiek om de afbouw van hun overcapaciteit te financieren.⁷¹

NMa: binnenvaart

In 2009 werkt het Crisisberaad Binnenvaart aan een regeling die binnenvaartschippers bij gemeten overcapaciteit de optie biedt tot inschrijving op een tender om voor een bepaalde periode uit de vaart te worden gehouden. Deze zogenaamde oplegging heeft volgens het Crisisberaad als voordeel dat de beschikbare scheeps capaciteit efficiënter zal worden benut (volle schepen in plaats van halflege schepen worden ingezet). Na een eerste lezing toont de

57 ‘NMa akkoord met saneringsregeling varkensslachterijen’, 1 april 1999, zie www.nma.nl.

58 NMa besluit 23 maart 1999 in zaak 374/Stichting Saneringsfonds Varkensslachterijen.

59 Ibid., rdnr. 32-37.

60 Ibid. rdnr. 42.

61 NMa besluit 24 maart 2000 in zaak 374/Stichting Saneringsfonds Varkensslachterijen.

62 Rechtbank Rotterdam 4 december 2011, LJN AD9026, MEDED 00/933-SIMO en MEDED 00/955-SIMO.

63 NMa besluit 14 januari 2003 in zaak 2269/Garnalen.

64 ‘NMa beoordeelt nieuwe samenwerkingsvorm garnalensector’, 30 maart 2005, zie www.nma.nl.

65 Informele zienswijze NMa 30 maart 2005 in zaak 4268/TVP, p. 2.

66 M. Schaufeli, ‘Zwaar weer voor Nederlandse garnalenvissers’, *AM* nr. 4/5 september 2011, p. 85-89.

67 Informele zienswijze NMa 18 april 2011 in zaak 7011/Managementplan MSC Garnalenvisserij.

68 Ibid., p. 6. Vier bepalingen ten aanzien van nieuwe visserijtechnieken zijn volgens de NMa mogelijk strijdig met het kartelverbod, maar kunnen daarvan worden vrijgesteld nu zij direct bijdragen aan duurzaamheid bijvoorbeeld door brandstofbesparing en vermindering van bodembereiding.

69 Ibid., p. 7.

70 ‘NMa positief over duurzame aanpak garnalenvisserij’, 18 april 2010, zie www.nma.nl.

71 Brief van Staatssecretaris Bleker van 25 mei 2011, *Kamersukken II* 2010/11, 29 675, nr. 117.

NMa zich op 15 oktober 2009 kritisch over de plannen: "Het al dan niet (tijdelijk) beperken van de concurrentie, het bieden van staatsbulp, of andere maatregelen verzachten wellicht de effecten van de crisis voor de aanbieders, maar hebben op de korte termijn nadelige gevolgen voor de Nederlandse economie en daarmee voor de consument."⁷² Vervolgens wijst de NMa op 10 februari 2010 in een informele zienswijze en begeleidend persbericht de oplegging als oplossing voor de overcapaciteit in de binnenvaart definitief af.⁷³ Omdat de oplegging niet voorziet in een structurele verwijdering van overcapaciteit uit de markt, kwalificeert de regeling volgens de NMa niet als een crisiskartel.⁷⁴ Daarnaast acht de NMa de efficiëntievoordelen niet overtuigend genoeg om de oplegging onder art. 6, lid 3, Mw goed te keuren.⁷⁵ Uit de informele zienswijze, de bijbehorende analyse van het Economisch bureau van de NMa en het persbericht is op te maken welke analyse de NMa volgt. De regeling voldoet volgens de NMa niet aan de eerste twee eisen van art. 6, lid 3, Mw en tegelijk is duidelijk dat de NMa op korte termijn prijsverhogende effecten vreest.⁷⁶ Wat helaas niet uit haar stukken volgt, is een antwoord op de vraag wat op termijn de gevolgen zijn als de markt na een koude sanering weer aantrekt. Wel geldt dat de NMa de sector op de voet blijft volgen. Wanneer in november 2010 de binnenvaartambassadeur zijn advies met tien actiepunten voor de sector uitbrengt aan de minister van Infrastructuur en Milieu reageert de NMa. Zij laat weten verheugd te zijn met de conclusie uit het advies dat het niet wenselijk is te komen tot een oplegging. Daarnaast geeft de NMa aan dat twee actiepunten, de introductie van een prijsindex en het oprichten van samenwerkingsverbanden, afhankelijk van de uitwerking een mededingingsbeperkend effect kunnen hebben. De NMa biedt aan om de concrete uitwerking van deze plannen te toetsen. Tegelijk tekent zij aan scherp in de gaten te houden dat initiatieven in de binnenvaartsector steeds in overeenstemming zijn met de Mededingingswet.⁷⁷ Geholpen door tips van afnemers voegt de NMa in januari 2012 de daad bij het woord. De NMa meldt dat het Centraal Bureau voor de Rijn- en Binnenvaart haar gasoliecirculaires zal gaan aanpassen. Die aanpassing voorkomt dat gebruikers van deze circulaires, een groot deel van de binnenvaartschippers, menen verplicht te zijn in de vervoerovereenkomsten met hun opdrachtgevers een afvalbeheerbijdrage integraal

door te berekenen.⁷⁸ Op 10 februari 2012 laat de NMa weten nog steeds signalen te ontvangen dat een klein deel van de binnenvaartbranche blijft proberen via prijsafspraken of prijsadviezen de onzekerheid door de crisis tegen te gaan en waarschuwt opnieuw dat dit op basis van de Mededingingswet verboden is.⁷⁹

6. De kernpunten uit de *guidance* en praktijk voor crisiskartels

De NMa en Commissie volgen hetzelfde beoordelingskader. Zij gaan bij de beoordeling van crisiskartels met het *BIDS-arrest* van het Hof op zak stevast uit van een doelbeperking. Wil een crisiskartel goorloofd zijn, moet aan de vier cumulatieve eisen van art. 101, lid 3, VWEU en, of art. 6, lid 3, Mw worden voldaan. Of dat het geval is, dienen de ondernemingen met een *self assessment* te bepalen. Dat luistert nauw. Gaat men verder dan toegestaan, deinzin de autoriteiten ook in tijden van economische crisis er niet voor terug boetes uit te delen. Zo legt de Griekse mededingingsautoriteit in 2010 de vijf grootste Griekse viskwekers boetes op voor het sluiten van een ongeoorloofd crisiskartel.⁸⁰ Wanneer de *guidance* en de praktijk worden afgezet tegen de vier cumulatieve eisen zijn de volgende kernpunten voor crisiskartels op te tekenen.

1. Efficiëntieverbeteringen

Een crisiskartel moet een bijdrage leveren aan de verbetering van de productie of distributie of leiden tot bevordering van de technische of economische vooruitgang. Dat kan op tal van manieren worden bereikt. Uit de *guidance* en precedents volgt dat de mededingingsautoriteiten verbeteringen zien wanneer capaciteit die wegens ouderdom, geringe omvang en/of de achterhaalde technologie het meest onaangepast en het minst rendabel is, wordt uitgekocht. Als gevolg van het crisiskartel zal de productie worden geconcentreerd in de modernste fabrieken, die op een hoger capaciteits- en productieniveau kunnen functioneren. Uitkopen kan zich beperken tot productiecapaciteit, maar kan ook zien op hele bedrijven. De autoriteiten zullen in beide gevallen na willen gaan of steeds de minst efficiënte capaciteit van de markt verdwijnt.⁸¹ Bij twijfel of dat het

72 'NMa waarschuwt: Mededingingswet geldt voor iedereen, ook voor binnenvaart', 15 oktober 2009, zie www.nma.nl.

73 'NMa: Mededingingswet laat Oplegging binnenvaart niet toe', 10 februari 2010, zie www.nma.nl.

74 Informele zienswijze NMa februari 2010 Oplegging Crisisberaad Binnenvaart.

75 NMa, 'Analyse EUR rapportages inzake de Oplegging Binnenvaart', februari 2010.

76 In het persbericht van 10 februari 2010 meldt de NMa: "Wat hier gebeurt, is dat een sector waarin het slecht gaat, wil bepalen dat iedereen die met deze sector te maken heeft, en uiteindelijk alle Nederlanders, moeten meebetalen aan het oplossen van de problemen. Zo werkt dat niet."

77 'Reactie van NMa op advies van binnenvaartambassadeur Arie Verberk', 11 november 2010, zie www.nma.nl.

78 'CBRB past gasoliecirculaire aan na tussenkomst NMa', 18 januari 2012, zie www.nma.nl.

79 'NMa positief over ontwikkelingen in binnenvaart', 10 februari 2012, zie www.nma.nl.

80 Griekse mededingingsautoriteit, 23 juni 2010, Zaak 492/VI/2010, Nireus Aquaculture S.A., Dias Aquaculture S.A., Hellenic Fishfarming S.A., Andromeda Fishfarming S.A. en Selonda Aquaculture S.A.. Zie ook OECD 2011, bijdrage Griekenland, p. 131 e.v. Onlangs zijn in een beroepsprocedure in Athene de boetes van twee betrokken ondernemingen vernietigd.

81 OECD 2011, bijdrage Commissie, p. 114: "In order to permit an assessment of whether efficient or inefficient capacity will exit the market, the restructuring agreement should provide sufficient indication of what capacity will be removed. Depending on the circumstances, this may be done by actually specifying which firms are to reduce capacity or which firms are to leave the market altogether. Even if the restructuring agreement does not specifically identify exiting capacity or firms, it should set out the criteria under which an assessment can be made as to what capacity is to exit the market."

geval is, mag er niet op worden vertrouwd dat vanwege een economische crisis het kartelverbod niet onverkort van toepassing is.⁸² Hierbij speelt een rol dat de autoriteiten steeds willen kunnen zien dat met de herstructurering een sanering plaats heeft die ertoe leidt dat de gebruikers (op termijn) van een verbeterde en economisch gezonde aanbodsstructuur kunnen profiteren. Niet alleen dit punt, maar ook sociale elementen kunnen meewegen.⁸³ In *Synthetische Vezels* geeft de Commissie aan dat de herstructurering van de sector door de overeenkomsten plaats kan hebben onder aanvaardbare sociale omstandigheden.⁸⁴ In *Stichting Baksteen* weegt de Commissie het opzetten van een sociaal plan en een compensatiefonds mee in haar positieve beoordeling van dit crisiskartel.⁸⁵ De NMa tekent bij de goedkeuring van de uitkoopregeling in de zaak Varkensslachterijen aan: “Voorts wordt het mogelijk om onder aanvaardbare sociale voorwaarden de nodige herstructurering door te voeren door her- en bijscholing van personeel.”⁸⁶ Weliswaar stipt de Commissie in haar OECD bijdrage in 2011 en de NMa in haar *guidance* over crisiskartels de sociale elementen niet nadrukkelijk aan, de precedents tonen aan dat beide autoriteiten bij de beoordeling van crisiskartels wel oog kunnen hebben voor de sociale gevolgen van een crisissituatie. Een ander element dat een rol kan spelen, is het behalen van de ecologische- of milieuvoordelen.⁸⁷ Zo licht de Commissie toe:

“Met name wordt de verbetering van de toestand van het milieu beschouwd als een element dat bijdraagt tot de verbetering van de productie of de distributie en tot de bevordering van de economische en technische vooruitgang.”⁸⁸

Ook in de praktijk laat de Commissie zien bereid te zijn dergelijke efficiëntieverbeteringen mee te wegen. In de zaak *CECED* stelt de Commissie overeenkomsten tussen wasmachineproducenten en handelaren om niet langer bepaalde milieuvriendelijke machines op de Europese markt te brengen vrij van het kartelverbod.⁸⁹ Ook de NMa geeft in haar agenda 2010/2011 aan dat: “Belangen zoals duurzaamheid bij een mogelijk mededingingsbeperkende afspraak doorslaggevend kunnen zijn.”⁹⁰ In haar zienswijze over de Garnalensector licht de NMa toe:

“Dat een situatie van overcapaciteit kan leiden tot een hogere visintensiteit [...] Ongewenste ecologische bijeffecten, zoals bijvoorbeeld

bijvangst en bodembegroeiing, worden hiermee mogelijk in de hand gewerkt. Indien de totale capaciteit wordt verkleind, neemt de maximaal mogelijke visintensiteit ook af en daarmee ook de mogelijke ecologische bijeffecten die de garnalenvisserij kan veroorzaken.”⁹¹

Daarnaast laat de NMa in haar zienswijze over de garnalensector zien dat sectorbrede duurzaamheidsinitiatieven die de mededinging zouden kunnen beperken, inderdaad vanwege ecologische en milieuvoordelen van het kartelverbod vrijgesteld kunnen worden. Ook laat de NMa zich recent in een kort bericht positief uit over de ‘Innovatieschuur’, een initiatief uit de binnenvaartsector om de ‘verduurzaming’ van bestaande scheepsmotoren te stimuleren en duurzame waterlogistiek te bevorderen.⁹² Daarmee is niet gezegd dat vooraf steeds duidelijk is hoe deze en andere duurzaamheidsvoordelen meewegen in de analyse van de mededingingsautoriteiten. De terreinwinst die op dat punt kan worden geboekt, komt aan het einde van dit artikel kort aan bod.

II. Doorgifte aan consumenten

Van de voordelen die worden behaald, moet een billijk aandeel de gebruikers ten goede komen. Bij het bepalen of sprake is van doorgifte van een billijk aandeel van de voordelen wordt een glijdende schaal gehanteerd. Hoe hoger de beperking van de mededinging als gevolg van de afspraken, hoe meer voordeel ten goede van de afnemers dient te komen. De precedents laten zien dat het billijk aandeel van de voordelen de gebruikers zowel direct als indirect mag bereiken. In de meeste gevallen is sprake van directe doorgifte, omdat door de capaciteitsreductie een betere benuttingsgraad en/of een verbeterde en economisch gezondere aanbodsstructuur wordt bereikt, zonder dat de afnemers in significante mate worden beroofd van hun keuzevrijheid en de voordelen van de concurrentie die tussen de deelnemers blijft bestaan. De NMa geeft in de zaak Varkensslachterijen aan:

“Overeenkomsten met varkensslachterijen betreffende de definitieve sluiting van een varkensslachterij hebben tot gevolg dat de gebruiker op den duur komt te staan tegenover een gesaneerde sector (verbeterde en economisch gezonde aanbodsstructuur), een concurrerend aanbod en betere producten en bovendien op korte termijn blijft profiteren van de concurrentie die tussen de deelnemers voortduurt.”⁹³

Bij indirecte voordelen, valt te denken aan de voordelen die spelen in de zaak *CECED*. Van de overeenkomst tussen wasmachinefabrikanten en handelaren om milieuvriendelijke wasmachines met een hoog energieverbruik niet langer te leveren, profiteren de consumenten indirect. De Commissie weegt mee dat de consumenten op termijn door lager energieverbruik op de aangrenzende energiemarkt

82 Commissie mededeling, 9 februari 2002, zaak C 96/2001, Rationalisatie varkensslachterijen (PbEU 2002/C 37/03, p. 19).

83 Commissie, Drieëntwintigste Mededingingsverslag (1993), par. 85.

84 Commissie Vezels, par. 37.

85 Commissie Stichting Baksteen, par. 39 tot 42. De Stichting Baksteen ziet toe op de naleving van het sociaal plan dat op centraal niveau is opgesteld tussen industrie en vakbonden.

86 NMa, zaak 374 Stichting Saneringsfonds Varkensslachterijen, par. 68.

87 Zie voetnoot, 24.

88 Commissie, vijftiende Mededingingsverslag (1995), par. 83 - 85 en Achtentwintigste Mededingingsverslag (1998), par. 129 - 134.

89 Commissie *CECED*.

90 NMa agenda 2010/2011, p. 9. Op 24 januari 2012 meldt de NMa dat deze agenda ook geldt voor 2012.

91 Informele zienswijze NMa 30 maart 2005 in zaak 4268/TVP, p. 2..

92 ‘NMa positief over ontwikkelingen in binnenvaart’, 10 februari 2012, zie www.nma.nl.

93 NMa, zaak 374 Stichting Saneringsfonds Varkensslachterijen, par. 76.

kosten zullen besparen.⁹⁴ Ook geeft de Commissie aan dat de samenleving als geheel van deze afspraken profiteert.

III. Onmisbaarheid

Uit de *guidance* van de Commissie en de NMa volgt dat de ontheffing van het kartelverbod alleen geldt voor afspraken die betrekking hebben op het verminderen van de overtollige capaciteit en niet voor andere concurrentiebeperkende afspraken, zoals (tijdelijke) productiebeperking en prijsafspraken waarmee problemen in de sector het hoofd kunnen worden geboden. De precedënten laten ook zien dat de autoriteiten steeds na zullen gaan of de herstructureringsafspraken en bijbehorende samenwerking niet tot coördinatie van (ander) commercieel beleid zal leiden. Zodra meer beperkingen worden opgelegd dan voor het verminderen van de overcapaciteit noodzakelijk is, staan de autoriteiten (dat deel van) het crisiskartel niet toe.⁹⁵

IV. Restconcurrentie

Het crisiskartel mag niet de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen en diensten uitschakelen. De Commissie gaat in haar bijdrage aan het OECD-rapport niet in op deze eis en laat daarmee na concrete handvatten te bieden.⁹⁶ Op basis van een analyse van de zaken waarbij de Commissie en de NMa eerder groen licht voor een crisiskartel hebben gegeven, ontstaat het volgende beeld. In *Stichting Baksteen* gaat de Commissie akkoord met een herstructureringsovereenkomst waarbij partijen zijn betrokken die samen ongeveer 90% van de Nederlandse capaciteit en 85% van de verkoop van bakstenen in Nederland voor hun rekening nemen.⁹⁷ In *Synthetische Vezels* stemt de Commissie in met de vorming van een crisiskartel waarbij bijna 80% van de relevante markt betrokken is.⁹⁸ In de zaak *Varkensslachterijen* gaat de NMa akkoord met een uitkoopregeling van slachterijen die samen ongeveer 80% van het Nederlandse varkensslachtpotentieel vertegenwoordigen. Uiteraard dient steeds van geval tot geval te worden bepaald of sprake is van voldoende restconcurrentie. De precedënten laten in ieder geval zien dat ook wanneer een zeer groot deel van de markt betrokken is, voldaan kan worden aan de eis dat de mededinging niet voor een wezenlijk deel wordt uitgeschakeld.

Bedrijfs- en brancheverenigingen

Bij de advisering over en vorming van crisiskartels vormen bedrijfs- en brancheverenigingen vaak een voorname rol.

Ook zij dienen rekening te houden met het mededingingsrecht. Het is vaste rechtspraak dat ook bedrijfs- en brancheverenigingen, net als de ondernemingen waar zij voor optreden, beboet kunnen worden voor betrokkenheid bij het vormen van een ongeoorloofd (crisis)kartel.⁹⁹ Het geven van advies om in een sector te komen tot een beperking van de productie kan eveneens worden gesanctioneerd.¹⁰⁰ Dat geldt ook voor adviezen over het treffen van collectieve 'crisismaatregelen' als het branchebreed doorberekenen van bepaalde kosten aan afnemers. Daaronder wordt begrepen het doorberekenen van een bepaalde (verhoging van een) belasting.¹⁰¹ Ook een advies aan leden om het individueel geven van kortingen achterwege te laten, kan rekenen op de aandacht van de NMa.¹⁰² De NMa laat onlangs zien ook bij brancheverenigingen, mede vanwege het sector brede effect van hun adviezen, hoge boetes op te leggen en niet te aarzelen daarnaast ook persoonlijke boetes uit te delen aan de betrokken feitelijk leidinggevendenden bij de branchevereniging.¹⁰³

Kortom, net als voor ondernemingen past het voor bedrijfs- en brancheverenigingen niet bij twijfel wel (te adviseren) met crisismaatregelen, of een crisiskartel van start te gaan. In dat geval is het raadzaam terughoudend te handelen en indien nodig ook de NMa te raadplegen. De NMa laat ook zien, open te staan voor overleg. Dat is met de komst van de heer Fonteijn niet anders geworden. Sterker nog, hij geeft in december 2011 aan:

"Ik zou ook vaker de informele weg willen bewandelen; meer met de bedrijven om tafel gaan zitten. Het handhaven is geen doel op zich, maar een middel om markten te laten werken."¹⁰⁴

Ook als haast is geboden bij het afkondigen en treffen van crisismaatregelen, zoals bij een felle uitbraak van dier-

94 Commissie CECED, par. 53: "De besparingen op de elektriciteitsrekeningen maken het mogelijk de hogere kosten van de aangepaste, duurdere machines binnen negen tot vier maanden, zulks vooral afhankelijk van de gebruiksfrequentie en de elektriciteitsprijzen terug te verdienen."

95 Bijv. NMa, zaak 374 Stichting Saneringsfonds Varkensslachterijen.

96 Wel is er generieke toelichting te vinden in de Richtsnoeren Commissie betreffende de toepassing van art. 81, lid 3 van het Verdrag (Pb C 101 van 27 april 2004, p. 97-118.).

97 Commissie, Stichting Baksteen, par. 5. Er is op dat moment zeer beperkte grensoverschrijdende in- en uitvoer van bakstenen.

98 Commissie, Vezels, par. 24.

99 HvJ 27 januari 1987, *Verband der Sachversicherer/Commissie*, 45/85, Jur. 1987, r.o. 26-32.

100 'NMa: toonaangevende organisaties bloembollensector stoppen advisering over productiebeperking', 28 oktober 2008, zie www.nma.nl.

101 'CBBB past gasoliecirculaire aan na tussenkomst NMa', 18 januari 2012. 'VSCD trekt aanbeveling in na tussenkomst NMa in', 19 mei 2011, zie www.nma.nl. Met dit bericht meldt de NMa dat de branchevereniging voor theaters, concertgebouwen en festivals, een aanbeveling aan haar leden over het doorberekenen van een btw-verhoging aan theaterbezoekers intrekt.

102 'NMa laat reisbranche Algemene Agentuurvoorwaarden aanpassen', 5 januari 2012, zie www.nma.nl. De NMa meldt over dit onderzoek ten aanzien van de ANVR dat reisagenten de Algemene Agentuurvoorwaarden zouden interpreteren als een verbod voor hen om zelfstandig kortingen te verlenen bij de verkoop van reizen. Met de aanpassing wordt benadrukt dat de voorwaarden niet die strekking hebben.

103 Besluit van de NMa in zaak 6888/43 LHV, 30 december 2011 en 'NMa beboet LHV wegens ongeoorloofde vestigingsadviezen', 9 januari 2012, zie www.nma.nl. De NMa deelt een boete van € 7,7 miljoen uit aan de Landelijke Huisartsenvereniging (LHV) en legt persoonlijke boetes van € 50.000 en € 25.000 op aan twee LHV-functionarissen, omdat de NMa hen verantwoordelijk houdt voor de concurrentiebeperkende aanbevelingen van de LHV aan haar leden.

104 P. Amador Sanchez, W.W. Geursen & B.A. Nijs, 'Zin in de fusie! Over keuzes en kansen', *AM* nr. 7, november 2011.

plantziekten, mag het mededingingsrecht niet uit het oog worden verloren. Dat laatste lijkt de Northern Ireland Livestock and Auctioneers' Association (de NILAA) in 2001 wel te zijn overkomen. De NILAA adviseert haar leden in verband met de BSE-crisis op hun veemarkten een vaste commissie in rekening te brengen aan de afnemers van vee. Het Office of Fair Trading (OFT) stelt vervolgens vast dat met dit advies het kartelverbod wordt overtreden, maar legt bij hoge uitzondering geen boete op.¹⁰⁵ Wel van start gaan en rekenen op mededogen van de autoriteiten is niet zonder risico. Want ook wanneer als in het geval van de NILAA een boete achterwege blijft, stelt de mededingingsautoriteit wel vast dat sprake is van een inbreuk op het kartelverbod. Dat biedt afnemers het in crisistijd aantrekkelijke perspectief om met behulp van het besluit van de autoriteit een schadevergoedingszaak aanhangig te maken bij de civiele rechter.

Vooruitblik

De aanhoudende economische crisis vergt steeds meer offers van ondernemingen. Het ligt dan ook niet voor de hand dat de roep om crisiskartels zal verstommen.¹⁰⁶ Of crisiskartels vrijgesteld zijn van het kartelverbod, is geen eenvoudige vraag. Wanneer een mededingingsautoriteit daarover een oordeel velt, dient dat precies het juiste te zijn:

*"If too inflexible, we may cause wider harm to the economy in the short-term; if too flexible, we may cause greater long-term harm by undermining investment, incentives and innovation."*¹⁰⁷

Zeker tijdens een economische crisis kan de verleiding bestaan, opkomend voor de consumenten, vooral of zelfs uitsluitend te kijken naar de kortetermijneffecten van crisiskartels. Daarbij bestaat het risico dat crisiskartels ten onrechte worden afgekeurd en tekort wordt gedaan aan de mogelijkheden die het (Europese) mededingingsrecht biedt. Crisiskartels kunnen ook positieve effecten teweegbrengen die zich eerst op termijn laten voelen, terwijl zij de mededinging op korte termijn niet significant beperken. Het is dus zaak bij crisiskartels ook steeds naar meer dan alleen (zuiver economische) kortetermijneffecten te kijken. De autoriteiten zijn zich daar ook van bewust.¹⁰⁸ In 2009 tijdens haar eerste jaar van toezicht in crisistijd geeft de NMa aan dat haar toezicht 'open minded' dient zijn, want:

"Markttoezicht is een samenspel van wetten en economische effecten. Regels zijn bedoeld om de economische realiteit in goede banen te leiden. Daarnaast spelen regelmatig ook andere (publieke) belangen een rol. De NMa volgt daarom geen dogmatische, maar

*een pragmatische, realistische benadering bij het maken van lastige keuzes en belangenafwegingen."*¹⁰⁹

Eind december 2011 geeft de NMa-bestuursvoorzitter aan dat de manier waarop publieke belangen in de besluiten meewegen ook een belangrijke uitdaging voor de ACM, de opvolger van de NMa, wordt.¹¹⁰ Daarbij merkt hij op dat het om een discussie gaat waarvan de uitkomst moet zijn dat het mededingingsrecht en publieke belangen niet haaks op elkaar staan. Dat is goed nieuws. Dat geldt ook voor zijn boodschap dat de NMa graag bijdraagt aan helderheid over de kaders waarbinnen efficiënties, ook als die in de sfeer van publieke belangen liggen binnen de Mededingingswet worden gewogen. Die helderheid is gewenst, zeker bij het regime van *self assessment* in combinatie met de *high trust* toezichtstijl. Daarnaast is toe te juichen dat de NMa bereid is het overleg met de betrokken ondernemingen aan te gaan en ruimte te laten om daarbij ook de publieke belangen mee te wegen. Eerder hebben de autoriteiten de sociale elementen van herstructureringsmaatregelen meegewogen bij de beoordeling van crisiskartels. Dat zou in voorkomende gevallen ook nu navolging verdienen. Dat geldt ook voor het meewegen van voordelen die worden behaald op het gebied van milieu en dierenwelzijn.¹¹¹ Dat soort efficiënties laten zich vaak lastig uitdrukken in termen van (korte termijn) kostenbesparingen, maar mogen daarom niet uit het oog worden verloren. Onlangs rekende de NMa voor met haar activiteiten bijna zes keer meer op te leveren dan zij de maatschappij kost en in 2011 iedere Nederlander € 36 te besparen.¹¹² Dat is natuurlijk goed nieuws, vooral in deze onzekere tijden. Maar zeker zolang het einde daarvan nog niet in zicht is, is er werk aan de winkel. Zo blijft het voor het *self assessment* van onverminderd groot belang dat de toegezegde helderheid over de weging van publieke belangen op korte termijn wordt verschaft. Daarnaast dienen de mededingingsautoriteiten bij de beoordeling van crisiskartels ook steeds precies de juiste balans te vinden. Twee zeer grote uitdagingen, maar ik sluit niet uit dat daarmee in belangrijke mate wordt bijgedragen aan de besparing die de mededingingsautoriteiten de maatschappij de komende jaren kunnen leveren.

Over de auteur

Mr. Diederik Schrijvershof is advocaat bij Van Doorne N.V. Ook is hij vaste medewerker van MP. Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel.

105 Decision of Director General of Fair Trading No. CA98/1/2003 (Northern Ireland Livestock and Auctioneers' Association), 3 februari 2003, zie www.oft.gov.uk.

106 *NRC Handelsblad*, 'Scheepvaart zucht onder afbraakprijzen', 4 februari 2012, p. 2.

107 'Competition policy in troubled times', J. Fingleton, 20 januari 2009, zie www.oft.gov.uk.

108 NMa jaarverslag 2008, p. 6.

109 *Ibid.*, p. 10: *Er is sprake van een publiek belang als de overheid zich de behartiging ervan aantrekt uit de overtuiging dat dit belang anders niet goed tot zijn recht zou komen."*

110 Chris Fonteyn, 'Kansen, keuzes en de consument', Kerstbijeenkomst VvM, 13 december 2011.

111 Zie ook SER-advies Commissie Duurzame ontwikkeling 2010, Advies inzake meer werken aan duurzame groei, publicatienummer 10/03, mei 2010.

112 'NMa bespaart huishouden 36 euro in 2011', 24 januari 2012, zie www.nma.nl.