



**UvA-DARE (Digital Academic Repository)**

**Moeilijke marktwerking en meedogenloze mededinging: een welvaartseconomisch perspectief**

Baarsma, B.E.

[Link to publication](#)

*Citation for published version (APA):*

Baarsma, B. (2010). Moeilijke marktwerking en meedogenloze mededinging: een welvaartseconomisch perspectief. (Oratiereeks). Amsterdam: Vossiuspers UvA.

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <http://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

# Moeilijke marktwerking en meedogenloze mededinging



# Moeilijke marktwerking en meedogenloze mededinging

*Een welvaartseconomisch perspectief*

*Rede*

uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van  
bijzonder hoogleraar Marktwerking en Mededingingseconomie  
aan de Universiteit van Amsterdam  
op vrijdag 12 februari 2010

door

Barbara Baarsma

 VOSSIUSPERS UVA

Vossiuspers UvA is een imprint van Amsterdam University Press.  
Deze uitgave is totstandgekomen onder auspiciën van de Universiteit van Amsterdam.

Dit is oratie 358, verschenen in de oratiereeks van de Universiteit van Amsterdam.

Omslag: Crasborn BNO, Valkenburg a/d Geul  
Opmaak: JAPES, Amsterdam  
Foto omslag: Carmen Freudenthal, Amsterdam

ISBN 978 90 5629 629 2  
e-ISBN 978 90 4851 289 8

© B.E. Baarsma / Vossiuspers UvA, Amsterdam, 2010

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 j° het Besluit van 20 juni 1974, St.b. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, St.b. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

*Voor de drie heren De Lange*



*Mevrouw de Rector Magnificus,  
Mijnheer de Decaan,  
Geachte leden van het Curatorium,  
Geachte leden van het bestuur van SEO Economisch Onderzoek,  
Gewaardeerde toehoorders,*

Alweer een tijdje geleden reed ik in Amsterdam Zuid in een drukke winkelstraat achter een prachtige Bentley met daarin een keurig verzorgde oudere dame. Op haar bumper had ze een sticker geplakt met daarop de tekst: ‘There’s no government like no government’. Veel mensen zouden denken dat de Bentley-dame econoom is. Economen zijn – volgens velen – immers tegen overheidsingrijpen en voor de markt.

Dames en heren, ik ben bijzonder hoogleraar Marktwerking en Mededingingseconomie en aanvaard dat ambt graag met het uitspreken van deze rede. Ik ben dus econoom en dan ook nog eens een die marktwerking en mededinging bestudeert. En toch heb ik geen sticker op mijn bumper geplakt, ook al zijn die voor slechts 2 dollar 95 via internet te krijgen.<sup>1</sup> Het zit namelijk zo: economen zijn helemaal niet tegen de overheid of tegen regulering, maar ze zijn wel voor een feitelijke en rationele onderbouwing van overheidsbeleid; als die onderbouwing ontbreekt, zijn ze kritisch.

Een essentiële voorwaarde voor marktwerking is concurrentie oftewel mededinging.<sup>2</sup> Markten met onvoldoende concurrentie falen bij het maximaliseren van welvaart. Bij de ideale markt spreken we zelfs van volledig vrije mededinging. In dat opzicht zijn marktwerking en mededinging twee kanten van dezelfde medaille, en is het dan ook logisch dat ik ze in mijn leerstoel combineer.

Deze oratie is een pleidooi voor de welvaartseconomische<sup>3</sup> onderbouwing van het marktwerkingsbeleid en het mededingingsrecht. Op dit moment is het marktwerkingsbeleid te vaak gebaseerd op politieke, slecht onderbouwde keuzes en niet op vooraf geëxpliciteerde welvaartseconomische argumenten. En het mededingingsrecht is nog te veel gebaseerd op procedureel-juridische criteria en niet op het welvaartseconomische criterium.



## Moeilijke marktwerking

### *Wat is marktwerking?*

Ik begin met marktwerking. Wat is dat eigenlijk marktwerking? Het betekent: de markt aan het werk zonder dat de overheid daaraan te pas komt. Het basisprincipe van marktwerking is dus dat alle economische beslissingen – over consumptie, productie, sparen en investeren – door individuele burgers en bedrijven worden genomen. De prijs zorgt voor de afstemming van vraag en aanbod. Marktwerkingsbeleid gaat over de vraag wat de markt zelf kan en wat de overheid op zich zou moeten nemen.

Ik zal in dit eerste deel van mijn betoog twee punten maken: ten eerste dat de marktwerking een neutraal en tijdloos begrip is dat helaas is gepolitiseerd en gemoraliseerd, en ten tweede dat het startpunt bij het vormgeven van marktwerkingsbeleid de markt is en niet de overheid. Ik zal concluderen dat de enige manier om marktwerking terug te brengen tot wat deze is – namelijk een middel om de welvaart te verhogen – het met welvaartseconomische argumenten onderbouwen van het marktwerkingsbeleid is. En die argumenten zijn alleen te achterhalen als de markt en niet de overheid als startpunt in het denkproces wordt genomen.

### *Stop politisering en moralisering van marktwerking*

Eerst de politisering en moralisering van marktwerking. Voor economen is marktwerking al eeuwenlang een neutraal instrument, iets waar je niet voor of tegen kunt zijn, maar waarbij je alleen in specifieke gevallen over de mogelijkheden en onmogelijkheden kunt discussiëren. Met enige regelmaat is marktwerking onderdeel van politiek debat. Ook het huidige debat kent een hoog moralistisch gehalte. Tegenstanders van marktwerking vinden dat zij de hoogste ethische waarden aan hun zijde hebben. Maar in tegenstelling tot de mens is de markt moreel noch immoreel.<sup>4</sup>

Toch geven tegenstanders van marktwerking de markt de schuld van ongerechtvaardigde verrijking, overdreven bureaucratisering, ondeugdelijke dienstverlening en ongunstige arbeidsvoorwaarden. Het zakelijke argument achter deze vaak wat emotionele uitspraken is dat de markt maatschappelijk ongewenste resultaten kan veroorzaken.<sup>5</sup> Zo kan de markt een ongewenste verdeling tussen groepen mensen veroorzaken. Maar herverdeling tussen deze groepen mensen is niet gratis.<sup>6</sup> Arthur Okun gebruikte de metafoor van de lekkende emmer: bij het overdragen van welvaart van rijken naar armen lekt welvaart weg zoals water uit een lekke emmer.<sup>7</sup> In zijn oratie becijferde Bas

Jacobs dat voor iedere euro die de overheid extra wil herverdelen de maatschappij ongeveer de helft inlevert als welvaartsverlies.<sup>8</sup>

Het is dus een kwestie van het per geval afwegen van voor- en nadelen. Natuurlijk is die afweging uiteindelijk een politieke afweging. Het is de taak van de econoom om die afweging te voorzien van feitelijke argumenten.

Om wat voor argumenten gaat het dan? Laten we als voorbeeld de verslechtering van arbeidsvoorwaarden en werkgelegenheid in de postmarkt nemen. Nu TNT geen monopolie meer heeft op die markt, zijn er ook andere aanbieders gekomen. Dat heeft via twee wegen effect op de lonen en werkgelegenheid voor TNT-postbodes.

De eerste is de afname van marktmacht van TNT. Uit onderzoek van Stephen Nickell uit 1996 blijkt dat ondernemingen met marktmacht een deel van hun overwinsten doorgeven aan werknemers in de vorm van betere arbeidsvoorwaarden. Nu TNT minder machtig is, is er druk op de lonen ontstaan. Tegelijkertijd betalen klanten van TNT lagere tarieven.

De tweede weg loopt via de door concurrentie toegenomen efficiëntieprikels. Als TNT niet voortdurend de efficiëntie van het productieproces in de gaten houdt, wordt het bedrijf te duur voor klanten. Dat is de reden dat bijvoorbeeld het sorteerproces is geautomatiseerd en dat andere bezorgkwaliteiten in de markt zijn gezet. Dit heeft geleid tot verlies aan arbeidsplaatsen voor de klassieke postbode. Maar ook nu geldt dat klanten van TNT lagere tarieven betalen en meer keuzes hebben.

De politiek heeft ervoor gekozen om de arbeidsmarktproblemen van TNT-postbodes op te lossen met marktwerkingsbeleid. Op basis van een economische afweging zou het echter logischer zijn om deze problemen op te lossen met arbeidsmarktbeleid, zoals herscholing en flexibilisering van de arbeidsmarkt, en niet via de prijs van de postzegel.

Marktwerkingsbeleid wordt niet alleen gebruikt om arbeidsmarktproblemen op te lossen, maar door de politiek ook ingezet als bezuinigingsoperatie, vooral in de publieke sector. Dat terwijl marktwerking en bezuinigingen niet hetzelfde zijn.

Een voorbeeld: veel Nederlandse gemeenten hebben de afgelopen jaren vele tientallen miljoenen euro's bespaard op de thuiszorg, doordat – kort gezegd – het schoonmaakwerk is aanbesteed en door lager geschoolde krachten (alfahulpen) wordt gedaan. Deze efficiëntiewinst is het gevolg van marktwerking. De bespaarde euro's zijn vervolgens grotendeels aan de thuiszorg onttrokken – en dat is bezuiniging. De gemeenten hadden er ook voor kunnen kiezen het geld in te zetten voor verkorting van de wachtlijsten.

Ook los van marktwerking kunnen kostenbesparing en prestatiecontrole worden doorgevoerd. Een oud Russisch voorbeeld maakt duidelijk hoe moeilijk dat kan zijn. Op de *Time*-cover van 16 december 1935 staat Alexey Stakha-

nov. Hij was een mijnwerker in de staatsmijnen en behaalde meer dan honderd keer zijn dagelijks quotum aan steenkool. Hij werd door Stalin bejubeld en als voorbeeld gesteld voor alle andere Sovjetarbeiders. Dat werkte averechts want zijn kameraden vonden hem een uitslover en gingen er zelf niet harder door werken.

Prestatiecontrole en ‘naming and shaming’ kunnen soms wel werken in de publieke sector, maar het is geen marktwerking. Marktwerking is alleen mogelijk als het prijsmechanisme niet is uitgeschakeld en concurrentie mogelijk is. In de publieke sector is daar veelal geen sprake van.<sup>9</sup>

Met al dat politieke geweld is nuchter nadenken over de mogelijkheden en onmogelijkheden van marktwerking niet meer mogelijk. Ophouden met nadenken zou echter in het nadeel van burgers en bedrijven zijn.

### *De markt als startpunt*

Nuchter nadenken kan op basis van objectieve welvaartseconomische argumenten. Om die boven tafel te krijgen, is de markt als startpunt van het denkproces onontbeerlijk. Er zijn ten minste drie redenen om te beginnen bij de markt:

#### *1. Mogelijkheid om overheidsingrijpen te legitimeren*

De eerste reden is dat overheidsingrijpen altijd betekent dat de overheid gebruikmaakt van haar machtsmonopolie waarmee zij burgers dwingend stuurt of verplicht heffingen te betalen.<sup>10</sup> Het feit dat overheidsingrijpen gepaard gaat met inperking van individuele vrijheden en met belastingheffing betekent dat dit ingrijpen gelegitimeerd moet worden. Deze legitimatie is alleen mogelijk door beleidsproblemen vanuit het startpunt van de markt te analyseren.

#### *2. Schone en feitelijke onderbouwing*

De tweede reden om de markt als uitgangspunt bij het vormgeven van marktwerkingsbeleid te nemen, is dat het denken vanuit de markt ‘schone’ argumenten oplevert. Dus: argumenten die niet vervuild zijn met politieke overwegingen en die direct aansluiten bij de oorzaak van het op te lossen probleem.<sup>11, 12</sup>

De markt als startpunt voorkomt bovendien dat de beleidsonderbouwing stukloopt op een cirkelredenering op basis van het primaat van de politiek: iets is een publiek belang omdat het onder de verantwoordelijkheid van de overheid valt, en dat komt weer omdat het een publiek belang is.<sup>13</sup> Zo’n redenering zonder beslis criterium resulteert in willekeur en kan ertoe leiden dat te veel problemen onder de noemer publiek belang worden geschoven.

*Het* besliscriterium om te kijken of de overheid of de markt het beste mechanisme is, is maatschappelijke welvaart. Volgens economen is dan ook alleen sprake van een publiek belang als er welvaartsverlies optreedt, omdat de markt niet goed werkt.

Daarnaast zijn er politieke motieven voor de overheid om in te grijpen, zoals de zonet al genoemde herverdeling, maar ook paternalisme, oftewel ‘wij-weten-wat-goed-voor-u-is’-beleid. Voorbeelden van paternalistisch beleid zijn een wettelijk quotum voor vrouwen aan de top, het verbod om als ouder je kind van 13 jaar mee te nemen naar een film met het keurmerk ‘16 jaar en ouder’ en verplichte profielkeuzes in de derde klas van het vwo.<sup>14</sup> Herverdeling en paternalisme zijn doorgaans niet te onderbouwen met welvaartseconomische argumenten.<sup>15</sup>

### 3. Voordelen van marktwerking meenemen

De derde reden om bij de markt te starten, is dat op die manier de voordelen van marktwerking zoveel mogelijk worden meegenomen in de afweging van wat de markt zelf kan doen en wat de overheid op zich zou moeten nemen. Mits de markt aan bepaalde voorwaarden voldoet, creëert marktwerking namelijk meer welvaart voor iedereen.<sup>16</sup> Natuurlijk weten we allemaal – ook economen – dat de markt *altijd* faalt en dat de ideale markt, de volledig vrije mededingingsmarkt, *nooit* voorkomt.<sup>17, 18</sup>

Toch – en dat mag ik op de dag van zijn afscheid van de economische faculteit wel verklappen – heeft Jules Theeuwes zijn drie voorletters J.J.M., die staan voor Julius Jacobus Maria, in de kraag van zijn toga laten verhaspelen tot VVM. Op die manier is voor hem volledig vrije mededinging toch altijd heel dichtbij.

Is het erg dat er geen ideale markten zijn? Nee, dat is niet erg. Sterker nog, volledig vrije mededinging is een anonieme vorm van marktwerking zonder echte rivaliteit die op lange termijn bloedeloos ten onder gaat. In de praktijk is sprake van rivaliserende mededinging waarbij de mededingers elkaar meedogenloos in de ogen kijken in de strijd om de klant, en de klant meedogenloos de ene aanbieder inruilt voor de andere. Daardoor hebben aanbieders een prikkel om zich te onderscheiden.

Een voorbeeld: de ene aanbieder van pindakaas wordt moeiteloos ingewisseld voor een ander als ze alle twee dezelfde pindakaas maken en een van de twee zijn prijs verlaagt. In de praktijk is de ene pot pindakaas echter de ander niet. Zo houdt mijn ene zoon van pindakaas met nootjes en houdt de ander van zonder. Omdat er meer mensen zijn als onze jongens, is er voor pindakaasaanbieders iets te winnen door hun producten te differentiëren. Op een

markt met meedogenloze mededinging kunnen aanbieders zich niet meer veroorloven om een aanbodgestuurde eenheidsworst te serveren.

In praktijk vertaalt meedogenloze mededinging zich in een markt met een handvol grote aanbieders en daaromheen een aantal kleinere nichespelers; we noemen dat een concurrentieel oligopolie. Deze marktform voldoet dan wel niet aan de ideale markt, maar heeft wel een aantal eigenschappen dat gunstig is voor de welvaart van consumenten,<sup>19</sup> bijvoorbeeld omdat de prikkels om te innoveren groter zijn dan bij de ideale markt.<sup>20</sup> In econometriaal: een markt die voldoet aan de voorwaarden van volledig vrije mededinging is wel statisch efficiënt – oftewel leidt tot de meest optimale verdeling van welvaart –, maar is niet dynamisch efficiënt: geeft onvoldoende prikkels voor innovatie en dus voor vergroting van de welvaart.

Ook al bestaat de volledig vrije mededingingsmarkt niet en moeten we het doen met marktvormen als concurrentiële oligopolies, toch blijkt uit de vele empirische studies dat de – op basis van de theorie<sup>21</sup> – positieve verwachtingen over de effecten van marktwerking in de praktijk gegrond blijken en dat de markt in veel gevallen beter presteert dan de overheid.<sup>22</sup> Grosso modo vinden wetenschappers dat marktwerking heeft geleid tot lagere kosten, lagere arbeidskosten en meer innovatie bij gelijkblijvende of toegenomen kwaliteit. De efficiëntie, de maatschappelijke welvaart, is dus toegenomen. Door de beleidsanalyse te beginnen bij de markt, kunnen deze voordelen worden meegenomen.

### *Onderbouwing marktwerkingsbeleid: afwegen markt- en overheidsfalen*

Even recapituleren: op zoek naar welvaartseconomische argumenten voor marktwerkingsbeleid, beginnen we bij de markt. Faalt de markt, dan kan de overheid soelaas bieden. Omdat ook de overheid faalt, kan de markt ondanks het onvermijdelijke falen ervan vaak toch beter met rust worden gelaten. Overheidsingrijpen om het publiek belang te borgen, is alleen aan de orde als de kosten van haar ingrijpen opwegen tegen de baten.<sup>23</sup>

Ik noemde al de kosten van herverdeling. Herverdeling kost echter niet alleen welvaart, maar stuit ook op het onmogelijkheidstheorema van Nobelprijswinnaar Kenneth Arrow. Hij toonde zo'n zestig jaar geleden aan dat democratische overheidsbeslissingen over de verdeling van welvaart onmogelijk zijn of overgelaten moeten worden aan een dictator – en dat willen we niet.<sup>24</sup> Een meerderheidsregering kan bijvoorbeeld het publiek belang definiëren ten gunste van haar achterban, maar benadeelt dan waarschijnlijk de welvaartsniveaus van anderen.

Een van de andere belangrijke problemen waarvan de overheid – net als de markt trouwens – last heeft, zijn informatieproblemen. De overheid als toezichthouder beschikt over een grote informatieachterstand ten opzichte van de organisaties waarop ze toezicht moet houden. De minister van Financiën vergeleek de markt in dit verband onlangs met Bokito, de gorilla uit Blijdorp: ‘Je kunt heel lang denken dat je hem onder controle hebt, maar op een dag doet hij toch wat zijn reflexen hem ingeven’, zei Bos. Hij vindt dat een hele brede diepe greppel meer zekerheid biedt dan een goede dompteur, waarmee hij wil zeggen dat toezicht houden op markten soms te moeilijk is.

Ik snap wat hij bedoelt, maar de vergelijking van de markt met Bokito is op z’n zachtst gezegd onhandig.<sup>25</sup> Als Bokito de markt is, dan is de diertuin de overheid. Het ongewenste gedrag van Bokito hing juist samen met zijn opsluiting. Een *vrije* Bokito had niet uitgelokt kunnen worden door een verwarde diertuinbezoekster. Bos heeft vast niet bedoeld een pleidooi voor de vrije markt te houden, maar hij deed het wel.

Als de vergelijking met Bokito ons al iets leert, dan is het dat de overheid erg goed moet nadenken over de randvoorwaarden die ze oplegt aan de markt. Bos pleit voor meer wetgeving om publieke belangen te borgen; meer dingen verbieden, helpt volgens hem beter om bijvoorbeeld banken in het gareel te houden. Bos is niet de enige die deze opvatting heeft; veel politici doen de wat zij noemen ‘vrije markt’ in de ban en grijpen naar meer wetgeving. Wetten zijn echter vaak te inflexibel om effectief te zijn. Wetten kunnen niet snel genoeg aangepast worden aan de praktijk van alledag. De financiële crisis heeft erg duidelijk gemaakt dat de inventiviteit van marktspelers niet is bij te houden voor de wetgever.

Toezicht en handhaving zijn daarentegen flexibeler. Een beetje stevige toezichthouder laat zijn tanden zien. In plaats van in te zetten op langdurige wetgevingstrajecten, kan Den Haag beter de kwaliteit van de toezichthouders bevorderen: Zet in op steviger handhaving van bestaande regels en trek goede – misschien betere – mensen aan, en verklein zo de informatieachterstand.

Bij het afwegen van de kosten en baten van overheidsingrijpen is het tot slot goed om te beseffen dat veel overheidsingrijpen nodig is om averechtse effecten van bestaand beleid tegen te gaan. Denk aan de inflexibiliteit op de arbeidsmarkt door minimumloon en ontslagbescherming, of aan ruimtelijke inpassingsproblemen als gevolg van ruimtelijk-orderingsbeleid. In die gevallen faalt de markt niet. Het overheidsfalen bestaat er dan uit dat het vaak beter is om de oorzaak van het probleem aan te pakken en het bestaande beleid aan te passen of af te schaffen in plaats van nieuw beleid ter compensatie bovenop het oude beleid te stapelen.

## *Resumerend*

Kortom, de economische ordening is een mengvorm van markt en overheid met een lexicografische rangschikking: het is in de eerste plaats een marktconomie *bijgestaan* door de overheid.

Al met al blijkt de economische keuze voor een marktconomie vergelijkbaar te zijn met de politieke keuze voor een democratie. Daarom als afsluiting van dit eerste deel van mijn betoog een variatie op de uitspraak van Winston Churchill, geïnspireerd door Adam Smith: ‘The market economy is the worst form of economy, except for all those other forms that have been tried from time to time.’<sup>26</sup>

## **Economisch mededingingstoezicht**

Dames en heren, ik ben beland bij het tweede deel van mijn oratie. In dit deel ga ik in op de juridisering en dreigende politisering van het mededingingstoezicht. Mededingingstoezicht wordt in Nederland uitgeoefend door de Nederlandse Mededingingsautoriteit – de NMa – en door de Europese Commissie. Zij zien erop toe dat er geen kartels worden gevormd, dat er door fusies geen al te machtige bedrijven ontstaan en dat bedrijven die machtig zijn geen misbruik maken van die macht. Dat is geen gemakkelijke taak. Ondernemers hebben een natuurlijke neiging om marktmacht na te streven; een rustig leven is immers te prefereren boven meedogenloze mededinging.<sup>27</sup> Dat mededingingstoezicht echt wel ergens over gaat, blijkt bijvoorbeeld uit de hoge boetes die de Europese Commissie de afgelopen vijf jaar heeft opgelegd aan kartels, zo’n tien miljard euro.

Ik zal in dit tweede deel van mijn betoog wederom twee punten maken: ten eerste dat het mededingingstoezicht helaas ten prooi dreigt te vallen aan politieke invloed, en ten tweede dat het mededingingsrecht nog altijd te veel gebaseerd is op procedureel-juridische criteria. Mijn conclusie zal luiden dat de enige manier om politisering van het toezicht te voorkomen, is door te stoppen met het neerleggen van mededingingstoezichttaken bij ministeries, agent-schappen of inspecties en dat de enige manier om de juridisering van het mededingingsrecht te keren het opnemen van het welvaartseconomische criterium in de wet is.

## *Stop politisering van het mededingingstoezicht*

Eerst het punt van dreigende politisering. Er zijn verschillende voorbeelden waaruit blijkt dat de Nederlandse politiek de handhaving van de Mededingingswet tracht te beïnvloeden.<sup>28</sup> Ik noem er hier drie.

Het toezicht op fusies in het onderwijs is ondergebracht bij het ministerie van OCW in plaats van bij de NMa,<sup>29</sup> en bij het toezicht op fusies in de zorg is de NMa sinds een paar maanden verplicht om het oordeel van de Inspectie voor de Gezondheidszorg over zorgspecifieke aspecten mee te nemen. Via het toezicht door de Inspectie komt ook het VWS-beleid het fusietoezicht binnen.<sup>30</sup>

Nu snap ik best dat politici met lede ogen aanzien dat fusiegolven de schaal in het onderwijs en de zorg te zeer vergroten. Maar ik vraag me af of fusietoezicht door een ministerie helpt om fusiegolven in deze semipublieke sectoren tegen te gaan. Zo was er de afgelopen jaren sprake van een fusiegolf tussen woningcorporaties. VROM houdt toezicht op deze fusies<sup>31</sup> en is niet bij machte geweest deze fusiegolf een halt toe te roepen.

In plaats van zich met het toezicht te gaan bemoeien, kan de overheid volgens mij beter het criterium in de wet aanpassen. Het criterium is nu kortweg dat de mededinging niet beperkt mag worden door het ontstaan of versterken van een machtspositie. Er zijn echter situaties waarin door een fusie de concurrentie niet wordt beperkt en er wel sprake is van een negatief effect op de consumentenwelvaart. Neem de onderwijssector. Als gevolg van overheidsregulering is daarin nagenoeg geen sprake van concurrentie. De NMa kan deze fusies dan ook niet tegenhouden – er kan immers geen sprake zijn van beperking van de mededinging als er nagenoeg geen mededinging bestaat. Anderzijds komt steeds meer naar voren uit onderzoek dat de huidige scholen groot genoeg of zelfs te groot zijn. Bij fusies is dan geen sprake van schaalvoordelen, maar van -nadelen. Zo viel in de in december 2009 verschenen *Keuzegids hoger onderwijs* te lezen dat kleine instellingen het beter doen dan grote instellingen.

De standaard zou dan ook moeten zijn dat fusies van een bepaalde omvang niet zijn toegestaan indien de markt niet een bepaalde, nader vast te stellen concurrentie-intensiteit kent. Geef de NMa voor sectoren in transitie naar meer marktwerking dit instrument van de ‘nee tenzij’-toets, dat wil zeggen dat de fusie alleen is toegestaan als er overtuigende voordelen bestaan, in plaats van de huidige ‘ja mits’-toets: ‘Ja, mits er geen machtspositie ontstaat of wordt versterkt’.<sup>32</sup>

Een tweede voorbeeld van de dreigende politisering van het mededingingstoezicht betreft de regulering van de regionale monopolies in de drinkwatersector. Daar waar de regionale netbeheerders in de energiesector wel door een



van de kamers van de NMa worden gereguleerd, houdt de politiek de regulering van watertarieven liever binnenshuis, bij de VROM-inspectie. De inspectie heeft echter geen verstand van tariefregulering. Bovendien staat zo de deur open voor politieke beïnvloeding. Waterbedrijven kunnen via lobbies het toezicht beïnvloeden.

Een laatste voorbeeld van politisering van het mededingingstoezicht is de druk van de Tweede Kamer om in crisistijd het mededingingstoezicht te versoepelen.<sup>33</sup> De Kamerleden Ten Hoopen, Aptroot en Vos hebben in 2008 een wetsvoorstel ingediend om een grotere veilige haven voor MKB-bedrijven te creëren.<sup>34</sup> Bedrijven met een marktaandeel van onder de tien procent, in plaats van vijf procent, zouden hun gang moeten kunnen gaan. Of nu een prijsafpraak wordt gemaakt of de markt wordt verdeeld: het is toegestaan als het marktaandeel maar onder de tien procent ligt. Door toedoen van een wakkere CDA'er en een PvdA'er is de titel van het wetsvoorstel veranderd van 'versoepeling van de uitzondering op het verbod van mededingingsafspraken' in het politiek correcte 'versterking positie leveranciers uit het MKB'.

Kartels ontstaan vaak juist in crisistijd. Daarom is het jammer dat de politiek nu vraagt om een toegeeflijker mededingingstoezicht. De politiek lijkt bovendien te zijn vergeten dat niet alleen MKB-bedrijven, maar ook de consument last heeft van de crisis. Hoge kartelprijzen helpen de consument niet. Hoe dan ook, het wetsvoorstel zit nu al een tijdje in de schriftelijke voorbereidingsfase in de Eerste Kamer. Voordat het eenmaal wet is, is de crisis al grotendeels voorbij.

De NMa handhaaft de Mededingingswet. De NMa staat als zelfstandig bestuursorgaan op veilige afstand van de politiek. Mededingingstoezicht kan alleen effectief zijn als deze buiten de politieke invloedssfeer blijft; het toezicht mag niet beïnvloed kunnen worden door partijpolitieke dagkoersen.

### *Echte economisering van het mededingingsrecht*

Dan mijn tweede punt: de toepassing van het mededingingstoezicht juridiseert – dit in weerwil van de pogingen die zijn ondernomen om de toepassing van het mededingingsrecht te economiseren.<sup>35</sup>

Wat betekent economisering van het mededingingsrecht? In juridische geschriften<sup>36</sup> wordt meestal aangenomen dat met de term 'economische benadering' wordt bedoeld op het bij de beoordeling betrekken van de economische omstandigheden waarin de partijen opereren. Economisering betekent echter meer dan dat. Echte economisering wil zeggen dat de beoordeling van de mededingingseffecten gemaakt wordt op basis van economische criteria. Het uiteindelijke economische criterium is welvaart, in dit geval consumentenwelvaart,

dat wil zeggen de welvaart van afnemers of gebruikers, of nog preciezer de eindafnemers of de eindgebruikers.<sup>37, 38</sup>

Een van de voordelen om consumentenwelvaart als criterium te nemen en niet totale welvaart, is dat het mededingingsrecht dan eenduidiger kan worden toegepast. Er kan niet de ene keer vanuit consumentenperspectief worden gekeken en dan weer vanuit producentenperspectief (met als gevaar dat niet concurrentie maar concurrenten worden beschermd).

Het doel van de Mededingingswet – of breder: het mededingingsrecht – is het beschermen van mededinging. Economisch gezien is dat vreemd, omdat mededinging geen doel op zich is, maar slechts een middel om consumentenwelvaart te vergroten. Daar zit het grote verschil met juristen. Zij passen de wet toe, en in de wet staat dat de mededinging niet mag worden beperkt. Het juridische criterium is met andere woorden de mededingingsbeperking. Welvaartseffecten spelen juridisch gezien geen rol<sup>39, 40</sup> – dit ondanks de mooie speeches van Pieter Kalbfleisch<sup>41</sup> en Neelie Kroes<sup>42</sup> en ondanks de verlichte toelichting in de richtsnoeren,<sup>43</sup> waarin wordt benadrukt dat het doel van het mededingingsrecht het vergroten van consumentenwelvaart is.

In het recente arrest in de GlaxoSmithKline-zaak is nog eens bevestigd dat bescherming van consumentenwelvaart inderdaad geen doel is van het mededingingsrecht.<sup>44</sup> In deze zaak ging het om algemene voorwaarden die GlaxoSmithKline – een producent van farmaceutische producten – aan Spaanse groothandelaren oplegde. Voor bepaalde geneesmiddelen werden verschillende prijzen afgesproken, al naargelang de groothandelaren de betrokken geneesmiddelen in Spanje doorverkochten of ze naar andere EU-lidstaten uitvoerden. Het doel was de parallelhandel in medicijnen te beperken. Het Hof stelt dat het er bij de beoordeling van deze overeenkomst niet om gaat ‘de belangen van de concurrenten of van de consumenten te beschermen, maar om de structuur van de markt en daarmee de mededinging *als zodanig* veilig te stellen’ (zie Box 1).

*Box 1: Consumentenwelvaart is geen doel van het mededingingsrecht*

GlaxoSmithKline arrest, punt 62-64: ‘Uit die bepaling [artikel 101 lid 1] blijkt geenszins dat alleen de overeenkomsten die de gebruikers bepaalde voordelen ontnemen, een mededingingsbeperkende strekking kunnen hebben. Voorts zij gewezen op de rechtspraak van het Hof, dat artikel 81 EG [tegenwoordig artikel 101 VWEU], zoals ook de overige mededingingsregels van het Verdrag, niet uitsluitend is bedoeld om de belangen van de concurrenten of van de consumenten te beschermen, maar om de structuur van de

markt en daarmee de mededinging als zodanig veilig te stellen. Bijgevolg is er niet eerst sprake van een overeenkomst met een mededingingsbeperkende strekking wanneer de eindgebruikers de voordelen van een doeltreffende mededinging uit het oogpunt van bevoorrading en prijzen worden ontnomen. [...] Door het bestaan van een mededingingsbeperkende strekking afhankelijk te maken van het bewijs dat de overeenkomst nadelen met zich brengt voor de eindgebruikers en door niet het bestaan van een dergelijke strekking vast te stellen ten aanzien van deze overeenkomst, heeft het Gerecht dus blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.’

*Is er verschil tussen ‘beschermen van mededinging’ en ‘beschermen van consumentenwelvaart’?*

De vraag is of er veel verschil zit tussen het juridische beoordelingscriterium ‘beschermen van mededinging’ en het economische criterium ‘beschermen van consumentenwelvaart’. In theorie waarschijnlijk niet. Er zijn weinig situaties waarin mededinging de welvaart van consumenten verlaagt.

In theorie is het verschil dan misschien niet erg groot, maar in de praktijk is het verschil groter. Een voorbeeld is de zaak over de NMa-boetes voor prijsafspraken tussen psychologen.<sup>45</sup> De vier ondernemersverenigingen van psychologen (NIP, LVE, NVP en NVVP)<sup>46</sup> gaven in de periode van 1998 tot en met 2002 tariefadviezen aan hun leden. De NMa legde in 2004 boetes op van in totaal 445 duizend euro.

De zaak kwam uiteindelijk terecht bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven – het CBb. Daar ontspoon zich een juridisch-formele discussie over de vraag of deze tariefadviezen nu wel of niet tot doel kunnen hebben de mededinging te beperken. De NMa vond van wel en de branche-organisaties vonden van niet. En het CBb vond dat de NMa niet heeft aangetoond dat mededinging wordt beperkt door de tariefadviezen. Natuurlijk heeft de rechter gelijk door te zeggen dat bij deze prijsafpraak effectonderzoek noodzakelijk is, iets wat de NMa niet heeft gedaan, maar helaas is er in het uiteindelijke oordeel van de rechter geen plaats voor consumentenwelvaart.

Het CBb concludeerde namelijk dat, omdat prijs geen rol speelt bij het kiesgedrag, een eventuele prijsverhoging als gevolg van tariefafspraken de concurrentie niet beperkt. Ook al is het waar dat de prijs voor patiënten vaak geen overweging is om te kiezen voor een bepaalde psycholoog – omdat die keuze vaak wordt gemaakt door de huisarts, en die kiest niet op prijs maar op reputatie –, dan nog kunnen prijsverhogingen de consumentenwelvaart wel verla-

gen. Patiënten betalen immers een hogere eigen bijdrage voor de behandeling en verzekerden zullen hogere verzekeringspremies moeten gaan betalen. Als de rechter consumentenwelvaart had moeten meenemen in zijn overwegingen, dan zou hij de hogere eigen bijdragen en premies erbij hebben moeten betrekken. Na de uitspraak van het CBB schold de NMa in maart 2009 de boetes kwijt.<sup>47</sup> Uit perspectief van consumentenwelvaart is deze gang van zaken te betreuren.

### *Oorzaken voor het verschil tussen 'beschermen van mededinging' en 'beschermen van consumentenwelvaart'*

Hoe komt het eigenlijk dat er in praktijk een verschil bestaat tussen het 'beschermen van mededinging' en het 'beschermen van consumentenwelvaart'? Daarvoor zijn denk ik twee hoofdoorzaken aan te wijzen. Ten eerste is het juridisch gezien niet mogelijk om de voor- en nadelen van een fusie of een afspraak tegelijk, dus integraal, te bekijken en ten tweede heeft de in de voorbije jaren ontstane jurisprudentie geleid tot het werken met checklists, waardoor het gezond verstand wat in de verdrukking is gekomen.

Om het punt van de integrale afweging te verduidelijken, neem ik als voorbeeld het Europese kartelverbod. Tegenwoordig is dat artikel 101 van het Werkingverdrag.<sup>48</sup> Sinds 2004 is het mogelijk om een efficiëntieverweer te voeren. Daardoor kan een kartel legaal zijn als het per saldo meer voordelen dan nadelen met zich meebrengt. Helaas mogen de voor- en nadelen niet gelijktijdig worden afgewogen, maar moeten eerst de nadelen worden beoordeeld (onder artikel 101 lid 1). Pas als vaststaat dat sprake is van een mededingingsbeperking mogen eventuele voordelen worden meegewogen (onder artikel 101 lid 3). Deze tweetraps staat een integrale welvaartseconomische afweging in de weg.<sup>49</sup>

Er moet met andere woorden eerst schuldig worden gepleit voordat een efficiëntieverweer gevoerd kan worden. Gegeven de begrijpelijke tegenzin van de meeste mededingingsadvocaten om schuldig te pleiten en gegeven de onzekerheid over de acceptatie van het efficiëntieverweer door de toezichthouder, zijn er nauwelijks succesvolle efficiëntieverweren gevoerd.<sup>50, 51</sup>

Mijn conclusie is dat de tweetrapsraket van artikel 101 lid 1 en lid 3 van het Werkingverdrag in de praktijk niet werkt. De lat ligt gewoonweg te hoog. Dat zit 'm zowel in de strikte juridische voorwaarden (zie Box 2) als in meer praktische problemen. Zo is er onvoldoende ruimte voor kostenbesparingen op de wat langere termijn en voor efficiënties die moeilijk te kwantificeren zijn, zoals kwaliteitsverbeteringen.<sup>52</sup> Bovendien ligt de bewijslast voor het voldoen aan de voorwaarden van het efficiëntieverweer bij de marktpartijen. De partijen moeten bewijzen dat de afspraak onmisbaar is voor het behalen van de efficiëntiewinst; er is dus geen minder concurrentie beperkende afspraak die net zo effi-

ciëntieverhogend is. Vervolgens moeten de partijen bewijzen dat een billijk aandeel van de efficiëntiewinsten ten goede komt aan de gebruikers en eindgebruikers. Omdat de Europese Commissie prioriteit geeft aan bescherming van concurrentie boven mededingingsbevorderende efficiëntiewinsten<sup>53</sup> is dat geen sinecure.<sup>54</sup>

*Box 2: Lat ligt te hoog voor het efficiëntieverweer*

Sinds 1 mei 2004 is een direct efficiëntieverweer mogelijk.<sup>55</sup> Dat wil zeggen dat in reactie op een bewering dat een overeenkomst negatieve effecten heeft, gesteld kan worden dat dat weliswaar zo kan zijn, maar dat het netto effect positief is; het woord ‘netto’ betekent dat er een afweging mogelijk is tussen voor- en nadelen. De juridische grond daarvoor is gelegen in artikel 101 lid 3 WVEU. Voor een ontheffing van het verbod geldt een vier-stap-pentoets met vier cumulatieve voorwaarden. Eerst zijn er twee ‘positieve’ voorwaarden (‘die bijdragen tot verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang’) en dan tweede ‘negatieve’ voorwaarden:

- ‘mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt,
- en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen (a) beperkingen op te leggen welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn, (b) de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen’.

De tweede reden voor het verschil tussen het juridische criterium van het ‘beschermen van mededinging’ en het economische criterium van het ‘beschermen van consumentenwelvaart’ is dat de jarenlange, vaak juridische toepassing van het mededingingsrecht het zicht op welvaartseffecten heeft vertroebeld. Door het denken in checklists is het criterium ‘beperking van de mededinging’ een eigen leven gaan leiden, los van het welvaartseffect. Zo is het begrip ‘mededingingsbeperking’ in het kartelverbod opgeknipt in allerlei deelvarianten: merkbare versus niet-merkbare beperkingen, doelbeperkingen versus gevolgbeperkingen en noodzakelijke versus niet-noodzakelijke beperkingen, plus allerlei combinaties die het – in ieder geval voor een econoom – nog ingewikkelder maken (zie Box 3).

Economisch gezien gaat het om een gedraging of afspraak die de concurrentie beperkt en *daardoor* de consumentenwelvaart vermindert.<sup>56</sup> Of de concu-

rentiebeperking nu het doel, het gevolg of de hoofd- of de bijzaak is, maakt voor die economische beoordeling niks uit.

*Box 3: Juristen hebben van het begrip ‘mededingingsbeperking’ een beetje een ratjetoe gemaakt*

#### *Merkbare en niet-merkbare beperkingen*

Niet alle mededingingsbeperkingen vallen onder het kartelverbod van artikel 101 WVEU; alleen kartels met een merkbaar effect zijn verboden.<sup>57</sup> Dit berust op het beginsel ‘de minimis non curat praetor’ (een rechter houdt zich niet bezig met futiliteiten). In de ‘de minimis-bekendmaking’ zijn marktaandeeldrempels vastgesteld die als indicatie voor de toepassing van het merkbaarheids criterium dienen. Sinds de zaak van de Bredase notarissen kunnen doelbeperkingen niet merkbaar zijn.<sup>58</sup>

#### *Doelbeperking*

Er is sprake van een doelbeperking als een overeenkomst tot doel heeft de mededinging te beperken. Als de overeenkomst een concurrentiebeperkende doelstelling heeft, valt zij onder het verbod van art. 101 lid 1 WVEU *zonder* dat de concrete gevolgen ervan in aanmerking hoeven te worden genomen.<sup>59</sup> Doelbeperkingen zijn ‘hardcore’- (harde kern) beperkingen. De bekendste voorbeelden daarvan zijn prijsafspraken, productiebeperking en marktverdeling.

#### *Gevolgbeperving*

Een gevolgbeperving is een gedraging of afspraak die niet tot doel heeft de mededinging te beperken, maar die wel een onbedoelde beperking van de mededinging tot gevolg heeft. Gevolgbepervingen vallen dus ook onder het kartelverbod.

#### *Noodzakelijke en niet noodzakelijke beperkingen*

Bij sommige zaken zijn een ‘hoofdbeding’ en ‘nevenbedingen’ aan de orde. Denk aan een franchiseovereenkomst met daaraan verbonden afspraken die beletten dat de door de franchisegever overgedragen know-how en verleende bijstand ten goede komen aan concurrenten.<sup>60</sup> Stel dat het ‘hoofdbede-

ding' niet problematisch is onder het kartelverbod en dat het 'nevenbeding' op zich wel mededingingsbeperkend is, maar tegelijk noodzakelijk is voor het kunnen verwezenlijken van het 'hoofdbeding'. In dat geval is het 'nevenbeding' niet verboden.

In de psychologenzaak van daarnet nam de NMa het checklijstje ter hand en vroeg zij zich af of er sprake is van een doel- of een gevolgbeperking. Ze oordeelde dat sprake is van een doelbeperking, oftewel van een afspraak die tot doel heeft de concurrentie te beperken. Dat is een hardcore kartel dat *per definitie* verboden is; nader onderzoeken hoeft niet. Zelfs als een doelbeperking niet tot gevolg heeft dat de mededinging wordt beperkt, dan nog is deze verboden. Natuurlijk zijn er ook gedragingen en overeenkomsten waarvan keer op keer is gebleken dat deze mededingingsbeperkende effecten hebben. Uit het oogpunt van procesefficiëntie is er dan wel wat voor te zeggen om een categorie 'per se illegal' te onderscheiden.<sup>61</sup> Dat moet echter niet te snel gebeuren.

Een voorbeeld om dit te verduidelijken. In het T-Mobile arrest<sup>62</sup> ging het om informatie-uitwisseling tussen de Nederlandse mobiele telecom-operators over het verlagen van de standaard dealervergoedingen. De NMa stelde een prijsafpraak vast – een doelbeperking –, maar deed geen nader onderzoek naar de gevolgen van de afspraak voor de consument.

De NMa legde de telecom-operators in 2002 een boete op van in totaal 88 miljoen euro. Nadat de marktpartijen hiertegen bezwaar aantekenden, verlaagde de NMa in 2004 de boetes overigens tot iets meer dan 52 miljoen euro.<sup>63</sup> De telecom-operators gingen daarop in beroep bij de rechter. Omdat de laatste twijfelde of de snelle route via de doelbeperking wel mogelijk is, vroeg hij advies aan het Europese Hof. Wat volgde is een juridisch-formalistische overweging, namelijk of het juridisch gezien nu wel of niet geoorloofd is om van een doelbeperking te spreken als er geen directe link bestaat tussen het overleg van de operators en de consumentenprijs, maar alleen tussen het overleg en de dealervergoeding. De mogelijke voordelen of nadelen voor eindafnemers krijgen geen plek in deze overweging. Toch zou het kunnen zijn dat, als lagere provisies aan dealers worden betaald, de prijs voor de consument daalt. Deze zaak laat zien dat het denken in checklists een afweging op grond van consumentenwelvaart in de weg kan staan.

## *De oplossing: aanpassing van het mededingingsrecht*

Hoe kan deze juridisering in de toepassing van het mededingingsrecht worden gestopt? Naar mijn mening is de enige oplossing hiervoor om het welvaarts-criterium in de wet op te nemen. Nu ben ik maar econoom en geen jurist, laat staan een wetgevingsjurist. Desalniettemin heb ik een poging gewaagd.

In de papieren versie van mijn oratie heb ik alle drie basisartikelen in het mededingingsrecht aangepast: het kartelverbod (artikel 101 WVEU; Box 4), het verbod op misbruik van een economische machtspositie (artikel 102 WVEU; Box 5) en de fusietoets (artikel 2 van de concentratieverordening; Box 6). Hier bespreek ik alleen het herijkte kartelverbod. Daarna is de rest namelijk niet meer zo spannend.

In Box 4 ziet u het huidige kartelverbod dat uit drie onderdelen bestaat: in lid 1 de beschrijving van wat een mededingingsbeperking – een kartel – is, in lid 2 de nietigheid van kartels en in lid 3 de voorwaarden voor een efficiëntieverweer.

Wat heb ik gedaan met het kartelverbod? Drie dingen. Ten eerste heb ik als voorwaarde in lid 1 opgenomen dat, om onder het kartelverbod te vallen, volstaan moet worden aan drie in plaats van twee voorwaarden: onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke

- de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en
- ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst én – deze derde voorwaarde voeg ik toe –
- de welvaart van (eind)gebruikers verlagen.

De derde voorwaarde is het welvaartseconomische criterium. *Alleen* mededingingsbeperkingen die ten koste gaan van consumentenwelvaart, kunnen onder het kartelverbod vallen.

Ten tweede heb ik lid 3 – de tweede trap, het stukje op basis waarvan een efficiëntieverweer gevoerd kan worden – helemaal weggehaald. Dat kan omdat ik de afweging van welvaartseffecten heb verplaatst naar lid 1, waar ik het welvaartseconomische criterium heb opgenomen. De tweetrapsraket is daarmee verdwenen en de integrale welvaartseconomische afweging is een feit.

De voorwaarden die eerst in lid 3 stonden, heb ik uit het wetsartikel verwijderd; die zou ik als toelichting in richtsnoeren opnemen. Voordeel is ook dat lid 2 over de nietigheid van kartels dan op een logischer plek staat, namelijk als laatste en niet meer tussen de twee treden van de tweetrapp in.



Tot slot heb ik de vijf voorbeelden van kartels uit de wettekst gehaald. Deze zou ik ook naar richtsnoeren willen verplaatsen. Nu gaat in de wet vrij veel aandacht naar die voorbeelden, terwijl het gaat om het verbod zelf.<sup>64</sup> Bovendien zijn sommige voorbeelden wat tijdgebonden.

### *Mededingingskosten-batenanalyse*

Door het welvaarts criterium op te nemen, worden de welvaartseffecten van mededingingsbeperkingen gewogen. Het klopt dat dit ten koste gaat van de voorspelbaarheid van de uitkomst van een zaak. De rechtsonzekerheid neemt toe.<sup>65</sup> Het klopt ook dat consumentenwelvaart moeilijk te meten is, maar dat geldt net zo goed voor het meten of wel of geen sprake is van een mededingingsbeperking.

Er is een instrument dat bij uitstek geschikt is om welvaartseffecten af te wegen: de maatschappelijke kosten-batenanalyse, ofwel de MKBA. Omdat juristen discussiëren over de vraag of er in het mededingingsrecht ruimte is om niet-mededingingsbelangen, zoals zorg, milieu en cultuur, af te wegen, is het misschien beter om een andere benaming voor MKBA te nemen. Om verwarring te voorkomen, zou *mededingingskosten-batenanalyse* een betere benaming zijn, omdat deze duidelijk maakt dat de ingangseis van de afweging van welvaartseffecten de *mededingingsbeperking* is.<sup>66</sup> Er is dus geen sprake van een verbreding naar publieke belangen, zoals milieu, want dat zou maar leiden tot vervuiling van het kartelverbod. Het mededingingsrecht is alleen bedoeld om problemen met marktmacht op te lossen. Andere vormen van marktfalen dient de overheid met ander beleid op te lossen.<sup>67</sup> De NMa is de Nederlandse Mededingingsautoriteit en niet de Nederlandse Marktfaalautoriteit.<sup>68</sup>

*Box 4: Herijking van het kartelverbod: welvaarts criterium erin, tweetrap eruit*

*Het huidige artikel 101 WVEU (ex artikel 81)*

1. Onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst en met name die welke bestaan in:

- a. het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden,
  - b. het beperken of controleren van de productie, de afzet, de technische ontwikkeling of de investeringen,
  - c. het verdelen van de markten of van de voorzieningsbronnen,
  - d. het ten opzichte van handelspartners toepassen van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berekenend bij de mededinging,
  - e. het afhankelijk stellen van het sluiten van overeenkomsten van de aanvaarding door de handelspartners van bijkomende prestaties welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.
2. De krachtens dit artikel verboden overeenkomsten of besluiten zijn van rechtswege nietig.
  3. De bepalingen van lid 1 van dit artikel kunnen echter buiten toepassing worden verklaard
    - voor elke overeenkomst of groep van overeenkomsten tussen ondernemingen,
    - voor elk besluit of groep van besluiten van ondernemersverenigingen, en
    - voor elke onderling afgestemde feitelijke gedraging of groep van gedragingen die bijdragen tot verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen
      - a. beperkingen op te leggen welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn,
      - b. de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.

*Het aangepaste artikel 101 WVEU (ex artikel 81)*

Artikel 101 WVEU (ex artikel 81)

1. Onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke
  - de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en

- ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst EN
  - WELKE DE WELVAART VAN (EIND)GEBRUIKERS VERLAGEN.
2. De krachtens dit artikel verboden overeenkomsten of besluiten zijn van rechtswege nietig.

Plus toevoeging in richtsnoeren:

Toevoeging van het welvaarts criterium in lid 1 betekent dat het verbod van lid 1 niet geldt voor

- elke overeenkomst of groep van overeenkomsten tussen ondernemingen,
- elk besluit of groep van besluiten van ondernemersverenigingen, en
- elke onderling afgestemde feitelijke gedraging of groep van gedragingen

die bijdragen tot verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen

- a. beperkingen op te leggen welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn,
- b. de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.

Plus toevoeging in richtsnoeren van:

Een onder lid 1 bedoelde gedraging of gedraging kan bestaan uit:

- a. het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden,
- b. het beperken of controleren van de productie, de afzet, de technische ontwikkeling of de investeringen,
- c. het verdelen van de markten of van de voorzieningsbronnen,
- d. het ten opzichte van handelspartners toepassen van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkend bij de mededinging,
- e. het afhankelijk stellen van het sluiten van overeenkomsten van de aanvaarding door de handelspartners van bijkomende prestaties welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.

*Box 5: Herijking van het verbod op misbruik van een economische machtspositie*

*Het huidige artikel 102 WVEU (ex artikel 82)*

Onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden, voor zover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, is het, dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan.

Dit misbruik kan met name bestaan in:

- a. het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden,
- b. het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de verbruikers,
- c. het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmede nadeel berokkenend bij de mededinging,
- d. het feit dat het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden door de handelspartners van bijkomende prestaties, welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.

*Het aangepaste artikel 102 VWEU (ex artikel 82)*

Onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden, voor zover – de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, EN

– DE WELVAART VAN (EIND)GEBRUIKERS DAARDOOR ONGUNSTIG WORDT BEÏNVLOED,

is het, dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan.

Plus toevoeging in richtsnoeren van:

Dit misbruik kan met name bestaan uit

- a. het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden,
- b. het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de verbruikers,

- c. het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging,
- d. het feit dat het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden door de handelspartners van bijkomende prestaties, welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.

### *Box 6: Herijking van de fusietoets*

*Het huidige artikel 2 van de EG-Concentratieverordening (139/2004)*

#### Artikel 2: Beoordeling van concentraties

1. Concentraties in de zin van deze verordening worden aan de hand van onderstaande bepalingen getoetst op hun verenigbaarheid of onverenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt. Bij die beoordeling houdt de Commissie rekening met
  - a. de noodzaak, op de gemeenschappelijke markt de daadwerkelijke mededinging te handhaven en te ontwikkelen in het licht van, met name, de structuur van alle betrokken markten en van de bestaande of potentiële mededinging van binnen of buiten de Gemeenschap gevestigde ondernemingen;
  - b. de marktpositie van de betrokken ondernemingen, hun economische en financiële macht, de keuzemogelijkheden van leveranciers en afnemers, hun toegang tot voorzieningsbronnen en afzetmarkten, het bestaan van juridische of feitelijke hinderpalen voor de toegang tot de markt, de ontwikkeling van de vraag naar en het aanbod van de betrokken producten en diensten, de belangen van de tussen- en eindverbruikers, alsmede de ontwikkeling van de technische en economische vooruitgang voor zover deze in het voordeel van de consument is en geen belemmering vormt voor de mededinging.
2. Concentraties die de daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan niet op significante wijze zouden belemmeren, met name door een machtspositie in het leven te roepen of te versterken, moeten verenigbaar verklaard worden met de gemeenschappelijke markt.

3. Concentraties die de daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze zouden belemmeren, met name als het resultaat van het in het leven roepen of versterken van een machtspositie, moeten onverenigbaar verklaard worden met de gemeenschappelijke markt.
4. Indien de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming die een concentratie vormt in de zin van artikel 3, de coördinatie beoogt of tot stand brengt van het concurrentiegedrag van ondernemingen die onafhankelijk blijven, dan wordt die coördinatie beoordeeld overeenkomstig de criteria van artikel 101, leden 1 en 3, VWEU, teneinde vast te stellen of de transactie al dan niet verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt.
5. Bij die beoordeling houdt de commissie onder meer rekening met
  - het significant en gelijktijdig actief blijven van twee of meer oprichtende ondernemingen op dezelfde markt als die van de gemeenschappelijke onderneming, of op een downstream- of upstreammarkt van laatstgenoemde markt, of op een nauw met die markt verbonden aangrenzende markt,
  - de mogelijkheid die aan de betrokken ondernemingen wordt gegeven om, via de coördinatie die het rechtstreekse gevolg is van de oprichting van de gemeenschappelijke onderneming, de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken producten en diensten uit te schakelen.

*Het aangepaste artikel 2 van de EG-Concentratieverordening (139/2004)*

(alleen aanpassingen in lid 1 sub a, lid 3 en lid 4):

1. Concentraties in de zin van deze verordening worden aan de hand van onderstaande bepalingen getoetst op hun verenigbaarheid of onverenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt. Bij die beoordeling houdt de Commissie rekening met
  - a. de noodzaak, op de gemeenschappelijke markt de daadwerkelijke mededinging te handhaven en te ontwikkelen MET HET OOG OP DE BEVORDERING VAN DE WELVAART VAN (EIND)GEBRUIKERS, in het licht van, met name, de structuur van alle betrokken markten en van de bestaande of potentiële mededinging van binnen of buiten de Gemeenschap gevestigde ondernemingen;
  - b. de marktpositie van de betrokken ondernemingen, hun economische en financiële macht, de keuzemogelijkheden van leveranciers en afnemers, hun toegang tot voorzieningsbronnen en afzetmarkten,

het bestaan van juridische of feitelijke hinderpalen voor de toegang tot de markt, de ontwikkeling van de vraag naar en het aanbod van de betrokken producten en diensten, de belangen van de tussen- en eindverbruikers, alsmede de ontwikkeling van de technische en economische vooruitgang voor zover deze in het voordeel van de consument is en geen belemmering vormt voor de mededinging.

2. Concentraties die de daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan niet op significante wijze zouden belemmeren, met name door een machtspositie in het leven te roepen of te versterken, moeten verenigbaar verklaard worden met de gemeenschappelijke markt.
3. Concentraties die de daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze zouden belemmeren, met name als het resultaat van het in het leven roepen of versterken van een machtspositie, EN DE WELVAART VAN (EIND-) GEBRUIKERS ZOULDEN VERLAGEN moeten onverenigbaar verklaard worden met de gemeenschappelijke markt.
4. Indien de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming die een concentratie vormt in de zin van artikel 3, de coördinatie beoogt of tot stand brengt van het concurrentiegedrag van ondernemingen die onafhankelijk blijven, dan wordt die coördinatie beoordeeld overeenkomstig de criteria van artikel 101 VWEU, teneinde vast te stellen of de transactie al dan niet verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt.
5. Bij de beoordeling, houdt de commissie onder meer rekening met
  - het significant en gelijktijdig actief blijven van twee of meer oprichtende ondernemingen op dezelfde markt als die van de gemeenschappelijke onderneming, of op een downstream- of upstreammarkt van laatstgenoemde markt, of op een nauw met die markt verbonden aangrenzende markt,
  - de mogelijkheid die aan de betrokken ondernemingen wordt gegeven om, via de coördinatie die het rechtstreekse gevolg is van de oprichting van de gemeenschappelijke onderneming, de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken producten en diensten uit te schakelen.

## Afsluiting

Dames en heren, ik sluit af. De mevrouw in de mooie Bentley met de sticker op haar bumper heeft *geen* gelijk. Mijn pleidooi voor een welvaartseconomische onderbouwing van marktwerkingsbeleid is geen pleidooi voor marktwerking en verder niets, is geen pleidooi voor alleen maar de vrije markt. Marktwerking is en blijft moeilijk. Het is altijd een kwestie van maatwerk en het afwegen van mogelijkheden en onmogelijkheden. De markt en de overheid zijn bovendien sterk verweven. Waar het om gaat, is dat goed onderbouwde keuzes over de mate van verwevenheid nodig zijn. De welvaartseconomische benadering helpt bij het onderbouwen van die keuzes.

Op dit moment is marktwerking dusdanig gepolitiseerd dat het een door moralisme overgoten modegril is geworden. Maar in tegenstelling tot de mens is de markt niet noodzakelijk goed of slecht. En de eigenschappen van marktwerking zijn tijdloos en niet aan mode onderhevig. De enige manier om het marktwerkingsbeleid te objectiveren, is het met welvaartseconomische argumenten te onderbouwen. De keuze om de onderbouwing van marktwerkingsbeleid bij de markt te beginnen, is geen ideologische keuze. Het is een methodologische keuze die voorkomt dat de beleidsontwikkeling stukloopt op een cirkelredenering zonder besliscriterium, wat resulteert in willekeur en een te grote rol voor de overheid.

In mijn oratie heb ik uitgelegd waarom een welvaartseconomische onderbouwing van marktwerkingsbeleid alsook van het mededingingsrecht belangrijk is. Mededinging is een onmisbaar onderdeel van marktwerking. Net als bij marktwerking is het doel van mededinging het vergroten van maatschappelijke welvaart, of eigenlijk van consumentenwelvaart. Dit welvaarts criterium komt echter niet voor in het mededingingsrecht. Formeel-juridische criteria spelen daardoor een hoofdrol in de toepassing van het mededingingsrecht. Om verdere jurisdisering te stoppen, is een wetswijziging nodig, zodat het welvaartseconomische criterium de plaats krijgt die het in het mededingingsrecht verdient.

## Dankwoord

Tot slot wil ik graag een aantal mensen bedanken. Dat zijn op de eerste plaats het College van Bestuur van de Universiteit van Amsterdam en de besturen van de Faculteit Economie en Bedrijfskunde en van SEO Economisch Onderzoek. Ik dank u voor het in mij gestelde vertrouwen en zal mij inspannen om zo productief mogelijk invulling te geven aan mijn leerstoel.



Dan mijn collega's en oud-collega's bij SEO. Beste SEO'ers, SEO is een heerlijke plek om te werken, en dat is natuurlijk mede aan jullie te danken. Allemaal creatieve, eigenwijze mensen die het leuk vinden om economie toe te passen en die een scherp debat over economie zelfs bij het koffiezetapparaat niet uit de weg gaan.

Ook bedank ik graag Jan Lambooy en Bernard van Praag die beiden als promotor van mijn proefschrift aan de basis van mijn wetenschappelijke carrière hebben gestaan. Jan, je leerde me dat de functie van wetenschap ook is om twijfel te zaaien. 'Er is geen waarheid', zeg je altijd. 'Twijfel dus altijd als je denkt er een gevonden te hebben.' Bernard, van jou leerde ik empirisch onderzoek te doen, van vraagmethoden als vignetten tot en met de econometrische analyse.

Dan een woord van dank aan Weijer VerLoren van Themaat. Weijer, hartelijk dank dat je bereid was om met mij over de herijking van het kartelverbod te praten. Onze gesprekken laten zien dat het reuze meevalt met de spraakverwarring tussen economen en juristen.

Veel dank ben ik verschuldigd aan Jules Theeuwes. Jules, ik werk heel graag met je samen, zowel in de dagelijkse zaken bij SEO als bij het schrijven van publicaties. Met name deel 1 van mijn oratie is door veel van ons gezamenlijk werk geïnspireerd.<sup>69</sup> Ik ben erg blij dat je na je afscheid van de faculteit bij SEO blijft en hoop dat je nog tot lang na je 65ste bij ons blijft en dat wij nog lang zullen samenwerken.

Willem, Elies, Aernout en Claire, lieve familie. Ook aan jullie veel dank, voor jullie interesse en steun. Jullie zijn de basis van waaruit ik gevormd ben, niet als econoom maar wel als mens.

En dan tot slot mijn drie heren De Lange. Lieve Olav, mijn grote liefde. En lieve Maarten en Jelle, onze dierbare jongens. Het is niet de bijdrage aan deze oratie waar ik jullie voor bedank. Nee, meestal leiden jullie mij juist af van mijn werk. Maar die afleiding is waar het om gaat, zonder jullie afleiding zou er niks aan zijn. Uit jullie put ik de energie en het plezier om te doen wat ik doe. Mijn leven met jullie is een feest.

Ik heb gezegd.

## Noten

1. [www.avanigroup.com/car-stickers-estore/detail/there-is-no-government-like-no-government-bumper-s-BoooFBPDRY](http://www.avanigroup.com/car-stickers-estore/detail/there-is-no-government-like-no-government-bumper-s-BoooFBPDRY).
2. Stigler (1987) definieert ‘mededinging’ als volgt: ‘A rivalry between individuals (or groups or nations) and it arises whenever two or more parties strive for something that all cannot obtain.’
3. Economie is een wetenschap die bestudeert hoe schaarse middelen verdeeld zouden moeten worden, zodat de behoeften van mensen optimaal bevredigd worden en de welvaart gemaximaliseerd wordt. Merk op dat het economische begrip ‘welvaart’ zeer breed is gedefinieerd: het betreft alles wat de behoeften van mensen beïnvloedt en waarvoor schaarse, alternatief aanwendbare middelen nodig zijn. Het andere economische woord voor ‘welvaart’ is nut. Omdat nut niet goed meetbaar is, wordt het begrip welvaart in het dagelijkse spraakgebruik ook wel gelijkgesteld aan financiële welvaart; dat is echter een veel enger begrip dan het economische begrip welvaart.
4. De Amerikaanse president Obama erkent dat als hij in zijn inaugurele rede stelt dat: ‘Nor is the question before us whether the market is a force for good or ill. Its power to generate wealth and expand freedom is unmatched, but this crisis has reminded us that without a watchful eye, the market can spin out of control [...]’
5. Marktwerking spoort overigens vaak met het realiseren van het maatschappelijk belang. Belangen van werknemers, aandeelhouders en consumenten lopen bij marktwerking vaak parallel. Zo neemt in bedrijven met tevreden werknemers de arbeidsproductiviteit toe. Hogere productiviteit vertaalt zich in hogere lonen, meer winst en lagere prijzen.
6. In de gedachte van het ‘tweede fundamentele welvaartstheorema’ hoeft overigens niet elke herverdeling tot welvaartsverlies te leiden. Heeft een samenleving besloten hoe de maatschappelijk optimale welvaartsverdeling eruitziet, dan kan marktwerking worden ingezet om dat te bereiken. Vanuit de gewenste maatschappelijke optimale welvaartsverdeling kan worden teruggerekend naar die initiële verdeling van middelen die daarbij hoort. Vervolgens doet marktwerking de rest. Omdat de overheid in de praktijk faalt bij het bepalen van deze verdeling en in het bijsturen van de markt, en omdat overheidsgrijpen de werking van de markt ‘afremt’, ontstaan er kosten van herverdeling.
7. Okun (1975) schreef: ‘The money must be carried from the rich to the poor in a leaky bucket. Some of it will simply disappear in transit, so the poor will not receive all the money that is taken from the rich.’
8. Jacobs (2008). De *gemiddelde* kosten van gelijkheid zijn lager dan de marginale kosten van gelijkheid, namelijk tien tot vijftien cent van het totale inkomen.
9. Er bestaan nogal wat misverstanden over marktwerking in de publieke sectoren. Als in de publieke sector het prijsmechanisme uitgeschakeld is en er geen concurrentie bestaat, dan is er ook geen sprake van marktwerking. Voorbeelden daarvan zijn de politie, rechtbank, Nederlandse Spoorwegen en gemeentelijke loketten. Zie: Baarsma en Theeuwes (2009a).
10. Friedman (1962).

11. Het starten met denken vanuit de markt betekent dat de overheid – bij wijze van gedachte-experiment – wordt weggedacht. Alleen dan kan bepaald worden waar het fout gaat op de markt. Het overheidsingrijpen kan dan specifiek richten op die fouten en de markt verder zijn werk laten doen. Het wegdenken van de overheid moet natuurlijk niet te letterlijk worden opgevat, want de overheid wordt nog steeds geacht te zorgen voor de handhaving van institutionele voorwaarden waarbinnen markten kunnen functioneren. Het gaat erom de overheid uit de specifieke, te onderzoeken markt weg te denken.
12. Stel dat de onderbouwing van nieuw beleid zou beginnen bij de overheid, iets wat bijvoorbeeld juristen en bestuurskundigen doorgaans doen, dan wordt al het bestaande overheidsingrijpen beschouwd als gegeven, zonder dat duidelijk wordt welk dieper liggend probleem daarmee wordt opgelost.
13. Dit uitgangspunt staat verwoord in WRR (2000). Teulings et al. (2003) beschreven in reactie daarop dat niet alleen de politiek bepaalt wat publieke belangen zijn, maar dat de wetenschap hier ook iets over te zeggen heeft.
14. Baarsma (2009c en d, 2010).
15. Ze zijn subjectief van aard, maar worden – mits duidelijk geëxpliciteerd – toch wel binnen de definitie van het publiek belang gebracht, gewoonweg omdat het begrip ‘publiek belang’ dan beter toepasbaar is in de dagelijkse praktijk.
16. De markt is geen ‘zero sum game’. Het devies ‘de winst van de een, is het verlies van de ander’ gaat niet op, want zowel de koper en verkoper hebben baat bij de markt. Van een biertje worden de dorstige klant en de uitbater van het café beter. Verder werkt marktwerking efficiëntie in de hand, waardoor geen schaarse middelen worden verspild in een wereld van schaarste.  
Een ander voordeel is dat marktwerking innovatie in de hand werkt. In een poging steeds meer winst te maken, worden ondernemers geprikkeld om te innoveren. Innovatie is belangrijk. Welvaart groeit immers niet door steeds meer van hetzelfde te maken, want dan zouden economieën nog altijd gebaseerd zijn op paarden en postkoetsen. Schumpeter (1942, p. 67) zei het heel mooi: ‘The capitalist achievement does not typically consist in providing more silk stockings for queens but in bringing them within the reach of factory girls in return for steadily decreasing amounts of effort.’
17. De meeste economen dreunen het rijtje met vormen van marktfalen op alsof ze in de Duitse les de naamvallen repeteren. Gelukkig zijn het er maar vier, dus echt moeilijk is het niet. De eerste is marktmacht: consumenten die te hoge prijzen betalen of slechte kwaliteit krijgen, omdat de aanbieder nauwelijks concurrenten heeft. De tweede vorm van marktfalen is externe effecten: te veel milieuvervuiling of te weinig vraag naar onderwijs, omdat het prijsmechanisme niet alles prijst. Als derde zijn er informatieproblemen: de marktpartij met de beste informatie kan profiteren van de onwetendheid van de ander. Tot slot faalt de markt bij de productie van publieke goederen: goederen waarvan je kunt profiteren zonder ervoor te betalen, zoals het leger of dijken.
18. Het concept ‘volledig vrije mededinging’ wordt voornamelijk beschreven in de neoklassieke literatuur (impliciet al in werk van Léon Walras en later expliciet door Arthur Pigou). De volledig vrije mededingingsmarkt is bedacht als theoretische benchmark. Zo’n markt genereert maximale welvaart. Op elke markt zijn veel

- bedrijven, met elk hetzelfde homogene product, volledige informatie over prijzen en kwaliteit voor alle vragers en alle aanbieders, voor nu en 2057. In dit marktmodel komt de marktprijs tot stand door het anonieme krachtenspel en interactie van alle vragers en alle aanbieders op die markt. Individueel heeft niemand invloed op de uitkomst van de markt. De marktprijs is voor elke vrager en aanbieder gegeven. Tegen die prijs kan hij elke gewenste hoeveelheid kopen en verkopen.
19. Zie industriële organisatie tekstboeken over concurrerende Cournot- en zeker Bertrand-modellen. Wanneer er in een duopolie markt weinig beperkingen zijn aan het marktaandeel dat aanbieders op korte termijn zouden kunnen veroveren, zal intensieve prijsconcurrentie het gevolg zijn. In de theoretische karikatuur mondt deze zogeheten 'Bertrand-concurrentie' uit in een situatie die voor de afnemer niet verschilt van een markt met talloze aanbieders, waarin de prijzen tenderen naar de marginale kosten. Specifiek overheidsingrijpen door prijs- of toegangsregulering is in dat geval niet nodig, ondanks het feit dat er slechts twee spelers actief zijn.
  20. Uit studies van Phillippe Aghion en anderen blijkt zelfs dat concurrentiële oligopolisten het gunstigst zijn voor innovatie en product vernieuwing. Zie bijv. een studie uit 2005 naar de relatie tussen innovatie en concurrentie. Zie voor Nederland Jan Boone & Eric van Damme (2004). Zie ook: Baumol (2002, 2007).
  21. De theoretische verwachtingen ten aanzien van het introduceren of versterken van marktwerking is dat dit leidt tot lagere prijzen en/of hogere kwaliteit, meer innovatie en tevreden consumenten. Het theoretische bewijs dat marktwerking leidt tot optimale welvaart begon bij het vermoeden van Adam Smith (1776) over de optimale werking van de onzichtbare hand. Dat leidde uiteindelijk bijna tweehonderd jaar later tot het bewijs van het bestaan en van de optimaliteit van het algemeen evenwicht van een markteconomie (Arrow en Hahn, 1971).
  22. Zie bijvoorbeeld: Asafei et al. (2008); Bartel & Harrison (2005); Boardman & Vining (1989); Disney et al. (2003); Estrin & Angelucci (2003); Griffith (2001); Kay (2002); Lundsgaard (2002); Megginson & Netter (2001); Nickell (1996); Okten & Arin (2006); Ramaswamy (2001); Rees (1988); Shleifer, 1998; Srinivasan & Jagannathan (1999); Vining & Boardman (1992). Ook het recentelijk door EZ uitgevoerde onderzoek naar de resultaten van marktwerking is overwegend positief (ministerie van EZ, 2008).
  23. Clifford Winston (2006) laat in zijn boek over overheids- versus marktfalen zien dat wanneer de overheid ingrijpt om marktfalen te corrigeren, de kosten van het overheidsingrijpen vaak groter zijn dan de baten. Het medicijn van het overheidsingrijpen veroorzaakt regelmatig meer welvaartsverlies dan de ziekte van het marktfalen.
  24. Arrow (1963) geeft vijf minimeisen waaraan een collectieve beslissing moet voldoen: Pareto optimaliteit (niet iedereen mag beter af zijn met een andere uitkomst), Non-dictatorship, Unrestricted domain (alle preferenties moeten kunnen), Rationality and Irrelevance of Irrelevant alternatives (de beslissing mag geen last hebben van irrelevante voorstellen). Hij toont aan dat geen enkele collectieve beslissing tegelijkertijd aan deze vijf eisen kan voldoen. Zo kan er een maatschappelijke keuzeregule worden opgesteld. Aan de hand daarvan kunnen beslissingen worden genomen over wat maatschappelijk van belang is, maar die zijn dan bijvoorbeeld

- niet gebaseerd op het individuele welvaartsniveau van burgers of kunnen nooit tot een Pareto-optimale situatie leiden. In die zin faalt een overheid altijd. Wel kan worden aangetoond dat een collectieve regel mogelijk is als een van de vijf eisen wegvalt.
25. Bokito is trouwens een product van de overheid (dierentuin) en niet van de markt (natuur). Op wikipedia staat te lezen dat hij werd geboren in de Berlijnse dierentuin Zoologisch Gärten. Zijn vader is de gorilla Derrick, zijn moeder M'penzi. Omdat zijn moeder onvoldoende naar hem omkeek, werd hij grootgebracht door verzorgers. Hij kreeg de fles, droeg een luier en at pizza met zijn verzorgers.
  26. De originele quote van Churchill luidt: 'Democracy is the worst form of government, except for all those other forms that have been tried from time to time.' Uit een House of Commons-speech gehouden op 11 november 1947.
  27. Zie de bekende quote van John Hicks (1935): 'The best of all monopoly profits is a quiet life.' Zoals Frank Easterbrook (rechter bij de US Court of Appeals, 7th Circuit) daar in 1986 aan toevoegt: 'Competition is harder than you think. The desire to make a buck leads people to undermine monopolistic practices.' Adam Smith zag in 1776 ook al in dat mededingingstoezicht geen sinecure is: 'People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices. It is impossible indeed to prevent such meetings, by any law which either could be executed, or would be consistent with liberty and justice. But though the law cannot hinder people of the same trade from sometimes assembling together, it ought to do nothing to facilitate such assemblies; much less to render them necessary.'
  28. Baarsma (2009a).
  29. In de Regeling fusie- en splitsingstoets BVE is vastgelegd dat onderwijsinstellingen die willen fuseren een fusie-effectenrapportage moeten opstellen. Deze rapportage wordt met een bewijs van toestemming, onder andere van leraren, ter goedkeuring aan de minister van OCW voorgelegd. Alleen als die overtuigd is dat de voordelen van de fusie opwegen tegen de nadelen, zoals beperking van keuzevrijheid in bepaald gebied, is de fusie toegestaan.
  30. Beleidsregel van de minister van Economische Zaken houdende bijzondere regels betreffende concentraties van zorgaanbieders.
  31. Zie het Besluit beheer sociale huursector en MG-circulaire 2002-18, mededeling inzake aanpassing statuten.
  32. Baarsma (2008).
  33. Zie voor alle relevante Kamerstukken: [www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/31531\\_initiatiefvoorstel\\_ten](http://www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/31531_initiatiefvoorstel_ten).
  34. Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 31 531, nr. 3.
  35. Zo heeft modernisering per 1 mei 2004 (Verordening 1/2003) niet geleid tot een meer economisch mededingingstoezicht, terwijl dat wel de verwachting was. Ook in academische papers wordt gepleit voor verdergaande economisering van het mededingingstoezicht. Zie bijv. een artikel uit 2003 van Timothy Muris, voorzitter van de Federal Trade Commission.
  36. Dit gaat al terug op zaak 56/65 Société de La Technique Minière, Jur. 1966, 392: 'Het komt in art. 85 van het e.e.g.-verdrag aan op beoordeling van de gevolgen

- ener overeenkomst in het licht der economische feiten; enig vooroordeel met betrekking tot een door haar rechtskarakter bepaalde groep overeenkomsten mag daarin niet worden gelezen.’ In zaak C-399/93, Oude Luttikhuis, Jur. 1995, p. I-4515, ov. 10 wordt de economisering in wat moderner taalgebruik toegelicht: ‘Bij de toetsing van een concreet geval aan artikel 81 lid 1 EG dienen de criteria van deze bepaling te worden gedefinieerd met inachtneming van de economische context waarin de ondernemingen opereren, de producten of diensten waarop de overeenkomsten betrekking hebben, de structuur van de betrokken markt en de werkelijke omstandigheden waaronder deze functioneert.’
37. Er bestaat discussie onder economen of dat consumentenwelvaart of totale welvaart moet zijn, maar het is in ieder geval duidelijk dat het om welvaart gaat en niet om mededinging als zodanig. Motta (2004) gaat uit van het criterium totale welvaart, dus welvaart van de producenten en consumenten. Omdat de belangen van consumenten en producenten tegengesteld kunnen zijn, kiezen de meeste economen echter voor consumentenwelvaart als criterium bij mededingingsbeleid. Het mededingingsrecht heeft als doel de allocatieve, productieve en dynamische efficiëntie te bevorderen en te zorgen dat de mededinging effectief is in het doorgeven van deze efficiëntie (welvaart) aan consumenten. Adam Smith benadrukte ook al het consumentenbelang: ‘Consumption is the sole end and purpose of production; and the intent of the producer ought to be attended to, only so far as it may be necessary for promoting that of the consumer.’ De producent bestaat dus bij de gratie van de consument.
  38. In juridische termen wordt dat vaak aangeduid met de welvaart van gebruikers die er rechtstreeks of onrechtstreeks door geraakt zijn, dus klanten van de partijen bij de overeenkomst en de volgende kopers. Zie de richtsnoeren betreffende de toepassing van het kartelverbod (het oude artikel 81, lid 3), van het Verdrag (2004/C 101/08), nr. 84 voor een uitgebreide beschrijving: ‘Het begrip “gebruikers” omvat alle rechtstreekse of onrechtstreekse gebruikers van de producten die door de overeenkomst worden gedekt, onder wie producenten die de producten als grondstof gebruiken, groothandelaren, detailhandelaren en eindgebruikers, d.w.z. natuurlijke personen die voor doeleinden handelen die niet als hun handel of beroep worden beschouwd.’ Uiteindelijk gaat het om de welvaart van eindgebruikers.
  39. In artikel 101 lid 3 VWEU wordt wel als randvoorwaarde gesteld dat ‘een billijk aandeel in [...] voordelen de gebruikers ten goede komt’, maar het bevorderen van de welvaart van deze gebruikers is geen doel.
  40. Voor de Raad van State was de primaire nadruk op het in stand houden van concurrentie in plaats van het beschermen van consumenten reden om een aparte Consumentenautoriteit op te tuigen. Terwijl het veel meer voor de hand ligt om het consumentenbeleid bij de NMa onder te brengen, zoals ook het geval in bijvoorbeeld in het Verenigd Koninkrijk en de VS. Tweede Kamer, vergaderjaar 2005-2006, 30 411, nr. 4, p. 2.
  41. Pieter Kalbfleisch: ‘While we all agree that consumer welfare should be at the heart of competition policy, we often disagree about how that should be done. [...] To conclude, the enhancement of consumer welfare, both short and long term should be to the forefront when we are applying competition law.’ Citaat uit speech die Pieter Kalbfleisch in 2009 hield in Innsbruck:

www.nmanet.nl/Images/Consumer%20welfare,%20innovation%20and%20competition%20Innsbruck%20februari%202009\_tcm16-124493.pdf

42. Neelie Kroes: 'Consumer welfare is now well established as the standard the Commission applies when assessing mergers and infringements of the Treaty rules on cartels and monopolies.' Citaat uit toespraak uit 2005, 'European Competition Policy – Delivering Better Markets and Better Choices', SPEECH/05/512. Zie <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/512&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en>.
43. Met de richtsnoeren betreffende de toepassing van het kartelverbod (het oude artikel 81, lid 3) van het Verdrag (2004/C 101/08) werd de economische benadering heel erg mooi verwoord: 'Doel van artikel 81 is de concurrentie op de markt te vrijwaren als middel om de welvaart van de gebruikers te vergroten en om voor een doelmatige middelenallocatie te zorgen. Concurrentie en marktintegratie zijn een middel voor het bereiken van deze doelstellingen, omdat de totstandbrenging en het behoud van een open interne markt bijdraagt tot een doelmatige middelenallocatie binnen de Gemeenschap – in het belang van de gebruikers' (nr. 13).
44. Gevoegde zaken C 501/06 P, C 513/06 P, C 515/06 P en C 519/06 P, 6 oktober 2009, Hof van Justitie.
45. Uitspraak van 6 oktober 2008, NMA versus Nederlands Instituut van Psychologen e.a. (NIP), LJN-nr. BF8820, zaak nr. AWB 06/667.
46. Deze afkortingen staan voor Nederlands Instituut van Psychologen, Landelijke Vereniging van Eerstelijnspsychologen, Nederlandse Vereniging voor Psychotherapie en Nederlandse Vereniging van Vrijgevestigde Psychotherapeuten.
47. De reden is dat het nader onderzoeken van deze zaak te veel capaciteit van de NMA zou vergen. Omdat alleen NIP, NVVP en LVE bezwaar hebben gemaakt tegen het NMA besluit en de NVP niet, heeft de NMA de boete voor de NVP niet kwijtgescholden. Zie zaak 6684/27.
48. Officieel het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (kortweg: VWEU). Voor december 2009 was dat artikel 81 van het EG-Verdrag.
49. Er zijn zaken waarin de tweetrap uit artikel 81 al voorzichtig wordt losgelaten. Een voorbeeld is de Göttrup-Klim-zaak (zaak C-250/92, 15 december 1994, Jur. 1994, p. I-5641). In deze zaak weegt het Hof de voor- en nadelen delen van een exclusieve inkooporganisatie van leden van een coöperatie (Dansk Landbrugs Grovvarereselskab AmbA) gegeven de mededingingssituatie op de markt. Volgens het Hof kan de inkoop samenwerking een tegenwicht vormen tegen de macht van grote producenten. Het exclusieve karakter van de samenwerking is volgens het Hof noodzakelijk – niet mededingingsbeperkend – voor zover nodig om de onderhandelingspositie jegens de grote producenten te waarborgen: 'Dankzij de gezamenlijke inkoop van landbouwbasisproducten kan de coöperatie immers, met name in bepaalde sectoren, het overwicht van de producenten-leveranciers bij de sluiting van overeenkomsten compenseren' [nr. 18; onderstreping BB]. In de meeste zaken wordt de integrale afweging (ook wel de *rule of reason*) afgewezen. Twee voorbeelden zijn:
  1. Zaak T 328/03, O2 (Germany) GmbH & Co. OHG, Jur. 2006, II-1231. Rn. 69 : 'Een dergelijke beoordelingsmethode, in het bijzonder wat het onderzoek be-

treft van de mededingingssituatie die zonder de overeenkomst zou hebben bestaan, houdt evenwel niet in dat de positieve en de negatieve gevolgen van de overeenkomst voor de mededinging worden afgewogen, en vormt dus geen toepassing van een rule of reason, die volgens de gemeenschapsrechter in het kader van artikel 81, lid 1, EG niet geldt.’

2. Zaak T-112/99 *Métropole télévision e.a. (Métropole télévision II)*, Jur 2001, II-2459, nr. 72 : ‘Volgens verzoeksters impliceert het bestaan van een rule of reason in het communautaire mededingingsrecht, dat in het kader van de toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag de positieve en negatieve gevolgen van een overeenkomst voor de mededinging tegen elkaar moeten worden afgewogen ten einde te bepalen of die overeenkomst onder het in dat artikel gestelde verbod valt. Allereerst moet worden opgemerkt dat, anders dan verzoeksters betogen, de rechterlijke instanties van de Gemeenschap het bestaan van een dergelijke regel als zodanig niet hebben erkend.’  
In deze zaak (rn. 74) staat een drogredenering om afwijzing van de integrale afweging af te wijzen: als de afweging al in artikel 101 lid 1 zou plaatsvinden, verliest lid 3 zijn nuttig effect. Is dat erg? De wet is er toch niet om de wet?
50. De Zeeuwse ziekenhuisfusie is de eerste horizontale fusiezaak waarin efficiëntieverweer succesvol en beslissend was (NMa zaak 6424, 25 maart 2009). Door de fusie tussen ziekenhuis Walcheren (Vlissingen en Walcheren) en de Oosterscheldeziekenhuizen (Goes en Zierikzee) ontstond een monopolie in de relevante ziekenhuismarkt. Dat betekent dat de mededinging volledig wordt uitgesloten, en om in aanmerking te komen voor een efficiëntieverweer mag dat niet (zie laatste voorwaarde in Box 2). Het efficiëntieverweer bestaat uit de stelling dat de fusie noodzakelijk is uit het oogpunt van kwaliteit en continuïteit van de ziekenhuiszorg in Midden Zeeland. Dat is echter geen efficiëntieverweer, maar eerder een *failing firm defence*.
51. Een zaak waarin efficiëntieverweer is toegepast, is de zaak-Piau naar aanleiding van een klacht van spelersmakelaar Laurent Piau (Zaak T-193/02 Laurent Piau, Jur. 2005, II-209). De zaak handelt over een verplichte licentie van de FIFA voor iedereen die als voetbalmakelaar aan de slag wil. In punt 104 stelt het Gerecht dat voldaan is aan de voorwaarden in lid 3. Het beroep van Laurent Piau tegen de FIFA is daarom afgewezen.
52. Zie Baarsma (2009b), de bespreking van probleem 4.
53. Mededeling van de Commissie. Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag PB C 2004, 101/97, nr. 105.
54. Luc Gyselen gaf in oktober 2009 op het jaarcongres mededingingsrecht aan dat het een goed idee zou zijn om de bewijslast meer richting de Amerikaanse *rule of reason*\* te brengen. Het blijft dan aan de ondernemingen om aan te tonen dat hun overeenkomst efficiëntiewinsten ten voordele van de consument zal teweegbrengen, maar als zij daarin slagen, keert de bewijslast en dient een klager of een toezichthouder aan te tonen dat er een minder beperkend alternatief was. Ik denk echter dat dat niet genoeg is om het efficiëntieverweer tot leven te brengen en om de integrale afweging van voor- en nadelen te bewerkstelligen.  
\* Het kartelverbod in de Amerikaanse Sherman Act verbiedt ‘agreements, conspiracies or trusts in restraint of trade’. De rechter heeft dat aangepast tot de toets of sprake is van overeenkomsten ‘unreasonably restraining trade’. Hierin zit de *rule of*



- reason* – in de zin van het afwegen van voor- en nadelen van de overeenkomst – al besloten.
55. Verordening (eg) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag.
  56. Baarsma (2010b).
  57. HvJEG 9 juli 1969, zaak 5/69 (Völk / Vervaecke), Jur. 1969, 295, r.o. 7; HvJEG 12 september 2000, gev. zaken C-180-184/98 (Pavlov), Jur. 2000, I-6541, r.o. 94-97.
  58. Rb Rotterdam, 18 juni 2003, X / d-g NMa (Notarissen Breda); CBb, 12 maart 2004, 1. A., 2. d-g NMa / uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 18 juni 2003 in het geding tussen 1. en 2. (Notarissen Breda).
  59. HvJEG 13 juli 1966, gev. zaken 56 & 58/64 (Consten & Grundig), Jur. 1966, 450. Zie ook: Mededeling van de Commissie. Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag PB C 2004, 101/97, randnrs. 19 e.v.
  60. Dit voorbeeld is gebaseerd op: HvJEG 28 januari 1986, zaak 161/84 (Pronuptia), Jur. 1986, 353.
  61. Ik zie daarbij twee belangrijke verschillen met het concept van de doelbeperking. Ten eerste gaat het in het geval van per se illegality om gedragingen of overeenkomsten die (vrijwel) altijd de mededinging beperken (het gaat dus niet om het doel, maar om het effect). Ten tweede is per se illegality alleen dan aan de orde als de rechtbank aanzienlijke ervaring heeft met het beoordelen van de effecten van de betreffende gedraging of overeenkomst. Als in verschillende zaken met soortgelijke kenmerken is aangetoond dat een bepaalde gedraging de mededinging beperkt (zonder dat daar noemenswaardige voordelen tegenover staat), dan is het niet nodig om dat in de betreffende zaak nog een keer te doen. Dit impliceert nog altijd een op effecten gebaseerde benadering. Immers: geen per se illegality zonder uitgebreid effectonderzoek in soortgelijke zaken. Dit lijkt op wat in de wetenschapsfilosofie 'inductie' heet: het afleiden van zo algemeen mogelijke regels ('alle zwanen zijn wit') uit een verzameling specifieke gevallen ('ik heb 100 keer een zwaan gezien die wit was en niet een keer een zwaan die zwart was'). Zie Baarsma & Poort (2009).
  62. T-Mobile Netherlands e.a., Hof van Justitie, 4 juni 2009, zaak C-8/08.
  63. Zie: besluit 27 september 2004, zaak 2658.
  64. De voorbeelden zijn ook niet opgenomen in het Nederlandse kartelverbod, artikel 6 Mw.
  65. Breyer (2009) geeft mooi aan dat de behoefte aan rechtszekerheid vernieuwingen in het mededingingsrecht in de weg staat: 'The law is a conservative institution. Courts must protect those who have relied upon prior law and prior approaches. Thus, courts ordinarily will rightly hesitate to adopt a new approach to an important body of law – at least until the relevant members of the public, acting through other institutions, themselves seem to have found the new approach acceptable.'
  66. Een kartel goedkeuren omdat het goed is voor het milieu? Dat kan zolang de aanleiding om de zaak te bekijken maar een mogelijke beperking van de mededinging blijft en niet het milieuprobleem.
  67. Zie Houdijk (2009) en Van Damme (2001). De reden voor al deze verwarring ligt in de Métropole télévision I zaak (Gevoegde zaken T-528/93, T-542/93, T-543/93 en T-546/93, Jur. 1996, II-649). In nr. 118 wijst het Gerecht op het volgende: 'In het

kader van een algemene beoordeling kan de Commissie zich voor het verlenen van een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag stellig baseren op overwegingen betreffende het algemeen belang.' Deze formulering zet de deur open naar allerlei vervagende interpretaties van het doel van het kartelverbod. De richtsnoeren bij artikel 81(3) zijn echter duidelijk (nr. 42): 'Doelstellingen die worden nagestreefd met andere Verdragsbepalingen kunnen in aanmerking worden genomen in zoverre zij onder de vier voorwaarden van artikel 81, lid 3, kunnen worden begrepen.' Als niet-mededingingsbelangen niet passen binnen de vier cumulatieve voorwaarden in lid 3, kunnen ze niet worden meegewogen in artikel lid 1.

Een strikte toepassing van het kartelverbod betekent niet dat mededinging boven andere publieke belangen gaat. Zo vallen overheidsmaatregelen buiten het kartelverbod (het kartelverbod ziet alleen toe op gedrag van ondernemingen). Dus een wettelijke vaste boekenprijs mag wel, maar een privaat boekenprijskartel niet.

Bovendien is in het Albany arrest een uitzondering gecreëerd voor afspraken die in het kader van CAO's zijn gemaakt (zaak C-67/96, Jur. 1999, I-5751). Dit is in artikel 16 van de Mededingingswet opgenomen. Ook collectieve pensioenregelingen vallen buiten het kartelverbod.

68. Ook al doet haar missie – 'markten laten werken' – veronderstellen dat 'NMa' wel degelijk staat voor 'Nederlandse Marktfalen autoriteit'.
69. Baarsma & Theeuwes (2009a, b en c).



## Literatuur

- Aghion, Ph., N. Bloom, R. Blundell, R. Griffith & P. Howitt (2005), Competition and innovation: an inverted-U relationship, *Quarterly journal of Economics*, mei, pp. 701-728
- Arrow, K. (1963), *Social Choice and Individual Values*, New York: John Wiley & Sons, Inc. (tweede druk)
- Arrow, K. & F. Hahn (1971), *General Competitive Analysis*, Edinburgh: Oliver and Boyd
- Asaftei, G., S.C. Kumbhakar & D. Mantescu (2008), Ownership, business environment and productivity change, *Journal of Comparative Economics*, 36 (3), pp. 498-509
- Baarsma, B.E. (2008), Fusietoezicht op Not for Profits, *TPE Digitaal*, 2 (4), pp. 54-80
- Baarsma, B.E. (2009a), Geen politisering mededingingstoezicht, *Economisch Statistische Berichten*, 94 (4563), 26 juni, p. 413
- Baarsma, B.E. (2009b), Fusietoezicht: ICT-proof?, in: W. VerLoren van Themaat (red.), *Ontwikkelingen Mededingingsrecht 2008*, Zwijndrecht: Elsevier, pp. 89-117
- Baarsma, B. (2009c), Quotum voor topvrouwen is volstrekt onnodig, *NRC Handelsblad*, 30 september, p. 7
- Baarsma, B.E. (2009d), 'Maakbaarheid vraagt om weerbaarheid', lezing uitgesproken bij de tweede Verwey-Jonker/SER lezing, 8 oktober, Den Haag
- Baarsma, B. (2010a), Paternalistische profielen in het vwo, *NRC Handelsblad*, 11 januari, p. 7
- Baarsma, B.E. (2010b), Oproep tot herziening van het kartelverbod, in: W. VerLoren van Themaat (red.), *Ontwikkelingen Mededingingsrecht 2009*, Zwijndrecht: Elsevier. Nog te verschijnen
- Baarsma, B.E. & J. Poort (2009), Mededingingseconomisch perspectief op het leerstuk van de doelbeperking: Toepassing op het BIDS Arrest, *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*. 15 (2), maart, pp. 50-58
- Baarsma, B.E. & J.J.M. Theeuwes (2009a), Over marktwerking en een efficiënte publieke sector, *Socialisme & Democratie*, 66 (10), themanummer 'De zichtbare hand. Conditie voor marktwerking in de publieke sector', pp. 20-28
- Baarsma, B.E. & J.J.M. Theeuwes (2009b), Publiek belang en marktwerking: argumenten voor een welvaartseconomische aanpak, in: E. van Damme en M.P. Schinkel (red.), *Marktwerking en publieke belangen: Preadviezen 2009*, Amsterdam: Koninklijke Vereniging voor de Staathuishoudkunde, pp. 23-51
- Baarsma, B. & J. Theeuwes (2009c), Het mes, de markt en de moraal, *Topics*, december, p. 3
- Bartel, A.P. & A.E. Harrison (2005), Ownership Versus Environment: Disentangling the Sources of Public-Sector Inefficiency, *Review of Economics and Statistics*, 87 (1), pp. 135-147
- Baumol, W.J. (2002), *The free-market innovation machine: analyzing the growth miracle of capitalism*, New Jersey: Princeton University Press

- Baumol, W.J., R.E. Litan & C.J. Schramm (2007), *Good capitalism, bad capitalism, and the economics of growth and prosperity*, New Haven: Yale University Press
- Boardman, A.E. & A.R. Vining (1989), Ownership and performance in competitive environments, *Journal of Law and Economics*, 32, pp. 1-33
- Boone, J. & E. van Damme (2004), Markstructuur en innovatie, in: B. Jacobs & J.J.M. Theeuwes (red.), *Innovatie in Nederland – De markt draait en de overheid faalt*, pp. 71-92, Amsterdam: Koninklijke Vereniging voor de Staathuishoudkunde Pre-adviezen 2004
- Bos, W. (2010), *De derde weg voorbij*, 21<sup>ste</sup> Den Uyl Lezing, Amsterdam, 25 januari
- Breyer, S. (2009), Economic reasoning and judicial review, *Economic Journal* 119 (februari): F123-F135
- Damme, van E. (2001), Op de welvaartseconomie gebaseerd mededingingsbeleid, in: J.W. van de Gronden & K.J.M. Mortelmans (red.), *Mededinging en niet-economische belangen*, Deventer: Kluwer, pp. 55-57
- Disney, R., J. Haskel & Y. Heden (2003), Restructuring and productivity growth in UK manufacturing, *Economic Journal*, 113, pp. 666-694
- Easterbrook, F.H. (1986), Workable antitrust policy, *Michigan Law Review*, vol. 84: pp. 1700-1701
- Estrin, S. & M. Angelucci (2003), Ownership, Competition and Enterprise Performance, *Comparative Economic Studies*, 45 (2), pp. 173-191
- Friedman, M. (1962), *Capitalism and Freedom*, Chicago: University of Chicago Press
- Griffith, R. (2001), *Product Market Competition, Efficiency and Agency Costs: An Empirical Analysis*, Londen: The Institute For Fiscal Studies, working paper WP01/12
- Hicks, J.R. (1935), Annual survey of economic theory: The theory of monopoly, *Econometrica* (januari), pp. 1-20
- Houdijk, J. (2009), *Publieke belangen in het mededingingsrecht: een onderzoek in vijf domeinen*, Deventer: Kluwer
- Jacobs, B. (2008), *De prijs van gelijkheid*, Amsterdam: Bert Bakker
- Jaffe, W. (1954), *Elements of Pure Economics, or the theory of social wealth*. Translated and annotated by William Jaffe, Londen: Allen and Unwin (oorspr.: L. Walras (1874), *Éléments d'économie politique pure, ou théorie de la richesse sociale*)
- Kay, J. (2002), *The Business of Economics*, Oxford University Press
- Lundsgaard, J. (2002), *Competition and efficiency in publicly funded services*, Parijs: OECD Working Paper, nr. 331
- Meggison, W. & J. Netter (2001), From State to Market: A Survey of Empirical Studies on Privatization, *Journal of Economic Literature*, 39 (juni), pp. 321-389
- Ministerie van Economische Zaken (2008), *Onderzoek marktwerkingsbeleid*, Den Haag
- Muris, Th.J. (2003), Improving the economics foundations of competition policy, *George Mason Law Review*, 12 (1), p. 1-30
- Nickell, S. (1996). Competition and corporate performance, *Journal of Political Economy*, 104, pp. 724-746

- Okten, C. & K.P. Arin (2006), The Effects of Privatization on Efficiency: How Does Privatization Work? *World Development*, 34 (9), pp. 1537-1556
- Okun, A. (1975). *Equality and Efficiency: The Big Trade-off*, Washington D.C.: Brookings Institution
- Pigou, A.C. (1932), *The Economics of Welfare* (vierde druk), Londen: MacMillan and Co.
- Ramaswamy, K. (2001), Organizational ownership, competitive intensity, and firm performance: an empirical study of the Indian Manufacturing sector, *Strategic Management Journal*, 22, pp. 989-998
- Rees, R. (1988), Inefficiency, public enterprise and privatisation, *European Economic Review*, 32, pp. 422-431
- Schumpeter, J.A. (1942), *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York: Harper and Row
- Shleifer, A. (1998), State versus private ownership, *Journal of Economic Perspectives*, 12 (4), pp. 133-150
- Smith, A. (1776), *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*
- Srinivasan, S.B. & R. Jagannathan (1999), *Does Product Market Competition Reduce Agency Costs*. Zie <http://ssrn.com/abstract=181166>
- Stigler, G.J. (1987). Competition, in: J. Eatwell, M. Milgate en P. Newman (red.), *The New Palgrave. A Dictionary of Economics*, Londen: Macmillan
- Teulings, C.N., A.L. Bovenberg & H.P. van Dalen (2003), *De calculus van het publieke belang*, Den Haag: Kenniscentrum voor Ordeningsvraagstukken
- Vining, A. & A. Boardman (1992), Ownership versus competition: efficiency in public enterprise, *Public Choice*, 73, pp. 205-239
- Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (2000), *Het borgen van publiek belang*. WRR rapporten aan de regering, 56, Den Haag: Sdu uitgevers
- Winston, C. (2006), *Government Failure versus Market Failure*, Washington D.C.: AEI-Brooking Joint Center for Regulatory