



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Moeilijke marktwerking en meedogenloze mededinging: een welvaartseconomisch perspectief

Baarsma, B.E.

Published in:
TPEdigitaal

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Baarsma, B. (2010). Moeilijke marktwerking en meedogenloze mededinging: een welvaartseconomisch perspectief. TPEdigitaal, 4(1), 147-176.

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: Een welvaartseconomisch perspectief

Barbara Baarsma

Marktwerking is een middel om welvaart te verhogen. Een middel dat vaak werkt, maar ook faalt. Op dit moment is marktwerking dusdanig gepolitiseerd dat het een door moralisme overgoten modegril is geworden. In tegenstelling tot de mens is de markt echter moreel noch immoreel. En de eigenschappen van marktwerking zijn tijdloos. De enige manier om het marktwerkingsbeleid te objectiveren, is het met welvaartseconomische argumenten te onderbouwen.

Net als bij marktwerking is het doel van mededinging het vergroten van de welvaart, of eigenlijk de welvaart van consumenten. Dit welvaarts criterium komt echter niet voor in het mededingingsrecht. Formeel-juridische criteria spelen daardoor een hoofdrol in de toepassing van het mededingingsrecht. Een wetswijziging is nodig om verdere juridisering te stoppen. Hierdoor krijgt het welvaartseconomische criterium de plek die het in het mededingingsrecht verdient.

Al weer 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.

Ondanks dat ik econoom ben en dan ook nog eens een die marktwerking en mededinging bestudeert, heb ik toch geen sticker op mijn bumper geplakt, ook al zijn die voor slechts 2 dollar 95 via internet te krijgen. 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.

Dit artikel is een pleidooi voor de welvaartseconomische 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.

1 Moeilijke marktwerking¹

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: marktwerking is een neutraal en tijdloos begrip dat helaas is gepolitiseerd en gemoraliseerd.
- Ten tweede: het startpunt bij het vormgeven van marktwerkingsbeleid is de markt en niet de overheid.

Ik zal concluderen dat de enige manier om marktwerking terug te brengen tot wat het is – namelijk een middel om 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

¹ Een deel van paragraaf 1 is door gezamenlijk werk met Jules Theeuwes geïnspireerd. Baarsma en Theeuwes (2009a, b en c).

hoogste ethische waarden aan hun zijde hebben. Maar in tegenstelling tot de mens is de markt moreel noch immoreel.

Toch geven tegenstanders van marktwerking de markt de schuld van ongerechtvaardigde verrijking, overdreven bureaucrativering, ondeugdelijke dienstverlening en ongunstige arbeidsvoorwaarden. Het zakelijke argument achter deze vaak wat emotionele uitspraken is dat de markt tot maatschappelijk ongewenste resultaten kan leiden. Zo kan de markt tot een ongewenste verdeling tussen groepen mensen leiden. Maar herverdeling tussen deze groepen mensen is niet gratis. Okun (1975) 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. Jacobs (2008) becijferde dat voor iedere euro die de overheid extra wil herverdelen de maatschappij ongeveer de helft inlevert als welvaartsverlies.

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 Nickell (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 efficiëntieprikkels. 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 met marktwerkingsbeleid op te lossen. Op basis van een economische afweging zou het echter logischer zijn om deze problemen op te lossen met arbeidsmarktbeleid – bijvoorbeeld: herscholing en flexibilisering van de arbeidsmarkt – en niet via de prijs van de postzegel.

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

Een voorbeeld. Gemeenten hebben vele tientallen miljoenen euro's bespaard op de thuiszorg, doordat – kort gezegd – het schoonmaakwerk is aanbesteed en door lager geschoolde krachten (alfa hulpen) 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 Stakhanov. 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.

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 tenminste drie redenen om te starten bij de markt: (i) de mogelijkheid om overheidsingrijpen te legitimeren; (ii) een schone en feitelijke onderbouwing; (iii) de voordelen van marktwerking meenemen

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 (Friedman 1962). 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.

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.

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 het valt onder de verantwoordelijkheid van de overheid omdat het een publiek belang is.² Zo’n redenering zonder besliscriterium 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 – ‘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 keurmerk ‘16 jaar en ouder’ en verplichte profielkeuzes in de derde klas van het vwo (Baarsma 2009c; 2009d; 2010). Herverdeling en paternalisme zijn doorgaans niet met welvaartseconomische argumenten te onderbouwen.³

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. Natuurlijk weten we allemaal – ook economen – dat de markt *altijd* faalt en dat de ideale markt, de volledigvrijemededingingsmarkt, *nooit* voorkomt.

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

² Dit uitgangspunt staat verwoord in WRR (2000). Teulings e.a. (2003) stellen in reactie daarop dat niet alleen de politiek bepaalt wat publieke belangen zijn, maar dat de wetenschap hier ook iets over te zeggen heeft.

³ Ze zijn subjectief van aard, maar worden – mits duidelijk geëxpliciteerd – toch wel binnen de definitie van publiek belang gebracht. Gewoonweg omdat het begrip publiek belang dan beter toepasbaar is in de dagelijkse praktijk.

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 nichespe- lers – we noemen dat een concurrentieel oligopolie. Deze marktform vol- doet dan wel niet aan de ideale markt, maar heeft wel een aantal eigen- schappen dat gunstig is voor de welvaart van consumenten, bijvoorbeeld omdat de prikkels om te innoveren groter zijn dan bij de ideale markt (bijv. Aghion e.a. 2005). In economentaal: een markt die voldoet aan de voor- waarden van volledig vrije mededinging is wel statisch efficiënt – leidt tot de meest optimale verdeling van welvaart – maar is niet dynamisch effici- ent – geeft onvoldoende prikkels voor innovatie en dus voor vergroting van de welvaart.

Ook al bestaat de volledigvrijemededingingsmarkt niet en moeten we het doen met marktformen als concurrentiële oligopolies, toch blijkt uit de vele empirische studies dat ook de – op basis van de theorie – positieve verwachtingen over de effecten van marktwerking in de praktijk gegrond blijken en dat de markt in veel gevallen beter presteert dan de overheid.⁴ 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 bij de markt te beginnen, kunnen de- ze voordelen worden meegenomen.

⁴ Zie bijvoorbeeld: Asaftei e.a. (2008); Bartel en Harrison (2005); Boardman en Vining (1989); Disney e. a. (2003); Estrin en Angelucci (2003); Griffith (2001); Kay (2002); Lundsgaard (2002); Megginson en Netter (2001); Nickell (1996); Okten en Arin (2006); Ramaswamy (2001); Rees (1988); Shleifer (1998); Srinivasan en Jagannathan (1999); Vining en Boardman (1992). Ook het door EZ uitgevoerde onderzoek naar de resultaten van marktwerking is overwegend positief (ministerie van EZ 2008).

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 (Winston 2006).

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. 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 waar de overheid – net als de markt trouwens – last van 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 heel brede diepe greppel meer zekerheid biedt dan een goede dompteur, waarmee hij wil zeggen dat toezichthouden 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. Als Bokito de markt is, dan is de dierentuin de overheid. Het ongewenste gedrag van Bokito hing juist samen met zijn opsluiting. Een *vrije* Bokito had niet uitgelokt kunnen worden door een verwarde dierentuinbezoekster. 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 dat het 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 ordeningsbeleid. 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 markteconomie *bijgestaan* door de overheid. Al met al blijkt de economische keuze voor een markteconomie 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.”*⁵

2 Economisch mededingingstoezicht

Het tweede deel van dit artikel gaat 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 zijn, dat er door fusies geen al te machtige bedrijven ontstaan en dat bedrijven die machtig zijn geen misbruik maken van die macht. Dat is

⁵ De originele quote van Churchill is: “Democracy is the worst form of government, except for all those other forms that have been tried from time to time”. From a House of Commons speech on November 11, 1947.

geen gemakkelijke taak. Ondernemers hebben een natuurlijke neiging om marktmacht na te streven; een rustig leven is immers te prefereren boven meedogenloze mededinging.⁶

Ik zal in dit tweede deel van mijn betoog wederom twee punten maken:

- Ten eerste: het mededingingstoezicht dreigt helaas ten prooi te vallen aan politieke invloed.
- Ten tweede: het mededingingsrecht is nog altijd te veel gebaseerd 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, agentschappen 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 (Baarsma 2009a). 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.⁷ 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.⁸ Via het toezicht door de Inspectie komt ook het VWS beleid het fusietoezicht binnen.

Nu snap ik best dat politici met lede ogen aanzien hoe fusiegolven de schaal in het onderwijs en de zorg te ver vergroten. Maar ik vraag me af of fusietoezicht door een ministerie helpt bij het tegengaan van fusiegolven in deze semipublieke sectoren. Zo was er de afgelopen jaren sprake van een fusiegolf tussen woningcorporaties. VROM houdt op grond van het Besluit

⁶ Cf. Hicks (1935): “The best of all monopoly profits is a quiet life.”

⁷ In de Regeling fusie- en splitsingstoets BVE is geregeld dat onderwijsinstellingen die willen fuseren voortaan een fusie-effectenrapportage moeten opstellen. Deze rapportage wordt met een bewijs van toestemming, van onder andere 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.

⁸ Deze eis is vastgelegd in de Beleidsregel van de minister van Economische Zaken houdende bijzondere regels betreffende concentraties van zorgaanbieders.

beheer sociale huursector en MG-circulaire 2002-18 toezicht op deze fusies 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 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 waaruit blijkt dat de huidige scholen groot genoeg of zelfs te groot zijn. Bij fusies is dan geen sprake van schaalvoordelen, maar van -nadelen. Zo bleek uit de in december 2009 verschenen Keuzegids hoger onderwijs 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: de fusie is alleen toegestaan als er overtuigende voordelen bestaan, in plaats van de huidige “ja mits”-toets: “Ja, mits er geen machtspositie ontstaat of wordt versterkt” (Baarsma 2008).

Een tweede voorbeeld van de driegende 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. Kamerleden Ten Hoopen, Aptroot en Vos hebben in 2008 een wetsvoorstel ingediend om een grotere veilige haven voor MKB bedrijven te maken (Tweede Kamer 2007-2008). Bedrijven met een marktaandeel van onder de tien procent – in plaats van vijf – zouden hun gang moeten kunnen gaan. Of nu een prijsafsprake wordt gemaakt of de markt wordt verdeeld: het mag als het marktaandeel maar onder de tien procent ligt. Door toedoen van een wakkere CDA-er en PvdA-er is de titel van het wetsvoorstel veranderd van “versoepeling van de uitzondering op het ver-

bod 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 het 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.⁹ Wat betekent economisering van het mededingingsrecht? In juridische geschriften¹⁰ 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* betekent dat de beoordeling van de mededingingseffecten gemaakt wordt op basis van economische criteria. Het ultieme 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.

Economen discussiëren of dat consumentenwelvaart of totale welvaart moet zijn, maar het is in ieder geval duidelijk dat het om welvaart en niet om mededinging als zodanig gaat. 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 allo-

⁹ 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 opgeroepen tot verdergaande economisering van het mededingingstoezicht. Zie bijv. een artikel uit 2003 van Timothy Muris, voorzitter van de Federal Trade Commission.

¹⁰ Dit gaat al terug op zaak 56/65 Société de La Technique Minière, Jur. 1966, 392.

catieve, 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.

Een voordeel van consumentenwelvaart en niet totale welvaart als criterium, is dat het mededingingsrecht 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: mededinging is geen doel op zich, 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.¹¹ Dit ondanks de mooie speeches van Pieter Kalbfleisch¹² en Neelie Kroes¹³ en ondanks de verlichte toelichting in de richtsnoeren betreffende de toepassing van het kartelverbod (2004/C 101/08), waarin wordt benadrukt dat het doel van het mededingingsrecht het vergroten van consumentenwelvaart zou zijn.

In het recente arrest in de GlaxoSmithKline zaak is nog eens bevestigd dat bescherming van consumentenwelvaart inderdaad geen doel is van het mededingingsrecht.¹⁴ In deze zaak ging het om algemene voorwaarden die GlaxoSmithKline – een producent van farmaceutische producten – aan Spaanse groothandelaren oplegde. Voor bepaalde geneesmiddelen werden

¹¹ 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.

¹² Citaat uit speech die Pieter Kalbfleisch in februari 2009 hield in Innsbruck: “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.”

¹³ Neelie Kroes (2005): “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.”

¹⁴ 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.

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” (punt 62-64).

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.¹⁵ De vier ondernemersverenigingen van psychologen (NIP, LVE, NVP en NVVP) 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 brancheorganisaties 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 verlagen. Patiënten betalen immers een hogere eigen bijdrage voor de behandeling en verzekerden zullen hogere verzekeringspre-

¹⁵ Uitspraak van 6 oktober 2008, NMa versus Nederlands Instituut van Psychologen e.a. (NIP), LJN-nr. BF8820, zaak nr. AWB 06/667.

mies moeten gaan betalen. Als de rechter consumentenwelvaart had moeten meenemen in zijn overwegingen, dan zou hij de hogere eigen bijdragen en premies mee moeten nemen. Na de uitspraak van het CBb schold de NMa in maart 2009 de boetes kwijt.¹⁶ 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. 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 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (kortweg: VWEU). 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 tweetrap staat een integrale welvaartseconomische afweging in de weg.

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.

Mijn conclusie is dat de tweetrapsraket van artikel 101 lid 1 en lid 3 van het Werkingsverdrag in de praktijk niet werkt. De lat ligt gewoonweg te hoog.

Dat zit ‘m zowel in de strikte juridische voorwaarden (zie tekstkader: ‘Lat ligt te hoog voor het efficiëntieverweer’) als in meer praktische problemen. Zo is er onvoldoende ruimte voor kostenbesparingen op de wat

¹⁶ De reden is dat het nader onderzoeken van deze zaak zou te veel capaciteit van de NMa 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.

langere termijn en voor efficiënties die moeilijk te kwantificeren zijn, zoals kwaliteitsverbeteringen (Baarsma 2009b). 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 concurrentiebeperkende afspraak die net zo efficiëntieverhogend is. Vervolgens moeten de partijen bewijzen dat een billijk aandeel van de efficiëntiewinsten aan de gebruikers en eindgebruikers ten goede komt. Omdat de Europese Commissie prioriteit geeft aan bescherming van concurrentie boven mededingingsbevorderende efficiëntiewinsten, is dat geen sinecure (vgl. Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag PB C 2004, 101/97, nr. 105).

Lat ligt te hoog voor het efficiëntieverweer

Sinds 1 mei 2004 is een direct efficiëntieverweer mogelijk. 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 vierstappentoets 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 (Baarsma en Poort 2009)

(zie tekstkader: ‘Juristen hebben van het begrip mededingingsbeperking een beetje een ratjetoe gemaakt’). Economisch gezien gaat het om een gedraging of afspraak die de concurrentie beperkt en *daardoor* de consumentenwelvaart vermindert (Baarsma 2010b). Of de concurrentiebeperking nu het doel, het gevolg of de hoofd- of de bijzaak is, maakt voor die economische beoordeling niks uit.

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. Dit berust op het beginsel ‘de minimis non curat praetor’ (een rechter houdt zich niet met futiliteiten bezig). In de ‘de minimis-bekendmaking’ zijn marktaandeeldrempels vastgesteld die als indicatie voor de toepassing van het merkbaarheids criterium dienen. Sinds de NMa-zaak van de Bredase notarissen kunnen doelbeperkingen niet merkbaar zijn.*

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. Doelbeperkingen zijn ‘hardcore’ (harde kern) beperkingen. De bekendste voorbeelden daarvan zijn: prijsafspraken, productiebeperking en marktverdeling.*

Gevolgbeperking. *Een gevolgbeperking 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. Gevolgbeperkingen 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 aan concurrenten ten goede komen. Stel dat het ‘hoofdbeding’ 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 de checklist ter hand: is sprake van een doel- of van 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. Dat moet echter niet te snel gebeuren.

Een voorbeeld om dit te verduidelijken. In het T-Mobile arrest¹⁷ ging het om informatie-uitwisseling tussen de Nederlandse mobiele telecomoperators 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 bezwaar aantekenden, verlaagde de NMa in 2004 de boetes overigens tot iets meer dan 52 miljoen euro.¹⁸ 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 volgt is een juridisch formalistische overweging – 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. Ik heb alle drie basisartikelen in het mededingingsrecht aangepast: het kartelverbod (artikel 101 WVEU), het verbod op misbruik van een economische machtspositie (artikel 102 WVEU) en de fusietoets (artikel 2 van de concentratieverordening). Hier bespreek ik alleen het herijkte kartelverbod. De aanpassingen van de drie artikelen zijn opgenomen in de drie Bijlagen.

¹⁷ T-Mobile Netherlands e.a., Hof van Justitie, 4 juni 2009, zaak C-8/08.

¹⁸ Zie: besluit 27 september 2004, zaak 2658.

Bijlage A bevat het huidige kartelverbod dat bestaat uit drie onderdelen: 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 voldaan moet worden aan drie in plaats van twee voorwaarden. 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 weggehaald uit het wetsartikel en 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 tweetrap in.

Tot slot heb ik de vijf voorbeelden van kartels uit de wettekst gehaald en zou ik die ook verplaatsen naar richtsnoeren. Nu gaat in de wet vrij veel aandacht naar die voorbeelden, terwijl het gaat om het verbod zelf.¹⁹ 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.²⁰ 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 – 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,

¹⁹ De voorbeelden zijn ook niet opgenomen in het Nederlandse kartelverbod, artikel 6 Mw.

²⁰ 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.*”

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 *mededingings*beppering is. 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 marktfalens moet de overheid met ander beleid oplossen (Houdijk 2009; Van Damme 2001). De NMa is de Nederlandse Mededingingsautoriteit en niet de Nederlandse Marktfalenautoriteit.

3 Afsluiting

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 nodig zijn over de mate van verwevenheid. 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 welvaarts-economische 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 beleidsonderbouwing stukloopt in een cirkelredenering zonder besliscriterium die resulteert in willekeur en een te grote rol voor de overheid.

Een welvaartseconomische onderbouwing van marktwerkingsbeleid en ook van het mededingingsrecht is belangrijk. 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 juridisering te

stoppen, is een wetswijziging nodig zodat het welvaartseconomische criterium de plek krijgt die het in het mededingingsrecht verdient.

Auteur

Prof dr. Barbara E. Baarsma is Algemeen directeur SEO Economisch Onderzoek.

Dit artikel is een bewerkte versie van de oratie uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van Bijzonder hoogleraar Marktwerking en mededingingseconomie aan de Universiteit van Amsterdam dd. 12 februari 2010

Literatuur

- Aghion, Ph., N. Bloom, R. Blundell, R. Griffith en P. Howitt, 2005, Competition and innovation: an inverted-U relationship, *Quarterly journal of Economics*, vol. 120(2): 701-28.
- Arrow, K., 1963, *Social Choice and Individual Values*, New York: John Wiley & Sons, Inc. (2nd edition).
- Asaftei, G., S.C. Kumbhakar en D. Mantescu, 2008, Ownership, business environment and productivity change. *Journal of Comparative Economics*, vol. 36(3): 498-509.
- Baarsma, B.E., 2008, Fusietoezicht op Not for Profits, *TPedigitaal*, vol. 2(4): 54-80.
- Baarsma, B.E., 2009a, Geen politisering mededingingstoezicht, *Economisch Statistische Berichten*, vol. 94(4563): 413.
- Baarsma, B.E., 2009b, Fusietoezicht: ICT-proof?, in: W. VerLoren van Themaat (red.), *Ontwikkelingen Mededingingsrecht 2008*, Zwijndrecht: Elsevier, pp. 89-117.
- Baarsma, B.E., 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.E. en J. Poort, 2009, Mededingingseconomisch perspectief op het leerstuk van de doelbeperking: Toepassing op het BIDS Arrest, in: *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*. vol. 15(2): 50-58.
- Baarsma, B.E. en J.J.M. Theeuwes, 2009a, Over marktwerking en een efficiënte publieke sector, *Socialisme & Democratie*, vol. 66(10), themanummer 'De zichtbare hand. Conditie voor marktwerking in de publieke sector', pp. 20-28.
- Baarsma, B.E. en 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 publiek belangen: Preadviezen 2009*, Amsterdam: Koninklijke Vereniging voor de Staathuishoudkunde, pp. 23-51.
- Baarsma, B.E. en J.J.M. Theeuwes, 2009c, Het mes, de markt en de moraal, *Topics*, vol. 13(2):p. 3.
- Baarsma, B.E., 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., 2010c, Moeilijke marktwerking en meedogenloze mededinging; Een welvaartseconomisch perspectief, Oratie bij de aanvaarding van het ambt van Bijzonder hoogleraar Marktwerking en mededingingseconomie aan de Universiteit van Amsterdam, 12 februari 2010. Amsterdam: Vossiuspers.

- Bartel, A.P. en A.E. Harrison, 2005, Ownership Versus Environment: Disentangling the Sources of Public-Sector Inefficiency. *Review of Economics and Statistics*, vol. 7(1): 135-147.
- Boardman, A.E. en A.R. Vining, 1989, Ownership and performance in competitive environments, *Journal of Law and Economics*, vol. 32(1): 1-33.
- Bos, W., 2010, *De derde weg voorbij*, 21^{ste} Den Uyl Lezing, Amsterdam, 25 januari.
- Breyer, S., 2009, Economic reasoning and judicial review, *Economic Journal*, vol. 119(535): 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 en Y. Heden, 2003, Restructuring and productivity growth in UK manufacturing. *Economic Journal*, vol. 113(489): 666-94.
- Estrin, S. en M. Angelucci, 2003, Ownership, Competition and Enterprise Performance. *Comparative Economic Studies*, vol. 45(2): 173-91.
- Friedman, M., 1962, *Capitalism and Freedom*, Chicago: University of Chicago Press.
- Griffith, R., 2001, *Product Market Competition, Efficiency and Agency Costs: An Empirical Analysis*. The Institute For Fiscal Studies, working paper WP01/12.
- Hicks, J.R., 1935, Annual survey of economic theory: The theory of monopoly. *Econometrica*, vol. 3: 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.
- Kalbfleisch, P., 2009, Consumer welfare, innovation and competition, februari, Innsbruck:
http://www.nmanet.nl/Images/Consumer%20welfare,%20innovation%20and%20competition%20Innsbruck%20februari%202009_tcm16-124493.pdf
- Kay, J., 2002, *The Business of Economics*. Oxford University Press.
- Kroes, N., 2005, 'European Competition Policy—Delivering Better Markets and Better Choices', SPEECH/05/512:
<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/512&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en>
- Lundsgaard, J., 2002, *Competition and efficiency in publicly funded services*. OECD Working Paper 331, Paris.
- Meggison, W. en J. Netter, 2001, From State to Market: A Survey of Empirical Studies on Privatization. *Journal of Economic Literature*, vol. 39(2): 321-89.
- Ministerie van Economische Zaken, 2008, *Onderzoek marktwerkingsbeleid*. Den Haag.
- Muris, Th.J., 2003, Improving the economics foundations of competition policy, *George Mason Law Review*, vol. 12(1): 1-30.
- Nickell, S., 1996, Competition and corporate performance. *Journal of Political Economy*, vol. 104(4):724-46.
- Okten, C. en K.P. Arin, 2006, The Effects of Privatization on Efficiency: How Does Privatization Work? *World Development*, vol. 34(9): 1537-56.

- Okun, A., 1975, *Equality and Efficiency: The Big Trade-off*. Washington D.C.: Brookings Institution.
- Ramaswamy, K., 2001, Organizational ownership, competitive intensity, and firm performance: an empirical study of the Indian Manufacturing sector. *Strategic Management Journal*, vol. 22(10): 989-98.
- Rees, R., 1988, Inefficiency, public enterprise and privatisation. *European Economic Review*, vol. 32(2-3); 422-31.
- Shleifer, A., 1998, State versus private ownership, *Journal of Economic Perspectives*, vol. 12(4): 133-50.
- Smith, A., 1776, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*.
- Srinivasan, S.B. en R. Jagannathan, 1999, *Does Product Market Competition Reduce Agency Costs*. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=181166>
- Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 31 531, nr. 3.
- Teulings, C.N., A.L. Bovenberg en H.P. van Dalen, 2003, *De calculus van het publieke belang*. Den Haag: Kenniscentrum voor Ordeningsvraagstukken.
- Vining, A. en A. Boardman, 1992, Ownership versus competition: efficiency in public enterprise, *Public Choice*, vol. 73(2): 205-39.
- 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.

Bijlage A. Herijking van het kartelverbod: welvaarts criterium erin – tweetrap eruit

Het huidige artikel 101 WVEU (ex artikel 81) luidt als volgt:

- Lid 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 berokkenend 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.
- Lid 2. De krachtens dit artikel verboden overeenkomsten of besluiten zijn van rechtswege nietig.
- Lid 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) luidt als volgt (toevoegingen in hoofdletters):

- Lid 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.
- Lid 2. De krachtens dit artikel verboden overeenkomsten of besluiten zijn van rechtswege nietig.

Een deel van de tekst uit het artikel wordt toegevoegd aan de 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,
- 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.

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 berokkenend 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.

Bijlage B. Herijking van het verbod op misbruik van een economische machtspositie

Het huidige artikel 102 WVEU (ex artikel 82) luidt als volgt:

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 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.

Het aangepaste artikel 102 VWEU (ex artikel 82) luidt als volgt (toevoegingen in hoofdletters):

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.

Een deel van de tekst uit het artikel wordt toegevoegd aan de richtsnoeren:

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 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.

Bijlage C. Herijking van de fusietoets

Het huidige artikel 2 van de EG-Concentratieverordening (139/2004) is hier niet weergegeven. In plaats daarvan zijn de wijzigingen in het aangepaste artikel aangegeven. Er zijn alleen aanpassingen in lid 1 sub a, lid 3 en lid 4; deze zijn aangegeven door hoofdletters en doorhaling:

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
 - a) met 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) met 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 ZOUDE 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, ~~leden 1 en 3~~, 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.