

Mededingingswet wordt te juridisch toegepast

Door te werken met formeel-juridische criteria en checklists is het gezond verstand wat in de verdrinking gekomen

Barbara Baarsma

Mededingingsrecht is het meest economische recht dat er is. Concurrentie en de werking van markten zijn bij uitstek economische begrippen. Mededinging mag dan een economisch begrip zijn, de toepassing van het mededingingsrecht is te juridisch.

Juridisch gezien is het doel van het mededingingsrecht bescherming van de 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. Welvaartseffecten spelen juridisch gezien geen rol.

Zit er veel verschil 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, in de praktijk is het verschil groter.

Een voorbeeld is de zaak over de boetes van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) voor prijsafspraken tussen psychologen. Vier ondernemersverenigingen van psychologen gaven in de periode van 1998 tot en met 2002 tariefadviezen aan hun leden. De NMa legde in 2004 een boete op van in totaal €445.000. De zaak komt uiteindelijk voor de rechter. Die dringt terecht aan op onderzoek naar het effect van de prijsafspraken, maar helaas is er in het uiteindelijke oordeel van de rechter geen plaats voor consumentenwelvaart.

De rechter concludeert namelijk dat omdat prijs geen rol speelt bij het kiesgedrag van patiënten, 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 verzekeringspremies moeten gaan betalen. Als de rechter consumentenwelvaart had moeten meenemen in zijn overwegingen, dan had hij de hogere eigen bijdragen en premies mee moeten nemen. De NMa scheldt in maart 2009 de boetes kwijt. Uit perspectief van consumentenwelvaart is deze gang van zaken te betreuren.

Hoe komt het eigenlijk dat er in praktijk een verschil bestaat tussen het ‘beschermen van mededinging’ en het ‘beschermen van consumentenwelvaart’? Daarvoor zijn twee hoofdoorzaken:

- ten eerste is het juridisch gezien niet mogelijk om de voor- en nadelen van een mededingingsafpraak of fusie tegelijk, dus integraal, te bekijken. Er moet eerst schuldig worden gepleit — ja, deze afspraak beperkt de concurrentie — en dat blijkt in praktijk een te grote gok;

- ten tweede heeft de toepassing van het mededingingsrecht geleid tot het werken met formeel-juridische criteria en checklists waardoor het gezond verstand wat in de verdrinking is gekomen. Het is dit checklist-denken dat er voor zorgde dat de NMa geen onderzoek deed naar praktische effecten van het psychologenkartel.

De enige mogelijkheid om verdere juridisering te stoppen, is het mededingingsrecht aan te passen. Het criterium in de wet dient veranderd te worden in bescherming van consumentenwelvaart. Alleen mededingingsbeperkingen die ten koste gaan van consumentenwelvaart, kunnen onder het mededingingsrecht vallen. En tegelijk dient de ingewikkelde tweetrap met eerst nadelen en dan pas voordelen vervangen te worden door een integrale afweging. Zonder een wetswijziging blijft de economische basis van het mededingingsrecht een ‘ver van mijn bed show’ voor veel rechters, toezichthouders en ook advocaten.

Prof. dr. Barbara Baarsma is algemeen directeur SEO Economisch Onderzoek. Dit artikel is een verkorte weergave van een deel van de oratie die zij uitsprak op 12 februari bij het aanvaarden van het bijzonder hoogleraarschap marktwerking en mededingingseconomie aan de UvA.