

Ontwikkelingen in het mededingingstoezicht



Amsterdam, december 2012
In opdracht van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid

Ontwikkelingen in het mededingingstoezicht

Essay in het kader van het WRR-project Toekomst van toezicht

Barbara Baarsma



seo economisch onderzoek

“De wetenschap dat het goed is”

SEO Economisch Onderzoek doet onafhankelijk toegepast onderzoek in opdracht van overheid en bedrijfsleven. Ons onderzoek helpt onze opdrachtgevers bij het nemen van beslissingen. SEO Economisch Onderzoek is gelieerd aan de Universiteit van Amsterdam. Dat geeft ons zicht op de nieuwste wetenschappelijke methoden. We hebben geen winstoogmerk en investeren continu in het intellectueel kapitaal van de medewerkers via promotietrajecten, het uitbrengen van wetenschappelijke publicaties, kennisnetwerken en congresbezoek.

SEO-rapport nr. 2012-94

ISBN 978-90-6733-683-3

Copyright © 2012 SEO Amsterdam. Alle rechten voorbehouden. Het is geoorloofd gegevens uit dit rapport te gebruiken in artikelen en dergelijke, mits daarbij de bron duidelijk en nauwkeurig wordt vermeld.

Hoofdpunten

Als het klopt dat mededingingstoezicht het concurrerend vermogen van een land vergroot en dat een groter concurrerend vermogen leidt tot hogere economische groei, dan is het extra relevant om zo effectief mogelijk mededingingstoezicht te hebben. De vijf in dit essay beschreven ontwikkelingen laten zien dat de effectiviteit van het huidige mededingingstoezicht onder druk kan komen te staan, en er tegelijk kansen zijn.

De eerste ontwikkeling betreft het uit de mode raken van marktwerking en in het kielzog daarvan ook mededinging. Deze ontwikkeling versmalt het maatschappelijke en politieke draagvlak onder het mededingingstoezicht en vergroot de kans dat het mededingingstoezicht wordt verbreed naar andere publieke belangen dan mededinging.

Die potentiële verbreding is de tweede ontwikkeling die dit essay behandelt. Mededingingstoezicht is noodzakelijk, maar niet genoeg om markten effectief te laten werken. Daar is meer voor nodig. Het tegen gaan van marktmacht is slechts een van de belangen die de overheid wil borgen, het is een van de publieke belangen. De oplossing voor de (gepercipieerde) veronachtzaming van niet-mededingings-publieke belangen in het mededingingstoezicht dient niet bestreden te worden door het toezicht te verbreden naar andere belangen, maar door van de politiek te vragen publieke belangen explicieter te benoemen. Die taak kan niet naar de NMa worden verschoven.

Een derde, met de verbreding samenhangende ontwikkeling betreft de politisering van het mededingingstoezicht, wat mogelijk de onafhankelijkheid van het toezicht kan aantasten. Politisering van het mededingingstoezicht door een deel van dit toezicht bij ministeries te plaatsen zonder de betrokken publieke belangen helder en duidelijk te definiëren en daar objectief vastgestelde criteria bij te hanteren (die aangeven wat nu wel en niet is toegestaan), ondermijnt de onafhankelijkheid ervan. Mededingingstoezicht kan alleen effectief zijn als het buiten de politieke invloedssfeer blijft; partijpolitieke dagkoersen moeten het toezicht niet kunnen beïnvloeden. Mededingingstoezicht dient dus ten alle tijden onafhankelijk van de politiek en marktpartijen te worden uitgeoefend. De positie van de gefuseerde toezichthouder is met een klein zbo minder onafhankelijk dan zou kunnen.

De vierde ontwikkeling betreft de op handen zijnde fusie tussen de NMa, OPTA en de Consumentenautoriteit (CA). De op handen zijnde fusie tussen de NMa, OPTA en CA kan voordelen bieden. De kansen van de fusie met OPTA liggen in inhoudelijke synergievoordelen. De kansen die de fusie met de CA biedt, liggen niet in de integratie van belangenafweging, maar in de gezamenlijke communicatie en pr zodat de ACM kan uitgroeien tot de beschermvrouwe van de concurrentie, marktwerking en consumentenwelvaart. Ook zijn er wel bezuinigingen haalbaar, maar de verwachtingen ten aanzien daarvan moeten ook weer niet te hoog gespannen zijn. Te veel besparen gaat ten koste van de kwaliteit van het mededingingstoezicht.

Tot slot schetst dit essay dat het ex post mededingingstoezicht in toenemende mate privatiseert, doordat marktpartijen steeds vaker een beroep op de civiele rechter doen in het geval van schade door kartels of misbruik van een machtspositie. Op zich is dat geen probleem, en kan het zelfs worden toegejuicht als dat leidt tot een effectiever mededingingstoezicht (zoals het geval is bij het

claimen van kartelschades en het handhaven van het verbod op misbruik van een economische machtspositie). Het is echter wel problematisch als dit het gevolg is van een minder goed functionerende NMa. Dat kan aan de orde zijn als de beoordeling te veel wordt verbreed naar niet-mededingingsbelangen of als er te veel op het apparaat zou worden bezuinigd.

Inhoudsopgave

Hoofdpunten.....	i
Inleiding: mededingingstoezicht en welvaart.....	1
Ontwikkeling 1: Marktwerking en mededinging zijn uit.....	7
Ontwikkeling 2: Verbreding naar andere publieke belangen	11
Ontwikkeling 3: Politisering van mededingingstoezicht.....	21
Ontwikkeling 4: Fusie NMa, CA en OPTA	27
Ontwikkeling 5: Meer privaatrechtelijke handhaving.....	33
Samenvatting.....	35
Literatuur	37

Inleiding: mededingingstoezicht en welvaart

Mededingingstoezicht is noodzakelijk, maar niet genoeg om markten effectief te laten werken. Als het klopt dat mededingingstoezicht het concurrerend vermogen van een land vergroot en dat een groter concurrerend vermogen leidt tot hogere economische groei, dan is het extra relevant om zo effectief mogelijk mededingingstoezicht te hebben. De in dit essay beschreven ontwikkelingen laten zien dat de effectiviteit van het huidige mededingingstoezicht onder druk kan komen te staan, en er tegelijk kansen zijn.

Mededingingstoezicht is noodzakelijk om marktmacht tegen te gaan

Nederland is in de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw de weg ingeslagen van liberalisering, privatisering en deregulering. Deze keuze was mede gebaseerd op economische inzichten die aangeven dat – uitgaande van voldoende concurrentie – de private sector goedkoper produceert dan de overheid, private productie beter aansluit bij de wensen van de afnemers en er in de private sector meer innovatie is.¹ Centraal voor het realiseren van deze doelstellingen is het creëren en het in stand houden van effectieve mededinging (voldoende concurrentie, ontbreken van toetredingsbelemmeringen, prikkels voor (technologische) vernieuwing). Dat komt niet altijd van zelf tot stand en in bestaande markten is een tendens tot monopolievorming niet altijd te vermijden. Mededingingstoezicht is daarom noodzakelijk.

Maar er zijn meer publieke belangen dan het tegengaan van marktmacht

Mededingingstoezicht is noodzakelijk, maar niet genoeg om markten effectief te laten werken. Daar is meer voor nodig. Zo moeten ook informatieproblemen worden opgelost. In dat geval hebben niet alle marktpartijen toegang tot informatie over prijzen en kwaliteit en zijn er te weinig prikkels voor de andere marktpartij om informatie te openbaren. Vaak is het de producent die de beste informatie heeft en daardoor kan profiteren van de (relatieve) onwetendheid van de consument. Bovendien kunnen ongeprijsde neveneffecten van productie en consumptie (externe effecten) ertoe leiden dat individuele beslissingen op een markt tot een suboptimale uitkomst leiden. Denk aan te veel productie met als gevolg milieuvervuiling of te weinig vraag naar onderwijs, omdat het prijsmechanisme niet alle na- en voordelen prijsst.

In sommige gevallen is marktmacht slechts een ondergeschikt probleem. Dat is bijvoorbeeld het geval bij publieke goederen, zoals de aanleg en het onderhoud van dijken of het instandhouden van een legermacht. Omdat mensen voor dit soort diensten niet op individuele basis willen betalen, omdat ze zouden kunnen *free riden* op de betalingsbereidheid van anderen, is de overheid de aangewezen producent.² Deze publieke goederen vallen buiten het mededingingstoezicht. Een ander voorbeeld waarin de overheid een sturende taak heeft, is bij prohibitief hoge transactiekosten waardoor welvaartsverhogende transacties niet van de grond komen. Zo zou het erg bewerke-

¹ Megginson & Netter (2001) en Nickell (1996). Voor meer verwijzingen zie: Baarsma (2010).

² Bij collectieve goederen is voortbrenging via de markt uitgesloten, omdat de baten van het goed non-exclusief zijn, en omdat het goed wordt gekenmerkt door non-rivaliteit in het gebruik. Mede daardoor ontstaat free rider-gedrag. Consumenten kunnen profiteren van de voordelen van een collectief goed, zonder er voor te betalen.

Non-exclusiviteit van baten betekent dat het onmogelijk is om mensen van het gebruik van het goed uit te sluiten. Non-rivaliteit betekent dat het gebruik door de ene consument niet ten koste gaat van gebruik door een ander.

lijk zijn als Schiphol met alle omwonenden zou moeten onderhandelen over een compensatie voor ervaren geluidhinder. De overheid zou hier coördinerend op kunnen treden door een vaste compensatie per (soort) huishouden vast te stellen. Deze coördinatie valt buiten het kartelverbod.

Kortom, het tegen gaan van marktmacht is slechts een van de belangen die de overheid wil borgen. Deze belangen worden publieke belangen genoemd. Dit begrip staat tegenover private en maatschappelijke belangen. Private en maatschappelijke belangen zijn belangen die op een markt geborgd kunnen worden. Publieke belangen zijn maatschappelijke belangen die de overheid moet borgen, omdat de markt faalt (en de kosten van het overheidsingrijpen om het publiek belang te borgen opwegen tegen de baten in termen van welvaart).³

Mededingingstoezicht vindt plaats binnen door de overheid afgebakende kaders

Elk overheidsbeleid start – of beter gezegd: zou moeten starten – met de identificatie van de te borgen publieke belangen. In het geval van het mededingingstoezicht opereert de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) binnen de kaders zoals de politiek die heeft gesteld. Er zijn echter ook situaties waarin die kaders niet duidelijk zijn gesteld, omdat de overheid publieke belangen niet duidelijk heeft geïdentificeerd waardoor de kaders voor de NMa niet duidelijk zijn.

Er zijn twee situaties denkbaar: de NMa behandelt een zaak waarbij de publieke belangen duidelijk zijn benoemd of zij behandelt een zaak waarbij de publieke belangen niet of niet duidelijk zijn benoemd. Daar waar bij publieke goederen duidelijk is dat deze buiten het mededingingstoezicht vallen, ligt dat anders bij semi-publieke goederen. In het geval van onderwijs en zorg ontstaat bijvoorbeeld spanning tussen toezicht op mededinging en het publieke karakter van de dienst als de betrokken publieke belangen niet duidelijk zijn geformuleerd. Hoe definieert de overheid bijvoorbeeld goede zorg? Zo lang niet duidelijk is hoe kwaliteit gemeten wordt en wat de minimale kwaliteitsnorm is, is het voor de mededingingstoezichthouder moeilijk om een eventuele toename van marktmacht af te wegen tegen een kwaliteitsverbetering. Deze spanning wordt later in dit essay verder uitgewerkt (ontwikkeling 2).

³ Publiek belang is een moeilijk grijpbaar begrip. Volgens het WRR rapport 'Het borgen van publiek belang' (2000) is sprake van een publiek belang indien de overheid zich de behartiging van een maatschappelijk belang aantrekt op grond van de overtuiging dat dit belang anders niet goed tot zijn recht komt. Dit is een brede definitie van publiek belang die uitgaat 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. Ook in een later WRR rapport (Publieke zaken in de marktsamenleving) uit 2012 wordt deze cirkelredenering niet doorbroken. In dit recent rapport kiest de WRR er voor om – in plaats van centraal, van bovenaf te willen sturen – het verwezenlijken van het publiek belang decentraal, door burgers, professionals, bedrijven, brancheorganisaties, pbo's, ngo's en andere instellingen spontaan tot stand te laten komen. Onduidelijk is echter waarom deze partijen wel in staat zouden zijn publieke belangen te borgen waar de overheid en de markt dat niet kunnen.

Volgens economen is alleen sprake van een publiek belang als er welvaartsverlies optreedt, omdat de markt niet goed werkt en het medicijn van het overheidsingrijpen minder welvaartsverlies veroorzaakt dan de ziekte van het marktfalen (Teulings et al., 2003). 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.

Dit essay volgt die laatste gedachtenlijn, omdat dit analytisch de enige begaanbare weg is. Op basis van de bestuurskundig-politologische definitie van de WRR zijn geen eenduidige keuzes mogelijk bij de bepaling wat publieke belangen (Baarsma, 2010).

De SER (2010) heeft getracht een pragmatisch denkkader op te stellen dat zowel tegemoet komt aan de WRR benadering op basis van het primaat van de politiek als de economische bandering van de Calculus van het publiek belang.

Mededingingstoezicht en welvaart

Doordat mededingingstoezicht marktmacht tegen gaat, is de presumptie dat het toezicht bijdraagt aan consumentenwelvaart en economische groei. Op grond van de academische literatuur is niet zonder meer duidelijk dat dit in werkelijkheid ook zo is. Zo blijkt uit het overzichtsartikel van Crandall en Winston (2003) dat mededingingstoezicht niet effectief is in het verhogen van consumentenwelvaart; de interventies van de mededingingsautoriteiten leiden volgens hun analyse in sommige gevallen zelfs tot aantasting van de consumentenwelvaart. Anderen, waaronder Baker (2003) en Werden (2003), bekritisieren deze analyse en stellen dat er wel degelijk een positief effect is van mededingingstoezicht op consumentenwelvaart en economische groei. Buccirosi et al. (2012) vinden dat goed mededingingsbeleid een significant en positief effect heeft op de productiviteitsgroei in 22 sectoren. Ze kijken daarbij naar 12 landen in de OECD over de periode 1995-2005. Goed mededingingsbeleid wordt gedefinieerd door te kijken in hoeverre het afschrikwekkend werkt, wat wordt geoperationiseerd door de pakkans, hoogte van de boete en dergelijke. Ook Ma (2011) vindt een positief effect tussen mededingingstoezicht en productiviteitsgroei, tenminste voor ontwikkelde landen.⁴

De voorlopige conclusie is dus dat geen groot positief effect van mededingingstoezicht op economische groei kan worden vastgesteld, maar wel dat er waarschijnlijk een positief verband is. Dit wordt onderschreven door de volgende ruwe analyse. Ten eerste wordt gekeken wat de relatie is tussen economische groei en het concurrerend vermogen van een land. Figuur 1 laat dit verband zien. Op de verticale as staat het BBP (Bruto Binnenlands Product) per inwoner in dollars. Op de horizontale as staat de index die een land in de *Global Competitiveness report* in de jaarlijkse rapportage het *World Economic Forum* scoorde. De Global Competitiveness Index is een samengestelde index opgebouwd uit 109 variabelen, die te samen het concurrerend vermogen van een land weergeven.⁵ In de figuur zijn de gegevens over 2010 genomen. De dataset bestaat uit 129 landen en elk land heeft een puntje in de grafiek. Een simpele lineaire regressie op deze datapunten levert een stijgende lijn die aangeeft dat er een grote en positieve correlatie (0,78) bestaat tussen het concurrerend vermogen van een land en het BBP per inwoner. Uiteraard zijn meer geavanceerde analyses mogelijk. Zo houdt deze analyse geen rekening met de onderlinge afhankelijkheid van de variabelen die in de index zijn opgenomen en de mate waarin ze elkaar versterken. Dat gezegd hebbende is het resultaat wel erg sterk en is de verklarende kracht van het model hoog, de Global Competitiveness Index verklaart zo'n 60 procent van de hoogte van het BBP per inwoner. Kortom, er bestaat een duidelijk verband tussen concurrentie en nationaal inkomen.

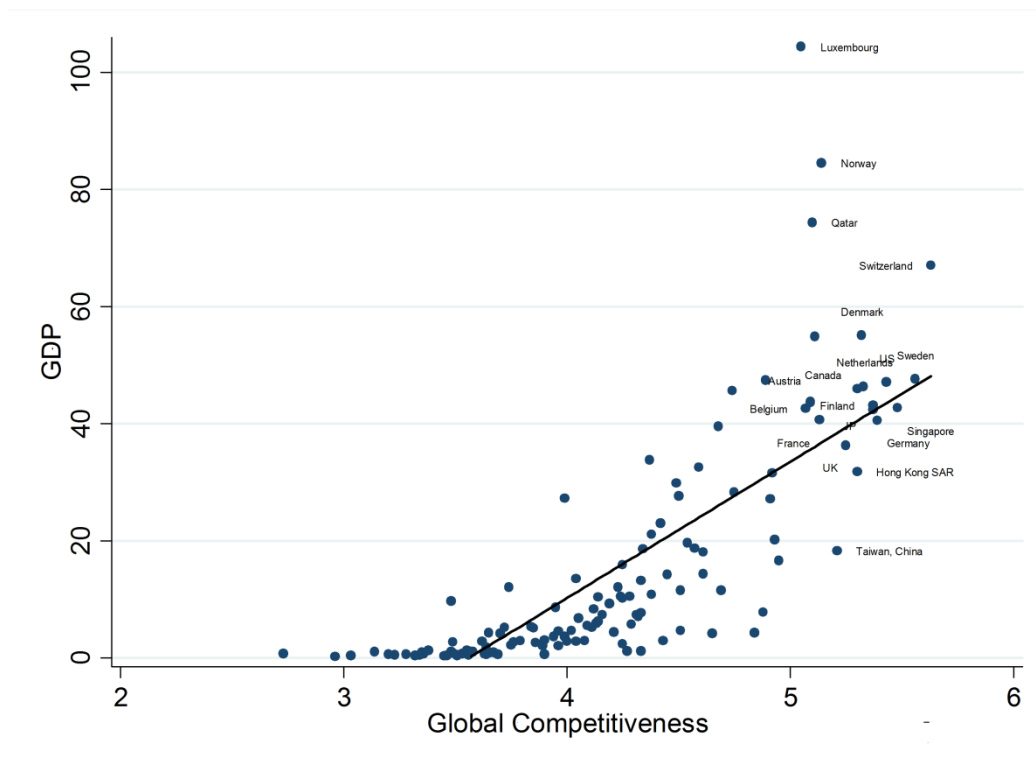
De volgende vraag is in hoeverre mededingingstoezicht bijdraagt aan het concurrerend vermogen van een land, in hoeverre mededingingstoezicht bijdraagt aan een hoge score in de Global Competitiveness Index. Uit figuur 2 blijkt dat hier ook sprake is van een sterke correlatie (0,77). Na deel van deze analyse is dat de effectiviteit van het anti-monopoliebeleid is gemeten via een enquête, het is met andere woorden geen objectief vastgestelde score.⁶ En net als bij figuur 1 is ook dit een weinig geavanceerde analyse. Het resultaat is echter wel sterk.

⁴ Dit geldt niet voor landen met een onderontwikkeld rechtssysteem. Een strenge mededingingswet heeft alleen effect als er een effectief institutioneel apparaat is om die te handhaven.

⁵ Het BBP is niet opgenomen in de index.

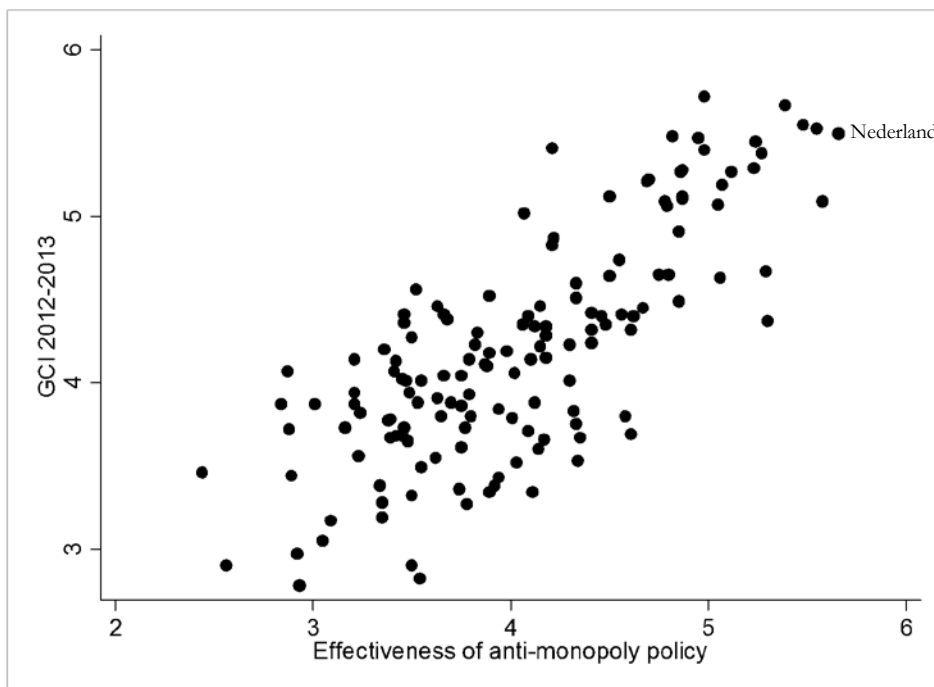
⁶ De vraag was: To what extent does anti-monopoly policy promote competition in your country? [1 = does not promote competition; 7 = effectively promotes competition].

Figuur 1: Een hoge *Global Competitiveness Index*-score correspondeert met een hoog BBP per inwoner



Bron: SEO Economisch Onderzoek

Figuur 2: Een hoge score op 'effectiviteit van het anti-monopoliebeleid' correspondeert met een hoge *Global Competitiveness Index*-score



Bron: SEO Economisch Onderzoek

Als het klopt dat mededingingstoezicht het concurrerend vermogen van een land vergroot en dat een groter concurrerend vermogen leidt tot hogere economische groei, dan is het extra relevant om zo effectief mogelijk mededingingstoezicht te hebben. De in dit essay beschreven ontwikkelingen laten zien dat de effectiviteit van het huidige mededingingstoezicht onder druk kan komen te staan en er tegelijk ook kansen zijn.

Er is mededingingstoezicht in verschillende soorten en maten

Mededingingstoezicht kan zich richten op het competitief houden (generiek toezicht) of het competitief maken van een sector (specifiek toezicht). Generiek mededingingstoezicht functioneert het beste bij een bestaande, goed werkende markt waarbij beoordeeld wordt of de markt blijvend voldoet aan de eisen van de Mededingingswet. In zijn algemeenheid dient hier te worden gewaakt voor het in stand houden van effectieve mededinging door het voorkomen van machtsposities door concentratietoezicht, het verbieden van kartelvorming en het controleren van misbruik van machtsposities. Sectorspecifiek toezicht is toegesneden op een markt in transitie en op infrastructurele monopolieposities. De sectorspecifieke toezichthouder treedt op als ‘marktmeeester’. Bij markten in transitie regelt hij de overgang van monopolie naar effectieve mededinging. In het geval van structurele monopolieposities corrigeert hij voor het ontbreken van mededinging gebruik makend van prijs- en toegangsregulering. Zolang er een situatie blijft bestaan waarin bestaande ondernemingen zeggenschap hebben over de beschikbaarheid van en de toegang tot schaarse infrastructurele voorzieningen (netwerken) blijft sectorspecifiek toezicht opportuun. Het omslagpunt voor een markt in transitie zou dan worden bereikt wanneer de markt in een situatie van effectieve mededinging is aanbeland. Effectieve mededinging is echter niet scherp te omschrijven waardoor ook het omslagpunt niet scherp te bepalen valt. Er is dan ook niet zozeer sprake van een omslagpunt maar wel van een omslagzone.⁷

Dan is ook nog het onderscheid tussen ex ante en ex post toezicht relevant. Ex ante toezicht manifesteert zich in het geval van prijs- of toegangsregulering voorafgaand aan de eigenlijke vaststelling van de prijs. Er is sprake van preventief toezicht als het gaat om voorafgaande toestemming of goedkeuring van een voorgenomen prijs. Ex ante toezicht kan ook leiden tot een prijsstelling door de overheid. Ex post toezicht betekent dat de toezichthouder ingrijpt als de gewenste marktresultaten niet tot stand komen. Bijvoorbeeld in het geval van te hoge prijzen. Er is dan sprake van repressief toezicht.

Dit essay gaat over de ontwikkelingen in het generieke mededingingstoezicht, zoals dat wordt uitgevoerd door de NMa. Deze toezichthouder handhaaft, op grond van de Mededingingswet, het verbod op kartels en het verbod op misbruik van economische machtspositie. Daarnaast toetst zij preventief fusies en overnames (ex ante toezicht). Buiten het kader van dit essay valt het sectorspecifieke mededingingstoezicht binnen de NMa⁸ en door OPTA.⁹

⁷ Dommering, Van Eijk, Theeuwes, Vogelaar (2001).

⁸ Binnen de NMa bestaan afdelingen die sectorspecifiek en vaak ook ex ante toezicht houden op de energiesector (netbeheerders en leveranciers van gas en elektriciteit) en de vervoerssector (spoorbeheerder ProRail, Keyrail, luchthaven Schiphol, loodsen in zeehavens, en de bedrijven die openbaar vervoer verzorgen in Amsterdam, Rotterdam en Den Haag). Deze afdelingen vallen onder de directie Regulering Energie en Vervoer van de NMa.

⁹ OPTA houdt sectorspecifiek toezicht op de post en telecommunicatiesector. De belangrijkste taken en bevoegdheden zijn het aanwijzen van aanbieders met aanmerkelijke marktmacht, passende (ex ante) verplichtingen op te leggen, het beslechten van geschillen en, en toezicht op de postconcessie van PostNL.

Opbouw essay

Na deze inleidende paragraaf bestaat dit essay uit vijf paragrafen die elk een ontwikkeling in het algemene mededingingstoezicht beschrijven. De eerste ontwikkeling betreft het uit de mode raken van marktwerking en mededinging. Deze ontwikkeling versmalt het maatschappelijke en politieke draagvlak onder het mededingingstoezicht en vergroot de kans dat het mededingingstoezicht wordt verbreed naar andere publieke belangen dan mededinging. Die potentiële verbreding is de tweede ontwikkeling die dit essay behandelt. Een derde, met de verbreding samenhangende ontwikkeling betreft de politisering van het mededingingstoezicht, wat mogelijk de onafhankelijkheid van het toezicht kan aantasten. De vierde ontwikkeling betreft de op handen zijnde fusie tussen de NMa, OPTA en de Consumentenautoriteit (CA). Tot slot schetst dit essay dat het ex post mededingingstoezicht in toenemende mate privatiseert, doordat marktpartijen steeds vaker een beroep op de civiele rechter doen in het geval van schade door kartels of misbruik van een machtspositie. Zoals dat bij een essay kan, is hier en daar – naast feitelijke constatering en objectieve analyses – ook sprake van opiniërende opmerkingen.

Ontwikkeling 1: Marktwerking en mededinging zijn uit

Het uit de politieke mode raken van marktwerking en mededinging heeft het draagvlak onder het mededingingstoezicht versmald en vergroot de kans dat het mededingingstoezicht wordt verbreed naar andere publieke belangen dan mededinging.

Marktwerkingsbeleid is helaas aan modegrillen onderhevig

De Nederlandse Mededingingsautoriteit is opgericht in 1998. Dat was de periode van de paarse kabinetten.¹⁰ Marktwerking en mededinging stonden in een positief daglicht, zoals blijkt uit het volgende kenmerkende citaat uit het regeerakkoord van Paars I ‘Keuzes voor de toekomst’:

“De leidende gedachte in dit programma is het herijken van de verhouding tussen gemeenschappelijke regelingen en eigen verantwoordelijkheid. Dat gebeurt niet alleen vanuit de (economische) overweging dat meer concurrentie en meer prikkels tot betere prestaties en grotere doelmatigheid kunnen leiden.”

De nadruk van Paars I lag op het hervormen van markten door minder en beter te reguleren en meer aan de markt zelf over te laten. Dit streven kreeg gestalte in de MDW-operatie (Marktwerking, deregulering en wetgevingskwaliteit). Onder Paars I zijn 36 projecten opgestart, waaronder op het gebied van winkeltijden, bouwregelgeving, taxivervoer, makelaars, advocatuur en de benzine markt.

In 1998 treedt Paars II aan. Dat kabinet zet de MDW operatie voort. Waar Paars I de nadruk legde op verbeteren van marktwerking in de marktsector zelf, richtte Paars II zich meer op het beter gebruik maken van marktwerking bij de publieke dienstverlening, zoals blijkt uit een citaat uit het regeerakkoord:

“In de afgelopen periode zijn overheidstaken geprivatiseerd of zijn elementen van marktwerking binnen de overheid geïntroduceerd. Doel daarbij was een versterking van doelmatigheid, klantgerichtheid en kostenbewustzijn. Waar elementen van marktwerking en in het bijzonder het concurrentiemechanisme kunnen bijdragen aan een betere uitvoering van het overheidsbeleid, wordt deze lijn voortgezet.”

Daar waar marktwerking in het beleid van de paarse kabinetten een prominente positie kreeg, is de populariteit daarna in rap tempo afgenomen en heeft marktwerking na de crisis zelfs geheel afgedaan.

In het regeerakkoord van Balkenende I is kritiek op het marktwerkingsbeleid van Paars terug te vinden. Er wordt aangegeven dat marktwerkingsbeleid tot regeldruk heeft geleid:

¹⁰ Paars I en II bestonden uit PvdA-VVD-D66 en regeerden van augustus 1994 – augustus 1998 resp. augustus 1998 – juli 2002.

“Terugtrek van de overheid zonder de bereidheid om echt los te laten en de neiging om te decentraliseren en te verzelfstandigen en toch centraal te sturen en uniformiteit te willen verzekeren, hebben tot een fijnmazig net van gedetailleerde regels en bureaucratische processen geleid.”

De nadruk komt in de opeenvolgende kabinetten Balkenende te liggen op het tegengaan van regeldruk.

De regeerakkoorden van Rutte I en II zijn niet uitgesproken pro- of anti-marktwerking. Ze zijn niet geschreven vanuit een denkkader dat gebruikt kan worden om tot een doordachte rolverdeling markt en overheid te komen. Uitzondering is het beleid gericht op de zorg, daar wordt in de meeste gevallen bewust gekozen voor meer marktwerking. Tegelijkertijd wil het kabinet marktwerking in de zorg beperken door fusies tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders te verbieden. Die beperking lijkt ook de insteek te zijn bij de politieke bemoeienis met het fusietoezicht van de NMa in de zorg, waarover meer bij ontwikkeling 3.

Toch zijn de resultaten van marktwerkingsbeleid overwegend positief

In het marktwerkingsonderzoek uit 2008 van het Ministerie van Economische Zaken is gekeken naar de effecten in onder andere het stad- en streekvervoer, de curatief somatische zorg, re-integratiediensten en kinderopvang. Op grond van evaluatiestudies van Nederlandse praktijkvoorbeelden kan een voorzichtig positieve conclusie worden getrokken over het effect van marktwerking op de doelmatigheid en kwaliteit in de vier onderzochte publieke sectoren.

Ook het mededingingstoezicht lijdt onder deze modegrillen

In het kielzog van het uit de mode raken van marktwerking, is het belang dat de maatschappij aan mededinging hecht ook afgenomen. Dat is op zich logisch als bedacht wordt dat marktwerking en mededinging twee kanten van dezelfde medaille zijn. Een essentiële voorwaarde voor marktwerking is concurrentie oftewel mededinging.^{11&12} Markten met onvoldoende concurrentie falen bij het maximaliseren van welvaart. Bij de ideale markt spreken we zelfs van volledig vrije mededinging.

Het uit de politieke mode raken van marktwerking en mededinging heeft het draagvlak onder het mededingingstoezicht versmald en vergroot de kans dat het mededingingstoezicht wordt verbreed naar andere publieke belangen dan mededinging. Dat eerste blijkt uit het feit dat optreden van de NMa in de Tweede Kamer en daarbuiten kritisch en zelfs met enige achterdocht wordt gevolgd. Het Financieele Dagblad kopt op 6 mei 2010 ‘NMa worstelt met publiek belang in de zorg’, Zorgvisie stelt op 27 augustus 2010 ‘Handhaven van regels met boetes is een armoedeoplossing’ en een Tweede Kamerlid laat naar aanleiding van miljoenenboetes van de NMa in de thuiszorg in het AD van 27 september 2008 optekenen dat ‘De marktwerking levert alleen maar problemen op’.

¹¹ Marktwerking betekent: de markt aan het werk zonder dat de overheid daar aan te pas komt. Het basisprincipe van marktwerking is 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.

¹² 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”.

De rode draad in deze berichten is dat de NMa mededinging boven andere, politiek gezien misschien belangrijkere publieke belangen zou stellen. Dit laatste leidt tot de oproep om verbreding van de beoordeling van de NMa naar andere publieke belangen dan mededinging, en daarmee zijn we aanbeland bij de tweede ontwikkeling.

Ontwikkeling 2: Verbreding naar andere publieke belangen

De oplossing voor de (gepercipieerde) veronachtzaming van niet-mededingingsbelangen in het mededingingstoezicht dient niet bestreden te worden door het toezicht te verbreden naar andere belangen, maar door van de politiek te vragen publieke belangen explicieter te benoemen. Die taak kan niet naar de NMa worden verschoven.

De focus op het publiek belang mededinging is volgens velen te beperkt

De tanende populariteit van marktwerking heeft ook te maken gehad met een te één-dimensionale benadering van de markt ten tijde van Paars en het wekken van overspannen verwachtingen van de resultaten van marktwerking. Lange tijd was de gedachte dat het vrij laten van markten kon, zo lang de Nederlandse Mededingingsautoriteit de concurrentieverhoudingen maar scherp hield. Zoals in de inleiding al werd aangegeven is marktfalen echter meeromvattend dan marktmacht¹³ en dient marktwerkingsbeleid¹⁴ gebaseerd te zijn op een analyse van publieke belangen. Die analyse start bij de markt en onderzoekt waar de markt de bocht uitvliegt. Daar kan dan een rol voor de overheid liggen. Ten tijde van Paars is te vaak nagelaten de publieke belangen te identificeren in termen van marktfalen. Een voorbeeld: bij de taximarkt is deze analyse niet gemaakt, zodat geen rekening is gehouden met het beperkte vermogen van de taximarkt om kwaliteit te borgen (Poort et al., 2005). Dit wordt onderschreven door de parlementaire onderzoekscommissie Kuiper die onderzoek deed naar de resultaten van privatisering en verzelfstandiging in de afgelopen 20 jaar (Commissie Kuiper, 2012). De commissie constateert “dat het privatiserings- en verzelfstandigingsbeleid van de afgelopen twintig jaar heeft ontbroken aan een samenhangende visie op rijksoverheid en publiek belang.” De Commissie Kuiper constateert ook dat:

“bij alle aandacht voor de burger als klant en belastingbetaler geen bredere weging van publieke belangen heeft plaatsgevonden. De wetgever heeft in de besluitvorming de burger in een te beperkt beeld opgesloten, waardoor in het gevoerde beleid een grondslag ligt voor maatschappelijk onbehagen over de privatisering en verzelfstandiging van overheidsdiensten. De bredere weging van publieke belangen dient naar de mening van de commissie alsnog plaats te vinden. Dit kan onder meer in de vorm van een maatschappelijke impactanalyse.”

Deze lijn volgend is de conclusie van velen dat het marktwerkingsbeleid te lang is beperkt tot het beteugelen van marktmacht en het optuigen van mededingingstoezicht (naast de NMa, ook de sectorspecifieke toezichthouders voor telecom, post, energie en later vervoer en zorg). De maatschappelijke opvatting heeft postgevat dat (andere) publieke belangen in het gedrang zijn gekomen door de eenzijdige beleidsmatige nadruk op mededinging. Dit heeft geleid tot druk op de NMa om ook andere publieke belangen mee te wegen in haar beoordeling. In de zorgsector gaat

¹³ Andere vormen van marktfalen zijn externe effecten, informatieproblemen en publieke goederen.

¹⁴ Marktwerkingsbeleid gaat over de vraag wat de markt zelf kan en wat de overheid op zich zou moeten nemen.

het dan bijvoorbeeld om kwaliteit en bereikbaarheid.¹⁵ Dat deze ontwikkeling richting een verbreding naar andere publieke belangen ook buiten Nederland gaande is, blijkt wel uit het feit dat mededinging als publiek belang naar de achtergrond is gedrukt in het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (box 1).

Box 1: De nadruk op een sociale markteconomie drukt mededinging als publiek belang naar de achtergrond

De NMa houdt toezicht op de Mededingingswet. Deze wet is gebaseerd op het Europese mededingingsrecht. Ondanks de van oudsher sterke nadruk op vrije mededinging in de interne markt binnen Europa is het belang daarvan sinds het Verdrag van Lissabon gerelativeerd. Op grond van het inmiddels oude EG-verdrag zou de interne markt tot stand worden gebracht via een open markteconomie met vrije mededinging (art. 4 EG¹⁶). In het Verdrag van Lissabon wordt het belang van de openmarkteconomie met vrije mededinging gewijzigd in een sociale markteconomie met een groot concurrentievermogen die gericht is op volledige werkgelegenheid en sociale vooruitgang.¹⁷

Het belang van de sociale markteconomie heeft nu een vaste plek gekregen in het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU). In artikel 9 VWEU staat dat de EU bij de bepaling en de uitvoering van haar beleid en optreden rekening houdt met de eisen in verband met (onder andere) de bevordering van een hoog niveau van werkgelegenheid, de waarborging van een adequate sociale bescherming en de bestrijding van sociale uitsluiting.

Bron: SEO Economisch Onderzoek

Chris Fonteijn, de voorzitter van de Raad van Bestuur van de NMa, heeft onlangs op 4 oktober op het jaarcongres ‘Ontwikkelingen Mededingingsrecht’ aangegeven dat de fusie met de Consumentenautoriteit en OPTA (tot de Autoriteit Consument en Markt, zie ontwikkeling 4) aanleiding is om de beoordeling van mededingingszaken te verbreden naar andere publieke belangen als kwaliteit, duurzaamheid, veiligheid, cultuur, werkgelegenheid, bereikbaarheid, volksgezondheid, dierenwelzijn, privacy enzovoorts. Concreet gaf Fonteijn aan dat momenteel de toezichtstrategie in de zorg wordt heroverwogen. De toezichthouder verwacht uit te komen op:

“een meer gedifferentieerde aanpak van de verschillende deelsectoren in de zorg. Die differentiatie kan worden aangebracht door bijvoorbeeld te kijken naar de mate van daadwerkelijke concurrentie in een deelsector, om daar vervolgens aan te koppelen in welke mate, en op welke manier we op die deelsector toezicht houden.”¹⁸

¹⁵ Door samenwerking met de Nederlandse Zorgautoriteit hebben die belangen overigens reeds een plek in de beoordeling van de NMa.

¹⁶ Dit verdragsartikel betreft een economisch beleid dat gebaseerd is op de nauwe coördinatie van het economisch beleid van de lidstaten, op de interne markt en op de uitwerking van gemeenschappelijke doelstellingen en dat wordt gevoerd met inachtneming van het beginsel van een openmarkteconomie met vrije mededinging.

¹⁷ Wijzigingen van het Verdrag betreffende de Europese Unie en van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, artikel 3: De Unie brengt een interne markt tot stand. Zij zet zich in voor de duurzame ontwikkeling van Europa, op basis van een evenwichtige economische groei en van prijsstabiliteit, een sociale markteconomie met een groot concurrentievermogen die gericht is op volledige werkgelegenheid en sociale vooruitgang, en van een hoog niveau van bescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu.

¹⁸ Verkrijgbaar via:

http://www.nma.nl/documenten_en_publicaties/opinie/reacties_lezingen_en_speeches/speech_chris_fonteijn_10e_jaarcongres_ontwikkelingen_mededingingsrecht_4_oktober_2012.aspx

Ottervanger (2010) spreekt over de verbreding naar andere publieke belangen in termen van maatschappelijk verantwoord concurreren en stelt dat die andere publieke belangen soms “zwaarder wegen dan de beperking van de mededinging. Zo’n aanpak moge controversieel zijn maar wordt gesteund door de aard en achtergrond van het mededingingsrecht.” (p. 99). Dit inzicht wordt gedeeld door Townley (2011): “Perhaps, if the OFT thinks that it can and should ignore the EU courts’ consistent case law as well as the wishes of the Treasury, it has been given too much independence.”¹⁹ Daartegenover staat de in mijn ogen terechte constatering van onder meer Lavrijssen (2010) dat de Europese Commissie in haar richtsnoeren over de toepassing van het kartelverbod suggereert dat het mededingingsrecht primair plaats biedt aan mededingingsbelangen:

“the NCAs should not balance economic, competition-related arguments with other public policy arguments, such as the protection of public health (non-competition interests). It seems to adopt a strict approach with regard to the protection of non-competition interests”.

Wie de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101(3) bekijkt, ziet dat het soort efficiëntievoordelen dat mag worden meegenomen in een efficiëntieverweer beperkt is tot kostenvoordelen en kwalitatieve efficiëntieverbeteringen (productie van nieuwe of verbeterde goederen of diensten en betere dienstverlening als gevolg van technologische vooruitgang en synergie-effecten die zonder de samenwerking niet mogelijk zijn).²⁰ Voor een toelichting op het efficiëntieverweer zie verderop in deze paragraaf.

De reden dat door sommigen wordt verondersteld dat een brede afweging van belangen wel mogelijk is binnen een efficiëntieverweer ligt o.a. in de *Métropole télévision I* zaak.²¹ In rn. 118 wijst het Gerecht erop dat: “In het kader van een algemene beoordeling kan de Commissie zich voor het verlenen van een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3 [nu: artikel 101, 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 101(3) zijn echter duidelijk (rn. 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 [nu: artikel 101, 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 1.²² Deze voorwaarden worden verderop in deze paragraaf toegelicht bij de bespreking van het efficiëntieverweer.

¹⁹ OFT staat voor *Office of Fair Trading*, de Engelse mededingingstoezichthouder.

²⁰ Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag(2004/C 101/08).

²¹ Gevoegde zaken T-528/93, T-542/93, T-543/93 en T-546/93, Jur. 1996, II-649. Zie ook Houdijk (2009).

²² 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 op gedrag van ondernemingen). Dus een wettelijke vaste boekenprijs mag wel, maar een privaat boekenprijsskartaal 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 de Mededingingswet in artikel 16 opgenomen. Ook collectieve pensioenregelingen vallen buiten het kartelverbod.

Het startpunt van mededingingstoezicht is en blijft marktmacht

De oplossing voor de (gepercipieerde) veronachtzaming van niet-mededingingsbelangen²³ in het mededingingstoezicht dient niet bestreden te worden door het toezicht te verbreden naar andere belangen, maar door van de politiek te vragen publieke belangen explicieter te benoemen. Die taak kan niet naar de NMa worden verschoven.

Op zich laat de missie van de NMa een uitbreiding naar andere publieke belangen dan mededinging toe. De missie van de NMa staat beschreven op haar site en luidt als volgt: ‘Markten laten werken.’²⁴ In de missie staat niet mededinging maar marktwerking centraal: ‘Marktwerking zorgt er dus voor dat consumenten wat te kiezen hebben en waar voor hun geld krijgen. Als onafhankelijke autoriteit houdt de NMa toezicht op de marktwerking.’ Dit strookt niet met de wettelijke taak van de NMa: toezicht houden op mededinging door het handhaven van de Mededingingswet, wat beperkter is dan toezicht houden op marktwerking. Anderzijds is de taak van de NMa in het sectorspecifieke toezicht mogelijk wel breder, maar komt het toch in veruit de meeste gevallen neer op het tegengaan van marktmacht. Op vervoers- en energiemarkten kijkt de NMa naar de betaalbaarheid en ook naar kwalitatieve aspecten, juist omdat de betreffende aanbieders een machtspositie hebben. Het startpunt is en blijft dus marktmacht en niet een ander publiek belang. Dat komt nu niet tot uitdrukking in de *mission statement*.

Er zijn mijns inziens drie manieren waarop niet-mededingingsbelangen kunnen worden meegenomen in het mededingingstoezicht. Ik maak daarbij onderscheid tussen de twee in de inleiding beschreven situaties: de NMa behandelt een zaak waarbij de publieke belangen duidelijk zijn benoemd of zij behandelt een zaak waarbij de publieke belangen niet of niet duidelijk zijn benoemd.

1. Publiek belangen niet benoemd door de overheid (dit is kort door de bocht gezegd de huidige situatie²⁵):
 - a) De eerste optie is om te kijken of er wel sprake is van een mededingingsbeperking. Partijen trachten dan aan te tonen dat er geen mededingingsbeperking is, terwijl de toezichthouder veronderstelt dat er wel sprake is van een beperking. Als partijen kunnen aantonen dat dat niet zo is, dan valt de gedraging of afspraak niet onder het mededingingstoezicht. Deze optie wordt hieronder verder niet uitgewerkt.
 - b) De tweede optie is om te kijken of de nadelen van de mededingingsbeperking kunnen worden gecompenseerd. Dit gebeurt doorgaans door te wijzen op compenserende afnemersmacht, potentiële toetreding en doelmatigheid- en kwaliteitsverbeteringen.
 - c) De derde optie is om te kijken of de mededingingsbeperking kan worden geclassificeerd als nevenrestrictie. In dat geval kan worden betoogd dat deze restrictie nodig is om een ander doel te behalen (denk aan een afspraak op grond waarvan minder op een bedreigde vissoort wordt gevist).

²³ Deze andere publieke belangen worden onterecht ook wel niet-economische belangen genoemd. Alle belangen die de welvaart kunnen beïnvloeden, zijn economisch. Hierbij is welvaart een breed begrip, dat ook alle aspecten bevat die het nut (welbevinden) van individuen beïnvloedt. Dat gaat verder dan louter mededinging, betaalbaarheid en andere financiële aspecten.

²⁴ <http://www.nma.nl/over-de-nma/missie-visie-and-strategie/default.aspx>

²⁵ In de huidige situatie zijn de publieke belangen doorgaans niet of onvolledig gedefinieerd.

2. Publieke belangen zijn wel benoemd door de overheid (het ideaal): in dat geval kunnen de verschillende belangen zonder al te veel discussie in een mededingings-kosten-batenanalyse worden afgewogen, bijvoorbeeld in het kader van een efficiëntieverweer.

Hierna worden deze opties stuk voor stuk bekeken.

Niet-mededingingsbelangen kunnen onder bepaalde voorwaarden worden meegenomen in een efficiëntieverweer

De bredere afweging van verschillende publieke belangen zou plaats kunnen hebben binnen een efficiëntieverweer dat gevoerd kan worden bij een fusie of mededingingsbeperkende gedraging (en ook bij een misbruikzaak). In het geval een fusie negatieve mededingingseffecten heeft, kan gesteld worden dat dat weliswaar zo kan zijn, maar dat het netto effect positief is. Daarvan is sprake wanneer afnemers de verandering van een dienst of product in alle facetten (zoals kwaliteit, prijs en bereikbaarheid) gezamenlijk positief waarderen. De NMa zal in dat geval als het ware een afweging maken tussen de voordelen (efficiëntieverbeteringen) en nadelen (concurrentiebeperking) van de fusie. De cumulatieve criteria voor het efficiëntieverweer bij een fusie zijn opgenomen in Richtsnoeren van de Europese Commissie voor de beoordeling van horizontale fusies (Pb C 31 van 5 maart 2004) en zijn de volgende:

- De efficiëntieverbeteringen moeten het directe resultaat van de fusie zijn; en
- De efficiëntieverbeteringen kunnen niet met andere, minder concurrentiebeperkende middelen worden behaald. Hiervoor dient te worden aangetoond dat er voor de fusie geen minder concurrentiebeperkende, realistische en haalbare alternatieven zijn, die toch dezelfde efficiëntieverbeteringen opleveren; en
- De efficiëntieverbeteringen moeten verifieerbaar en objectief genoeg zijn om potentiële schade die de fusie met zich mee kan brengen tegen te gaan. Zij moeten substantieel en tijdig zijn en volgende nauwkeurig gedocumenteerd, waar mogelijk gekwalificeerd. Hoe verder in de toekomst het begin van de efficiëntieverbetering wordt verwacht, des te minder kans op succes dit verweer zal hebben.
- De efficiëntieverbeteringen moeten in voldoende mate ten goede komen aan de afnemers. Denk hierbij aan lagere prijzen of het profijt van verbeterde producten en diensten door efficiëntieverbeteringen op het gebied van O & O en innovatie.

Gaynor en Vogt (1999) beschrijven dat in een aantal Amerikaanse fusies tussen ziekenhuizen een efficiëntieverweer is geaccepteerd. Typische voorbeelden van efficiëntiewinsten die door fusierende Amerikaanse ziekenhuizen zijn gebruikt, zijn het gevolg van het consolideren van de activiteiten, besparingen in het administratieve proces, verbeterd management, eliminatie van dubbele faciliteiten en apparatuur en soms ook van het elimineren van kostenverhogende concurrentie (de 'medical arms race'). In tegenstelling tot de Amerikaanse mededingingspraktijk is tot op heden bij de NMa noch bij de Europese Commissie een succesvol efficiëntieverweer gevoerd in een fusiezaak.²⁶

²⁶ De vaak genoemde Zeeuwse ziekenhuisfusie was geen efficiëntieverweer, maar eerder een reddingsfusie.

De juridische grondslag voor een uitzondering op het kartelverbod is gelegen in artikel 6 lid 3 Mededingingswet (of art. 101 lid 3 VWEU). Voor een artikel 6 lid 3 Mw-verweer gelden de volgende vier cumulatieve voorwaarden:

- De afspraak moet bijdragen tot verbetering van de productie, distributie dan wel technische en economische vooruitgang opleveren (Voldoende economische voordelen);
- De voordelen die voortvloeien uit de afspraken moeten voor een redelijk deel ten goede komen aan de gebruikers (voordelen worden in voldoende mate doorgegeven aan patiënt / verzekeraar);
- Partijen moeten kunnen aantonen dat het door hun gewenste doel niet op een andere manier tot stand kan komen dan via de bewuste samenwerking. M.a.w. de concurrentie mag niet verder worden beperkt dan strikt noodzakelijk is.
- Er moet in de markt voldoende concurrentie overblijven (voldoende restconcurrentie).

In de praktijk van het kartelverbod komen efficiëntieverweren ook eigenlijk niet voor. In de praktijk worden efficiëntiewinsten in een mededingingszaak meestal ingebracht als ‘extraatje’, en niet om een mededingingsnadeel te compenseren. Een belangrijke reden is dat dan duidelijk is dat partijen erkennen dat hun gedrag of afspraak mededingingsbeperkend is (je zou dat ‘schuldig pleiten’ kunnen noemen): pas als vaststaat dat sprake is van een mededingingsbeperking mogen eventuele voordelen worden meegewogen. Juist omdat het efficiëntieverweer nog niet succesvol is toegepast is dit voor ondernemingen een riskante strategie die in de praktijk dan ook niet gevolgd wordt. Een andere reden is dat bewijslast voor de efficiëntievoordelen ligt bij marktpartijen.

Om het efficiëntieverweer aantrekkelijker te maken, zou het beter zijn om toe te staan dat de na- en voordelen *gelijktijdig* in plaats van na elkaar kunnen worden afgewogen (dus meer richting een *rule of reason*-achtige benadering waarbij voor- en nadelen van een gedraging integraal in plaats sequentieel worden beoordeeld).²⁷ De huidige tweetrup in het mededingingsrecht – eerst schuldig pleiten en dan compenseren – staat een dergelijke integrale afweging in de weg, omdat eerst wordt beoordeeld of een gedraging mededingingsbeperkend is of niet en pas als dat het geval is wordt bekeken wat eventuele compenserende voordelen kunnen zijn.²⁸ Het herschrijven van het

²⁷ De rule of reason komt uit het Amerikaanse mededingingsrecht. 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 opgesloten.

²⁸ Er zijn zaken waarin de tweetrup uit artikel 81 al voorzichtig los worden gelaten. Een voorbeeld is de Gottrup-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 Grovvarveselskab AmbA) gegeven de mededingingssituatie op de markt. Volgens het Hof kan de inkoop-samenwerking 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) echter 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 betreft 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.”

kartelverbod, het verbod op misbruik van een economische machtspositie en het fusietoezicht zodat de tweetrap eruit is, is gedaan in Baarsma (2010, 2011).

Een integrale afweging van de (consumenten)welvaartseffecten zou betekenen dat de toepassing van het mededingingstoezicht verder economiseert. In juridische geschriften 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 een economisch criterium. 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.

Door uit te gaan van het welvaartscriterium 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. Het klopt ook dat het effect op de (consumenten)welvaart moeilijk te meten is, maar dat geldt net zo goed voor het meten of wel of geen sprake is van een mededingingsbeperking. Box 2 geeft aan hoe het welvaartseffect in kaart kan worden gebracht bij een kartel. Dit is geen nieuw inzicht, het wordt door de NMa al lang gebruikt, maar het doel is te laten zien dat welvaartseffecten wel degelijk gemeten kunnen worden.

Box 2: Maatschappelijke schade van kartelvorming

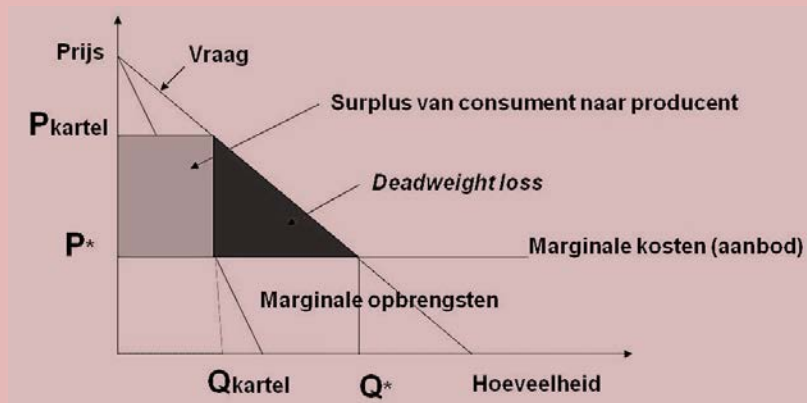
Onderstaande figuur geeft de markt voor een product op een versimpelde manier weer. Op de horizontale as staat de hoeveelheid (Q), op de verticale as de prijs (P). De horizontale lijn geeft de prijs weer die de producent minimaal wil ontvangen voor een eenheid van het product (de marginale kosten): wanneer de geboden prijs eronder ligt loont het niet om te leveren, wanneer de prijs er op of er boven ligt wel. De vraagcurve geeft voor elke prijs aan hoeveel producten consumenten gezamenlijk zullen kopen bij die prijs.

Wanneer producenten met elkaar concurreren, zal de prijs P^* ontstaan. De totale vraag is Q^* en als er 10 aanbieders zijn, verkoopt elke aanbieder $Q^*/10$ producten. Elke producent blijft met wat producten zitten. Waarom is dit de marktprijs? Bij een wat hogere marktprijs ($P^* + \Delta$) zal er een producent zijn die de kans grijpt om meer producten te gaan verkopen tegen een iets lagere prijs. Met deze prijs worden de kosten gedekt en worden er meer producten afgezet. De prikkel om een net wat betere prijs aan te bieden, zorgt dus voor een marktprijs van P^* . Een marktprijs lager dan P^* kan niet voorkomen, omdat het dan niet meer loont om te leveren.

In het marktevenwicht worden er Q^* producten geconsumeerd en de opbrengst voor producenten is net voldoende om lonend te leveren. Wat gebeurt er in de markt wanneer de 10 aanbieders met elkaar afspreken om alleen te leveren voor een hogere prijs, P_{kartel} ?

-
2. Zaak T-112/99 Métropole télévision e.a. (Métropole télévision II), Jur 2001, II-2459, rn. 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.”

Vervolg Box 2



Bij deze hoge prijs gaan consumenten minder afnemen. Aanbieders ontvangen meer dan nodig is om te kunnen leveren, dit is een winst voor de telers gelijk aan $(P_{\text{kartel}} - P^*)$ per product (het grijze vlak in de figuur, het *producenten surplus*). Consumenten gaan erop achteruit: sommige consumenten stoppen met consumeren van de producten (het zwarte vlak) en sommigen gaan meer betalen (het grijze vlak). Consumenten verliezen in totaal het zwarte en het grijze vlak. De totale productie van de sector daalt en daarom is het verlies van de consumenten (grijs plus zwart) groter dan de winst van de producenten (grijs).

Het verlies is per saldo gelijk aan het rode vlak, de *deadweight loss*. In een goed werkende markt zou deze situatie niet lang bestaan: een aanbieder die individueel opereert zou de kans grijpen om producten tegen een iets lagere prijs aan te bieden om zo een flink aantal meer consumenten te bedienen. Het uitschakelen van die prikkel middels afspraken is schadelijk voor de maatschappelijke welvaart. Er zijn economische methoden om vraag- en aanbodcurven te schatten, waarmee vervolgens de welvaartseffecten (de zwarte vlakken) kunnen worden gemonetariseerd.

Bron: SEO Economisch Onderzoek

Een andere optie is de route van de nevenrestrictie

Een andere optie om niet-mededingingsbelangen te kunnen betrekken in het mededingingstoezicht is door de mededingingsbeperking te zien als nevenrestrictie. Daarmee valt deze niet onder het kartelverbod. Een andere optie is nog dat er – in weerwil van de veronderstelling van de toezichthouder – door partijen wordt betoogd dat überhaupt geen sprake is van een mededingingsbeperking.

Binnen het kartelverbod wordt ook beoordeeld of sprake is van een noodzakelijke mededingingsbeperking. Deze beoordeling speelt een rol bij zaken waarbij een ‘hoofdbeding’ en ‘nevenbedingen’ aan de orde zijn; denk aan een franchise-overeenkomst met daaraan verbonden afspraken die beletten dat de door de franchisegever overgedragen know-how en verleende bijstand aan concurrenten ten goede komen.²⁹ Stel dat het ‘hoofdbeding’ niet problematisch is onder het kartelverbod en dat het ‘nevenbeding’ op zich wel mededingingsbeperkend is, maar tegelijk noodza-

²⁹ Dit voorbeeld is gebaseerd op: HvJEG 28 januari 1986, zaak 161/84 (Pronuptia), Jur. 1986, 353.

kelijk is voor het kunnen verwezenlijken van het ‘hoofdbeding’ (vissoort behoeden voor uitsterven). In dat geval is het ‘nevenbeding’ niet verboden (vangstquota).

Er zijn verschillende uitspraken geweest waar het Hof eerst de verschillende mededingingsaspecten van de gevolgen van een bepaalde overeenkomst afweegt, en dan bij een positieve balans daarvan beslist dat de bedingen die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van die overeenkomst buiten het kartelverbod vallen. Dit is bijvoorbeeld het geval bij selectieve verkoopsystemen of non-concurrentie-bedingen.

Publieke belangen duidelijk gedefinieerd: de MKBA als afwegingsmethode

In het geval de publieke belangen die mede een rol spelen bij de beoordeling van een zaak duidelijk door de overheid zijn gedefinieerd (iets wat doorgaans niet of niet volledig het geval is, dit representeert dus een ideale situatie), kunnen deze niet-mededingingsbelangen worden afgewogen tegen mededingingsbelangen. Er is een instrument dat bij uitstek geschikt is om welvaartseffecten af te wegen: de maatschappelijke kosten-batenanalyse – de MKBA.³⁰ Omdat nu gediscussieerd wordt over de vraag of er in het mededingingsrecht wel of geen ruimte is om niet-mededingingsbelangen (door niet-economen soms onterecht aangeduid als maatschappelijke of niet-economische belangen, zie voetnoot 23) mee te wegen, is het misschien beter om een andere benaming voor MKBA te gebruiken. Om verwarring te voorkomen, is Mededingingskosten-batenanalyse een betere benaming. Dat maakt duidelijk dat de ingangseis van de beoordeling de *mededingings*beperking is. Een kartel goedkeuren omdat het goed is voor het milieu? Dat kan zo lang de aanleiding om de zaak te bekijken maar een mogelijke beperking van de mededinging blijft en niet het milieuprobleem. Als de niet-mededingingsbelangen duidelijk door de politiek zijn benoemd (zoals een kwaliteitsnorm voor de zorg), dan is afweging van de verschillende belangen in een MKBA veel beter mogelijk.

Samenvattend

Het mededingingsrecht is alleen bedoeld om problemen met marktmacht op te lossen. Andere marktfaalens moet de overheid met ander beleid oplossen. De NMa is de Nederlandse Mededingingsautoriteit en niet de Nederlandse Marktfaalautoriteit. Of anders gezegd: het afwegen van verschillende soorten publieke belangen is uiteindelijk een politieke beoordeling. Politici zijn democratisch gekozen om die afwegingen te maken.³¹ De NMa heeft slechts een opdracht: het beoordelen van mededingingseffecten bij concentraties, kartels en misbruikzaken. Of een belang als werkgelegenheid of veiligheid zwaarder weegt dan een mededingingsbeperking wordt al snel politiek en daar zou de NMa – gegeven haar taak – van weg moeten blijven.

Tot slot is een verbreding naar andere publieke belangen ook riskant omdat marktpartijen hiermee de indruk kunnen krijgen dat zij in het kader van een *self assessment* op grond van artikel 101 VWEU/artikel 6 Mw zelf de effecten van hun afspraken in kaart brengen en afwegen tegen de voordelen ervan. Wat had Chris Fonteyn in gedachten toen hij op 4 oktober jl. zei dat de nieuwe toezichthouder ACM ook andere publieke belangen dan mededinging mee wil wegen? Mogen partijen die een zelftoets op het kartelverbod doen, dat dan ook? Hoe dan? Hier zou dan sprake

³⁰ Voor informatie over MKBA zie de OEI-leidraad (Eijgenraam et al. (2000) en de aanvullingen daarop) en http://www.rws.nl/zakelijk/economische_evaluatie/overzicht_effecten_infrastructuur/

³¹ Zie ook Lavrijssen, 2010.

kunnen zijn van een botsing met de strakke lijn van de Europese Commissie in de richtsnoeren over de toepassing van een efficiëntieverweer.

Ontwikkeling 3: Politisering van mededingingstoezicht

Politisering van het mededingingstoezicht door een deel van dit toezicht bij ministeries te plaatsen zonder de betrokken publieke belangen helder en duidelijk te definiëren en daar objectief vastgestelde criteria bij te hanteren (die aangeven wat nu wel en niet is toegestaan), ondermijnt de onafhankelijkheid ervan. Mededingingstoezicht kan alleen effectief zijn als het buiten de politieke invloedssfeer blijft; partijpolitieke dagkoersen moeten het toezicht niet kunnen beïnvloeden. Mededingingstoezicht dient dus ten alle tijden onafhankelijk van de politiek en marktpartijen te worden uitgeoefend. De positie van de gefuseerde toezichthouder is met een klein χ bo minder onafhankelijk dan zou kunnen.

Vier voorbeelden van politisering

Het verbreden naar andere publieke belangen dan mededinging maakt het mededingingstoezicht vatbaarder voor politieke invloed.³² Dat is een reëel gevaar, gezien de nu reeds bestaande voorbeelden waaruit blijkt dat de Nederlandse politiek de handhaving van de Mededingingswet tracht te beïnvloeden. Hier worden er vier genoemd.

Drie van de voorbeelden gaan over semi-publieke sectoren, onderwijs, zorg en drinkwater. Veel van deze semipublieke sectoren bevinden zich in een transitiefase waarin sprake is van meer marktwerking. Door de NMa in deze transitiefase buiten spel te zetten, wordt zij aan het eind van de transitiefase als de markt wel concurrerend genoeg wordt geacht om het mededingingstoezicht van toepassing te verklaren, voor een voldongen feit gesteld. Scholen kunnen dan zo groot zijn dat de startpositie voor een effectief werkende markt niet goed is. Door de NMa niet te betrekken in het fusietoezicht kan zij dit niet voorkomen. Bij ziekenhuizen is dit daadwerkelijk gebeurd: toen de NMa eenmaal fusies kon gaan beoordelen in 2004 waren er al vele fusies onbeoordeeld doorgevoerd.³³ Het mededingingsrecht biedt onvoldoende soelaas voor dit transitiegeval en leidt daardoor tot politieke inmenging.

Beter is het dat de politiek de publieke belangen ook in deze semi-publieke sectoren helder en duidelijk definieert daar objectief vastgestelde criteria bij hanteert over wat nu wel en niet is toegestaan. Ook is het van belang de NMa te betrekken bij de beoordeling van de fusies, omdat de NMa ervaring heeft met het beoordelen van een effectief werkende markt en kan helpen om het uitgangspunt na de transitiefase zo goed mogelijk te maken. In de zorg betekent het helder en duidelijk definiëren van publieke belangen bijvoorbeeld het vaststellen van minimale aanrijdtijden voor patiënten om bij een zorginstelling te zijn en het vast laten stellen van minimale kwaliteitsnormen. In het onderwijs zou het kunnen gaan om het op basis van onderzoek laten bepalen van een maximum omvang van een school (de omvang waarboven schaalnadelen optreden) en van de minimum efficiënte schaal.

³² De Bijl en Van Dijk (2012).

³³ Dat op dit moment fusies worden goedgekeurd is het gevolg van het feit dat de NMa veel fusies tussen zorgverzekeraars heeft goedgekeurd, waardoor er een fusiegolf op gang is gekomen om het evenwicht op het speelveld te bewaren.

Onderwijs

Eerst het onderwijs. Het toezicht op fusies is in het onderwijs ondergebracht bij het ministerie van OCW in plaats van bij de NMa. In de afgelopen decennia zijn veel onderwijsinstellingen gefuseerd. Het werd een zichzelf versterkend proces, waarbij met name bestuurlijke fusies steeds doorgaan. De Onderwijsraad deed verschillende onderzoeken en concludeerde in 2005 dat er een fusietoets moet komen.

De NMa heeft de fusies in het bekostigde onderwijs niet inhoudelijk beoordeeld. In zaak 2760 tussen Hogeschool Alkmaar, Hogeschool Haarlem, Hogeschool Holland en Ichtus Hogeschool bepaalde de NMa dat bekostigde instellingen geen onderneming zijn in de zin van de Mededingingswet (voor zo ver het hun bekostigde activiteiten betreft), omdat zij onder de huidige wet- en regelgeving onvoldoende commerciële speelruimte hebben. Zo bepaalt de overheid het aanbod en de prijs. De activiteiten van een *aangewezen* instelling zijn wel aan te merken als economische activiteiten. Tot op heden was de omvang van deze activiteiten echter te gering om onder toezicht van de NMa te vallen (zijn lager dan de omzetrempel).

Omdat onderwijsinstellingen doorgaans³⁴ niet als ondernemingen worden gezien door de NMa, is er een wettelijke fusietoets voor het onderwijs opgesteld. Daarbij zijn de criteria echter zacht en niet op basis van onderzoek vastgesteld. Dit komt doordat de betreffende publieke belangen onvoldoende scherp zijn gedefinieerd. In bijvoorbeeld het voortgezet onderwijs zal de minister van OCW onder meer toetsen of “de daadwerkelijke variatie van het onderwijsaanbod, zowel in het opzicht van richting als van pedagogisch-didactische aanpak en schoolsoort binnen de gemeenten waarin de huidige leerlingen van die scholen [wonen], op significante wijze wordt belemmerd.” Wat is voldoende variatie? Wat is op significante wijze? Deze vaagheid maakt dat er ruimte is voor politieke overwegingen. Beter is dat de politiek de publieke belangen duidelijk definieert.

De ‘markt’ voor onderwijs is in beweging, bevindt zich in een transitiefase. In het hoger onderwijs wordt nagedacht over een opener bestel, waarin toetreding door niet-bekostigde instellingen eenvoudiger is. De indirecte sturing van de vraag doordat bekostiging via het aantal leerlingen loopt en er keuzevrijheid is, lijkt belangrijker te worden nu ouders en studenten steeds vaker informatie verzamelen en een weloverwogen keuze maken. Langzamerhand verandert de opvatting over concurrentie in de onderwijsmarkt. Echter, indien deregulering inderdaad meer concurrentie mogelijk maakt, dan is concurrentie door de huidige geconcentreerde markt wel erg moeilijk. Het feit dat fusies tussen onderwijsinstellingen niet beoordeeld kunnen worden door de NMa is gegeven deze ontwikkeling extra problematisch.

Politieke inmenging in het fusietoezicht is mijns inziens een onwenselijke situatie. De voordelen van een fusie moeten objectief en meetbaar zijn. Bij voorkeur wordt de beoordeling door een onafhankelijke partij gedaan en omdat de NMa onafhankelijk is en ervaring heeft met het inschatten van effecten van fusies kan de NMa hier toch prima een rol spelen.³⁵

³⁴ Voor zover onderwijsinstellingen wel concurreren kan de NMa optreden, zoals bij de beoordeling van de vermeende afspraken tussen de UvA en de VU (zie persbericht van 13 juli 2012).

³⁵ De minister laat zich adviseren door de Adviescommissie fusietoets in het onderwijs, maar het is de minister die besluit. Bovendien benoemt en ontslaat de minister de leden en de voorzitter van de commissie.

Zorg

Een tweede voorbeeld is de zorg. Veel politici vinden dat de NMa als het om de zorg gaat te eenzijdig naar betaalbaarheid kijkt en te weinig oog heeft voor zaken als bereikbaarheid en kwaliteit. De vraag is of deze inschatting ook met feiten kan worden onderbouwd. Wel is het zo dat fusies in de zorg pas sinds 2004 getoetst worden (omdat daarvoor in onvoldoende mate sprake zou zijn geweest van een markt) en dat veel fusies al voor die tijd hebben plaatsgevonden. Daardoor was de startpositie anno 2004 minder goed dan het geval was geweest als de NMa eerder had kunnen ingrijpen.

Om fusies moeilijker te maken, verlaagde de politiek de omzetrempels voor zorgfusies. De algemene regels i dat alleen fusies tussen ondernemingen die tezamen jaarlijks in totaal meer dan 113.450.000 euro wereldwijd omzetten en waarbij minstens twee van hen binnen Nederland ieder een jaaromzet van minimaal 30 miljoen euro behalen, vallen onder het fusietoezicht. Per 1 januari 2008 zijn deze omzetrempels specifiek voor de zorgsector door het ministerie van Economische Zaken verlaagd. Instellingen dienen concentraties te melden bij een gezamenlijke omzet van 55 miljoen euro en bij een individuele jaaromzet van 10 miljoen euro (waarvan 5,5 miljoen uit zorgactiviteiten). Deze drempelwijziging is door het ministerie onder politieke druk vanuit de Tweede Kamer doorgevoerd. De zorgen van de Kamerleden over de fusiegolf tussen zorginstellingen betroffen het verminderen van kwaliteit, toegankelijkheid, bereikbaarheid en betaalbaarheid (NMagazine 2008). De goede bedoelingen ten spijt zal dit besluit geen invloed hebben op de fusies tussen ziekenhuizen (waar een belangrijk deel van de politieke zorgen betrekking op hadden), omdat ziekenhuizen in veruit de meeste gevallen boven deze (oude een aangepaste) drempels vallen. Wel zullen meer fusies tussen thuiszorginstellingen en verpleeghuizen gemeld dienen te worden. Het probleem met de verlaagde omzetrempels is dat ze niet zijn afgeleid uit een duidelijk gedefinieerd publiek belang. Welke schaal acht de politiek wenselijk in de zorg en waarom? Is schaalverkleining alleen wenselijk voor de *care* en niet voor de *cure*? Dit is wel de impliciete conclusie die volgt uit de verlaging van de omzetrempels in het concentratietoezicht in de zorg.

Gegeven deze politieke zorgen is de NMa bij fusies in de zorg sinds enige tijd 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, en via de binnenkort te introduceren zorgspecifieke fusietoets lijkt het erop of de politiek een extra fusiedrempel wil opgooien en de NMa minder belangrijk te willen maken bij de fusiebeoordeling. Deze fusie-effectrapportage die nu in de zorg en het onderwijs (en ook bij woningcorporaties³⁶) is ingevoerd, heeft tot doel belanghebbenden een grotere rol bij fusie tussen semi-publieke instellingen te geven. Het probleem van deze extra toets is niet zo zeer dat er een extra horde wordt opgeworpen in het fusieproces, maar wel dat dit een politieke horde is die de onafhankelijke beoordeling door de NMa kan ondermijnen.

Het is wat dat betreft jammer dat de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) buiten de samenvoeging tot de ACM is gehouden. Als de NZa niet een aparte entiteit was geweest, maar er een Zorgkamer was geweest zoals de Vervoerkamer en de Energiekamer, dan was dit voornemen misschien

³⁶ In het wetsvoorstel tot wijziging van de Woningwet is ook een fusie-effectrapportage opgenomen, waarbij de huurders en gemeenten als belanghebbenden hun inbreng kunnen geven en corporaties aannemelijk moeten maken dat het belang van de volkshuisvesting met de fusie beter gediend is dan met andere vormen van samenwerking.

niet nodig geweest. Want waarom wil de politiek dat de NZa en de inspectie eerst naar een fusie kijken voor de NMa dat mag doen? Omdat gevreesd wordt dat andere publieke belangen anders onvoldoende worden betrokken in de fusiebeoordeling. Als de NZa en de NMa in één organisatie hadden gezeten, dan was de integrale afweging van alle effecten op consumentenwelvaart – dus niet alleen betaalbaarheid, maar ook bereikbaarheid en kwaliteit – naar buiten toe wellicht overtuigender geweest.

Een ander probleem met mededingingstoezicht in de zorg is dat de NMa de kwaliteit moeilijk mee kan nemen in haar beoordelingen, omdat er lang geen kwaliteitsnormen hebben bestaan. Pas recent ontstaan volumennormen. Ook bestaan geen eenduidig vastgestelde bereikbaarheidsnormen voor patiënten. Waarschijnlijk is het effectiever om dat soort normen nu eindelijk eens vast te stellen in plaats van te kiezen voor politieke inmenging bij een onafhankelijke toezichthouder.

Drinkwater

Een derde 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 Inspectie Leefomgeving en Transport (vroeger 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. Zo weten zij vakkundig tariefregulering buiten de deur te houden, en hebben deze bedrijven alleen met benchmarking te maken.

Niet alleen de tariefregulering is in het politieke domein getrokken, dat geldt ook voor de toetsing van fusies tussen drinkwaterbedrijven. Op grond van de Drinkwaterwet mag een drinkwaterbedrijf alleen dan fuseren met een ander drinkwaterbedrijf als de minister van Infrastructuur en Milieu toestemming heeft gegeven. De beoordelingscriteria zijn:³⁷

1. Drinkwaterbedrijven moeten hun taken blijven verrichten:
 - a) Het tot stand brengen en in stand houden van een duurzame en doelmatige openbare drinkwatervoorziening in het voor zijn bedrijf vastgestelde distributiegebied;
 - b) Levering van deugdelijk drinkwater in een zodanige hoeveelheid en onder een zodanige druk als in het belang van de volksgezondheid vereist is.
2. De fusie mag de zinvolle uitvoering van de eerder genoemde benchmark niet beperken (bijvoorbeeld doordat er te weinig spelers overblijven om te vergelijken).

Zowel in het kader van het tarief- als het fusietoezicht kan de minister van I&M advies vragen aan de NMa, maar het hoeft niet.

Grotere veilige haven

Een laatste voorbeeld van politisering van het mededingingstoezicht is de druk van de Tweede Kamer om in crisistijd het mededingingstoezicht te versoepelen. De voormalige Kamerleden Ten Hoopen, Aptroot en Vos dienden in 2008 een wetsvoorstel in om een grotere veilige haven voor MKB bedrijven te maken. Onder de tien – in plaats van vijf – procent marktaandeel zouden

³⁷ Drinkwaterbesluit, 23 mei 2011, artikel 11.

bedrijven hun gang moeten kunnen gaan. Of nu een prijsafpraak wordt gemaakt of de markt wordt verdeeld: het mag als het marktaandeel maar onder de tien procent ligt. Door toedoen van twee wakkere Kamerleden 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 vergeten dat niet alleen MKB bedrijven, maar ook de consument last heeft van de crisis. Hoge kartelprijzen helpen de consument niet. Hoe dan ook; de grotere veilige haven is nu een feit.

Deze vier voorbeelden benadrukken het belang van onafhankelijkheid

Mededingingstoezicht kan alleen effectief zijn als het buiten de politieke invloedssfeer blijft; partijpolitieke dagkoersen moeten het toezicht niet kunnen beïnvloeden. Mededingingstoezicht dient dus ten alle tijden onafhankelijk van de politiek en marktpartijen te worden uitgeoefend. In een opinie in het Tijdschrift voor Toezicht onderschrijft ook Chris Fonteijn de noodzaak van de onafhankelijkheid van de toezichthouder. Hij definieert onafhankelijkheid als de ruimte om zonder oneigenlijke druk tot conclusies te komen op basis van de opdracht die de wetgever heeft gegeven. Enige druk mag dus best, als die maar met respect voor de rol van de toezichthouder wordt uitgeoefend. Fonteijn hecht aan onafhankelijkheid als houding:

“In de advocatuur is onafhankelijkheid me met de paplepel ingegoten. Onafhankelijkheid ten opzichte van de cliënt, de rechterlijke macht, advocatuurlijke wederpartijen, enzovoort. Nu begrijp ik, terugkijkend, dat die houding vooral voortkwam uit een diepgeworteld superioriteitsgevoel bij de toenmalige partners ten opzichte van eigenlijk alles en iedereen, maar het heeft me wel geleerd dat onafhankelijkheid veel meer dan een formeel begrip, een houding is.”

Onafhankelijkheid is echter meer dan een houding en zou in het geval van mededingingstoezicht ook stevig verankerd moeten zijn in formele zin. Daarom is het een gemiste kans dat de ACM een zelfstandig bestuursorgaan (zbo) naar model van de NMa wordt (een klein zbo) (zie verder ontwikkeling 4).

De onafhankelijke positie van ACM is formeel geregeld doordat de raad van bestuur een zelfstandig bestuursorgaan is (een klein zbo). Voor die onafhankelijkheid was het mogelijk beter geweest om voor het OPTA model te kiezen, een groot zbo.³⁸ De ACM heeft (vooralsnog³⁹) geen zelfstandige juridische status meer en het personeel is rechtstreeks in dienst bij de overheid. Dat de NMa tot op heden al zo was ingericht, doet eerder de vraag rijzen of de onafhankelijkheid ervan niet moet worden versterkt. In de discussie over de ACM mist een discussie over de zbo-status. Waarom niet gekozen voor het OPTA-model, een groot zbo, met een rechtspersoonlijkheid en eigen personeel? Ook de bepaling van het budget en de benoeming van sleutelfiguren bij

³⁸ De onafhankelijkheid van de toezichthouder kan ook in het gedrang zijn in die gevallen waarin hij zijn financiële bestaansrecht ontleent aan de ondertoezichtgestelden. Zo wordt OPTA nagenoeg geheel gefinancierd door de markt, c.q. de bedrijven waarop het toezicht wordt uitgeoefend. Alle ondernemingen die elektronische communicatiediensten, communicatienetwerken of bijbehorende faciliteiten aanbieden, zijn verplicht om zich te registreren bij OPTA. Voor het toezicht op hun markt betalen ze jaarlijks een vergoeding. 90% van OPTA's werkzaamheden wordt uit deze vergoedingen betaald.

³⁹ Tijdens het debat begin november 2012 in de Eerste Kamer over de ACM werd duidelijk dat de senatoren betwijfelden of de ACM wel onafhankelijk genoeg kan zijn.

de ACM – niks ten nadele van de huidige bestuurders – zou niet door de politiek moeten gebeuren. Stel dat de politiek even genoeg heeft van die lastige ACM, dan zou ze in theorie het budget kunnen halveren of marionetten kunnen benoemen. Beter is het budget via een meer neutrale partij te objectiveren.⁴⁰

⁴⁰ In dat verband stelde Nico van Eijk (2011) de Rekenkamer voor.

Ontwikkeling 4: Fusie NMa, CA en OPTA

De op handen zijnde fusie tussen de NMa, OPTA en CA kan voordelen bieden. De voordelen van de fusie met OPTA liggen in inhoudelijke synergievoordelen. De kansen die de fusie met de CA biedt, liggen niet in de integratie van belangenafweging, maar in de gezamenlijke communicatie en pr zodat de ACM kan uitgroeien tot de beschermvrouwe van de concurrentie, marktwerking en consumentenwelvaart. Ook zijn er wel bezuinigingen haalbaar, maar de verwachtingen ten aanzien daarvan moeten ook weer niet te hoog gespannen zijn. Te veel besparen gaat ten koste van de kwaliteit van het mededingingstoezicht.

De fusie komt, maar wat later

Een vierde belanghebbende ontwikkeling betreffende het mededingingstoezicht is het feit dat de NMa samen met de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) en de Consumentenautoriteit (CA) zal opgaan in de Autoriteit Consument en Markt (ACM). Aanvankelijk was het de bedoeling dat de fusie per 1 januari 2013 doorgang zou vinden. De Eerste Kamer heeft echter de Instellingswet niet aan willen nemen, omdat de senatoren twijfelen of de ACM wel onafhankelijk genoeg zal zijn en omdat men de Instellingswet tegelijk met de Stroomlijningswet (die de bevoegdheden van de ACM regelt en die pas later klaar is) wil behandelen. ACM zal bestaan uit de volgende directies: Consument, Mededinging, Telecom Vervoer & Post en Energie, met als stafafdelingen Juridische Zaken, Economisch Bureau en Bestuur, Beleid en Communicatie.

Bezuinigingen kennen grenzen

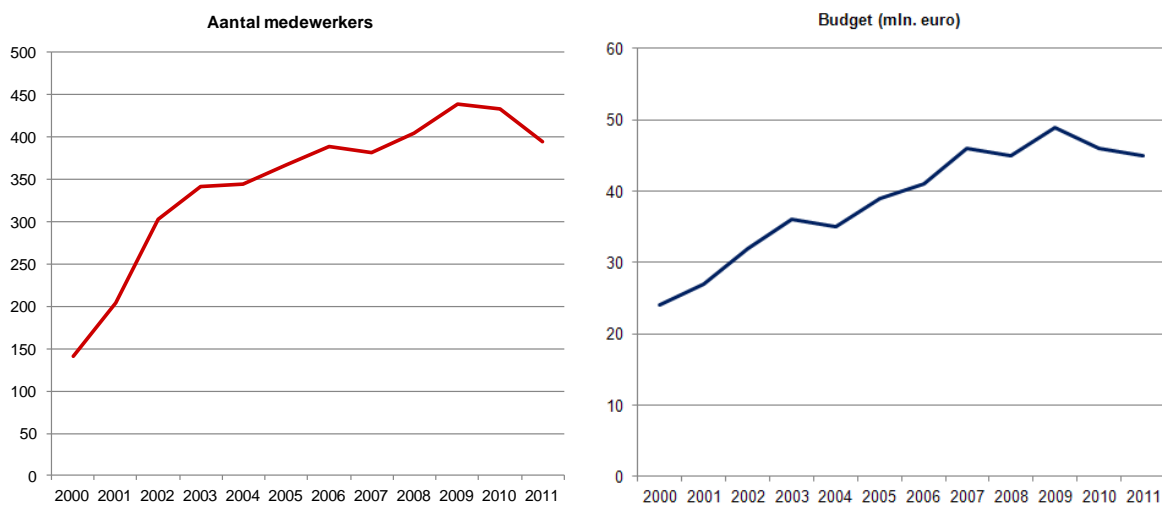
De voornaamste reden voor deze fusie is de wens om het aantal toezichthouders te verminderen en te kunnen bezuinigen als gevolg van schaal- en synergievoordelen.⁴¹ De fusie levert niet alleen efficiëntievoordelen op – denk aan het delen van back office, gebouwen, de juridische afdeling en de chief economist en zijn staf – maar ook inhoudelijke synergievoordelen. De taken van de NMa en OPTA liggen qua expertise en kennis erg dicht bij elkaar. De expertise die nodig is om toezicht te houden op markten als telecom, vervoer, energie en zorg overlapt elkaar. Natuurlijk kunnen de wetten en regels per sector verschillen, maar de manier van interpreteren en omgaan met die regels vertoont wel grote overeenkomsten. Ook de economische gereedschapskist die nodig is om de markten te analyseren is dezelfde. De fusie van de toezichthouders biedt kansen, juist omdat de expertise van medewerkers gelijksoortig is.

De verwachtingen van de te behalen efficiëntievoordelen moeten echter niet al te overspannen zijn. Ten eerste wordt ook nu – voorafgaand aan de fusie – al bezuinigd. Zoals uit onderstaande figuur blijkt, namen tot 2009 de kosten van alleen al de NMa – dus zonder Consumentenautoriteit en OPTA – gestaag toe en hetzelfde geldt voor de staf. Daarna werd bij de NMa bezuinigd, zoals ook uit de figuur blijkt. Daar komt nu de fusie bij die voor additionele bezuinigingen moet zorgen, maar een deel van het laaghangend fruit zal dan al geplukt zijn. Uit de betreffende Kamerstukken⁴² blijkt dat de besparingen van de fusie zijn beraamd op 9 procent, of 7 miljoen euro, aan het eind van 2015.

⁴¹ Baarsma en Snoep (2010).

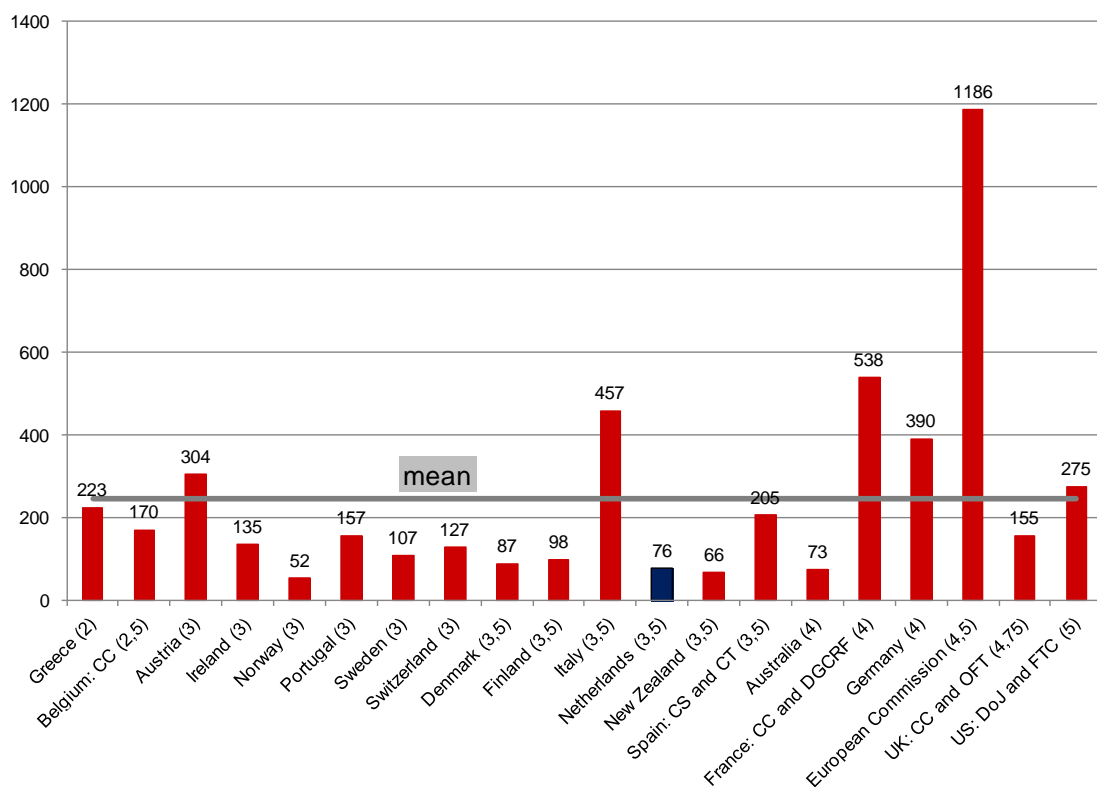
⁴² Zie bijv.: brief van de minister van EL&I aan de Tweede Kamer van 8-7-2011, 31490, nr. 90 (p.6).

Figuur 3: Personeelsbestand en budget NMA vertoont knik in 2009



Bron: SEO Economisch Onderzoek op basis van jaarverslagen van NMA

Figuur 4: Geen te hoge verwachtingen en aanzien van te halen efficiëntiewinsten
Aantal inwoners per 1.000 medewerkers mededingingstoezicht (2009)



Bron: SEO Economisch Onderzoek op basis van data van *Global Competition Review*

Ten tweede moet gerealiseerd worden dat de NMA nu eenmaal nooit zo efficiënt kan worden als de mededingingsautoriteiten in landen als Frankrijk, Duitsland, de UK en de US. Dat heeft te maken met de omvang van Nederland: klein, dus weinig schaalvoordelen. Dat blijkt uit figuur 4. Op de verticale as staat het aantal inwoners gedeeld door het aantal fte dat zich bezig houdt ge-

deeld door 1.000. Dus: hoeveel inwoners bedient een fte van de mededingingstoezichthouder? Op de horizontale as staan landen. De landen staan op volgorde van hun score in de *Rating Enforcement* 2009 van de *Global Competition Review*, waarbij mededingingsautoriteiten worden gebenchmarkt. Een vijf is het hoogst en wordt behaald door zowel de *US Department of Justice* als de FTC in het Verenigd Koninkrijk (*Office of Fair Trading* 4,5 en *Competition Commission* 5). Griekenland sluit de rij met een 2. Veel grote landen scoren hoog (tussen een 4 en 5) en bedienen per fte veel inwoners. Kleine landen hebben relatief veel fte nodig om toezicht te houden en scoren doorgaans minder hoog. Duidelijk is ook dat kleine landen met weinig fte (Griekenland en België) niet hoog scoren, dus al te veel bezuinigen op fte is ook geen aanrader.

Het boetedictaat van Rutte II aan de NMa is geen goed idee

Dat de verwachtingen over de te behalen voordelen (te) hoog gespannen zijn, blijkt uit het Regeerakkoord 'Bruggen slaan' van Rutte II. Op pp. 68-69 staat een bizarre bezuiniging ingeboekt op het mededingingstoezicht van de NMa.

“De boetes marktwerking (NMa) worden verhoogd omdat de NMa meer kartelboetes gaat opleggen. De ontvangsten worden geraamd op 75 mln. in 2014 oplopend naar 125 mln. structureel. Deze bezuiniging wordt taakstellend ingeboekt op de EZ begroting. Bij eventuele besparingsverliezen kunnen extra opbrengsten uit maatregel 111 binnen het EZ domein gebruikt worden.”⁴³

Los van het feit dat dit boetedictaat de onafhankelijkheid van het mededingingstoezicht verder onder druk zet, is maar de vraag of de normen haalbaar zijn en in een rechtbank overeind blijven.⁴⁴ Vanaf 2017 moet de NMa dus minimaal 125 miljoen euro aan boetes opleggen (in 2014 75 miljoen en in 2015 en 2016 100 miljoen euro). Dat deze bezuinigingsopdracht een vrij forse is, blijkt wel als deze naast de boetes wordt geplaatst die de NMa de afgelopen jaren in mededingingszaken heeft opgelegd.⁴⁵

Alleen in 2003, 2005 en 2010 kwam het boetebedrag boven de 'eis' van 125 miljoen euro per jaar (figuur 5). De hoge boetes die tot 2006 zijn opgelegd hebben vooral met de bouwfraude te maken. De NMa zal een tweede bouwfraude-achtig kartel nodig hebben om aan de streefdoelstelling van het Regeerakkoord te voldoen.⁴⁶ Het is maar zeer de vraag of dergelijke omvangrijke kartels nog bestaan en door de NMa gedetecteerd kunnen worden. Ook een toenemende mate van anticipatie op mededingingstoezicht kan roet in het eten gooien van gewenste hogere boetes (zie box 3).

De kracht van het boetedictaat is eerder al gering gebleken. Ook Balkenende IV schreef voor dat de geïnde boetes structureel 100 miljoen euro zouden moeten bedragen na 2011 en in 2008, 2009 en 2010 25, 50 resp. 75 miljoen euro zouden moeten bedragen (Coalitieakkoord tussen de Tweede Kamerfracties van CDA, PvdA en ChristenUnie, 7 februari 2007, p. 41). Bovenstaande figuur laat zien dat deze bedragen ook niet gehaald zijn.

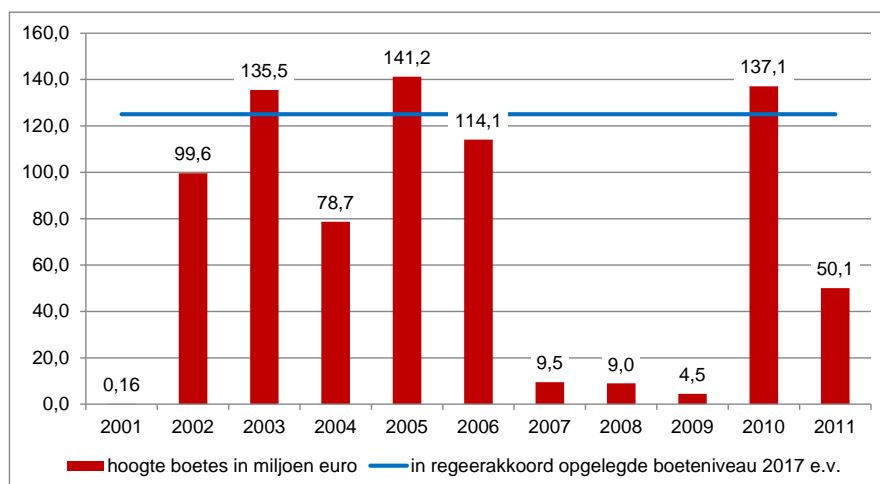
⁴³ Maatregel 111 heeft betrekking op de werkkostenregeling.

⁴⁴ De boetes die worden opgelegd worden regelmatig verlaagd (nooit verhoogd) door de rechter of door de NMa zelf na uitspraken van de rechter.

⁴⁵ De NMa legt ook wel boetes op als sectorspecifieke toezichthouder in de energie- en vervoersector. Die boetes zijn echter relatief laag (opgeteld nooit meer dan 2 miljoen euro per jaar).

⁴⁶ In 2010 was vooral de boete aan de leden van het meelkartel hoog (80 miljoen euro).

Figuur 5: Regeerakkoord maakt het opleggen van fors hogere boetes nodig



Bron: SEO Economisch Onderzoek op basis van jaarverslagen van de NMa

Box 3: Hoe meer anticipatie, hoe minder boetes

Sinds de bouwfraude is algemeen bekend dat het maken van prijsafspraken en het onderling verdelen van de markt verboden is. Wie veroordeeld wordt voor een kartel betaalt hoge boetes. Die kunnen oplopen tot wel 10% van de totale jaaromzet van de onderneming. Ook kan de NMa een persoonlijke boete van bijna een half miljoen euro opleggen aan de feitelijk leidinggever of opdrachtgever. Deze boetes werken afschrikwekkend en voorkomen kartels. Ondernemingen houden rekening met de Mededingingswet wanneer zij contracten vormgeven, bijeenkomsten bezoeken of overleggen. Uit de enquête onder advocaten en andere adviseurs blijkt dat tegenover elk sanctiebesluit van de NMa bijna 5 bij de NMa onbekende gevallen staan waarin een verboden gedraging is stopgezet of aangepast op grond van mededingingsrechtelijk advies. Verder blijkt uit deze enquêtes onder ondernemingen dat de hoogte van de persoonlijke boete de belangrijkste rol speelt bij de mate van anticipatie, gevolgd door de ondernemingsboete: hoe hoger deze boetes, hoe groter de preventieve werking van het kartelverbod.

De gemeten anticipatie en gevoeligheid voor boetes, kan betekenen dat hogere boetes in de toekomst leiden tot meer preventie en dus op den duur minder overtredingen en boetes.

Bron: Baarsma et al. (2012).

De NMa/ACM zegt pragmatischer te zullen optreden, voor het overige is nog veel onduidelijk

Omdat de bevoegdheden van de ACM nog niet duidelijk zijn – de wet die deze bevoegdheden regelt (de Stroomlijningswet) treedt pas later (vooralsnog gepland op 1 januari 2014) in werking – is het niet eenvoudig om de te verwachte synergievoordelen in te schatten. Voor het inschatten van de te behalen synergievoordelen is het ook relevant om naar de handhavings- en toezichtstrategie van ACM te kijken. De fusie tot de ACM is voor de bestuurders een aanleiding om die strategie aan te passen. Zo geeft Henk Don, lid van de RvB van de NMa, in het Financieele Dagblad van 21 september jl. aan dat de ACM “pragmatischer” en met “probleemoplossend toezicht” te werk zal gaan.

“De toezichthouder zal soms vermanend en bestraffend optreden, maar soms juist de dialoog of het publieke debat zoeken, aldus Don. Deze nieuwe koers bij de fusieorganisatie Autoriteit Consument en Markt past volgens Don in deze tijd waarin toezichthouders meer moeten bereiken met minder middelen.”

In zijn toespraak van afgelopen 4 oktober spreekt ook Chris Fonteijn van een nieuwe manier van toezicht houden gericht op de oplossing van het marktprobleem.

“[...] we gaan niet alleen voor het bestraffen van een eventuele mededingingsovertreding, maar zullen ook hier kijken naar ‘the bigger picture’. Daarbij hoort bijvoorbeeld de vraag of een geconstateerde ongewenste gedraging een op zichzelf staande ontwikkeling is, of een symptoom van een groter, achterliggend probleem op de markt? Wat is de oorzaak van dit marktgedrag? Hebben we met een actieve of inactieve consument te maken, zijn er overstapdrempels, is er te weinig transparantie? Kortom; we onderzoeken dus niet primair wat de mogelijke mededingingsovertreding is, maar wat de aard van het marktprobleem is. We kijken dus met een breder vizier.”

Ook wil de nieuwe toezichthouder nieuwe instrumenten inzetten naast de gebruikelijke boetes, zoals een campagne gericht op consumenten, toezeggingsbesluiten, marktscans en strategische communicatie gericht op het vergroting van nalevingsbereidheid.

Het doel van de ACM is volgens de huidige concept wetgeving “het bevorderen van goed functionerende markten, ordelijke en transparante marktprocessen en zorgvuldige behandeling van consumenten.” Het woord mededinging komt hier niet eens in voor. Het opgaan van de NMa in de ACM heeft daardoor als gevaar dat de hierboven bij ontwikkeling 2 genoemde verbreding naar andere publieke belangen sneller plaatsheeft. De Consumentenautoriteit borgt andere belangen (informatieongelijkheid en veiligheid bijvoorbeeld) dan de NMa. De vraag is wat die vermenging van mededinging met andere publieke belangen betekent voor de onafhankelijke positie? Hoe meer verschillende belangen samen worden gevoegd in het mededingingstoezicht, hoe meer belangenconflicten er immers kunnen ontstaan. Het gaat dan om niet-mededingingsbelangen, zoals milieu, werkgelegenheid en cultuur. Om verwarring te voorkomen is Autoriteit Consument en Mededinging misschien een betere benaming dan Autoriteit Consument en Markt, net zoals de NMa de Nederlandse Mededingingsautoriteit is en niet de Nederlandse Marktfaalautoriteit.

De kansen die de fusie met de CA biedt moeten niet zo zeer gezocht worden in de integratie van belangenafweging, maar veel eer in de kans die de gezamenlijke communicatie biedt. Het samengaan met de CA biedt een kans om de pr van mededingingstoezicht handen en voeten te geven. Tot op heden is het helaas in onvoldoende mate gelukt om de NMa het imago van de beschermvrouwe van de concurrentie, marktwerking en consumentenwelvaart te verschaffen. Dat komt omdat concurrentie en marktwerking bij ‘de mensen in het land’ en in het Haagse niet worden omarmd (zie ontwikkeling 1). De NMa heeft, zo is gebleken, ondanks alle inspanningen weinig vrienden kunnen maken buiten een groep direct betrokkenen.⁴⁷

⁴⁷ Baarsma en Snoep (2010).

Ontwikkeling 5: Meer privaatrechtelijke handhaving

Op basis van informatie uit de markt is duidelijk dat het aantal privaatrechtelijke zaken op grond van de Mededingingswet stijgt. Op zich is dat geen probleem, en kan het zelfs worden toegejuicht als dat leidt tot een effectiever mededingingstoezicht (zoals het geval is bij het claimen van kartelschades en het handhaven van het verbod op misbruik van een economische machtspositie). Het is echter wel problematisch als dit het gevolg is van een minder goed functionerende NMa. Dat kan aan de orde zijn als de beoordeling te veel wordt verbreed naar niet-mededingingsbelangen (ontwikkeling 2) of als er te veel op het apparaat zou worden bezuinigd (ontwikkeling 4).

De privaatrechtelijke route om handhaving van de Mededingingswet te vragen

Het mededingingsrecht wordt bestuursrechtelijk gehandhaafd door de NMa, maar marktpartijen kunnen ook een civielrechtelijke procedure starten om handhaving van de Mededingingswet (kartelverbod en verbod op misbruik economische machtsposities) te eisen. Dit gebeurt in toenemende mate.⁴⁸ Dit heeft waarschijnlijk te maken met de langdurige procedure bij de NMa die voor de benadeelde partij zelden positief uitpakt. Een andere reden is de perceptie dat de NMa de misbruikklachten niet actief onderzoekt. Internationaal gezien is het aantal civielrechtelijke procedures in het kader van een misbruik machtspositie-zaak in Nederland zelfs zeer hoog (het hoogste na de Verenigde Staten).⁴⁹

Oxera (2004) heeft voor EZ bekeken wat de kosten en baten zouden zijn van een overgang naar een situatie zonder NMa maar met Mededingingswet, hetgeen neerkomt op privaatrechtelijke handhaving. Dit is tot op zekere hoogte te vergelijken met de situatie in de VS waar handhaving van de antitrustwetten voor een belangrijk deel via ‘private litigation’ gaat. De ervaring in de VS en elders leert dat privaatrechtelijke handhaving van mededingingsbeperkend gedrag met name geschikt is in B2B markten (zakelijke markten) en veel minder in B2C markten (consumentenmarkten). Voormalig eurocommissaris Neelie Kroes van mededinging zei hierover:

“In tegenstelling tot de Verenigde Staten komt het in de Europese Unie nauwelijks voor dat bedrijven en consumenten de kartelschade claimen bij de kartelovertredders. In de VS worden in 90% van de kartelzaken civiele schadeclaims ingediend, in de EU is dat nog geen 10%, zo blijkt uit onderzoek. In veel lidstaten is de bewijsvoering van de geleden schade zo tijdrovend en kostbaar dat bedrijven afzien van een rechtsgang. Ook ‘class-actions’, waarbij gedupeerden gezamenlijk een claim indienen, zijn vaak niet toegestaan.”⁵⁰

⁴⁸ Adriaanse, P.C. (2007), Van Lierop & Pijnacker Hordijk (2007) aangevuld met mondelinge informatie van diverse mededingingsadvocaten.

⁴⁹ Van der Noll et al. (2011).

⁵⁰ Broekhuizen en Mulder (2005). Sindsdien is er vanuit de Commissie niet veel meer gedaan om civiele handhaving te stimuleren. Wel heeft Alexander Italianer, Directeur Generaal van de Commissie, in een speech op het 5e International Competition Conference van 17 februari 2012 aangekondigd dat de Europese Commissie met een voorstel komt over de verhouding tussen private en publieke handhaving van het mededingingsrecht (verkrijgbaar via: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2012_02_en.pdf).

Concurrenten en grote afnemers kunnen of gaan makkelijker naar de rechter om hun gelijk te halen dan consumenten. Voor het aanpakken van mededingingsbeperkend gedrag in consumentenmarkten is volgens Oxera een NMa dus nodig.

De privaatrechtelijke route om schade te claimen

Een andere probleem van handhaving van het kartelverbod of misbruik machtspositie door de NMa is dat de hoogte van de boete niet is gelieerd aan de schade die de kartelslachtoffers ondervinden. Bovendien valt de boete toe aan de staatskas en niet aan de benadeelden. De publiekrechtelijke route via de NMa leidt dus niet tot genoegdoening voor benadeelden. Het is echter wel mogelijk voor bedrijven en consumenten om die genoegdoening te krijgen. Private partijen die schade hebben ondervonden als gevolg van een mededingingsbeperking, kunnen naar de civiele rechter om een schadevergoeding te eisen. Deze stap kan volgen op een boete van de mededingingsautoriteit, maar kan in principe ook los daarvan worden gezet.

In de Verenigde Staten worden jaarlijks honderden kartelzaken door particulieren voor de rechter gebracht. Sterker nog: het merendeel van de kartelzaken wordt daar door private partijen in de rechtszalen uitgevochten. Dat roept de vraag op of hier sprake is van een verwerpelijke claimcultuur of dat deze privaatrechtelijke handhaving van het kartelverbod gewenst is omdat hierdoor kartels nog beter worden voorkomen. Gegeven de enorme schade die kartels aan een economie kunnen toebrengen, lijkt eerder sprake van dat laatste. Kartels leiden immers niet alleen tot hoge prijzen en te lage kwaliteit op een gegeven tijdstip, maar ze staan ook kostprijsverlagende en kwaliteitsverbeterende innovaties voor de toekomst in de weg.

Daarom is het belangrijk dat benadeelden goed op de hoogte zijn van de mogelijkheden om schade te verhalen op de kartelleden. De mogelijkheden om geleden schade te verhalen, zijn in Nederland beter dan in andere Europese landen. Zo kennen wij efficiënte schadevergoedingsprocedures en de mogelijkheid om van een groep karteldaders er eentje uit te pikken en die voor de gehele schade aansprakelijk te houden. Het is dus mogelijk om (uitsluitend) de partij die het eenvoudigste verhaal biedt of die in Nederland gevestigd is hoofdelijk aansprakelijk te stellen.

Ten tweede is het mogelijk om een veroordeling te vragen tot schadevergoeding zonder dat de schade al berekend is. Dat is een voordeel omdat de schadeberekening vaak veel tijd en moeite kost. Weliswaar is zo'n veroordeling niet gekoppeld aan een precies bedrag, maar eenmaal in het bezit van een rechterlijke veroordeling zal veel sneller en zakelijker geschikt kunnen worden. De veroordeling is immers een feit en zal in de jaarrekening moeten worden verwerkt. Lukt het toch niet om te schikken, dan kan de hoogte van de schade altijd nog in een vervolprocedure worden vastgesteld. Zijn grotere groepen slachtoffers bij het kartel betrokken, dan biedt de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade nog uitkomst bij het formaliseren van een schikking.

Kortom, er zijn instrumenten die een verdere groei van private handhaving van het kartelverbod mogelijk maken. Gegeven de snelle groei van het aantal civiele mededingingszaken gedurende de afgelopen paar jaar, is het waarschijnlijk dat die trend doorzet.

Samenvatting

Het mededingingstoezicht is volop in beweging en daarin schuilen kansen, maar ook bedreigingen. De binnenlandse omgeving is het afgelopen decennium vijandig geweest ten aanzien van marktwerking en mededinging. Tegelijk ziet het naar uit dat de toezichthouder zich heeft aangepast aan de veranderende omgeving, en heeft hij aangegeven ook andere publieke belangen dan mededinging te willen meewegen in de beoordeling van concentraties, kartels en misbruikzaken. Hierin schuilt het gevaar van verwatering en verdere politisering van het mededingingstoezicht. Ook de op handen zijnde fusie tussen de NMa, OPTA en CA kan hieraan bij dragen, omdat elk van deze toezichthouders andere belangen behartigt. De kansen die de fusie met de CA biedt, liggen niet in de integratie van belangenafweging, maar in de gezamenlijke communicatie en pr zodat de ACM kan uitgroeien tot de beschermvrouwe van de concurrentie, marktwerking en consumentenwelvaart.

De fusie tot de ACM is ingegeven door de wens om het aantal toezichthouders te verminderen en te bezuinigen. Dit dwingt de toezichthouder om anders en efficiënter te werken (meer doen met minder middelen). Door de schaal- en synergievoordelen die door de fusie te behalen zijn, is zeker een bezuiniging te boeken, maar de verwachtingen ten aanzien daarvan moeten ook weer niet te hoog gespannen zijn. Te veel besparen gaat ten koste van de kwaliteit van het mededingingstoezicht. Hetzelfde geldt voor verwatering en politisering van het toezicht. Uiteindelijk leidt dat tot minder effectief mededingingstoezicht wat negatief kan zijn voor het concurrerend vermogen van de Nederlandse economie. Als het generieke mededingingstoezicht te veel verbreed of de kwaliteit ervan afneemt, zal dat mogelijk de reeds ingezette trend van civielrechtelijke handhaving van de Mededingingswet (kartels en misbruikzaken) versnellen.

Voor de hoofdpunten van het betoog wordt de lezer verwezen naar het begin van dit essay.

Literatuur

- Adriaanse, P.C. (2007), Private handhaving (van het mededingingsrecht) in opmars. Downloadable:
http://media.leidenuniv.nl/legacy/Voorbespreking%20preadvies_Adriaanse.pdf.
- Baarsma, B.E. (2010). *Moeilijke marktwerking en meedogenloze mededinging: Een welvaartseconomisch perspectief*, Amsterdam: Vossiuspers UvA.
- Baarsma, B. en M. Snoep (2010), Gefuseerde NMa staat sterker, *Financieele Dagblad*, 22 oktober, p. 7.
- Baarsma, B.E. (2011), Rewriting European competition law from an economic perspective. in: *European Competition Journal*, 7(3), pp. 559-585.
- Baarsma, B.E., R.G.M. Kemp, R. van der Noll & J. Seldeslachts (2012), Let's Not Stick Together: Anticipation of Cartel and Merger Control in The Netherlands, in: *De Economist*, 160(4), pp. 357-376.
- Baarsma, B. (2012), *Over de vrienden en onafhankelijkheid van de NMa/ ACM*, Lezing op het 10^{de} jaarcongres 'Ontwikkelingen Mededingingsrecht 2012', 4 oktober, Kurhaus, Scheveningen.
- Baker, J. (2003), The case for antitrust enforcement, *Journal of Economic Perspectives*, 17, pp. 27-50.
- Bijl, de P. & T. van Dijk (2012), "Alleen concurrentie relevant voor nieuwe Autoriteit Consument en Markt", *Me Judice*, 25 september.
- Buccirossi, P., L. Ciari, T. Duso, G. Spagnolo and C. Vitalek (2012), Competition Policy and Productivity Growth: An Empirical Assessment, accepted in: *The Review of Economics and Statistics*.
- Broekhuizen, Klaas en Taco Mulder (2005), Kroes wil kartels harder aanpakken, in: *Financieele Dagblad*, 20 april.
- Commissie Kuiper (2012), *Verbinding verbroken?*, Onderzoek naar de parlementaire besluitvorming over de privatisering en verzelfstandiging van overheidsdiensten.
- Crandall, Robert W., and Clifford Winston (2003), Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence, *Journal of Economic Perspectives*, 17(4), pp. 3-26.
- Dommering, E.J., N.A.N.M. van Eijk, J.J.M. Theeuwes, F.O.W. Vogelaar (2001), *Toezicht en regulering in de telecommunicatiemarkt*, Instituut voor Informatierecht Faculteit der Rechtsgeleerdheid/SEO, Amsterdam.
- Eijgenraam, C.J.J., C.C. Koopmans, P.J.G. Tang en A.C.P. Verster (2000), *Evaluatie van infrastructuurprojecten; Leidraad voor kosten-batenanalyse*, Sdu, Den Haag.

- Eijk, van N. (2011), ACM onafhankelijk?, in: *Nederlands Juristenblad*, 44/45, 16 december.
- Fontein, C.A. & J.M. Barendrecht (2011), *Opinie: Onafhankelijkheid van toezicht is wel/niet essentieel*, in: *Tijdschrift voor Toezicht*, (2)3, pp. 64-68.
- Fontein, C. (2012), *Speaking notes mr. Chris Fontein 10e Jaarcongres 'Ontwikkelingen Mededingingsrecht' Kurhaus*, 4 oktober, Scheveningen, verkrijgbaar via:
<http://www.nma.nl/images/Kurhausspeech%20Chris%20Fontein%204%2010%2012%20def22-202341.pdf>
- Gaynor, M en W.B. Vogt (1999), *Antitrust and competition in health care markets*, NBER Working Paper 7112.
- Houdijk, J. (2009), *Publieke belangen in het mededingingsrecht: een onderzoek in vijf domeinen*, Deventer: Kluwer.
- Krista Kroon, K. en B. Kiers (2010), Handhaven van regels met boetes is een armoedeoplossing, in: *Zorgvisie*, 40(34), 27 augustus, p. 2.
- Lavrijssen, S. (2010), What role for National Competition Authorities in Protecting Non-competition Interests after Lisbon?, *European Law Review*, 5, pp. 636-659.
- Lierop, van W.A.J. & E.H. Pijnacker Hordijk (2007), *Privaatrechtelijke aspecten van het mededingingsrecht*, preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht.
- Ma, T.-C. (2011), The effect of competition law enforcement on economic growth, *Journal of Competition Law and Economics*, 7(2), pp.301-334.
- Meggison, W.L., en J.M. Netter (2001), From state to market: A survey of empirical studies on privatization, *Journal of Economic Literature*, 39: 321-389.
- Ministerie van Economische Zaken (2008), *Onderzoek marktwerkingsbeleid*, Den Haag.
- Nickell, S. (1996), Competition and corporate performance, in: *Journal of Political Economy*, 104, pp. 724-746.
- NMagazine (2008), Goede informatie cruciaal bij fusiemelding, nr. 2, juli: 8-9.
- Noll, R. van der, B. Baarsma, N. Rosenboom, J. van der Voort, with contributions from: W. VerLoren van Themaat and Henk-Jaap Albers (both Houthoff Buruma) and Maarten Pieter Schinkel (University of Amsterdam) (2011), *An international comparison of the abuse of dominance provision: Comparing the number of cases in the Netherlands with ten other jurisdictions*. SEO-rapportnr. 2011-63. Amsterdam: SEO Economisch Onderzoek.
- Onderwijsraad, 2005, *Variëteit in schaal*, Den Haag.
- Ottervanger (2010), "Maatschappelijk verantwoord concurreren", *Markt & Mededinging* 3, juni, p. 93-99.

- Oxera (2004), *Costs and Benefits of Market Regulators*, Part I and II, Oxford.
- Piersma, J. (2010), NMa worstelt met publiek belang in de zorg, in: *Het Financieele Dagblad*, 6 mei, p. 3.
- Poort, J., B. Baarsma & C. Teulings (2005). *Marktwerking op de rit*, Amsterdam: SEO Economisch Onderzoek.
- SER (2010), *Overheid én markt: Het resultaat telt! Voorbereiding bepalend voor succes*, Advies 10/01, maart, Den Haag.
- Soest, van H. (2008), NMa legt thuiszorg miljoenenboetes op, in: *AD/Algemeen Dagblad*, 27 september, p. 3.
- Stigler, G.J. (1987). Competition. In: J. Eatwell, M. Milgate and P. Newman (eds.), *The New Palgrave, A Dictionary of Economics*. London: Macmillan.
- Teulings, C.N., A.L. Bovenberg en H.P. van Dalen (2003), *De calculus van het publieke belang*. Den Haag: Kenniscentrum voor Orderingsvraagstukken.
- Townley, C. (2011), Which goals count un article 101 TFEU? Public policy and its discontents, *European Competition Law Review*, 9, pp. 441-448.
- Trappenburg (2012), Toezichhouders meer in gesprek, in: *Financieele Dagblad*, 21 september, p.5.
- Werden, Gregory J. (2003), *The Effect of Antitrust Policy on Consumer Welfare: What Crandall and Winston Overlook*, U.S. Department of Justice Antitrust Division Discussion Paper No. EAG 03-2.
- Winston, C. (2006), *Government Failure versus Market Failure*, Washington D.C: AEI-Brooking Joint Centre for Regulatory.
- WRR (2000), *Het borgen van publiek belang*, Rapporten aan de regering nr. 56, SDU, Den Haag.
- WRR (2012), *Publieke zaken in de marktsamenleving*, Rapporten aan de regering nr. 87, SDU, Den Haag.



seo economisch onderzoek

Roetersstraat 29 . 1018 WB Amsterdam . T (+31) 20 525 16 30 . F (+31) 20 525 16 86 . www.seo.nl