

Naschrift



ALEXANDER ITALIANER
Directeur-generaal
van DG Concurrentie van de Europese Commissie



LUC PEEPERKORN
Hoofdmedewerker
bij DG Concurrentie van de Europese Commissie

Dit ESB-dossier behandelt de vraag hoe de hedendaagse consument optimaal beschermd kan worden tegen marktmacht, informatieproblemen en zichzelf. Dit is een actuele problematiek. Niet alleen omdat de samenvoeging van consumentenbeleid en mededingingsbeleid in ACM om een hernieuwde afstemming vraagt, zoals bijvoorbeeld ook het geval is in het Verenigd Koninkrijk waar de Office of Fair Trading wordt omgevormd tot de Competition and Markets Authority. Maar ook omdat er een toenemende druk is om het mededingingsbeleid meerdere doelen te laten dienen, zoals onlangs uitgedrukt in een resolutie aangenomen in de Tweede Kamer om ACM op te dragen om, bij de beoordeling van mogelijk concurrentiebeperkende overeenkomsten, met name ook het effect op dierenwelzijn en milieu te laten meewegen. Een brede discussie met betrekking tot nog veel meer mogelijke doelstellingen voor het mededingingsbeleid werd onlangs gevoerd op het congres The Public Interest-Defence in Cartel Offences, van het Amsterdam Center for Law and Economics (ACLE).

HET EU-MEDEEDINGINGSBELEID

Wij pleiten ervoor om de lokroep van zulke andere doelstellingen te weerstaan en het beleid te beperken tot de doelstelling van het Europees mededingingsbeleid zoals neergelegd in de artikelen 101 en 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) en uitgewerkt in met name de Richtsnoeren (2004) betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3. Dit niet alleen uit juridische overwegingen, maar ook omdat een dergelijke beperking noodzakelijk is om een effectief mededingingsbeleid mogelijk te maken. Beide overwegingen – wat juridisch mogelijk is binnen de grenzen van de tekst van het VWEU en de rechtspraak van het Hof van Justitie en wat een effectief beleid mogelijk maakt – spelen vreemd genoeg een kleine rol in

een aantal bijdragen aan dit nummer en in de bredere discussie zoals gevoerd op het ACLE-congres. Dit is met name verrassend omdat deze overwegingen het kader scheppen voor wat praktisch mogelijk en wenselijk is.

Het realiseren van de interne markt en het beschermen van de concurrentie zijn, zoals opgemerkt door Van Damme (p. 6–16), kernwaarden van de EU sinds haar oprichting. Maar dit zijn niet de enige doelen. Artikel 3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie noemt doelen zoals de bescherming van het milieu, volledige werkgelegenheid, een lage inflatie, sociale rechtvaardigheid, culturele diversiteit en solidariteit tussen de lidstaten. Deze doelen worden ook genoemd in het VWEU, met daarbij nog andere doelen zoals de bescherming van dierenwelzijn.

De vraag is of en hoe al deze doelstellingen in de praktijk een rol kunnen spelen bij de toepassing van het mededingingsbeleid. Het is daarbij van het grootste belang ervoor te zorgen dat de Commissie, de nationale mededingingsautoriteiten en de nationale rechtbanken, die instaan voor de toepassing van de artikelen 101 en 102, beslissingen kunnen nemen binnen termijnen en onder voorwaarden die zinvol zijn voor de betrokken ondernemingen en de consument.

In het algemeen, wanneer verschillende en mogelijk conflicterende doelstellingen worden nagestreefd, is het niet effectief om elk beleidsinstrument al deze doelstellingen tegelijk te laten nastreven. Voor effectief beleid is het te prefereren om per instrument één doel te hebben. Zoals reeds door Tinbergen werd bewezen, is het minimaal nodig om evenveel beleidsinstrumenten als doelstellingen te hebben. De verschillende doelstellingen kunnen dan worden bereikt door de juiste mix van beleidsinstrumenten toe te passen, met waar nodig een hiërarchie van instrumenten en doelstellingen. Proberen om met elk instrument verschillende doelstellingen na te streven leidt slechts tot een langzame, kostbare

en onvoorspelbare uitkomst op elk beleidsterrein. Als bijvoorbeeld een fusie niet alleen moet worden beoordeeld op het effect op de concurrentie in de markt, en daarmee op de gebruikers van de betrokken producten, maar ook op eventuele effecten op werkgelegenheid, de regionale spreiding van industrie, de inkomensongelijkheid, het milieu en de handelsbalans, dan verzandt elke beslissing. Op die manier zijn uiteindelijk zowel bedrijven als consumenten de dupe doordat pro-competitieve fusies geen doorgang kunnen vinden of oneindig worden vertraagd, terwijl anti-competitieve fusies daarentegen niet duidelijk zijn en snel op een duidelijke en snelle manier worden verboden.

De tekst van artikel 101 en 102 beperkt de mate waarin de verschillende EU-doelen een rol kunnen spelen in het EU-mededingingsbeleid. De tekst van de artikelen, ondersteund door de nodige rechtspraak van het Hof van Justitie, maakt duidelijk dat het doel is om concurrentiebeperkingen te verbieden ter bescherming van de gebruikers van de betrokken producten en dit alles binnen de context van de interne markt. De tekst van artikel 101(1) stelt duidelijk dat elke overeenkomst die de handel tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden en de concurrentie beperkt, verboden is, tenzij de vier voorwaarden voor vrijstelling, geformuleerd in artikel 101(3), zijn vervuld.

We gaan er hier van uit dat de betreffende overeenkomsten de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden, een voorwaarde voor toepassing van het EU-mededingingsbeleid. Deze voorwaarden zijn in het kort: ten eerste dat de overeenkomst moet bijdragen tot verbetering van de productie of van de verdeling der producten, of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang; ten tweede dat een billijk aandeel van de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt; ten derde dat er geen beperkingen worden opgelegd die voor het bereiken van deze doelstellingen gemist kunnen worden; en ten vierde, zonder aan de betrokken ondernemingen de mogelijkheid te geven om voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen. Zodra alle vier de voorwaarden zijn vervuld, is de overeenkomst automatisch vrijgesteld van het verbod van artikel 101(1). De tekst van artikel 101 laat niet toe om, op grond van andere doelstellingen van de EU, andere voorwaarden in te bouwen bij de beoordeling onder artikel 101. Het is daarom dat in de Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, wordt gezegd (in paragraaf 42): “Doelstel-

lingen die worden nagestreefd met andere Verdragsbepalingen kunnen in aanmerking worden genomen in zoverre zij onder de vier voorwaarden van artikel 101, lid 3, kunnen worden begrepen”.

Omdat het voor de huidige discussie minder van belang is gaan wij hier niet in op rechtspraak van het Hof van Justitie volgens welke, in uitzonderlijke gevallen en onder stringente voorwaarden, bepaalde overeenkomsten die de concurrentie zouden kunnen beperken toch buiten het toepassingsbereik van artikel 101, lid 1, kunnen vallen omdat de overeenkomst in kwestie noodzakelijk is om een algemeen belang te realiseren (zie de zaak *Wouters* (scheiding advocatuur en accountancy) en de zaak *Meca-Medina* (verplichtte dopingcontroles)).

Het voorgaande betekent dat andere doelstellingen, zoals de bescherming van milieu of dierenwelzijn, dus geen eigenstandige rol kunnen spelen in het EU-mededingingsbeleid. Mochten Nederlandse dierenfokkers, eventueel in samenspraak met hun grootste afnemers, collectief besluiten bepaalde zelf opgelegde regels voor dierenwelzijn te respecteren en mocht dit leiden tot aanmerkelijk hogere kosten en prijzen en minder keus voor de consument, dan is het aan te nemen dat de overeenkomst onder artikel 101(1) valt. Een verbod kan dan alleen worden vermeden als aan de vier voorwaarden van artikel 101(3) is voldaan. Dit betekent onder andere dat de consumenten moeten worden gecompenseerd voor deze nadelen, bijvoorbeeld doordat de overeenkomst een betere kwaliteit vlees garandeert. Het dierenwelzijn kan dus alleen indirect, via de consument, een rol spelen bij de mededingingsrechtelijke afweging.

Wij gaan hier niet verder in op de rechtspraak van het Hof van Justitie volgens welke, in uitzonderlijke gevallen en onder stringente voorwaarden, bepaalde overeenkomsten die de concurrentie zouden kunnen beperken toch buiten het toepassingsbereik van artikel 101, lid 1, kunnen vallen omdat de overeenkomst in kwestie noodzakelijk is om een algemeen belang te realiseren.

WELKE GEBRUIKERS

Zoals gezegd, het doel van het EU-mededingingsbeleid is om concurrentiebeperkingen te verbieden ter bescherming van de gebruikers van de betrokken producten. Het begrip ‘gebruikers’ omvat alle rechtstreekse of onrechtstreekse gebruikers van de producten die door de overeenkomst worden gedekt, onder wie producenten die de producten als grondstof gebruiken,

groothandelaren, detailhandelaren en eindgebruikers. Met andere woorden, de gebruikers zijn de klanten van de partijen van de overeenkomst en de volgende kopers (Richtsnoeren (2004), paragraaf 84). en het artikel in dit ESB-dossier van Van Damme (p. 6–16) merkt terecht op dat dit niet hetzelfde is als het begrip ‘consumenten’, zoals gebruikt binnen het consumentenbeleid. Dit hoeft echter geen probleem te zijn, zoals hij ook opmerkt, zolang het verschil en de redenen maar duidelijk zijn.

Voor het mededingingsbeleid is het zinvol om het bovengenoemde brede begrip van gebruikers te hanteren. De relevante vraag is immers of een bepaalde overeenkomst, gedraging of fusie de concurrentie op een bepaalde markt verstoort en daarmee een negatieve uitwerking heeft op de klanten in die markt. Los van de uitwerking op de relevante markt is er de vraag of eventuele negatieve effecten en efficiëntievoordelen doorwerken verder *downstream*. Het antwoord op deze vraag is niet direct van belang voor de mededingingsbeoordeling van de betreffende overeenkomst, gedraging of fusie. Indien effecten niet doorwerken op markten downstream, is dat mogelijk het resultaat van weer andere concurrentievervalsingen op deze markten, die een verdere aanpak vereisen, maar is geen gegronde reden om de beoordeling van de eerste overeenkomst, gedraging of fusie bij te stellen. Bijvoorbeeld, als alle producenten van buizen die gebruikt worden om fietsen te maken milieuvriendelijke productiebeperkingen afspreken die echter ook de kostprijs van zulke buizen verhogen, dan zal dat leiden tot een hogere prijs van deze input voor fietsenfabrikanten. Echter, als de downstream fietsenmarkt reeds door een kartel wordt beheerst en fietsen voor monopolie prijzen worden verkocht, dan kan de verhoogde prijs voor de buizen mogelijk niet of slechts in geringe mate tot een verhoging van de fietsenprijs leiden. Dit is echter geen reden om de overeenkomst van de buizenproducenten te veronachtzamen, maar om de overeenkomsten op beide markten te onderzoeken en waar nodig op te treden.

Bij de beoordeling van de eventuele negatieve en positieve effecten gaat het niet alleen om de effecten op korte termijn, maar ook om die op langere termijn. In sommige gevallen kan er een zekere tijd overheen gaan alvorens de efficiëntieverbeteringen zich daadwerkelijk voordoen. Om een behoorlijke vergelijking tussen het huidige verlies voor gebruikers en hun toekomstige winst mogelijk te maken, kan dan de waarde van toe-

komstige gebruikerswinsten worden verdisconteerd (Richtsnoeren (2004), paragrafen 87 en 88). Dit betekent dat niet alleen de effecten op de huidige gebruikers maar ook op de toekomstige kunnen worden meegewogen. Dit kan met name een rol spelen bij het meewegen van positieve milieu-effecten voor gebruikers.

Het begrip ‘billijk aandeel’ voor gebruikers houdt in dat het doorgeven van voordelen de gebruikers minstens moet compenseren voor eventuele daadwerkelijke of te verwachten negatieve gevolgen die zij zullen

om een behoorlijke vergelijking tussen het huidige verlies voor gebruikers en hun toekomstige winst mogelijk te maken, kan de waarde van toekomstige gebruikerswinsten worden verdisconteerd

ondervinden van de beperking van de mededinging. In overeenstemming met de algemene doelstelling van artikel 101 dient het netto-effect van de overeenkomst minstens neutraal te zijn vanuit het oogpunt van de gebruikers die rechtstreeks of niet-rechtstreeks door de overeenkomst geraakt zijn (Richtsnoeren (2004), paragraaf 85). Echter, het gaat om de totale impact op gebruikers van de producten binnen de relevante markt – niet om de impact op individuele leden van deze groep gebruikers (Richtsnoeren (2004), paragraaf 87). Het gaat dus niet om een verbetering die aan het Pareto-criterium voldoet, maar die wel voldoet aan het neo-paretiaanse criterium ofwel het Kaldor-Hicks-criterium (dossierbijdrage van Baarsma, p. 17–21). Het is algemeen bekend dat het Pareto-criterium verlamd kan werken op gewenste beleidsveranderingen. Eventuele negatieve effecten op bijvoorbeeld de inkomensverdeling door toepassing van het Kaldor-Hicks-criterium kunnen niet door het mededingingsbeleid worden opgelost en vereisen apart inkomensbeleid.

Het Kaldor-Hicks-criterium wordt bovendien per markt toegepast en in principe niet tussen ge-

bruikers van verschillende markten. Volgens de Europese richtsnoeren vindt de toetsing in beginsel plaats binnen de grenzen van elk van de relevante markten waarop de overeenkomst betrekking heeft. Bovendien impliceert de voorwaarde dat gebruikers een billijk aandeel in de voordelen moeten ontvangen, dat de efficiëntieverbeteringen, die binnen een relevante markt voortvloeien uit de beperkende overeenkomsten, voldoende moeten opwegen tegen de mededingingsbeperkende effecten welke uit diezelfde overeenkomst binnen diezelfde relevante markt voortvloeien. Negatieve effecten voor gebruikers op een geografische of productmarkt kunnen doorgaans niet opwegen tegen – en worden gecompenseerd door – positieve effecten voor gebruikers in een andere, niet-verwante geografische of productmarkt. Wanneer evenwel twee markten verwant zijn, kunnen de op afzonderlijke markten behaalde efficiëntieverbeteringen in aanmerking worden genomen, mits de gebruikers die door de beperking worden getroffen en de gebruikers die van de efficiëntiewinsten profiteren grotendeels dezelfde groep zijn (Richtsnoeren (2004), paragraaf 43). Bijvoorbeeld, in de Star alliance zaak werden efficiëntieverbeteringen in verwante markten in aanmerking genomen omdat de gebruikers grotendeels dezelfde waren op de betreffende vliegroutes. Dit is wederom een keuze die effectief beleid mogelijk maakt. Bijvoorbeeld bij de beoordeling van een fusie die tientallen producten betreft – niet ongewoon bij vele fusies zoals in de chemische sector – is het aangewezen om eventuele concurrentieproblemen per markt op te lossen, eventueel door een bepaalde afstoting van productiecapaciteit, in plaats van een afweging over alle markten te moeten maken. Zie de zaak over Air Canada, beschikking van 23 mei 2013, die te vinden is op ec.europa.eu. In deze zaak werden efficiëntieverbeteringen in verwante

markten in aanmerking genomen omdat de gebruikers grotendeels dezelfde waren op de verschillende routes.

CONCLUSIE

De doelstelling van het EU-mededingingsbeleid is noodzakelijkerwijs beperkt, zodat de rol en het effect ervan des te groter kan zijn. Het gemak waarmee sommigen veronderstellen dat elk beleidsterrein meerdere doelen kan dienen, lijkt voorbij te gaan aan overwegingen betreffende de effectiviteit van het beleid. Het is ook mogelijk dat een overspannen verwachting aanwezig is van wat een economische (kosten-baten)analyse vermag waar het gaat om de afweging – door ondernemingen, autoriteiten en rechtbanken – van effecten betreffende honderdduizenden overeenkomsten en duizenden fusies.

Het mededingingsbeleid tracht de concurrentie in elke markt te beschermen, om daarmee de gebruikers van de betreffende producten een zo goed mogelijk aanbod – in termen van prijs, kwaliteit en innovatie – te garanderen. Dit betekent dat we niet de naïeve consument tegen de rationele consument beschermen (dossierbijdrage van Tuinstra-Karel, p. 28–34), omdat dit contrast niet wordt veroorzaakt door een tekort aan concurrentie. Eventuele oplossingen liggen dan ook op een ander terrein. Het betekent ook dat het mededingingsbeleid minder wordt geplaagd door de mogelijke irrationaliteit of beperkte rationaliteit van de consument, waar met name de gedragseconomie aandacht aan besteedt. Het mededingingsbeleid grijpt aan op overeenkomsten en gedragingen van ondernemingen en die worden, zoals bekend, minder geplaagd door irrationaliteit (Peepkorn en Verouden, 2014). Zodra de concurrentiedruk op een markt sterk genoeg is, worden bepaalde nadelen voor de consument voorkomen – zelfs als de consument beperkt is in zijn of haar mogelijkheden en ijver om overzicht te verwerven met betrekking tot de kosten en baten van zijn of haar keuzes. Bijvoorbeeld: zelfs indien een consument niet goed in staat is om de kosten van een auto of printer inclusief onderhoud en vervangingsonderdelen te berekenen, zal voldoende concurrentiedruk ervoor zorgen dat het pakket van primair product (auto of printer) en secundair product (onderhoud of vervangingsonderdelen) aantrekkelijk is.

Vandaar dat we, althans voor wat betreft het mededingingsinstrumentarium, ervoor pleiten dat de schoenmaker bij zijn leest blijft, zodat hij de spijker op de kop kan slaan.

LITERATUUR

Peepkorn, L. en V. Verouden (2014) *The economics of competition*. In: Faull, J. en A. Nikpay (red.) *The EC law of competition*. Oxford: Oxford University Press, 3e druk.

Richtsnoeren (2004) *Mededeling van de Commissie – Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag (nu artikel 101, lid 3, VWEU)*. Publicatieblad Nr. C 101 van 27/04/2004, 97–118.