

Column: Koekjesfabrieken

Stel, ACM moet een fusie tussen twee koekjesfabrieken beoordelen. Welk welvaarts-criterium is dan logisch? Er zijn aardig wat artikelen geschreven over de voor- en nadelen van het consumentensurplus versus het totale surplus. Volgens mij doet het er niet zo heel veel toe, zolang ACM de langere termijn maar in de gaten houdt. Daarbij horen vragen als: Welke mogelijkheden biedt de fusie om toetreding te bemoeilijken of om de tegenmacht vanuit consumenten of inkoop te frustreren? Biedt de fusie wel genoeg ruimte voor innovatie?

Is het antwoord op die vragen niet geruststellend, dan is die fusie verdacht bij beide vormen van welvaartsriteria. In plaats van scherpslijperij over de juiste maat is het daarom beter dat ACM haar pijlen richt op de langere termijn, want die krijgt niet altijd de aandacht die hij verdient. Maar goed, dan hebben we het nog over koekjesfabrieken.

In toenemende mate speelt ACM een rol bij domeinen die veel ingewikkelder zijn dan koekjesfabrieken, zoals de financiële sector, energie en gezondheidszorg. Dat zijn zelfs speerpunten van ACM. Bij een mislukte fusie tussen koekjesfabrieken zijn de aandeelhouders de sigaar. Bij een mislukte ziekenhuisfusie zijn de patiënten de klos.

Bij een onterecht goedgekeurde fusie van koekjesfabrieken kan ACM nog het regulier mededingingsrecht gebruiken om misbruik te beperken. Consumenten hebben tijdelijk te veel voor hun koekjes betaald, maar veel verder gaat het leed niet. Bij een onterechte fusie tussen twee banken kan het hele betalingssysteem in gevaar komen of wordt de gefuseerde bank *too big to fail*. Het is, in de context van het handhaven van de Mededingingswet, zonneklaar dat het een veel grotere vraag is hoe om te gaan met de belangen die voortkomen uit gedragingen die (mogelijk) de mededinging beperken, maar die uitingen kennen in domeinen waar de Mededingingswet van nature niet gemakkelijk mee kan of mag omgaan.



MARCEL CANOY

Hoofdeconoom van Ecorys en distinguished lecturer aan de Erasmus Universiteit Rotterdam

Een goed voorbeeld is de ACM-toets of de sluiting van vijf kolencentrales voldoet aan de mededingingswet. Volgens ACM is de afspraak in het energieakkoord om kolencentrales te sluiten een kartel dat in beginsel strijdig is met de mededingingsregels. ACM baseert haar oordeel op een verwachte stijging van de prijs van elektriciteit en de effecten voor de luchtkwaliteit. Het belangrijkste argument voor sluiting van de kolencentrales, lagere CO₂-emissies, wordt door ACM niet meegenomen. Het meenemen van de totale maatschappelijke kosten en baten van sluiting valt nadrukkelijk buiten het domein van ACM.

Ook bij andere publieke belangen komt deze vraag steeds weer terug. Is de Mededingingswet een partiele toets op eng gedefinieerde economische effecten die direct het gevolg zijn van de gedragingen? Of kunnen die publieke belangen onder de paraplu van consumentensurplus vallen? Op dit moment is dat verre van duidelijk. Een brede taakopvatting zonder helder omschreven kader heeft grote nadelen. Het rekt het mandaat van ACM sluipenderwijs op, en leidt ertoe dat de toezichthouder zich op terreinen begeeft waar ze eigenlijk niet over gaat en wellicht ook niet voldoende expertise heeft.

Bij zorgfusies worden allerlei zorginhoudelijke aspecten meegenomen, omdat die kennelijk wel onder het consumentensurplus vallen, maar ACM gaat niet zover dat ze een integrale en transparante afweging kan maken tussen kwaliteit, prijs en reistijd. Dat is niet bevredigend want dat leidt tot willekeur en mogelijk ook tot type I- en type II-fouten. In de praktijk wurmt ACM zich een beetje om dit probleem heen, en vraagt het andere toezichthouders om informele zienswijzen waarvan de status onduidelijk blijft.

Het is van groot belang dat ACM – maar vooral de politiek – duidelijkheid verschaft waar de grenzen van het mandaat van ACM zich bevinden. Dit belang wordt ook sterk gevoeld vanuit de praktijk van het mededingingsrecht, omdat bij het zakendoen niets verstorender werkt dan onduidelijkheid en juridische onzekerheid.