

WELVAARTSBEGRIIP

Het economische doel van het mededingingsrecht

De opvattingen van juristen en economen over het doel van het mededingingsrecht lopen uiteen. Is mededingingsbescherming een doel op zich of een middel om totale welvaart dan wel uitsluitend consumentenwelvaart te vergroten? In dat laatste geval kan men een kosten-batenanalyse van mededinging gebruiken om de welvaartseffecten van mededingingsbeperkingen in te schatten.

BARBARA BAARSMA
Directeur van SEO Economisch Onderzoek en bijzonder hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam

Op het gevaar af te vragen naar de bekende weg, begint dit artikel met een multiple-choicevraag. Wat is het doel van het mededingingsrecht? Dus: wat is het doel van het kartelverbod, het verbod op misbruik van een economische machtspositie, het concentratietoezicht en de staatssteunregels? Is dat om (A) mededinging, (B) totale welvaart, (C) concurrenten of (D) consumentenwelvaart te beschermen?

Het zal duidelijk zijn dat antwoord C fout is. In een Amerikaanse zaak uit 1993 is dit mooi verwoord: *“the goal is not to protect businesses from the working of the market; it is to protect the public from the failure of the market.”* (Supreme Court, 1993). Dan wordt het ingewikkelder. Juristen, politici, mededingingstoe-

zichhouders en economen vinden elk wat anders, en ze verschillen ook onderling van mening.

JURISTEN, POLITICI EN ECONOMEN

Juristen kiezen doorgaans antwoord A, en volgen daarmee de tekst van de wet want die zegt – als we het kartelverbod als voorbeeld nemen – dat afspraken verboden zijn die de mededinging verhinderen, beperken of vervalsen. Zo laat de uitspraak in de GlaxoSmithKline-zaak over parallelhandel in medicijnen niets aan duidelijkheid te wensen over. Het Europese Hof stelt dat het er bij de beoordeling van deze overeenkomst niet om gaat de belangen van de concurrenten of van de consumenten te beschermen, maar om ‘de structuur van de markt en daarmee de mededinging als zodanig veilig te stellen’ (Europese Hof, 2009). Tegelijk zijn er ook juristen die vinden dat het mededingingsrecht niet alleen gericht zou moeten zijn op mededinging, maar ook op welvaart (Parret, 2010).

De politiek mengde zich onlangs ook in de discussie. Kamerlid Verhoeven van D66 diende een amendement in bij de wijziging van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt (ACM) en daaruit bleek ondubbelzinnig een keuze voor antwoord B. Hij vreest dat er licht zit tussen de missie van de gefuseerde marktmeester om consumentenwelvaart te vergroten en de taak als handhaver van de Mededingingswet. Het Kamerlid wil in de wet opnemen dat het ultieme doel van ACM niet is wat de fusieautoriteit expliciet in haar

missie heeft opgenomen, maar dat het ultieme doel ervan is: het vergroten van welvaart voor de Nederlandse samenleving op lange termijn door goed functionerende markten. Het amendement heeft uiteindelijk geresulteerd in een extra zin in de Instellingswet: “Zij [ACM] bewaakt, bevordert en beschermt daartoe een effectieve concurrentie en een gelijk speelveld op markten en neemt belemmeringen daarvoor weg.”

Mededingingstoezichthouders over de hele wereld verschillen in hun antwoord, al lijkt de meerderheid niet voor antwoord A maar voor B of D te gaan. Uit een onderzoek van de Nederlandse toezichthouder uit 2011 blijkt 39 procent van de 56 responderende toezichthouders consumentenwelvaart als ultiem doel te stellen, 50 procent ziet consumentenwelvaart als een van de vele doelen en de rest ziet het als mogelijke uitkomst (NMa, 2011). Op de vraag of men naast consumentenwelvaart ook gericht is op totale welvaart, antwoordt iets minder dan de helft (47 procent) bevestigend.

Tot slot economen: zij vinden mededinging geen doel op zich, maar een middel om welvaart te vergroten, en kiezen dus niet voor antwoord A. Zij discussiëren vervolgens over de vraag of het antwoord B of D moet zijn – is het criterium totale welvaart, of gaat het alleen om welvaart voor consumenten? Omdat de belangen van consumenten en producenten tegengesteld kunnen zijn, kiezen sommige economen voor consumentenwelvaart als criterium bij mededingingsbeleid (Ilzkovitz en Meiklejohn, 2003; Salop, 2010). Zij hebben Adam Smith aan hun zijde: “*Consumption is the sole end and purpose of production; and the intent of the producer ought to be attended to, only so far as it may be necessary for promoting that of the consumer.*” (Smith, 1776) De producent bestaat dus bij de gratie van de consument. Er zijn ook economen die kiezen voor totale welvaart (Motta, 2004; Kaplow, 2011). De discussie over totale versus consumentenwelvaart als doel van het mededingingsrecht is in de academische literatuur onbeslist (Baarsma, 2011). Om die discussie inzichtelijk te maken, is het zinvol de voordelen van elk van beide normen naast elkaar te zetten, opdat ze effectiever economisch te beoordelen zijn.

KIEZEN VOOR CONSUMENTENWELVAART

Een van de voordelen als men consumentenwelvaart als criterium neemt en niet totale welvaart, is dat het mededingingsrecht eenduidiger kan worden toegepast. Men kan niet de ene keer vanuit consumentenperspectief kijken en dan weer vanuit producenten-

perspectief – met als gevaar dat niet de concurrentie wordt beschermd maar de concurrenten. Een daaraan gelieerd argument in het voordeel van consumentenwelvaart als norm is dat het de beslissingen van de mededingingsautoriteiten kan vereenvoudigen in concentratiezaken. Neem bijvoorbeeld een fusie die besparingen zou genereren op vaste kosten, maar tegelijkertijd zou leiden tot hogere consumentenprijzen. Hoe moeten deze twee effecten tegen elkaar worden afgewogen? Door alleen consumentenwelvaart als criterium te kiezen, kan de mededingingsautoriteit zich beperken tot de relatief eenvoudigere beoordeling van de effecten op de consumptieprijzen.

Een tweede reden is dat het gebruik van de consumentenwelvaartsnorm het mogelijk maakt om het evenwicht tussen producenten- en consumentenmacht rechter te trekken richting consumenten. Vaak zijn consumenten niet bereid of niet in staat om hun gezamenlijke inkoopmacht uit te oefenen. Consumenten zijn individuen die elk hun eigen belangen afwegen. Als er slechts weinig aanbieders zijn, zoals bijvoorbeeld op de telecommarkt, dan kan een kleine prijsverhoging veel extra winst opleveren, aangezien consumenten bereid zijn een klein beetje meer te betalen om te bellen. De individuele consument heeft een beperkte prikkel om te protesteren tegen deze extra kosten. Door een zwaarder gewicht aan het consumentensurplus dan aan het producentensurplus te hangen, kan deze onbalans hersteld worden. Dit voordeel speelt ook in het fusietoezicht. Fuserende ondernemingen hebben meer en betere informatie over de gevolgen van de fusie dan mededingingsautoriteiten. Door te werken met een consumentenwelvaartsnorm in plaats van totale welvaart kan de onbalans van deze informatie-asymmetrie verminderen.

Een ander voordeel is dat, door consumentenwelvaart als criterium te nemen, de boodschap over het bestaansrecht van de mededingingstoezichthouder overtuigender gebracht kan worden. Tot op heden is het helaas in onvoldoende mate gelukt om ACM (en haar voorganger NMa) het imago te verschaffen van beschermvrouwe van de concurrentie, marktwerking en consumentenwelvaart. Dat komt omdat concurrentie en marktwerking bij ‘de mensen in het land’ en in het Haagse niet (meer) worden omarmd. ACM heeft ondanks alle inspanningen weinig vrienden kunnen maken buiten een groep van direct betrokkenen (Baarsma en Snoep, 2010).

WAAROM TOTALE WELVAART

Er is ook wat te zeggen voor het werken met totale welvaart als norm. Zo is het werken met consumentenwelvaart als criterium wat kunstmatig als bedacht wordt dat de meeste consumenten direct dan wel indirect mee profiteren van hoge winsten. Consumenten hebben belangen in bedrijven, bijvoorbeeld omdat ze aandelen hebben of omdat ze deelnemen in pensioen- en beleggingsfondsen. Winsten worden dan in de vorm van dividend of rente onder een grote groep consumenten verdeeld.

Ten tweede is er alleen kans dat bedrijven duurzaam overleven als we uitgaan van totale welvaart. Als de consumentenwelvaartsnorm in extremis wordt doorgevoerd ontstaat er een situatie waarin prijzen gelijk moeten zijn aan de marginale kosten. Dat betekent dat bedrijven niet kunnen overleven, omdat ze hun vaste kosten niet kunnen dekken en ze niet kunnen innoveren. Daardoor gaat – en dat is het derde argument – het gebruik van een statische consumentenwelvaartsnorm ten koste van toekomstige consumenten. Omdat de nadruk ligt op prijs- en winstverlaging op dit moment, blijft er te weinig ruimte over voor innovatie en investeringen in nieuwe producten.

PARETO-EFFICIËNTIE

Uitgaande van de consumentenwelvaartsnorm is het doel van het mededingingsrecht om te voorkomen dat er, als een gevolg van marktmacht, prijsstijgingen optreden boven het concurrerende prijsniveau, dat de productie wordt beperkt of dat de kwaliteit, dienstverlening of productvariëteit afneemt. Kader 1 geeft het standaarddenkmodel weer dat hierbij gebruikt wordt. Door marktmacht te beteugelen verdwijnt het *deadweight loss* en neemt het consumentensurplus toe.

Op deze manier geredeneerd is het doel van het mededingingsrecht het bereiken van Pareto-optimaliteit. Met het huidige welvaartsniveau als uitgangspunt wordt deze op zodanige wijze verdeeld dat de productiemiddelen – arbeid, kapitaal, natuurlijke hulpmiddelen en beschikbare kennis – optimaal verdeeld zijn over bedrijven. Alle profijtelijke afspraken zijn uitgevoerd en er is niemand meer die nog iets wil verkopen tegen een prijs die een ander ervoor wil betalen. Dit kenmerk wordt aangeduid met de term ‘productieve en allocatieve efficiëntie’, die samen ‘statische efficiëntie’ genoemd worden omdat het welvaartsniveau constant is. Het gaat louter om de verdeling van de welvaart, niet om het vergroten ervan.

KALDOR-HICKS-EFFICIËNTIE

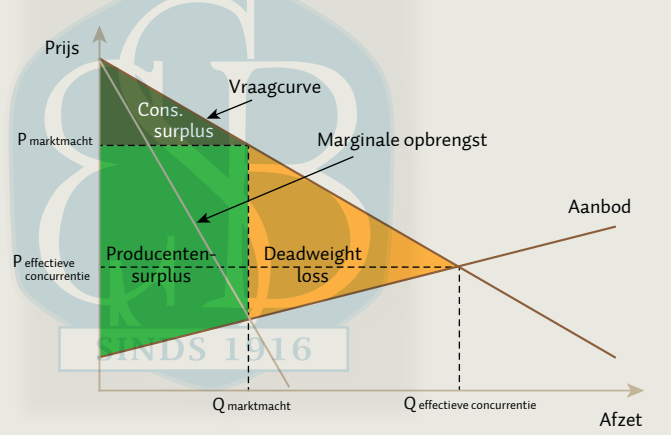
Als welvaarts groei ook een doel van het mededingingsrecht is, dan is er meer nodig dan deze statische analyse op basis van Pareto-efficiëntie. Wanneer er wordt uitgegaan van totale welvaart als norm is er voor

Gangbare welvaartstheorie

KADER 1

De totale welvaart bestaat uit consumentenwelvaart en producentenwelvaart. Consumentenwelvaart wordt benaderd met de term ‘consumentensurplus’ (Orbach, 2010), maar is niet precies hetzelfde. De juiste maat in een discussie over mededingingstoezicht is het *surplus*; om aan te sluiten bij het reguliere spraakgebruik wordt in dit artikel vaak gewoon van ‘welvaart’ gesproken. Consumentensurplus ontstaat doordat consumenten bereid zijn meer voor goederen te betalen dan daadwerkelijk nodig is. Producentenwelvaart wordt benaderd met producentensurplus, dat ontstaat doordat de marktprijs hoger is dan wat de fabrikant zou willen dat er voor zijn goederen en diensten wordt betaald. In het geval van volledige vrije mededinging is er geen producentensurplus, alleen consumentensurplus. Er is pas producentensurplus als er sprake is van marktmacht.

Een aanbieder met marktmacht kan zijn prijs zelf bepalen. Daarbij is niet primair zijn kostprijs leidend, maar de verwachte vraag en betalingsbereidheid van consumenten. Dit resulteert in een lagere productie en een hogere prijs dan het geval zou zijn onder effectieve concurrentie. Omdat de aanbieder met marktmacht uiteindelijk afziet van transacties met consumenten die meer waarde hechten aan het product of dienst dan het kost om deze te maken, creëert de prijszetting een *deadweight loss*. Dat is een welvaartsverlies dat blijft liggen, en noch naar de consumenten noch naar de producenten gaat. Door deze *deadweight loss* is de totale welvaart lager – de gecombineerde surplussen van producenten en consumenten zijn lager – dan het geval zou zijn onder effectieve concurrentie.



De auteur heeft verklaard dit artikel alleen te publiceren in ESB en niet elders te publiceren in wat voor medium dan ook. Het is wel toegestaan om het artikel voor eigen gebruik en voor publicatie op een intranet van de werkgever van de auteur aan te wenden.

de mededingingsautoriteit ook ruimte om efficiëntievoordelen en effecten op innovatie mee te nemen. Het criterium is dan niet langer statische, maar dynamische efficiëntie: in hoeverre verminderen mededingingsbeperkende afspraken of gedragingen de prikkels om voortdurend nieuwe producten en productiewijzen te blijven ontwerpen. Het doel is om die producten goedkoper of beter te maken, of om het leven van burgers op een andere manier te veraangemen en hun mogelijkheden te verbreden. De gedachte is dan dat de extra welvaart verschoven zou kunnen worden van producenten naar consumenten, zodat iedereen er in potentie op vooruit kan gaan. Dat wordt 'Kaldor-Hicks-efficiëntie' genoemd.

Een uitkomst is Kaldor-Hicks-efficiënt als actoren die erop achteruitgaan in principe gecompenseerd kunnen worden door degenen die erop vooruitgaan, waarbij die laatsten er toch ook nog steeds op vooruit gaan. De extra producentenwelvaart als gevolg van mededingingsbeperkend gedrag moet dus groot genoeg zijn om eventuele teruggang in consumentenwelvaart te compenseren en om dan zelf ook nog wat over te houden.

Het Kaldor-Hicks-criterium gaat uit van een hypothetische compensatie: er hoeft niet daadwerkelijk gecompenseerd te worden om aan het criterium te voldoen. Terwijl elke Pareto-verbetering een Kaldor-Hicks-verbetering is, geldt het omgekeerde dus niet. Alleen bij feitelijke compensatie is er sprake van een Pareto-verbetering.

Stel bijvoorbeeld dat producenten hun winst kunnen verhogen nadat ze, via een joint venture, gezamenlijk een nieuw product op de markt hebben gebracht. Daardoor verlaagt het consumentensurplus. Als het producentensurplus meer stijgt dan het consumentensurplus daalt, kunnen producenten in principe een compensatie geven aan consumenten en is de uitkomst Kaldor-Hicks-efficiënt. De uitkomst is tevens Pareto-efficiënt als dat nieuwe product een verbetering betekent voor consumenten. Dan neemt als gevolg van concentratie niet alleen het producentensurplus toe, maar ook het consumentensurplus.

HET OPTIMALE CRITERIUM

De keuze tussen consumentenwelvaart en totale welvaart als norm in het mededingingsrecht is een keuze tussen Pareto- en Kaldor-Hicks-efficiëntie. Die keuze is niet eenvoudig. De totale welvaartsnorm houdt in dat, zolang de welvaart maar toeneemt, mededingings-

beperkende afspraken of gedragingen niet verboden moeten worden op grond van het mededingingsrecht. De moeilijkheid zit hem erin dat die welvaartsverhoging ook kan samenhangen met hogere winsten van de ondernemingen als gevolg van de stijgende prijzen – zonder verhoging van de productie, dienstverlening of kwaliteit, of zonder deze winst te investeren in R&D. In dat geval kan een laatste check op het effect van consumentenwelvaart aan de orde zijn.

Het criterium dat vanuit economisch perspectief optimaal is: consumentensurplus, nu en door de tijd heen. Het gaat dus om het bevorderen van dynamische efficiëntie waarbij de welvaarts groei ook aan consumenten toevalt. Negentig procent van de in 2011 ondervraagde toezichthouders, waaronder de Nederlandse, zegt zich te richten op consumentenwelvaart op de lange termijn, waarbij 'lange termijn' in de vragenlijst is gedefinieerd als langer dan een tot drie jaar. De vraag is echter of ze dat in de praktijk dan ook echt doen.

OOK IN DE PRAKTIJK

In de praktijk van het mededingingstoezicht is het gemakkelijker om een juridische insteek te maken dan een economische benadering te volgen op basis van welvaart. In het eerste geval wordt gesproken over een *form based*-benadering, namelijk: wordt de mededinging beperkt? In het tweede geval spreekt men van een *effect based*-benadering, te weten: leidt de mededingingsbeperking tot welvaartsafname? Het inschatten van effecten is doorgaans moeilijk. De vraag of er wel of geen sprake is van een mededingingsbeperking wordt daarentegen vaak aan de hand van juridische vuistregels beantwoord. Is er wel of geen sprake van een *hard core*-mededingingsbeperking? Zo is een prijsafpraak per definitie verboden, waardoor nader onderzoek naar effecten niet nodig is. Andere vuistregels hanteren marktaandeeldrempels. Boven een gezamenlijk marktaandeel van veertig à vijftig procent wordt de beoordeling van een fusie een stuk serieuzer.

Binnen het welvaarts criterium is het consumentencriterium (welvaart verdelen) eenvoudiger dan de totale welvaart (welvaart vergroten en verdelen). Dat blijkt wel omdat in de praktijk vrijwel nooit een beroep wordt gedaan op het zogenoemde efficiëntieverweer. Op grond van zo'n verweer kan een kartel legaal zijn als het per saldo meer voordelen dan mededingingsnadelen met zich meebrengt. En een mededingingsbeperkende fusie kan worden toegestaan als er – eventueel op termijn – innovatiebatens of schaalvoordelen

zijn te verwachten. Pas als marktpartijen erkennen dat er inderdaad sprake is van een mededingingsbeperking, mogen eventuele voordelen worden meegewogen. Populair geformuleerd, moeten marktpartijen dus eerst schuldig pleiten en vervolgens trachten onder de sanctie uit te komen. Deze tweetrap staat een integrale welvaartseconomische afweging in de weg. Ook de verdeling van de bewijslast speelt de bruikbaarheid in de praktijk parten. De marktpartijen moeten bewijzen dat de afspraak onmisbaar is voor het behalen van de efficiëntiewinst; er is dus geen minder concurrentiebevredigende afspraak die net zo efficiëntieverhogend is.

In Nederland is het efficiëntieverweer nog nooit van doorslaggevende betekenis geweest in een zaak. In dat opzicht lijkt er inderdaad licht te zitten tussen het antwoord in de multiple-choicevraag en de praktijk. Toch neemt de toezichthouder (consumenten) welvaart wel mee. Zo is de overname van de Gouden Gids door de Telefoongids primair toegestaan omdat de huidige onderlinge concurrentie tussen de twee gidsen op de advertentiemarkt beperkt is. Een aanzienlijk deel van de adverteerders geeft aan dat zij er bij een prijsverhoging over denken om over te stappen naar andere (online-)media of in zijn geheel stoppen met adverteren in deze gidsen. Vervolgens weegt de toezichthouder mee dat er een kleine groep adverteerders is die nadeel zou kunnen ondervinden van de overname, maar dat die groep kleiner is dan de groep die erop vooruit zal gaan. Omdat na de fusie maar één gids overblijft (met één papieren en één online-versie), leidt dat tot een groter gebruik voor adverteerders en krijgen gebruikers van de gids voortaan één gids met alle informatie, aldus de toezichthouder.

TOT SLOT

Nu duidelijk is dat het optimale antwoord op de multiple-choicevraag een mix van B en D is, is het de vraag hoe de toezichthouder dit criterium kan operationaliseren. Er is een instrument dat bij uitstek geschikt is om welvaartseffecten af te wegen: de maatschappelijke kosten-batenanalyse (MKBA). Omdat juristen discussiëren over de vraag of er in het mededingingsrecht ruimte is om niet-mededingingsbelangen – zoals zorg, milieu en cultuur – af te wegen, is het misschien beter om een andere benaming voor MKBA te kiezen (Baarsma, 2011). Om verwarring te voorkomen, zou ‘mededingingskosten-batenanalyse’ een betere benaming zijn, omdat dit duidelijk maakt dat de ingangseis van de welvaartseffectenafweging de mededingingsbeperking is en blijft.

Er is dus geen sprake van een verbreding naar publieke belangen, zoals milieu, want dat zou leiden tot vervuiling van het mededingingsrecht. Dat recht is alleen bedoeld om problemen met marktmacht op te lossen. Andere vormen van marktfalen dient de overheid met ander beleid op te lossen. Wat dat betreft had ACM beter Autoriteit Consument en Mededinging in plaats van Markt kunnen heten.

LITERATUUR

- Baarsma, B.E. (2011) Rewriting European competition law from an economic perspective. *European Competition Journal*, 7(3), 559–585.
- Baarsma, B. en M. Snoep (2010) Gefuseerde NMa staat sterker. *Het Financieele Dagblad*, 22 oktober, 7.
- Europese Hof (2009) *Gevoegde zaken C501/06 P, C513/06 P, C515/06 P en C519/06 P*, 6 oktober.
- Ilzkovitz, F. en R. Meiklejohn (2003) European merger control: do we need an efficiency defence? *Journal of Industry, Competition and Trade*, 3(1/2), 57–85.
- Kaplow, L. (2011) On the choice of welfare standards in competition law. *Harvard Law and Economics Discussion Paper*, 693.
- Tweede Kamer (2013) *Amendement van het lid Verhoeven*. 33622(12).
- Motta, M. (2004) *Competition Policy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- NMa (2011) *Competition enforcement and consumer welfare: setting the agenda*. ICN jubilee conference Special Project, Den Haag.
- Orbach, B.Y. (2010) The antitrust consumer welfare paradox. *Journal of Competition Law & Economics*, 7(1), 133–164.
- Parret, L. (2010) Shouldn't we know what we are protecting? Yes we should! A plea for a solid and comprehensive debate about the objectives of EU competition law and policy. *European Competition Journal*, 6(2), 339–376.
- Salop, S. (2010) Question: What is the real and proper antitrust welfare standard? Answer: the true consumer welfare standard. *Loyola Consumer Law Review*, 22(3), 336–353.
- Smith, A. (1776) *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*. Londen: W. Strahan and T. Cadell.
- Supreme Court (1993) *Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan*. Zaaknummer 506 U.S. 447.