

# Het mededingingsbeleid

Kartels en andere vormen van economische machtsvorming kunnen 's lands welvaart aanzienlijk schaden. Niettemin wordt in Nederland over het algemeen aan mededingingsbeleid weinig aandacht besteed. Dit is volgens de auteur te wijten aan het feit dat ons land een misbruikwetgeving kent, aan het ontbreken van toetsingscriteria en aan korte-termijnpolitiek. In dit artikel wordt een toetsingskader ter verbetering van het mededingingsbeleid beschreven. De schrijver maakt daarbij onderscheid tussen machtsvorming die wel en machtsvorming die niet met een toename van de behoeftenbevrediging gepaard gaat. In het laatste geval is er reden tot overheidsingrijpen. In weerwil van het theoretische ideaal van optimale allocatie hoeft volledige vrije marktwerking overigens niet altijd wenselijk te zijn, bij voorbeeld in geval van externe effecten en maatschappelijke meerwaarde. De auteur concludeert dat voor een effectiever mededingingsbeleid ook de huidige wet aangepast zou moeten worden.

## DRS. A.A. VAN AS\*

Eind april van dit jaar is de Europese Commissie gekomen tot een veroordeling van vijftien Europese chemieconcerns, waaronder het Nederlandse DSM, omdat die bedrijven naar de mening van de Commissie de concurrentieregels die op de Gemeenschap van toepassing zijn met voeten hebben getreden. De Commissie legde boetes op tot een totaal van f. 140 mln. aangezien de betrokken bedrijven tussen 1972 en 1982 de prijs van polypropyleen op kunstmatige wijze met 15 tot 30% hebben verhoogd en in 1983 zelfs met 40%. Deze spectaculaire zaak heeft veel aandacht van de media getrokken. Des te duidelijker valt nu de stilte op die heerst, overigens sinds jaar en dag reeds, op het gebied van het *nationale* concurrentiebeleid. In het navolgende zal gepoogd worden aan te geven waarom het zo stil is op dit gebied en wat gedaan kan worden om het beleid te activeren.

### Doel van het mededingingsbeleid

Evenals in de meeste westerse industrielanden is de economische orde in Nederland gebaseerd op ruilprocessen die zich op markten afspelen. Onder een aantal veronderstellingen, waaronder die van afwezigheid van macht bij marktpartijen, kunnen we van een op vrije marktwerking gebaseerde economische orde zeer goede resultaten verwachten; optimale aanwending van produktiemiddelen en optimale welvaart voor de economie als geheel. Er moet ons dus vanuit dat oogpunt beschouwd alles aan gelegen zijn om de marktwerking zo vrij mogelijk, dat wil zeggen vrij van machtsuitoefening, te laten verlopen. De conceptie van de optimale allocatie aan de produktiezijde als voorwaarde voor het bereiken van optimale welvaart is een zeer fundamenteel, zij het zeer globaal uitgangspunt, dat snel op gespannen voet kan komen met de meer specifieke doeleinden die marktpartijen op bepaalde markten nastreven.

Een dergelijk conflict treedt bij voorbeeld op wanneer producenten op een markt afspreken hun normale produktie te beperken ten einde door het opdrijven van de prijs uiteindelijk een hogere opbrengst te realiseren dan die, welke bij het ontbreken van deze afspraak zou zijn ontstaan.

Het is binnen onze economische orde de taak van de overheid de voorwaarden te scheppen waaronder de

marktwerking zo ongestoord mogelijk kan verlopen; ondernemersgedrag bij voorbeeld dat erop gericht is die vrije marktwerking te belemmeren, dient dan ook in principe te worden voorkomen. Dit laatste nu is de taak van het mededingingsbeleid. Daartoe staat de Nederlandse overheid de Wet economische mededinging ten dienste 1).

In de Wet economische mededinging (Wem) is bepaald dat bindende afspraken tussen ondernemingen die de mededinging regelen door de overheid onverbindend *kunnen* worden verklaard en dat door de overheid aan economische machtsposities voorschriften ten aanzien van hun marktgedrag *kunnen* worden gegeven. (De mogelijkheid bepaalde ondernemers afspraken algemeen verbindend te verklaren, blijft hier buiten beschouwing omdat we ons uitsluitend met concurrentiebeperkingen zullen bezighouden.)

Corrigerend optreden doet de overheid pas indien – en dit geldt in beide gevallen – strijdigheid bestaat met het algemeen belang. Er bestaat dus in Nederland geen dwingend verbod op gedragingen van ondernemingen die de marktwerking negatief beïnvloeden, dit in tegenstelling tot het geldende EG-recht. We spreken in Nederland van het van toepassing zijn van een zogenaamde misbruikwetgeving; de EG kent een verbodswetgeving, neergelegd in artikel 85 en 86 van het Verdrag van Rome. Tevens moet hier worden gewezen op de waarborgen die ten behoeve van het Nederlandse bedrijfsleven zijn gesteld, opdat de minister van Economische Zaken, aan wie de uitvoering van het mededingingsbeleid is toevertrouwd, niet willekeurig tot strijdigheid met het algemeen belang kan besluiten. Voordat deze minister – meestal te zamen met de Minister die het 'mede aangaat' – een mededingingsprocedure tegen het bedrijfsleven kan aanspannen dient hij eerst de Commissie economische mededinging om advies te vragen.

De samenstelling van deze commissie nu zal dusdanig

\* De auteur is hoofd van de afdeling mededinging I op de Directie Mededinging en Fusies van het Ministerie van Economische Zaken. Het artikel is op persoonlijke titel geschreven.

1) Wet economische mededinging; wet van 28 juni 1956, *Staatsblad* 1958, nr. 413 of *Nederlandse Staatswetten*, editie Schuurman en Jordens, nr. 12. Zie ook: mr. A. Mulders en mr. M.R. Mok, *Kartelrecht*, Alphen aan de Rijn, 1962.

moeten zijn dat de belangrijkste relevante aspecten van het algemeen belang op evenwichtige wijze in de adviezen van de Commissie naar voren kunnen komen. Uit het vorenstaande is af te leiden dat een procedure op grond van de Wem met zeer vele waarborgen tegen een te actief overheidsbeleid ter zake zijn omgeven.

## Het gevoerde beleid en de zwaktes daarin

Over het in Nederland feitelijk gevoerde mededingingsbeleid is, bij de niet direct bij de uitvoering ervan betrokkenen, weinig bekend<sup>2)</sup>. Jaarverslagen over het gevoerde beleid zijn weinig verhelderend, ook al omdat de overheid tot geheimhouding verplicht is ten aanzien van kartelmattige regelingen die haar ter kennis zijn gebracht. Cok uit de adviezen die de Commissie economische mededinging tot nu toe heeft uitgebracht is moeilijk consequent beleid te distilleren omdat de overheid niet gehouden is de adviezen te volgen en omdat het aantal adviezen ter zake van concrete mededingingsregelingen tot nu toe relatief beperkt is gebleven<sup>3)</sup>. Als met al overheerst de conclusie dat het met het gevoerde mededingingsbeleid in Nederland maar matig gesteld is en dat de overheid haar verantwoordelijkheid voor een onbelemmerde marktwerking onvoldoende waarmaakt, zeker in vergelijking met datgene dat de Europese Commissie van de grond heeft getild<sup>4)</sup>. De vraag ligt voor de hand waarom het mededingingsbeleid op de achtergrond is terechtgekomen. De volgende drie verklaringen doen opgeld:

- in Nederland is een z.g. misbruikwetgeving van toepassing; een verbodswetgeving zoals die b.v. in EG-verband bestaat, werkt slagvaardiger. Vaak echter wordt ook de opvatting gehuldigd dat een verbodswetgeving niet per se te verkiezen is boven een misbruikstelsel, mits actief gevoerd, omdat een verbodswetgeving juist te weinig ruimte biedt aan samenwerkingsvormen binnen het bedrijfsleven;
- in de politiek en in de beleidsmatige benadering van mededingingsproblematiek wint de korte-termijnbelangenbehartiging het meestal van overwegingen die haaks staan op het sectorbelang en die bovendien slechts 'theoretische' voordelen op langere termijn beloven. Daarbij is het duidelijk dat een slagvaardig mededingingsbeleid niet wordt bevorderd door het in de Wem opgenomen gebod, dat inhoudt dat door de Minister van Economische Zaken slechts kan worden opgetreden te zamen met de minister (of ministers) die 'het mede aangaat'. Dit betekent nl. dat optreden ter bevordering van de marktwerking niet mogelijk is zonder het consent van bewindslieden die, terecht of ten onrechte, geacht worden het specifieke belang van de betrokken sector te behartigen. Daaraan voorafgaande dienen uiteraard eerst de betrokken ambtelijke horden genomen te worden en daarbij wordt bepaald niet alleen aan 'vreemde' departementen gedacht;
- in Nederland moet het gedrag van kartels en machtsposities getoetst worden aan het algemeen belang; dit is een te vaag begrip; hanteerbare toetsingscriteria ontbreken waardoor het beleid niet van de grond komt.

Hoe men ook over de eerste twee gronden moge denken, eventuele oppositie tegen voorgenomen mededingingsbeleid heeft weinig om het lijf indien deze derde verklaring juist zou zijn, nl. dat toetsing van mededingingsregelingen en machtsposities aan het algemeen belang in de praktijk een te grote hinderpaal zou zijn. Dan immers moet het niet van de grond komen van het beleid verklaard worden door het ontbreken van een duidelijke visie en aan de daarmee gepaard gaande ad-hoc-benadering van mededingingsvraagstukken, waarvan onvoldoende overtuigingskracht het logische gevolg is. Wij menen dat aan het tot nu toe gevoerde beleid inderdaad geen overtuigingskracht te ontfangen is en dat dit een belangrijke verklaring is voor de passiviteit waaronder het Nederlandse mededingingsbeleid gebukt gaat. In het vervolg zal dan ook een poging worden gedaan om aan te geven hoe op relatief een-

voudige manier en langs algemene lijnen een dergelijke toetsing kan plaatsvinden opdat de nadelen van een uitsluitend casuïstische benadering, zoals die tot nu toe gebruikelijk is, kan worden vermeden. Tevens zal bezien worden of een actief mededingingsbeleid binnen het vigerende misbruikstelsel uitvoerbaar is.

## De allocatiebenadering

In de theoretische conceptie is optimale welvaart alleen te bereiken binnen de marktform 'volledig vrije mededinging' en die is binnen onze maatschappij als een soort utopia te beschouwen. Maar desondanks geldt nog steeds dat vrije ondernemingswijze productie en ruilprocessen via de markt het na te streven ideaal, optimale allocatie van produktiemiddelen en optimale welvaart, in het algemeen het dichtst kunnen benaderen. Dat we steeds verder van die theoretisch ideale marktform der volledig vrije mededinging afraken is voor een overwegend deel te verklaren uit de vrije marktwerking zelf. Zonder volledigheid te pretenderen kunnen drie ontwikkelingen worden genoemd:

- de technische vooruitgang heeft geleid tot veranderde produktiefuncties waardoor grootschalige productie tegen steeds lagere kosten mogelijk gemaakt werd. Schaalvoordelen hebben bij een niet of niet voldoende meegroeïende markt tot gevolg dat het aantal aanbieders zal moeten verminderen en dat toetreding tot de markt voor potentiële concurrenten wordt bemoeilijkt of zelfs onmogelijk wordt gemaakt omdat bij voorbeeld het benodigde kapitaalbeslag te hoog is geworden of omdat produktiefuncties een (te) hoge technische kennis verlangen of omdat beschikingsmogelijkheden over bepaalde produktiemiddelen ontbreken;
- ook voortgaande economische integratie zoals die in EG-verband heeft plaatsgevonden, heeft uiteindelijk geleid tot (meer) machtsvorming op markten. De grote nieuwe afzetmarkten werkten meer efficiënte productie tegen lagere kosten in de hand en resulteerden in een spectaculaire produktiestijging. Schaalvergroting aan de ene kant ging gepaard met een daling van het aantal aanbieders aan de andere kant. Een duidelijke illustratie van deze ontwikkeling is terug te vinden in het functioneren van de Nederlandse land- en tuinbouw en de ervan afhankelijke verwerkende industrie na de totstandkoming van de gemeenschappelijke landbouwmarkten;
- naast technische, kwantitatieve oorzaken moet ook gewezen worden op de voortgaande neiging tot produkt-differentiatie, al dan niet in de hand gewerkt door intensieve preferentiebeïnvloeding van consumenten. Deze meer kwalitatief gerichte ontwikkelingen hebben ertoe geleid dat 'de markt' versnipperde en dat er steeds meer deelmarkten ontstonden waarop het aantal aanbieders per deelmarkt in vergelijking met de uitgangssituatie duidelijk verminderde. Als gevolg van deze ontwikkelingen werd machtsvorming in de hand gewerkt. Essentieel hierbij is echter dat een ander steeds gepaard ging met produktiestijging waardoor vergrote behoeftebevrediging tot stand kwam, of wel met een betere afstemming van het aanbod op de specifieke, zich

2) Enige bronnen zijn: mr. F. Bolkestein, *Vrijheid en regeling*; persbericht van het Ministerie van Economische Zaken, 's-Gravenhage, oktober 1985; jaarverslagen over de toepassing van de Wem; tot 1984 jaarlijks opgenomen in de *Nederlandse Staatscourant*; rapport nr. 37 van de Stichting Wetenschappelijk Onderzoek Consumenten aangelegenheden (SWOKA), *De praktijk van de Wet economische mededinging*, 's-Gravenhage, 1985; prof. dr. C.J. van der Weijden, Toestaan of verbieden, *ESB*, 23/30 december 1981; prof. dr. H.W. de Jong, Mededingingspolitiek, feiten en ficties, *ESB*, 1 januari 1986.

3) Sinds 1970 zijn door de Commissie Economische mededinging naar aanleiding van 18 adviesaanvragen over de opportuniteit van wetstoepassing in specifieke mededingingszaken even zoveel adviezen uitgebracht.

4) prof. dr. H.W. de Jong, De Europese mededingingspolitiek *ESB*, 19 maart 1986.

steeds verder profilerende behoeften aan de vraagzijde.

Heel anders komt de zaak te liggen als machtsvorming door of vanwege marktpartijen ontstaat *niet* als gevolg van de marktwerking zelf, maar als gevolg van afspraken of 'parallelgedrag' tussen ondernemingen zonder dat er sprake is van toegenomen behoeftebevrediging, van welke aard ook. Indien dergelijk gedrag tot gevolg heeft dat slechts de eigen positie aan de aanbodzijde wordt verdedigd en dat allocatieaanpassing wordt verhinderd of zelfs geheel wordt geblokkeerd, dan valt eenvoudig in te zien dat dergelijk marktgedrag in strijd is met het streven naar optimale welvaart en langs die weg met het algemeen belang.

Uit economisch oogpunt is hiermee het oordeel geformuleerd over mededingingsbeperkingen die – globaal gesteld – voortvloeien uit afgestemd gedrag tussen ondernemingen dat geen positieve bijdragen levert aan vergroting van de behoeftebevrediging.

## Randvoorwaarden

Hiermee zijn echter niet alle relevante vragen beantwoord. De maatschappelijke realiteit is te complex om uitsluitend de economische invalshoek als leidraad voor beleid te kiezen. Het staat niet vanzelf vast dat tegen elke niet-marktconforme vrijheidsbeperking moet worden opgetreden.

Het kan zijn dat als gevolg van de complexiteit *binnen* het voortbrengingsproces dat aanpassingen in de allocatie van produktiemiddelen zich vertraagd realiseren. Ingevolge de productieprocessen, het bestaan van grote ondeelbaarheden daarin, de verschoven relatie tussen variabele en vaste kosten waarbij de laatste categorie steeds zwaarder is gaan wegen, zijn als belangrijke oorzaken te noemen voor een vertraagd aanpassingsvermogen binnen de economie.

Bovendien staat niet a priori vast of zich wijzigende omstandigheden een korte- of een lange-termijneffect zullen hebben terwijl de in geld gewaardeerde risico's op korte termijn vaak groter zijn dan op wat langer zicht beschouwd. In dergelijke situaties zullen alleen al uit zorgvuldigheidsoverwegingen korte-termijnreacties buiten de vrije marktwerking om niet a priori moeten worden afgewezen. Wanneer meer zicht is verkregen op het feitelijk karakter van de veranderingen in de marktverhoudingen dient het allocatieproces echter weer volledig te worden hersteld en kan nieuw markt-evenwicht bevorderd worden door het ongedaan maken van de marktwerking belemmerende regelingen, al dan niet in samenhang met door de overheid begeleide sanerings- of herstructureringsmaatregelen.

Eerder is erop gewezen dat de marktform volkomen concurrentie niet (meer) voorkomt; we dienen dan ook te aanvaarden dat aanpassingen door bedrijven aan gewijzigde marktverhoudingen niet zo snel kunnen optreden als onder die ideaal theoretische situatie te verwachten zou zijn. Uitgangspunt van het mededingingsbeleid moet blijven herstel van de vrije marktwerking; tijdelijke inbreuken daarop kunnen tegen de achtergrond van de bovengestelde ontwikkelingen aanvaardbaar zijn.

Hierboven is betoogd dat mededingingsregelingen gerelateerd aan en beoordeeld kunnen worden op hun effecten op de allocatie. Daar waar allocatie-aanpassingen door ondernemersafspraken worden belemmerd, wanneer verstarring optreedt dat wil zeggen wanneer geen aanpassing aan zich wijzigende marktverhoudingen plaatsvindt, daar is, zoals opgemerkt mededingingspolitiek ingrijpen gewettigd. Bij de prijs- en quoteringsregelingen zal, zeker naarmate hun effect op de markt groter wordt, inefficiënte allocatie duidelijk waarneembaar zijn en zal de voorgestelde toetsingsmethode zijn vruchten kunnen afwerpen. Dit geldt in het algemeen voor mededingingsregelingen van horizontale aard waarbij de relaties tussen concurrenten direct geregeld worden.

In een aantal andere gevallen zal allocatietoetsing min-

der eenvoudig zijn omdat het effect van de regelingen op de allocatie minder of zelfs slecht zichtbaar is. Dit verschijnsel treffen we bij voorbeeld aan bij een scala van mededingingsregelingen van verticale aard zoals bij selectieve distributie, waarbij de voortstuwing door de bedrijfskolom langs speciaal geselecteerde kanalen geschiedt, bij franchising waarbij de voortgang door de bedrijfskolom bovendien op een overeengekomen presentatie berust. Bij deze mededingingsregelingen gaat het in wezen om een organisatie van een deelmarktstructuur waarbinnen partijen met elkaar wensen te opereren en waarbij het marktverloop op de rest van de relevante markt ongestoord blijft. Het afgestemde gedrag berust op de wens te komen tot marktsegmentatie. Meestal komen deze organisatievormen juist voort uit de dynamiek van het economisch gebeuren, berusten ze niet op verstarring en belemmeren ze geen vrije markttoetreding. De betrokkenen betogen dan ook dat hun gedrag er niet op is gericht de mededinging te belemmeren, maar voeren juist aan dat zij bijdragen aan de verbetering van de efficiency binnen de voortbrenging.

Toch is het verdedigbaar van deze organisaties te eisen dat zij althans een deel van de hen door verbetering van de efficiency toegevallen revenuen aan afnemers doorgeven, dit alleen al op grond van het inzicht dat marktsegmentatie op zich reeds een aanzet geeft tot negatieve allocatie-impulsen omdat toch marktmacht ontstaat, waardoor het in vrijheid opereren op de markt kan worden beperkt.

Een dergelijke benadering vinden we terug in de onthefingscriteria die de EG aanlegt bij de toetsing van selectieve distributiesystemen. Dit laat uiteraard onverlet de directe toetsing op allocatie-effecten die het gevolg zijn van het (ook) toepassen van horizontale of horizontaal uitwerkende mededingingsregelingen zoals dat bij prijsbinding het geval is.

Tot nu toe is het allocatieproces in deze beschouwing primair gesteld. De realiteit gebiedt te stellen dat het allocatieproces geen rekening houdt met maatschappelijk relevante factoren die niet aan de marktwerking zijn onderworpen. Marktprijzen zijn richtsnoer voor het allocatieproces maar marktprijzen geven in vele gevallen geen compleet beeld van de totale maatschappelijke kosten die aan een bepaald voortbrengingsproces zijn verbonden. Marktpartijen houden slechts rekening met de voortbrengings- en aanschaffingskosten die voor hun eigen rekening komen en niet met eventuele kosten die door anderen gedragen worden. Hier volstaat een verwijzing naar bij voorbeeld de milieuproblematiek waarbij we zien dat de maatschappelijke kosten verbonden aan water- en luchtverontreiniging niet (uitsluitend) aan verbruikers van de deze kosten veroorzakende producten in rekening worden gebracht, maar veeleer aan de economie als geheel.

Naast dit verschijnsel van de negatieve externe effecten moet in dit verband worden gewezen op een andere 'onvolkomenheid' in het allocatiemechanisme. Het allocatieproces houdt evenmin rekening met het feit dat de marktprijs slechts de behoeften weerspiegelt van degenen die het produkt of de dienst op de markt verwerven. Niet wordt verdisconteerd de waarde die aan het produkt of dienst wordt toegekend door de maatschappij als geheel. Hier komen dan de positieve externe effecten aan de orde. In een aantal gevallen staat deze maatschappelijke waarde zelfs primair en laat de overheid de prijs niet door middel van de marktwerking tot stand komen en beslist zij zelf over de 'te produceren hoeveelheid' en soms zelfs over een door individuen te consumeren gedeelte. Dit laatste is bij voorbeeld het geval bij het onderwijs.

In andere gevallen komt de prijs wel op markten tot stand en vertaalt de overheid die maatschappelijke meerwaarde in het verlenen van subsidies. Te denken valt hier aan het subsidiëren van een aantal cultuurvormen zoals theater, dans, muziek en bibliotheekwezen. Ten slotte, en dan zijn we bij het hier relevante fenomeen aangekomen, gaat de overheid soms niet verder dan het beklemtonen van het belang van de maatschappelijke meerwaarde die verbonden is aan de productie van sommige, wel aan de marktwerking onderworpen goederen en diensten. Dit

streeft zij na door het voorkomen van 'erosie' van de meerwaarde die zou kunnen optreden bij onbelemmerde marktwerking. Voorbeelden van dit soort overheidsgedrag vinden we bij boeken, waar de overheid elders verboden collectieve verticale prijsbinding toestaat, bij dagbladen, waar zij een coulante houding inneemt ten aanzien van het daar toegepaste collectieve prijsbeheersing, met als doel een zo pluriform mogelijk aanbod van informatie te verzekeren, en bij een aantal minimumprijzen voor levensmiddelen die ten doel hebben een zo ruim mogelijke voorziening in stand te houden ten behoeve van bepaalde groepen consumenten.

Daar waar de overheid een meerwaarde onderkent in producten of diensten waarvan de prijs door middel van ruilprocessen op de markt tot stand komt, kan zij zonder financiële consequenties voor het overheidsbudget besluiten om mededingingsbeperkingen met het oog op de handhaving van die meerwaarde te accepteren. De collectieve verticale prijsbinding voor boeken dient er dan toe om zo goed mogelijke economische voorwaarden ten behoeve van producenten en handelaars te scheppen, ten einde langs die weg een zo ruim mogelijk aanbod van dit cultuurproduct te bevorderen. Een andere wijze om het meerwaardekarakter van het betrokken goed of dienst aan te geven zou wellicht logischer zijn, namelijk door middel van het subsidiëren van de vraag, omdat hierdoor het product goedkoper wordt en bovendien omdat processen die via markten verlopen op langere termijn toch onvermijdelijk de gevolgen van de economische mededinging zullen ondergaan. Dit inzicht bestaat overigens ook wel gegeven het feit dat de overheid bepaalde literaire debuten subsidieert en gegeven de instelling van een bedrijfsfonds voor de pers waaruit tegemoetkomingen worden verleend aan dagbladen die zich in een verliesgevende positie bevinden. Mededingingsregelingen die door de overheid geacht worden bij te dragen aan de instandhouding van maatschappelijke meerwaarde zijn niet in strijd met het algemeen belang maar beogen dit algemeen belang juist te dienen. Hieraan doet niet af dat er wellicht effectievere methoden te bedenken zouden zijn, maar hier verlaten we dan de weg van de economie en betreden het politieke domein. Vanuit de economie dient uiteraard wel op die effectievere methoden te worden gewezen.

## Besluit

In het bovenstaande is geprobeerd een conceptie te ontwikkelen die het mededingingsbeleid baseert op fundamenteel economische uitgangspunten. Nu is de vraag aan de orde of die conceptie zich verdraagt met het in Nederland vigerende misbruikstelsel. Daarna zal bezien worden of de huidige wet voldoende ruimte biedt voor op deze conceptie gebaseerd mededingingsbeleid.

Wij menen dat de eerste vraag bevestigend kan worden beantwoord; ondanks de constatering dat concurrentiebeperkingen, aangebracht door marktdeelnemers, vanuit economisch standpunt bezien strijdig zijn met het algemeen belang, wordt tegelijkertijd erkend dat er zich omstandigheden kunnen voordoen die rechtvaardigen dat het allocatieproces wordt vertraagd of zelfs – vanuit economisch zicht beschouwd – in sub-optimale zin wordt omgebogen. Bovendien zal bij de beoordeling van bepaalde mededingingsregelingen van verticale aard tevens rekening gehouden kunnen worden met al dan niet optredende voordelen voor gebruikers. Op deze wijze genuanceerd lijkt de in de vorige paragraaf bepleite benadering van het mededingingsbeleid zeer wel uitvoerbaar op basis van een misbruikwetgeving en bevatten die nuanceringen van de beleidsuitgangspunten voldoende waarborgen voor het behoud van het misbruikskarakter van de vigerende wet.

De tweede vraag luidde of de huidige wet voldoende ruimte biedt aan het beoogde beleid. Die vraag moet m.i. ontkennend worden beantwoord. De Wem geeft bevoegdheden om tegen mededingingsregelingen op te treden op voorwaarde dat die regelingen de erbij aangesloten juridisch binden, dat wil zeggen dat nakoming van de regeling

tussen aangesloten en voor de rechter afdwingbaar moet zijn. Allerlei regelingen en afspraken waarvoor het bovenstaande niet geldt, vallen dus buiten het toepassingsgebied van de Wem. Hierbij valt bij voorbeeld te denken aan op ruime schaal gehanteerde adviesprijzstelsels waarbij de toepassing van aan wederverkopers geadviseerde verkoopprijzen weliswaar niet dwingend wordt voorgeschreven, maar waarbij in de praktijk blijkt dat ze wel degelijk als prijsbinding uitwerken. En wat te denken van feitelijk afgestemd of parallel gedrag tussen ondernemingen bij voorbeeld in de benzine-, de koffie- of de margarinebranche, waar doorgaans gelijke prijsmutaties op doorgaans gelijke momenten worden aangebracht. Op basis van de Wem is geen optreden mogelijk tegen mededingingsbeperkingen (*niet* zijnde economische machtsposities) die niet juridisch bindend zijn en die 'slechts' op een advies berusten of waar 'slechts' sprake is van parallel gedrag.

De wet maakt wel optreden mogelijk tegen z.g. economische machtsposities die wil zeggen tegen een of meer ondernemingen die een overwegende positie op de markt innemen en die daarvan, populair gezegd, misbruik maken. In het verleden is van deze bevoegdheid meermalen gebruik gemaakt en wel wanneer zo'n machtspositie werd gebruikt om levering van goederen tegen gebruikelijke voorwaarden aan zekere afnemers te weigeren, om hen aldus uit de markt te dringen of om die afnemer tot bepaald gedrag, of tot wijziging van gedrag, te dwingen. Er moet nadrukkelijk gewezen worden op het feit dat de wet rechtstreeks toepasbaar is op machtsposities aan de aanbodzijde van de markt, maar dat effectief optreden tegen overwegende vraagmacht niet mogelijk is. In het kort houdt dit in dat wel een leveringsplicht aan een aanbieder op de markt kan worden opgelegd maar geen afnameplicht aan een vrager.

Vooraf de beperkingen die gesteld zijn aan de mededingingspolitiek tegen niet-juridisch bindende regelingen maken de effectiviteit van het beleid er bepaald niet groter op. Alhoewel de mededingingspolitieke conceptie dus wel binnen de wetssystematiek past moet anderzijds geconstateerd worden dat de wet optreden tegen weliswaar gangbare maar niet-juridisch bindende concurrentieregelingen niet mogelijk maakt. Dit moet beschouwd worden als een belangrijk bezwaar tegen de huidige wens.

In het voorafgaande is een conceptie ontwikkeld voor een mededingingsbeleid in Nederland dat zich goed verdraagt met het vigerende misbruikstelsel met dien verstande dat ter verbetering van de effectiviteit van het beleid, verruiming van het toepassingsgebied van de wet gewenst is. Mededingingsregelingen dienen primair getoetst te worden aan de negatieve effecten die zij op het allocatieproces en daarmee op de welvaart kunnen hebben. Betoogd is dat marktnevenwichtigheden aanleiding kunnen zijn tot het aanvaarden van temporisering van het allocatieproces. Minder ingrijpende mededingingsregelingen die aan de aanbodzijde slechts geringe belemmeringen van de allocatie tot gevolg hebben en die er in principe op gericht zijn het functioneren van aangesloten en op de markt te verbeteren, zijn aanvaardbaar maar dienen althans een deel van de verkregen voordelen aan afnemers ten goede te laten komen. Het voorgaande neemt niet weg dat de economie het primaat van de politiek dient te aanvaarden. Dit is vooral aan de orde in die situaties waarin de overheid door haar geconstateerde maatschappelijke meerwaarde van bepaalde voortbrengingsprocessen wenst te honoreren door het toestaan van bepaalde mededingingsregelingen. In deze gevallen spelen bij de invulling van het begrip algemeen belang dus meer elementen dan alleen het streven naar optimale allocatie in economische zin. Indien de overheid het inderdaad ernstig meent wanneer zij zegt te willen komen tot een aanscherping van het mededingingsbeleid, dan kan de hierboven uiteengezette benadering daarbij naar mijn mening zijn diensten bewijzen. Zou men overgaan tot aanpassing van de wet, dan zou het aanbeveling verdienen tegelijkertijd ook de voorgeschreven procedures op hun effectiviteit te toetsen vooral daar waar de medebetrokkenheid in het geding is.

A.A. van As