

Mededingingstoezicht en de economische crisis

MAARTEN C.W. JANSSEN EN JARIG VAN SINDEREN

Hoogleraar aan de Universiteit van Wenen en hoofdeconoom bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit

In tijden van een economische crisis zouden bedrijven een extra stimulans kunnen hebben om het minder nauw met de mededingingsregels te nemen. Bedrijven in een financieel wankel sector kunnen bijvoorbeeld eerder geneigd zijn om samen te spannen om de voor hen negatieve gevolgen van concurrentie, tijdelijk, overboord te zetten. Ook kom je de opvatting tegen dat er extra argumenten zijn waarom ondernemingen door middel van een fusie in economisch moeilijke tijden de concurrentie liever gezamenlijk te lijf gaan dan alleen. Sommige economen voorspellen dan ook een hausse aan overnames en fusies, vooral van verliesgevende bedrijven (Heyer en Kimmel, 2009). De overname van Saab door Spyker is daarvan een voorbeeld. In de praktijk zien we daar in Nederland nog weinig van, hoewel er op dit moment een aantal artikel 40-verzoeken ligt omdat de over te nemen bedrijven zo slecht draaien dat de wachttijd van een concentratiebeoordeling niet kan worden afgewacht. Het aantal meldingen van fusies bij de NMa is vorig jaar zelfs gedaald. Toch komt regelmatig de vraag op of het toezicht op het naleven van de mededingingsregels niet wat soepeler zou moeten, nu bedrijven het over het algemeen toch al moeilijk hebben het hoofd boven water te houden. Deze vraag geldt eigenlijk voor alle onderdelen van het mededingingstoezicht: fusies, kartels, misbruik van machtsposities en staatssteun. Het is geen goed idee om de Mededingingswet soepeler toe te passen. De regels zijn flexibel genoeg om, binnen de wettelijke kaders, tot oplossingen te komen. Daarbij komt ook dat een sector er vaak zelf op langere termijn niet mee gediend is dat er geen of onvoldoende concurrentie is: een tijdelijke creatieve oplossing zoals een prijsafsprake zal op den duur in veel markten tot vraagtuitval leiden. De consument is er zeker niet bij gebaat. Een belangrijke overweging voor deze stellingname is dat een belangrijk onderdeel van het concurrentieproces ervoor zorgt dat de gezondste bedrijven overleven en kunnen groeien, en dat het op termijn goed is dat minder gezonde bedrijven in hun voortbestaan worden bedreigd: Schumpeters creatieve destructie. Het feit dat sommige bedrijven minder gezond zijn komt vooral tijdens een economische recessie naar voren. Het zou onverstandig zijn juist die bedrijven nu de hand boven het hoofd te houden.

Concentraties en de failing firm defense

Het concentratietoezicht is erop gericht te onderzoeken of een voorgestelde fusie of overname gepaard gaat met een significante inperking van de mededinging vanwege de concentratie; en zo ja, of er voldoende sprake is van kostenvoordelen vanwege deze samensmelting van ondernemingen om de nadelige effecten als gevolg van de inperking van de mededinging teniet te doen. In het concentratietoezicht hebben bedrijven bijvoorbeeld de mogelijkheid om een beroep te doen op de *failing firm defense*. In het kort

komt dit erop neer dat een fusie goedgekeurd kan worden waar dat onder normale omstandigheden niet het geval zou zijn geweest als, ten eerste, een bedrijf zonder te fuseren of overgenomen te worden failliet zou dreigen te gaan; ten tweede, er geen alternatief voor de samensmelting bestaat dat minder concurrentie beperkend is en, ten derde, de activa van het bijna failliete bedrijf onherroepelijk zouden verdwijnen indien de fusie of overname niet door zou gaan (Lowe, 2009; Heyer en Kimmel, 2009). Deze verdedigingsregel voor bedrijven in nood bestaat al lang en is niet speciaal omwille van de huidige economische crisis ingevoerd, maar zou in een crisissituatie wel vaker aan de orde kunnen zijn. Het idee erachter is duidelijk: de effecten van een fusie moeten met een wat-als-situatie vergeleken worden en indien een bedrijf zonder een fusie failliet dreigt te gaan, dan is de relevante wat-als-situatie niet de bestaande situatie, maar de situatie waarin dat bedrijf niet meer bestaat. De wat-als-gedachte heeft ook een rol gespeeld in de beoordeling door de NMa van een recent fusieverzoek van twee Zeeuwse ziekenhuizen. Hoewel de fusie leidt tot een monopolie-situatie in de relevante markt, werd geoordeeld dat de fusie toch door moest gaan onder een aantal stringente voorwaarden, omdat de wat-als-situatie vanuit een mededingingsperspectief niet veel beter zou zijn (Janssen *et al.*, 2009).

Bij het beoordelen van een concentratie kunnen zich ook situaties voordoen waarin de opgelegde remedies als voorwaarde om een fusie eventueel goed te keuren moeilijk uitvoerbaar zijn als gevolg van de crisis. Vooral in het geval waarin een fusie alleen toegestaan kan worden onder voorwaarde dat er een bepaald bedrijfsonderdeel of een bepaalde activiteit moet worden afgestoten, kunnen de economische omstandigheden ertoe leiden dat dat onderdeel slechts tegen een prijs verkocht kan worden die sterk onder de waarde ligt in normale tijden of dat er helemaal geen koper gevonden kan worden. Het kan dan bijvoorbeeld wel een optie zijn om partijen meer tijd te geven een opgelegde remedie voor elkaar te krijgen, juist om een ongewenste machtsconcentratie te vermijden. Hier hoeven de spelregels van het fusietoezicht niet voor te worden aangepast.

Kartels

Om het hoofd boven water te houden, kunnen bedrijven reageren op de economische crisis door prijsafspraken te maken of door een markt te verdelen. Voor stabiele prijsafspraken kan het soms nodig zijn een centrale partij te hebben die de regie in handen heeft. Tegelijkertijd zullen sommige bestaande kartels juist instabieler worden omdat het voor een individuele ondernemer voordelen heeft om de afgesproken prijs te onderbieden. Dat betekent volgens sommige onderzoekers dat juist in deze tijden de mededingingsautoriteiten extra middelen moeten inzetten om illegale

afspraken in heden en verleden te kunnen ontdekken (Jenny, 2009). Het omwille van de crisis wat soepeler aankijken tegen kartels of het voeren van een soort gedoogbeleid ten opzichte van kartels, vergelijkbaar met de ook waar te nemen versoepeling op het punt van de openbare financiën richting de EMU-criteria, is niet wenselijk, en wel om de volgende redenen.

Veel consumenten hebben het ook niet makkelijker gekregen in de financiële crisis en het toestaan van kartels komt er eigenlijk gewoon op neer dat de consument het probleem van een bedrijf bekostigt. Daarnaast is het moeilijk om te bepalen wanneer een sector wel voor een meer soepele behandeling in aanmerking zou moeten komen en wanneer niet. Bedrijfstakken waarin de vaste kosten een belangrijke component van de kostprijs uitmaken, zullen eerder geneigd zijn om afspraken te willen maken dan bedrijven waar dat minder het geval is. Dat type bedrijven heeft prijzen nodig die gemiddeld boven het niveau van de marginale kosten moeten liggen om de vaste kosten ook terug te verdienen. In tijden van crisis zullen ze moeite hebben om de vaste kosten terug te verdienen en mogen ze al blij zijn wanneer ze de variabele kosten in rekening kunnen brengen. In deze categorie bedrijven vallen bijvoorbeeld de binnenvaartschippers. Die hebben dan ook een oplegging voorgesteld om te voorkomen dat er een grote concurrentieslag zal ontstaan die tot faillissementen zou kunnen leiden, en aan de NMa gevraagd deze regeling te accorderen. Het feit dat de overkoepelende organisatie, het crisisberaad, deze regeling voorstelt en wil handhaven, geeft al aan dat het handhaven van deze samenwerking vraagt om een regiefunctie. Als die ontbreekt, is het moeilijk om een afspraak te controleren en bestaat de kans dat de afspraken niet worden nagekomen.

Ook moet bedacht worden dat sectoren waar de vraag op korte termijn inelastisch is, gemakkelijker een tijd een prijsafsprake kunnen handhaven, maar dat op lange termijn een substitutieproces op gang kan komen dat uiteindelijk schadelijk uit kan pakken voor de gehele sector. Illustratief is in dit verband de vermeende effectiviteit van de vaste boekenprijzen. Hoewel een vaste boekenprijs onder meer bedoeld is om ook in de kleinere boekwinkel een divers aanbod te garanderen, blijkt in de praktijk dat het aantal kleine boekwinkels sterk is teruggelopen, omdat consumenten boeken te duur vinden (Baarsma, 2010). Onzes inziens kan versoepeling van het karteltoezicht nooit een goede oplossing zijn voor economische problemen in een sector.

Staatssteun

Staatssteun kan ook leiden tot concurrentievervalsing, want hiermee wordt de vaak toch al fragiele concurrentie nog meer onder druk gezet. Vandaar dat er bij de beoordeling van staatssteun sterk gelet wordt op de mogelijkheid van concurrentiever-

storing. Vrijwel niemand zal de aanzienlijke steun aan de bancaire sector willen betwisten vanwege de omvangrijke externe effecten bij het omvallen van systeembanken. Wel moet bedacht worden dat de steun aan de bancaire sector een uitzonderlijke situatie is omdat deze sector een aantal kenmerken heeft die in andere sectoren niet of in veel mindere mate voorkomen. Een faillissement van een bedrijf in de reële economie leidt er alleen maar toe dat een ander bedrijf meer kans heeft om de crisis wel door te komen. In de bancaire sector ligt dat veel gecompliceerder. Daar kan het faillissement van een grote bank tot een ineenstorting van het bancaire systeem leiden. Men heeft elkaar nodig, maar men is tegelijkertijd elkaars concurrent. Dat betekent dat staatssteun en handhaving van de concurrentie hier samen kunnen gaan, mits het toezicht adequaat is.

De beoordeling van staatssteun is een EU-aangelegenheid. Het DG Concurrentie van de EU heeft als enige mededingingsautoriteit in Europa daar een bevoegdheid naast toezicht op de mededinging. Daar is veel voor te zeggen omdat nationale autoriteiten anders in moeilijkheden gebracht kunnen worden in eigen land door de eigen regering.

Conclusie

Het mededingingstoezicht laat zich bij de toepassing van het mededingingsrecht wel degelijk leiden door de omstandigheden waarin een sector, mogelijk mede vanwege de financiële crisis, zich bevindt. De regels zelf hoeven echter niet aangepast te worden ten tijde van een crisis. Het toezien op eerlijke concurrentie zal ertoe leiden dat het aanpassingsproces in de economie op een efficiëntere wijze verloopt dan wanneer zittende bedrijven lijken te worden beschermd door het loslaten van de mededingingsregels. De versoepeling door de EU van de regels voor individuele steun aan bedrijven is in de huidige situatie verdedigbaar ook omdat tijdelijke steun in veel gevallen minder schadelijk uit zal werken op de concurrentieverhoudingen op lange termijn dan een gedoogbeleid inzake kartels of een soepel concentratiebeleid. Wel is ook hier een voortdurend toezicht nodig om de ongewenste concurrentievervalsing tot een minimum te beperken.

LITERATUUR

- Baarsma, B. (2010) Wet op de vaste boekenprijs moet nu worden afgeschaft. *Het Financieel Dagblad*, 29 januari.
- Heyer, K. en S. Kimmel (2009) Merger review of firms in financial distress. *Competition Policy International*, 5(2), 103-118.
- Jenny, F. (2009) The economic and financial crisis, regulation and competition. *World Competition*, 32(4), 449-464.
- Janssen, M.C.W., K. Schep en J. van Sinderen (2009) Fusies van ziekenhuizen. Het beoordelingskader van de NMa. *Markt & Mededinging*, 12(2), 44-53.
- Lowe, P. (2009) Competition policy and the economic crisis. *Competition Policy International*, 5(2), 3-24.