

Reactie op: Economie van het toezicht

Een jaar geleden fuseerden, als gevolg van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt, de NMa, de OPTA en de Consumentenautoriteit tot ACM. Daarmee ontstond één toezichthouder voor consumenten- en markttoezicht. In haar vorig najaar gepubliceerde Strategie stelt ACM: “De fusie legt de basis voor een effectief en efficiënt toezicht op een goede marktwerking, met als doel optimale welvaart voor de consument” (ACM, 2013). In *ESB* 4669 bespreken Don *et al.* (2013) deze Strategie en noemen zij als de drie belangrijkste economische thema’s: consumentenwelvaart als overkoepelende doelstelling, de rol van ACM bij het behartigen van publieke belangen en de meting van de effecten van het optreden van ACM. In het onderstaande ga ik kort in op deze thema’s, met als achtergrond het wijzigingsvoorstel voor de Instellingswet ACM (Tweede Kamer, 2014), dat afgelopen december unaniem door de Tweede Kamer werd goedgekeurd en dat momenteel door de Eerste Kamer behandeld wordt. Kernvragen zijn: Wat is het doel van de wet? Kan dat doel inderdaad de consumentenwelvaart zijn, zoals ACM stelt?

WELVAART EN WELZIJN

Wat bedoelt ACM eigenlijk als zij stelt dat consumentenwelvaart de overkoepelende doelstelling is? Wat is de betekenis van duurzame groei van de brede consumentenwelvaart die ACM wil bereiken? Past die erg brede doelstelling wel bij de wettelijke opdracht die ACM heeft? Is het in ons belang dat ACM zo’n brede doelstelling nastreeft? De Strategie noch het *ESB*-artikel geeft antwoord op deze vragen. Het *ESB*-dossier over consumentenwelvaart dat op 18 april verschijnt, laat zien dat de antwoorden op deze vragen niet zo eenvoudig zijn en dat de discussie dus nog wel even door zal lopen. Ook in de Eerste Kamer zijn fundamentele vragen gesteld. Zo wil de SP weten wat met concurrentie en een gelijk speelveld bedoeld wordt en vraagt de CU zich af of de publieke belangen niet meer centraal zouden moeten staan (Eerste Kamer, 2014).

Twee citaten kunnen helpen om te verduidelijken wat ACM voor ogen heeft. “ACM ziet de vergroting van de welvaart van consumenten als haar belangrijkste drijfveer. Markten optimaal laten werken in het belang van de consument, daar gaat het om.” (ACM, 2013) Een alinea verder staat: “ACM bevordert de concurrentie en reguleert markten zodanig dat de uitkomsten voor consumenten optimaal zijn. Het beoogde resultaat is een duurzame groei van de welvaart, in brede zin. Dit omvat welvaarts-groei als gevolg van zowel financiële als kwalitatieve effecten voor de consument, op korte én langere termijn.”

ERIC VAN DAMME

Hoogleraar aan de Universiteit van Tilburg

Duidelijk is dat ACM haar taak breed opvat. Maar stel nu dat we “duurzame groei van de welvaart, in brede zin” als doelstelling voor ACM accepteren, hoe beoordelen we dan haar functioneren? Wanneer levert zij een optimale bijdrage? Hoe meten we de groei van de brede welvaart, inclusief de kwalitatieve effecten? Hoe bepalen we welk deel daarvan

aan ACM is toe te schrijven? Hoe kunnen we in dit geval de effecten van haar optreden meten, zoals ACM dat graag wil?

Ik ken geen goede definitie van brede welvaart, maar vermoed dat het samenhangt met hoe de levensstandaard persoonlijk ervaren wordt, dat wil zeggen met subjectief welzijn. Dit op zich hangt weer samen met hoe tevreden mensen zijn, zoals bijvoorbeeld gemeten wordt in de World Values Survey. ACM stelt terecht dat het niet alleen om financiële aspecten gaat. Zij laat echter wel een groot aantal vragen open. Haar gedachtegang is dat goede marktwerking leidt tot een goede uitkomst voor de consument en dat dit optimaal bijdraagt aan welvaart en welzijn, maar bij deze gedachte zijn diverse kanttekeningen te plaatsen.

MENS OF CONSUMENT

Een mens is niet alleen consument, maar ook burger en werknemer. Consumentenwelvaart hangt niet alleen van prijs en kwaliteit af, maar ook van het inkomen. Als dat (ten dele) wegvalt, is de consument als mens niet tevreden. Marktwerking leidt ook tot stress en onzekerheid, wat het welzijn negatief kan beïnvloeden. De markt vergroot inkomensverschillen die door sommigen van ons negatief gewaardeerd worden. Ik zeg niet dat deze effecten de positieve domineren, maar slechts dat ze niet uit het oog verloren mogen worden; zie ook Sandel (2012). Ik ben benieuwd of en hoe ACM met deze aspecten rekening zal houden.

Oppvallend is verder dat ACM in haar Strategie vrijwel uitsluitend over *de* consument spreekt. Zij wil *de* consument dienen, maar *de* consument bestaat niet; mensen zijn zeer verschillend. ACM vertelt ons niet hoe zij met deze verschillen om zal gaan. Ik geef toe dat in bepaalde gevallen alle consumenten hetzelfde belang hebben: een lage prijs. Echter, in de meeste gevallen spelen ook andere aspecten een rol. Het gaat om de prijs-kwaliteit-verhouding. ACM erkent dat ook: zij garandeert publieke belangen “die zien op betaalbaarheid, kwaliteit en beschikbaarheid”. Maar deze belangen spelen ook als ze niet wettelijk zijn vastgelegd. Kwaliteit is een luxe, de rijkere onder ons zijn bereid er meer voor te betalen dan degenen die minder te besteden hebben. Er is bijgevolg geen optimale prijs-kwaliteit-verhouding. ACM zegt ons niet hoe zij hier de afweging zal maken. Zij vertelt ons ook niet hoe zij de afwe-

ging tussen de kortere en de langere termijn, tussen huidige en toekomstige generaties, zal maken.

Het is overigens best te begrijpen waarom ACM ons dit niet vertelt. Het maken van dergelijke afwegingen is politiek bedrijven en het bestuurlijk uitgangspunt in Nederland is dat een zelfstandig bestuursorgaan (ZBO) als ACM dat niet mag; het is aan het parlement voorbehouden (Van der Meulen, 2012). De politiek maakt het beleid en het ZBO voert het uit. Voormalig minister Jorritsma heeft destijds betoogd dat de NMa niets anders hoefde te doen dan mechanisch de Europese rechtspraak te volgen, maar zo eenvoudig is het mededingings-toezicht toch echt niet; dan zou het ook geen 45 miljoen euro per jaar hoeven te kosten.

Don *et al.* (2013) stelt dat ACM consumenten wil helpen hun welvaart te verbeteren. Prima. Consumenten doen soms rare dingen – “die soms irrationeel lijken” – maar dat wil niet zeggen dat ze dat ook zijn. Irrationeel zijn betekent dat het handelen niet effectief is voor het gestelde doel. Zonder het doel te kennen kan de rationaliteit dus niet beoordeeld worden. Helpen is één ding, maar het stuur overnemen schiet dan het doel al snel voorbij. Als ACM het doel niet kent, zie ik niet hoe zij de welvaart kan meten of verbeteren.

CONSUMENT OF GEBRUIKER

De focus op de consument is ook om andere redenen zowel verwarrend als ongerechtvaardigd. ACM houdt toezicht op de mededinging en op de consumentenbescherming. In het mededingingsrecht heeft het begrip ‘consument’ echter een geheel andere betekenis dan in het consumentenrecht.

In de Mededingingswet wordt met de consument de koper of de gebruiker bedoeld. Ook gebruikers verder stroomafwaarts en eindverbruikers gelden als consument. Op de markt voor betaaldiensten zijn zowel winkels als shoppers consument; op de krantenmarkt zijn zowel lezers als adverteerders dat; veilingdiensten worden afgenomen door zowel kwekers als bloemisten. De Mededingingswet beschermt al deze partijen. Daarentegen beoogt het consumentenrecht slechts de meest kwetsbare consumenten te beschermen. Consumenten zijn hier altijd natuurlijke personen. Dit recht is gebaseerd op een veronderstelde ongelijke onderhandelingspositie tussen consumenten en bedrijven. Een consument wordt beschermd, een bedrijf niet; in zijn beroep telt een zzp’er als bedrijf, en niet als consument. De verschillen tussen deze twee rechtsgebieden zijn niet te verwaarlozen.

Door het gebruik van het begrip ‘de consument’ suggereert ACM dat zij het mededingingsrecht louter ziet als consumentenbeschermingsrecht, dat wil zeggen dat zij zich ook in het mededingingsbeleid uitsluitend door het belang van de consument als eindgebruiker zal laten leiden. Don *et al.* (2013) stelt expliciet dat ACM optreedt tegen gedragingen die de consument direct of indirect schaden en dat, omgekeerd, als de consument niet benadeeld wordt, er geen reden is tot ingrijpen. Dat is echter te nauw; ACM heeft meer taken. Europees mededingingsrecht dwingt ACM ook de belangen van andere kopers (bedrijven) te beschermen, zelfs abstracte waarden zoals ‘de markt’ en ‘de concurrentie’ verdienen op zich bescherming.

DE WETTELIJKE TAAK VAN ACM

De grote ambities die ACM met betrekking tot haar doelstelling uitspreekt, staan op gespannen voet met de belangrijke,

maar relatief beperkte, wettelijke taken die zij heeft. Ze is belast met het mededingingstoezicht, de regulering van bepaalde sectoren (zoals energie en telecom) en de bescherming van de consument. Kort geformuleerd gaat het om het tegengaan van concurrentievervalsing, het reguleren van markten waarop concurrentie niet of beperkt mogelijk is, en het voorkomen van oneerlijke handelspraktijken. Op elk van deze terreinen specificceert de relevante wetgeving min of meer heldere doelstellingen, die steeds een Europese achtergrond hebben. ACM moet zich in eerste instantie beperken tot het zo goed mogelijk bereiken van die specifieke doelstellingen. Bij wetsinterpretatie is ACM gebonden aan wat uit de Europese jurisprudentie volgt en wat de Nederlandse wetgever bedoeld heeft. De brede doelstelling die ACM formuleert en de focus op de consument conflicteren met beide.

Interessant is dat de vorig jaar van kracht geworden ‘Instellingswet ACM’ (Tweede Kamer, 2013) in artikel 2 lid 2 de doelstelling voor ACM niet verder specificceerde dan “de Autoriteit Consument en Markt is belast met de taken die haar bij of krachtens de wet zijn opgedragen”. Voor de Wijzigingswet (Tweede Kamer, 2014) stelde het ministerie in mei 2013 als nadere invulling in artikel 2 lid 5 voor: “De werkzaamheden van de Autoriteit Consument en Markt hebben tot doel het bevorderen van goed functionerende markten, van ordelijke en transparante marktprocessen en van een zorgvuldige behandeling van consumenten.” Net als in Europa wordt hier de consument dus naast de markt en de concurrentie geplaatst. De exclusieve focus op de consumentenwelvaart die ACM daarna in haar Strategie voorstelde, was dus bijzonder. Het is daarom niet verrassend dat de Kamer aan de bel trok. Vooral het lid Verhoeven (D66) maakte zich zorgen. Dankzij zijn Amendement is aan artikel 2 lid 5 een zin toegevoegd over wat ACM moet doen om haar doel te bereiken: “Zij bewaakt, bevordert en beschermt daartoe een effectieve concurrentie en een gelijk speelveld op markten en neemt belemmeringen daarvoor weg.” Markt en concurrentie worden nogmaals benadrukt; een behoorlijke tik op de vingers van ACM.

Natuurlijk is dit allemaal overbodig. Het staat ACM simpelweg niet vrij om van Europese jurisprudentie af te wijken, onafhankelijk van wat nu precies in onze wet staat en van wat ACM in haar Strategie opschrijft. De focus op de consumentenwelvaart conflicteert met Europese jurisprudentie die stelt dat niet alleen de consument, maar ook de structuur van de markt en de concurrentie op zich bescherming verdienen. De wettelijke taak van ACM dwingt haar ook naar andere aspecten dan de consument te kijken.

EEN NIEUWE WETTELIJKE TAAK

Interessanter dan artikel 2 lid 5 is lid 4, dat een vanzelfsprekende taak van ACM wettelijk vastlegt. Lid 4 stelt: “Tot de taken van de Autoriteit Consument en Markt behoort het uit eigen beweging doen van marktonderzoeken en maken van rapportages, indien dat naar haar oordeel nuttig is voor de uitvoering van de taken, bedoeld in het tweede lid.” Dit is vanzelfsprekend zou je zeggen; zonder goed onderzoek kun je geen goed besluit nemen. Toch stelt de Memorie van Toelichting dat dit een centrale bepaling is, en wel omdat het elke mogelijke twijfel wegneemt of ACM daartoe bevoegd is. Nu die twijfel is weggenomen, is ACM ook wettelijk gehouden dergelijke onderzoeken te doen en rapportages op te stellen.

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.

Ik juich deze toevoeging toe, ook omdat ik vind dat de NMa hier in het verleden te weinig werk van heeft gemaakt. ACM heeft zich vooral op ex post effectmeting gericht, en heeft nauwelijks iets gedaan aan impact assessment ex ante. Naast mijn wens dat ACM meer en betere marktonderzoeken gaat doen, zou ik vooral willen dat zij zich meer gaat richten op adviezen over aanpassing in de marktordening. Juist op dat punt is naar mijn mening veel te winnen, maar heeft de NMa nauwelijks iets gedaan; en wat gedaan werd, was oppervlakkig. Noch in de Strategie, noch in het *ESB*-artikel is bij ACM enthousiasme over dit nieuwe artikel te lezen; toch zijn er aanwijzingen dat zij er werk van zal maken.

DE TWEE OVERIGE THEMA'S

Don *et al.* (2013) tonen zich een aanhanger van de traditionele *public interest theory of regulation*: “Er zijn evenwel ook situaties waarbij deze marktwerking een niet-optimale uitkomst oplevert: de markt faalt. Juist dan komt de overheid in het geweer.” Op dit punt hebben zij een enge blik; ze beperken zich tot de vier standaardvormen van marktfalen, terwijl er ook andere redenen zijn waarom een markt niet goed kan werken (Van Damme en Schinkel, 2009). De belangrijkste is een niet adequate marktordening, maar daar hebben de auteurs geen oog voor. Juist als publieke belangen in het geding zijn, is die ordening van belang. De wetgever kan aangeven wat de publieke belangen zijn, maar van hem kan niet verwacht worden dat hij weet hoe die publieke belangen via de marktordening geborgd kunnen worden. Juist hier ligt dus een taak voor ACM. Natuurlijk mag daarbij de mogelijkheid van overheidsfalen niet uit het oog verloren worden. Dit speelt zowel bij het toezicht als bij het wetsontwerp; de *public interest theory* is al lang geleden gefalsificeerd (Stigler en Friedland, 1962).

Hoopgevend is dat ACM in haar Strategie stelt dat zij zal deelnemen aan het publieke debat en daarin haar kennis over vraagstukken van marktordening uit zal dragen. Ik hoop dat dit een speerpunt voor ACM zal worden. Goede marktwerking is een publiek belang en ACM zou zich als hoeder van dit belang moeten zien. Wie anders kan dat verdedigen? Voorkomen is beter dan genezen. Veel mededingingsproblemen zijn te voorkomen door een goede marktordening; die levert dus een belangrijke bijdrage aan onze welvaart. Ik sluit niet uit dat dit wel eens een veelvoud zou kunnen zijn van wat het toezicht nu oplevert. Het zou daarom goed zijn als ACM, naast de effectmeting, jaarlijks ook een inschatting zou maken van hoeveel een betere marktordening op kan leveren, en waar de grootste winst te behalen is.

Tot nu toe beperkt ACM (en vroeger de NMa) zich ertoe te schatten hoeveel haar toezicht ons oplevert. In Van Damme (2012) heb ik uitvoerig betoogd dat die cijfers met de nodige omzichtigheid geïnterpreteerd moeten worden: de *counterfactual* is niet altijd de juiste (soms worden niet de baten van toezicht, maar de baten van wetgeving plus toezicht geschat), terwijl ook met toezichtsfalen en de kosten van *regulatory uncertainty* te weinig rekening gehouden wordt. Geschat worden de baten van interventies, terwijl de kosten van inactiviteit buiten beeld blijven. In plaats van te meten wat al bereikt is (de vergelijking met ‘geen beleid’) zou beter gekeken kunnen worden naar wat nog bereikt kan worden (de vergelijking met ‘perfect beleid en perfect toezicht’). Het kan altijd beter. Evaluatie van marktordening en *impact assessment* van veranderingen

in die ordening zetten een stap in die richting. Het spreekt overigens voor zich dat bij deze berekeningen ook de bredere, indirecte kosten van de markt niet buiten beschouwing kunnen blijven.

Natuurlijk blijft het belangrijkste, hoe ACM het doet in de individuele zaken die zij behandelt. ACM heeft niet het laatste woord. Veel van haar beslissingen, of van die van haar rechtsvoorgangers, worden aangevochten, waarbij in een relatief groot aantal gevallen de rechter oordeelt dat het oorspronkelijke besluit niet in stand kan blijven. Ook dit laat zien dat het (veel) beter kan, maar ook op dit kernpunt zwijgen zowel de Strategie als Don *et al.* (2013). Een gemiste kans.

CONCLUSIE

In haar strategie presenteert ACM zich als een krachtige, deskundige toezichthouder met een brede opdracht die werkt in dienst van de welvaart. Na lezing van de Strategie en van Don *et al.* (2013) blijft de lezer echter in verwondering achter. Wat is brede welvaart? Wie is de consument? De gehanteerde terminologie verhult problemen en inconsistenties, die ACM ofwel niet gezien heeft, ofwel bewust niet vermeldt. Het eerste suggereert gebrek aan deskundigheid, het tweede een superioriteitsgevoel en een miskenning van de eigen plaats. Beide zijn gevaarlijk. ACM is belangrijk, maar zij zit ingeklemd tussen parlement en rechter en kan bij overmoed of onvoldoende functioneren door deze platgedrukt worden. Dat zou ongewenst zijn, omdat zij op dit terrein wel de expert bij uitstek is. ACM kan haar hand beter niet overspelen en gewoon binnen haar taakopdracht haar nuttige werk doen. Een goede prioriteitsstelling, deels anders dan die voorgesteld in de Strategie, kan ervoor zorgen dat zij haar goede reputatie behoudt en versterkt, in plaats van deze te verspelen.

LITERATUUR

- ACM (2013) *Strategie Autoriteit Consument & Markt*. Publicatie op www.acm.nl, 20 september.
- Damme, E. van (2012) Effect of outcome van mededingingstoezicht? *Markt & Mededinging*, 15(2), 35–39.
- Damme, E. van, en M.P. Schinkel (2009) Marktwerking en de borging van publieke belangen. In: *Marktwerking en Publieke Belangen. Preadviezen KVS*. Den Haag: SDU Uitgevers, hoofdstuk 1.
- Don, H., D. Janssen, M. Schik en J. van Sinderen (2013) De economie van het toezicht. *ESB*, 98(4669), 586–589.
- Tweede Kamer (2013) *Kamerstukken 33186*. Den Haag: Tweede Kamer.
- Tweede Kamer (2014) *Kamerstukken 33622(B)*. Den Haag: Tweede Kamer.
- Eerste Kamer (2014) *Kamerstukken 33622(B)*. Den Haag: Eerste Kamer.
- Meulen, B. van der (2012) Een erg zelfstandig bestuursorgaan. *Markt & Mededinging*, 2012(4), 139–140.
- Sandel, M. (2012) *What money can't buy – the moral limits of markets*. Londen: Penguin.
- Stigler, G. en C. Friedland (1962) What can regulators regulate? The case of electricity. *Journal of Law and Economics*, 5(10), 1–16.