

Werkzame mededinging

Het mededingingsbeleid in de Europese Gemeenschap wordt beschouwd als een belangrijk instrument om evenwichtige economische groei, grotere stabiliteit en verbetering van de levensstandaard te bevorderen. Het is echter allerminst duidelijk welke vorm het mededingingsbeleid zou moeten aannemen om deze doelstellingen dichterbij te brengen. In dit artikel maakt de auteur een 'tour d'horizon' door de theorie van de economische mededinging. Tegen deze achtergrond plaatst hij een aspect van het mededingingsbeleid, namelijk de samenwerking tussen ondernemingen in de Europese Gemeenschap.

PROF. DR. C.J. VAN DER WEIJDEN*

In artikel 2 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap worden enige als dynamisch aangeduide economische doelstellingen vermeld: een harmonische ontwikkeling van de economische activiteit, een gestadige en evenwichtige expansie, een grotere stabiliteit, en een toenemende verbetering van de levensstandaard. Een van de middelen om dit doel te bereiken is, volgens hetzelfde artikel, het instellen van een gemeenschappelijke markt. Dit impliceert volgens artikel 3 o.a. de invoering van een regime waardoor wordt gewaarborgd dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt niet wordt vervalst. In de artikelen 85 en 86 van het Verdrag die de regels inzake de mededinging voor ondernemingen formuleren, wordt dit beginsel uitgewerkt.

Het Europese recht inzake de mededinging wordt geacht sterk te zijn beïnvloed door economische theorieën en begrippen 1). Dit roept de vraag op of deze ondubbelzinnig een economische realiteit dekken. Wat het begrip mededinging betreft stuit men op een moeilijkheid. Enerzijds duidt het begrip mededinging op een kenmerk van het handelen van b.v. ondernemingen, namelijk de poging van de handelende om voor te komen op zijn rivalen. Anderzijds wordt het begrip mededinging gebruikt om een toestand aan te duiden, namelijk een toestand waarin rivalen aanwezig zijn aan de aanbodzijde en de kopers dus alternatieven hebben.

Indien de wetgever zich op de eerste benadering richt, ontstaan regels met als doel een juist geacht gedrag ('fair competition') af te dwingen. Bij de tweede benadering resulteren regels gericht op het handhaven of herstellen van een toestand. Het Europese mededingings- of kartelrecht zou zich vooral richten op het handhaven van een bepaalde marktstructuur – de tweede benadering – en niet op het gedrag of het mededingingsspel 2).

De genoemde artikelen 85 en 86 uit het Verdrag hebben niet ten doel volledige mededinging of een zo groot mogelijke mededinging te realiseren 3). Het Hof van Justitie zou de discussie of het gaat om volledige mededinging, 'workable competition' of effectieve mededinging 4) hebben omzeild door te verwijzen naar de concurrentie die zonder overeenkomst tussen ondernemingen zou bestaan 5). Echter, in het Metro-arrest uit 1977 stelt het Hof dat moet worden uitgegaan van werkzame mededinging, dat wil zeggen de mededinging die nodig is voor het bereiken van de doelstellingen van het Verdrag en dan vooral de realisatie van één markt 6). Het arrest maakt duidelijk dat het niet gaat om een marktform met zoveel mogelijk, desnoods

ondoelmatige concurrentie. Ook mededinging in de betekenis van 'de vrijheid in samenloop met anderen goederen of diensten op de markt aan te bieden of te vragen' speelt een rol. Een kartelafpraak beperkt deze vrijheid en dat is een aanwijzing dat de mededingingsstructuur in gevaar komt. Voorwaarde voor interventie is dan wel dat de mededingingsstructuur merkbaar wordt aangetast. Dit leidt tot een andere benadering van verticale overeenkomsten dan van horizontale overeenkomsten.

Het is kennelijk voor iedereen duidelijk dat niet wordt gestreefd naar realisatie van de structuurvoorwaarden van het theoretische model van de volledig vrije mededinging. In plaats daarvan wordt gekozen voor 'werkzame mededinging' die wordt aangeduid als een afgezwakte versie van volledig vrije mededinging 7). Deze aanduiding doet echter geen recht aan het ontstaan van deze benadering.

Werkzame mededinging

De term 'workable competition' heeft vooral bekendheid gekregen door een artikel van de Amerikaan J.M. Clark uit 1940 8). Clark constateert dat de studie van zijn landgenoot E.H. Chamberlin uit 1933 9) tot de conclusie leidt dat marktimperfecties niet alleen voortvloeien uit afspraken tussen ondernemingen, maar ook een gevolg kunnen zijn van de marktstructuur (b.v. de aanwezigheid van produkt-

* De auteur is hoogleraar Economische Organisatievormen aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

1) B. Bouckaert, Grondslagen van het internationaal Europees economische recht, *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, 1986, blz. 8 e.v.

2) Idem, blz. 2.

3) P.J.G. Kapteyn en P. VerLoren van Themaat, *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen*, Deventer, 1974, blz. 249.

4) De term werkzame mededinging wordt hierna steeds gebruikt.

5) Kapteyn e.a., op.cit., blz. 251.

6) W. van Gerven, M. Maresceau en J. Stuyck, *Kartelrecht II*, Zwolle, 1986, blz. 71 e.v.

7) Bouckaert, op.cit., blz. 11.

8) J.M. Clark, Toward a concept of workable competition, *American Economic Review*, 1940, blz. 241 e.v.

9) Bedoeld wordt *The theory of monopolistic competition*.

differentiatie). Het model van de volledig vrije mededinging is dan niet meer van toepassing. Het kan echter wel worden gebruikt als maatstaf om feitelijke situaties te beoordelen. Daarbij gaat het dan om de resultaten die worden bereikt in geval van evenwicht, namelijk prijs = marginale kosten, prijs = gemiddelde kosten op lange termijn en de productie geschiedt efficiënt, dat wil zeggen tegen minimale kosten per eenheid. Het gaat om deze resultaten en niet om de structuur van de markt.

Een voorbeeld. Daar waar uittreding uit de bedrijfstak moeilijk is (staal, vervoer, landbouw) leidt een daling van de vraag tot langdurige overcapaciteit, die gemakkelijk leidt tot desastreuze prijsconcurrentie. Dit laatste is te vermijden door afspraken inzake een beheerste afbouw van de overcapaciteit. In andere woorden: een marktimperfectie kan in bepaalde omstandigheden leiden tot een teveel aan mededinging, de imperfecte mededinging kan te sterk zijn. Een andere situatie is die waarbij de imperfecte mededinging te zwak is. Clark werkt dit niet uit. Hij volstaat met de mededeling dat imperfecties te sterk en te zwak kunnen zijn. In geval van 'werkzame mededinging' worden beide uitersten vermeden. Dit is evenwel zo vaag dat het tot kritiek leidt van de kant van J.S. Bain (10). Met te sterk, te zwak en daartussen kan men niets. Werkzame mededinging eist een duidelijke formulering van doelstellingen (bij voorkeur kwantitatief) en de daarbij behorende toleranties.

In 1955 vult Clark zijn benadering aan (11). Uitgangspunt is dan dat de kloof tussen enerzijds de evenwichtstheorieën inzake prijzen en kosten en anderzijds de productie-, groei- en ontwikkelingstheorieën moet worden overbrugd. Het belangrijkste resultaat dat van concurrentie wordt verwacht, is *voortgang* (produktiemethoden, een ruime variatie in kwaliteiten en typen van producten en nieuwe producten). Vervolgens wordt erop gewezen dat de hieruit voortvloeiende *winsten moeten worden verdeeld* in de vorm van lagere prijzen voor de afnemers en hogere beloningen voor de produktiemiddelen. Kenmerkend voor een dynamisch systeem is het steeds weer ontstaan van winsten, die vervolgens verdwijnen. Niet het afwezig zijn van winsten staat centraal, zoals dit in het model van de volledige vrije mededinging het geval is. Een derde reeks doelstellingen heeft betrekking op het concurrentieproces zelf: marktpartijen hebben een *vrijheid van handelen* maar deze mag niet zo worden gebruikt dat toepassing van de 'generally available state of the arts' wordt verhinderd of dat wordt voorkomen dat 'the public' de voordelen ervan geniet.

Het oordeel over het economisch systeem dient gebaseerd te zijn op de 'performance of the system in the large'. Daar in elke feitelijke situatie echter de mate van voortgang en de redelijkheid van de winst door allerlei niet relevante factoren mede worden bepaald, worden de volgende criteria genoemd: vrij en onafhankelijk gedrag, de aanwezigheid van een impuls om de noodzakelijke aanpassingen te volvoeren (het ontstaan van 'differential gains and their erosion') en de capaciteit om deze aanpassingen te verrichten. Waar nu het ontstaan van winsten en het verdwijnen ervan een centrale plaats heeft, wordt een sleutel-element bij de beoordeling de tijd die verloopt tussen een voorsprong gevende stap en de navolging.

Het betoog eindigt met een waarschuwing: „To keep competition healthy requires the traditional eternal vigilance". Er is geen zekerheid dat de concurrentie voldoende sterk zal blijven. Noodzakelijke voorwaarden lijken te zijn: een wetgeving gericht op concurrentie, een agressieve psychologie ('spirit of competition') bij de producenten en voortdurende druk door veranderingen in produktietechnieken, producten en distributiekanaalen (12).

De benadering van Harvard

In het voorgaande werd een benadering aangeduid die de grondslag zou worden voor de structuur-gedrag-resultaat-benadering, thans ook wel aangemerkt als de bena-

dering van Harvard (in tegenstelling tot die van Chicago).

De reeds eerder genoemde Bain uit niet alleen zijn onvrede over de aanpak van Clark, hij probeert die te verbeteren, waarbij wordt uitgegaan van een oligopolistische markt met produktdifferentiatie. Omschreven wordt wanneer sprake is van niet-werkzame mededinging in een bedrijfstak. De volgende kenmerken worden genoemd:

1. de gerealiseerde winst ligt gemiddeld vrijwel voortdurend boven de winst die behoort bij een normaal geacht rendement op het geïnvesteerde vermogen;
2. de omvang van de productie wijkt sterk af van de optimale omvang;
3. er is sprake van chronische overcapaciteit die niet kan worden verklaard door structurele veranderingen of de behoefte aan reservecapaciteit;
4. de verkoopkosten maken een belangrijk deel uit van de totale kosten;
5. kostenverlagende technische veranderingen worden traag doorgevoerd, veranderingen in het produkt die voordelig zijn voor de afnemers worden tegengegaan.

Bepalend voor deze resultaten zijn enerzijds de elementen van de marktstructuur (zoals: aantal en grootte van de aanbieders en vragers, de mate van produktdifferentiatie, de toegankelijkheid van de bedrijfstak) en anderzijds de gedragingen van de marktpartijen (wat de aanbieders betreft: b.v. al of niet perfecte samenwerking, actieve prijsconcurrentie op grond van een niet erkende afhankelijkheid van de reacties van concurrenten). De vraag hierbij is: hoe verloopt de causaliteit tussen enerzijds structurelementen en het gedrag van aanbieders en anderzijds het resultaat? Een mogelijke hypothese is: de structuur bepaalt het gedrag van aanbieders en dat leidt tot een al of niet aanvaardbaar resultaat. Een andere mogelijkheid is dat men ook een beïnvloeding van de structuur door gedrag en resultaat aanneemt. Bain gaat uit van de eerste benadering en legt de klemtoon op de structuur. De relatie van structuur naar resultaat is fundamenteel. Er zijn geen „determinate simple associations between character of competitive behavior and emergent results" (13).

Bij het zich richten op de structuur wordt vervolgens weer een keuze gemaakt. Als eerste element wordt de toegankelijkheid van de bedrijfstak naar voren gehaald, want deze zou van strategisch belang zijn voor de efficiëntie van de productie op lange termijn. De toegankelijkheid tot de bedrijfstak kan zodanig zijn dat de reeds gevestigde producenten bedacht moeten zijn op toetreding. Het is dan zinvol na te gaan of door de prijszetting eventuele toetreders kunnen worden afgeschrikt. Daarbij zal een aantal zaken tegen elkaar moeten worden afgewogen, zoals de tijd die verloopt tussen het geven van een impuls om toe te treden en de realisatie daarvan, de verwachte concurrentiepositie nadat toetreding is gerealiseerd, de tijdsvoorkeur (dat wil zeggen de voorkeur voor vrijwel zekere hoge winsten nu en in de nabije toekomst vergeleken met mogelijke winsten op wat langere termijn, waarbij vele factoren de onzekerheid inzake de winststroom kunnen beïnvloeden).

Het beeld is nu al zo gecompliceerd dat niet moet worden verwacht dat er een eenvoudige concrete samenhang zal zijn tussen de toegankelijkheid van de bedrijfstak en de efficiëntie van de productie op lange termijn. Dus schaaft Bain het betoog verder bij. Op basis van wat hij aanduidt als 'enige empirische generalisaties' wordt gesteld dat een voorlopige hypothese over het gemiddelde verband tussen de toegankelijkheid van de bedrijfstak en de efficiëntie op lange termijn kan worden geformuleerd. Daarbij houdt Bain vervolgens rekening met verschillende

10) J.S. Bain, *Workable competition in oligopoly: theoretical considerations and some empirical evidence*, *American Economic Review*, 1950, blz. 35 e.v.

11) J.M. Clark, *Concepts of competition and monopoly: competition static models and dynamic aspects*, *American Economic Review*, 1955, blz. 450 e.v.

12) Zie ook: J.M. Clark, *Competition as a dynamic process*, 1961.

13) Bain, *Workable competition*, op.cit., blz. 28.

hypothese inzake het concurrerende gedrag van de aanbidders, voor zover dat "would not appear to be directly associated to the condition of entry" 14).

De volgende stap is het rekening houden met de invloed van andere structurelementen: de mate van concentratie van de aanbidders, mate van concentratie bij de vragers en de mate van productdifferentiatie. Dit alles leidt dan tot enige 'general average tendencies rather than rigid rules' 15). De algemene conclusie is (aangeduid als voorlopig en speculatief): de werkzaamheid van de mededinging wordt waarschijnlijk (zij het op een complexe wijze) vooral bepaald door de toegankelijkheid van de bedrijfstak. Productdifferentiatie lijkt niet positief te werken op de werkzaamheid van de mededinging, concentratie bij de afnemers wel.

Dit betoog krijgt een vervolg. In de eerste plaats in de studie *Barriers to new competition* 16). Deze studie bevat ook suggesties voor de mededingingspolitiek, echter met de uitdrukkelijke waarschuwing dat geen onderzoek is gedaan naar de invloed van de toegankelijkheid van de bedrijfstak op technische vooruitgang, productverbetering en cyclische stabiliteit. De conclusies inzake het verband tussen de toegankelijkheid van de bedrijfstak en de effectiviteit van de mededinging worden voorzien van de mededeling dat zij 'extremely tentative' zijn 17). Een van de conclusies is dat sterke belemmeringen van de toetreding moeten worden verminderd; een verandering van 'very high' naar 'substantial' wordt een goede politiek genoemd. Een hoge mate van concentratie wordt ongewenst genoemd. Er wordt echter niet aanbevolen deze direct te bestrijden, want dat is een moeilijke en kostbare zaak. Indien de mogelijkheid van vestiging in een dergelijke bedrijfstak aanwezig is – de belemmeringen voor de toetreding zijn matig –, zou er geen reden zijn om op te treden. Een politiek gericht op het redelijk open houden van een bedrijfstak is een alternatief voor een politiek gericht tegen een hoge concentratiegraad. Als verrassend – en later bestreden – resultaat wordt gemeld dat de mate van productdifferentiatie waarschijnlijk de belangrijkste factor is die de toegankelijkheid van een bedrijfstak beïnvloedt.

In het later verschenen *Industrial organization* wordt ingegaan op de mogelijke invloed van concurrerend gedrag op de marktstructuur 18). Dit geldt dan echter 'predatory' en 'exclusionary' tactieken, voor het overige geldt dat concurrerend gedrag een noodzakelijke en logische schakel is tussen de marktstructuur als oorzaak en het resultaat als gevolg 19). De mededingingspolitiek dient zich op twee zaken te richten: op de marktstructuur en via een verbodswetgeving op het concurrerend gedrag, waarbij „Control of market structure should be a major tool of policy....” 20).

Deze en andere publikaties van Bain hebben een grote invloed gehad. Scherer merkt op dat meer dan honderd bedrijfstakstudies op basis van Bains benadering zijn verricht 21). Toch spreekt Scherer over: „Das Versagen des Struktur-Verhalten-Ergebnis-Paradigmas” 22). De zo voorzichtig gepresenteerde resultaten van Bain bleken afhankelijk van de steekproef en niet ongevoelig voor verandering in de periode van waarneming. Een vraag die de op Bain gebaseerde benadering opriep was ook: hoe komt het dat de rentabiliteit van grote en kleine ondernemingen binnen een bedrijfstak (dus bij dezelfde marktstructuur) zo verschilt. De rentabiliteit lijkt niet samen te hangen met de mate van concentratie, maar met de marktaandelen. De marktleiders lijken het meest van de structurele concentratie te profiteren. Een ander aspect is dat rekening moet worden gehouden met in andere bedrijfstakken aanwezige ondernemingen als (mogelijke) toetreders tot de bedrijfstak in kwestie, met overname van een onderneming als vorm van toetreding en met de aanwezigheid van strategische groepen in een markt, waardoor de markt wordt verdeeld in een kern met daaromheen een franje, hetgeen invloed heeft op de toegankelijkheid 23).

Een algemeen aspect van de bovenstaande benadering is het begrip bedrijfstak of markt. In elk concreet geval zal moeten worden bepaald wie tot de bedrijfstak of de aanbidders op de markt worden gerekend. Daarmee is het probleem van de relevante markt gesteld, hetgeen uit een

oogpunt van mededingingspolitiek al de nodige problemen oproept. Daarna resteert een aantal hypothesen over samenhangen en daarbij behorende onderzoekresultaten die uiterst voorzichtig zullen moeten worden gehanteerd in procedures die een juridisch karakter hebben.

Duitse discussie

De dissertatie van Kantzenbach over werkzame mededinging heeft in West-Duitsland tot een omvangrijke discussie geleid 24). Kantzenbach gaat ervan uit dat de mededingingspolitiek gericht is op het bereiken van bepaalde economische doelstellingen (zowel meso als macro). Uit het gezichtspunt van de realisatie van deze doelstellingen kan er sprake zijn van een te grote intensiteit van de mededinging, van een te geringe intensiteit en van een optimale intensiteit. Als bepalende factor voor de intensiteit van de mededinging wordt genoemd de marktform en deze is weer afhankelijk van het aantal ondernemingen en van de mate van onvolkomenheid van de markt (b.v. de mate van productdifferentiatie). Ingeval van een oligopolistische markt met veel aanbidders kan de interdependentie zo gering worden dat de intensiteit van de mededinging kleiner dan optimaal wordt. In dit geval zou samenvoeging van ondernemingen wenselijk zijn. In geval van een te grote intensiteit van de mededinging door een te gering aantal ondernemingen is de aangewezen weg het verzelfstandigen van onderdelen van individuele ondernemingen, of het toestaan van afspraken.

Deze benadering is scherp aangevallen door Hoppmann 25). Een eerste bezwaar is van principiële aard. De keuze voor een markteconomie impliceert een keuze voor concurrentievrijheid. Als uitgangspunt dient daarbij dat de deelname aan het marktproces – dus het laten verlopen van transacties via deze instituties – voordelig is voor zowel aanbidders als vragers. Zo gezien is er geen verschil tussen de vrijheid om te concurreren en goede economische resultaten. Voor de gemeenschap bestaat het resultaat uit de 'optelsom' van deze individuele resultaten. Er kan volgens Hoppmann geen dilemma bestaan tussen vrijheid en goede economische resultaten. Het kiezen voor een markteconomie laat niet toe dat men de mededinging als één van de instrumenten ziet, waarmee doelstellingen die buiten de individuele deelnemer aan het marktproces liggen – dus macro-economische doelstellingen zoals evenwicht op de betalingsbalans, wensen met betrekking tot de inkomensverdeling e.d. – dienen te worden gerealiseerd. Doet men dit wel, dan is niet sprake van een markteconomie, maar van 'socialistische mededinging'.

In zijn reactie moest Kantzenbach zijn uitgangspunt verduidelijken 26). Volgens hem is de eerste keuze die in de maatschappij wordt gemaakt die tussen de markt en het plan. Is voor de eerste gekozen, dan resteert voor de econoom nog slechts een analyse op basis van één criterium: de maatschappelijke welvaart. Dit houdt in dat ook de gewenste intensiteit van de mededinging uit dit gezichtspunt dient te worden beoordeeld, dat wil zeggen dat gezocht moet worden naar een werkzame mededinging.

14) Bain, *Workable competition*, op.cit., blz. 43.

15) Bain, *Workable competition*, op.cit., blz. 45.

16) J.S. Bain, *Barriers to new competition*, 1956.

17) Idem, blz. 203 e.v.

18) J.S. Bain, *Industrial organization*, 1959.

19) Idem, blz. 421 e.v.

20) Idem, blz. 465.

21) G. Bombach e.a., *Industrieökonomik*, 1985, blz. 4 e.v.

22) Idem, blz. 4.

23) G.S. Yip, *Barriers to entry. A corporate-strategy perspective*, 1982, blz. 23.

24) E. Kantzenbach, *Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs*, 1966.

25) E. Hoppmann, *Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität, Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik*, 1966, blz. 286 e.v.

26) E. Kantzenbach, *Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität, Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik*, 1967, blz. 193 e.v.



De visch wordt duur betaald

(foto ANP)

Op deze wijze kan een conflict ontstaan tussen vrijheid en de realisatie van welvaart, waarbij dit begrip ook macrodoelstellingen omvat. Het kan dan gewenst zijn vrijheid op te offeren – kartels toe te staan – omdat dit bijdraagt aan een betere realisatie van doelstellingen, terwijl bij Hoppmann deze spanning niet kan bestaan en dus kartelafspraken niet aanvaardbare inbreuken op de vrijheid van mededinging zijn.

Een tweede probleem is dat Kantzenbach uitgaat van een gegeven marktform (bepaald door aantallen aanbieders en onvolkomenheid van de markt). De kritiek zal niet verbazen: deze twee determinanten van de marktform zijn niet exogeen maar endogeen, zij resulteren ook uit de marktprocessen. Kantzenbach merkt hiertegen op dat dit onderscheid tussen endogeen en exogeen alleen wordt bepaald door de termijn. Voor de korte-termijnanalyse kan men bepaalde grootheden als gegeven beschouwen. Hij beroept zich daarbij op Bain, die opmerkt dat de elementen van de marktstructuur in het algemeen „relatively stable, semipermanent, and at most slowly changing aspects of the market environment” zijn. Dit doorverwijzen door Kantzenbach is wellicht in de discussie tussen hem en Hoppmann terecht, het helpt niet bij de beantwoording van de vraag of deze benadering zinvol is in het kader van de mededingingspolitiek. De geciteerde Bain is in ieder geval voorzichtiger: „In appraising the role of market structure as a determinant of market conduct and performance, therefore we must keep it in mind that structure itself is subject both to slow evolution over time and to episodes of dramatic change in some instances, rather than being completely stable over intervals of many years” 27). Waar de analyse meer klemtoon is gaan leggen op de zelfstandige invloed van het gedrag op de structuur, is de benadering van Kantzenbach riskant.

Een derde probleem is gelegen in de moeilijkheid de invloed van de mededinging op de realisatie van doelstellingen te bepalen. De 'performance-test' houdt in dat de feitelijke resultaten worden vergeleken met criteria die een ideaal of bevredigend resultaat beschrijven. Wat dit

laatste betreft merkt Bain op: „some sort of general a priori standard ... can be established for efficiency, profit rates, selling costs, product performance, and conservation, although not ... for price flexibility and technological progressiveness” 28). De complexe werkelijkheid wordt slechts partieel benaderd en dat lijkt vooralsnog een zwakke basis voor het invullen van het begrip optimale intensiteit van de mededinging in concrete gevallen.

Daar Hoppmann de vrijheid om te concurreren centraal stelt, is het van belang na te gaan hoe hij deze benadering uitwerkt 29). Hij wijst op twee aspecten: het 'Austauschprozess' ('bargaining process') en het 'Parallelprozess'. Bij het eerste gaat het om de relatie tussen beide zijden van een markt: hoeveel alternatieven worden de vragers door de aanbieders geboden en in welke mate wordt de aanbieders de ruimte gelaten voor flexibiliteit in het assortiment. Bij het tweede proces richt men zich op één zijde van de markt: is feitelijke en potentiële concurrentie aanwezig, is de hantering van alle actieparameters (prijs, kwaliteit, leveringsvoorwaarden) vrij, is sprake van het nemen van een voorsprong door een aanbieder en van navolging? Het is niet mogelijk hierover positieve regels te formuleren, er resteren slechts „Spielregeln ... die anordnen, was die Marktteilnehmer nicht tun dürfen”.

De benadering van Chicago

De benadering van Chicago in deze materie wordt gedragen door o.a. R.H. Bork, H. Demsetz en G. Stigler 30). Zij richten zich op de Amerikaanse anti-trustpolitiek. Deze is volgens hen bedoeld om het marktsysteem in stand te

27) J.S. Bain, *Industrial organization*, blz. 264.

28) Bain, idem, blz. 404.

29) E. Hoppmann, *Wettbewerb als Norm der Wettbewerbspolitik*, 1967, blz. 77 e.v.

30) I. Schmidt en J.B. Rittaler, *Die Chicago school of antitrust analysis*, 1986.

houden en aldus maximalisatie van de welvaart van de consument mogelijk te maken. Dit houdt in dat de realisatie van – wat zij noemen – allocatieve en productieve efficiëntie niet mag worden belemmerd. Dit uitgangspunt wordt gekozen: 1. omdat het veranderingen in de wetgeving voorspelbaar maakt en minder gemakkelijk leidt tot een ongelijke beoordeling in vergelijkbare gevallen; 2. omdat moet worden vermeden dat rechters de politieke keuzen maken die thuishoren bij de gekozen volksvertegenwoordiging (b.v. betreffende de inkomensverdeling); 3. omdat daardoor de beoordelende instantie zich kan baseren op de prijstheorie. Tegen dit uitgangspunt wordt door sommigen bezwaar gemaakt. De anti-trustwetgeving was vanaf het ontstaan niet gericht op de realisatie van één doel, maar op de realisatie van meer doelstellingen. Wat de praktijk betreft kan worden vastgesteld dat de klemtoon in de periode lopende van ongeveer 1950-1970 op bepaalde marktstructuren ligt en dat er daarna meer invloed is van de economische analyse.

De reeds genoemde *allocatieve* efficiëntie heeft betrekking op de vraag of de middelen in de economie daar worden aangewend waar „consumers value their output most”. Een monopoliepositie (één aanbieder) is een probleem, want deze leidt tot misallocatie. Concentratie aan de aanbodzijde is door de druk van mogelijke toetreding (potentiële mededinging) geen probleem. De *productieve* efficiëntie heeft betrekking op de aanwending van middelen door een individuele onderneming. Daarbij spelen een rol: het benutten van schaalvoordelen, de aanwezigheid van transactiekosten (31), de mate van specialisatie, de toegang tot de kapitaalmarkt enz. Een probleem is dat beide vormen van efficiëntie tegen elkaar kunnen inwerken. Een beweging in de richting van een monopoliepositie kan positief werken op de productieve efficiëntie en zal negatief werken op de allocatieve efficiëntie. Er zal gestreefd dienen te worden naar een optimum, waarin de allocatieve efficiëntie niet kan worden verbeterd zonder de productieve te schaden.

In de Chicago-visie is marktmacht niet gekoppeld aan de mate van concentratie. Marktmacht ontstaat door controle over middelen die essentieel zijn voor de productie van een bepaald goed of door de overheid. Wat dit laatste betreft wordt bescherming van bedrijfstakken tegen concurrentie door de overheid – behalve voor uitzonderingen – afgewezen.

Basis van de beoordeling is dat het (behalve door overheidsmaatregelen) niet mogelijk is de werking van de markt blijvend te belemmeren. Hoge winsten die niet het gevolg zijn van efficiëntievoordelen, van (extra) risico of van bescherming door de overheid worden op de duur afgeroemd. Het mechanisme daarbij is de toetreding. Deze dient derhalve vrij te zijn. Daarbij wordt gesteld dat echte toetredingsbelemmeringen (behalve dan via de overheid) niet bestaan. De belemmeringen die men waarneemt, zijn veeleer een gevolg van productieve concurrentie dan van een niet productief streven naar een monopoliepositie. De belemmeringen die voortvloeien uit schaalvoordelen en produktdifferentiatie zijn immanent aan het concurrentieproces. Uitsluitingspraktijken en prijzenoorlogen kunnen geen blijvende belemmering vormen.

Wat de mededingingspolitiek betreft kunnen de volgende opvattingen worden genoteerd. Horizontale prijsafspraken worden door sommige auteurs afgewezen, verticale prijsafspraken worden geacht in het voordeel van de consument te werken (dus toestaan); een aantal auteurs ziet in parallel gedrag geen beperking van de mededinging (indien dit gedrag tot extra winsten leidt, zal op de duur toetreding volgen); koppelverkoop van produkten die op verschillende markten worden aangeboden, is alleen een probleem indien daardoor toetreding zou worden belemmerd; prijsconcurrentie met als enig doel concurrenten te verdringen zal door toetreding niet effectief zijn; verticale prijsbinding is toelaatbaar tenzij deze een scherm is waarachter in feite sprake is van horizontale beperkingen.

Horizontale fusies is men bereid voorlopig toe te staan tot een marktaandeel van ca. 40% wordt bereikt. Bork is echter bereid zijn standpunt in deze – dat de nadelige ef-

fecten worden gecompenseerd door kostenbesparingen – af te zwakken. Wat verticale en 'conglomerate' fusies betreft, neemt men aan dat deze leiden tot welvaartsvergroting via efficiëntieverbetering. 'Ontvlechting' van door interne groei groot geworden ondernemingen is nadelig. Indien al sprake zou zijn van machtsmisbruik, zal op de duur door toetreding een natuurlijke deconcentratie ontstaan; bovendien suggereert ingrijpen dat men weet wat de optimale marktstructuur is. Zowel regeling van de toegang tot een bedrijfstak als regulering van de prijzen van produkten door de overheid worden afgewezen.

Mededinging in de Gemeenschap 32)

In 1986 aanvaardde het Europees Parlement een resolutie, waarin het oordeel wordt uitgesproken dat strenge toepassing van de mededingingsregels een essentiële voorwaarde is o.a. voor het realiseren van eerlijke onderlinge concurrentie tussen ondernemingen en het versterken van de Europese economie (33). De Commissie vermeldt dit met enig genoegen in haar *Verslag over het mededingingsbeleid*. Opgemerkt wordt dat dit beleid moet waarborgen dat de nationale grenzen niet worden vervangen door marktcompartimenteringen als gevolg van beperkende handelspraktijken. Het gaat om de voltooiing van een interne markt. Gesteld wordt dat realisatie van de eenheidsmarkt, mits daadwerkelijk concurrentie blijft bestaan, ruimte laat voor bepaalde vormen van samenwerking tussen ondernemingen. Dit zou bijdragen tot het creëren van een efficiënte economische structuur waarin onder invloed van de markt ondernemingen het prijs- en productiepeil zelfstandig vaststellen en waarbij deze ondernemingen aan de concurrentie op wereldschaal het hoofd kunnen bieden (34).

Daarmee is dan inhoud gegeven aan het begrip werkbare mededinging: de mate van mededinging noodzakelijk voor de naleving van de fundamentele eisen voor het realiseren van de doelstellingen van het Verdrag, met name de totstandkoming van één markt met soortgelijke voorwaarden als een interne markt (35). Dit is het criterium voor de beoordeling van afspraken tussen ondernemingen en van het al of niet misbruik maken van een economische machtspositie. Gegeven de klemtoon op de ene interne markt ligt het voor de hand dat daarbij niet alleen wordt gekeken naar de feitelijke beïnvloeding van de handel tussen lidstaten maar ook naar de mogelijke beïnvloeding.

Indien men uitgaat van de wenselijkheid van een markteconomie, is het de taak van het mededingingsbeleid deze markeconomie te handhaven. Het is dan consequent te kiezen voor een verbodswetgeving. Dit aanvaard hebbend, kan men erkennen dat afspraken soms aanvaardbaar zijn omdat daardoor betere resultaten worden bereikt. Het genoemde uitgangspunt brengt dan met zich mee dat men voor deze uitzonderingen eist dat de betere resultaten niet op een andere wijze te realiseren zijn. Daarbij kan men bepalen – zoals artikel 85 lid 3 doet – dat een voldoende grote restant-mededinging aanwezig moet blijven. Deze keuze is in 1957 gedaan en zal ook door ondernemingen moeten worden gerespecteerd, hetgeen desnoods wordt afgedwongen door hogere boetes.

Uit de juridische praktijk is voortgevloeid dat de tekst van artikel 85 lid 1, waarin in algemene zin wordt gesproken over beperking van de mededinging, is gepreciseerd.

31) Transactiekosten zijn kosten die worden veroorzaakt door het benutten van de markt. Deze transactiekosten kunnen zo hoog worden, dat zij eliminatie van een markt voordelig maken. Verticale integratie kan de efficiëntie verbeteren „unless specific structural characteristics exist within the industry”.

32) Afgezien wordt van de staalsector, lucht- en zeevervoer, alsmede van het beleid m.b.t. machtsposities.

33) *Zestiende verslag over het mededingingsbeleid*, 1987, blz. 263.

34) *Idem*, blz. 14 e.v.

35) Van Gerven, op.cit., blz. 71.

In 1966 introduceerde het Hof te Luxemburg de term 'merkbare beperking'. Dit leidde tot de Bagatelbekendmakingen van de Commissie, eerst in 1970, gewijzigd in 1977 en andermaal gewijzigd in 1986 met als doel: het verschaffen van zekerheid inzake de vraag welke overeenkomsten volgens haar niet vallen onder artikel 85. Opvallend is de motivering in de laatste bekendmaking: „De Commissie acht het van belang de samenwerking tussen ondernemingen te vergemakkelijken ...”. Gedoeld wordt daarbij op kleine en middelgrote ondernemingen.

Een ander aspect van het beleid zijn de generieke vrijstellingen, waardoor automatisch ontheffing wordt verleend van de concurrentieregels. Deze hebben betrekking op alleenverkoop, exclusieve afname, de afzet in de sector motorvoertuigen, octrooicentie, specialisatie en onderzoek en ontwikkeling. Men bestudeert thans franchising, gemeenschappelijke ondernemingen en know-how-licenties.

Deze benadering wijkt af van die van de werkzame mededinging, waarin de mededinging wordt gezien als 'een' instrument ter realisatie van bepaalde doelstellingen. Het is dan ook verwarrend dat deze term in het kader van het Europese beleid en de rechtspraak is gebruikt. Veeleer is sprake van de benadering van Hoppmann, waarin uit de keuze voor een markteconomie als consequentie voortvloeit een wetgeving die de vrije markt als institutie beschermt. Uitzonderingen zijn dan toegestaan, maar dan wel algemeen en op basis van criteria die door een ieder kunnen worden ingeroepen (dus generiek). Op deze wijze vermijdt men de Nederlandse situatie waarin een minimumprijsregeling voor suiker, op verzoek van bepaalde betrokkenen, algemeen verbindend wordt verklaard ondanks een negatief advies van de daarbij betrokken Nederlandse Commissie, louter en alleen omdat deze verbindendverklaring naar het oordeel van 'Onze Minister' in het algemeen belang is. Daardoor wordt de weg vrij voor een ad-hoc beleid. Ook is men in Europa niet op voorhand de weg ingeslagen van de School van Chicago. Deze 'nieuwe leer' – die te begrijpen is als reactie op te actieve aanhangers van de structuur-gedrag-resultaatbenadering – doet naar mijn mening te opgewekt over de blijvende aanwezigheid van mededinging. Een tweetal punten van kritiek: deze benadering maakt de fout 'post hoc ergo propter hoc' en de aanhangers onderschatten de mogelijkheden om de wettelijke vrijheid om toe te treden tot een markt uit te houden (36).

In het dertiende verslag (over het jaar 1983) merkt de Commissie op dat de contractuele relaties tussen ondernemingen zich van dag tot dag ontwikkelen (37). Zij typeert haar benadering als minder theoretisch dan die van de Amerikaanse autoriteiten, maar sluit daarom nog niet uit dat de concurrentiesituatie in een gehele sector alsmede de structuur van het aanbod in de beoordeling wordt betrokken. Daarna wordt een beschouwing gewijd aan de hiervoor reeds genoemde overeenkomsten.

Speciale aandacht krijgen de 'gemeenschappelijke ondernemingen', want „de Commissie is zich terdege bewust van dit verschijnsel en zijn betekenis in samenhang met de versterking van het concurrentievermogen van de Europese industrie en de technologische vooruitgang”. Van belang blijft het antwoord op de vraag of de concurrentie tussen de oprichtende ondernemingen op waarneembare wijze wordt beperkt. Daarbij gaat het niet alleen om de feitelijke concurrentie, maar ook om de potentiële concurrentie.

In het vijftiende verslag wordt deze groep overeenkomsten opnieuw geplaatst in het kader van het concurrentievermogen van de Europese industrie en nu ook in dat van de ontwikkeling van nieuwe markten (38). Een vraag is of de concurrentieregels het de Europese ondernemingen niet te moeilijk maken op de wereldmarkt te concurreren met Amerikaanse en Japanse producten. Weer wordt als probleem genoemd dat de overeenkomsten de concurrentie op de interne markt niet nadelig mogen beïnvloeden. Hoewel de Commissie heeft toegezegd in 1986 een mededeling over deze materie te publiceren, wordt in het volgende verslag laconiek medegedeeld dat de Com-

missie haar werk heeft voortgezet (39). Deze rust is niet in overeenstemming met de zorg die de commissaris voor de mededingingspolitiek in 1986 uitsprak tegenover ondernemers dat het concurrentieregime mogelijk samenwerking inzake innovaties verhindert of vertraagt en dat daarin één van de problemen zit met betrekking tot de concurrentie tegen de VS en Japan. Het is ook mogelijk dat de trage officiële afhandeling weinig problemen geeft, omdat thans veel informeel wordt afgehandeld via een schrijven waarin de Commissie als haar mening geeft dat de regeling niet in strijd is met artikel 85 (1). Dit zou echter in ieder geval uit een oogpunt van mededingingspolitiek een weinig fraaie benadering zijn.

Slot

De Europese mededingingspolitiek gaat een periode tegemoet waarin niet alleen de totstandkoming van de interne markt moet worden bereikt, maar waarin ook de concurrentiepositie van Europa – en dus de mogelijkheden van Europese ondernemingen – een rol zal spelen. Bij de beoordeling van samenwerking tussen ondernemingen zal dan ook rekening moeten worden gehouden met de ontwikkeling van de mededingingspolitiek elders (o.a. in de VS).

Vervolgens zou de tijdsduur van aanpassingsprocessen op de markt moeten worden beschouwd. Het aan zich zelf overlaten van de markt zou kunnen betekenen dat men de Europese economie een langdurig aanpassingsproces laat ondergaan dat in ieder geval in deze periode de realisatie van bepaalde doelstellingen van het Verdrag frustreert. Het kan zijn dat 'joint ventures' een middel zijn om het aanpassingsproces te versnellen c.q. de eventuele nadelige effecten te verminderen. Daarbij krijgt het gehanteerde begrip werkzame mededeling een wat andere interpretatie: het gaat dan namelijk niet alleen om het realiseren van één markt, maar ook om de mogelijkheid zich tijdig aan te passen aan ontwikkelingen van buiten. Op basis hiervan zou naar mijn mening bij handhaving van de keuze voor de markteconomie een generieke vrijstelling kunnen worden geformuleerd. Het is jammer dat Sutherland als commissaris in 1985 hiervoor de deur heeft gesloten met de mededeling dat een dergelijke vrijstelling er niet komt omdat „joint ventures are too varied and many faceted to be encompassed is such a regulation” (40). Dat zelfde geldt echter voor franchising en daarvoor bereidt men wel een generieke vrijstelling voor (41).

C.J. van der Weijden

36) W. Adams (red.), *The structure of American industry*, 1982, blz. 484 en 485.

37) Handboek voor de Europese Gemeenschappen, deel 3, *Europees Kartelrecht*, band II, IX-586, IX-593.

38) *Vijftiende verslag van het mededingingsbeleid*, 1986, blz. 44.

39) *Zestiende verslag*, 1987, blz. 47.

40) D. Sutherland, *Towards positive guidelines in joint ventures*, Brussel, 7 november 1985, blz. 8.

41) *Zestiende verslag*, 1987, blz. 46.