

Doormodderen met doe-het-zelfeconomie

van Damme, Eric

Published in:
Markt en Mededinging

Document version:
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2013

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):
van Damme, E. E. C. (2013). Doormodderen met doe-het-zelfeconomie. Markt en Mededinging, 5, 135-137.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright, please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Redactioneel

Doormodderen met doe-het-zelfeconomie

Prof. dr. E.E.C. van Damme*

De typering ‘gemengde sla’ die Pierre Bos en Mariëtte Plomp gebruiken in hun annotatie van het *Paprika*-besluit van de NMa is eigenlijk op het gehele mededingingsgebied van toepassing. De succesvolle professional op dit terrein moet beschikken over juridisch vakmanschap, goede institutionele kennis van markten en marktgebruiken en moet bovendien snappen hoe concepten, methoden en inzichten uit de economische wetenschap toegepast kunnen (of moeten) worden. De cocktail bevat dus minstens drie ingrediënten. Veel beoefenaars van het vak lijken de derde over het hoofd te zien. Vertrouwd met het feit dat de juridische praktijk en de rechtsgeleerdheid onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn, maken zij geen onderscheid tussen economische realiteit en economische wetenschap, en menen ze dat kennis van de economische praktijk en van het recht volstaan. Zij zien de economische wetenschap als hulpwetenschap, nuttig voor het berekenen van schade, marktaandelen, prijsrelaties of verwachte prijseffecten, maar maken voor het overige gebruik van de eigen ‘economische intuïtie’. Waar de economische wetenschap tot direct resultaat leidt, benutten zij omwegen die, hopelijk, dezelfde uitkomst opleveren. Dit doe-het-zelfen impliceert dat grotere verbanden vaak niet gezien worden en dat we in details blijven doormodderen, met als gevolg dat de *more economic approach* in Europa nog niet echt van de grond komt.

Ik meen dat de meeste juristen niet goed weten waar de economische wetenschap over gaat. Zij denken dat academisch economen over veel economische feitenkennis beschikken, maar dat is helemaal niet zo. Feitenkennis is zeker nuttig, maar markten zijn dynamisch en kennis die louter feitelijk is, is dus snel irrelevant. Economen zijn eerder te kenschetsen als *masters of method*; ze beheersen

een specifieke methode om uitkomsten te voorspellen in situaties waarin doelgerichte actoren (mensen, bedrijven of andere organisaties) met elkaar interacteren. Van groot belang is dat met die methode ook *counterfactuals* voorspeld kunnen worden: wat zou de uitkomst zijn als...? Voorspellingen kunnen theoretisch of empirisch zijn en zijn alleen bij voldoende data, voldoende tijd en een niet al te ingewikkeld probleem (dat wil zeggen een dat niet al te nieuw is) betrouwbaar. Juristen zijn, begrijpelijk, vaak teleurgesteld in wat (academisch) economen op dit terrein te bieden hebben. Zij hebben snel antwoorden nodig, veelal sneller dan wetenschappelijk verantwoord gegeven kan worden. Commerciële bureaus leggen de lat lager, vandaar dat zij vaak wel (kunnen) leveren.

Mededingingsjuristen accepteren de economie als hulpwetenschap om vragen van het type ‘welke gevolgen heeft deze fusie?’ te kunnen beantwoorden. Bedreigender voor hen is wellicht dat economen, aan de hand van hun methode, ook in staat zijn grotere verbanden op te sporen. Al dat voorspellen levert ook inzicht op welke situaties vergelijkbaar zijn, zodat kennis van de ene situatie bruikbaar is voor de analyse van een andere. Minstens zo belangrijk is dat een econoom dus ook weet welke situaties juist niet vergelijkbaar zijn. Kort geformuleerd, gegeven een definitie van wat schadelijk is, kan een econoom situaties waarbij een mededingingsafpraak of gedraging schadelijk is onderscheiden van situaties waarin dat niet zo is. Soms is daarvoor een expliciete berekening nodig, maar vaak volstaat ook het inzicht. De formele wetteksten sluiten een interpretatie in termen van schadelijkheid niet uit, en bijgevolg concurreert de economische methode dus met de juridische. Welke methode of classificatie geniet de voorkeur? De term ‘*a more economic approach*’ suggereert in ieder geval dat de economische een faire kans verdient.

Serieuze economische analyse van mededingingsproblemen werd voor het eerst verricht op de Universiteit van

* Eric van Damme is hoogleraar economie aan de Universiteit van Tilburg en directeur van TILEC

Chicago rond 1960. De econoom Aaron Director en de jurist Edward Levi gaven toen 'samen' de cursus mededingingsrecht. Vier dagen per week doceerde Levi het juridisch perspectief, waarna Director op de vijfde dag de studenten kwam vertellen dat het eerder gestelde allemaal onzin was, althans vanuit economisch perspectief. Wrijving brengt vooruitgang, zo ook hier. Levi behandelde wat juridisch gold, welke praktijken wel of niet toegestaan waren, terwijl Director doceerde wat economisch wenselijk was, dat wil zeggen welke praktijken wel of niet schadelijk waren. Director kon laten zien dat wat juridisch verboden was maatschappelijk gezien vaak juist goed was, en omgekeerd. Dit conflict kon natuurlijk niet in stand blijven. Uiteindelijk triomfeerde de economie van de *Chicago School* en in haar kielzog profiteerde ook de maatschappij. Mensen hechten waarde aan *fairness*, maar in een marktcontext weegt *efficiency* (wat een en ander aan dollars opbrengt) toch net iets zwaarder.

In Europa is de samenwerking tussen economen en juristen veel later op gang gekomen dan in de VS, en ook nu is hiervan bij ons nog slechts mondjesmaat sprake. Vast en zeker spelen naast de 'doe-het-zelf'-mentaliteit van juristen de geringe interesse van economen voor het recht en hun focus op de macro-economie hierbij een rol. Misschien zijn Europese juristen ook bekender met de Griekse mythologie en zagen zij eerder de gevaren. In ieder geval heeft de traditionele juridische aanpak tot nu toe de concurrentie van de economische weten te weerstaan. Ongetwijfeld heeft hierbij ook het criterium rechtszekerheid als toetredingsbarrière voor de concurrerende economische aanpak gefunctioneerd. De jurisprudentie is natuurlijk belangrijk. Maar wat als het om een 'nieuw' type markten gaat, waarover nog geen eerdere rechterlijke uitspraken zijn? Wat als deze markten, economisch gezien, anders functioneren dan reguliere markten? Wat als dan verder nog blijkt dat de gewone juridische methode slecht toepasbaar is en tot inconsistenties leidt? Zou de directe, economische methode dan niet de voorkeur genieten?

Biedmarkten (concurrentie bij aanbestedingen) zijn weliswaar niet nieuw, integendeel, maar ze functioneren wel heel anders dan reguliere industriële markten. Waar op 'normale' markten de door de ondernemer bepaalde prijs voor alle geïnteresseerde afnemers geldt, is op een biedmarkt het aanbod op één individuele afnemer gericht. In een biedmarkt geldt het *winner takes all* principe, terwijl in reguliere markten de klanten zich over de aanbieders verdelen en de vraag inert is. Biedmarkten zijn daarom zeer competitief en vaak ook risicovol: het al dan niet winnen van een contract kan de dood of de gladiolen betekenen. Juist daarom zijn deze markten zeer vatbaar voor collusie; in ieder geval zullen ondernemers door samenwerking de risico's proberen te beperken. Samenwerking tussen kleine spelers kan ook tot een krachtiger bidder leiden en een betere uitkomst. Zowel de vraag welke vormen van samenwerking toegestaan zijn, als die wanneer van een *hard core* kartel gesproken kan worden is dus van groot belang.

Verrassend genoeg is er relatief weinig Europese jurisprudentie over biedmarkten. Er is natuurlijk wel het *landmark* SPO-besluit (T-29/92R) van meer dan twintig jaar geleden, maar zo'n alles overdekkend 'kartel' is uniek, en hoewel aan beide zijden een redacteur van *M&M* bij die zaak betrokken was, kan toch gesteld worden dat de economische analyse daarin niet aan de eisen van de huidige tijd voldoet. Op nationaal niveau is er veel meer activiteit. Wie echter de besluiten van ACM (en eerder al de NMa) en de daaruit resulterende uitspraken van de Rechtbank Rotterdam en het CBb leest, kan niet anders dan concluderen dat er nog heel wat onduidelijk is over wat nu precies wel en niet mag en dat het gebruik van de juridische methode om uitsluitel te bieden nogal wat problemen oplevert. Het lijkt mij dat, in plaats van op deze manier door te modderen, ACM en het ministerie van EZ er goed aan zouden doen de koe wat fundamenteeler bij de horens te vatten.

Een korte schets kan de voordelen van een *more economic approach* duidelijk maken. Aan de orde is dus de vraag of een bepaalde afspraak in een biedmarkt toegestaan is. De economische aanpak is helder: we berekenen (of schatten) het effect van de afspraak op de uitkomst en als dat effect merkbaar negatief is, is de afspraak verboden. Bijvoorbeeld, een eerste schatting is dat een afspraak tussen twee (van zes) bidders een negatief effect van ongeveer 2,8 procent heeft. De vraag is dan of we dat merkbaar vinden. Bij de juridische aanpak wordt geprobeerd het antwoord via een lange omweg te vinden. De haltes zijn de lezers van dit blad welbekend. Wat is de relevante markt? Aard of effect? Marktaandeel? Merkbaar? Uitzondering? Enzovoort. Hoe groter de omweg, hoe meer er mis kan gaan en er is geen garantie dat men ook op de juiste plek uitkomt. Diverse besluiten van ACM (en NMa) laten zien hoe moeizaam begaanbaar dit lange pad is.

Dat geldt al meteen voor de eerste etappe: de bepaling van de relevante markt. Gebaseerd op uitspraken van het CBb in zaken die als lokale SPO-varianten gezien kunnen worden, concludeert ACM in een aantal andere zaken, waarin van minder vergaande samenwerking sprake is, dat de relevante markt steeds tot een enkele aanbesteding beperkt is. Gegeven dat toetredingsdrempels bij aanbestedingen vaak laag zijn, zeker voor grote spelers (*repeat players*), is het al zeer de vraag of dat standpunt houdbaar is. Iemand die twijfelt en er op dit punt de 'Beleidsregels Combinatieovereenkomsten 2013' van het ministerie op naslaat, ziet dat die, in alinea 48, niet verder komen dan de nietszeggende opmerking: 'Hierbij wordt de relevante markt afgebakend aan de hand van de methode die is beschreven in de EG-Bekendmaking van de Commissie inzake de relevante markt'. Heeft de minister, of zijn ambtenaar, al eens een SSNIP-test gedaan? Zo ja, zou hij dan eens kunnen uitleggen hoe je deze op een biedmarkt toepast?

Dan de tweede etappe; bijvoorbeeld: is vooroverleg (informatie-uitwisseling) tussen n van de N potentiële bidders naar zijn aard mededingingsbeperkend? U mag het zeggen. Als $n=N$ lijkt mij van wel, maar als $n=2$ en N groot is?

Etappe 3 is kort: het marktaandeel kan alleen bepaald worden als de markt gedefinieerd is. Maar dan nog: is het 1 gedeeld door het aantal potentiële bidders, of 1 gedeeld door het actuele aantal, of 100 procent voor de winnaar en 0 voor de rest? Die etappe telt overigens voor het algemene klassement niet mee: in een biedmarkt zegt marktaandeel nog minder over marktmacht dan dat in een gewone markt het geval is.

Etappe 4: hoe beslissen we dan wel over de merkbaarheid? Afspraken zijn niet verboden als zij 'de markt slechts in zeer geringe mate beïnvloeden wegens de zwakke positie van de betrokken ondernemingen op de markt voor de betrokken producten'. Ontkomen we eraan om direct de marktmacht te bepalen of het effect van die marktmacht? Zo ja, hoe doen we dat dan? Is dat niet in essentie wat de econoom toch al doet?

De slotrit, de uitzondering, mocht daar nog tijd voor zijn. De laatste wijziging van de Mededingingswet beoogt onder meer afspraken tussen kleine spelers vaker toe te staan opdat het evenwicht tussen hen en grote spelers met marktmacht enigszins hersteld wordt. Maar is dat evenwicht in een biedmarkt überhaupt wel verstoord? Artikel 7.2 van de Mw operationaliseert een en ander vervolgens door afspraken waarbij het gezamenlijk marktaandeel niet meer is dan 10 procent en de internationale handel niet merkbaar beperkt wordt, toe te staan. Maar nu zijn we terug bij eerdere problemen: wat is de markt en welke relevantie heeft het marktaandeel?

Ik ben geen jurist en voor mij is de omweg dan ook een groot doolhof waarin ik gemakkelijk verdwaal. Het lijkt mij dat hetzelfde zou kunnen gelden voor participanten in biedmarkten en dat zij, en dus de samenleving, gebaat zouden kunnen zijn bij een helder en betekenisvol document over 'Mededingingafspraken in Biedmarkten' van ACM en/of EZ. Natuurlijk zou ik in zo'n document dan ook graag een hoofdstuk over de (elegante) economische aanpak zien.

Ook in dit nummer van *Markt & Mededinging* is met behulp van de drie ingrediënten recht, economie en praktijk weer een smakelijk veelgangendiner met artikelen, annotaties, een column en een boekbespreking samengesteld. Omdat de praktijk steeds verandert, is de variatie eindeloos; dit keer komen in alle bijdragen (met één uitzondering) zowel juridische als economische aspecten aan de orde. Het artikel van Robin Struijlaart gaat in op de recent voorgestelde herziening van het EU-concentratietoezicht, waarbij hij ook aangeeft welke economische inzichten de inspiratiebron voor die herziening vormen. Pieter van Cleynenbreugel's artikel over de autonomie van het nationale mededingingsrecht is louter juridisch, maar ook voor een econoom lezenswaardig. De column van Martijn Snoep is luchtig, maar nodigt tevens uit tot meer diepgaande reflectie. Mauricette Schaufeli en Bart de Rijke geven een juridische bespreking van de economische beoordeling van fusies. Tot slot is er de annotatie van Pierre Bos en Mariëtte Plomp, waarnaar ik al verwees, en die van Paul van den Berg en Winfred Knibbeler over de interessante uitspraak van de Rechtbank Den Bosch in de zaak *Nestlé/Mars*. Hun bespreking maakt duidelijk welke verassin-

gen doe-het-zelven op zowel mededingingsrechtelijk als economisch terrein kan opleveren. Ik kan het niet laten één passage uit paragraaf 4.37 van de uitspraak te citeren:

'Nestlé heeft haar stelling dat de invoering van het MOP bij een beperkt aantal tankstations heeft geleid tot een verlies van 2,1 procent marktaandeel en dat het MOP dus merkbare gevolgen voor de mededinging heeft voldoende gemotiveerd onderbouwd. Mars heeft deze stelling op haar beurt voldoende gemotiveerd betwist.'

Hoezo, *dus*? Wat heeft merkbaarheid met de verandering in het marktaandeel van de concurrent van doen? Waarom wordt het effect op 'de markt' afgelezen aan het effect op de concurrent? Waarom blijft de consument buiten beeld? De rechtbank heeft een deskundige op het gebied van economisch marktonderzoek gevraagd de evolutie van de marktaandelen nader te onderzoeken en zij stelt (in de inhoudsindicatie bij het besluit) dat hierdoor de vraag of de mededinging merkbaar wordt beperkt, beantwoord zal worden. Ik kan niet anders dan concluderen dat ook de Bossche rechter in het eerdergenoemde doolhof verdwaald is geraakt en daar maar wat doormoddert. Dit doe-het-zelven leidt weliswaar tot werk voor economen, maar ik geloof dat de samenleving als geheel meer gediend is bij een meer professionele aanpak.