

## Twenty-four and there is so much more

van Damme, E.E.C.

*Published in:*

Trust en Antitrust; Beschouwingen over 10 Jaar Mededingingswet en 10 Jaar NMa

*Document version:*

Peer reviewed version

*Publication date:*

2008

[Link to publication](#)

*Citation for published version (APA):*

van Damme, E. E. C. (2008). Twenty-four and there is so much more. In P. Kalbfeisch, J. van Sinderen, A. van den Ende, M. van Oers, & P. A. G. van Bergeijk (Eds.), *Trust en Antitrust; Beschouwingen over 10 Jaar Mededingingswet en 10 Jaar NMa* (pp. 177-187). NMa.

### 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.

## Twenty-four and there is so much more

*Eric van Damme*

### Inleiding

De titel voor mijn bijdrage ontleende de redactie van deze bundel aan Neil Young's 'Old Man'. Dat ik over misbruik van machtspositie (artikel 24.1 Mw) moest schrijven was mij duidelijk, maar verder waren er veel vragen. Vindt de NMa zichzelf op haar tiende verjaardag al oud en wijs, en goed uitgerust voor de toekomstige uitdagingen op dit gebied, of is zij oud en vermoeid (door schade en schande wijs geworden) en zal zij dit beleidsterrein vanaf nu vaker links laten liggen? Verwijst het '*and there is so much more*' naar de belangrijker zaken op mededingingsbeleid en de geringer prioriteit die de NMa in de toekomst aan misbruikzaken zal geven, of verwijst deze zin naar de 'beperkte reikwijdte' van het misbruikverbod en de vormen van 'ongewenst mededingingsgedrag' die de NMa wel wilde, maar niet mocht aanpakken?

Het '*and there is so much more*' inspireerde mij om te schrijven over de modernisering ('economisering') van het misbruiktoezicht in Europa, en over de gevolgen daarvan voor de Nederlandse beleidspraktijk. Er is inderdaad, vooral met betrekking tot artikel 82 EG-Verdrag en artikel 24 Mw, nog zo veel te doen, en er is daarbij nog zo veel dat economen en juristen van elkaar, en van de praktijk, te leren hebben. Het streven is te komen naar een beter economisch gefundeerd ('*effects based*') beleid, dat, naar het zich nu laat aanzien, ook een terughoudender beleid zal zijn.

De 'economisering van het Europese mededingingsbeleid' is ongeveer net zo oud als de NMa, met het door de Europese Commissie in 1996 gepubliceerde groenboek over verticale mededingingsafspraken als vroege mijlpaal. Aanleiding voor die publicatie was de kritiek, zowel door juristen als economen, dat de Commissie bij haar beleid, bijvoorbeeld inzake verticale overeenkomsten, te weinig rekening hield met de economische effecten van deze overeenkomsten. Nieuwe richtsnoeren voor een meer economisch getinte beoordeling van verticale overeenkomsten volgden in 1999. Vergelijkbare kritiek werd ook op andere terreinen geuit en sindsdien zijn ook andere beleidshoofdstukken herzien. Richtsnoeren met betrekking tot horizontale overeenkomsten werden gepubliceerd in 2001 en 2004, richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies in 2004, en voor niet-horizontale fusies in november 2007. In december 2005 verscheen ook een discussiestuk over hoe uitsluitingsstrategieën van dominante ondernemingen onder artikel 82 EG-Verdrag beoordeeld zouden moeten worden, maar tot richtsnoeren is het, op dit (lastige) terrein, nog niet gekomen. In alle gevallen verschuift de nadruk van beoordeling van de juridische vorm van een afspraak of gedraging naar analyse van de economische effecten ervan. Dit gaat gepaard met een grotere rol van economen in het mededingingsbeleid, die immers gezien worden als *de* deskundigen bij de effectenanalyse. Het Nederlandse beleid volgt het Europese; de vraag is dus welke invloed deze verschuivingen en de nieuwe inzichten op Europees niveau, in Nederland gehad hebben. Het is deze vraag die in deze beschouwing centraal staat. Op de vraag of (Nederlandse) economen de aan hen toebedachte taak aankunnen, en of de economische wetenschap zelf wel voldoende robuuste inzichten heeft opgeleverd,

zal in deze bijdrage voorbij gegaan worden.

Het vervolg van deze bijdrage bestaat uit drie delen. Eerst wordt kort ingegaan op het discussiestuk van DG Mededinging over misbruiktoezicht. Vervolgens richten we ons op het beleid van de NMa met betrekking tot uitbuiting van marktmacht door een dominante onderneming. Het derde deel gaat over uitsluiting. Modernisering van misbruiktoezicht op Europees niveau

In december 2005 publiceerde DG Mededinging van de Europese Commissie een discussiestuk waarin een meer economische beoordeling van uitsluitingsvormen van misbruik van machtspositie bepleit wordt.<sup>1</sup> In navolging van de Economic Advisory Group for Competition Policy<sup>2</sup> bepleiten de ambtenaren een verschuiving van een formalistische ('*form based*') aanpak in de richting van een economische ('*effects based*') analyse. De Commissie gaat overigens lang niet zo ver als de economische adviesgroep: waar het advies heldere keuzes maakt, schippert de Commissie tussen een ordoliberalen en een Angelsaksische aanpak en tussen verleden (bestaande jurisprudentie) en toekomst (gewenst beleid).<sup>3</sup> In het onderstaande ga ik kort op drie belangrijke aspecten in: (1) het doel van artikel 82, (2) de analyse van vormen van misbruik, en (3) de toevoeging van een '*efficiency defense*' aan artikel 82, om zo concurrentiebevorderende aspecten van de strategie van de dominante onderneming mee te nemen.

Te prijzen is dat het discussiestuk, in randnummer 4, begint met het specificeren van de doelstelling van beleid:

'With regard to exclusionary abuses the objective of Article 82 is the protection of competition on the market as a means of enhancing consumer welfare and of ensuring an efficient allocation of resources.'

De dubbele doelstelling levert voor elk wat wils: de Duitsers (onder aanvoering van het Bundeskartellamt) zijn tevreden dat 'bescherming van de mededinging' als eerste genoemd wordt,<sup>4</sup> degenen die in de Angelsaksische traditie zijn opgevoed verheugen zich in het feit dat de consumentenwelvaart (naast economische efficiëntie) als ultieme doel gepresenteerd wordt. Klaarblijkelijk wil de Commissie zowel de ordoliberalen als degenen die consumentenwelvaart als doel zien tevreden houden. Dit schipperen komt de kracht van het discussiestuk natuurlijk niet ten goede. Bescherming van marktstructuur is iets anders dan bescherming van consumentenwelvaart en het verschil in doelstelling kan tot verschil in beleid leiden. De Economic Advisory Group for Competition Policy (EAGCP) schaarde zich volledig in het Angelsaksische kamp en ik zie geen reden mijn collega's af te vallen: wat is het nut van het behoud van een marktstructuur die de consumenten geen extra welvaart oplevert? Maar: wat is de positie in Nederland? Scharen wij ons in het Duitse of in het Engelse kamp? Is marktwerking mede een doel, of is dat slechts een middel?

De kernvraag bij de toepassing van artikel 82 EG is hoe misbruik te onderscheiden van *competition on the merits* (prestatieconcurrentie).<sup>5</sup> Zelfs een dominante onderneming heeft immers het recht haar eigen commerciële belangen te verdedigen: niet iedere vorm van concurrentie is voor haar verboden. In randnummer 5 stelt de Commissie dat zij een aanpak zal hanteren die gebaseerd is op de waarschijnlijke effecten op de markt. Helaas is ook op dit punt de Commissie niet in staat om een heldere grens te trekken. Met verwijzing naar de definitie van misbruik in *Hoffman La Roche* definieert de Commissie in randnummer 58 gedrag van een dominante onderneming als misbruikelijk als dit

(1) naar zijn aard concurrenten *kan* uitsluiten van de markt, en (2) in de gegeven context *waarschijnlijk* daadwerkelijk een verstoring uitsluitingseffect heeft. De Commissie schrijft vervolgens:

'it is sufficient that the rivals are disadvantaged and consequently led to compete less aggressively. Rivals may be disadvantaged where the dominant company is able to directly raise rivals costs or reduce demand for the rivals products.'

Deze definitie is te ruim. Het gestelde in de laatste zin zal immers ook bij prestatieconcurrentie het geval zijn: als de dominante onderneming betere producten aanbiedt, kan dit immers ten koste gaan van verkopen van de concurrentie; indien er schaalvoordelen bestaan impliceert dit bovendien dat de stukskosten voor de concurrent stijgen. Kortom, het risico van te interventionistische beleid blijft.

Concreet stelt de Commissie voor om de '*as efficient competitor test*' te gebruiken om toegestaan gedrag van misbruikelijk gedrag te onderscheiden. Als een onderneming die minstens zo efficiënt is als de dominante onderneming in staat is om de concurrentiedruk te weerstaan, dan is het gedrag van de dominante onderneming niet misbruikelijk. Het voorstel is redelijk,<sup>6</sup> ware het niet dat ook hier de Commissie slagen om de arm houdt. Verder is niet duidelijk hoe deze toets spoort met de boven geformuleerde doelstelling van beleid. De keuze wordt ook niet gemotiveerd; er had ook voor de door de EAGCP gepropageerde 'consumentenschadetest' gekozen kunnen worden.<sup>7</sup> Bij dit alternatief, dat beter aansluit bij de bescherming van de consumentenwelvaart als doel van het mededingingsbeleid, wordt gedrag alleen verboden als de consument nadeel ondervindt. Deze aanpak zou ook directer aansluiting bij de moderne economische wetenschap mogelijk maken.

De economische literatuur geeft aan dat strategisch handelen door dominante ondernemingen zowel pro-competitief als anti-competitief kan uitpakken en dat zonder gedetailleerde analyse in het algemeen niet te zeggen is naar welke kant de balans doorslaat. Dergelijke analyse is echter integraal: er komt aan de structuur van de markt geen aparte belang toe; het resultaat is positief of negatief voor de consumenten. Vanuit dit perspectief bezien is ook het voorstel van de commissie om mogelijke pro-competitieve effecten, net zoals momenteel reeds bij artikel 81 het geval is, onder 'efficiënties' mee te nemen problematisch. Het onderscheid tussen overeenkomsten die de mededinging beperken en overeenkomsten die dat weliswaar doen, maar die toch toegestaan zijn omdat ze aan de voorwaarden van artikel 81.3 voldoen, is voor een econoom onnatuurlijk. Analoog is ook het toevoegen van een efficiency defense in artikel 82 onnatuurlijk.

Samenvattend kan gesteld worden dat het discussiestuk vooral het spanningsveld tussen twee systemen van mededingingsrecht laat zien: het ordoliberalere en het Angelsaksische. Het eerste systeem kent afzonderlijk belang toe aan de marktstructuur, die bescherming verdient, terwijl voor het tweede de structuur slechts een instrument is, en alleen de consumentenwelvaart echt telt. In de afruil tussen de verschillende belangen, met name die tussen de mededingingsvrijheid van dominante ondernemingen en die voor haar concurrenten kiest het ordoliberalere systeem partij voor de kleintjes, terwijl het Angelsaksische systeem neutraal is. Dit systeem biedt ook meer ruimte voor economische analyse, het vereist die zelfs. Gegeven de stand van de economische wetenschap

leidt het Angelsaksische systeem als vanzelf tot een *rule of reason*-benadering, terwijl het ordoliberalistische systeem meer ruimte laat voor 'per se' verboden. Het ene systeem leidt tot meer fouten van type 1 (pro-competitief gedrag dat verboden wordt), het andere tot meer fouten van type 2 (anti-competitief gedrag dat wordt toegestaan). De wereld is niet perfect en geen van deze systemen ideaal, maar welke is het best? Hoe is het Nederlandse systeem te karakteriseren? Sluiten wij aan bij onze oostburen, of kijken we naar het westen?

Uitbuiting van marktmacht

Omdat het Nederlandse mededingingsrecht aansluit bij het Europese is het ook onder artikel 24.1 Mw verboden om monopoliekracht uit te oefenen. Op dit punt is er dus een duidelijk verschil met het recht in de Verenigde Staten. In het belangrijke *Trinko*-arrest<sup>8</sup> uit 2003 stelde het Supreme Court van de VS nogmaals duidelijk:

'The mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices, is not only not unlawful; it is an important element of the freemarket system. The opportunity to charge monopoly prices – at least for a short period – is what attracts 'business acumen' in the first place; it induces risk taking that produces innovation and growth. To safeguard the incentives to innovate, the possession of monopoly power will not be held unlawful unless it is accompanied by an element of anticompetitive conduct.'

Met uitzondering van de delen over '*not being unlawful*' is de bovenstaande bewering ook juist in de Europese en Nederlandse context. De mogelijkheid om aan de concurrentie te ontsnappen (en (tijdelijk) hoge winsten te realiseren) stimuleert concurrentie. Ook op ons continent is het hebben van een monopoliepositie niet verboden, echter het uitbuiten daarvan door het vragen van monopolieprijzen wel; wij missen dus een essentieel element van het vrijemarktsysteem. Er is wel sprake van interpretatievrijheid met betrekking tot de vraag wanneer van excessieve tarieven (onbillijk hoge prijzen) sprake is. Het is duidelijk: hoe strikter de *benchmark*, hoe lager de prikkel om te innoveren. Opmerkelijk is dat we in Nederland enerzijds het gebrek aan innovatie als groot probleem zien, en dat anderzijds de NMa, althans in de eerste jaren van haar bestaan, een zeer strikte *benchmark* gehanteerd heeft, veel strikter dan de Europese Commissie.<sup>9</sup>

Criteria om te bepalen of een prijs excessief is werden ontwikkeld in het *United Brands*-arrest van het Europese Hof. Aan twee cumulatieve voorwaarden moet voldaan zijn: (1) het verschil tussen de kostprijs en de verkoopprijs moet excessief zijn, en (2) de verkoopprijs op zich moet unfair zijn (niet in redelijke verhouding staan tot de economische waarde van het product), ofwel op zich, ofwel in verhouding tot concurrerende producten. Van belang is dat de toets tweeledig is, en dat de normen open geformuleerd zijn. Nadat de Europese Commissie bij het Hof haar neus gestoten had, is zij zeer terughoudend geweest met het optreden tegen uitbuitingsmisbruik. In de periode 1957-2002 werden slechts vier overtredingen gesignaleerd (waarvan in twee gevallen de Commissie door het Hof teruggefloten werd), en sinds 2002 was er slechts één formele beslissing, *Port of Helsingborg*, waarin de Commissie constateerde dat van misbruik geen sprake was. Al in haar 24e Rapport over het Mededingingsbeleid (1994) gaf de Commissie aan dat dit beleidsonderdeel geen prioriteit had: '*The Commission in its decision making practise does not normally control or condemn the high*

*level prices as such*'. Gegeven het bovenstaande citaat van het Supreme Court is dit een verstandige beleidslijn.<sup>10</sup>

Hoe anders is de situatie in Nederland! In de eerste tien jaar van haar bestaan heeft de NMa al een tiental besluiten over uitbuitingsmisbruik genomen, waarbij in de *Interpay*-zaak in eerste instantie ook geconcludeerd werd dat van excessieve tarieven sprake was, hoewel aan de tweede voorwaarde van de toets aan *United Brands* niet voldaan leek: de tarieven in Nederland behoorden tot de laagste in Europa. Bij afwezigheid van ruime Europese jurisprudentie heeft de NMa een eigen beoordelingskader ontwikkeld. In feite beperkt de NMa zich tot het eerste deel van de door het Europese Hof aangegeven toets: onderzocht wordt of de prijs in 'redelijke' verhouding staat tot de kosten van het product. Om te beoordelen of de verhouding redelijk is, vergelijkt de NMa het rendement dat het product daadwerkelijk oplevert,  $R$ , met het rendement dat minimaal behaald moet worden om de investeerders tevreden te stellen, de WACC (*weighted average cost of capital*). In feite is dit de methode van rendementsregulering die ook door sectorspecifieke toezichthouders in netwerksectoren gebruikt wordt. In formulevorm: geëist wordt dat  $R \leq \alpha WACC$ . Het verschil tussen regulering en mededingingstoezicht is dat in het eerste geval  $\alpha$  in de buurt van 1 ligt, terwijl de NMa niet van misbruik spreekt als  $\alpha$  ongeveer 2 is (*Casema*), maar wel als  $\alpha$  ongeveer 5-7 is (*Interpay*).

Het relatief grote verschil in kritische grenzen laat zien dat de NMa zich niet echt als een 'prijsregulator' opstelt. Toch zijn er bij de gevolgde methode kritische kanttekeningen te plaatsen. Wat rechtvaardigt een kritische grens van 2, of 5, of welke grens dan ook? Is het terecht dat de relatie tussen de prijs en de consumentenwaarde buiten beschouwing blijft? Waarom wordt alleen naar de kostenkant gekeken, en niet naar de vraagzijde? Waarom blijft het *ex ante*-perspectief (het rendement dat nodig is om aan de investering te beginnen) buiten beschouwing? Waarom blijven marktkenmerken, zoals aan- of afwezigheid van toetredingsbarrières buiten beschouwing? Hoe het risico te waarderen dat ingrijpen in de prijs toetreding belemmert en de toekomstige concurrentie frustreert?

Dit zijn typisch vragen die voor een beleidsdocument in aanmerking komen. Omdat de NMa een dergelijk document over uitbuiting van marktmacht niet gepubliceerd heeft, blijft het gissen naar de antwoorden en naar de onderliggende (economische) rechtvaardiging van het beleid. Tien jaar geleden is de NMa voortvarend van start gegaan, en zij heeft allerlei 'misstanden' aangepakt. Nu lijkt de tijd voor reflectie aangebroken en zou de NMa een visiedocument kunnen publiceren waarin de volgende fundamentele vragen aan de orde komen. Wat willen we bereiken en wat is ons principiële standpunt tegenover dominante ondernemingen: zijn ze te waarderen vanwege het succes dat ze in de markt bereikt hebben, of zijn ze te wantrouwen? Willen we, zoals sommige extreme, 'oude', ordoliberalen de dominante ondernemingen dwingen te handelen alsof er (volkomen) concurrentie is?<sup>11</sup> Is ons ideaal het model van volkomen mededinging, of laten we de marktstructuur voor wat die is, en kijken we slechts naar de uitkomsten die deze genereert? Is de methode van rendementsregulering in principe geschikt om excessieve prijzen aan te pakken, of is het beter een langetermijnperspectief te hanteren, en, indien nodig, het zelfcorrigerend vermogen van de markt te ondersteunen door eventuele toetredingsbarrières

te verlagen?

Een beleidsdocument is er nog niet, maar een beleidswijziging lijkt er op dit terrein al wel te zijn. In ieder geval heeft de NMa in december 2005 besloten af te zien 'van het opleggen van een boete aan Interpay voor het misbruiken van haar economische machtspositie wegens het hanteren van excessieve tarieven'.<sup>12</sup> De NMa concludeert in dat persbericht dat niet aangetoond was dat van excessieve tarieven sprake was. Wat heeft tot het gewijzigde inzicht geleid?

Uitsluiting van concurrenten

Met betrekking tot dit onderdeel van het misbruiktoezicht is er op Europees niveau meer jurisprudentie en was er voor de NMa dus minder noodzaak tot beleidsinnovatie. Ook op dit terrein was de NMa (zeer) actief, met besluiten onder andere over het hanteren van rooftprijzen (*Waldeck*) en kortingsregelingen (*Carglass*, *CR Delta*). Bestudering van deze, en andere, zaken laat zien dat de NMa de Europese jurisprudentie zéér serieus neemt. Er is sprake van 'pigeon holing': de te beoordelen praktijk wordt *gematcht* met een Europese zaak en vervolgens wordt beslist overeenkomstig de Beschikking van de Commissie, of het oordeel van het Gerecht, of van het Hof in de Europese zaak. Bij deze procedure is er weinig ruimte voor een economische aanpak of effectanalyse. Een vergelijkbare opmerking geldt overigens ook voor het toezicht op mededingingsafspraken. In de context van artikel 6 Mw poogt, of poogde, de NMa veelal te betogen dat een afspraak ertoe *strekt* de mededinging te beperken, zodat een economische effectanalyse achterwege kan blijven. In kartelzaken (bijvoorbeeld *Secan*) heeft het CBb reeds eerder aangegeven dat dit niet volstaat en dat een meer gedegen economische analyse noodzakelijk is.

Een meer economische analyse is echter ook in artikel 24 Mw-zaken nodig, en dat begint al bij de vraag of van een dominante positie sprake is. Neem *Waldeck* (zaak 3125) waarin, naar aanleiding van de klacht van NHA, dat Waldecks dochter Studieplan door middel van rooftprijzen NHA uit de markt probeerde te drukken, de NMa in 2003 onverwijld in actie kwam en besloot aan Waldeck een voorlopige last onder dwangsom op te leggen. Studieplan diende het prijsonderbieden te staken, zij mocht niet langer een laagste prijsgarantie afgeven en zij diende ervoor te zorgen dat de gehanteerde tarieven minimaal de vaste en variabele kosten dekten. Twee jaar later kwam de NMa echter tot de conclusie dat Waldeck niet dominant was en dat, zelfs als zij dominant geweest was, haar tarieven niet als misbruikelijk ('rooftprijzen') gekenschetst konden worden.<sup>14</sup> Voor een econoom is die laatste conclusie niet echt verrassend: rooftprijzen zijn immers (bijna) net zo zeldzaam als eenhoorns. Het gaat mij echter hier niet om het gedrag, maar om de vaststelling van dominantie.

De discussie over dominantie blijft in de NMa-besluiten in deze zaak beperkt tot een discussie over marktaandeel: is het marktaandeel van Waldecks dochters LOI en Studieplan hoger of lager dan een kritische grens? Dit is een formalistische aanpak die weinig met de kern van de zaak (heeft Waldeck een dominante positie?) van doen heeft: marktaandeel en marktmacht zijn immers zeer imperfect gecorreleerd. Juist in een zaak over rooftprijzen kan hieraan niet voorbij worden gegaan, en had de nadruk bij het dominantieonderzoek moeten liggen op toetredingsbarrières tot de markt. Bij afwezigheid van substantiële barrières is immers de mogelijkheid van '*recoupment*' afwezig, zodat het risico van roofgedrag vrijwel uitgesloten is. Juist omdat in de Europese context *recoupment*

geen onderdeel vormt van de formele test voor misbruikbaarheid van prijszettingstrategieën van de dominante onderneming, en wel omdat dominantie verondersteld wordt *recouplement* te impliceren, moet de vaststelling van dominantie zeer zorgvuldig gebeuren. Dit vereist meer dan het berekenen van marktaandelen. Hoe dit ook zij, positief is dat de NMa deze zaak uiteindelijk heeft laten vallen. Deed zich hier de toegenomen invloed van de economen binnen de NMa gelden? Wierp het Economisch Bureau zijn schaduw vooruit? In ieder geval was per 1 januari 2005 Maarten Pieter Schinkel als assistent economisch raadsadviseur begonnen, terwijl reeds eerder Peter van Bergeijk en Erik Kloosterhuis als economisch raadsadviseur begonnen waren. Waren zij succesvol in hun rol als advocaat van de duivel?

Zoals eerder in deze bijdrage vermeld werd, is er veel kritiek, niet alleen van economen, dat de Europese aanpak bij de beoordeling van mogelijk uitsluitingsgedrag te formalistisch is en te weinig oog heeft voor de pro-competitieve effecten van het gedrag van de dominante onderneming. De arresten *Michelin II* en *British Airways* van het Gerecht van Eerste Aanleg uit 2003 en de hogere voorziening van maart 2007 van het Europese Hof in deze laatste zaak gaven opnieuw voeding aan deze kritiek. In feite worden alleen kortingen die direct op kostenbesparingen gebaseerd zijn geaccepteerd en blijven de concurrentiebevorderende aspecten van deze regelingen buiten beschouwing. Vanwege het *copy-paste* beleid van de NMa geldt deze kritiek ook voor de Nederlandse situatie; zij geldt hier zelfs in sterkere mate. Van de (voorzichtige) beweging die inmiddels op Europees niveau richting een meer economische benadering ingezet is in Nederland immers nog weinig te merken. Tekenend is de recente uitspraak van de Rechtbank Rotterdam in de zaak *CR Delta*, waarin duidelijk gesteld wordt dat ook in artikel-24-zaken een meer gedegen economische analyse noodzakelijk is.<sup>15</sup> Over de door CR Delta gehanteerde kwantumkortingregeling overweegt de rechtbank dat:

‘verweerder [de NMa] weliswaar terecht heeft overwogen dat, gelet op de aard van de kwantumkortingregeling, deze regeling een potentieel uitsluitend effect kan hebben, doch dat onvoldoende duidelijk is geworden wat de mate van waarschijnlijkheid is dat deze effecten zich ook daadwerkelijk zullen voordoen. Verweerder heeft in het geheel geen onderzoek gedaan naar de vraagzijde van de markt en het overige door verweerder verrichtte onderzoek acht de rechtbank onvoldoende’.

Kort gesteld: de NMa heeft niet bewezen dat aan de tweede voorwaarde uit *Hoffman La Roche* voldaan is. ‘*And there is so much more to do*’ zegt de rechtbank dus. De druk op de NMa om een meer *effects based* beleid te voeren komt niet alleen vanuit Europa, vanuit het bedrijfsleven en vanuit de wetenschap, maar ook van de Nederlandse rechter.

Net als bij artikel 86 EG gaat het bij artikel 24 Mw niet om de bescherming van concurrenten, maar, hoogstens, om de bescherming van de concurrentie. *Waldeck* suggereert dat de NMa zich wellicht te veel door de concurrentie laat leiden. Onderzoek naar de vraagzijde kan voor dit gevaar behoeden. In Nederlandse beleidsstukken heet het tegenwoordig dat concurrentie geen doel is, maar een middel. De vraag is dan: een middel voor wat? In de context van het mededingingsbeleid is deze vraag eenvoudig te beantwoorden: concurrentie is een middel ter bescherming van de consumentenwelvaart. Concurrentie is immers een systeem waarbij elk van de mededingers zich inspant om de gunsten



van de andere marktzijde te verwerven. Concurrentie dient de vraagzijde en de vraag hoe goed die zijde bediend wordt dient in feite dus in elke zaak centraal te staan. Als de Rechtbank Rotterdam in *CR Delta* concludeert dat de NMa in het geheel geen onderzoek gedaan heeft naar de vraagzijde, dan is in die zaak iets dus niet geheel goed gegaan. Laten we hopen dat dergelijke fouten in de toekomst vermeden worden.

Dat fouten gemaakt werden, werd ook toegegeven.<sup>16</sup> Het Economisch Bureau dat per 1 april 2006 werd ingesteld, met Jarig van Sinderen als *Chief Economist*, kan, en moet, een belangrijke rol spelen bij het vermijden van dergelijke fouten. Relatieve buitenstaanders kunnen de risico's van *groupthink* verminderen. <sup>17</sup> Het is dan ook positief dat de NMa bereid is academisch economen bij haar werk te betrekken, bijvoorbeeld in de vorm van assistent economisch raadsadviseur. Zoals boven aangegeven zijn er reeds tekenen van verbetering zichtbaar, zowel bij zaken van uitbuiting als uitsluiting. Ook het geringere aantal artikel-24-zaken dat in recente jaren werd opgepakt is bemoedigend. Toch kan en moet er nog meer gedaan worden. Reeds eerder heeft, in de context van het concentratietoezicht, de NMa er blijk van gegeven voor moderne economische ideeën open te staan.<sup>18</sup> Toegegeven: bij concentratiecontrole is de economische methodologie verder uitgekristalliseerd en meer gestandaardiseerd en zijn vermoedelijk betere data beschikbaar, maar, er is geen reden te veronderstellen dat de divisie CT in de toekomst niet kan doen wat de divisie CoCo in het verleden reeds gedaan heeft. Het Economisch Bureau zou prioriteit kunnen geven aan het ondersteunen van CT, zodat ook deze divisie een meer economische invulling aan haar werk kan geven.

## Conclusie

Ik vat een aantal punten samen:

1. In Europa is er een tendens naar een meer economische invulling van het concurrentietoezicht, maar van die tendens is in Nederland nog relatief weinig te bespeuren.
2. In Europa is, voor wat betreft het misbruiktoezicht, de onderliggende discussie een fundamentele, en wel een keuze voor een ordoliberaal, dan wel een Angelsaksisch systeem.
3. Economen kiezen in deze discussie ten volle voor het Angelsaksisch systeem; dit impliceert, gegeven de stand van de wetenschap, kiezen voor een *rule of reason*-benadering en voor een beoordeling van het gedrag van de aanbodzijde aan de hand van de effecten van dat gedrag op de consumentenwelvaart.
4. Een *rule of reason*-benadering impliceert een liberaler houding ten opzichte van dominante ondernemingen; bijvoorbeeld waar het volgens de huidige jurisprudentie kortingsregelingen alleen zijn toegestaan als ze strikt op kostenbesparingen gebaseerd zijn, zouden volgens een economische aanpak dergelijke gelimiteerde kortingsregelingen in een veilige haven vallen.
5. De NMa, noch het Nederlandse Ministerie van Economische Zaken heeft in de Europese discussie openlijk kleur bekend, er is bijvoorbeeld geen officieel gepubliceerde reactie van de NMa, of het ministerie, op het discussiestuk van DG Mededinging over artikel 82; reeds eerder had Nederland geen bijdrage geleverd aan de OECD-discussie over '*Competition on the merits*'.
6. Het is wenselijk dergelijke stukken wel te publiceren; dit draagt bij aan de

voorspelbaarheid van het beleid en de rechtzekerheid. Analoog verdient het aanbeveling dat de NMa richtlijnen met betrekking tot het toezicht op basis van artikel 24 Mw publiceert; een verschuiving van zaakbehandeling naar beleidswerk (explicitering van beleid, met daarin verwerkt de geleerde lessen) lijkt wenselijk.

7. De NMa heeft een vrij strikt beleid gevoerd ter bestrijding van uitbuiting van marktmacht, dat wellicht teveel in de richting van 'prijsregulering' gegaan is.

8. Met betrekking tot uitsluitingsgedrag van dominante ondernemingen heeft de NMa een beleid gevoerd dat de Europese jurisprudentie strikt volgt, het beleid is daarmee formalistisch, weinig economisch en te strikt ingevuld.

9. Voor de toekomst wordt van de NMa een meer gedegen economische analyse verwacht: *'Twenty four and there's so much more (economics to do)'*. Een verschuiving van prioriteiten kan dit bewerkstelligen; minder direct interventie en meer contemplatie, meer aandacht voor de consumentenwelvaart.

10. Nu een Economisch Bureau is ingesteld, moet deze weg ook begaanbaar zijn. Bij het concentratietoezicht heeft de NMa er reeds eerder blijk van gegeven voor moderne economische ideeën open te staan. De divisie CT moet nog een grotere omslag maken. Het Economisch Bureau zou prioriteit moeten geven aan het ondersteunen van deze divisie.

#### literatuur

Bergeijk, P. van, 'Fouten maken', *Economisch Statistische Berichten*, 21 oktober 2005, blz. 476.

Bergeijk, P. van en E. Kloosterhuis (red.) 'Modelling European mergers: Theory, Competition Policy and case studies', Cheltenham 2005.

Damme, E. van, 'Vereniging Vrije Vogel/KLM en Swart/KLM', *Markt & Mededinging*, 2001, blz. 66-70 .

Eric van Damme