

Redactioneel

Faalangst?

Mr. R. Wesseling*

Als op één dag de heruitgave van *Het Kapitaal* (Karl Marx) en *De utopie van de vrije markt* (Hans Achterhuis) in de krant worden besproken dan kan dat toeval zijn. Als in diezelfde krant *How markets fail* (John Cassidy) met een serie vergelijkbare boeken centraal staat in een artikel over het einde van het economisch systeem dan hoeft dat op zichzelf ook nog niks te betekenen.¹ Maar als tegelijkertijd op de opinie pagina's een verhitte discussie wordt gevoerd over de voor- en nadelen van marktwerking dan begint het gevoel zich op te dringen dat er iets aan de hand is.² Marktwerking als ordeningsprincipe van economieën – of van samenlevingen – staat onder druk. De aanval lijkt zich daarbij te richten op de 'vrije' marktwerking. Marktwerking en onderlinge mededinging tussen ondernemingen als economische *Grundnorm* blijven vooralsnog buiten beeld. Maar, zo luidt de breed gehoorde oproep nu, de markt moet worden ingetoomd. De resultaten van vrije marktwerking zijn potentieel pervers. De samenleving is gediend bij een sterke overheid die de private actoren inperkt. Het is niet moeilijk de oorzaak van dit sentiment te vinden in de financiële en economische crisis. Die crisis vindt zijn oorsprong, zo lijkt het, in een gebrek aan (overheids-)toezicht op het functioneren van de financiële markten. Het financiële systeem implodeerde. De gevolgen daarvan zijn nog steeds niet geheel te overzien. 'De politiek' kan niet anders dan hierop reageren. Wouter Bos voelde dat nog goed aan toen hij eind januari van dit jaar, in zijn Den Uyl-lezing, benadrukte dat de les van de afgelopen jaren is dat de markt moet worden getemd. De ruimte voor marktwerking moet worden

beperkt en duidelijk worden afgebakend.³ De sectoren met te weinig toezicht en mogelijk te veel vrije marktwerking, waar hij aan dacht waren de financiële en de zorgsector. Job Cohen, lijsttrekker van de Partij van de Arbeid bij de komende verkiezingen, bouwt verder op die basis. Hij benadrukt dat in de afgelopen periode taken aan de markt zijn overgelaten zonder voldoende publieke waarborgen. Hij waarschuwt dat activiteiten van de markt en terug naar de overheid moeten worden gehaald. 'Na het neo-liberale tijdperk [hebben we] voor alles een zelfbewuste overheid nodig'.⁴ Ook de vicevoorzitter van de Raad van State stelt dat we – in rust – op zoek moeten naar een nieuw 'evenwicht' tussen markt en staat.⁵

De huidige politieke discussie is dus deels een reactie op de mondiale financiële en economische crisis en de oorzaken daarvan. Maar de twijfel over het resultaat van het beleid gericht op deregulering en introductie van marktwerking (in Nederland via de MDW-operatie) ontstond al eerder. Op nationaal niveau valt te wijzen op rapporten uit 2008 van het Centraal Planbureau (*Markten in beweging*) en het ministerie van Economische Zaken (*Onderzoek Marktwerkingsbeleid*). De Tweede Kamer vroeg – naar aanleiding hiervan – advies aan de SER over de borging van publieke belangen bij introductie of uitbreiding van marktwerking. De SER presenteerde het rapport op 19 maart van dit jaar. De titel van het rapport dekt de lading: *Advies Overheid én markt: het resultaat telt. Voorbereiding bepalend voor succes*. Bij de presentatie zijn vooral de 'conclusies' benadrukt dat marktwerking 'geen doel op zich' is en dat marktwerking 'niet langer heilig' dient te zijn. Voor de

91

* Mr. R. Wesseling is werkzaam als advocaat bij Stibbe en tevens redactielid van M&M.

1. *NRC Handelsblad* 30 april 2010, *Boeken*, p. 6, 8 en 9.

2. Zie bijvoorbeeld *Het Financieele Dagblad* 20 april 2010, *OptiekDebat*, p. 7.

3. Wouter Bos, *De Derde Weg Voorbij*, 21^e Den Uyl-lezing, 25 januari 2010.

4. Job Cohen, *De financiële crisis voorbij: kansen voor onze samenleving*, Van der Wielen-lezing, 26 maart 2010.

5. Vicepresident H. Tjeenk-Willink van de Raad van State, *De Raad in de staat – Algemene beschouwingen*, in het Jaarverslag 2008 van de Raad van State.

geïnformeerde burger – zoals de lezers van dit blad – zijn dit geen verrassende conclusies. De onderliggende suggestie dat marktwerking tot nog toe een doel op zich zou zijn geweest, is wel verrassend. De SER concludeert verder dat bij eerdere dereguleringsbeslissingen vooraf niet goed is bepaald op welke manier publieke belangen precies worden bevorderd door de marktwerking. Het is niet zozeer dat marktwerking heilig was als wel dat de betrokkenen niet goed hebben doordacht en voorzien dat introductie van marktwerking alleen – zonder expliciete aandacht voor publieke belangen en belangen van consumenten – tot fricties leidt. Introductie van marktwerking kan een oplossing bieden voor ‘overheidsfalen’. Maar de overheid is nodig om marktfalen te voorkomen of corrigeren.

Voor de beoefenaren van het mededingingsrecht is de zoektocht naar het evenwicht tussen markt- en overheidsfalen niet onbekend. In dit blad staan hieraan gerelateerde vragen vaak centraal.⁶ In de afgelopen periode verscheen daarnaast een reeks publicaties over de manier waarop publieke belangen moeten worden afgewogen bij de toepassing van het mededingingsrecht.⁷ In haar proefschrift (*Het begrip mededingingsbeperking zoals neergelegd in artikel 101 VWEU: een beslismodel*) bespreekt Edith Loozen op systematische wijze hoe bij de toepassing van het kartelverbod (beperkt) rekening gehouden kan worden met maatschappelijke belangen. De benadering die zij verdedigt, lijkt sterk op de manier waarop de Europese Commissie en de NMa (beperkt) ruimte zien voor het afwegen van maatschappelijke belangen bij de toepassing van de mededingingsregels. Indien een duidelijke politieke instructie aan ondernemingen om een maatschappelijk belang te behartigen ontbreekt, bieden de mededingingsregels in feite geen ruimte om de publieke belangen zwaarder te laten wegen dan de mededingingsbelangen.⁸

Er zijn ten minste twee structurele verklaringen voor het onvermogen publieke belangen volledig te betrekken bij de toepassing van de Mededingingswet. Ten eerste is dat een institutionele. De NMa is opgericht om als gespecialiseerde en onafhankelijke toezichthouder de Mededingingswet te handhaven. Hoewel het technisch-juridisch mogelijk is voor de NMa om publieke belangen mee te wegen bij de beoordeling van mededingingskwesties gaat de schoen daar toch wringen. Daar waar ‘niet-mededingingsaspecten’ in de beoordeling doorslaggevend zijn (zoals ‘kwaliteit’) ligt het voor de hand dat niet de NMa maar een andere (of gespecialiseerde of politieke gelegitimeerde) instelling de beoordeling verricht. De NMa heeft immers wel bijzondere expertise maar die specifieke expertise ligt niet op dat terrein. De *Zeeumseziekenhuizen-zaak* heeft laten zien dat de NMa

in staat is een fusie goed te keuren, ondanks mededingingsbezwaren. Maar de voorrang voor ‘kwaliteit’ werd toegekend onder verwijzing naar het oordeel van andere toezichthouders met specifieke competenties op de relevante gebieden (de Nederlandse Zorgautoriteit en de Inspectie voor de Gezondheidszorg). De zorgsector is daarin vrijwel uniek – hoewel de financiële sector ook meerdere sectorspecifieke toezichthouders kent. Het zal de NMa lastiger vallen vergelijkbare besluiten te nemen in andere sectoren terwijl het niet bij voorbaat duidelijk is waarom publieke belangen in die sectoren niet zwaar zouden moeten wegen. De tweede structurele reden voor de beperkte mogelijkheid voor de mededingingsautoriteiten is de structuur van artikel 6 lid 3 Mededingingswet en het Europese equivalent. Ook daar biedt de rechtspraak theoretisch de mogelijkheid publieke belangen mee te wegen. De structuur en de tekst van de bepaling beperken echter de ruimte voor toezichthouders om aan waarborging van publieke belangen meer waarde toe te kennen dan aan de beperking van de mededinging.

Ondanks die beperking zijn er sterker wordende signalen dat het mededingingsrecht in toenemende mate genuanceerd moet worden gehandhaafd. Wellicht is de aangekondigde alternatieve regeling voor de thuiszorg een voorbode van een trend richting *inclusive competition law enforcement*.⁹ Net als bij het in zwang zijnde *inclusive leadership* wordt deze manier van handhaven gekenmerkt door een gebrek aan angst voor het vragen van inbreng van alle kanten. *Inclusive competition law enforcement* onderkent dat de overheid kan falen maar dat de markt ook kan falen in het zoeken naar maatschappelijk optimale resultaten. Mededingingsautoriteiten en rechters staan ervoor open rekening te houden met positieve maatschappelijke effecten van samenwerking tussen ondernemingen, ook indien die samenwerking de onderlinge concurrentie beperkt en niet direct leidt tot kwantificeerbare efficiencies.

De zoektocht naar het evenwicht tussen regulering, marktwerking en economische vrijheid van handelen, gaat dus door. In dit blad zal daar in de komende periode zonder twijfel aandacht aan worden besteed. De bewerking van de oratie van professor Ottervanger in dit nummer kan in die zin worden gezien als het startschot voor die (verdere) discussie. De redactie feliciteert Tom met zijn benoeming. Dit nummer bevat daarnaast een analyse van Van Doorn over de status van verticale prijsbinding in Europa na de bekendmaking van de nieuwe Commissierichtsnoeren verticale beperkingen. In kortere bijdragen wordt stil gestaan bij andere actuele ontwikkelingen.

6. Zie bijvoorbeeld het opinieartikel van Bulk en Blaauwbroek, ‘Betere borging diensten van publiek belang door de overheid?’ in het vorige nummer van *M&M*.

7. Joost Houdijk, *Publieke belangen in het mededingingsrecht: een onderzoek in vijf domeinen*, Deventer: Kluwer 2009 en Chris Townley, *Article 81 EC and Public Policy*, Hart Publishing 2009.

8. Zie in die zin, het in het *NMa-Jaarverslag 2009* opgenomen artikel, ‘Publieke belangen en mededinging’, p. 42-45.

9. Zie het persbericht van de NMa van 6 mei 2010, NMa, ActiZ en BTN werken aan alternatieve regeling voor thuiszorg.