TILBURG UNIVERSITY

Marktwerking en Publieke Belangen. Preadviezen KVS 2009

van Damme, E.E.C.; Schinkel, M.P.

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

Publication date:
2009

Link to publication

Citation for published version (APA):
van Damme, E. E. C., & Schinkel, M. P. (Eds.) (2009). *Marktwerking en Publieke Belangen. Preadviezen KVS 2009*. KVS.

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.

Download date: 30. Nov. 2020

Marktwerking en Publieke Belangen

Koninklijke Vereniging voor de Staathuishoudkunde
Preadviezen 2009

Onder redactie van
Prof. dr. Eric van Damme en Prof. dr. Maarten Pieter Schinkel

ISBN 978-90-807422-8-4
NUR 781

http://www.kvsweb.nl

© 2009 De auteurs, p/a Koninklijke Vereniging voor de Staathuishoudkunde, Postbus 98, 1000 AB Amsterdam.
Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1912 jo het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351 zoals gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht, Postbus 882, 1180 AW Amstelveen. Voor het overnemen van een of meer gedeelten uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

Marktwerking en Publieke Belangen

Koninklijke Vereniging voor de Staathuishoudkunde
Preadviezen 2009

Onder redactie van
Prof. dr. Eric van Damme en Prof. dr. Maarten Pieter Schinkel

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1 Marktwerking en de borging van publieke belangen 1
Eric van Damme en Maarten Pieter Schinkel

Hoofdstuk 2 Publiek belang en marktwerking:
Argumenten voor een welvaartseconomische aanpak 23
Barbara Baarsma en Jules Theeuwes

Hoofdstuk 3 Marktwerking en algemeen belang in de Europese Unie 53
Jacques Pelkmans

Hoofdstuk 4 Marktwerking, staatssteun en diensten van algemeen
economisch belang: De rol van Artikel 86 EG 87
Vincent Verouden

Hoofdstuk 5 Liberalisering in telecom:
Missie geslaagd, operatie afgerond? 117
Paul W.J. de Bijl

Hoofdstuk 6 Borging van publieke belangen in de energievoorziening 147
Machiel Mulder, Bert Willems

Hoofdstuk 7 Over het borgen van publieke belangen in de zorg:
De rol van markten en toezicht 179
Maarten C.W. Janssen, Krijn Schep en Jarig van Sinderen

Over de auteurs 201

Hoofdstuk 1 Marktwerking en de borging van publieke belangen

Eric van Damme[*]
Maarten Pieter Schinkel[**]

1.1 Inleiding

In mei 2002, in haar meest recente overzichtsartikel over Nederland, prees *The Economist* het pragmatisme van de Nederlanders:

> "In the spirit of their pragmatic traditions, the Dutch have understood and accepted two things that many other Europeans find doctrinally objectionable. One is that it does not matter who delivers public services, so long as the job is well done; the other is that competition, in some form, can help to make that more likely".[1]

Pragmatisch zijn we nog steeds, en, indien gevraagd, zou de meerderheid van de Nederlanders de eerste bewering vermoedelijk nog steeds onderschrijven: alleen het resultaat telt. Ons geloof in concurrentie als mechanisme om goede uitkomsten te bewerkstelligen heeft intussen echter een flinke knauw gekregen.

Het geloof in de markt lijkt te zijn uitgehold. De taxichauffeurs begonnen een oorlog waarin je je rit niet zeker was. De introductie van concurrentie in de zorg hielp anekdotes de wereld in over preferente patiënten en doktoren die met administratie werden overspoeld. De energiemaatschappijen verbeeldden hun verticale splitsing op televisie als een met wand en al doorgezaagd stopcontact. De notarissen en apothekers protesteerden georganiseerd dat de concurrentiedruk ten koste ging van de kwaliteit van hun publieke dienstverleningstaak. Aan het vrijmaken van het onderwijs en de financiële dienstverlening is, respectievelijk, nog maar niet of nauwelijks begonnen. Toch zag recent menig scepticus van marktwerking in de kredietcrisis ineens het falen van het kapitalistisch stelsel.

Er is op dit moment in het parlement geen politieke meerderheid te vinden voor nieuwe marktwerkingsoperaties, of voor intensivering van de bestaande. Ook journalisten van de meeste kranten tonen zich uitermate kritisch. Wanneer ergens in de

---

[*] Prof. dr. Eric van Damme, Hoogleraar Economie, CentER for Economic Research en Algemeen Co-Directeur van het Tilburg Law and Economics Center (TILEC), Universiteit van Tilburg, http://center.uvt.nl/staff/vdamme/.
[**] Prof. dr. Maarten Pieter Schinkel, Hoogleraar Economie, en Co-Directeur van het Amsterdam Center for Law & Economics (ACLE), Universiteit van Amsterdam, en Directeur van Encore, www.mpschinkel.nl.
[1] The Economist, "Model makers: A survey of the Netherlands", May 4th-10th, 2002.

maatschappij een misstand geconstateerd wordt, wordt daarvan al snel "doorgeschoten marktwerking" de schuld gegeven, ook in die gevallen waar marktwerking niets met het probleem van doen heeft. Ook de gewone burger lijkt zijn geloof in de kracht van concurrentie verloren te hebben.

Hoe heeft dat kunnen gebeuren?

In de jaren negentig nam de marktwerkingsgedachte in Nederland een grote vlucht. Het eerste kabinet onder leiding van Wim Kok (1994-1998) startte de grootschalige MDW-operatie (Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit), met een 70-tal projecten, die aanvankelijk - in de eerste fase - als een groot succes werd gezien; de "parel van paars".[2] Nederland kreeg een nieuwe mededingingswet, en een bijbehorende autoriteit, de NMa.[3] De liberalisering van netwerksectoren werd ter hand genomen, later gevolgd door de introductie van gereguleerde concurrentie in de zorg. Sectorspecifieke toezichthouders, zoals OPTA, de Energiekamer, en de NZa deden hun intrede.[4] Economen concludeerden in 2005 nog dat de baten van meer concurrentie de kosten overstegen en dat marktwerkingsoperaties toch vooral verdiept en verder uitgerold moesten worden naar de zorg, de financiële sector, en op termijn ook het onderwijs.[5] Op dat moment was de politiek echter al lang een ander pad ingeslagen.

De omslag kwam rond de eeuwwisseling. In september 1999 had Sweder van Wijnbergen zijn post als SG bij EZ moeten verlaten. Hij had nog wel een *blueprint* voor de liberalisering van netwerksectoren in *NRC Handelsblad* kunnen publiceren, maar de uitwerking daarvan moesten de ambtenaren zelf ter hand nemen. Ongeveer tegelijkertijd verwoordde de Raad van State, in haar advies over de Miljoenennota 2000, haar zorgen over de mogelijkheden en moeilijkheden van marktwerking en privatisering. Kort daarna kwam de WRR met het rapport "Het borgen van publiek belang", dat gelezen kon worden als pleidooi tegen marktwerking en privatisering. De watersector was de eerste die vervolgens met succes lobbyde voor de status-quo, met als argument dat het publiek belang in die sector privatisering, noch marktwerking verdroeg.[6] De MDW-operatie werd in 2003 beëindigd en opgevolgd door het project "Beter Bestuur voor Burger en Bedrijf", dat echter nooit echt van de grond kwam. Daarna werd nog een paar jaar doorgemodderd, vooral in de energiesector en in het Schipholdossier, die duidelijk maakten hoe lastig marktwerkingsoperaties en privatiseringsdiscussies zijn. De *schwung* was er toen wel uit, behalve in de zorg, waar eerst Hoogervorst, en later Klink, het kaarsje brandend hielden.

---

[2] Voor de MDW-projecten, zie de Kamerstukken onder nummer 24036.

[3] Kalbfleisch, Van Sinderen, Van den Ende, Van Oers, & Van Bergeijk (eds.), *Trust en Antitrust: Beschouwingen over 10 Jaar Mededingingswet en 10 Jaar NMa*, Den Haag: NMa, 2008.

[4] Voor een algemeen overzicht, zie E.van Damme "Pragmatic Privatization: The Netherlands 1982-2002", in M. Köthenbürger, H-W. Sinn en J. Whalley (eds.), *Privatization Experiences in the European Union*, MIT Press, 2006.

[5] Zie ESB Dossier, Tien jaar mededingings- en reguleringsbeleid, 30 juni 2005, jaargang 90, nr. 4464.

[6] Zie Van Damme, "Marktwerking vereist Maatwerk", *Maandschrift Economie* 65(3), 2001, 185-207, voor een meer gedetailleerde beschrijving.

Toch duurde het nog tot het voorjaar van 2007 alvorens het proces helemaal tot stilstand kwam. In mei 2007 publiceerde de vakbeweging het manifest "Marktwerking? Time Out!", met de oproep om marktwerking een halt toe te roepen. "De slinger van de marktwerking is ver uitgeslagen. Hij staat nog niet stil. Maar het signaal dat het kabinet heeft gegeven om de privatisering van Schiphol af te blazen is een teken dat 'ie zijn verste punt bereikt heeft. Voor ons in ieder geval het moment om die slinger terug te duwen", aldus Agnes Jongerius destijds. Het manifest leidde tot een Kamerdebat, waarin minister Van der Hoeven betoogde dat de marktwerkingsdiscussie meer gestoeld zou moeten worden op feiten, wat naar haar mening op dat moment nog onvoldoende het geval was. De Kamer eiste een *stand still* en dwong een onderzoek af naar de effecten van het tot dan in Nederland gevoerde marktwerkingsbeleid. De ambtenaren van EZ gingen aan de slag en in februari 2008 werden de resultaten gepresenteerd.

Die waren overwegend positief. Daar waar cijfers voorhanden waren (helaas lang niet in alle gevallen), had marktwerking, in combinatie met wet- en regelgeving, positief, of in ieder geval niet negatief, op de beschouwde publieke belangen (doelmatigheid, toegankelijkheid en kwaliteit) uitgewerkt. De minister zag dan ook geen aanleiding om van het bestaande beleid ("marktwerking, ja mits") af te wijken. De zes door haar geformuleerde lessen voor het marktwerkingsbeleid in de toekomst[7] waren dan ook niet echt verrassend, noch nieuw, met uitzondering dan van de laatste les, die als handreiking aan de vakbonden kan worden gezien[8]:

1. Marktwerkingsbeleid mits kwaliteit en toegankelijkheid goed worden geborgd;
2. Marktwerkingsbeleid is maatwerk;
3. Maak de doelen en verwachte effecten van het marktwerkingsbeleid duidelijk;
4. Leer als overheid van je ervaringen;
5. Besteed meer aandacht aan de gebruiker/consument;
6. Besteed aandacht aan de "verliezers".

We zaten op het juiste spoor derhalve, althans zo leek het. De Kamer en de vakbeweging toonden zich echter uitermate kritisch. "De slager keurt zijn eigen vlees" zei de een, "de scholier beoordeelt zijn eigen proefwerk" stelde de ander.[9]

---

[7] Tweede Kamer 24036, nr. 343.

[8] De lessen 1, 2 en 5 waren al onder Van der Hoevens's voorganger Brinkhorst getrokken ("een sterke markt vereist een sterke overheid"), en de Kamer had eerder al moties over een marktefffectentoets (motie Crone) en een marktleertoets (motie Ten Hoopen) aangenomen. Overigens hadden academici en de OECD reeds veel eerder vergelijkbare lessen getrokken; zie Van Damme, *supra* noot 6 en OESO "Regulatory reform in the Netherlands", OECD, Parijs, 1999.

[9] Zie de Handelingen van de Tweede Kamer, 110, 8016-8049, en het zeer kritische beoordelingsrapport van het verificatiebureau van de Kamer.

Slechts werkdagen later, op 5 maart, vierde de NMa haar lustrum in de Koninklijke Schouwburg in Den Haag. Het werd een historische dag. Minister van der Hoeven sprak als eerste het feestvarken toe. Tot groot ongenoegen van de ook aanwezige Europees Commissaris Kroes, kondigde zij aan van plan te zijn de vleugels van de jongvolwassen NMa flink te willen kortwieken. Van der Hoeven presenteerde drie varianten voor een scheiding tussen beleid en uitvoering, waarin de NMa in alle haar beleidsdiscretie zou verliezen aan het Ministerie van Economische Zaken en de Minister.[10]

Neelie Kroes, die vervolgens sprak, was hierover zo verontwaardigd, dat zij haar voorbereide speech ter zijde schoof, en haar spreektijd bijna volledig gebruikte om de Minister te waarschuwen met deze beleidslijn vooral niet alleen te komen te staan in Europa, waar zij dan een stevige borging van het nationale mededingingsbeleid zou kunnen verwachten. Zo subtiel was het debat, dat het grotendeels over de hoofden van de daar aanwezige journalisten heen ging: er stond de volgende dag vrijwel niets over in de kranten. Voor de insiders was de toon echter gezet. Pieter Kalbfleisch was er wat verlegen mee in zijn verjaardagsspeech, maar de geprogrammeerde sneldichteres, die de dag afsloot, had de sfeer goed geproefd. Ze dichtte Kroes toe:

> "Pieter, wees voorzichtig, en maak vast je borst maar nat
> Maar met zulke gasten op de lijst dan weet je, krijg je dat!"
>
> En Neelie stond maar steeds Maria's richting uit te kijken
> Of daar een deal van komen ging, zou na vandaag nog blijken."[11]

Wat was er veranderd? Wat bracht het beste jongetje uit de Europese klas ertoe om zo uit de pas te gaan lopen? De kredietcrises was nog in de stilte voor de storm, en de noodzaak tot maatwerk in, en streng toezicht op de invoering van marktwerking en deregulering was al steeds met klem benadrukt door Van der Hoeven's voorganger Laurens Jan Brinkhorst.[12]

Een interessant Kamerdebat in het najaar van 2008 bracht meer duidelijkheid over deze vraag. De Kamer was de weg kwijt, zoals bleek uit de volgende verzuchting van PvdA-kamerlid Mei Li Vos:

> "Eigenlijk hebben wij het vandaag over de vraag waarom de overheid gefaald heeft om een goede marktmeester te zijn en om de publieke belangen te definiëren en over de vraag wat überhaupt publieke taken zijn. Wij hebben het eigenlijk over het falen van de overheid om een goede marktmeester te zijn, een markmeester die de regels van het spel goed opstelt

[10] "Toespraken/Toespraken_minister_Van_der_Hoeven/Maart_2008/Congres_10_jaar_NMa" op site EZ.
[11] Dominique Engers, Den Haag, 5 maart 2008.
[12] Onder andere in zijn inleiding tot het ESB dossier 2005.

> (….) een marktmeester die ingrijpt als de belangen van consumenten en werknemers verkwanseld worden".[13]

Deze verschuiving van vermeend marktfalen naar mogelijk overheidsfalen, in het bijzonder bij de definiëring van "publieke belangen", is opmerkelijk. Het vond weerklank bij diverse Kamerleden, wat zich onder andere uitte in een schreeuw om hulp, en wel in de vorm van een formele adviesaanvraag aan de SER.[14] Sinds ongeveer een jaar buigt het gemaal van ons poldermodel zich over fundamentele vragen als: Welke publieke belangen kunnen worden onderscheiden? Op welke wijze kunnen deze publieke belangen het beste worden geborgd? Hoe om te gaan met belangen van speciale doelgroepen, zoals consumenten en werknemers? Welke ongewenste gevolgen kan marktwerking hebben? Het advies van de SER hierover wordt in het voorjaar van 2010 verwacht.

In deze context van fundamentele heroverweging passen ook de hier onder de titel "Marktwerking en de Borging van Publieke Belangen" gebundelde Preadviezen van de KVS.

1.2 Publieke Belangen

We waken ervoor de term "publiek belang" hier precies te definiëren, maar we kunnen wel aansluiten bij het boven reeds genoemde WRR Rapport "Het borgen van publiek belang"[15] en kunnen aangeven wat het volgens ons niet is. Het WRR Rapport maakt een onderscheid tussen maatschappelijke belangen en publieke belangen en stelt "Belangen zijn maatschappelijke belangen als hun behartiging voor de samenleving als geheel gewenst is". Dat rapport stelt ook: "Er is eerst sprake van een publiek belang indien de overheid zich de behartiging van een maatschappelijk belang aantrekt op grond van de overtuiging dat dit belang anders niet goed tot zijn recht komt. Het zich aantrekken van maatschappelijke belangen als publiek belang betekent derhalve dat de overheid het tot doelstelling van haar beleid maakt om dit belang te behartigen."

Voor ons is dit onderscheid niet heel erg relevant, en in het onderstaande kan voor "publiek belang" veelal ook "algemeen belang" gelezen worden.[16] We willen er echter op wijzen dat de overtuiging van de overheid onjuist kan zijn, en haar beleid tijdsinconsistent. We zien daarom niet onmiddellijk waarom de volgende twee beweringen van de WRR geldig zijn: (i) "Bij publieke belangen handelt het niet om tijdelijke politieke doelen of om doelstellingen van individuele politici", en (ii) "Daarmee is de wat-vraag bij uitstek een politieke vraag." Voor wat betreft het

---

[13] Handelingen Tweede Kamer 110, p. 8019.
[14] Aanvraag van 11 november 2008 en aanvulling op 25 november 2008, beide te vinden op www.ser.nl.
[15] Het rapport is te downloaden van www.wrr.nl.
[16] Zie ook voetnoot 19.

eerste merken we op dat het gestelde gewenst zou zijn, maar dat het niet logisch volgt uit de WRR's eigen definitie. Het gestelde is ook onjuist. Zo heeft het EZ-marktwerkingsonderzoek bijvoorbeeld duidelijk laten zien hoe snel de overheid hoofddoelstellingen van beleid weet aan te passen. Voor wat het door de WRR gestelde "primaat van de politiek" zullen we hieronder zien dat de economische wetenschap wel degelijk iets over de wat-vraag te melden heeft.

1.2.1 Het welvaartseconomisch kader

De vraag "Wat is een publiek belang?", die als een rode draad door deze Preadviezen loopt, is eigenlijk onderdeel van een meer veelomvattende vraag: Hoe kunnen we onze samenleving het beste inrichten? De samenleving bestaat uit een verzameling individuen die elk hun eigen belangen hebben, maar die ook een aantal gezamenlijke belangen delen. Daarnaast dragen we met zijn allen verantwoordelijkheid voor het in goede staat achterlaten van onze leefomgeving voor toekomstige generaties; omdat zij hun stem nu nog niet kunnen laten horen, moeten wij hun stem tot de onze maken.

Individuele belangen kunnen botsen, en Adam Smith's *invisible hand* werkt niet in alle situaties even goed; als iedereen zijn eigen belang nastreeft, ontstaat niet automatisch een Pareto optimale uitkomst. Belangen moeten worden afgewogen en eigenbelang gekanaliseerd. De twee algemene vragen "Wat willen we bereiken?" en "Hoe kunnen we die doelen het beste bereiken?", die in het WRR rapport "Het borgen van publiek belang" onderscheiden worden, zijn daarbij richtinggevend. Voor wat betreft de eerste vraag hebben economen erop gewezen dat er geen antwoorden kunnen zijn die iedereen tevreden stellen; er zijn diverse afruilrelaties en Arrow's onmogelijkheidsstelling laat zien dat individuele preferenties niet op consistente wijze tot een sociale preferentierelatie geaggregeerd kunnen worden. Buchanan en Rawls hebben gesuggereerd dat achter een "sluier van onwetendheid" wellicht wel overeenstemming te bereiken is over werkbare basisinstituties; in de "public choice" en de politieke economie worden deze ideeën verder uitgewerkt.[17]

Traditioneel laten veel economen het directe antwoord op de eerste vraag aan "de politiek" over, waarbij zij dan wel wijzen op het criterium van Pareto efficiëntie als randvoorwaarde. Economen zien zich als hoeder van deze minimumeis. De relevantie hiervan is duidelijk; als een uitkomst niet Pareto efficiënt is, is het immers mogelijk iedereen in de samenleving erop vooruit te laten gaan, zonder dat iemand erop achteruit gaat. Met gegeven sociale doelstellingen, welke die ook zijn, levert de theorie van "mechanism design", waarvoor Hurwicz, Maskin en Myerson in 2007 de Nobelprijs voor de Economie kregen[18], in principe het gereedschap om de hoe-vraag te beantwoorden: hoe kunnen we onze instituties het beste vormgeven

[17] Zie bijvoorbeeld http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/1986/.
[18] Zie http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/2007/press.html.

zodat we onze doelen bereiken? De theorie is recent en nog onvolledig uitgewerkt, zodat panklare oplossingen voor praktische situaties veelal nog niet voorhanden zijn. Duidelijk is echter wel dat de twee traditionele uiterste ordeningsmechanismen, overheid en (vrije) markt, slechts in uitzonderingssituaties optimaal zijn. In het algemeen gaat het niet om overheid of markt, maar om de juiste mix van beide. Overheid en markt zijn beide, in belangrijke mate, door de mens gemaakte instituties; de vraag is naar institutionele vernieuwing: hoe kunnen we de juiste combinatie vinden?

Voor een praktisch ingesteld econoom zijn Pareto efficiëntie en de markt daarom natuurlijke startpunten; het eerste als deelantwoord op de wat-vraag, het tweede als mogelijk antwoord op de hoe-vraag. De markt kan echter slechts startpunt zijn; de confrontatie van beide concepten leidt immers al snel tot de conclusie dat alleen onder stringente voorwaarden de vrije markt een Pareto efficiënte uitkomst oplevert. Binnen de welvaartseconomie wordt een groot aantal vormen van marktfalen onderscheiden, dat wil zeggen situaties waarin de markt geen Pareto efficiënte uitkomst oplevert. Verder geldt dat de markt überhaupt slechts kan werken als aan een aantal basisvoorwaarden voldaan is. Tenslotte kan een markt leiden tot een sociaal ongewenste inkomensverdeling. Vanuit dit welvaartseconomisch perspectief zijn er dus drie (belangrijke) mogelijke taken voor de overheid[19]: (1) verantwoordelijkheid nemen voor de randvoorwaarden, zodat markten kunnen werken; (2) corrigeren van de diverse vormen van marktfalen; en (3) bijstellen van ongewenste inkomensverdelingen. Alle Preadviezen in deze bundel maken duidelijk hoe nuttig het welvaartseconomisch denkkader, en de mogelijkheid die het geeft tot structurering van de discussie aan hand van de diverse vormen van marktfalen, is.

1.2.2 Nederland: werkgelegenheid als publiek belang?

In de Inleiding zijn we reeds uitgebreid op de discussie in Nederland ingegaan. We beperken ons hier tot een enkel aanvullend punt. Zoals boven besproken bepleitte de vakbeweging in 2007 een "Time-out" voor marktwerking en wel in essentie omdat marktwerking negatieve gevolgen zou hebben voor de sectorale werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden. Twee vragen zijn nu van belang: (i) is sectorale werkgelegenheid een publiek belang? En (ii) is marktwerking slecht voor de werknemers?

Dat de mate van concurrentie in een sector de werkdruk en de arbeidsvoorwaarden kan beïnvloeden zal duidelijk zijn. Dat er aandacht is voor de 'verliezers' van

[19] We mogen niet uit het oog verliezen dat ook andere maatschappelijke verbanden – de gemeenschap – deze taken kunnen vervullen; voor de eenvoud volgen we hier de traditionele economische aanpak die deze taak bij "de overheid" neer legt. De Chicago school heeft er verder op gewezen dat de markt, mits deze de ruimte gegeven wordt, zelf het marktfalen kan corrigeren. Voor het speciale geval van informatie-asymmetrie, zie daarvoor ook George Akerlof's baanbrekende artikel "The market for "lemons": quality uncertainty and the market mechanism", *Quarterly Journal of Economic*s, 84(3), p. 488-500, 1970.

marktwerking, en met name voor de werknemers waarvan de positie onder druk komt te staan, is natuurlijk. Dit alles maakt aspecten van sectorale werkgelegenheid echter nog niet noodzakelijk tot een publiek belang. In het EZ-onderzoek naar effecten van marktwerking werden in eerste instantie alleen doelmatigheid, toegankelijkheid en kwaliteit als publieke belangen meegenomen, maar op aandrang van de Kamer werden ook de arbeidsmarktaspecten aan het onderzoek toegevoegd. In de brief waarmee het EZ-onderzoek aan de Kamer werd aangeboden[20], merkte de minister voor wat betreft de arbeidsmarkt op dat het overheidsbeleid zich met name richt op de (macro-economische) ontwikkelingen, dat wil zeggen op de ontwikkeling van de werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden voor de Nederlandse economie als geheel: "het beleid beoogt de juiste randvoorwaarden te creëren voor duurzame economische groei en werkgelegenheid voor de Nederlandse economie in zijn geheel". De minister stelde dat de primaire verantwoordelijkheid voor de sectorale aspecten bij de sociale partners ligt. Sectorale aspecten lijken inderdaad geen publiek belang, een goed functionerende arbeidsmarkt wel. De adviesaanvraag aan de SER formuleert in dit kader een interessante vraag: "Heeft de SER, als het gaat om de borging van publieke belangen, in algemene zin een visie op de positie en belangen van speciale doelgroepen, bijvoorbeeld consumenten en werknemers?".

Voor wat betreft de effecten van marktwerking op werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden, rees uit het EZ-marktwerkingsonderzoek een divers beeld op.[21] In sectoren waar concurrentie geïntensiveerd wordt, kunnen werknemers erop achteruit gaan; elders in de economie kunnen echter nieuwe banen gecreëerd worden. Belangrijk hier is de constatering dat deze onderzoeken alleen de korte termijn betreffen. In een algemeen evenwichtsmodel laten Blanchard en Giavazzi[22] bijvoorbeeld zien dat intensievere concurrentie weliswaar op korte termijn voor bepaalde werknemers met verliezen gepaard gaat, maar dat op de lange termijn (en in totaal, geaggregeerd over de tijd) alle werknemers en alle consumenten erop vooruit gaan. In een degelijke wereld is een "Time-out" op marktwerking sociaal ongewenst. Bescherming van sectorale werkgelegenheid is in deze modelwereld geen publiek belang. Wellicht werkt de wereld anders dan het model van Blanchard en Giavazzi. Het zou ook kunnen dat de vakbeweging het lange termijnbelang van werknemers onvoldoende goed voor ogen heeft. Mogelijk ook vertegenwoordigt zij in meerderheid de typen werknemers die onder marktwerking er mogelijk initieel op achteruit gaan – en bijvoorbeeld niet de gekwalificeerde werkzoekenden die gebaat zouden zijn bij een goed functionerende arbeidsmarkt.

---

[20] Tweede Kamer 24036, nr. 343.

[21] Zie ook Regioplan, 2008, "Effecten van marktwerking op arbeidsvoorwaarden in twaalf sectoren", Publicatie 1662, Amsterdam, januari 2008 (http://www.regioplan.nl/publicaties/rapporten/effecten_van_marktwerking_op_arbeidsvoorwaarden_in_twaalf_sectoren), en AIAS: "WP 63 - Marktwerking en arbeidsvoorwaarden – de casus van het openbaar vervoer, de energiebedrijven en de thuiszorg", onderzoek in opdracht van Abvakabo FNV; http://www.uva-aias.net/uploaded_files/publications/WP63.pdf.

[22] Blanchard en Giavazzi, "Macroeconomic effects of regulation and deregulation in goods and labor markets," *Quarterly Journal of Economics*, 118, 2003, 879-908.

1.2.3 Europa: Lissabon in dienst van Lissabon

De Europese Unie kan in een bundel over marktwerking niet buiten beschouwing blijven. “Brussel” heeft een belangrijke invloed op het binnenlandse beleid, maar veel economen – en zeker niet alleen zij – zijn relatief onwetend over hoe ver de invloed van de Europese instituties reikt, en waar deze macht op berust. Wellicht nog belangrijker is het feit dat Europa reeds meer dan vijftig jaar ervaring heeft met het spanningsveld tussen marktwerking en publieke belangen, en in die tijd geleerd heeft hoe daar op verstandige wijze mee om te gaan. We kunnen dus leren uit Europese ervaringen.

Op het moment van schrijven heeft de Tsjechische President Klaus juist zijn handtekening gezet, zodat het Verdrag van Lissabon in werking kan treden. Het ziet er dus naar uit dat per 1 januari 2010, bij het aantreden van de nieuwe Commissie, de EU inderdaad efficiënt en resultaatgericht kan gaan werken. Het Verdrag betreft vooral de governance en werkwijze van de Unie; voor wat betreft doelstellingen en middelen is er weinig veranderd sinds meer dan 50 jaar geleden het Verdrag van Rome van kracht werd. Het Verdrag specificeert in Artikel 3 de doelen van de Unie. Het is zinvol de eerste drie alinea’s van dit Artikel nog eens expliciet te vermelden:

1. De Unie heeft als doel de vrede, haar waarden en het welzijn van haar volkeren te bevorderen.
2. De Unie biedt haar burgers een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht zonder binnengrenzen, waarin het vrije verkeer van personen gewaarborgd is in combinatie met passende maatregelen met betrekking tot controles aan de buitengrenzen, asiel, immigratie, en voorkoming en bestrijding van criminaliteit.
3. De Unie brengt een interne markt tot stand. Zij zet zich in voor de duurzame ontwikkeling van Europa, op basis van een evenwichtige economische groei en van prijsstabiliteit, een sociale markteconomie met een groot concurrentievermogen die gericht is op volledige werkgelegenheid en sociale vooruitgang, en van een hoog niveau van bescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu. De Unie bevordert wetenschappelijke en technische vooruitgang.

Het is opmerkelijk hoe vroeg in het Verdrag de interne markt en het concurrentievermogen genoemd worden; duidelijk een signaal voor het belang dat daaraan wordt toegekend. Overige artikelen verduidelijken wat onder deze interne markt verstaan moet worden: een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd. Om het belang van concurrentie te onderstrepen is aan het Verdrag van Lissabon Protocol Nr. 27 toegevoegd dat overweegt dat de interne markt, als omschreven in artikel 3 van het Verdrag een regime omvat dat verzekert dat de mededinging niet wordt verstoord, en dat bepaalt dat met het oog hierop de Unie, indien nodig, passende maatregelen kan nemen.

Dit Protocol is een compromis. Marktwerking staat (of stond) ook elders in Europa onder druk. In het huidige Verdrag (dat van Nice) staat nog in Artikel 3 als doelstelling van de Europese Gemeenschap: "het creëren van een interne markt waar de concurrentie vrij en ongestoord is", en dit staat er in feite al sinds het Verdrag van Rome uit 1957.[23] Tijdens de Europese top in Brussels in juni 2007, en nadat ze 50 jaar hun dienst bewezen hadden, wilde de Franse President Sarkozy van de laatste 7 woorden van dit citaat af. Andere regeringsleiders wilden deze woorden echter niet kwijt, en als compromis zijn ze verbannen naar het Protocol. Juridisch heeft een Protocol bij het Verdrag echter dezelfde status als een artikel in het Verdrag. Maar in de ogen van de pers won Sarkozy een trofee met het "schrappen" van het concurrentiedoel uit het EU verdrag. Het belang van concurrentie is op Europees niveau echter nog steeds goed geborgd. De Artikelen die eerlijke mededinging moeten garanderen hebben Sarkozy's aanval ongeschonden overleefd; ze zijn integraal in het nieuwe verdrag opgenomen: Mededingingsafspraken, fusies, gedragingen van dominante ondernemingen en staatssteun zijn verboden als ze de mededinging (op significante wijze) belemmeren of verstoren.

Lissabon is niet alleen verbonden aan het nieuwe EU-verdrag, maar ook aan de strategie die de Unie volgt om haar concurrentievermogen te vergroten. In 2000, tijdens de voorjaarstop in Lissabon, spraken de Europese regeringsleiders de ambitie uit om in 2010 Europa tot de meest welvarende en competitieve regio in de wereld te maken, dit met behoud van sociale verworvenheden en onder voorwaarde van duurzaamheid. In de eerste vijf jaar werd met deze Lissabon strategie weinig vooruitgang geboekt, maar nadat een commissie onder leiding van Wim Kok in 2004 geconstateerd had dat "het uitvoeren van de Lissabon strategie thans nog dringender (is) dan voorheen", maakte Commissievoorzitter Barroso de nieuwe Lissabon strategie tot speerpunt van zijn beleid. Zoals ook de SER in haar recente advies over de toekomst van de Lissabon-strategie heeft aangegeven[24], werd sinds 2005 veel bereikt, maar is er ook nog veel te doen. De arbeidsproductiviteit moet omhoog en daarvoor zijn vooral twee dingen nodig: meer R&D en meer concurrentie. Het ligt in de lijn der verwachting dat Barroso, tijdens zijn tweede termijn, dit traject zal vervolgen. Hij heeft ook weinig keus: willen we ons niveau van welvaart en welzijn handhaven, dan zullen we ook in de toekomst op de wereldmarkt onze kost moeten zien te verdienen.

Wie de literatuur over de Lissabon-strategie doorneemt kan niet anders dan tot de conclusie komen dat in Brussel het geloof in concurrentie als middel om de welvaart in stand te houden en te vergroten zeer groot is. Drie positieve aspecten

---

[23] Het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap uit 1957 (het Verdrag van Rome) specificeert in Artikel 3 de activiteiten van de Gemeenschap. Art 3c) noemt: "de verwijdering tussen de Lid-Staten van hinderpalen voor het vrije verkeer van personen, diensten en kapitaal". Art 3f) noemt: "de invoering van een regime waardoor wordt gewaarborgd dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt niet wordt vervalst". Met de latere Verdragen is niets substantieels veranderd, behalve dat "gemeenschappelijke markt" vervangen werd door "interne markt"; zie ook het Preadvies van Pelkmans.

[24] http://www.ser.nl/nl/actueel/persberichten/2000-2008/2009/20090616.aspx.

worden in het algemeen genoemd: concurrentie verhoogt de productieve efficiëntie, de allocatieve efficiëntie, en de dynamische efficiëntie. Anders geformuleerd, concurrentie dwingt tot kostenverlaging, het leidt tot producten die beter bij de wensen van consumenten aansluiten en het stimuleert de innovatie, uiteindelijk leidend tot meer welvaart.[25] Bij dit alles moet opgemerkt worden dat "Brussel" zeker niet blind is voor de nadelen die met intenser concurrentie verbonden kunnen zijn. De lezer hoeft niet verder te kijken dan de website van het momenteel nog door Neelie Kroes geleide DG Concurrentie van de Europese Commissie. Onder "liberalisering" is daar te lezen:

> "Opening up markets to competition has allowed consumers to benefit from lower prices and new services which are usually more efficient and consumer-friendly than before. This helps to make our economy more competitive. (…..) Opening new markets requires additional regulation to ensure that public services continue to be provided and that the consumer is not adversely affected".

Het gaat dus zeker niet om ongebreidelde marktwerking, maar om gereguleerde concurrentie. De Commissie is bepaald niet blind voor het feit dat sommige consumenten (of meer algemeen: sommige burgers) erop achteruit kunnen gaan wanneer markten worden vrijgemaakt, en dat invoering of intensivering van concurrentie soms gepaard moet gaan met regulering of het opleggen van verplichtingen van universele dienstverlening.

1.3 De Preadviezen

De zes voorliggende Preadviezen vallen in twee delen uiteen. Het eerste deel bestaat uit drie conceptuele bijdragen, te weten van Barbara Baarsma en Jules Theeuwes, van Jacques Pelkmans, en van Vincent Verouden. De laatste twee auteurs verzorgen daarbij het Europese perspectief. Daarna volgen drie sectorspecifieke Preadviezen over Nederland van de hand van respectievelijk Paul de Bijl, Machiel Mulder en Bert Willems, en Maarten Janssen, Krijn Schep en Jarig van Sinderen.

1.3.1 Conceptuele bijdragen

Baarsma en Theeuwes

Alle Preadviezen in deze bundel zijn gebaseerd op het boven geschetste welvaartseconomisch perspectief, maar Barbara Baarsma en Jules Theeuwes zijn daarin het meest expliciet. De auteurs grijpen terug op de discussie die in Nederland rond 2000, naar aanleiding van het reeds genoemde WRR-rapport "Het borgen van publiek belang" gevoerd werd. Zij verwerpen die voorzet, alsmede de

[25] Zie bijvoorbeeld Europese Commissie: "The economic costs of non-Lisbon", European Economy, Occasional papers, Nr. 16, 2005.

aanpak die in een vroege economische reactie daarop gelanceerd werd.[26] Baarsma en Theeuwes kiezen voor de markt als vertrekpunt, en wijzen op de kracht van dit instrument; het vermogen van de markt om efficiënte uitkomsten te bereiken (zowel in statische als dynamische betekenis), zoals gedocumenteerd in een groot aantal empirische studies. De markt is, in hun visie, moeilijk te verslaan, maar zij moet wel goed gestuurd worden. De taak van de overheid (onderverdeeld in de drie boven (in § 2.1) genoemde taken) is dan de markt adequaat te sturen, maar helaas slaagt zij daar niet altijd in. Er is sprake van overheidsfalen; de maakbaarheid van de samenleving is beperkt.

De gedachtegang van Baarsma en Theeuwes volgend is een natuurlijke vraag hoe overheidsfalen voorkomen, of zoveel mogelijk beperkt, kan worden. Hiertoe stellen de auteurs voor om het instrument Maatschappelijke Kosten Baten Analyse (MKBA) in te zetten bij het afwegingsproces om al dan niet in te grijpen in de markt. Een MKBA van het overheidsingrijpen vergelijkt de kosten van het overheidsingrijpen met de baten van de correctie van het marktfalen. Door het verplicht laten uitvoeren van een MKBA kan bewerkstelligd worden dat de overheid alleen ingrijpt wanneer de baten groter zijn dan de kosten, en haar optreden welvaartsverhogend is. Omgekeerd, bij een negatief saldo, is sprake van overheidsfalen en is de welvaart groter als de overheid niet optreedt en het marktfalen laat bestaan.

Pelkmans

Jacques Pelkmans gaat vervolgens meer opiniërend in op de vraag hoe binnen de Europese Unie marktwerking en publiek belang met elkaar verweven zijn. In dat kader bespreekt hij hoe de Europese Commissie is voorbereid om om te gaan met mogelijke spanningen tussen de nationale "publieke" belangen van de individuele lidstaten en het algemeen Europees belang van een goed functionerende interne markt.

Pelkmans twijfelt niet: de EU borgt niet alleen het algemeen Europees belang van concurrentie in de interne markt, maar ook het nationaal algemeen belang. Nederland moet niet aanmodderen met de introductie van wat marktwerking in "sommige speciale markten", maar net als Europa het idee van concurrentie omarmen. Er zijn voldoende (rechts)middelen voorhanden om dwalende broeders op het rechte pad te houden. Het lijkt er derhalve op dat Minister van der Hoeven Eurocommissaris Kroes' waarschuwing tijdens het tweede lustrum van de NMa maar beter ter harte nemen kan.

Concreet gaat Pelkmans in op het spanningsveld tussen het Europese publiek belang van een goed functionerende interne markt en diverse overige nationale publieke belangen. Sinds het Verdrag van Rome erkennen we in Europa expliciet de kracht van de markt en dichten we deze een grote rol toe als middel om het

[26] Bovenberg, Van Dalen en Teulings: "De Calculus van het publiek belang," Kenniscentrum voor Ordeningsvraagstukken, Den Haag, juni 2003; zie ook http://www.ez.nl/Actueel/Onderzoeken/Bewerkt/De_calculus_van_het_publieke_belang.

welzijn van de Europese burgers te dienen en te verhogen. Een goed functionerende interne markt is een van de belangrijkste Europese publieke belangen, en de Europese Commissie is de hoeder hiervan. In meer dan 50 jaar is het geloof in de goede eigenschappen van de markt niet wezenlijk veranderd. Pelkmans maakt echter duidelijk dat dit geloof geen naïef geloof is. Het Europese beleid is duidelijk gebaseerd op de ordo-liberale gedachte dat goede werking van de markt geen automatisme is, maar alleen door adequate regulering van de markt gegarandeerd kan worden. Marktliberalisering gaat dan ook vrijwel altijd gepaard met regulering.

Er is dus oog voor marktfalen, en in dit kader werpt Pelkmans twee vragen op: (i) hoe vertaalt marktfalen zich in overheidsregulering; en (ii) is er geen sprake van overregulering in de vorm van (a) regulering zonder marktfalen, of (b) regulering die te belastend is. Pelkmans geeft aan dat er over overheidsfalen (overregulering) in Europa nog geen systematische studies zijn; in de in deze bundel opgenomen sectorstudies komen echter wel voorbeelden naar voren. Pelkmans gaat ook kort in op het "Better Regulation" initiatief van de Europese Commissie, en de verplichting om bij nieuwe wetgeving een Regulatory Impact Assessment (RIA) uit te voeren. Dit kan overheidsfalen beteugelen. Conceptueel is een RIA niet veel anders dan een MKBA. Op dit punt is er dus aansluiting bij het Preadvies van Baarsma en Theeuwes.

Naast het Europese publieke belang gaat Pelkmans ook in op de nationale publieke belangen en hoe deze in een systeem met marktwerking geborgd kunnen worden. Er zijn twee hoofdroutes. Ten eerste hebben bepaalde nationale publieke belangen betrekking op niet-economische activiteiten, zodat ze niet door marktwerking geraakt worden; de interne marktregels en mededingingsregels van de Europese verdragen gaan immers alleen over economische diensten. Natuurlijk is hier wel de vraag wat economisch is, en wat niet: welke diensten zouden door de markt geleverd kunnen worden? Het antwoord kan in de loop van de tijd veranderen, terwijl het ten dele ook politiek bepaald is. Lidstaten hebben hier een ruime beleidsvrijheid, die echter niet onbegrensd is. De tweede hoofdroute betreft het maken van uitzonderingen op de vrij verkeer regels voor bepaalde economische activiteiten en diensten. Omdat dit het hart van de Unie raakt, is het zaak deze uitzonderingen zo beperkt mogelijk te houden. Dit gaat niet altijd goed, zoals Pelkmans aan de hand van de Bolkenstein Richtlijn laat zien. De ongebreidelde werking van het politieke systeem heeft bij de totstandkoming daarvan ruimte gegeven aan diverse lobbies, zodat uiteindelijk allerlei uitzonderingen resulteerden, die niet altijd gerechtvaardigd lijken. Het politieke systeem kan tot overheidsfalen leiden.

Verouden

Vincent Verouden's bijdrage verdiept de brede beschouwing van Pelkmans. Zijn Preadvies geeft een overzicht van de belangrijkste beleidsregels en inzichten die op Europees niveau ontwikkeld zijn op het gebied van de levering van diensten van algemeen economisch belang (DAEB). Zijn uitgangspunt is Artikel 86 EG dat stelt dat (1) lidstaten met betrekking tot DAEB-aanbieders geen maatregelen mogen nemen die in strijd zijn met het EG-verdrag; (2) dat DAEB-aanbieders

onder de verdragsregels vallen, voor zover dat de uitvoering van hun bijzondere taken niet verhindert; en (3) dat de Europese Commissie hierop moet toezien. Verouden's bijdrage maakt duidelijk hoe (verrassend) krachtig dit Artikel is, alsook hoe behoedzaam de Commissie met haar bevoegdheden op dit terrein omgaat.

Artikel 86 EG vormt de basis voor het liberaliseringsbeleid dat de Commissie de afgelopen decennia gevoerd heeft. Artikel 86(1) werpt immers de fundamentele vraag op of het in stand houden van een monopolie niet in strijd is met de interne markt. Het antwoord dat zich in de loop van de tijd uitgekristalliseerd heeft, is dat strijdigheid inderdaad gegeven is als het monopolie te ruim is: als in deelsegmenten marktwerking mogelijk is, zonder dat daarbij de kerndienst in gevaar komt, is een breed monopolie verboden. De oplossing wordt dan gevonden bij een kleinere monopolist, waaraan eventueel verplichtingen van universele dienstverlening (UDV) worden opgelegd, gekoppeld met marktwerking in de overige segmenten. In een aantal gevallen is zelfs overgegaan tot het volledig afschaffen van alle wettelijke vormen van monopolie en wordt voor het borgen van openbare dienstverlening uitsluitend nog gebruik gemaakt van het opleggen van UDV-verplichtingen aan (één of meerdere) aanbieders in een concurrerende markt.

Er zijn nu twee economische ordeningsvragen te beantwoorden: (i) hoe er voor te zorgen dat het bedrijf in kwestie aan zijn UDV-verplichtingen kan voldoen?; en (ii) indien een (beperkt) monopolie wordt gehandhaafd, hoe ervoor te zorgen dat dit bedrijf de concurrentie op de competitieve segmenten niet verstoort? Voor het oplossen van de tweede vraag kan uit een breed scala van instrumenten gekozen worden, van transparantieverplichtingen tot splitsing van het bedrijf. De eerste vraag leidt op natuurlijke wijze tot vragen met betrekking tot staatssteun. De UDV-plicht brengt normaal gesproken kosten met zich mee, en de overheid kan besluiten de meerkosten te vergoeden. Artikel 87 EG stelt dat staatssteun die de concurrentie en de handel tussen lidstaten verstoort in beginsel verboden is. Echter, dergelijke staatssteun kan worden goedgekeurd onder Artikel 86 EG wanneer deze nodig is voor diensten van algemeen economisch belang. De vraag is dus onder welke voorwaarden compensatie voor de meerkosten van een UDV als verboden staatssteun bestempeld kan worden, dan wel kan worden vrijgesteld onder Artikel 86 EG. Verouden's bespreking van het beleid in deze maakt duidelijk dat op dit terrein de Europese Commissie zeer behoedzaam opereert.

1.3.2 Sectorstudies

Het tweede deel van deze Preadviezen bestaat uit drie studies van centrale sectoren, te weten telecommunicatie, energie en zorg. In elk van deze bijdragen worden eerst de sectorspecifieke publieke belangen in kaart gebracht, alsmede die vormen van marktfalen die in de sector van groot gewicht zijn. Marktfalen rechtvaardigt overheidsinterventies, die zowel marktfaciliterend als direct interveniërend kunnen zijn. Steeds wordt gepoogd te beoordelen of de manier waarop de overheid intervenieert de vormen van marktfalen adequaat adresseert, en dus de publieke belangen dient, dan wel of eerder van overheidsfalen gesproken kan worden. Paul de Bijl analyseert

de markten voor elektronische communicatie, Machiel Mulder en Bert Willems de energiemarkt, en Maarten Jansen, Krijn Schep en Jarig van Sinderen de zorgsector.

De Bijl

Paul de Bijl gaat in op de vraag in hoeverre het liberaliserings- en reguleringskader in de elektronische communicatiesector als een succes kan worden beschouwd. In eerste instantie lijkt het antwoord eenvoudig en bevestigend - marktwerking is goed van de grond gekomen en telecommunicatie wordt altijd als een succes gepresenteerd - maar er is meer aan de hand. Ten eerste illustreert De Bijl de problemen van gereguleerde concurrentie: regulering moet dynamisch zijn; strikt in het begin, zodat nieuwe toetreders van het netwerk van de monopolist gebruik kunnen maken, maar liberaler na verloop van tijd, zodat toetreders gedwongen worden hun eigen netwerk uit te rollen en concurrentie op de infrastructuur kan ontstaan. Dit vereist maatwerk dat aangepast moet zijn aan de lokale situatie. Het is niet duidelijk dat het Europese kader, of de toepassing daarvan deze flexibiliteit biedt.

Ten tweede is het kader gebaseerd op de gedachte dat de markt voor elektronische communicatie zich na verloop van tijd tot een normale zou ontwikkelen, maar hierbij kunnen vraagtekens geplaatst worden. Mogelijk zijn we te optimistisch geweest. De investeringen die nu nodig zijn om de netwerken geschikt te maken voor de breedbanddiensten van de toekomst zouden de sector wel eens opnieuw tot een natuurlijk monopolie kunnen maken. Indien dit het geval is, verschuift de aandacht naar dienstenconcurrentie en de vraag of innovatie op deze dienstenmarkt het meest gebaat is met een monopolistisch netwerk dat in publieke of private handen is. Zover zijn we echter nog niet. Nederland bevindt zich in de unieke, luxe positie van twee met elkaar concurrerende infrastructuren; bij ons is de vraag hoe we deze situatie kunnen handhaven. Verder is duidelijk dat terugschaling van toezicht niet aan de orde is-- sterker: convergentie van telecom, internet en media (zowel qua diensten als netwerken) vraagt om geconvergeerd en goed geëquipeerd toezicht.

Mulder en Willems

Het welvaartseconomisch perspectief wordt ook gehanteerd in de bijdrage van Machiel Mulder en Bert Willems, die de energiesector analyseren. De publieke belangen zijn hier dat de energievoorziening milieuvriendelijk, betrouwbaar en betaalbaar moet zijn. Deze drie doelstellingen zijn echter moeilijk tegelijkertijd te realiseren: er bestaan diverse uitruilrelaties. Zo is milieuvriendelijke technologie (voorlopig) nog duurder dan conventionele, vereist betrouwbaarheid (vooralsnog) ook nog de inzet van vervuilende bronnen, en maken investeringen die de betrouwbaarheid vergroten de energie duurder. Binnen elk van deze drie velden bespreken Mulder en Willems systematisch: (i) de relevante vormen van marktfalen; (ii) het optimale beleid dat op basis van welvaartstheoretische argumenten kan worden afgeleid; en (iii) het huidige overheidsbeleid. Door de confrontatie van het tweede element met het derde ontstaat vervolgens een duidelijk zicht op overheidsfalen. Daarbij blijkt het daadwerkelijk beleid soms significant van het theoretische optimale af te wijken.

Het zal duidelijk zijn dat ook op energiegebied de Europese dimensie belangrijk is. De liberalisering van sector werd door "Brussel" afgedwongen, op grond van de door Pelkmans en Verouden besproken argumenten, waarbij het algemene schema van "Regulatory Reform" gevolgd werd. Verder geldt dat sommige problemen alleen in Europese context opgelost kunnen worden, terwijl anderzijds het vaak nationale (politieke) belangen zijn die de markt verstoren. De uitbouw van transportcapaciteit tussen lidstaten vereist sterke coördinatie (Europese regulering), onderhandelingen met olie en gasexporteurs vereisen een energiepolitiek op Europees niveau, en om de leveringszekerheid tijdens een crisis zeker te stellen is Europese marktwerking vereist. Echter in praktijk is dit niet het geval: de Europese elektriciteitsmarkt voor reservevermogen blijft nationaal; tijdens periodes van crisis eisen nationale overheden gasvoorraden op, en wordt marktwerking verstoord.

In het Europese beleid werd altijd al uitgegaan van de drie genoemde doelstellingen. Energiebeleid is van oudsher gericht op voorzieningszekerheid, en milieubeleid wordt ook al sinds de jaren 80 van de vorige eeuw gevoerd. Wel zijn de gewichten in de loop van de tijd verschoven; in de jaren 90 richting betaalbaarheid (het idee dat liberalisering, marktwerking en regulering tot kostenbesparing en daarmee corresponderende prijsdaling leiden), en sinds een paar jaar weer terug naar milieu en betrouwbaarheid. Met betrekking tot de betaalbaarheidsdoelstelling kan gesteld worden dat Nederland haar beleidsvrijheid benut heeft door bijvoorbeeld eigenstandig splitsing van de distributienetten af te dwingen. Voor wat betreft de betrouwbaarheid is de vraag of het huidige reguleringskader toereikend is om de benodigde netwerkinvesteringen te realiseren. Gegeven de wenselijkheid van de uitbouw van transportcapaciteit tussen lidstaten is hierbij de Europese dimensie essentieel. Dit geldt in nog sterkere mate voor de milieuproblematiek, omdat deze globaal is.

Het grootste gevaar dat de auteurs hierbij zien is dat nationale overheden, vanwege het politieke belang van energie, relatief snel geneigd zijn om direct en actief te interveniëren, met allerlei inefficiënties van dien: bij milieu (met subsidies voor specifieke technieken, etc.) bij voorzieningszekerheid (met verplichtingen over gasopslagen e.d.) en bij marktwerking (bijvoorbeeld door het direct aansturen van investeringen in interconnectoren). Beter (efficiënter) zou zijn om meer gebruik te maken van marktwerking en prikkels: emissiehandel bij milieu, liquide gasmarkten in plaats van verplichte investeringen, en prikkels voor netbeheerders om zo efficiënt mogelijk om te gaan met transportcapaciteit. Op al deze terreinen is Europese samenwerking nodig.

Janssen, Schep en Van Sinderen

In de laatste bijdrage aan deze bundel bespreken Maarten Janssen, Krijn Schep en Jarig van Sinderen hoe in de zorgsector de publieke belangen geborgd kunnen worden in een systeem met gereguleerde marktwerking. De publieke belangen zijn hier bereikbaarheid, betaalbaarheid en kwaliteit, die de overheid wil borgen door het scheppen van de juiste randvoorwaarden. Van belang is dat de cliënt centraal

komt te staan.[27] Ook nu zijn er diverse afruilrelaties. De auteurs betogen dat marktwerking het individuele keuzegedrag zichtbaar maakt, en er daardoor voor zorgt dat de sociaal gewenste afruilverhouding eenvoudiger te bepalen is. In deze sector is de Europese dimensie minder prominent aanwezig; dienstverlening op het gebied van de zorg wordt in andere lidstaten veelal als een niet-economische dienst gezien, zodat interne marktaspecten veel minder spelen. We kunnen hier dus niet direct profiteren van ervaringen elders in Europa. In de VS is er wel langere ervaring met "managed care and managed competition".[28]

Nederland heeft van haar beleidsvrijheid gebruik gemaakt, en besloten om bepaalde delen van de sector voor gereguleerde marktwerking vrij te geven. In het Nederlandse systeem is een belangrijke rol toebedacht aan de verzekeraars. Dit is het idee van "managed care". Een goed werkende, competitieve, verzekeringsmarkt zal de verzekeraars inderdaad dwingen in het belang van de consument/patiënt te handelen, maar in hoeverre nu aan deze voorwaarde voldaan is, is nog wat onduidelijk.

Het welvaartseconomische kader bewijst ook in deze sectorbijdrage zijn dienst. Er zijn diverse vormen van marktfalen, die aanleiding geven tot diverse vormen van overheidsingrijpen. Opnieuw is de vraag of de overheid de sector op de juiste wijze ordent en reguleert: is er te veel of eerder te weinig marktwerking? Janssen, Schep en Van Sinderen wijzen erop dat een aantal weeffouten in het systeem zitten die vragen om nadere bijsturing. Een aantal problemen worden veroorzaakt door 'overregulering'; met andere woorden er is te weinig ruimte voor marktwerking. Concreet stellen zij dat het verbod op winstuitkering tot suboptimale uitkomsten leidt. Een analoge opmerking kan gemaakt worden met betrekking tot voorrangszorg; er wordt gepleit voor een verbod, terwijl volgens de auteurs differentiatie van zorg, onder voorwaarden, tot een Pareto verbetering kan leiden.

Een derde thema dat deze Preadviseurs aansnijden is verticale integratie van zorgverzekeraars en zorgaanbieders. Dit thema raakt de kern van het systeem. Immers verzekeraars hebben in het in het nieuwe zorgstelsel als belangrijkste taak gekregen het tegen een goede prijs inkopen van goede zorg, een taak die, zo betogen sommigen, alleen goed uitgevoerd kan worden als de verzekeraar een onafhankelijke positie inneemt ten opzichte van de zorgaanbieders. Verticale integratie, wat ertoe leidt dat de verzekeraar zowel inkoper als verkoper van zorg wordt, kan dit ondergraven. Janssen, Schep en Van Sinderen komen tot de conclusie dat in ons systeem voldoende zekerheden zijn ingebouwd om de risico's te beteugelen. Een algemener vraagstuk dat hierbij speelt is of het generieke fusietoezicht adequaat is om de publieke belangen te borgen, of dat, in recent geliberaliseerde sectoren,

---

[27] Zie de brief "Ruimte en rekenschap voor zorg en ondersteuning" die minister Klink en staatssecretaris Bussemaker op 9 juli 2009 naar de kamer stuurden; http://www.minvws.nl/kamerstukken/mc/2009/ruimte-en-rekenschap-voor-zorg-en-ondersteuning.asp.

[28] Zie de presentaties verzorgd tijdens de conferentie "Effective Managed Competition: health care at both sides of the ocean" (op http://www.tilburguniversity.nl/tilec/events/conferences/healthconference2/) voor wat de VS en Nederland van elkaar kunnen leren.

sectorspecifiek en stringenter fusietoezicht, mogelijk gedelegeerd aan de sectorale toezichthouder, de voorkeur geniet. Het argument voor het tweede is dat het normale toezicht wel concurrentie in stand kan houden, maar het tot volle wasdom komen van concurrentie in de weg kan staan. In Nederland kiezen we voor het eerste alternatief, met als argument dat dit de consistentie van het fusietoezicht over meerdere sectoren bewaart, en de zorgsector geen fundamentele nieuwe zienswijze op fusies met zich meebrengt. Voor verdere discussie op dit punt verwijzen we naar het eerder dit jaar verschenen themanummer van *Markt & Mededinging* over concurrentie in de zorg.[29]

1.4 Conclusies

Uit de voorliggende Preadviezen zijn een aantal algemene conclusies te trekken. We vatten er hier een aantal samen:

1. Goede marktwerking is een publiek belang, evenals de efficiënte aanwending van schaarse middelen die door een goede marktwerking voortgebracht kan worden.

2. Er zijn in het algemeen meerdere publieke belangen in het geding, die vrijwel altijd tegen elkaar afgewogen moeten worden. Het is daarom misleidend om te spreken over een tegenstelling tussen marktwerking en het publiek belang.

3. De contrapositie van markt en overheid is eveneens onvruchtbaar: het gaat om het vinden van de juiste combinatie van deze twee ordeningsvormen.

4. Het idee dat genoemde tegenstellingen zouden bestaan lijkt te zijn geplant en besproeid vanuit een combinatie van onwetendheid, politieke kortzichtigheid, en eigenbelang bij het laten bestaan van beperkte concurrentie.

5. De discussie over de relatie ("het spanningsveld") tussen marktwerking en het borgen van de overige publieke belangen is al oud. In Europa staat dit thema al sinds het Verdrag van Rome, waarin marktwerking als een publiek belang erkend werd, op de agenda. Het Europese wetgevings- en richtsnoerenkader borgt het belang van marktwerking, ook waar vanuit argumenten van nationaal belang of publiek belang geprobeerd wordt haar te beperken.

6. Uit de meer dan 50 jaar ervaring die de Europese instituties hebben met het tegen elkaar afwegen van diverse publieke belangen zijn voor Neder-

[29] Themanummer "Marktwerking in de Zorg", *Markt & Mededinging* 2009/02, April 2009. Zie in het bijzonder Janssen, Schep en Van Sinderen "Fusies van ziekenhuizen: Het beoordelingskader van de NMa", en Canoy en Sauter "Ziekenhuisfusies en publieke belangen".

land belangrijke lessen te trekken. Een eerste les is dat voor een goede werking van de markt liberalisering gepaard moet gaan aan regulering; het gaat om gereguleerde marktwerking, niet om ongebreidelde marktwerking. Een tweede les betreft de met marktwerking verbonden verdelingseffecten: regulering kan nodig zijn om te garanderen dat alle burgers van marktwerking profiteren.

7. Markttoezicht is maatwerk, en het dient constant met ontwikkelingen in de gereguleerde markt mee te evolueren. Een achterlijk reguleringskader kan de marktwerking waarop het ziet meer kwaad dan goed doen.

8. In Nederland wordt de discussie over de verenigbaarheid van marktwerking en overige publieke belangen vooral gevoerd sinds het verschijnen van het WRR-rapport "Het borgen van publiek belang". Het in dat rapport gemaakte onderscheid tussen de wat-vraag ("Wat willen we bereiken?") en de hoe-vraag ("Hoe gaan we dat bereiken?") is nuttig, maar het brengt ons ook niet veel verder. Economische analyse kan dat op beide terreinen wel. Ten eerste wijst deze op het belang van Pareto efficiëntie. Ten tweede legt de analyse de diverse afruilrelaties bloot, die bestaan tussen de verschillende geïdentificeerde publieke belangen. Ten derde wijst de welvaartseconomische aanpak op drie belangrijke publieke belangen en mogelijke rollen voor de overheid: (1) het creëren van de randvoorwaarden voor goede marktwerking; (2) het corrigeren van marktfalen; en (3) het corrigeren van mogelijk ongewenste inkomstenverdeling die uit marktwerking resulteert. Ten vierde levert de economische wetenschap gereedschap (de theorie van "mechanism design") waarmee de hoe-vraag in aanzet beantwoord kan worden.

9. Het welvaartseconomisch kader, met Pareto efficiëntie als meetlat en het benoemen van de diverse vormen van marktfalen als probleemindicatie, is zeer behulpzaam om de discussie over de rol van de overheid op economisch terrein te ordenen. Dit kader is nuttiger dan de catch-all "Complexe externe effecten" die in de "Calculus van het publiek belang" naar voren geschoven werd. Er is discussie mogelijk over de vraag of theoretisch de verschillende vormen van marktfalen onder een gezamenlijke noemer gebracht kunnen worden. Voor de praktijk lijkt zo'n abstracte benadering echter duidelijk een stap te ver. Verschillende vormen van marktfalen geven aanleiding tot verschillende vormen van overheidsingrijpen en regulering. Het onderscheid tussen deze vormen brengt structuur aan, en kan daarmee de beleidsdiscussie verder helpen.

10. De economische wetenschap geeft aanzetten voor hoe de overheid, in geval van marktfalen, idealiter ingrijpt in de markt. Confrontatie van dit theoretische ideaal met de manier waarop de overheid daadwerkelijk ingrijpt laat discrepanties zien. Er is dan sprake van overheidsfalen. Overheidsfalen kan zich uiten in onderregulering (de overheid grijpt niet in,

terwijl dit wel zou moeten), ineffectieve regulering (het overheidsingrijpen lost het probleem niet op), of overregulering (de regulering is nodeloos belastend, of de kosten van de regulering zijn hoger dan de baten). Er zijn voor Europa, voor zover bekend, nog geen systematische empirische studies over de mate van overheidsfalen, dat wil zeggen over de mismatch tussen marktfalen en overheidsingrijpen. Meer inzicht hierin zou bijzonder gewenst zijn.

11. Het verplicht stellen van Regulatory Impact Assesments[30] (RIA) of het doen van maatschappelijke kosten baten analyses (MKBA) kan een bijdrage leveren aan het beteugelen van overheidsfalen. Ervaringen in de VS suggereren dat deze "regulering van de overheid" echter niet afdoende is.[31] In Nederland heeft een voorgaand kabinet, in reactie op een advies van de OESO,[32] al aangegeven te hechten aan een goede kosten-baten analyse van de voorgenomen regelgeving,[30] maar daar is het tot nu toe niet van gekomen. Ten dele kan het falen van marktwerking in Nederland aan dit overheidsfalen worden toegeschreven. Het is hoog tijd dat de overheid de aanbeveling van de OESO uit 1999 ("Er moet een expliciete kosten-baten analyse plaatsvinden van nieuwe regelgeving en er moet onafhankelijk toezicht worden gecreëerd om de analytische kwaliteit van de kosten-baten analyse te bevorderen") implementeert.

Met deze Preadviezen is zeker het laatste woord over marktwerking niet gezegd. Empirische studies blijven moeilijk uitvoerbaar en daardoor schaars, terwijl ze essentieel zijn voor een volledige analyse. Door te kiezen voor slechts drie sectoren en die gedetailleerd specialistisch te behandelen hebben we ook tegen andere sectoren gekozen. Zoals gezegd is de introductie van marktwerking in het onderwijs een bijzonder interessant studieobject, echter er is nog weinig progressie geboekt.[34] Ook hebben we in een vroeg stadium besloten de financiële sector buiten deze Preadviezen te houden, met het oog op de stroomversnelling aan ontwikkelingen waarin zij zich bevond. Achteraf gezien was dit een wijs besluit. Maar er liggen op dit moment wel levensgrote regulerings- en toezichtsvraagstukken in de financiële sector voor. De algemene conclusies uit deze Preadviezen hebben daarbij zeker relevantie.

---

[30] Zie http://ec.europa.eu/enterprise/policies/better-regulation/index_en.htm voor het Better Regulation Initiative van de Europese Unie.

[31] Zie Winston, *Government failure versus market failure,* Washington: AEI-Brookings joint center for regulatory studies, 2006.

[32] OECD: "Regulatory reform in the Netherlands", Supra noot 8.

[33] Tweede Kamer, 1999/2000, 24036, nr. 141.

[34] Een mooie uitzondering is Van der Ploeg en Veugelers, "Higher education reform and the renewed Lisbon strategy : Role of Member States and the European Commission," in: G. Gelauff, I.Grilo and A. Lejour (eds.), *Subsidiarity and economic reform in Europe*, Springer Verlag, Berlijn, 2008. Voor het (zeer kleinschalige) experiment in Nederland met een opener bestel voor het hoger onderwijs, zie http://www.minocw.nl/bekostigingho/348/Experimenten-open-bestel.html.

De gehele bundel overziend springt er één thema uit dat zich leent voor een volgende collectie Preadviezen: public choice of politieke economie. Marktfalen is scherp in beeld en we hebben van verschillende vormen een goed begrip. Veel minder is echter bekend over hoe en waarom de overheid faalt, en hoe groot de negatieve effecten hiervan zijn. Ons inziens is het een belangrijk publiek belang om hierin snel meer inzicht te krijgen.

Referenties

AIAS, (2007), "*Marktwerking en arbeidsvoorwaarden – de casus van het openbaar vervoer, de energiebedrijven en de thuiszorg"*, Amsterdam.

Akerlof, G. (1970), "The market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism", *Quarterly Journal of Economics*, 84(3), p. 488-500

Blanchard, O. en F. Giavazzi, (2003), "Macroeconomic effects of regulation and deregulation in goods and labor markets", *Quarterly Journal of Economics*, 118, 879-908.

Bovenberg, L., H. van Dalen en C. Teulings (2003), *De Calculus van het publiek belang*, Kenniscentrum voor Ordeningsvraagstukken, Den Haag.

Canoy, M. en W. Sauter "Ziekenhuisfusies en publieke belangen", 2009, "Fusies van ziekenhuizen: Het beoordelingskader van de NMa", *Markt & Mededinging*, Themanummer *Marktwerking in de Zorg*, 2009/02, April 2009.

Damme, van, E., (2006), "Pragmatic Privatization: The Netherlands 1982-2002", in M. Köthenbürger, H-W. Sinn en J. Whalley (eds.), *Privatization Experiences in the European Union*, MIT Press.

Damme, van, E., (2001), "Marktwerking vereist Maatwerk", *Maandschrift Economie* 65(**3**), 185-207.

ESB, (2005), *Dossier Tien jaar mededingings- en reguleringsbeleid*, 30 juni 2005, jaargang 90, nr. 4464.

Europese Commissie, (2005), *The economic costs of non-Lisbon*, European Economy, Occasional papers, Nr. 16, Brussel.

Kalbfleisch, P., J. van Sinderen, A. van den Ende, M. van Oers, & P.A.G. van Bergeijk (eds.), (2008), *Trust en Antitrust: Beschouwingen over 10 Jaar Mededingingswet en 10 Jaar NMa,* Den Haag, NMa.

OECD, (1999), *Regulatory reform in the Netherlands*, Parijs.

Ploeg, van der, R. en R. Veugelers (2008) "Higher education reform and the renewed Lisbon strategy: Role of Member States and the European Commission", G. Gelauff, I. Grilo and A. Lejour (eds.), *Subsidiarity and economic reform in Europe*, Springer Verlag, Berlijn.

Regioplan, 2008, Effecten van marktwerking op arbeidsvoorwaarden in twaalf sectoren, Publicatie 1662, Amsterdam, januari 2008.

The Economist, (2002) *Model makers: A survey of the Netherlands*, May 4th-10th.

Tweede Kamer, Handelingen, 110, p. 8016-8049 (Debat marktwerking).

Tweede Kamer, 1999/2000, Kamerstukken 24036, nr. 141.

Tweede Kamer, Kamerstukken 24036, nr. 343.

Winston, C., (2006), *Government failure versus market failure*, Washington: AEI-Brookings joint center for regulatory studies.

Hoofdstuk 2 Publiek belang en marktwerking: Argumenten voor een welvaartseconomische aanpak

Barbara Baarsma[*]
Jules Theeuwes[**]

According to the system of natural liberty, the sovereign has only three duties to attend to; three duties of great importance indeed, but plain and intelligible to common understandings: first the duty of protecting the society from the violence and invasion from other independent societies; secondly, the duty of protecting, as far as possible, every member of society from the injustice of oppression of every other member of it, or the duty of establishing an exact administration of justice; and thirdly, the duty of erecting and maintaining certain public works…

Adam Smith, 1776, Wealth of Nations, Book IV, chapter IX

2.1 Borgen versus Calculus

Twee, tegengestelde uitgangspunten voor het bepalen van publieke belang doen de ronde in Den Haag. Het eerste uitgangspunt wordt onder meer verwoord in de WRR publicatie over *Het borgen van publiek belang*. In dit rapport uit 2000 wordt gesteld dat de overheid de enige partij is die bepaalt wat een publiek belang is[1]. Iets is een publiek belang als de overheid zegt dat het zo is. Het andere uitgangspunt is te vinden in het in 2003 verschenen *Calculus van het publieke belang*. Publieke belangen doen zich voor bij externe effecten die zo complex zijn dat burgers ze niet zelf kunnen oplossen omdat sommige belanghebbenden weigeren mee te doen[2]. De overheid heeft hier een rol, want zij alleen kan iedereen dwingen mee te doen.

Deze twee uitgangspunten zijn elkaars tegenpool. De definitie van publiek belang van de WRR is te breed, die van de Calculus is te smal. In de redenering van de WRR kan alles wat de overheid wil een publiek belang zijn. Daarmee wordt het begrip tautologisch. Publiek belang wordt minutieus maar tegelijk te beperkt gedefinieerd in de Calculus. Publiek belang is meer dan alleen een complex extern

---

[*] Algemeen directeur SEO Economisch Onderzoek en bijzonder hoogleraar Marktwerking en mededingingseconomie aan de Universiteit van Amsterdam.
[**] Wetenschappelijk directeur SEO Economisch Onderzoek en en hoogleraar Toegepast economisch onderzoek aan de Universiteit van Amsterdam.
[1] " […] binnen de moderne samenleving is zij de enige die *gelegitimeerd* is om namens de samenleving als geheel dwingend te bepalen welke publieke belangen moeten worden behartigd." WRR (2000), p. 57.
[2] In de *Calculus van het publieke belang* van Teulings, Bovenberg en Van Dalen (2003) wordt publiek belang op p. 30 gedefinieerd als "een complex extern effect waarvan de realisatie door *free-rider* gedrag wordt verhinderd".

effect. De WRR begint bij de overheid en alleen als die bepaalt dat belangen geborgd kunnen worden via de markt is marktwerking aan de orde. De Calculus begint aan de andere kant – bij de markt – en pas bij complexe externe effecten is sprake van publiek belang en biedt overheidsingrijpen mogelijk een oplossing.

Het WRR rapport stelt vast dat er maatschappelijke belangen bestaan waarvoor het wenselijk is dat ze behartigd worden. Deze belangen worden daarmee publiek. Behartiging van maatschappelijke belangen hoeft volgens de WRR echter niet altijd door de overheid te gebeuren, maar kan ook door marktwerking. Een maatschappelijk belang is bijvoorbeeld dat er voldoende brood is. Dat belang wordt door de warme bakkers van Nederland afgedekt. Er is pas sprake van een publiek belang "indien de overheid zich de behartiging van een maatschappelijk belang aantrekt op grond van de overtuiging dat dit belang anders niet goed tot zijn recht komt" (WRR, 2000, p. 20). Bijvoorbeeld: de overheid kan vinden dat Nederlanders teveel wit brood eten en te weinig roggebrood. Ze kan dan besluiten dat de productie en consumptie van roggebrood een publiek belang is. Daarmee wordt de vraag "wat is publiek belang" beantwoord. Vervolgens beslist de overheid hoe ze het publiek belang het best kan behartigen en in die afweging kan ze besluiten om marktwerking in te schakelen. Ze kan een heffing op wit brood leggen en roggebrood subsidiëren en vervolgens de broodmarkt zijn werk laten doen. Maar ze kan ook zelf roggebrood bakken in staatsbakkerijen.

De Calculus begint bij marktwerking die doorgaat tot alle wederzijds profijtelijke transacties tussen marktpartijen zijn gerealiseerd en waardoor de samenleving uiteindelijk belandt in een efficiënte situatie waarbij niemand beter af kan worden zonder iemand slechter af te maken. De markt is echter niet efficiënt wanneer er sprake is van externe effecten. Er worden in het geval van negatieve externe effecten teveel transacties afgesloten die niet profijtelijk zijn voor de samenleving en bij positieve externe effecten worden er te weinig profijtelijke transacties gerealiseerd. Volgens de Calculus ontstaat dan een publiek belang en daarmee een taak voor de overheid.

Publiek belang en marktwerking zijn vage, haast mythische begrippen die tot eindeloze, ideologisch geladen discussies kunnen voeren. Een cruciale bijdrage van het WRR rapport en de Calculus is dat ze de discussie over publiek belang en marktwerking hebben verhelderd met name door de *wat* vraag expliciet te maken: wanneer is wel en wanneer is geen sprake van een publiek belang? Desondanks denken we dat er lacunes zitten in de benadering van zowel de WRR als de Calculus. De benadering van de WRR heeft als nadeel dat alles 'publiek belang' kan zijn waardoor het een ongrijpbaar begrip wordt. De Calculus gaat niet ver genoeg. Publiek belang is meer dan een complex extern effect. Bovendien is complex extern effect een verzamelnaam voor verschillende problemen. Door deze problemen op een hoop te gooien, is het sturen in beleidsanalyses moeilijker.

Het startpunt: markt of overheid

Het maakt bij de afbakening van wat wel en geen publieke belangen zijn uit of de

analyse start bij de markt of dat wordt gestart bij de overheid. De centrale vraag in dit preadvies is: wat is het beste startpunt bij het afwegingsproces rond de borging van publieke belangen? Is dat de overheid, zoals de WRR bepleit? Of is dat de markt, zoals in de Calculus het geval is?

In dit preadvies kijken we of de welvaartseconomische benadering, die start bij de markt, bruikbaar is om de discussie over maatschappelijk belang, publiek belang en marktwerking te structureren. Het is zeker geen perfecte benadering, want er is uit de economische theorie noch uit een andere sociaal wetenschappelijke discipline af te leiden wat de theoretisch perfecte balans is tussen markt en overheid. Maar de welvaartseconomische benadering leidt wel tot een voor het beleid consistente aanpak.

Het is ook geen nieuwe benadering. De aanzet tot de welvaartseconomie werd in 1932 door Arthur Pigou gegeven. De welvaartseconomische benadering van marktwerking, marktfalen en publiek belang heeft een sterk theoretisch karakter. Het theoretische bewijs dat marktwerking leidt tot optimale welvaart, begon bij het vermoeden van Adam Smith (1776) over de optimale werking van de onzichtbare hand en leidde uiteindelijk bijna tweehonderd jaar later tot het bewijs van het bestaan en van de optimaliteit van het algemeen evenwicht van een markteconomie (Arrow en Hahn, 1971). Dit bewijs is een grootse intellectuele prestatie opgebouwd door generaties economen en blijft nog steeds het doorslaggevende wetenschappelijke argument voor een markteconomie.

Wat wij in dit preadvies schrijven is dus niet nieuw. De meeste economen dreunen het rijtje met vormen van marktfalen op alsof ze in de Duitse les de naamvallen repeteren. Desalniettemin is het juist in deze tijd – waarin het begrip marktwerking gepolitiseerd is – van belang om zo helder mogelijk alle wetenschappelijke en praktische argumenten op te schrijven van de welvaartseconomische aanpak. Omdat we in dit preadvies beargumenteren dat de welvaartseconomische benadering handvaten biedt voor het beleid van elke dag is het van groot belang om zo volledig en eerlijk mogelijk aan te geven wat de afstand is tussen theorie en praktijk en wat uiteindelijk de fundamenten zijn van ons advies.

Dit preadvies is geen pleidooi voor marktwerking. We zien marktwerking als een neutraal instrument, iets waar je niet voor of tegen kunt zijn, maar waar je in specifieke gevallen over de voor- en nadelen kunt discussiëren. Het is ook geen doel op zich, maar een middel bij de verwezenlijking van maatschappelijke en publieke belangen (en uiteindelijk welvaartsverhoging). We streven met deze bijdrage een rationalisering van het marktwerkingdebat na. In Nederland, maar ook in andere Europese landen, is marktwerking uit de mode geraakt. Hierbij speelt een rol dat marktwerking het eerst is ingevoerd in sectoren waar dat het best mogelijk was (de netwerksectoren). De marktwerkingoperaties die daarna zijn opgepakt, zoals in de zorgsector en de vrije beroepen, zijn lastiger en kunnen rekenen op meer weerstand en bijbehorende lobbyactiviteiten. Een laatste mogelijke reden voor de stijgende impopulariteit van marktwerking is dat het in de (semi-)publieke sector

veelal als bezuinigingsoperatie wordt uitgevoerd. Marktwerking is iets anders dan bedrijfseconomische processen van bezuiniging, kostenbesparing en prestatiecontrole binnen een bedrijf of een organisatie. Strakkere interne bedrijfsprocessen kunnen het gevolg zijn van scherpere marktwerking, maar moeten daar wel van worden onderscheiden.

Dit preadvies concludeert dat de welvaartseconomische benadering van marktwerking en publiek belang een bruikbaar uitgangspunt is voor het beleid. Daarvoor worden drie praktische argumenten aangevoerd: de welvaarteconomische benadering als organisatieschema ('toolkit'), als norm en toetsingskader en als theoretisch kader voor kosten-batenanalyses. Maar er zijn ook andere – bijvoorbeeld empirische en ethische – argumenten om het welvaartseconomische kader te kiezen bij het definiëren van publieke belangen. Zo blijkt uit empirisch onderzoek dat marktwerking welvaartsverhogend werkt in de praktijk en dat de keuze voor de prioriteit van de markt parallel loopt met het belang van de vrijheid en de autonomie van de burger.

Alvorens deze conclusie in §2.4 te trekken, beginnen we dit preadvies in §2.2 met een samenvatting van de welvaarteconomische benadering van de borging van het publiek belang. In deze benadering wordt aangetoond dat marktwerking onder bepaalde voorwaarden leidt tot een (Pareto) optimale welvaart (§2.2.1). Aan de voorwaarden die er voor zorgen dat een marktsysteem de optimale welvaart realiseert, wordt niet altijd voldaan. Dan faalt de markt en ontstaat er een gat tussen het welvaartsniveau dat een falende markt bereikt en het optimale niveau (§2.2.2).
§2.3 geeft theoretische en praktische argumenten waarom zowel overheid als markt op fundamentele wijze falen. Er zijn onvermijdelijke onvolmaaktheden in een gemengde markteconomie, zowel aan de kant van de overheid (§2.3.1) als aan de kant van de markt (§2.3.2). De 'first best' wereld bestaat niet, maar dat wil geenszins zeggen dat de welvaartseconomische benadering niet zinvol is. In paragraaf 2.4 verzamelen we argumenten die er voor pleiten om – hoe onvolmaakt ook – de welvaartseconomische route te volgen en beleidsmatig te beginnen bij marktwerking en publiek belang te definiëren als het falen daarvan. We vinden onvoldoende argumenten voor de route die start bij de overheid, zoals de WRR die uitzet.

2.2 De welvaarteconomische benadering

Onvervulde behoeftes in combinatie met schaarste aan tijd en middelen verplichten een samenleving om keuzes te maken. Beslist moet worden wie wat gaat produceren, op welke manier er wordt geproduceerd en voor wie er wordt geproduceerd. De beslissing over de te produceren goederen en diensten, over hoe en wie produceert en hoe de productie wordt verdeeld over de bevolking, wordt samengevat in de term "allocatie".

Box 1: Publiek en maatschappelijk belang in een notendop

We onderscheiden maatschappelijke en publieke belangen. Publieke belangen zijn maatschappelijke belangen die (mede) geborgd dienen te worden door de overheid. Er kan sprake zijn van een publiek belang als de markt faalt. Marktfalen hangt samen met een gebrek aan concurrentie, informatieproblemen (onbekende informatie of te weinig prikkel om informatie te openbaren), ongeprijsde neveneffecten van productie en consumptie (externe effecten) en goederen en diensten waar men niet van kan worden uitgesloten en/of men niet bereid is om op individuele basis voor de te betalen (publieke goederen). Ook kan een publiek belang spelen als sprake is van prohibitief hoge transactiekosten waardoor welvaartsverhogende transacties niet van de grond komen (bijvoorbeeld: schadevergoeding voor geluidhinder rond Schiphol). Publiek belang is echter meer dan alleen falende markten. Ze kunnen ook ontstaan als gevolg van politieke motieven: welvaart herverdelen of paternalisme.
Zoals gezegd: er kan sprake zijn van een publiek belang als de markt faalt, maar het hoeft niet. Overheidsingrijpen om het publiek belang te borgen is alleen aan de orde als de kosten van haar ingrijpen opwegen tegen de baten (in termen van welvaart).

Het maatschappelijk belang is gediend indien de beperkte middelen en de aanwezig kennis worden ingezet om die goederen en diensten te produceren die de behoeften van de burgers, gegeven hun voorkeuren, op de best mogelijke manier bevredigen. Het is in het maatschappelijk belang als een allocatie tot stand komt waardoor met de beperkte middelen een maatschappelijk optimale welvaartsverdeling wordt gerealiseerd.

In deze paragraaf werken we de welvaartseconomische benadering van maatschappelijk en publiek belang uit. Box 1 geeft het verschil in een notendop weer. In §2.2.1 beschrijven we de relatie tussen marktwerking en maatschappelijke optimale welvaartsverdeling en leiden daaruit een concrete definitie af voor het begrip "maatschappelijk belang". Marktwerking leidt niet altijd tot de maatschappelijk optimale welvaartsverdeling. Het falen van de markt komt aan bod in §2.2.2. Door het falen van de markt ontstaat er mogelijk een rol voor de overheid om in te grijpen. Dit is de basis van de welvaarteconomische definitie van publiek belang.

2.2.1 Marktwerking, maatschappelijk optimale welvaart en maatschappelijk belang

Er zijn verschillende economische systemen mogelijk[3]. De overheid kan zich rechtstreeks bemoeien met de meeste of een deel van de allocatiebeslissingen of ze kan het aan de markt overlaten. De meest verregaande vorm van overheidsbemoeienis is een planeconomie waarin productie, distributie en investeringen centraal worden geregeld. 'Marktwerking' of 'de markt' is een economisch systeem waar-

[3] Niet alle allocatiemechanismen komen hier in detail aan bod. Bijvoorbeeld veilingen (radiofrequenties en visafslag), wachtrijen en puntensystemen (voor sociale huurwoningen), budgetten (tijdsbudgetten, materiële budgetten en financiële budgetten voor de allocatie binnen bedrijven en organisaties) en normen en gewoontes (eerste vat nieuwe haring gaat naar Koningin). De hier besproken "markt" en "overheid" staan voor de twee oervormen van het allocatiemechanisme.

bij prijzen een centrale rol vervullen bij het oplossen van de allocatievragen. In de gemengde economie houdt de overheid zich met sommige allocatiebeslissingen bezig en laat andere over aan de markt. In het deel waar de overheid zich mee bemoeit wordt gebruik gemaakt van budgetten (bijvoorbeeld het bedrag dat per jaar aan de zorg mag worden besteed). In een democratie worden deze budgetten en daarmee de oplossing van het allocatievraagstuk in het politieke proces door de volksvertegenwoordiging vastgesteld.

De planeconomie, de markteconomie en de gemengde economie en elk ander economisch systeem resulteert in een bepaalde allocatie. Vilfredo Pareto formuleerde criteria waarmee de kwaliteit van de resulterende allocatie kan worden beoordeeld. Een allocatie die aan de Pareto criteria voldoet staat bekend als een Pareto efficiënte allocatie (ook genoemd Pareto optimaliteit of Pareto efficiëntie).

Een allocatie is Pareto efficiënt wanneer het niet meer mogelijk is om door herallocatie het welvaartsniveau van een individu te verhogen zonder dat dit ten koste gaat van het welvaartsniveau van een ander. Een Pareto efficiënte allocatie betekent dat de productiemiddelen (arbeid, kapitaal, natuurlijke hulpmiddelen, beschikbare kennis) optimaal verdeeld zijn over de bedrijven, dat het optimale goederen- en dienstenpakket wordt geproduceerd en dat de goederen- en diensten optimaal worden verdeeld over de huishoudens. Dit betekent dat er geen voor de hand liggende welvaartverbeteringen worden verspild. Pareto efficiëntie houdt ook in dat alle productiemiddelen zijn ingezet (er is geen werkloosheid of onderbenutting) en dat de meest geavanceerde kennis is gebruikt.

Eerste fundamentele welvaartstheorema

Aangetoond kan worden dat onder ideale omstandigheden marktwerking resulteert in een Pareto optimale allocatie van de aanwezige middelen en gebruik van de beschikbare kennis. Deze eigenschap van het marktsysteem staat bekend als het eerste fundamentele welvaartstheorema.

Het cruciale mechanisme van de markteconomie zijn de prijzen. Bedrijven worden in hun productie en investeringsbeslissingen gestuurd door de prijzen van de goederen en diensten. Stel dat er tekorten ontstaan omdat de consumenten bij de geldende prijs meer willen besteden dan wordt geproduceerd. Dan zullen de prijzen van die producten toenemen ten opzichte van de prijzen andere producten. Hoge prijzen bieden bedrijven mogelijkheden om meer winst te realiseren en dat prikkelt hen om meer van de door de consument gewilde producten te leveren. Bij overschotten dalen de relatieve prijzen en dat prikkelt de producenten om minder van die producten te produceren. Deze aanpassingen gaan door tot de overschotten of tekorten zijn opgelost en de productiemiddelen precies in de goede verhouding worden ingezet voor de productie van die goederen en diensten die de consumenten willen hebben. Indien er geen overschotten of tekorten meer zijn, dan zijn alle markten in evenwicht en zijn alle Pareto optimale verbeteringen uitgeput en is de Pareto optimale allocatie bereikt.
Het prijsmechanisme zorgt ervoor dat een herschikking van de productiemiddelen

of van de samenstelling en verdeling van de productie over de burgers niet meer zal leiden tot een Pareto verbetering. Dit kenmerk wordt aangeduid met de term productieve en allocatieve efficiëntie (tezamen statische efficiëntie).

In de jaren dertig is er tussen economen intens gediscussieerd over de merites van een planeconomie versus een markteconomie, met de socialistische economen Oskar Lange, Abba Lerner en Fred Taylor aan de ene kant en de (Oostenrijkse) markteconomen Ludwig von Mises en Friedrich Hayek aan de andere kant. Een belangrijk inzicht uit de economische discussies van de jaren dertig is dat een socialistische planeconomie ook tot een Pareto optimale situatie leidt op voorwaarde dat de planafdeling het prijsmechanisme imiteerde om de allocatie te regelen. "Market socialism" is de label voor een economische ordening die planelementen en prijselementen combineert. Een marktsocialistisch systeem is eveneens (onder bepaalde voorwaarde) Pareto optimaal.

In de discussie over de markt en het plan uit die jaren speelt het verschil in informatie dat nodig is om beide systemen te laten werken een centrale rol. Het argument van Hayek waarmee de discussie toen min of meer werd beslecht, heeft te maken met de informatievoordelen van een markteconomie. In een markteconomie zit volgens Hayek alle informatie die nodig is om de economische beslissingen te coördineren in de marktprijzen. Prijzen prikkelen consumenten en producenten tot het oplossen van overschotten of tekorten. De enige informatie die nodig is om een markteconomie te laten werken is een prijslijst. In een socialistische economie moet het planbureau alle informatie over productiemogelijkheden van bedrijven en over de voorkeuren van de consumenten verzamelen en op basis daarvan de correcte schaduwprijzen berekenen. De markt heeft het voordeel dat beslissingen decentraal door consumenten en producenten worden genomen.
Indien prijzen inderdaad voldoende zijn om bedrijven en huishoudens tot Pareto optimale productie- en consumptie beslissingen te leiden, dan is daarmee een zeer sterk welvaartsargument gegeven voor marktwerking. Indien prijzen onvoldoende informatie bevatten om optimale beslissingen te nemen dan leidt dit tot een falen van de markt. Informatiegebreken en andere vormen van marktfalen zijn het onderwerp van §2.2.2.

Tweede fundamentele welvaartstheorema

De Pareto optimale allocatie tot stand gebracht door het marktmechanisme leidt tot een bepaalde verdeling van goederen en diensten over de burgers en daarmee tot een maatschappelijke welvaartsverdeling. Die welvaartsverdeling wordt in belangrijke mate bepaald door de initiële verdeling van arbeidspotentieel, hulpmiddelen en kapitaalgoederen over de bevolking. Iemand die aan het begin van de markt beschikt over waardevolle schaarse vaardigheden kan op de arbeidsmarkt een hoger inkomen afdwingen en beschikt daarmee over ruime bestedingsmogelijkheden op de goederen en dienstenmarkten. Indien ouderen over meer kapitaal en productieve arbeid beschikken dan jongeren dan leidt een marktsysteem er toe dat de ouderen in de finale allocatie over meer inkomen beschikken en dat er meer dikke warme truien worden geproduceerd dan naveltruitjes.

Een andere initiële verdeling leidt tot een andere Pareto optimale allocatie en tot een andere welvaartsverdeling. De uiteindelijke welvaartsverdeling die tot stand komt nadat de markt zijn werk heeft gedaan is vanzelfsprekend Pareto optimaal (want anders zou het mogelijk zijn om de welvaart van sommige burgers te verhogen zonder dat dit ten koste gaat van andere burgers). Maar een Pareto optimale verdeling kan nog altijd ongelijker zijn dan de samenleving wenst. Hoe de maatschappelijk optimale welvaartsverdeling eruit ziet, is een keuze die de samenleving via het politieke proces zal maken.

Heeft een samenleving besloten hoe de maatschappelijk optimale welvaartsverdeling er uitziet, dan kan marktwerking worden ingezet om dat te bereiken. Vanuit de gewenste maatschappelijke optimale welvaartsverdeling kan worden teruggerekend naar die initiële verdeling van middelen die daarbij hoort en vervolgens doet marktwerking de rest. Dit resultaat staat bekend als het tweede fundamentele welvaartstheorema. Ook als aan alle voorwaarden voor een Pareto-efficiënte uitkomst van een markteconomie is voldaan, kan er nog een rol zijn voor de overheid. Het tweede welvaartstheorema gaat zowel over efficiëntie als over rechtvaardigheid: zonder concessie te doen aan efficiëntie kan toch een rechtvaardige verdeling worden bereikt.

Stel dat de overheid een gewenste finale verdeling van goederen en diensten of een gewenste inkomensverdeling heeft bepaald, dan kan ze vervolgens berekenen wat de initiële verdeling moet zijn waarmee dat kan worden bereikt. Het overheidsbeleid zou er dan uit bestaan dat de overheid, gebruik makend van heffingen en uitkeringen die de consumptie en productiebeslissingen niet aantasten (meestal wordt hiernaar verwezen als 'lump sum' heffingen en uitkeringen), de bestaande initiële verdeling verandert in de gewenste initiële verdeling en vervolgens de markt zijn werk laat doen. Aan het eind van de rit komt dan een allocatie die én Pareto optimaal is én voldoet aan de gewenste verdeling[4].

Definitie van maatschappelijk belang

De uitgangspositie kan op oneindig veel manieren worden ingevuld. Er zijn oneindig veel initiële verdelingen mogelijk die allemaal na werking van de markt leiden tot een Pareto optimale allocatie en een daarbij horende maatschappelijke welvaartverdeling. De samenleving kiest uit al die mogelijke allocaties de maatschappelijk optimale. Dit is dan volgens de welvaartseconomische benadering de verdeling die het maatschappelijk belang vertegenwoordigt.

De optimale maatschappelijke welvaart is een (niet negatieve) functie van de individuele welvaartsniveaus van alle leden van de samenleving (nu en in de toekomst). De individuele welvaart omvat alles wat een persoon belangrijk vindt. Het gaat

[4] Net als voor het eerste gelden ook voor het tweede welvaartstheorema voorwaarden. Er moet bijvoorbeeld sprake zijn van convexe indifferentiecurven: naarmate iemand meer dikke truien heeft zal hij minder en minder broeken op willen offeren om nog een extra trui te krijgen. Dit is een logisch gevolg van de aanname van afnemend grensnut.

daarbij om een ruim gedefinieerd begrip van welvaart: niet alleen materiële en financiële aspecten, maar alles wat mensen belangrijk vinden, zoals een schoon milieu, een veilige omgeving, de welvaart van toekomstige generaties en een aanvaardbare inkomensverdeling[5].

Binnen de economie staat de functie die de relatie legt tussen de individuele en het maatschappelijke welvaartsniveau bekend als de maatschappelijke welvaartsfunctie (Bergson, 1938). De optimale maatschappelijke welvaart is de uitkomst van het maximaliseren van de maatschappelijke welvaartsfunctie gegeven de middelen en kennis waarover de samenleving beschikt. Uit de oneindig aantal door de markt gegenereerde Pareto optimale allocaties wordt diegene gekozen die de maatschappelijke welvaart maximaliseert. Door herverdeling wordt de daarbij horende initiele verdeling tot stand gebracht (tweede welvaartstheorema). De markt doet vervolgens zijn werk en leidt tot die Pareto optimale allocatie (eerste welvaartstheorema) die de maatschappelijke welvaart maximaliseert en het maatschappelijk belang realiseert. Dit klinkt als een abstract mathematisch programma maar deze strikte specificatie geeft aan dat maatschappelijk belang gevonden wordt in de balans van wat we willen, namelijk een zo hoog mogelijke maatschappelijke welvaart gebaseerd op welvaart van de burgers, en wat we kunnen met de beperkte middelen en kennis waarover we beschikken.

Een vaak gebruikte specificatie van de maatschappelijke welvaartsfunctie is de utilitaristische of Benthamiaanse welvaartsfunctie waarbij de maatschappelijke welvaart W wordt gedefinieerd als de gewogen som van alle individuele welvaartsfuncties: $W = \sum_i \lambda_i w_i$ met $\lambda_i \geq 0$ en waarbij w_i staat voor het individuele welvaartsniveau van persoon i in de samenleving (i = 1,n). Een andere vorm is gerelateerd aan het filosofisch werk van John Rawls en wordt de max-min maatschappelijke welvaartsfunctie genoemd. In de max-min welvaartsfunctie is het maatschappelijk optimum verbonden aan het maximaliseren van de welvaart van de burger(s) met het laagste welvaartsniveau: $\max W = \max \min (w_1, w_2, \ldots, w_n)$. Welke maatschappelijke welvaartsfunctie relevant is, is een politieke keuze.

2.2.2 Marktfalen en publiek belang

Onder ideale omstandigheden kan het economische systeem zo georganiseerd worden dat met behulp van marktwerking de optimale maatschappelijke welvaart wordt bereikt en het maatschappelijk belang wordt gediend. De omstandigheden zijn nooit ideaal en in die zin is de welvaartseconomische benadering van maat-

[5] Vaak wordt de term welzijn gebruikt voor het breed gedefinieerde begrip welvaart. Louis Kaplow en Steven Shavell (2002) beargumenteren dat de individuele welvaart ook afhangt van de voorkeur die iemand heeft voor een rechtvaardige inkomensverdeling. Het realiseren van optimale welvaart houdt in dat gevolg wordt gegeven aan de individuele voorkeuren voor een rechtvaardige verdeling. In dat geval verdwijnt de tegenstelling tussen rechtvaardigheid en doelmatigheid. Alleen wanneer door de overheid van bovenaf een verdeling wordt opgelegd die niet correspondeert met wat individuele burgers willen, ontstaat er in hun argumentatie een tegenstelling tussen “fairness” en “welfare”.

schappelijk belang niet realistisch. Deze benadering heeft echter belangrijke voordelen. In de maatschappelijke discussie is niet altijd duidelijk wat precies met maatschappelijk belang wordt bedoeld. De welvaartseconomische benadering geeft een concrete invulling en specificeert een programma om het maatschappelijk belang te realiseren. Bovendien kan op basis van deze aanpak worden geïdentificeerd wanneer en waarom in de praktijk niet aan het ideaal wordt voldaan en de markt faalt. In die instanties waar de markt faalt, wordt het maatschappelijk belang niet meer gediend. Dit zou aanleiding kunnen zijn voor de overheid om het marktfalen te corrigeren. Marktfalen leidt dan tot een publiek belang.

Marktfalen doet zich voor wanneer het prijsmechanisme er niet in slaagt om een Pareto optimale allocatie te realiseren. In principe kan de overheid dan instappen en er alsnog voor zorgen dat Pareto optimaliteit tot stand komt. Meestal worden vier klassieke vormen van marktfalen onderscheiden. Mogelijk kan werkloosheid daar als vijfde instantie aan worden toegevoegd.

In het voorgaande wordt ervan uitgegaan dat marktwerking een mechanisme is dat spontaan tot stand komt en verder geen kosten in zich draagt[6], maar in een moderne markteconomie is meer nodig. Er zijn twee essentiële voorwaarden. Ten eerste bestaat de markt bij de gratie van een rechtssysteem. Ten tweede zijn er kosten verbonden aan het marktmechanisme. We behandelen deze voorwaarden onder het kopje “contracten en transactiekosten”. Dan volgt een bespreking van marktfalen onder het kopje “vier tot vijf klassieke gevallen”. Vervolgens gaan we in op het overheidsbeleid tot herstel van de Pareto optimale allocatie in §2.2.3.

Contracten en transactiekosten

Markten waarin goederen en diensten worden verhandeld kunnen niet bestaan zonder eigendomsrechten en een juridisch systeem dat eigendomsrechten erkent. Opdat de markt goed kan werken als een allocatiemechanisme is het van essentieel belang dat rechtszekerheid en de mogelijkheid om bindende afspraken te maken (contractrecht) bestaan. Rechtszekerheid verbiedt de overheid of andere partijen om zomaar eigendom van anderen in bezit nemen. Zonder rechtszekerheid heeft privaat eigendom geen waarde en daarmee is rechtszekerheid de basis voor een goedlopende economie en voor stabiele sociale relaties. Rechtszekerheid hangt samen met het vastleggen en garanderen van eigendomsrechten. Ervan uitgaande dat de kosten van de inrichting van een rechtssysteem met eigendomsrechten lager zijn dan de kosten van bescherming van bezit door macht en geweld in een situatie van anarchie, dan is er volgens Nozick (1974) wederom een ‘onzichtbare hand’ die er voor zorgt dat er een coöperatieve organisatie tot stand komt die eigendomsrechten beschermt. De omvang van deze coalitie hangt mede af van de schaalvoordelen in de collectieve bescherming van individuele eigendomsrechten. Hoe dan ook tot stand gekomen, goed gedefinieerde eigendomsrechten zijn net als het bestaan van contractrecht noodzakelijk voor marktwerking.

---

[6] Zie Bradford (1945) voor een beschrijving van hoe spontaan een marktwerking ontstond in een krijgsgevangenkamp tijdens de laatste wereldoorlog.

Eigenlijk zijn het rechtssysteem zelf en de interne (politie) en externe (leger) bescherming van het rechtssysteem klassieke voorbeelden van publieke goederen. Publieke goederen worden hieronder behandeld als een van de vormen van marktfalen. Publieke goederen zijn dus ook verbonden met het ontstaan van de overheid.

Een tweede belangrijke vraag is of markten überhaupt haalbaar zijn als allocatiemechanisme. Er kunnen onoverkomelijke moeilijkheden zijn om eigendomsrechten te bepalen of om complete contracten af te sluiten. In dergelijke gevallen waarin de transactiekosten te hoog zijn, moet de markt meteen als mogelijk allocatiemechanisme uitgesloten worden. Transactiekosten zijn alle vormen van kosten van transacties en contracten. Dit zijn de kosten die tevoren (ex ante) gemaakt moeten worden om een contract tot stand te brengen en de kosten die daarna (ex post) gemaakt worden om de overeenkomst te bewaken en zo nodig af te dwingen. De ex ante transactiekosten bestaan uit de kosten van het vergaren van informatie aangaande het contract en de kosten voor het opstellen van een contract. Het afdwingen van de overeenkomst kan kosten van gerechtelijke procedures veroorzaken.

De boodschap van het beroemde artikel van Ronald Coase over "The Nature of the Firm" (1937) is dat de grens tussen markt en bedrijf bepaald wordt door de transactiekosten. Afhankelijk van de omvang van de transactiekosten zal een bedrijf cateringdiensten inhuren op de markt van cateringdiensten of zelf binnen het bedrijf catering organiseren met inzet van werknemers in dienstverband. In het eerste geval wordt de productie van cateringservices tot stand gebracht door de markt en verhandeld voor een marktprijs; in het tweede geval worden de cateringservices intern binnen het bedrijf geproduceerd en is de omvang van de productie afhankelijk van het budget dat de interne cateringafdeling krijgt toegewezen. In de loop van de tijd veranderen de transactiekosten en daarmee ook de grenzen tussen markt en bedrijf. Het is opvallend dat zelfs in een markteconomie het grootste deel van de allocatie niet via de markt tot stand komt maar binnen bedrijven en andere organisaties. John McMillan (2002, p. 168-169) schat dat minder dan een derde van alle transacties in de Amerikaanse economie via de markt lopen en dat meer dan 70 procent binnen bedrijven en organisaties tot stand komen.

Vier tot vijf klassieke gevallen

Er bestaat geen officiële standaard theorie over marktfalen. Elke auteur heeft zijn eigen bewoordingen en zijn eigen terminologie hiervoor[7]. Er bestaan in elk geval vier gevallen die door bijna iedereen worden genoemd: monopolievorming, externe effecten, publieke goederen en informatiegebreken. In al deze gevallen wordt niet voldaan aan de voorwaarden van het eerste fundamentele welvaartstheorema.

---

[7] Een gedegen uiteenzetting is te vinden in het hoofdstuk van Inman (1987) in de *Handbook of Public Economics*.

a. Monopolievorming/het ontstaan van marktmacht/schaalvoordelen

Zoals Adam Smith al schreef “People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices”. Marktmacht en monopolievorming is een haast niet te vermijden probleem in een marktomgeving. Echte concurrentie tot op het bot is een onrustig bestaan, terwijl het maken van prijsafspraken rust geeft en beantwoordt aan een dieperliggende behoefte aan ‘leven en laten leven’. Een aanbieder met marktmacht kan zich in belangrijke mate onafhankelijk van zijn concurrenten, leveranciers, afnemers of de eindgebruikers gedragen en kan het tot stand komen van een Pareto optimale allocatie verhinderen.

Monopolievorming kan ook het gevolg zijn van schaalvoordelen in de productie (het elektriciteitsnet) of van netwerkeffecten in de vraag (Microsoft). Indien de schaalvoordelen zo sterk zijn dat gegeven de omvang van de markt slechts één aanbieder efficiënt (tegen de laagste kosten) kan leveren dan ontstaat een natuurlijk monopolie. Een natuurlijk monopolie zal deze positie uitbuiten en een monopolieprijs vragen. Mede om dit te voorkomen wordt in de praktijk een toezichthouder aangesteld.

Een netelig welvaartsprobleem ontstaat bij productdifferentiatie. De welvaart van de consument neemt meestal toe wanneer hij of zij meer keuzemogelijkheden heeft. De ene blauwe spijkerbroek is de andere niet. De productie van verschillende soorten spijkerbroeken betekent echter dat de schaalvoordelen achterwege blijven, die er zouden zijn als maar één soort blauwe spijkerbroek zou worden geproduceerd. Gedifferentieerde producten zijn daarom duurder en bezorgen een lokale of productgerelateerde monopoliemacht aan de monopolistische concurrenten, maar leiden ook tot een hogere welvaart van de consumenten.

b. Externe effecten

In het geval van externe effecten weerspiegelt de prijs van een product onvoldoende alle baten en kosten die relevant zijn in de productie of consumptie van dat goed of die dienst. Bijvoorbeeld in het geval van negatieve externe effecten weerspiegelt de prijs van het product niet de milieukosten die worden veroorzaakt door de productie. De private prijs is dan te laag en er wordt teveel van dit goed geproduceerd. Of in het geval van positieve externe effecten, zoals bijvoorbeeld investering in scholing, weerspiegelen de private opbrengsten van onderwijs mogelijk onvoldoende dat een hoog opgeleid iemand ook baten heeft voor de samenleving die niet in zijn private opbrengsten worden gereflecteerd. Het private rendement is dus te laag en er wordt daarom te weinig in opleiding geïnvesteerd.

Volgens Coase (1960) hoeven externe effecten niet altijd te leiden tot marktfalen. Voor kleine aantallen betrokkenen en goed gedefinieerde eigendomsrechten kan via onderhandelingen een perfecte marktoplossing worden gevonden. Voor complexe externe effecten is er altijd marktfalen. Meestal zijn de transactiekosten om een marktgerichte oplossing uit te onderhandelen dan te groot en dreigt altijd het gevaar van free rider gedrag[8]. Het ontbreken van eigendomsrechten verklaart ook waarom in sommige gevallen wel en in andere gevallen geen externe effecten ontstaan.

c. Publieke goederen

Bij collectieve goederen is voortbrenging via de markt uitgesloten, omdat de baten van het goed non-exclusief zijn, en omdat het goed wordt gekenmerkt door non-rivaliteit in het gebruik.[9] Mede daardoor ontstaat 'free rider' gedrag. Consumenten kunnen profiteren van de voordelen van een collectief goed, zonder er voor te betalen. Voorbeelden zijn defensie en rechterlijke macht. Bij collectieve goederen komt de private markt en daarmee ook de marktprijs niet tot stand.

Marktfalen in geval van publieke goederen verdwijnt indien het mogelijk zou zijn om van elke burger te achterhalen wat zijn of haar bereidheid is om te betalen voor de realisatie van het publiek goed. Groves en Ledyard (1977) hebben onderzoek gedaan naar 'demand revealing processes' maar de resultaten zijn niet van dien aard dat daarmee het probleem van publieke goederen verdwijnt. Een meer vruchtbare aanpak in dit verband is die van Tiebout voor lokale publieke goederen (bijvoorbeeld publieke goederen die door gemeentes worden geleverd). Mobiele burgers zullen zich vestigen in die gemeenten die het door hen geprefereerde pakket van lokale publieke goederen aanbieden. Of 'marktwerking' en concurrentie tussen gemeenten zorgt voor de Pareto optimale allocatie van lokale publieke goederen hangt af van hoe effectief het middel 'voting with their feet' is dat burgers inzetten als ze niet tevreden zijn met wat hun huidige woonplaats heeft te bieden.

d. Informatiegebreken

Als de ene partij meer informatie heeft dan de ander bestaat de kans op opportunistisch gedrag en suboptimaal keuzegedrag. Het kan gaan om gebrekkige informatie over onder meer prijzen, kosten, risico's of kwaliteit. Als bijvoorbeeld het bieden van kwaliteit voor de aanbieder kostbaar

[8] Dit is ook wat wordt benadruk in de Calculus van het publiek belang van Bovenberg, Teulings en Van Dalen uit 2003.

[9] Non-exclusiviteit van baten betekent dat het onmogelijk is om mensen van het gebruik van het goed uit te sluiten. Non-rivaliteit betekent dat het gebruik door de ene consument niet ten koste gaat van gebruik door een ander.

is, maar consumenten de kwaliteit niet goed kunnen beoordelen, dan is er geen prikkel aanwezig voor de aanbieders om een bovengemiddelde kwaliteit te bieden en voor consumenten om hiervoor te betalen. De bijbehorende spiraal van een steeds slechtere kwaliteit- en prijsverhouding is de uit de literatuur bekende averechtse selectie.

Op sommige markten hebben niet de vragers, maar de aanbieders last van een informatieachterstand. Denk bijvoorbeeld aan de problemen die zouden ontstaan als een particuliere verzekeraar een verzekering tegen het werkloosheidrisico zou aanbieden. Het risico om een baan te verliezen of de kans om baan te vinden bij werkloosheid hangt in sterke mate af van het gedrag van de werkzoekende. Dit probleem wordt aangeduid als moral hazard ('moreel risico'). Moreel risico maakt dat sommige risico's niet verzekerd kunnen worden door particuliere verzekeringsmaatschappijen en dat er reden is voor de overheid om in te grijpen (sociale verzekering).

Het probleem van 'averechtse selectie' wordt in de markt vaak aangepakt doordat de aanbieders die een hogere kwaliteit aanbieden daarbij ook garanties geven (niet goed geld terug) of in de loop van de tijd een reputatie opbouwen, al dan niet gekoppeld aan een merkproduct. Het probleem van 'moral hazard' wordt in de markt aangepakt door nooit een volledige verzekering af te sluiten maar door altijd een deel van het risico op schade bij de verzekerde te laten.

e. Werkloosheid en conjunctuurfluctuaties

In een perfect werkende markt komen geen overschotten of tekorten meer voor. In een perfect werkende arbeidsmarkt zou werkloosheid leiden tot een loondaling die zo lang zou doorgaan tot het overschot aan mensen die bereid zijn om te werken ook werk hebben gevonden. Dit gebeurt om allerlei redenen echter niet (bijvoorbeeld wegens informatiegebreken of als gevolg van overheidsingrijpen, zoals het minimumloon en de ontslagbescherming). In een laagconjunctuur is er werkloosheid en onderbenutting van productiemiddelen. In een hoogconjunctuur is er eerder sprake van een overbenutting van de productiemiddelen en ontstaat er een inflatoire druk op de prijzen. Zowel werkloosheid als inflatie leidt tot welvaartverlies bij de burgers[10].

Het bestrijden van conjunctuurcycli gebeurt met behulp van van macroeconomisch beleid. Interessant is dat door Paul Samuelson bij de discussie rondom de introductie van Keynesiaanse macro-economie in de VS ooit de term 'neo-klassieke synthese' is bedacht. De gedachte erachter is

[10] Volgens Lucas (2003) is het welvaartsverlies te wijten aan de vier eerder genoemde vormen van marktfalen vele malen groter dan het welvaartsverlies door conjunctuurcycli.

dat de overheid met behulp van macro-economisch conjunctuurbeleid de cyclische problemen oplost. Als dat geregeld is kan de markteconomie weer gewoon zijn werk doen en volgt onder bepaalde voorwaarden weer Pareto optimaliteit. Op die manier koppelde Samuelson macrobeleid en marktbeleid los van elkaar.

Marktfalen betreft dus een zeer breed palet aan goederen en diensten. Opvallend is ook dat er bij alle vormen van markfalen bijzondere gevallen ontstaan die binnen de markt kunnen worden opgelost (denk aan externe effecten voor kleine aantallen, of reputatie-effecten bij informatiegebreken). Niet dat deze bijzondere gevallen het hele marktfalen oplossen. Maar ze geven wel aan wat de flexibiliteit en de kracht is van het marktmechanisme – ook in die instantie dat de markt dreigt onvolkomen te werken.

2.2.3 Overheid en publiek belang

In de genoemde gevallen van marktfalen slaagt het markmechanisme er niet in om een Pareto optimale situatie te bereiken. Een Pareto optimale situatie is sowieso noodzakelijk wil men de maatschappelijk optimale welvaart realiseren. Theoretisch zou in dat geval de overheid kunnen inspringen om Pareto optimaliteit te herstellen. Het falen van de markt leidt dan tot een publiek belang. De rol van de overheid in de welvaartseconomische benadering is dan om het marktfalen te herstellen waardoor de economie weer terug in een Pareto optimale situatie wordt gebracht.

In belangrijke mate is dit ook wat er gebeurt in de praktijk. De overheid heeft toezichthouders ingesteld, zoals NMa en Opta, die ervoor moeten zorgen dat monopolievorming en misbruik van marktmacht worden bestreden of die toezicht uitoefenen op natuurlijke en wettelijke monopolies. Externe effecten worden door de overheid opgevangen op veel verschillende manieren. Wat betreft negatieve externe effecten is het milieubeleid relevant, waarbij zowel gebruik wordt gemaakt van regelgeving (het bestrijden van geluidsoverlast door het maximeren van het aantal toegestane decibel) als van het prijsmechanisme zelf (verhandelbare emissierechten). Wat betreft positieve externe effecten kan verwezen worden naar de subsidies voor onderwijs, onderzoek en kunst. Publieke goederen worden door werknemers in dienst van de overheid geproduceerd (politie, leger) of private partijen worden door de overheid gefinancierd voor het realiseren van publieke goederen (infrastructurele werken). Het bestrijden van informatiegebreken loopt van consumentenwetgeving en voedselinspecties tot en met het door de overheid organiseren van sociale verzekeringen die welvaartsverhogend zijn, maar door moral hazard of averechtse selectie niet tot stand komen op de markt (werkloosheidsverzekering). Conjunctuurcycli worden bestreden met fiscaal en monetair beleid.

In de welvaartseconomische benadering van maatschappelijk en publiek belang bestaat de rol van de overheid uit het bepalen van de maatschappelijk optimale welvaartsverdeling en daarmee het invullen van het maatschappelijk belang, uit het tot stand brengen van de initiële verdeling die daarbij hoort en het inrichten van een rechtssysteem dat marktwerking accommodeert. Vervolgens doet de markt

zijn werk en realiseert een Pareto optimale allocatie en een bijhorende (optimale) welvaartsverdeling. Op die plekken waar de markt faalt ontstaat een publiek belang. De overheid corrigeert het marktfalen zodat alsnog de gewenste optimale allocatie wordt bereikt. Dit is het ideaalbeeld van de welvaartseconomische benadering. Er is op deze ideale visie veel aan te merken.

2.3 Theoretische en praktische onvolmaaktheid

Er is, ook binnen de economische wetenschap, kritiek op de welvaartseconomische benadering geleverd en er zitten zwakke plekken in de redenering. Zowel de overheid als de markt slagen er niet in om de rol uit te voeren die zij binnen de welvaartseconomische benadering verwacht worden te vervullen. Overheid en markt falen zowel in theoretische als praktische zin. Ze falen op een manier die niet te reparen is. Ze falen in die zin op een fundamentele manier in het realiseren van Pareto efficiëntie. Dat wordt hieronder toegelicht: in §2.3.1 gaan we in op dit theoretisch en praktisch niet te vermijden overheidsfalen en in §2.3.2 op het onvermijdelijke marktfalen.

Is daarmee het failliet van de welvaarteconomische aanpak van maatschappelijk en publiek belang uitgesproken? We menen van niet en geven in §2.4 bij wijze van conclusie argumenten om in het beleid te kiezen voor het welvaarteconomische afwegingskader.

2.3.1 Onvermijdelijk overheidsfalen

In de welvaartseconomische benadering wordt ervan uitgegaan dat de overheid via het politieke proces een keuze maakt voor wat de maatschappelijk optimale welvaartsverdeling is en daarmee het maatschappelijk belang bepaalt (§2.2.1). Vervolgens wordt marktwerking ingezet en de overheid voert corrigerend beleid bij falen van de markt. Hieronder bespreken we theoretische en praktische redenen waarom de overheid faalt zowel in het bepalen van het maatschappelijk belang als in haar corrigerende rol in geval van een publiek belang bij marktfalen.

Het argument betreffende het falen van de overheid bij het kiezen van de maatschappelijk optimale welvaartsverdeling en het bepalen van het maatschappelijk belang is gebaseerd op Arrow (1963). Arrow's onmogelijkheidsstelling zegt – kort door de bocht geformuleerd – dat collectieve beslissingen niet tegelijk kunnen voldoen aan de eis dat ze niet dictatoriaal zijn en dus gebaseerd zijn op de individuele welvaartsniveaus van alle burgers en aan de eis dat ze leiden tot een Pareto optimale allocatie[11]. Er kan wel een maatschappelijke keuzeregel worden opge-

[11] Arrow (1963) heeft vijf minimale eisen waar een collectieve beslisregel moet aan voldoen: Pareto optimaliteit (niet iedereen mag beter af zijn met een andere uitkomst), Non-dictatorship, Unrestricted domain (alle preferenties moeten kunnen), Rationality and Irrelevance of irrelevant alternatives (de beslisregel mag geen last hebben van irrelevante voorstelen). Hij toont aan dat geen enkele collectieve beslisregel aan deze vijf eisen tegelijk kan voldoen. Wel kan worden aangetoond dat een collectieve regel mogelijk is als een van de vijf eisen wegvalt.

steld waarmee een beslissing kan worden genomen over wat maatschappelijk belang is, maar die is dan bijvoorbeeld niet gebaseerd op de individuele welvaartsniveaus van de burgers of die kan nooit tot een Pareto optimale situatie leiden. In die zin zal een overheid altijd falen. Bijvoorbeeld een (al dan niet) meerderheidsregering kan het publiek belang definiëren ten gunste van haar achterban, maar zal in dat geval mogelijkerwijs de welvaartsniveaus van anderen benadelen.

Naast dit fundamenteel theoretische probleem zijn er vele praktische redenen waarom de overheid faalt in haar rol om het publiek belang te dienen.

Het is niet duidelijk dat de overheid altijd als doelstelling heeft om welvaart te optimaliseren of een situatie van Pareto optimaliteit te bereiken. Of zelfs als de overheid Pareto optimaliteit als doelstelling zou hebben, dan slaagt zij er nog altijd niet in om die te bereiken. Een van de belangrijke problemen waar zowel de markt als de overheid last van heeft, zijn informatieproblemen. De overheid als toezichthouder beschikt over een grote informatieachterstand ten opzichte van de organisaties waarop ze toezicht moet houden. Een voorbeeld maakt dit duidelijk. De overheid zou de Pareto efficiëntie voorwaarden 'prijs = marginale kosten' kunnen opleggen aan het bedrijf waarop toezicht wordt gehouden. De overheid kent echter vrijwel nooit de marginale kosten en het bedrijf waarop toezicht wordt gehouden heeft ook geen enkele prikkel om zijn marginale kosten kenbaar te maken aan de toezichthouder.

Ook is het beleid bij een publiek belang in de praktijk niet altijd proportioneel met de omvang van het marktfalen. De overheid zal zowel te veel als te weinig optreden en in haar correctie van marktfalen zowel fouten van de eerste als de tweede orde maken. Een voorbeeld van onnodig overheidsoptreden is het geven van een innovatiesubsidie aan een bedrijf dat ook zonder deze subsidie zou innoveren. Aan de andere kant schoot de overheid tekort in haar corrigerende rol in de periode voor de Mededingingswet toen Nederland bekend stond als het kartelparadijs.

Ondanks alle goede bedoelingen leidt overheidsingrijpen vaak zelf tot verstoringen in de economie. In zijn boek over overheidsfalen versus marktfalen laat Clifford Winston (2006) zien dat voor een groot aantal gevallen waar de overheid ingrijpt om marktfalen te corrigeren, de kosten van het overheidsingrijpen groter zijn dan de baten. Het medicijn van het overheidsingrijpen veroorzaakt vaak meer welvaartsverlies dan de ziekte van het marktfalen.

In box 2 worden een aantal vragen gesteld die gerelateerd zijn aan de kans dat overheidsfalen zich voordoet. De kans dat het bestaande overheidsbeleid averechtse effecten heeft en dat sprake kan zijn van overheidsfalen is groter als op de vragen 'ja' wordt geantwoord.

De welvaartseconomische aanpak gaat er – gebaseerd op het tweede fundamentele welvaartstheorema – van uit dat de overheid haar herverdelingsbeleid ex ante zal voeren via een herschikking van de initiële verdeling. In de praktijk echter zal de

overheid haar herverdelings- en merit good beleid eerder ex post uitvoeren. De overheid wacht als het ware op de uitkomsten van het marktmechanisme wat betreft de inkomensverdeling en de consumptiepatronen die daaruit rollen en zal achteraf de primaire consumptiepatronen en inkomensverdeling aanpassen via belastingen, heffingen, subsidies, geboden en verboden tot de door de overheid gewenste consumptiepatronen en inkomensverdeling.

Deze ex post inkomensherverdeling vindt ook plaats als er géén sprake is van marktfalen: herverdeling kan een motief voor overheidshandelen zijn. In situaties waar de marktuitkomst als onrechtvaardig wordt beschouwd, is ingrijpen gericht op het bereiken van een rechtvaardiger uitkomst. Meestal wordt hiervoor het systeem van belasting en uitkeringen gebruikt. In principe zou dat kunnen door de gewenste inkomensherverdeling in een keer via het heffen van belasting en het uitdelen van uitkeringen tot stand te brengen. Echter, in de praktijk wordt de herverdeling via belasting en uitkering op vele plekken aangevuld door andere vormen van herverdeling. Bijvoorbeeld door prijzen of subsidies die variëren met het inkomen (denk aan studiefinanciering en gedifferentieerde prijzen voor bijstandsgerechtigden)[12].

Theoretisch zou het voldoende moeten zijn om de resultaten die uit marktwerking volgen ex post financieel te corrigeren met heffingen en uitkeringen. Echter, dit is vaak voor de overheid onvoldoende en de overheid hecht naast 'cash benefits' ook heel veel belang aan 'in kind' hulp aan zijn burgers[13]. In dit geval stelt de overheid zich paternalistisch op. Paternalisme kan zowel aanleiding zijn om de productie en consumptie van producten waarvan de overheid meent dat die slecht zijn voor de burger te ontmoedigen (denk aan roken of drugs; 'demerit goods'), als om de productie en consumptie van producten waarvan de overheid meent dat die juist goed zijn voor de burger te stimuleren (denk aan het volgen van onderwijs, het bezoeken van een theater en het dragen van autogordels; 'merit goods').

Paternalisme kan worden gezien als een poging van de overheid om ongewenste en foute beslissingen te corrigeren of meer gewenste en of correcte keuzes te stimuleren. Deze vorm van overheidsinmenging staat op gespannen voet met een basispostulaat van de economische wetenschap, namelijk individuele rationaliteit en consumentensouvereiniteit. Maar dit is aan het veranderen. Economen krijgen steeds meer oog voor politieke en ethische aspecten van de samenleving. Ze erkennen ook vaker dat consumenten systematische beslisfouten maken, die zich (dankzij hun systematische karakter) lenen voor correctie door de overheid. Voorbeelden van dergelijke beslisfouten zijn een te korte individuele planningshorizon met als gevolg onder meer onvoldoende pensioenbesparingen, of te weinig oog voor de kans op ongevallen of ernstige ziekte met als gevolg een te geringe geneigdheid tot

[12] Zie het rapport van de commissie onder leiding van Raymond Gradus van het wetenschapschappelijk Instituut van het CDA over de vloek van inkomensafhankelijke regelingen.
[13] Zie recent overzichtsartikel van Janet Currie en Firouz Gavarih (2008) over "cash" en "in kind" transfers.

het sluiten van een ziektekostenverzekering. In dit soort gevallen is paternalistisch overheidsingrijpen vanuit welvaartsoogpunt gerechtvaardigd.

Een recente ontwikkeling in dit verband betreft het "libertarian paternalism". In deze benadering wordt ervan uitgegaan dat de overheid op slimme wijze burgers kan prikkelen om die beslissingen te nemen en die keuzes te maken die sporen met wat voor hen optimaal is. De burgers komen zelf om allerlei redenen (bijvoorbeeld irrationeel gedrag, moeite met het maken van keuzes) niet tot de optimale beslissing (Thaler en Sunstein, 2008).

Box 2: Vragen om de kans op overheidsfalen in te schatten

- Bestaat er een aanzienlijke druk van lobby- organisaties op de overheid om in te grijpen? Is de overheid vatbaar voor lobby- gedrag?[14] Is de kans aanwezig dat de overheid het maatschappelijk belang uit het oog verliest en inzoomt op bepaalde belangengroepen? Zijn er grote belangen gemoeid met overheidsingrijpen? Is er sprake van grote belangentegenstellingen i.v.m. overheidsingrijpen? Ontstaan nieuwe ongelijkheden (verbonden aan privileges, machtsposities en middelenverdeling in de publieke sector)?
- Leidt overheidsingrijpen tot het gevaar dat interne organisatiedoelen de publieke belangen vervangen? Is de kans aanwezig dat de overheidsorganisatie gaandeweg andere doelstellingen ontwikkelt dan waarvoor zij oorspronkelijk zijn opgericht (organisationele doelverschuiving)?
- Is sprake van ingrijpen door overheden op verschillende niveaus (het rijk en lagere overheden)? In dat geval kunnen de regels niet goed op elkaar aansluiten, overlappen of elkaar tegenwerken.
- Leidt overheidsingrijpen tot een ernstige verstoring van de marktwerking en hoge transactiekosten?
- Is het gevaar van bureaucratische (X-)inefficiënties groot (kosten van verspilling en verkeerde bedrijfsvoering door het gebrek aan marktprikkels)?
- Is financiering uit publieke middelen duurder dan financiering uit private bronnen (bijvoorbeeld door de verstorende effecten van belastingheffing)? Leidt private financiering tot een minder grote verstoring? Is financiering uit private middelen mogelijk?
- Heeft de overheid een informatieachterstand ten opzichte van de private markt? Leidt deze informatieachterstand tot inefficiënt ingrijpen?
- Kan de overheid zich voor langere tijd aan bepaald beleid committeren? Indien dat niet zo is, brengt dit kosten met zich mee doordat partijen in onzekerheid verkeren.
- Zijn er grote risico's verbonden aan het falen van overheidsingrijpen? Kan niet ingrijpen of verkeerd ingrijpen bijv. op het gebied van milieuaantasting ernstige gevolgen hebben voor de volksgezondheid?

Overheidsingrijpen kan nodig zijn om overheidsfalen te corrigeren. Omdat hoogstwaarschijnlijk in Nederland weinig problemen meer bestaan die voortkomen uit marktfalen en waarop de overheid nog geen beleid voert, zal in praktijk veel van het (nieuwe) beleid gericht zijn op het tegengaan van averechtse effecten van

[14] In de economische theorie van de totstandkoming van regulering zijn twee fundamentele theorieën van belang: de *public interest* theorie en de *private interest* theorie (in praktijk spelen er ook andere aspecten een rol bij regulering, zoals jurisprudentie, de Europese verwachtingen en eisen, uitvoeringsproblemen, technische ontwikkelingen of bezuinigingen). Volgens de eerste theorie komt regulering door de overheid tot stand op verzoek van het publiek om marktfalen te herstellen (Posner, 1974). De tweede theorie, ook wel de belangengroeptheorie genoemd, stelt dat overheidsregulering tot stand komt door inmenging van belangengroepen.

bestaand beleid. Denk aan de inflexibiliteit op de arbeidsmarkt door ontslagbescherming en minimumloon of aan ruimtelijke inpassingsproblemen als gevolg van ruimtelijk ordeningsbeleid. Omdat in dat geval niet de markt faalt, maar de oorzaak voor overheidsingrijpen ligt bij ander overheidsingrijpen spreken we hier ook van overheidsfalen.

2.3.2 Onvermijdelijk marktfalen

De welvaartseconomische benadering is gebaseerd op het realiseren van een Pareto efficiënt situatie met behulp van marktwerking. De Pareto efficiënte situatie wordt ook wel aangeduid als de 'first best' situatie. Er zijn twee belangrijke argumenten die de basis onder de welvaartseconomische benadering weghalen. Ten eerste vereist de welvaartseconomische benadering een volledig stelsel van markten. Dat is onmogelijk. Ten tweede kan worden aangetoond dat wanneer een bepaalde markt gekenmerkt wordt door een permanente 'second best' situatie het niet meer zinvol is om op andere markten de 'first best' Pareto situatie te realiseren.

Het bewijs van het eerste en het tweede fundamentele welvaartstheorema is afgeleid voor een theoretische situatie waarbij er N x T x S markten bestaan. Verondersteld wordt om te beginnen dat er markten zijn voor alle goederen en diensten N. Voor al deze goederen zijn er spot- en termijnmarkten van nu tot aan het einde der tijden. Er is een markt voor biertjes nu en biertjes in 2084. Vervolgens zijn al deze N x T markten ook nog een keer gedefinieerd voor alle toestanden S van de wereld. Met toestand van de wereld worden situaties bedoeld die de prijs van een goed of een dienst kunnen beïnvloeden. Indien de zomer van 2084 schitterend weer laat zien dan zullen de brouwerijen het super goed doen en dat beïnvloedt de prijs van bier en van alle productiefactoren die betrokken zijn bij de bierproductie. Er wordt dus een prijs vastgesteld voor bier in 2084 gegeven dat het een prachtige zomer is en eveneens gegeven dat het een verregende zomer is. Door alle markten N x T x S mee te nemen wordt door het marktsysteem alle toekomstige dynamiek die zich zal voordoen naarmate de jaren T zich voortschrijden in een keer gevangen en alle onzekerheid en de mogelijke verzekeringspremies en uitkeringen daarvoor worden opgevangen door de markten te definiëren voor alle mogelijke toestanden S. Het is gelijk duidelijk dat er enorm veel ontbrekende markten zijn. Dit geldt vooral wat betreft de toekomstige markten, zodat alle optimale dynamische eigenschappen zich nooit in de praktijk zullen voordoen. Het geldt ook voor het ontbreken van markten voor S zodat er altijd onzekerheid is waartegen men zich niet kan indekken. Een belangrijke reden waarom al deze toekomstige markten T en contingency markten S niet bestaan, is dat de transactiekosten (informatiekosten, zoekkosten, administratiekosten voor het opstellen en uitvoeren van contracten etc.) veel te hoog zijn. Er ontbreken altijd markten in het marktsysteem. Bij het ontbreken van markten kan nooit een Pareto optimale situatie worden gerealiseerd.

Een andere belangrijk reden van onvermijdelijk marktfalen, komt uit de literatuur over second best (Lipsey en Lancaster, 1956). Indien in het economisch marktsysteem op een bepaalde plek niet aan de voorwaarde van Pareto optimaliteit is vol-

daan, bijvoorbeeld wegens een natuurlijk monopolie, dan is het niet meer zinvol om nog te streven naar het realiseren van de andere Pareto optimaliteitsvoorwaarden. In het geval van second best is het voeren van beleid voor het corrigeren van marktfalen niet zonder meer zinvol om Pareto optimaliteit te restaureren.

Een fundamenteel theoretisch bezwaar op de welvaartseconomische benadering dat hieraan is gerelateerd, is afkomstig van Joseph Stiglitz en coauteurs (zie voor een samenvatting Stiglitz, 1991 en 1994). Informatieproblemen zijn onoverkomelijk in een economische omgeving. Informatieproblemen leiden tot ontbrekende markten en tot niet optimaal gedrag van economische agenten. In een omgeving met onvermijdelijke informatieproblemen geldt het eerste en tweede fundamentele welvaartstheorema niet meer en zijn ze ook niet meer te bereiken via correcties van overheidswege. Dit onvermijdelijke falen staat bekend als het Greenwald-Stiglitz Theorema.

2.4 Argumenten voor de welvaarteconomisch aanpak

Een cruciaal concept in de theoretische argumentatie tot zover is dat van volledig vrije mededinging (vvm). Volledig vrije mededinging is een volmaakte, maar bloedeloze vorm van marktwerking. “Mededinging” roept het beeld op van rivaliteit tussen marktpartijen. In een vvm markt is echter van enige rivaliteit geen sprake. In dit theoretisch marktmodel wordt verondersteld dat er op elke markt veel bedrijven zijn die ten opzichte van de totale markt zo weinig invloed kunnen uitoefenen op de marktwerking dat ze individueel de marktprijs niet kunnen beïnvloeden. In het theoretische marktmodel komt de marktprijs tot stand door het anonieme krachtenspel en interactie van alle vragers en alle aanbieders op die markt. Individueel heeft niemand invloed op de uitkomst van de markt. De marktprijs is voor elke vrager en elke aanbieder gegeven. Tegen die prijs kan hij of zij elke gewenste hoeveelheid kopen en verkopen. In de praktijk van de meeste markten hebben de aanbieders wel invloed op de prijs en een vaak voorkomend model is dat zij hun prijzen zetten (*posted prices*) en vervolgens kijken hoeveel klanten er op afkomen (denk aan de supermarkten). In andere markten zijn er bilaterale onderhandelingen tussen een vrager en een aanbieder en hebben beiden afhankelijk van hun onderhandelingsvaardigheden invloed op de prijs die tot stand komt.

In de praktijk is de volmaakte concurrentie van de theoretische markten vervangen door onvolmaakte, maar rivaliserende concurrentie. Een oligopolie situatie met een aantal grote aanbieders en daaromheen een aantal kleinere nichespelers is de gebruikelijke situatie op een markt. In een dergelijk oligopolistische markt komt niet de volmaakte Pareto optimale situatie tot stand. Maar een concurrentieel oligopolie waarbij het beperkt aantal mededingers intens met elkaar concurreren en rivaliseren, heeft wel een aantal eigenschappen die gunstig zijn voor de welvaart van de consumenten. Concurrerende oligopolies leiden tot prijs- en kwaliteitsniveaus die de niveaus van volmaakte mededinging vrij dicht benaderen (zie industriële organisatie tekstboeken over concurrerende Cournot en zeker Bertrand

modellen)[15]. Uit studies van Aghion en anderen (2005) (voor Nederland zie Jan Boone en Eric van Damme (2004)) blijkt dat concurrentiële oligopolisten het meest gunstig zijn voor innovatie en productvernieuwing.

Ondanks dat het theoretisch ideaal van vvm in praktijk niet bestaat, heeft de praktijk van rivaliserende concurrentie veel voordelen. De meest in het oogspringende daarvan is efficiëntiebevordering en dus welvaartsverbetering.

2.4.1 De kracht van marktwerking in de praktijk

Marktwerking kan op verschillende manieren efficiëntieverhogend uitwerken. Ten eerste betekent marktwerking dat producenten op de kosten moeten letten en de productiviteit moeten verhogen. Ten tweede betekent marktwerking dat vraag en aanbod beter op elkaar worden afgestemd. Dat kan doordat de markt een lagere prijs (eigenlijk: betere prijs-kwaliteitsverhouding) of meer productvarianten aanbiedt. We noemen dit tezamen statische efficiëntie (zie §2.2.1).

Het theoretisch ideaal van statische efficiëntie is in de praktijk echter niet genoeg. In het geval van rivaliserende concurrentie is er nog een derde concurrentiebevorderende factor: marktwerking wakkert investeringen in en introductie van nieuwe producten en nieuwe productiemethoden aan. In de discussie uit de jaren dertig over de planeconomie versus de markteconomie waren zoals hierboven aangegeven vertegenwoordigers van de Oostenrijkse school actief (Hayek en Von Mises). De Oostenrijkers hebben de zegeningen van de markt nooit gezocht in statische modellen met volmaakte mededinging. Voor hen lagen de voordelen van de markt eerder in de mogelijkheden die de markt creëerde voor een dynamische, risiconemende ondernemer die in zijn streven naar succes en in rivaliteit met de anderen nieuwe productiemethoden ontwierp of nieuwe producten introduceerde die – indien succesvol – leidde tot een hogere welvaart van de ondernemer maar ook tot een hogere welvaart van de consumenten. Deze visie spoort ook met de visie van Schumpeter in zijn boek over Capitalism, Socialism and Democracy (1942), waarin hij laat zien dat het kapitalisme een systeem is van creatieve destructie (zie ook het recente werk van Baumol (2002, 2007). Bij de val van de Berlijnse muur bleek ook dat het communistisch systeem uiteindelijk ten onder was gegaan omdat het een stilstaand systeem was zonder enige innovatie. De groei van de welvaart zit er niet in dat we steeds meer van hetzelfde maken (want dan zouden we nog altijd een economie hebben die gebaseerd is op paarden en postkoetsen). De welvaart zit in het voortdurend ontwerpen van nieuwe producten en productiewijzen die het leven van de burgers veraangenamen en hun mogelijkheden verbreden. We noemen dit dynamische efficiëntie.

---

[15] Wanneer er in een duopoliemarkt weinig beperkingen zijn aan het marktaandeel dat aanbieders op korte termijn zouden kunnen veroveren, zal intensieve prijsconcurrentie het gevolg zijn. In de theoretische karikatuur mondt deze zogeheten Bertrand-concurrentie uit in een situatie die voor de afnemer niet verschilt van een markt met talloze aanbieders, waarin de prijzen tenderen naar de marginale kosten. Specifiek overheidsingrijpen door prijs- of toegangsregulering is in dat geval niet nodig, ondanks het feit dat er slechts twee spelers actief zijn.

Samenvattend: de markt produceert wat burgers het meest belangrijk vinden en springt daarbij zuinig om met schaarse middelen. Op markten met weinig tot geen concurrentie zal het introduceren of verbeteren van marktwerking in deze economen-terminologie leiden tot statische en dynamische efficiëntie.

De verwachtingen ten aanzien van het introduceren of versterken van marktwerking is dus dat dit leidt tot lagere prijzen (en/of hogere kwaliteit), meer innovatie en tevreden consumenten. In die zin benaderen de concurrerende markten uit de praktijk van elke dag, de Pareto efficiënte kenmerken van het theoretische marktmodel. Zijn deze verwachtingen ook uitgekomen in de praktijk? Uit wetenschappelijke literatuur blijkt dat deze positieve verwachtingen over de effecten van marktwerking in de praktijk gegrond blijken te zijn en dat de markt in veel gevallen beter presteert dan de overheid[16]. Grosso modo vinden deze wetenschappers dat marktwerking (en rivaliserende concurrentie als onderdeel daarvan) heeft geleid tot lagere (arbeids)kosten en meer innovatie bij gelijkblijvende of toegenomen kwaliteit; de efficiëntie is dus toegenomen.

Mede op basis van deze empirische resultaten over marktwerking concluderen we dat het legitiem is om de markt als startpunt te hanteren bij het doordenken van de rol van de overheid. Dit strookt met de welvaartseconomische aanpak zoals beschreven in dit preadvies. Ondanks de litanie van onvolmaaktheden is deze welvaartseconomische aanpak nog altijd de minst slechte aanpak.

2.4.2 Pareto efficiëntie als benchmark en MKBA als sluitstuk

Dit preadvies beschrijft Pareto optimaliteit als de ideale situatie voor markt en overheid, maar laat ook zien dat de ideale situatie niet bestaat. Markten die aan alle condities voor Pareto-optimaliteit voldoen bestaan niet; evenmin kan overheidsbeleid dit repareren. Echter, de meeste beleidseconomen veronderstellen dat het toch meestal een Pareto-verbetering inhoudt als de overheid in haar beleid streeft om zoveel mogelijk de condities voor volkomen vrije mededinging (of wat daar in de praktijk mee overeenkomt: rivaliserende concurrentie) te benaderen. Stel bijvoorbeeld dat de transparantie van een markt beperkt is en nooit volledig zal zijn en er daarnaast barrières bestaan die vrije toetreding en uittreding voorkomen. Er is dan sprake van een second best situatie. Toch gaat de overheid er in dergelijke gevallen vanuit dat het optimaal is de marktbarrières te verlagen. We houden dus in de praktijk vast aan het Pareto-criterium als benchmark. Niet als ultiem doel, maar als richting voor beleid.

Ondanks het fundamentele falen van onze instituties om Pareto-optimaliteit te

[16] Zie bijvoorbeeld: Asaftei et al. (2008); Bartel & Harrison (2005); Boardman & Vining (1989); Disney et al. (2003); Estrin & Angelucci (2003); Griffith (2001); Kay (2002); Lundsgaard (2002); Megginson en Netter (2001); Nickell (1996); Okten & Arin (2006); Rees (1988); Ramaswamy (2001); Shleifer, 1998; Srinivasan & Jagannathan (1999); Vining & Boardman (1992). Ook het recente door EZ uitgevoerde onderzoek naar de resultaten van marktwerking is overwegend positief (ministerie van EZ, 2008).

behalen, concluderen we in dit preadvies dat de welvaartseconomische aanpak nog altijd de minst slechte is als het gaat om het doordenken van de rolverdeling markt en overheid. Concreet betekent de welvaartseconomische benadering dat voor elk allocatieprobleem altijd eerst wordt gekeken of dit aan de markt kan worden overgelaten. Door eerst de overheid weg te laten uit de analyse wordt duidelijk waar de markt faalt en waarom. Overheidsbeleid kan dan aangrijpen bij de oorzaken van de problemen. Omdat de overheid verschillende beleidsopties heeft en aan elk van die opties nadelen zijn verbonden (net als markten kunnen ook overheden falen), is het niet genoeg om vast te stellen dat de markt een bepaald belang onvoldoende borgt. Het moet duidelijk zijn dat de overheid dat beter – gemeten langs de meetlat van Pareto-optimaliteit oftewel welvaart – doet dan de markt.

Het instrument bij uitstek om dat vast te stellen, is een maatschappelijke kostenbatenanalyse (MKBA). Dergelijke analyses kunnen het grijze gebied, waarin niet meteen duidelijk is wat de taakverdeling tussen markt en overheid is, minimaliseren. Dit grijze gebied is waar beleidsproblemen ontstaan. Politie hoort bij de overheid en pindakaas bij de markt, maar wat doen we met pensioenen, gasopslag en onderwijs? De eerlijkheid gebiedt te zeggen dat de theoretische inzichten over marktwerking lang niet altijd duidelijkheid verschaffen in het grijze gebied. Soms weten we vooraf gewoonweg niet of de markt of de overheid beter slaagt in het bereiken van meer welvaart. Een MKBA biedt dan uitkomst. Het zorgt voor een expliciete afweging van kosten en baten en de verdeling daarvan over actoren. De politieke motieven die nu vaak zo impliciet in beleidskeuzes zitten verstopt, worden met een MKBA expliciet gemaakt. Duidelijk wordt waarom de overheid iets tot een publiek belang rekent. We zijn daarmee uit de cirkel gestapt die de WRR in navolging van de Haagse praktijk tekende. Het grijze gebied wordt transparanter en dus kleiner door het toepassen van MKBA. Daarenboven wordt het grijze gebied kleiner door het kiezen van de aanvliegroute van de markt.

2.4.3 Conclusie

Dit preadvies is geschreven vanuit de ervaring dat de mate van overheidsingrijpen verschilt naar gelang de beleidsmaker of politicus zijn afwegingsproces start bij de overheid of bij de markt. De definitie van wat een publieke belang is, verschilt sterk tussen beide aanvliegroutes. Startend bij de markt zal minder snel sprake zijn van een publiek belang. Is de keuze voor de markt als startpunt een ideologische stap zoals economen wel wordt verweten? Nee, daar is geen sprake van. Er zijn objectieve redenen om bij de markt te starten en te werken met het in dit preadvies uitgeschreven welvaartseconomische afwegingskader bij het borgen van publieke belangen.

Allereerst is er het empirische bewijs dat marktwerking aan de theoretische verwachtingen van hogere statische en dynamische efficiëntie voldoet en in veel gevallen beter presteert dan de overheid[17]. Marktwerking werkt efficiëntie in de

[17] Zie de in de vorige voetnoot aangehaalde empirische studies.

hand, waardoor geen schaarse middelen worden verspild in een wereld van tekorten. Marktwerking creëert meer welvaart voor iedereen: "The capitalist achievement does not typically consist in providing more silk stockings for queens but in bringing them within the reach of factory girls in return for steadily decreasing amounts of effort" (Schumpeter, 1942, p.67). Pareto optimaliteit wordt weliswaar nooit gerealiseerd, maar de benadering (met de hierboven gedefinieerde rivaliserende concurrentie) blijkt in de praktijk vele voordelen te hebben. Door te starten bij de markt kunnen deze voordelen zoveel mogelijk worden meegenomen in de afweging.

Er zijn ook ethische, niet in dit preadvies behandelde, argumenten voor de welvaartseconomische benadering. Marktwerking kan worden gerelateerd aan persoonlijke vrijheid[18] en keuzevrijheid. Overheidsingrijpen daarentegen betekent altijd dat gebruik wordt gemaakt van haar machtsmonopolie waarmee burgers dwingend worden gestuurd of waarbij burgers worden verplicht heffingen te betalen. Het feit dat overheidsingrijpen gepaard gaat met het inperken van individuele vrijheden en het heffen van belasting betekent dat dit ingrijpen gelegitimeerd moet worden. Deze legitimatie is alleen mogelijk door beleidsproblemen vanuit het startpunt van de markt te analyseren.

Verder zijn er ook praktische redenen om het welvaartseconomische benadering als leidraad te nemen in beleidsafwegingen. Ten eerste biedt de welvaartseconomische benadering en de analyse van marktfalen een organisatieschema om beleidsproblemen te structureren. De begrippen marktwerking, maatschappelijk belang en publiek belang passen perfect in dit schema. Ten tweede biedt de welvaartseconomische benadering een toetsingskader om de resultaten van marktwerking en van overheidsingrijpen te beoordelen. De prestaties van de markten in de praktijk kunnen worden beoordeeld door de praktische resultaten te vergelijken met de economische eigenschappen van een economie in een Pareto optimale situatie. Bijvoorbeeld "prijs gelijk aan marginale kosten" is een theoretische eigenschap[19] waarmee marktwerking in de praktijk kan worden beoordeeld en marktfalen kan worden gedefinieerd. Ten derde biedt de welvaartseconomische benadering een kader waarmee overheidsingrijpen kan worden gelegitimeerd. We bedoelen hiermee de techniek van de kostenbatenanalyse van overheidsingrijpen. Elk overheidsingrijpen brengt (welvaarts)kosten en -baten met zich mee. Overheidsingrijpen is welvaartsverhogend indien de baten de kosten overstijgen.

Samenvattend: de economische ordening is een mengvorm van markt en overheid met een lexicografische ordening: eerst de markt en dan de overheid. Het is in de

---

[18] *Capitalism and Freedom* van Milton Friedman is het klassieke voorbeeld in dit verband.

[19] Voor goederen met hoge vaste kosten kan de regel 'prijs gelijk aan marginale kosten' leiden tot verliezen omdat de vaste kosten onvoldoende worden terugverdiend. Binnen de welvaartseconomische benadering kan worden afgeleid dat niet lineaire prijzen en Ramsey prijzen in die gevallen mogelijk een oplossing bieden.

eerste plaats een markteconomie bijgestaan door de overheid. Al met al blijkt de economische keuze voor een markteconomie vergelijkbaar met de politieke keuze voor een democratie en dus besluiten we met een variatie op de uitspraak van Churchill:

> "The market economy is the worst form of economy, except for all those other forms that have been tried from time to time."[20]

[20] "Democracy is the worst form of government, except for all those other forms that have been tried from time to time". From a House of Commons speech on November 11, 1947.

Referenties

Aghion, Ph., N. Bloom, R. Blundell, R. Griffith, P. Howitt (2005) Competition and innovation: an inverted-U relationship, *Quarterly journal of Economics*, May; 701-728.

Arrow, K. (1963), *Social Choice and Individual Values*, New York: John Wiley & Sons, Inc. (2nd edition).

Arrow, K. en F. Hahn (1971), *General Competitive Analysis*, Edinburgh: Oliver and Boyd.

Asaftei, G. S.C. Kumbhakarb & D. Mantescu (2008), Ownership, business environment and productivity change. *Journal of Comparative Economics*, 36(3); 498-509.

Baumol, W.J. (2002), *The free-market innovation machine: analyzing the growth miracle of capitalism*, New Jersey: Princeton University Press.

Baumol, W.J., R.E. Litan & C.J. Schramm (2007), *Good capitalism, bad capitalism, and the economics of growth and prosperity*, New Haven: Yale University Press.

Bergson, A. (1938), A Reformulation of Certain Aspects of Welfare Economics, *Quarterly Journal of Economics*, 52(2); 310-34.

Bartel, A.P. & A.E. Harrison (2005), Ownership Versus Environment: Disentangling the Sources of Public-Sector Inefficiency. *Review of Economics and Statistics,* 87(1); 135-147.

Boardman, A.E. & A.R. Vining (1989), Ownership and performance in competitive environments, *Journal of Law and Economics*, 32; 1-33.

Boone, J. en E. van Damme (2004), Markstructuur en innovatie, in: B. Jacobs en J. J. M. Theeuwes (reds.), *Innovatie in Nederland - De markt draalt en de overheid faalt*, p. 71-92, Koninklijke Vereniging voor de Staathuishoudkunde Preadviezen 2004, Amsterdam.

Bradford, R.A. (1945), The Economic Organization of a Prisoner of War camp, *Economica*, 12; 189-210.

Coase, R. (1937), The Nature of the Firm, *Economica*, 4; 386-405.

Coase, R. (1960), The Problem of Social Cost, *Journal of Law and Economics*, 3; 1-44.

Currie, J. & F. Gavarih (2008), Transfers in Cash and In-Kind: Theory meets the Data, in *Journal of Economic Literature,*46 (2), June; 333-383.

Disney, R., J. Haskel & Y. Heden (2003), Restructuring and productivity growth in UK manufacturing. *Economic Journal*, 113; 666–694.

Estrin, S. & M. Angelucci (2003), Ownership, Competition and Enterprise Performance. *Comparative Economic Studies*, 45(2); 173-191.

Friedman, M. (1962), *Capitalism and Freedom*, Chicago: University of Chicago Press.

Griffith, R. (2001), *Product Market Competition, Efficiency and Agency Costs: An Empirical Analysis*. The Institute For Fiscal Studies, working paper WP01/12.

Groves, Th. & J.O. Ledyard (1977). Optimal Allocation of Public Goods: A Solution to the “Free Rider” Problem*, Econometrica*, vol. 45(4); 783-809.

Inman, R. (1987), Markets, Governments and the "New" Political Economy, Chapter 12 in Auerbach and Feldstein, *Handbook of Public Economics*, volume II, Elsevier, Amsterdam; 647-777.

Kaplow L. & S. Shavell (2002), *Fairness versus Welfare*, Cambridge: Harvard University Press.

Kay, J. (2002), *The Business of Economics.* Oxford University Press.

Lipsey, R.G. & K. Lancaster (1956), The General Theory of Second Best, *The Review of Economic Studies*, Vol. 24, No. 1. (1956-1957); 11–32.

Lucas, R. (2003), Macroeconomic Priorities, *American Economic Review*, 93(1); 1-14.

Lundsgaard, J. (2002), *Competition and efficiency in publicly funded services*. OECD Working Paper, no. 331, Paris.

McMillan, J. (2002), *Reinventing the Bazaar: The Natural History of Markets*, New York: W.W. Norton & Company.

Megginson, W. & J. Netter (2001), From State to Market: A Survey of Empirical Studies on Privatization. *Journal of Economic Literature*, 39 (June); 321-389.

Ministerie van Economische Zaken (2008), *Onderzoek marktwerkingsbeleid*. Den Haag.

Nickell, S. (1996). Competition and corporate performance. *Journal of Political Economy,* 104; 724-746.

Okten, C. & K.P. Arin (2006), The Effects of Privatization on Efficiency: How Does Privatization Work? *World Development*, 34(9); 1537-1556.

Pigou, A.C. (1932), *The Economics of Welfare*, Fourth Edition, London: MacMillan and Co.

Posner, R.A. (1974), Theories of Economic Regulation, *Bell Journal of Economics*, 5(2); 335-358, Autumn.

Ramaswamy, K. (2001), Organizational ownership, competitive intensity, and firm performance: an empirical study of the Indian Manufacturing sector. *Strategic Management Journal*, 22; 989–998.

Rees, R. (1988), Inefficiency, public enterprise and privatisation. *European Economic Review*, 32; 422-431.

Schumpter, J.A. (1942), *Capitalism, Socialism and Democracy*. New York: Harper and Row.

Shleifer, A. (1998), State versus private ownership, *Journal of Economic Perspectives*, 12(4), 133-150.

Smith, A. (1776), *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*.

Srinivasan, S.B. & R. Jagannathan (1999), *Does Product Market Competition Reduce Agency Costs*. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract= 181166.

Stiglitz, J.E. (1991), *The Invisible Hand and Modern Welfare Economics*, NBER, working paper 3642, Cambridge.

Stiglitz J.E. (1994), *Whither Socialism?*, Cambridge: MIT Press.

Teulings, C.N., Bovenberg, A.L. & Dalen, H.P. van (2003),*De calculus van het publieke belang*. Den Haag: Kenniscentrum voor Ordeningsvraagstukken.

Thaler, Richard H. and Cass R. Sunstein (2008). *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness* Washington D.C.

Vining, A. & A. Boardman (1992), Ownership versus competition: efficiency in public enterprise. *Public Choice*, 73; 205-39.

Wetenschappelijk instituut CDA (2008), *Een sociale vlaktaks: Naar werkbare en begrijpelijke inkomstenbelastingen*, Den Haag.

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (2000), *Het borgen van publiek belang*. WRR rapporten aan de regering, 56. Den Haag: Sdu uitgevers.

Winston, C. (2006), *Government Failure versus Market Failure*, Washington D.C: AEI-Brooking Joint Center for Regulatory Studies.

Hoofdstuk 3 Marktwerking en algemeen belang in de Europese Unie

Jacques Pelkmans[*]

3.1 Inleiding

Marktwerking speelt een belangrijke rol in de Europese economische integratie. Hoewel niet-economische aspecten (zoals samenwerking bij criminaliteitsbestrijding en asieltoewijzing, maar deels ook buitenlands beleid) een groter gewicht in de schaal leggen dan in de eerste decennia van de Unie, is en blijft de economische integratie de 'harde kern' van de Europese integratie. Centraal daarin staat de interne markt. Vanaf het begin heeft voorop gestaan dat de instelling of verwezenlijking ('establishment') van de interne markt een noodzakelijke maar onvoldoende voorwaarde is om de sociaal-economische doelstellingen (zie sectie 2) van de Unie effectief na te streven. Daartoe is de 'goede werking' (proper functioning) van de interne markt vereist en het verdrag[1] benadrukt dat expliciet op diverse plaatsen. Daarnaast speelt marktwerking ook een rol in het gezamenlijke belang dat de 27 lidstaten zien in ieders' nationaal economisch beleid (zie art. 99, EG) alsmede in de goede werking van de muntunie, al geldt die momenteel slechts voor 16 lidstaten.

Vanaf het verdrag van Rome (1957) is de ontwikkeling van de interne markt[2] steeds verder doorgevoerd. Deze opbouw van de interne markt wordt bepaald door een functionele logica, in wisselwerking met het (krachtige) EU recht dat overigens stap voor stap versterkt is door diverse verdragswijzigingen[3]. De functionele logica van de interne markt combineert altijd de *instelling* van de interne markt (door het opruimen van allerlei barrières voor feitelijke of potentiële grensoverschrijdende mobiliteiten in de Unie, hetgeen liberalisatie wordt genoemd) met

---

[*] Jacques Pelkmans bekleedt de Jan Tinbergen leerstoel op het Europa College te Brugge en is Senior Research Fellow bij CEPS (Centre for European Policy Studies) te Brussel. De auteur is dank verschuldigd aan Eric van Damme en Maarten Pieter Schinkel voor stimulerend commentaar en verduidelijking, alsmede aan Bart van Riel en Marko Bos voor zorgvuldige lezing van een eerdere versie en suggesties voor concrete verbeteringen. Het spreekt vanzelf dat alleen de auteur verantwoordelijk is voor omissies en zwakke punten in dit Preadvies.

[1] Het voor dit Preadvies relevante verdrag is het EG verdrag. Daarnaast is er een ruimer verdrag voor de EU dat tevens handelt over bv. gezamenlijke buitenlandse politiek en waarden die de Unie voorstaat. In het nieuwe Lissabon verdrag is eveneens sprake van twee verdragen en het relevante verdrag daarbij is het verdrag aangaande de werking van de EU. Voor dit Preadvies maakt dit laatste geen verschil, op een enkel punt na.

[2] Aanvankelijk werd gesproken van een gemeenschappelijke markt (common market) en de term 'interne markt' kwam pas in zwang rond 1980. Sinds de Europese Eenheidsakte, een verdragswijziging die van kracht is sinds de lente van 1987, is het begrip interne markt in het verdrag opgenomen en gedefinieerd. In economische zin bestaat er geen verschil tussen beide termen.

[3] Voor een gestyleerd overzicht, met flow-charts, van de essentiele veranderingen van het economische deel van het verdrag in 1985/87 (de Europese Eenheidsakte), Maastricht (1991/2), en Amsterdam (1997), zie Pelkmans, 2006, hoofdstuk 2. De wijzigingen in Nice (2000) en Lissabon (2007/9) zijn vrijwel uitsluitend institutioneel en politiek.

regulering of gezamenlijk beleid – waar relevant – met het oog op de *'goede werking'* van de interne markt. Gelijk een binnenlandse markt, kan ook de interne markt 'falen' en dat rechtvaardigt (meestal) regulering en/of ander EU beleid, onder bepaalde 'disciplines'. Naast marktfalen en de EU oplossing ervoor, is er beleidsruimte voor lidstaten, binnen strakke EU voorwaarden, om de mobiliteiten over intra-EU grenzen dan wel de mededinging die daaruit volgt, soms te beperken. Die ruimte kan benut worden om bepaalde nationale sociaal-politieke keuzen in het 'algemeen belang' te beschermen tegen ondermijning door Europese marktwerking. Aangezien de interne markt inmiddels vrij ver is uitgebouwd, is het onvermijdelijk dat allerlei aspecten en terreinen deels (of soms zelfs geheel) onder EU liberalisatie en regulering zijn gaan vallen, althans waar van grensoverschrijdende effecten sprake is of redelijkerwijze kan zijn. De ambitie om zo'n 'diepe' en veelomvattende interne markt te ontwikkelen heeft eveneens geleid tot conceptuele en praktische problemen aangaande de door lidstaten geclaimde uitzonderingen op basis van het 'algemeen belang'. Binnenlandse sociale en politieke actors hebben daar niet zelden tegen geprotesteerd, deels wegens de aanvankelijke onbekendheid met de EU logica, deels omdat 'marktwerking' werd gewantrouwd, deels omdat men hechtte aan een ongebreidelde autonomie met betrekking tot een dergelijk 'algemeen belang', een autonomie die enigszins wordt ingesnoerd door algemene verdragsbeginselen en een nauwgezette afbakening met wat nog wel onder EU liberalisatie en marktwerking valt.

Tegen deze achtergrond bespreekt dit Preadvies de plaats en rol van marktwerking in de EU alsmede waarom, hoe en in hoeverre de combinatie dan wel de afweging met het 'algemeen belang' geschiedt. Dat 'algemeen belang' is doorgaans een nationaal belang geformuleerd door gekozen politici die het mandaat van kiezers uitvoeren. Daarbij dient wel in het oog te worden gehouden dat er ook zoiets is als het 'algemeen Europees belang' dat in betrekkelijke open bewoordingen in de verdragen is opgenomen. Dat EU belang kan gelegen zijn in de fundamentele vrij verkeer en vestigingsrechten die economische agenten toekomen rechtens het verdrag, maar ook in gezamenlijke regulering of jurisprudentie die nou eenmaal bovenschikkend is. Het is wezenlijk onjuist om hierbij een algemene tegenstelling tussen "de" EU en nationale belangen te suggereren, alsof de Lidstaat en haar organen geen constituerend deel van de EU uit zouden maken en daar geen (vaak directe) invloed op (kunnen) uitoefenen. De EU borgt zowel nationaal 'algemeen belang' (onder voorwaarden) als door de verdragen en EU beleid (met expliciete invloed van de Lidstaten) geschapen EU belangen. Het gaat dus uiteindelijk om zorgvuldige afweging van beide.

Al die afwegingen maken deze problematiek ingewikkeld en juridisch soms uitermate complex. Dit artikel zal echter slechts in beperkte mate op deze technische details ingaan omdat dat voor de interne markt logica en de onderliggende economische gedachtegang niet nodig is.

Sectie 2 zet de interne markt logica uiteen. Sectie 3 gaat in op EU regulering en ander EU beleid (waaronder mededingingsbeleid) dat beoogt tot 'goede interne

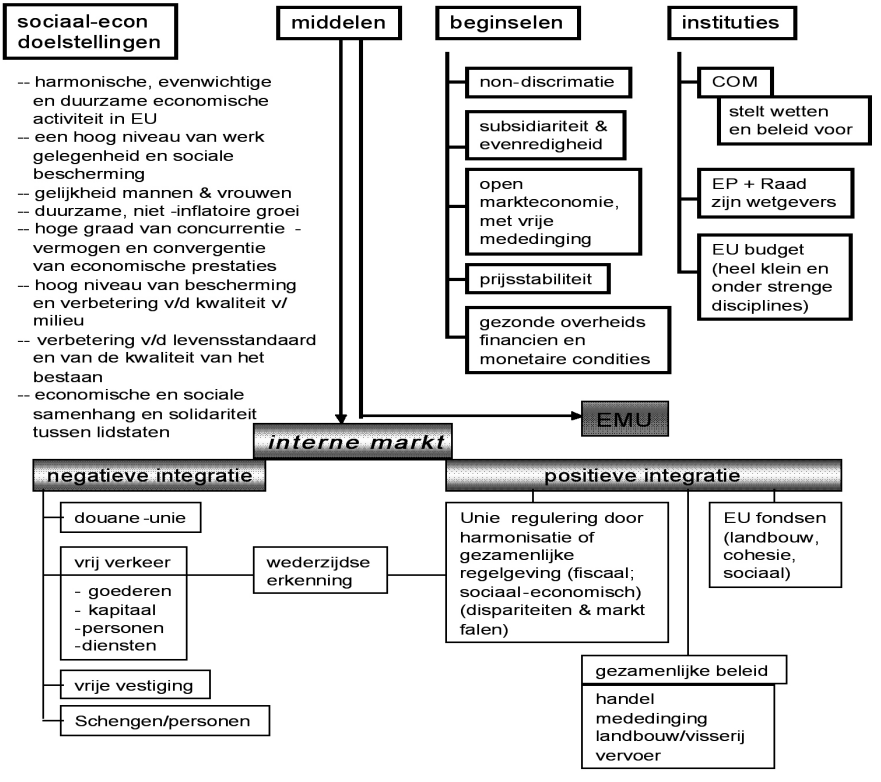
marktwerking' te komen ter bevordering van de sociaal-economische doelstellingen van de Unie. Wordt potentieel marktfalen aangepakt zonder in overregulering te vervallen die marktwerking juist weer zou doen verflauwen? Sectie 4 gaat dan in op de vraag hoe de EU nationaal 'algemeen belang' borgt. Daarbij moet een afweging worden gemaakt tussen het gezamenlijke EU belang om de interne markt zo goed mogelijk te laten werken en de beleidsautonomie van een lidstaat. Dat geschiedt in essentie op twee manieren: *enerzijds* kunnen onderdelen van intra-EU "vrij verkeer" worden uitgezonderd (dat kan op basis van het verdrag maar in feite ontstaat dan vaak een drang om *middels de EU* het bedoelde belang te borgen via EU regulering, zodat de interne markt toch kan functioneren), *anderzijds* mogen lidstaten vertrouwen op nationale beleidsautonomie op die terreinen die buiten het verdrag vallen. In het laatste geval is de kwestie of, en in hoeverre, de *precieze afbakening* van deze autonomie toch weer allerlei afwegingen oproept in de dagelijkse economische praktijk, dan wel de (in deze) autonome lidstaat *onevenredig verstorende* instrumenten hanteert die de interne markt onnodig belemmeren.

De eerste manier heeft aanvankelijk geresulteerd in zoveel uitzonderingen op intra-EU vrij verkeer in goederen, diensten en productiefactoren dat men zich zo'n dertig jaar geleden in rede kon afvragen of er eigenlijk wel uitzicht was op een ware interne markt. Daar zijn vervolgens drie nieuwe oplossingen voor gevonden die alle drie dat algemene belang volledig blijven respecteren maar tevens de interne markt verdiepen en verbreden: wederzijdse erkenning; veel meer EU regulering (waarin dat nationale algemene belang is vervat) maar vooral gericht op de doelstellingen (zoals gezondheid, veiligheid, etc.) en minder op details van technische specificaties; en het afschaffen van veto's in de ministerrraad. In goederen zijn deze oplossingen grosso modo toereikend en succesvol gebleken, in diensten slechts ten dele. Er zijn ook mislukkingen zoals het ontberen van een heus EU octrooi. Marktintegratie is zwak en verstoord in arbeidsmarkten aangezien lidstaten verregaande autonomie voor nationale regulering van arbeidsmarkten (inclusief sociale regelingen) hebben geclaimd. Voorbeelden van de tweede manier zijn te vinden in het EU regime voor de publieke omroepen (zonder overigens de beleidsdiscretie ten aanzien van die publieke omroepen aan te tasten), de nationale autonomie voor loterij- en gokbeleid en de randvoorwaarden van de nationale zeggenschap op terreinen als onderwijs en gezondheidszorg (vooral daar waar het beleid op nationaal niveau meer en meer marktwerking inzet of toelaat). In het licht van deze uiteenzettingen zal sectie 5 enkele concrete voorbeelden voor Nederland belichten, namelijk publieke TV-diensten, woningbouwcorporaties en onderwijs. Het zal blijken dat de EU goed ontwikkelde kaders voor dergelijke afwegingen hanteert en hoofdzakelijk waakt dat de interne markt niet onnodig wordt ondermijnd. Bij mededingingsbeleid ligt dat iets minder eenvoudig, al is ook daar aanzienlijke ruimte voor lidstaten. Wel geldt steeds dat lidstaten de EU disciplines ter bescherming van concurrenten dienen te aanvaarden. Deze concurrenten moeten kunnen vertrouwen op voorspelbare, heldere grenzen van beschermde constructies (onder de uitzonderingen op basis van het 'algemeen belang') voor hun strategische beslissingen in die markten en mogen niet worden afgetroefd door bijvoorbeeld verhulde kruissubsidiëring. Sectie 6 bevat korte conclusies.

3.2 De interne markt logica

Figuur 3.1 geeft de plaats van de interne markt weer in het verdrag. Hoewel diverse verdragswijzigingen de rol van de interne markt significant hebben versterkt door ruimere reikwijdte en verdieping, is de interne markt logica op zich niet veranderd.

Figuur 3.1 Plaats interne markt in EU



De figuur styleert de plaats en rol van de interne markt als volgt. De relevante elementen van het verdrag bestaan uit de sociaal-economische doelstellingen[4], de middelen die de EU dient aan te wenden om deze doelstellingen te bevorderen, een aantal fundamentele beginselen[5] en waaraan moet worden voldaan en instituties

[4] In Figuur 1 zijn de sociaal-economische doelstellingen uit art. 2, EG, opgenomen zoals geformuleerd in de verdragen van Amsterdam (1997) en Nice (2000; niet gewijzigd). Het verdrag van Lissabon (bij het schrijven van dit Preadvies nog niet geratificeerd) is enigszins anders opgezet, maar hanteert ongeveer dezelfde formulering.

[5] Het woord 'beginselen' dient ruim te worden opgevat en speelt vooral een rol in de formele rechtsgrond van allerlei maatregelen (en jurisprudentie). Het gaat eigenlijk om gezamenlijke kenmerken en randvoorwaarden.

voor wetgeving, beleid en handhaving (waaronder de kleine en rigide EU begroting). De middelen (tegenwoordig in het verdrag de 'activiteiten' genoemd) bestaan uit de interne markt en EMU.[6] Zoals opgemerkt, gaat het bij de interne markt zowel om de instelling ervan als om de goede werking. Het tot stand komen van de interne markt behelst de geleidelijke verwezenlijking van vrij verkeer en vrije vestiging, een veelomvattend en langdurig proces, waarbij in de loop van de tijd de uitzonderingen en voorwaardelijkheid stap voor stap zijn afgenomen.[7] De goede werking van de interne markt vereist het minimaliseren van willekeurige (niet-gerechtvaardigde) diversiteit van nationale regels[8] door harmonisatie of wederzijdse erkenning, alsmede het voorkomen van marktfalen zoals externaliteiten en internaliteiten. Daarenboven wordt de goede werking van de interne markt bepaald door een aantal vormen van beleid grotendeels of geheel op EU niveau te gaan voeren omdat het handhaven van nationaal beleid tot enorme distorsies en inconsistenties zou leiden (vervoersbeleid, landbouw & visserij, handelspolitiek) dan wel tot marktfalen (mededinging).

De interne markt van de EU combineert 'negatieve' en 'positieve' integratie, d.w.z. respectievelijk de totstandkoming van de economische vrijheden over intra-EU grenzen voor economische agenten, en gezamenlijke regulering, EU beleid en/of uitgaven om de aldus verwezenlijkte interne markt goed te laten werken[9]. Zoals *Figuur 3.1* aanduidt, bestaat de negatieve integratie uit de douane unie, vrij verkeer voor goederen, diensten, kapitaal en personen (en werknemers, zie art. 39, EG), vrije vestiging en ongehinderd personenverkeer voorzover dat afhangt van aspecten die aanvankelijk buiten de verdragen vielen (zoals controle op criminelen, asielzoekers, terroristen, etc.). In de praktijk van liberalisatie in de EU gaat de positieve integratie vaak samen met de negatieve: onderdelen van vrij verkeer worden pas bereikt indien lidstaten (en het EP) het eens zijn over de relevante EU regels (bv. minimum normen) die marktfalen voorkomen of kostbare heterogeniteit van nationale regels voldoende verminderen. Een boeiend concept dat positieve en negatieve integratie op ingenieuze wijze verbindt, is wederzijdse erkenning. In het goederenverkeer en deels bij diensten wordt het vrije verkeer gehandhaafd (lidstaten kunnen invoer dus niet belemmeren) terwijl tegelijk de nationale regels niet worden afgeschaft of op EU niveau worden bepaald. De juris-

---

[6] Weliswaar spreekt art. 4, EG, tevens over de 'nauwe coordinatie van het economische beleid van de lidstaten' dat (flauwtjes) wordt uitgewerkt in art. 99, EG, maar dit reikt niet zo ver (omdat lidstaten voor nationaal economisch beleid uiteraard hun autonomie willen behouden) en heeft bovendien slechts beperkte betekenis voor marktwerking. Waar relevant wordt hierop teruggekomen.

[7] Dit is minder lastig geworden sinds de Europese Eenheidsakte, van kracht sinds 1987, omdat deze de tot standkoming van de interne markt gedefinieerd heeft (eerder was dat onduidelijk): 'De interne markt omvat een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd volgens de bepalingen van dit verdrag' (art. 14, sub 2, EG). Dit is eigenlijk een 'economische' definitie ('zonder binnengrenzen') en politiek uitermate ambitieus. Diezelfde verdragswijziging voerde ook gekwalificeerde meerderheid in als de routine bij interne markt wetgeving door de ministerraad, in zgn. co-decisie met het Europees Parlement.

[8] Althans, indien hinderlijk voor feitelijke of potentiele mobiliteiten over intra-EU grenzen; lokale regels zonder grensoverschrijdende effecten vallen uiteraard onder de nationale bevoegdheden.

[9] De termen negatieve en positieve integratie gaan terug naar Tinbergen, 1954.

prudentie van het Europese Hof van Justitie (EHJ) legt wederzijdse erkenning op indien de nationale doelstellingen achter nationale regels (die anders tot belemmeringen van de markttoegang zouden leiden) niet worden ondermijnd bv. omdat doelstellingen van andere lidstaten 'equivalent' zijn[10].

Waar EU regulering wordt ingevoerd, is deze in alle lidstaten geldig en vervalt afwijkende nationale regelgeving, behoudens expliciet toegestane differentiatie[11]. Dat betekent dat uitzonderingen of speciale bepalingen voortvloeiend uit 'algemeen belang' van een lidstaat hier alleen kunnen worden ingeroepen indien ze expliciet in de EU wetgeving zijn opgenomen. Daar zijn overigens talrijke voorbeelden van zoals verderop wordt besproken. Waar het gaat om vrij verkeer (de negatieve marktintegratie), kunnen lidstaten een beroep op het 'algemeen belang' doen indien het verdrag dat expliciet toestaat dan wel indien het EHJ dat in jurisprudentie mogelijk heeft gemaakt. Het zal duidelijk zijn dat, wil de marktintegratie effectief kunnen werken (dus zowel 'diep' als over zoveel mogelijk mobiliteiten) in de Unie, het beroep op uitzonderingen van 'algemeen belang' streng getoetst dient te worden. Immers, vrij verkeer wordt al uitvoerig ingebed in EU regulering (en wederzijdse erkenning). De uitzonderingen die daar nog bovenop komen, moeten dan ook geen vrijbrief kunnen worden om zelf onder de tucht van Europese marktwerking uit te kunnen komen, terwijl men wel elders zo vrij mogelijke markttoegang wenst en van de Commissie (en het EHJ) verwacht dat strikt wordt opgetreden. Hierachter kunnen mercantilistische gedachten een rol spelen, bewust of onbewust. Het EU belang bij de interne markt bestaat immers niet alleen, of zelfs primair, uit de voordelen van exporten maar is evenzeer gelegen in de productiviteits- of kwaliteitsverhogende antwoorden op nieuwe toetreders (of andere verscherpingen van de mededinging, uitgelokt door vrije markttoegang) dan wel in innovatie in producten of processen om concurrentie het hoofd te bieden.

---

[10] Immers, het voorkomen van marktfalen gaat in wezen over doelstellingen (zoals gezondheid en veiligheid, etc.) en niet over technische details in regels; indien technische details verschillen, maar de doelstelling is equivalent (of wordt niet in gevaar gebracht), is invoerbelemmering niet toegestaan. De juridisch-verfijnde ontwikkeling van deze jurisprudentie op basis van art. 28,EG en 30, EG wordt hier bewust niet behandeld, niet alleen omdat het te ver zou voeren in dit bestek maar ook omdat het uiteindelijk neerkomt op het bovenstaande resultaat. Die jurisprudentie is daarmee in overeenstemming met het oplossen van (interne) marktfalen tegen de minste kosten, een voor economen aansprekend idee. Met wederzijdse erkenning zijn tal van onbeduidende verschillen in nationale wetgeving in een klap irrelevant geworden en is vrij verkeer vergemakkelijkt. Tegelijk verlaagt het, ceteris paribus, de kosten van EU regelgeving in dit soort gevallen – indien enige regulering nog nodig zou zijn – aangezien het hoofdzakelijk om de formulering van doelstellingen gaat. Voor uitvoerige uitleg van wederzijdse erkenning en een kwalitatieve baten/kosten analyse, zie Pelkmans, 2005c en idem, 2007a.

[11] Overigens hanteert de EU meestal 'richtlijnen' die in nationale wetgeving moeten worden omgezet en daarbij kunnen verschillen optreden tussen lidstaten. Dit beantwoordt aan de vereiste diversiteit tussen lidstaten (zowel qua voorkeuren als juridische tradities), een fundamenteel uitgangspunt van de Unie. Echter, deze diversiteit mag natuurlijk de bedoelde effecten van de EU regulering niet beïnvloeden. De Commissie houdt nauwgezet toezicht op nationale implementatie van EU richtlijnen en behoort bij ongerechtvaardigde afwijkingen van wat in richtlijnen bedoeld is in te grijpen. In de nationale politiek wordt dit – onterecht – vaak afgeschilderd als 'bemoeienis' van Brussel. De betreffende lidstaat heeft doorgaans gewoon ingestemd; het kan trouwens ook uit nieuwe jurisprudentie volgen die nou eenmaal bovenschikkend is om een goede werking van de Unie mogelijk te maken. In de zeldzame gevallen dat een lidstaat overstemd wordt, is altijd een langdurige weg gevolgd om toch consensus te zoeken. Waar de EU 'verordeningen' aanwendt, geldt de EU 'wet' direct voor alle burgers, bedrijven en lidstaten.

Niets is zo misleidend als de hardnekkige mythe dat de oorspronkelijke politieke 'deal' van de gemeenschappelijke markt er uit bestond dat Frankrijk met landbouwproducten en Duitsland met industriële producten elkaar markttoegang zouden verschaffen. Gemakshalve wordt daarbij vergeten dat de forse groeistimulans in de eerste 15 jaar van de EU eerst en vooral voortsproot uit de 'koude douche' van blootstelling aan verhevigde concurrentie zowel van (plotseling van strategie veranderde) binnenlandse aanbieders als van concurrenten uit de andere 5 EU landen van toen[12]. Momenteel speelt iets dergelijks in tal van dienstensectoren die decennia lang afgeschermd bleven van concurrentie uit andere EU landen en zich binnenlands konden verschuilen achter allerlei arrangementen van beschermende aard. Juist de pijnlijke gewenning in diensten aan meer mededinging, ook uit de EU als geheel, genereert niet alleen protest op allerlei gronden (precies zoals aanvankelijk in goederen alsmede vervoer en financiële markten) maar riskeert al te gemakkelijk een serie van claims uit te lokken op basis van het 'algemeen belang'. Door ervaring in inmiddels geliberaliseerde takken van bedrijvigheid en vele zaken voor het EHJ, heeft de EU een afgewogen toetsingskader ontwikkeld dat het mogelijk maakt recht te doen aan gerechtvaardigde uitzonderingen van 'algemeen belang' van lidstaten en niettemin de goede werking van de interne markt zoveel mogelijk overeind te houden.

3.3 Regulering en mededinging in de interne markt

Gegeven de verwezenlijking van vrij verkeer, hangt de goede werking van de interne markt in hoofdzaak af van EU regulering, EU mededingingsbeleid en ander relevant gezamenlijk beleid. Daarbij is het zinvol de interne markt in engere zin te onderscheiden van die in ruime zin. De interne markt in enge zin laat ander EU beleid (dan mededingingsbeleid) buiten beschouwing, in concreto, vooral handelspolitiek, vervoersbeleid en landbouw & visserijpolitiek. De goede werking van de interne markt in enge zin is dan een functie van EU regulering en mededingingsbeleid, naast vrij verkeer, vrije vestiging en wederzijdse erkenning zoals afgebeeld in *Figuur 3.2*.

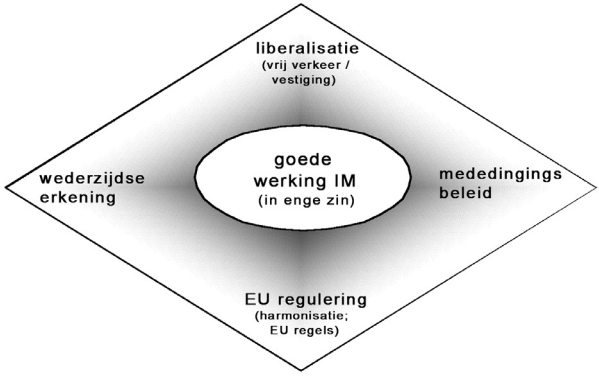
Marktfalen in de vorm van verstoring, vervalsing of beperking van concurrentie door bedrijven of lidstaten (via staatssteun) wordt door het EU mededingingsbeleid voorkomen of gedisciplineerd.[13]

---

[12] Dat beleidsmakers in de EEG-6 zich hiervan rekenschap gaven blijkt uit het belang dat zij hechtten aan de uitkomsten van de OEEC productiviteitscentra (ergo, het concurrentievermogen van tal van Europese sectoren was bedroevend laag en moest dringend gestimuleerd worden met radicale maatregelen) en aan hun hoop dat schaalvergroting in een grote markt met voldoende concurrentie gecombineerd kon worden, als vermeld in het Spaak rapport van april 1956, de basis van het EEG verdrag. Ook Scitovsky (1958) wijzt hierop: een voor Amerikanen ontstellend gebrek aan concurrentie in de EEG-6 leidde tot versplintering van het aanbod en zeer lage technische efficientie zonder dat de levensvatbaarheid van ondernemingen daardoor in het gedrang kwam.

[13] Ingeval van netwerk sectoren gaat het overigens om een subtiele combinatie van EU regulering en EU mededingingsbeleid.

Figuur 3.2 De Interne Markt Diamant



Marktfalen in de vorm van externaliteiten[14] en internaliteiten[15] wordt voorkomen door EU regulering dan wel co-regulering.[16] Het EU mededingingsbeleid is meegegroeid in reikwijdte met de verbreding van de interne markt. Drie decennia geleden sloeg mededingingsbeleid meestal op goederenmarkten. Inmiddels wordt mededingingsbeleid routinematig ook in dienstenmarkten toegepast en, in een enkel geval (bv. clearing & settlement in aandelenmarkten), zelfs in kapitaalmarkten. Verder zijn grenzen opgezocht omdat er spanningen optraden (en nog optre-

[14] Negatieve (positieve) externaliteiten treden op indien kosten (baten) overgedragen worden tussen economische agenten hoewel er geen transacties tussen deze agenten zijn overeengekomen (missing markets). De bekende voorbeelden, ook relevant voor EU regulering, zijn allerlei milieueffecten en soms gezondheid (besmetting van mensen, dieren en planten) of veiligheid (grote ontploffingen, verkeer).

[15] Negatieve (positieve) internaliteiten treden op indien niet-voorziene kosten (baten) van overeengekomen transacties tussen economische agenten optreden. De bekende voorbeelden, relevant voor EU regulering, zijn haperende marktwerking door asymmetrie van informatie (in goederen maar bovenal in diensten) m.b.t veiligheid en gezondheid dan wel kundigheid en betrouwbaarheid van dienstverleners. Informatie aan consumenten en investeerders kan evenzeer essentieel zijn voor goede marktwerking en marktprikkels om dat goed te doen kunnen onvoldoende zijn. Inefficienties voortvloeiend uit gedragsveranderingen die lastig waar te nemen zijn door de andere marktpartij vallen ook onder internaliteiten. De definities van externaliteiten en internaliteiten als hier gebruikt komen uit Spulber, 1989.

[16] Co-regulering in EU verband verwijst naar delegatie van technische deeltaken in (EU) regulering aan de private sector. Dat is overigens veeleisend. Goede co-regulering stoelt op een effectieve en kostenverlagende arbeidsverdeling tussen een helder EU reguleringskader met algemene doelstellingen en procedurele garanties, onder verantwoordelijkheid van de EU publieke instanties, en specifieke taken binnen dat kader opgedragen aan de private sector. In de EU is het geslaagde voorbeeld van co-regulering de massale wetgeving op het gebied van veiligheid en gezondheid van goederen, steunend op technische normen, certificatie en accreditatie, in de zgn. 'nieuwe benadering'. Het voldoet aan deze vereisten van 'goede' co-regulering voor zowel het publieke belang als in termen van kostenverlaging voor handel en bedrijfsleven; het heeft eveneens de EU rechtszekerheid voor markttoegang in andere EU landen sterk verbeterd. Zie voor de opbouw hiervan over vier generaties van methoden, Pelkmans, 2008. Zie ook voor details bv. de General Guidelines voor de samenwerking met de drie Europese normalisatieinstellingen, in EG Publikatieblad van 16 april 2003, C 91, p. 7 e.v.; de Gids voor de tenuitvoerlegging van…de Nieuwe Aanpak.(etc.), http://ec.europa.eu/enterprise/newapproach/; en, voor de recente verbetering en completering ervan in het zgn. 2008 goederenpakket, Pelkmans, 2009.

den) tussen bijvoorbeeld intellectueel eigendomsrecht en EU mededingingsbeleid.[17] Mededingingsbeleid is ook verdiept door de invoering van een EU fusiecontrole (voor grote fusies), de liberalisatie van netwerk sectoren en een strakker, objectief kader voor staatssteun dat het risico van politieke beïnvloeding door (machtige) lidstaten drastisch heeft verminderd.

3.3.1 EU interne markt regulering ter borging van publieke belangen

De EU regulering van goederen-, diensten en arbeidsmarkten kan natuurlijk geen recht worden gedaan in dit Preadvies. Niettemin kan wel op twee hoofdaspecten gewezen worden die bij de beoordeling van marktwerking doorslaggevend zijn. Deze twee aspecten betreffen antwoorden op de volgende vragen: (1) hoe vertalen vormen van marktfalen zich in EU regulering (het zogenaamde acquis communautaire[18])?; (2) is geen sprake van systematische 'overregulering' in de dubbele zin van regulering waar niet van marktfalen sprake is en/of regulering die onnodig kostbaar is voor economische agenten en marktwerking minder helpt dan mogelijk?

Het eerste antwoord is van belang omdat velen, waaronder vermoedelijk de meeste economen, geen idee hebben van het reguleringsacquis van de interne markt. De pers of sommige politici spreken suggestief over de vele, vele bladzijden die dit acquis beslaat zonder dat enige notie wordt verschaft omtrent de logica en ratio van dit acquis. *Tabel 3.1* laat echter zien dat het interne markt reguleringsacquis op eenvoudige wijze inzichtelijk kan worden gemaakt door een matrix met de vijf markten waar het om gaat en de drie vormen van marktfalen die eerder aangestipt zijn.[19] In de hokjes zijn de belangrijkste vormen van EU regulering opgenomen die door marktfalen in beginsel gerechtvaardigd zijn (met alle voorbehoud van dien waar het om de details gaat). *Tabel 3.1* vormt daarmee een overzicht van de zeer uitgebreide EU borging van publieke belangen, grotendeels via gezamenlijke beslissingen van EP en ministerraad en soms middels jurisprudentie, onder handhaving van de statische en dynamische voordelen van de interne markt. Zolang deze fundamentele ratio van het EU reguleringsacquis goed wordt toegepast, valt moeilijk in te zien waarom het EU acquis intrinsiek een 'last' zou betekenen in economische zin dan wel een overmatige 'bemoeienis' of regelmachine zonder

---

[17] Soortgelijke spanningen zijn ook ontstaan tussen de bescherming van vrij verkeer en bv. octrooirecht dat immers nog nationaal is. Het EHJ pleegt hier ongemeen boeiende afwegingen die het vrije verkeer in gepatenteerde producten enigszins overeind houden.

[18] Strikt genomen beslaat het acquis communautaire alle verdragen, besluitvorming, jurisprudentie en instituties op EU niveau. Hier (en veelvuldig in de praktijk) wordt uitsluitend het regelgevingsacquis van de interne markt bedoeld. Zie Tabel 1 voor een overzicht van de aard van deze regulering. Het zal qua ruwe orde van grootte om wellicht zo'n 1500 richtlijnen gaan en enkele honderden verordeningen (Raad & EP), alsmede tal van uitvoeringsbesluiten door de Commissie en reguleringscomites (lidstaten en Commissie), naast inmiddels enkele duizenden Europese technische normen die gerelateerd zijn aan EU regulering.

[19] De vierde (publieke goederen) is nauwelijks van toepassing op de EU, tenzij men de eenheid van en toegang tot het EU recht hieronder zou rekenen. Wij laten dit verder buiten beschouwing.

Tabel 3.1 Interne Markt: reguleringsacquis

markten marktfalen	goederen	diensten	kapitaal	arbeid	technologie
externaliteiten	milieu acquis V/G regels industriële g. - oude benadering - nieuwe benadering landbouwprodukten - inputs (kunstmest, dieren-geneesmiddelen) - gezondheidsregels planten en dieren, enz… levensmiddelenwetgeving wederzijdse erkenning productaan-sprakelijkheid	milieuaspecten vervoer netwerkveiligheid/zekerheid (electriciteit, luchtvaart, spoor, software) systeemredenenen voor prudentiële regulering van financiële diensten minimumnormen vrije beroepen (dierenartsen, apothekers)	voorkomen van systeemrisico's (+'lender of last resort'))	minimumnormen vrije beroepen (zie diensten)	
internaliteiten	V/G regels industriële g. - oude benadering - nieuwe benadering - globale benadering - eur. normalisatie - etikettering + info groen etiket + GMOs levensmiddelenwetgeving wederz.erk. geneesmid.recht + agentschap productaansprakelijkheid consumentenbescherming	minimum beroepsqualificaties - vervoer - financiële diensten - vrije beroepen alle netwerk industriëen wederz.erk. consumenten bescherming - algemeen - verzekering - e-commerce harmonisation mbt 'algemeen belang'		minimum beroeps-qualificaties in diensten wederz.erk. diploma's (algemeen)	
mededinging **- marktmacht** **- distorties**	[zie mededingingsbeleid; en tevens] - belastingharmonisatie/ mededinging - overheidsaankoopregels - uniforme douaneregels	[zie mededingingsbeleid; en tevens] - belastingharmonisatie/ mededinging - overheidsaankoopregels - restricties voor arbeid vervat in tijdelijke diensten en vrije vestiging	verbod valutarestricties clearing & settlement + custody (op de beurzen)	pensioenbehoud bij intra-EU migratie harmonisatie fiscaal/ gezondheid/sociaal gastlandbeginsel (zwakke) immigratieregels	R & D staatssteuntoezicht EU- regime voor intellectuele eigendom (behalve octrooien) harmonisatie nationale intellectuele eigendom accountantienormen (intangibles)

Noten:
- EU gemeenschappelijk beleid weggelaten
- EU-regulering voor herverdeling weggelaten (is gering)
- macroeconomische regelgeving weggelaten
- vrij verkeer/vestiging is voorondersteld
- GMS = genetisch gewijzigde organen
- V/G = veiligheid en gezondheid

politieke legitimiteit. Natuurlijk, net zoals op nationaal of lokaal niveau, dient regulering aan disciplines onderhevig te zijn zodat alleen gerechtvaardigde regulering tot stand komt, met netto baten voor de samenleving. Dit hangt uiteraard nauw samen met de tweede vraag.

Het tweede antwoord kan niet worden gegeven zonder uitvoerig onderzoek dat, in de hier geformuleerde wijze, niet voorhanden is. Wel kan worden gesteld dat de gevoeligheid van lidstaten over steeds verder toenemende EU regulering althans enige (maar zeker geen afdoende) bescherming biedt tegen EU regulering zonder dat van marktfalen sprake is: de Commissie riskeert al gauw het ontstaan van een zgn. blokkerende minderheid in de ministerraad. Dit risico wordt tegenwoordig eerst getoetst door het uitbrengen van analytisch werk, Groenboeken (die het probleem aankaarten en debat uitlokken) en Witboeken (die een eerste idee van de regulering naar voren brengen, doorgaans met alternatieven). Vervolgens is de Commissie (sinds 2003) gehouden om elk wetsvoorstel van enige betekenis te onderwerpen aan zgn. effect beoordeling (regulatory impact assessment, RIA) die inmiddels sterk verbeterd is op basis van economische analyses van regulering. Toch kan natuurlijk, door belangengroepen en/of netwerken van gelijkdenkende nationale ambtenaren of ministers of Europarlementariers, regulering worden aangenomen die niet op marktfalen reageert. Ook blijkt het lastig van oude EU regels af te komen die momenteel een RIA nooit zouden passeren of niet in die vorm. Soms kunnen dat minimum normen betreffen die een de-facto herverdelend effect hebben maar dat aanvankelijk op lidstaatniveau (maar dan op onderscheiden wijze) ook al hadden. Een algemenere trend van EU regulering wegens herverdeling lijkt niet waarneembaar (buiten landbouw uiteraard); herverdeling wordt typisch nationaal aangevat en meestal met financiele of fiscale instrumenten. Niettemin is in het kader van de EU "Better Regulation" strategie sinds 2005 steeds meer aandacht voor de kwaliteit (en de kosten /baten) van de *bestaande* (en niet alleen de nieuwe) EU regels.

Er zijn sinds ongeveer 15 jaar herhaaldelijk herzieningen van bestaande onderdelen van het 'reguleringsacquis' aangevat, eerst aarzelend wegens het ontzien van gevestigde belangen of de vrees voor forse aanpassingskosten, later met meer durf waar grotere flexibiliteit mogelijk bleek of marktfalen onduidelijk of afwezig.[20]

Hiermee is de tweede vraag direct verbonden. De EU heeft, sinds het begin van de jaren tachtig, op niet minder dan zes wijzen de kosten van EU regulering omlaag gebracht. Hiervoor is veel te weinig aandacht, waarschijnlijk wegens de ingewikkeldheid van de materie. De paradox is dat tegenwoordig de EU door het bedrijfsleven en sommige politieke stromingen al gauw van overregulering beschuldigd wordt (meestal op basis van anecdotes) terwijl EU regulering vroeger veel hogere

[20] Dit onderwerp vraagt uiteraard veel meer aandacht dan mogelijk is in dit kader. Voor een kritisch overzicht van de EU pogingen gedurende de jaren negentig, zie Pelkmans, Labory & Majone, 2000; voor een recent rapport over de huidige EU strategie, zie COM(2009) 15 van 28 januari 2009, Third strategic review of Better Regulation in the EU; zie tevens Renda, 2008, voor kritiek en suggesties.

kosten met zich mee bracht. In *Tabel 3.2* worden deze zes vormen van kostenverlaging van EU regulering, en daarmee (ceteris paribus) een verbetering van marktwerking, kort aangegeven.

Het zou veel te ver voeren in dit Preadvies om de onderdelen van tabel 2 allemaal te bespreken.[21] Wel kan iets worden opgemerkt over methode 5: regulatory impact assessment. Die is van betekenis niet alleen om de baten en kosten van EU regulering goed te onderbouwen maar tevens omdat de Commissie daarmee systematisch wordt gedwongen de borging van publieke belangen op EU niveau volgens een strakke methodologie te analyseren, en eventueel af te wijzen als onnodig dan wel aan te vatten via lichtere of alternatieve methoden, met volledige transparantie. Voorzover men bevroedt dat lidstaten, het bedrijfsleven, NGOs, ideologische trends (zoals de soms geopperde 'neo-liberale' agenda van de eerste Commissie Barroso) of interne, eenzijdige 'drammers' de voorgestelde regulering overmatig beinvloeden, vormt de RIA een ongekende disciplinering, zo niet ontwapening, van 'slechte' reguleringsvoorstellen.[22] Wat de RIA niet kan leveren, is een bepalende invloed op de beslissingsmacht zelf, want die is voorbehouden aan gekozen politici in het EP en (nationaal verkozen) in de ministerraad. Of deze beslissers voortdurend en effectief ter verantwoording worden geroepen over EU regulering, en er op worden afgerekend, is helaas minder duidelijk.[23]

3.3.2 EU mededingingsbeleid en nationale publieke belangen

In de door liberalisatie en EU regulering opgebouwde interne markt zorgt het EU mededingingsbeleid voor effectieve mededinging voorzover er feitelijk of potentieel van grensoverschrijdende concurrentiebeinvloeding sprake is. Mocht

---

[21] Voor methode 1, zie Pelkmans, 2008 en de daar geciteerde literatuur; bij 2., gaat het bv. om de afschaffing of verlichting van de zgn. receptenrichtlijnen uit de jaren zeventig zoals de chocolade, koffie, honing en jam richtlijnen (als uitvloeisel van de wederzijdse erkenning doctrine) en de afschaffing in 2008 van zo'n dertigtal richtlijnen omtrent de vorm (!) van bepaalde soorten groente en fruit, destijds ingevoerd als een marktordening voor de handel (de anecdotes over de kromming van bananen stammen hier van af); methode 3. is eerder kort toegelicht; methode 4. vormt een trend op zowel lidstaat als EU niveau; en methode 6. vormt een uitvloeisel van de Lissabon strategie voor groei en werk (ook geinspireerd door OECD werk van Giuseppe Nicoletti en anderen) waarbij onnodige en onnodig kostbare regulering als een rem op groei, innovatie en werkgelegenheidsschepping wordt gezien – het idee hierachter is dat niet zozeer deregulering maar "goede" regulering het uitgangspunt moet zijn – vandaar ook dat de lidstaten dit hebben omarmd.

[22] Een RIA stelt alle relevante vragen over het waarom van regulering, op welk regeerniveau (EU of nationaal) en hoe (waaronder alle relevante opties), met kosten/baten analyse in kwalitatieve en/of kwantitatieve zin, en in de juiste volgorde. Na 6 jaar ervaring (zo'n 450 RIAs verder) en drie versies van de richtsnoeren hiervoor, zijn de RIA Guidelines van de Commissie inmiddels als grondig en zorgvuldig te beschouwen. Zie http://ec.europa.eu/governance/impact/doc_en.htm van 15 januari 2009, SEC (2009) 92. Voor literatuur, zie bv. Europees Rekenhof, Impact assessment as an instrument of the Commission's Better Regulation policy, augustus 2009, te verschijnen; zie tevens CEPS, 2009; Kirkpatrick, 2008; Andrews, 2008; Hahn & Tetlock, 2008.

[23] Zie bv. het WRR rapport over 'Europa in Nederland', WRR, 2007 en de talrijke achtergrondstudies ervan.

Tabel 3.2 Kostenverlaging van EU regulering vanaf +/- 1980

	methode/discipline	nadere toelichting
1.	nieuwe vs. oude benadering van de opheffing van technische handels-belemmeringen	de 'oude' benadering bestond uit zgn. totale harmonisatie van elk technisch onderdeel van nationale wetten waardoor veel te rigide richtlijnen ontstonden, met 'gestapelde' eisen (in die tijd werd onder veto besloten!); de 'nieuwe' richt zich hoofdzakelijk op doelstellingen (wegens markt-falen) en laat de details over aan normalisatie-instellingen, onder EU mandaat; verder is de zgn. 'globale' benadering (modules,op basis van risico) een forse verbetering van conformiteitscontrole, nu met mededinging in deze (omvangrijke) sector
2.	verlichting/afschaffing van oude regulering	dit soort regulering ging verder dan marktfalen, zoals bij een (groot) aantal levensmiddelenricht-lijnen
3.	wederzijdse erkenning	tal van gedetailleerde nationale wetten met, in wezen, 'equivalente' doelstellingen kunnen niet langer ingeroepen worden om invoer (goederen of diensten) te belemmeren; hierbij wordt eventuele harmonisatie op EU niveau overbodig; mogelijk leidt het ook tot heroverweging van restrictieve wetgeving in invoerlanden (regulatory competition)
4.	vervanging van 'command & control' regulering door richtlijnen met 'economische prikkels'	afhankelijk van de aard van de wet en de sector, kan worden aangetoond dat de kosten van het bereiken van harde doelstellingen (bv. plafond aan CO2 uitstoot) veel lager uitkomen dan bij specifieke verbodsbepalingen; stimuleert ook innovatie; in milieu veel benut door de EU sinds ongeveer 15 jaar
5.	effectbeoordeling verplicht voor alle COM wetsvoorstel-len sinds midden 2003	Het monopolie van de Europese Commissie om EU wetgeving voor te stellen is, sinds mei 2003, onderworpen aan de verplichting om effectbeoor-deling (regulatory impact assessment, RIA) op te stellen en mee te sturen naar de wetgever (raad & EP); deze RIAs zijn – onder steeds betere richtsnoeren – tot een heldere verificatie uitge-groeid van het waarom en hoe van (nieuwe) EU regels; definieren van marktfalen en economisch effect onderzoek, waar relevant, vormen routine onderdelen van RIAs; incidentwetgeving, rent seeking en misleiding bij het lobbyen zijn hierdoor veel lastiger geworden
6.	'betere (EU) regulering' als strategie sinds 2005	systematische aandacht voor: het doorlichten van het acquis op nog bestaande overregulering, en voor de onnodige informatiekosten (red tape, bedrijfsleven); naast gestage verbetering van RIAs, en pogingen om het EP en de raad meer van RIA analyses uit te laten gaan

dat laatste niet opgaan, dan valt het onder nationaal mededingingsbeleid. Daarbij kan EU concurrentiebeleid worden geholpen of tegengewerkt door EU beleid van andere aard dat de mededinging beinvloedt zoals handelspolitiek, landbouwbeleid of vervoerspolitiek. Het spreekt vanzelf dat een liberale handelspolitiek een gunstige werking zal hebben op de mededinging in de interne markt. In dit bestek zullen we hier verder niet op ingaan.

Het mededingingbeleid slaat per definitie op 'economische' activiteiten aangezien niet-economische activiteiten niet onder de interne markt vallen. Desondanks kan dat in bijzondere gevallen spanningen oproepen over de grensgevallen.[24] Zo valt de inrichting en financiering van de nationale volksgezondheid toe aan de lidstaten maar lang niet alle activiteiten daarbinnen zouden kunnen worden beschouwd als niet-economische activiteiten. Betekent dat dat de Commissie moet ingrijpen bij ontdekking van een kartel in de gezondheidszorg van EU land A? De EU praktijk is dat zoiets wordt overgelaten aan de nationale mededingingsautoriteiten, niet alleen wegens de geringe grensoverschrijdende effekten ervan (subsidiariteit) maar tevens omdat de nationale beleidsautonomie eenvoudigweg wordt gerespecteerd.

Ingeval van netwerksectoren zoals telecom/internet, TV omroepen, postdiensten, electriciteit en gas, luchtvervoer en spoorwegen is wel sprake van economische activiteiten. Art. 86, lid 2 verschaft rechtsgrond om de 'diensten van algemeen economisch belang' (DAEBs) te beschermen tegen de marktwerking in de EU. Dit artikel wordt meestal gezien als een uitzondering op de EU mededingingspolitiek maar dit is slechts ten dele juist. De interne marktlogica houdt in dat feitelijk of potentieel grensoverschrijdend effekt vereist is alvorens er van EU bevoegdheden sprake kan zijn m.a.w. vrij verkeer of het recht van vrije vestiging in een andere lidstaat. Vervolgens pas kan EU mededingsrecht van toepassing zijn. Niet voor niets spreekt art. 86, EG (zowel lid 1 als lid 2) over ".. de regels van dit verdrag". Weliswaar is art. 86 geplaats in het mededingingshoofdstuk van het EG verdrag en spreekt lid 1 van 'in strijd met' het non-discriminatieverbod (art. 12, EG) en de mededingingsartikelen; lid 2 legt ook de nadruk op de mededingingsregels.

Tot de geleidelijke EU liberalisatie van de netwerkindustrieen vanaf ongeveer 1990, zijn deze openbare nutsbedrijven buiten de interne markt gehouden en daarmee buiten de mededinging. Zo waren nationale exclusieve rechten tegelijk een blokkage van vrij verkeer, vrije vestiging en mededinging. Bij liberalisatie kwam de hoofdvraag op hoe lidstaten de DAEBs konden garanderen terwijl de interne markt in dit soort netwerkdiensten, alsmede de mededinging er binnen, overigens zoveel mogelijk bevorderd konden worden. In feite is dit geleidelijkaan verwezenlijkt door een combinatie van EU regulering – ook van minimum normen met betrekking tot de DAEBs zoals universele of publieke dienstverlening, dus geza-

[24] Voor uitvoerige analyse, zie van der Gronden & Mortelmans, red., 2001.

menlijke EU borging – en EU mededingingsbeleid. Daarbij is, afhankelijk van de sector en van bereikte EU regulering, een grotere of geringere nationale discretie voor de bescherming van DAEBs van toepassing. Hoewel de gevoeligheid hieromtrent enigszins verschilt tussen lidstaten en tussen politieke stromingen, valt toch moeilijk te ontkennen dat dit lastige probleem grosso modo goed is opgelost en de borging van DAEBs is bereikt , zo niet is verbeterd in sommige sectoren. Sectie 4 zal nog terugkomen op dit thema.

3.4 Hoe de EU nationaal 'algemeen belang' borgt

3.4.1 Inleiding

De Unie heeft als grondbeginsel: 'verenigd in diversiteit'. Hetgeen door een lidstaat als 'algemeen belang' wordt aangemerkt, als uitvloeisel van een nationale sociaal-politieke keuze, dient dus door de EU geaccommodeerd te worden, zolang dat de harde kern van de Unie niet ondermijnt of onnodig aantast. Zoals hieronder zal blijken, gaat de EU hierin vrij ver. Dat de door de EU geboden beleidsruimte en flexibele invulling ervan nationaal soms onvoldoende erkend wordt, heeft te maken met de gevoeligheid van nationale politici en beleidsmakers voor *elke* mogelijke inkrimping van de beleidsautonomie. Door het uitdijen van de interne markt en andere bevoegdheden van de Unie wordt het onvermijdelijk dat wat oorspronkelijk louter nationale beleidsautonomie was, nu dient te worden ingebed in een EU kader dat die autonomie zo helder mogelijk afbakent.

Bovendien geeft dat EU kader ruimte voor het gebruik van individuele rechten (onder vrij verkeer) en dat kan, in de marge, problemen voor nationale beleidsautonomie opleveren. Ondanks dit voorbehoud is het pertinent onjuist om te stellen dat 'de' Europese marktwerking 'de' autonome sociaal-politieke keuzes van lidstaten zou blokkeren of ondergeschikt maken. In bepaalde gevallen gaat het om moeilijke afwegingen tussen het EU belang (dat uiteindelijk net zo goed een nationaal belang vertegenwoordigt) en het nationaal 'algemeen belang' dat ingeroepen wordt. Verder is het hoofddoel van een EU kader gelegen in het voorkomen van een al te elastisch gebruik van de geclaimde uitzondering, in het belang van andere lidstaten of hun economische agenten. In een 'diepe' interne markt kunnen de grenzen van een nationaal 'algemeen belang' uiteraard nooit alleen door de betreffende lidstaat worden gedefinieerd, zelfs indien maximaal respect voor de onderliggende keuze voorop staat. Waar een andere lidstaat een verschillend 'algemeen belang' inroept dat, in de ogen van de eerste lidstaat gewoon deel kan uitmaken van de interne markt (en onder het mededingingsbeleid kan vallen), dient datzelfde EU kader de eerste lidstaat te beschermen tegen misbruik en de interne markt als geheel tegen permanente erosie.

Het in kaart brengen van de wijzen waarop het algemeen belang in de EU geborgd kan worden, wordt helaas bemoeilijkt door terminologische verwarring: publieke

voorzieningen, publieke belangen, diensten van algemeen belang (DAB) en diensten van algemeen economische belang (DAEB) worden alle gehanteerd. In het verdrag is alleen sprake van de laatste categorie in art. 86, EG en de betekenis wordt verderop besproken. Het concept van DAB is onder druk van aktiegroepen, enkele politieke stromingen en sommige lidstaten door de Commissie naar voren gebracht, bv. in een invloedrijk Groenboek.[25] DAB zijn daarin omschreven als "..niet-marktgerichte diensten die de overheid van algemeen belang acht en waarvoor specifieke openbare dienstverplichtingen gelden". Op het eerste gezicht lijkt dit concept overbodig. Immers, niet-marktgerichte diensten vallen niet onder de interne markt (daartoe is een 'economische' activiteit vereist) en laten daarom lidstaten vrij. Er zijn twee redenen waarom men begrip kan opbrengen voor het idee van DAB: (a) in een tijdsgewricht waarin de scheidslijnen tussen markt en staat of tussen markt en non-profit sectoren voortdurend verschuiven, kunnen afbakeningsproblemen ontstaan, zowel nationaal[26] als Europees; (b) de 'specifieke openbare dienstverplichtingen' van sociale of andere aard kunnen worden aanbesteed of in concessie worden gegeven en die handeling (niet de inhoud) valt wel onder de interne markt om effectieve toegang van marktpartijen mogelijk te maken en discriminatie te voorkomen. Publieke belangen is een nog breder begrip waaronder, behalve specifieke publieke voorzieningen vanuit het algemeen belang, ook allerlei doelstellingen kunnen worden begrepen die wegens marktfalen niet zonder regulering of ander ingrijpen gerealiseerd zouden worden.[27] Dit is besproken in sectie 3.

Zoals vermeld in de inleiding, geschiedt de EU borging van nationale publieke belangen op tweeerlei wijzen. In 4.2 wordt kort besproken hoe op onderdelen nationale regulering die belangrijke publieke belangen (zoals veiligheid, gezondheid, een schoner milieu, gerechtvaardige vormen van consumentenbescherming en van investeerders, alsmede arbeidsvoorwaarden en de samenhang met de verzorgingsstaat) behartigt, kan worden *uitgezonderd van vrij verkeer tenzij* EU borging via gezamenlijke regulering kan worden overeengekomen of wederzijdse erkenning van toepassing is. In 4.3 daarentegen gaat het om nationale *beleidsautonomie die niet onder EU bevoegdheden valt* en waardoor dus geen EU borging via bijvoorbeeld EU regulering kan of mag plaats vinden. In 4.3 is dan van belang wat precies de scheidslijnen zijn van die nationale beleidsautonomie en het EU belang. Het onderscheid tussen 4.2 en 4.3 is meestal geen probleem, eerder behulpzaam, maar er is een grijze zone, die beleidsmatig of juridisch tot lastige verschillen van inzicht kan leiden. Verder ontstaat veel onnodige verwarring over of DAEBs nou als een mogelijke uitzondering op het vrije verkeer en het EU

---

[25] Zie COM(2003) 270 van 21 mei 2003, Groenboek over diensten van algemeen belang. Zie tevens Slot, Park & Cuyvers, 2007 voor een uitvoerige juridische beschouwing, alsmede een gedetailleerd overzicht door van Riel, 2008.

[26] Zie bv. het SER advies 'Ondernemerschap voor de publieke zaak', 2005, dat o.a. concurrentieverstoringen bespreekt die ontstaan bij onduidelijke financiele grenzen of taken.

[27] Men kan lang filosoferen over de term 'publiek'. Auteur dezes beschouwt het als equivalent met het door de wetgever geformuleerde 'algemene belang' i.t.t. tot een privaat of deelbelang.

mededingingsregime moeten worden beschouwd (voorzover de vrees gerechtvaardigd is dat deze de "hun toevertrouwde bijzondere taak" (art. 86, lid 2, EG) niet voldoende zouden kunnen uitvoeren) dan wel als een deel van de nationale beleidsautonomie. Het antwoord is: beide ! DAEBs maken deel uit van de grijze zone. Immers, lidstaten hebben de zeggenschap over welke specifieke openbaredienstverplichtingen ze als DAEBs in de wet regelen maar tegelijk is de uitzondering op vrij verkeer en/of de mededinging (in art. 86, lid 2) ingebed in een evenredigheidstoets (en non-discriminatie), zoals hieronder kort wordt aangestipt.

3.4.2 Publieke belangen, vrij verkeer en EU regulering

Nationale publieke belangen kunnen worden beschermd (tegen Europese marktwerking, geheel of gedeeltelijk) door het inroepen van geschreven of ongeschreven *uitzonderingen op vrij verkeer* in de interne markt. Bij goederen is dat het geval op basis van art. 30, EG alsmede op de zogenaamde rule-of-reason 'dwingende vereisten van algemeen belang' op basis van art. 28, EG die uit EHJ jurisprudentie voortspruiten. Het gaat hier uitdrukkelijk om niet-economische belangen zoals gezondheid en veiligheid van goederen, milieuvereisten en aspecten van consumentenbescherming. Aangezien een groot deel van de betreffende regulering van lidstaten juist hierover handelt, zou de interne goederenmarkt zich nooit hebben kunnen verdiepen indien op deze publieke belangen geen (succesvolle) positieve integratie zou zijn toegepast. Dat succes vloeit ook voort uit het indringende besef, teweeg gebracht door wederzijdse erkenning, dat lidstaten in de EU (vaak) equivalente maatschappelijke doelstellingen op deze terreinen nastreven. Het resultaat na vijf decennia goederenmarkt integratie is dan ook dat deze uitzonderingen zelden worden ingeroepen aangezien inmiddels *of* wederzijdse erkenning *of* EU regulering een *gezamenlijke* borging van deze publieke belangen garandeert. Uiteraard blijft deze ontheffingsoptie voor lidstaten bestaan, al gelden dan toetsingscriteria zoals non-discriminatie en evenredigheid (zie ook Figuur 1). Mocht de gedachte post vatten dat EU regulering dan (te) vaak op een te minimaal niveau van bescherming mocht uitkomen – de lidstaten met lage bescherming zouden dan immers een blokkerende minderheid kunnen vormen – zodat de eigen voorkeuren toch op onbevredigende wijze worden vastgelegd, dan is het nuttig het volgende te overwegen. Ten eerste is in het verdrag vastgelegd dat een hoog beschermingsniveau uitgangspunt dient te zijn voor de EU instituties.[28] Ten tweede blijkt in de Unie op deze terreinen niet zelden sprake te zijn van een 'race to the top' door subtiele mechanismen, op boeiende wijze geanalyseerd door David Vogel en anderen.[29]

---

[28] Bv. in art. 2, EG voor 'een hoog niveau van werkgelegenheid en van sociale bescherming'; in art. 95, lid 3, EG, voor '.. volksgezondheid, de veiligheid, de milieubescherming en de consumentenbescherming..'

[29] Zie het baanbrekende werk van Vogel, 1995 en diverse vervolgstudies van zijn hand. Vogel concentreert zich op consumentenbescherming en milieuregulering.

Bij diensten zijn soortgelijke uitzonderingen in het verdrag en de jurispudentie van toepassing.[30] Er zijn overigens wel enkele belangrijke verschillen met goederenmarkten. Eerstens zijn diverse grote dienstensectoren in een apart verdragsregime geplaatst: financiele diensten, vervoer (alle zes deelmarkten) en diensten van netwerksectoren. Dat wil niet zeggen dat publieke belangen niet geborgd worden, het ligt alleen per onderdeel verschillend. Tweedens is de liberalisatie in diensten lange tijd achter gebleven bij die van goederen (en dat is ten dele nog zo). De belangrijkste reden daarvoor is precies gelegen in de geringe bereidheid van lidstaten om gezamenlijk tot EU regulering te komen ter borging van publieke belangen. Klaarblijkelijk is er bij diensten in veel geringere mate sprake van equivalentie van niet-economische doelstellingen, dan wel gewoon van overmatige protectie die bij diensten lange tijd gemakkelijker te rechtvaardigen leek. De horizontale dienstenrichtlijn 2006/123 (beter bekend als de Bolkestein richtlijn) wordt geacht daar een eind aan te maken. Hoewel de ergste vormen van protectie door een 'zwarte lijst' benadering in de richtlijn worden verboden – en dat was eigenlijk decennia te laat –, zijn de verwachtingen voor de dienstenmarkten beslist niet gespannen.[31] Wel staat vast dat lidstaten en het EP tesamen een dramatisch beroep hebben gedaan op allerlei 'publieke belangen' die de reikwijdte van de richtlijn hebben versmald en een litanie van uitzonderingen uitgelokt.[32] Vooral bij de ontheffingen zijn pressiegroepen er in geslaagd allerlei dubieuze vrijstellingen in de tekst te krijgen (tot taxi's toe, op de laatste dag voor de finale stemming !).

Ingeval van arbeidsmigratie in de Unie (vrij verkeer van werknemers) dient te lezer te beseffen vanuit welk perspectief de borging van 'publieke belangen' wordt geanalyseerd: formeel, sociaal of economisch. We besteden hier enige aandacht aan omdat de kwestie gevoelig ligt en omdat er misverstanden over bestaan, dan wel worden gecultiveerd. De verschillen tussen deze drie perspectieven zijn groot. Eerst het *formele* perspectief: formeel is het vrije verkeer van werknemers tussen EU landen al van kracht sinds 1968. In vereenvoudigde vorm komt het er op neer dat een werknemer uit EU land A het recht heeft een baan in EU land B te aanvaarden, daar te gaan wonen, en recht heeft op omschreven sociale voorzieningen (zoals werkloosheiduitkeringen en doortelling van de opbouw van AOW, de jaren van werk in A meetellend). Allerlei fricties op deze punten zijn in de loop van decennia weggewerkt (niet geheel bij grensarbeiders). Dat migratierecht wordt

[30] Art. 45 - 49, EG, gecombineerd met art. 55, EG, en een ingewikkelde jurisprudentie, waaronder wederzijdse erkenning sinds de Saeger zaak (1991), kunnen hier niet worden uiteengezet. Zie voor gezaghebbende analyse, Hatzopoulos & Do, 2006.

[31] Voor uitvoerige analyse, zie Barnard, 2008; Hatzopoulos, 2008; Badinger & Maydell, 2009; voor de economische achtergrond en politieke economie van de roerige besluitvorming, die maar al te vaak 'interne marktwerking' als probleem en niet als oplossing leek te beschouwen, zie Pelkmans, 2007-b en Chang, Hanf & Pelkmans, 2010. Overigens dient gezegd dat vrije vestiging bij diensten van relatief groter belang is dan vrij verkeer en juist daar verwezenlijkt de dienstenrichtlijn wel betere en voorspelbare markttoegang, met de meeste welvaarstwinst, zie de Bruijn , Kox & Lejour, 2007.

[32] Zelfs een niet-deskundige blik op richtlijn 2006/123 zal onmiddellijk de merkwaardige figuur opvallen dat zowel art. 1 als art. 2 een waslijst van niet-toepasbaarheden opsommen, nog afgezien van ontheffingen in art. 3, art. 17 en 18.

alleen beperkt door een restrictie op overheidsbanen[33] en enkele algemene gronden.[34] Het lijkt een goede basis voor EU interne marktwerking. Voor individuele werknemers lijkt dit tal van mogelijkheden te geven in een zo grote Unie. Dit is echter niet het geval. Lange tijd werd voetsstoots aangenomen dat taal en cultuurverschillen, naast gebrek aan diploma erkenning, de intra-EU migratie minimaal hielden. Slechts onder druk van enorme loonverschillen en extreme werkloosheid in arme regio's, ontwikkelden zich netwerken van migranten uit specifieke gebieden, eerst van Italie, later van Portugal en Spanje, weer later uit Centraal Europa. De culturele en sociale 'stay-put' factoren verklaren echter slechts een deel van de geringe intra-EU migratie van EU werknemers.[35] Het blijkt de toegestane nationale borging van de belangen van nationale arbeid te zijn die distorsies en belemmeringen opwerpt, met een remmend effect op migratiestromen.

Het *sociale* perspectief, hoewel nauwelijks expliciet vermeld, heeft immer de nationale sociale verworvenheden ('verkregen rechten') voorop gezet.[36] In die betekenis hebben de lidstaten een consensus ontwikkeld om EU regulering in te richten op de bescherming van de nationale arbeidsmarktregulering en de nationale verzorgingsstaat. Daarmee is een scherp contrast met EU goederenregulering ontstaan: waar de laatste is bedoeld om vrij verkeer te faciliteren, is de regulering van arbeid eerst en vooral gericht op het voorkomen van negatieve effecten op de nationale verzorgingsstaat en op belangen van binnenlandse werknemers. Anders gezegd, het sociale perspectief ziet (intra-EU) migratie als een restverschijnsel, iets residueels. Marktwerking dient dan ook onderhevig te zijn aan het zgn. gastlandbeginsel: de werknemer uit A die in B werkt, is wel vrij om de baan aan te nemen maar niet vrij in onderhandelingen over primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden en kon lange tijd ook niet op sociale EU regulering terugvallen. Dat laatste is nu wel enigszins het geval, met een aantal minimum normen richtlijnen die een soort laagste en partiele gemene deler weerspiegelen. Verder is bij vier van de vijf uitbreidingen van de EU vanaf Griekenland (1981) een tijdelijke restrictie van (meestal 7 jaar) ingevoerd voor werknemers uit de nieuwe lidstaten om exact dezelfde redenen. Een speciaal geval vormt de grensoverschrijdende tijdelijke dienstverlening. Hoewel dat formeel onder vrij verkeer van diensten valt, is de arbeidskostencomponent zo belangrijk daarin dat de EU regulering ervan in de detacheringsrichtlijn 96/71 hoofdzakelijk over arbeid gaat. De richtlijn leunt zwaar op het gastlandbeginsel voor minimumloon en een aantal secundaire arbeidsvoor-

---

[33] Het EHJ toetst dat streng, dus alleen overheidsbanen waarbij 'overheidsgezag' wordt uitgeoefend, kunnen nationaal worden beschermd. Lid van de brandweer of administratief werk valt er dus buiten.

[34] Te weten, openbare orde en veiligheid, alsmede gezondheid; in de praktijk spelen deze nauwelijks een rol.

[35] Hierbij moet niet uit het oog worden verloren dat er in de EU-27 meer niet-lokale ingezetenen uit niet-EU landen dan uit andere EU landen wonen; dat geldt evenzeer voor werknemers. Zie bv. Eurostat News Release 162/2008 met de cijfers voor 2006: 40 % uit EU-27 landen en 60 % uit niet-EU landen.

[36] De aandachtige lezer van het verdrag zal opmerken dat art. 3, EG, dat het fundamentele recht van vrij verkeer formuleert, wel spreekt over 'personen' maar niet over werknemers of arbeid. Dat is geen toeval. Art. 39, EG heeft in de verdragshierarchie een lagere status, hoewel de vrij verkeer bepaling daar wel ondubbelzinning is.

waarden (van ziekteverzekering tot vakantiedagen). Detachering wordt beschouwd als een mogelijke ondermijning van de nationale sociale verworvenheden. Door de sterk verlaagde kosten van mobiliteit en sluwe detacheringsconstructies via dochterbedrijven, vooral in zwang sinds Centraal Europa bij de EU hoort, is de verleiding in bepaalde sectoren groot om herhaaldelijk detachering toe te passen. Met deugdelijke controles en voldoende sancties is dit niettemin eenvoudig binnen de EU kaders te houden, met minimum bescherming en gastland minimum lonen. Er zijn echter vier landen in de EU die geen minimumlonen kennen (Duitsland, Denemarken, Cyprus en Zweden) waarvan Zweden en Denemarken een krachtige traditie van private handhaving van CAO beloningen onderhouden (overigens zonder een algemeen-verbindend verklaring). In die landen ontstaat een fundamenteel conflict tussen EU vrij verkeer onder de detacheringsrichtlijn (omdat er geen minimumlonen zijn) en de nationale traditie (die een extreme vorm van gastlandbeginsel hanteert, nl. CAO lonen), zolang Centraal Europa het gemiddelde EU loonniveau nog niet heeft benaderd. Ook in Duitsland geeft het spanningen zoals gebleken in bv. slachthuizen waar gedetacheerde werknemers voor slechts enkele euro's per uur bleken te werken, ver beneden wat in Duitsland gebruikelijk was. Wat is hier nu het 'publieke belang'? Het standaard antwoord van de Europese vakbonden (en sommige regeringen) is dat op een werkplek (of op vergelijkbare werkplekken) hetzelfde werk gelijk beloond moet worden. Bij 23 van de 27 lidstaten levert dat geen grote problemen op want met een minimumloonwet valt dit goed op te lossen. De vraag die zich daarom opdringt is, waarom de vier lidstaten geen minimumloon wetgeving invoeren zoals alle andere EU landen, desnoods alleen als een terugvalpositie, indien collectieve onderhandelingen met nieuwe toetreders mislukken.

Het *economisch* perspectief van vrij verkeer van werknemers is alleen interessant bij relatief grote loonverschillen. De determinanten van migratie zijn vele, waaronder diverse push- en pull factoren, kosten van restricties (bijvoorbeeld fiscaal en verzekeringen) en meerdere 'stay-put' motieven.[37] In de economische unie die Benelux al vormt sinds 1958, zijn de beloningsverschillen gewoon te gering om allerlei andere factoren te domineren. Migratie in Benelux is dan ook altijd marginaal gebleven, met soms beperkte grensarbeid. In een dergelijke contekst kan het gastland beginsel eerder worden beschouwd als een juridische oplossing van conflict tussen jurisdicties: men weet tevoren welk recht geldt, het land van werk. Bij grote loonverschillen ligt dat anders. De vraag in B (als hoge lonenland) naar werknemers van lage lonenland A (zeg, Centraal Europa) wordt overwegend bepaald door het loonverschil. Minimumlonen in B liggen ver boven de beloning waarvoor (sommige) A werknemers bereid zijn te migreren of zich te laten detacheren voor tijdelijke klussen. Afgezien van spanningen op de arbeidsmarkt in B, zal het gastlandbeginsel (minimumloon + lokale voorwaarden) de feitelijke vraag naar werknemers uit A drastisch verlagen. De vraag wordt letterlijk residueel! Voor landen als Zweden en Denemarken gelden CAO lonen waarmee de vraag

[37] Zie voor een handzaam overzicht, Pelkmans, 2006, p. 264, Figure 10.3, met 24 zowel lange termijn als korte termijn factoren.

naar werknemers uit A zelfs opdroogt.[38] Wetend dat er altijd wel enige kosten zijn verbonden aan migratie of detachering, en rekening houdend met taal en andere kwesties, is het niet te verwachten dat er enig voordeel te halen is uit de aanstelling van werknemers uit A in gastland B: het is zeker niet duurder en minder ingewikkeld om lokale werknemers te werven. Daarmee is het gastland beginsel protectionistisch geworden: het ontneemt A werknemers de facto het fundamentele EU recht om elders aan de slag te kunnen. Anders gezegd: de bescherming van de relatief rijke werknemer in B (en zijn verzorgingsstaat) gaat geheel ten koste van elke optie van relatief arme A werknemers om van de EU marktwerking gebruik te maken. Ook worden A werknemers 'op dezelfde werkplek' niet door dit regime beschermd aangezien ze nauwelijks of niet op die werkplek gevraagd zullen worden.[39]

3.4.3 Publieke belangen en de afbakening van beleidsautonomie

De bevoegdheden van de EU zijn (terecht) beperkt. Terreinen zoals volkshuisvesting (in de zin van sociale woningbouw en normaliter een lokale aangelegenheid), onderwijs, volksgezondheid, publieke belangen in mediabeleid en cultuur, alsmede (binnenlandse) infrastructuur worden als typisch nationale bevoegdheden beschouwd.[40] Verder zijn de lidstaten vrij, onder voorwaarden, om diensten van algemeen economisch belang te specificeren.[41] Deze beleidsautonomie is op zichzelf niet het probleem, de precieze grenzen ervan wel. Deze grenzen dienen duidelijk te zijn omschreven in de EU omdat anders over randgevallen conflicten ontstaan of zaken voor het EHJ opduiken en voor economische agenten (of inderdaad voor agenten die onder dit nationaal beleid vallen) onzekerheid optreedt. Soms kunnen die grenzen in de loop van de tijd vervagen door technische vooruitgang of door veranderde opvattingen over de (verminderde) rol van de staat en daarmee niet zelden de verruimde rol van marktwerking. Die grenzen van de nationale beleidsautonomie worden weerspiegeld in de grenzen van de EU bevoegdheden met betrekking tot de interne markt.

---

[38] Voor een grafische (partieel evenwicht) analyse, zie Pelkmans, 2006, p. 197/8 .

[39] Dit zijn precies de economische argumenten die het EHJ in de zaak Ruefert hanteert. Zie zaak C-346/06, uitspraak 3 april 2008. Deze zaak betreft de toepassing van de detacheringsrichtlijn in de deelstaat Niedersachsen waarbij een onderaannemer uit Polen voor de deelstaat een tijdelijk project uitvoerde tegen lonen van ongeveer 50 % van de lokale. Het protectionistische effect van het verbod op deze lage lonen in het overheidscontract wordt door het Hof breed uitgemeten, terwijl Advocaat-Generaal Bot eerder juist adviseerde dat de bescherming van werknemers het verbod rechtvaardigde. De vraag is: welke werknemers, ook de Poolse ? Het EHJ zegt "…in the case of foreign workers, the obligation to comply with the collective agreements does not enable them to achieve genuine equality of treatment with German workers, but rather prevents [gedetacheerde, JP] workers.. from being employed in Germany".

[40] Zie ook art. 2 E van het (Lissabon) verdrag omtrent de werking van de EU dat het ondersteunend, coordinerend of aanvullend karakter van de Unie op vier van deze terreinen bevestigt. Volkshuisvesting wordt niet eens genoemd, het is in beginsel lokaal. Art. 2 E wordt in het verdrag uitgewerkt; soms betekent dat dat gezamenlijke regulering op EU niveau uitdrukkelijk verboden is.

[41] Soms wordt aan deze autonomie getwijfeld. Daarom nog enkele duidelijke citaten uit het 2004 Witboek van de Commissie over DABs. "..the definition of public service obligations and missions remains a task for the public authorities at the relevant level" (p. 5; 'relevant level' slaat op nationaal of regio's). Ook "… detailed definition of services to be provided and delivery of those services remain the responsibility of the Member States" (p. 4). Zie COM (2004) 374 van 12 mei 2004.

Eerst de DAEBs. Diensten van algemeen economisch belang zijn noch in Art. 86, EG , noch in het declaratoire Art. 16, EG omschreven. Dit ongemak schept enige onduidelijkheid, te meer daar de lidstaten zelf in beginsel het recht hebben te bepalen wat voor hen de specifieke DAEBs zijn. Volgens Slot, Park & Cuyvers (2007, p. 102) duidt de EU praktijk op ".. diensten van economische aard, waarvoor de lidstaten of de Gemeenschap op grond van een criterium van algemeen belang openbaredienstverplichtingen van toepassing verklaren". Volgens de auteurs is een (erkend) 'algemeen belang' de noodzakelijke voorwaarde; daarnaast moet tevens sprake zijn van 'specifieke overheidssturing' in het kader van dat algemene belang. Het gaat hier meestal om openbare nutsbedrijven – netwerk sectoren als de omroepen, electriciteit & gas, post en telecom (inclusief internet), luchtvaart en de spoorwegen – waarbij doorgaans van universele of publieke dienstverplichtingen sprake is. Tot het einde van de jaren tachtig waren deze nutsbedrijven de facto van de interne markt uitgesloten door de toenmalige uitleg van art. 86, EG. Nationale monopolies, meestal ook in staatsbezit, maakten deel uit van de nationale beleidsautonomie. De liberalisatie, geïnspireerd door nieuw micro-economisch inzicht[42], werd op EU niveau mogelijk door de uitleg van art. 86, EG radikaal om te keren. Art. 86, lid 2, stelt de interne markt en de mededingingsregels voorop voor ondernemingen, belast met DAEBs, voorzover de toepassing van dit EU regime de 'vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert'. Maar dat rechtvaardigt nog niet meteen allerlei exclusieve of bijzondere rechten, laat staan, dat voor alle deelactiviteiten natuurlijke monopolies opgevoerd kunnen worden. In tal van aspecten wordt onder art. 86, EU, dus een evenredigheidstoets toegepast, geholpen door experimenten in liberalisatie elders en microeconomische analyses van deze speciale sectoren. Dit kan aspecten betreffen als natuurlijk monopolie, netwerkexternaliteiten en openbaredienstverplichtingen. Natuurlijke monopolies zijn veel zeldzamer dan lange tijd werd aangenomen of, door technische vooruitgang, niet langer relevant in onderdelen van de sectoren. Voor universele of publieke dienstverplichtingen zijn andere, minder restrictieve oplossingen mogelijk, zoals aparte aanbestedingen of co-financiering door marktpartijen onder regulering, en met toezichthouders etc. die ruimte laten voor toetreders van de gehele EU.

Het is dus niet zo dat deze 'toevertrouwde, bijzondere taken' niet worden gerespecteerd.[43] Eveneens geldt dat de liberalisatie van netwerk sectoren op EU niveau – vrij verkeer, vrije vestiging (waar eerst exclusieve rechten golden) en mededin-

---

[42] Denk aan de titel van een befaamd overzichtsartikel uit die tijd: Economic deregulation, days of reckoning for micro-economists, zie Winston, 1993.

[43] Sauter (2000, p. 35/6) wijst er nog eens op dat deze 'toevertrouwde, bijzondere taken 'in een 'act of entrustment' moeten worden vastgelegd, zodat ze helder zijn. Subsidies zijn dan kosten-plus een redelijke winstmarge. De kostenreferentie vloeit voort uit openbare aanbesteding (waar ook EU regels voor zijn) of uit vergelijking met een efficiënte , soortgelijke onderneming, teneinde de EU staatssteunregels te eerbiedigen. De heldere, politieke taakdefinitie is belangrijk... 'because the legitimate scope of SGEI (DAEBs) is limited to what is necessary to attain the relevant public interest objectives. Market failure arguments will be key here…' [Dit leidt tevens tot]…'transparent verifiable and enforceable consumer rights'.

gingsbeleid – alleen mogelijk was door tegelijk uitvoerige EU regulering in te voeren, meestal in drie fasen.[44] De enige sector waar nauwelijks EU regulering werd ontworpen is die van de televisieomroepen; de TV richtlijn[45] is gebaseerd op het oorsprongsbeginsel en heeft vrij verkeer in een stap afgedwongen. In postdiensten bijvoorbeeld is een gedetailleerde universele dienstverplichting opgenomen (met jaarlijkse monitoring); iets dergelijks geldt (met meer nationale discretie) voor telecoms; in electriciteit is er ruimte voor maar bepalen de lidstaten de regels (binnen het EU kader). Voor treinvervoer van passagiers en voor luchtvervoer zijn er mogelijkheden bv. indien vervoersstromen zeer sterk verschillen tussen periodes[46]; deze verplichtingen dienen wel te worden gemeld bij de Commissie en vervolgens Europees aanbesteed.

Twee punten verdienen nog vermelding. Ten eerste, zoals vermeld, bepaalt elke lidstaat welke DAEBs in het algemeen belang worden gereguleerd. Aan de twee criteria (erkend algemeen belang wordt slechts marginaal getoetst en het EHJ is bewust ruimhartig; specifieke overheidssturing) moet wel worden voldaan. In feite gaat het in de praktijk om kenmerken als beschikbaarheid (de zekerheid ervan), kwaliteit en toegankelijkheid. Toch zijn er politieke opvattingen die, ondanks de erkende werking van het EU regime, verder willen gaan. Zij bepleiten dat de DAEBs (in de geest van art. 16, EG) niet langer als uitzondering op de interne markt en mededinging worden beschouwd maar, integendeel, als een wezenlijk bestanddeel van het Europese sociale model, nevengeschikt aan vrij verkeer en concurrentie. Deze benadering suggereert dat de afwegingen tot op heden tot onvoldoende EU borging, dan wel tot onzekerheid omtrent EU borging, heeft geleid. Op deze stelling is heel wat af te dingen[47] maar het blijft lastig om met een analytisch betoog de ideologische overtuiging, dat nevenschikking in het verdrag moet worden bereikt, te herzien. Deze overtuiging bagatelliseert het risico van nevenschikking dat vooral bestaat in te verwachten pogingen van lidstaten om zelf de grenzen van een DAEB vast te leggen. Daardoor wordt een wezenlijke EU discipline onderhandelbaar. Het verdrag van Lissabon bevat een nieuwe bepaling die rechtsgrond verschaft voor een horizontale richtlijn omtrent DAEBs. Tegenstanders vrezen dat hiermee de EU disciplines zullen verzwakken. Ten tweede gaat het weliswaar hoofdzakelijk om de netwerk industrieën maar er zijn speciale gevallen zoals het door het EHJ in Finland toegestane (en strikt geregelde) staatsmonopolie voor gokmachines.

---

[44] Hoe dit is gebeurd in zeven netwerk sectoren wordt vergelijkenderwijs uiteengezet in Pelkmans, 2001.

[45] Inmiddels geamendeerd tot de audio-visuele dienstenrichtlijn 2007/ 65 van 11 december 2007, EG Publikatieblad L 332/ 27 van 18 december 2007. Regels beperken zich tot bescherming van kinderen, reclame plafonds en EU quota's in programma's.

[46] Denk aan de Griekse eilanden die 's winters anders geen connecties zouden hebben; of aan Straatsburg waar drie weken van elke maand slechts een fractie van het vliegverkeer rendabel is dat in de vierde week voor de bijeenkomsten van het EP de luchthaven aandoet.

[47] Zie bv. het reguliere Commissie rapport over de borging van DAEBs in netwerk sectoren, laatst als SEC (2007) 1024 van juni 2007; zie ook bv. de scherpzinnige analyse van Gareth Davies (2009) die aantoont dat publieke belangen van deze aard zowel onder vrij verkeer als onder EU mededingingsbeleid wel degelijk goed geborgd zijn; vooral dat laatste reikt verder dan de lopende opvattingen.

Het tweede punt gaat het over de afbakening van nationale bevoegdheden die op zich niet omstreden zijn. De diensten verricht op gebieden zoals volksgezondheid, volkshuisvesting, onderwijs en publieke televisie vallen buiten de interne markt precies omdat ze als niet-economische activiteiten beschouwd worden, bv. wegens verregaande subsidiering of hun niet-om-winst karakter.[48] Verreweg de meeste diensten hieronder hebben ook een typisch nationaal of lokaal karakter . Hoe overzichtelijk zou het zijn indien deze diensten op deze terreinen geheel en al buiten de private economie zouden plaatsvinden. De fricties ontstaan juist omdat dat niet of steeds minder het geval is op een aantal deelterreinen, afhankelijk van tijd en lidstaat. Die fricties geven (onterecht) aanleiding tot sociale of politieke irritatie, als zou de EU deze publieke belangen niet respecteren (en zich er dus ten onrechte mee 'bemoeien'). Dit is in zijn algemeenheid onjuist en zal ook blijken uit de illustraties in de volgende sectie.

3.5 Publieke diensten in de interne markt

De belangrijkste vormen van publieke dienstverlening waar het hier om gaat betreffen de gezondheidszorg, het onderwijs, de woningcorporaties en publieke TV diensten. De kernvraag is of lidstaten die 'diensten van algemeen (economisch) belang' op hun eigen wijze kunnen bepalen, inrichten en financieren. Aangezien een apart Preadvies zal worden gewijd aan de volksgezondheid door Maarten Janssen, Krijn Schep en Jarig van Sinderen zal ik me beperken tot korte illustraties omtrent publieke TV diensten en woningbouwcorporaties, gevolgd door een iets verder uitgewerkte analyse van onderwijs.

TV diensten zijn onderworpen aan vrij verkeer (het zijn immers economische diensten) maar de lidstaten zijn geheel vrij om 'publieke' zenders of diensten te beschermen uit oogpunt van algemeen belang, zij het cultureel, of politiek (wegens democratie en kwalitatief goede informatie alsmede pluriformiteit) of maatschappelijk. Het resultaat is het typisch Europese 'duale' TV stelsel. Daarbij doet zich de vraag voor hoe deze specifieke publieke diensten uitgekozen worden. Immers, indien publieke TV diensten overlappen met commerciële, wordt de werking van de EU interne markt geraakt. Men kan uiteraard zowel de publieke als de commerciële diensten reguleren (in beperkte mate doet de TV richtlijn dat ook, omwille van kinderen bijvoorbeeld; er is inmiddels ook zelf regulering omtrent TV uitzendingen in de EU) maar verder zijn TV diensten in beginsel grensoverschrijdend in de interne markt. De commerciële aanbieders dringen dan ook al jaren aan op een scherpe afbakening van wat exact publiek is in TV diensten – en wat niet (en dat kan per land verschillen). Uiteindelijk gaat het om een zo nauwkeurige omschrijving van wat precies gesubsidieerd wordt in TV land en waarom, zodat de kosten van de benodigde subsidie kunnen worden berekend door derde partijen. Aldus kunnen kruissubsidiering en concurrentievervalsing bij de overlappende gebieden

[48] Dit houdt in dat een subsidiariteitstoets ook geen EU rol zou rechtvaardigen. Zie Pelkmans, 2005a en 2005b en Ederveen, Gelauff & Pelkmans, 2008.

worden tegengegaan. De EU is hier geleidelijk strikter moeten gaan optreden aangezien deze discipline voor de staatssteun aanvankelijk weinig serieus werd genomen: een trits van Commissie zaken en zelfs EHJ zaken, het Omroepprotocol in het verdrag van Amsterdam, een tweede reeks van zaken en tenslotte gedetailleerde regels voor staatssteun voor publieke TV diensten.[49] Niets van al deze discipline tast het recht van lidstaten aan om deze publieke TV diensten zelf te omschrijven; of op publieke zenders reclame wordt toegelaten of niet is ook aan de lidstaten zelf. De borging van dit publieke belang op nationaal niveau kan echter niet verder gaan dan dat – er is geen reden om de interne marktwerking in TV diensten, buiten deze gesubsidieerde diensten, aan te tasten. De Commissie zou het ook veel gemakkelijker hebben en minder 'bemoeienis' hoeven in te zetten indien lidstaten (en hun publieke omroepen) hun EU verplichtingen (hier, over transparantie) ernstiger namen. Recentelijk duiken nieuwe fricties op die voortvloeien uit nieuwe internetdiensten van publieke omroepen. De vrees is dat deze diensten veelal (aanvankelijk of blijvend) verliesgevend zijn terwijl ze niet behoren tot de kerndefinitie van 'publieke TV diensten'. De beschuldiging dat deze verliezen uit de staatssubsidies worden gedekt ligt dan voor de hand terwijl hun commerciële concurrenten dit uiteraard niet kunnen.

Een tweede voorbeeld vormen de woningbouwcorporaties. De Nederlandse sociale woningbouw heeft decennialang op deze corporaties gesteund en doet dat nog, waarbij in eerste instantie huurwoningen *en* goedkoop gebouwd werden *en* (meestal) onder de gangbare huurprijs werden verhuurd. Hier is duidelijk geen sprake van winstmotief en evenmin van een marktpartij die (aanvankelijk of blijvend) zonder subsidie kan. Verder kunnen leningen van woningbouwcorporaties genieten van waarborgen van het Waarborgfonds Sociale Woningbouw. Dit is een duidelijk sociaal model in tegenstelling tot het Belgische na-oorlogse model dat veel sterker op het vrije initiatief in de bouwmarkt leunde. Behalve dat sociale woningbouw een typisch nationale, niet-grens-overschrijdende aktiviteit is, geldt dat deze diensten ook omwille van deze sociale kenmerken buiten de interne markt vallen. Hier is tot voor kort ook geen probleem opgetreden. Voor de nadruk die de regering in de onderhandelingen over het Lissabon verdrag legde op de vrijwaring van woningbouwcorporaties van de interne markt en de controle op staatssteun, bestond dan ook geen enkele analytische reden.[50] Er ontstond echter enige beroering toen EU Commissaris Kroes van mededinging op TV meldde dat het recente gedrag van sommige woningbouwcorporaties in Nederland tot maatregelen zou kunnen leiden. Dat gedrag behelsde namelijk op winst gerichte investeringen, nota bene over intra-EU grenzen heen, in zuiver marktgerichte woningbouw. Aangezien sommige woningbouwcorporaties veel kapitaal hebben kunnen opbouwen (bijvoorbeeld door de snelle prijsstijgingen van huizen sinds ongeveer 1996 en de

[49] De laatste richtsnoeren zijn te vinden op de website van DG Competition van de Commissie, echter zonder nummer of datum: Communication… on the application of state aid rules to public service broadcasting, begin juli 2009.

[50] Men kan de politieke opwinding eventueel als een aanleiding zien om window-dressing naar kiezers te doen maar dat is een ander verhaal.

verkopen aan hun huurders), kan dit tot verstoringen in de interne markt leiden, binnenlands of elders in de Unie. De discipline van staatssteuncontrole heeft niets te maken met het 'aantasten' van het Nederlandse publieke belang in de sociale woningbouw, en vormt geen overdreven Brusselse bemoeizucht, maar is een rechtstreeks gevolg van het overschrijden van de grens tussen sociaal / gesubsidieerd (een publiek belang dat de EU zal respecteren) en de marktsector door de woningcorporaties. Om Bart van Riel (2008, p. 46/7) te citeren: "Die bemoeienis roepen de woningcorporaties …zelf over zich af door vermenging van sociale en marktactiviteiten. [A]fsplitsing van de commerciële activiteiten [biedt] … een minimale garantie dat [hun] vermogen niet voor oneerlijke concurrentie wordt gebruikt".[51] Inderdaad dienen de corporaties hun maatschappelijke taak voorop te stellen en activiteiten van andere aard gescheiden te houden.

Als derde belangrijk voorbeeld van nationale 'diensten van algemeen (economisch) belang' gaan we dieper in op onderwijs. Dit thema heeft weliswaar minder vaak en minder heftig tot debat geleid dan volksgezondheid, maar de raakvlakken, feitelijk of potentieel, met de interne markt en/of met het algemene EU handelingsvermogen zijn wel degelijk interessant.

De hoofdzaak is en blijft dat enerzijds de lidstaten hun onderwijs zelf kunnen inrichten (inclusief de financiering ervan), net als bij de volksgezondheid, maar dat dit wel dient te geschieden binnen de algemene verdragsbepalingen van het EG verdrag. Het inmiddels beroemde Watts arrest (dat over volksgezondheid handelt) uit 2006 formuleert deze doctrine over de algemene verdragsbepalingen als volgt: "Hoewel vaststaat dat het gemeenschapsrecht de bevoegdheid van de lidstaten om hun sociale zekerheidstelsels [lees hier 'onderwijs', JP] in te richten…. moeten de lidstaten bij de uitoefening van deze bevoegdheid het gemeenschapsrecht, inzonderheid de bepalingen inzake het vrij verrichten van diensten, eerbiedigen".[52] Zoals van Riel het formuleert: "De werkingssfeer van het EU recht reikt dus verder dan de bevoegdheidstoedeling aan de Unie" (op.cit., p. 39). Bovendien heeft het EHJ in een aantal arresten het EU burgerschap met concrete, individuele rechten verbonden die zowel bij gezondsheidszorg als onderwijs van belang blijken te zijn. Het EU burgerschap is daardoor meer geworden dan het loutere passief kiesrecht in lokale verkiezingen van een EU gastland. Het roept de boeiende vraag op of het zogenaamde algemene belang van lidstaten wel automatisch en in alle gevallen samenvalt met consumenten-, patiënten- of studentenrechten in de Unie. Voorzover een zeker eigenstandig individueel recht beschermd wordt om zich binnen de EU te bewegen teneinde van bepaalde diensten te genieten, is de vervolgvraag of

---

[51] Van Riel vervolgt: "Op deze manier kunnen botsingen met het Europees recht en oneigenlijk gebruik van publiek geld worden voorkomen". Dat beleidsautonomie maar al te gemakkelijk in vrijwel absolute termen wordt opgevat, zonder zich rekenschap te geven van de nationale EU verplichtingen (waarover art. 10, EG glashelder over is !), wordt door van Riel evenzeer onderkend: "… het perspectief [lijkt] vooral te bestaan uit dat van de wethouder die last heeft van de Europese aanbestedingsregels of van de bestuurder van woningbouwcorporaties die zich vooral gehinderd ziet in zijn ambities als projectontwikkelaar."

[52] Zaak C-372/04, Watts, par. 92, uitspraak 2006.

en in hoeverre dat de nationale financiering van nationale stelsels van bijvoorbeeld gezondheid of onderwijs kan en mag aantasten.

Art. 149, EG, lid 1, draagt de Gemeenschap op de ontwikkeling van onderwijs van hoog gehalte van de lidstaten te ondersteunen en zonodig hun activiteiten aan te vullen "… met volledige eerbiediging van de verantwoordelijkheid van de lidstaten voor de inhoud van hun onderwijs en de opzet van het onderwijsstelsel en van hun culturele en taalkundige verscheidenheid".[53] Dit artikel is duidelijk. Het strookt eveneens met een functionele subsidiariteitstoets (zie Pelkmans, 2005a). Wel moet worden opgemerkt dat deze toets is gebaseerd op potentiele mobiliteiten over intra-EU grenzen en die komen nauwelijks voor bij primair en secundair onderwijs. Bij het tertiair onderwijs ligt dit echter minder helder, zeker bij master opleidingen of gespecialiseerde vervolgstudies (die ook steeds minder gebonden zijn aan een van de vele nationale talen die anders als een rem zouden werken op mobiele studenten en docenten). Ederveen & Thissen (2008) hebben de twee subsidiariteitscriteria (schaal; grensoverschrijdende spill-overs) empirisch onderzocht en vinden hooguit een zwakke aanwijzing voor indirecte spill-overs. Vooralsnog lijkt er dus weinig aanleiding om art. 149, EG, als achterhaald te bekritiseren. Ook in federaties geldt dat onderwijs typisch op deelregeringsniveau of zelfs lokaal wordt ingericht. Zo is er in Washington DC geen ministerie van onderwijs ! In federale landen als Zwitserland en Duitsland kan dat zelfs tot een zekere marktfragmentatie leiden voor mobiele leraren, en soms leerlingen, wegens moeizame erkenning van curricula van onderscheiden inhoud. Niettemin kunnen vier vormen van mogelijke EU beinvloeding worden onderscheiden.

Ten eerste zal de doctrine van de algemene verdragsbepalingen (zie boven) nationaal onderwijs in de marge kunnen beinvloeden. Een problematisch voorbeeld van EHJ rechtspraak onder deze benadering is de combinatie van vrij verkeer (hier, toegang voor EU studenten tot hoger onderwijs in alle EU landen) met het non-discriminatie beginsel. In de meeste lidstaten is dat een marginaal verschijnsel omdat taalverschillen alleen al een enorme barriere vormen, nog los van studiebeurzen en dergelijke. Maar er zijn kleine lidstaten die deel uitmaken van een groot taalgebied (Oostenrijk) en regio's met onderwijsbevoegdheden (Wallonie) in gelijksoortige omstandigheden die door deze rechtspraak in hun autonomie zijn beknot. In Belgie bijvoorbeeld bestonden veel hogere collegegelden voor Franse (officieel, buitenlandse) studenten in de medicijnen dan voor Belgische studenten, om althans de Franse studenten (wiens ouders geen belasting betalen in Belgie om onderwijs te financieren) enigszins mee te laten betalen voor de kosten van hun medische opleiding. Dit onderscheid is op basis van het non-discriminatie beginsel nu verboden maar noch op EU niveau (noch in de betreffende arresten) wordt een oplossing aangedragen voor dit liftersgedrag. Quotas zijn in sommige gevallen

[53] Aan het Lissabon verdrag is overigens een Protocol toegevoegd over diensten van algemeen belang dat in art. 2 nog eens benadrukt dat de bevoegdheden van de lidstaten om niet-economische diensten van algemeen belang te leveren, uit te besteden of te organiseren niet worden aangetast (affected) door de bepalingen van het verdrag. Van staatswege bekostigd onderwijs is zo'n niet-economische dienst.

ook verboden. Overigens is door gedurige verslechtering van het Duitse universitaire onderwijs in de jaren negentig ook een zekere druk op Nederland ontstaan (Universiteit Maastricht kent een forse toestroom van Duitse studenten die de taal relatief snel leren). Het gebruikelijke criterium dat de financiering van nationale stelsels niet ondermijnd mag worden zou op dit punt wel enigszins aangescherpd kunnen worden, bv. door een zekere verevening tussen lidstaten (zoals bij vrachtvervoer over de weg gebeurt tussen landen die geen tol hanteren). De vraag is echter of daar een dwingende juridische grondslag voor te vinden is. De algemene verdragsbepalingen spelen soms ook een rol indien 'burgers van de Unie', door gebruik te maken van hun recht op reizen en in andere EU landen verblijven, van niet-economische diensten kunnen profiteren. Deze elegante omweg volgt direct uit het feit dat onderwijsdiensten niet onder 'vrij verkeer' vallen want dat betreft alleen 'economische activiteiten'. Deze uitleg heeft echter (overigens beperkte) gevolgen voor de beleidsautonomie van lidstaten. Voorbeelden zijn onder andere het recht hebben op een studiebeurs voor een student die reeds lang in het VK had gestudeerd (maar niet de engelse nationaliteit had) en een verbod op ongerechtvaardigde restricties op het 'meenemen' van een (Duitse) studiebeurs voor een studie elders in de Unie.[54]

Ten tweede kan EU beinvloeding relevant worden wanneer een lidstaat (hoger) onderwijs niet langer verregaand van staatswege financiert. Immers, dan wordt een niet-economische dienst in het algemeen belang een economische activiteit en valt daarmee onder de interne markt en de mededinging. De vraag is wanneer dat omslagpunt bereikt wordt – niemand die het momenteel weet.[55] Er zijn nauwelijks private universiteiten in West Europa; in de nieuwe lidstaten komen deze vaker voor; het kan ook spelen bij business scholen (MBA opleidingen) en gespecialiseerde hogere vakscholen of academies. Voorzover de auteur bekend, zijn hier nog geen fricties opgetreden, vermoedelijk door het open aanname beleid van deze instellingen en de geringe publieke subsidies. Het zal lastiger worden wanneer reguliere universiteiten een steeds groter deel van hun inkomsten uit collegegeld van studenten halen, en steeds minder van hun kosten door de staat wordt gedekt. Indien de soms gehoorde voornemens van universiteiten om met elkaar te 'concurreren' letterlijk genomen zouden mogen worden, en kwaliteit, certificatie en prestatiecriteria van studenten en docenten tot daadwerkelijke differentiatie gaan leiden, ook in financiele zin, is het zeer de vraag of men niet kan gaan spreken van een interne markt voor universitair onderwijs, die in beginsel zonder distorsies zou

---

[54] Het eerste geldt het arrest Bidar in zaak C- 209/03, uitspraak 2005; dit arrest is inmiddels verduidelijkt middels een invulling van de criteria in het arrest Foerster (C-158/07, uitspraak 2009); het tweede betreft het arrest in twee gevoegde zaken C- 11/06 en C- 12/06 (Morgan en Bucher), uitspraak 23 oktober 2007. Zie ook van Eijken, 2008. Verwant is de zaak Schwarz C- 76/05, uitspraak 2007, waarbij het om belemmeringen voor de ouders ging om belastingaftrek te krijgen voor de kosten van een studie in een ander EU land van hun twee (hoogbegaafde) dochters. De belemmeringen hadden te maken met uitsluiting van particuliere scholen buiten Duitsland, terwijl in Duitsland goedgekeurde particuliere scholen er wel onder vielen.

[55] In de zaak Neri (C- 153/02, uitspraak 2003) is overigens door het EHJ al vastgesteld dat onderwijs een economische activiteit kan zijn: het ging daarbij om aanvullende cursussen waarvoor betaald werd.

moeten opereren. Zo ver is het nog lang niet. Interessant is dat het pleidooi van Rick van der Ploeg en Reinhilde Veugelers (2008) – dat in enig detail op een dergelijk 'performance based' hoger onderwijs, met mededinging, ingaat – eveneens tot een reeks van argumenten leidt om *de EU rol* in universitair onderwijs te versterken. Toch gaan ook deze auteurs niet zo ver dat ze 'fundamental local, regional and national roots of universities' afzweren (p. 87) en dat impliceert vermoedelijk nog steeds overwegend financiering door de staat (en deels de EU bv. voor mobiliteit zoals het Erasmus programma, en dergelijke). Echter, een fors deel van publieke universitaire gelden zijn bestemd voor onderzoek en daar kan de EU rol bestaan uit Europese kwaliteits en selectie mechanismen. Waar onderzoek privaat wordt gefinancierd, geldt in beginsel de interne markt.

Ten derde zijn er aspecten in het (hoogste) onderwijs die wel degelijk onder de interne markt vallen, omdat ze goederen of diensten betreffen en niet de inrichting van het stelsel of de inhoud van curricula. De huidige regering van Nederland heeft gratis (middelbare) schoolboeken ingevoerd en dit leidde onmiddellijk tot de niet onaanzienlijke opgave voor spelers in de onderwijswereld om open, concurrentiele publieke aanbestedingen te doen. Openbare aanbestedingen volgens EU richtlijnen hebben als doel om transparantie en tijdige informatie te bieden voor alle aanbieders in de Unie zodat de potentiele mededingers uit de gehele EU kunnen komen. Niettemin kunnen vraagtekens worden gesteld bij het potentieel Europese karakter van schoolboeken in de vele talen van EU landen; aangezien de EU aanbestedingsprocedures veeleisend zijn en tot juridische claims kunnen leiden, zou het heel wel mogelijk moeten zijn om daar geheel of gedeeltelijk ontheffing voor te krijgen (bijvoorbeeld alleen mededingers in Vlaanderen en Nederland in dit geval, tenzij de boeken in het engels zijn); het middel lijkt nu erger dan de kwaal.[56] In Zweden leidde het opknappen van de gebouwen van een scholengemeenschap door een Letse bouwdienstenverlener tot de beruchte Laval zaak, enigszins vergelijkbaar met de eerder besproken Rueffert zaak. De diploma erkenning voor docenten waarbij de EU zich, na veel gestechel, op wederzijdse erkenning op basis van relatief lichte richtlijnen heeft vastgelegd, is eveneens relevant.

Ten vierde is zich in Europa, breder dan de EU, een proces van universitaire hervorming aan het ontwikkelen dat op den duur vergaande consequenties zou kunnen hebben voor het nationale publieke belang in hoger onderwijs. Het Bologna proces is intergouvernementeel, wordt niet door de EU gestuurd (het verdrag staat dat niet toe) en grijpt niettemin vrij diep in in de eeuwenoude stelsels op dit continent. De roep om Europese fondsen voor onderzoek wordt steeds luider. De European Research Council en het EU Technologie Instituut zijn kort geleden van start gegaan. EU gelden voor grensoverschrijdende mobiliteit van studenten, en in

[56] Mededinging is uiteraard in het publieke en private belang om de prijs/kwaliteit verhouding van en de keuze tussen schoolboeken zo gunstig mogelijk te houden. Maar deze mededingers zullen, in kleine taalgebieden, uitsluitend lokaal zijn. Overigens heeft de Commissie bepaald dat schoolboeken in deze gunningspocedures met ISBN nummer en naam kunnen worden gespecificeerd, waardoor kwaliteitseisen worden gegarandeerd. Niettemin wordt daarmee de verplichting Europees aan te besteden nagenoeg overbodig.

zekere mate van docenten en onderzoekers, zijn de laatste twee decennia verveelvoudigd. Ranglijsten van 'topuniversiteiten' of faculteiten nemen in betekenis toe. Het is niet onmogelijk dat het nationale algemene belang in hoger onderwijs verregaand verstrengeld raakt met het EU of Europese belang, zij het wegens de europeanisering van onderzoek en deels de arbeidsmarkt van onderzoekers, zij het onder druk van globalisering. De EU ministers spreken al jaren van een Europa van Onderwijs en van de Europese Onderzoeksruimte. De vraag zal zich dan voordoen wat de (nieuwe) grenzen zijn van de nationale beleidsautonomie voor het hoogste onderwijs en onderzoek. Dit hangt in niet-geringe mate samen met het verband tussen (goed) onderwijs en economische groei op langere termijn hetgeen een rol speelt bij het Lissabon proces sinds 2000.[57]

3.6 Conclusies

Marktwerking staat centraal in de Europese economische integratie, kwesties van macro-economische stabiliteit in de eurozone daargelaten. Echter, deze cruciale conclusie dient wel goed begrepen te worden, zeker in Nederland, waar het idee van marktwerking maar al te vaak wordt gehanteerd op een nogal eenzijdige wijze en toegepast in slechts sommige 'speciale' markten. In de EU heeft het idee vanaf de aanvang betrekking gehad op de "*goede werking*" van de gehele interne markt, meestal tesamen met het stap-voor-stap bereiken van grensoverschrijdende liberalisatie over vijf decennia. Het EG verdrag en de jurisprudentie van het EHJ leiden voortdurend tot zorgvuldige afwegingen. Waar liberalisatie gevoelig is en er aldus door Raad en EP niet vlot mee wordt ingestemd, gaat de verdieping en verbreding van de interne markt typisch samen met EU regulering en/of met voorwaardelijkheden en/of met geconditioneerde uitzonderingen (onder disciplines van algemene EU beginselen zoals non-discriminatie en evenredigheid). Onder het veto systeem voor 1985 (toen bovendien de Raad veel en het EP weinig beslissingsmacht had) leidde dat veelal tot EU regulering die onnodig hoge kosten en rigiditeit met zich meebracht door 'capture' van vakministers (denk aan transport en landbouw) of door het afdwingen van allerlei speciale regels of uitzonderingen voor bepaalde landen omdat er met een veto werd gezwaaid. Nu al vele jaren met gekwalificeerde meerderheid wordt beslist in de Raad en het EP nagenoeg evenwaardige beslissingsmacht heeft gekregen (over vier verdragswijzigingen) is een veel rationelere benadering van EU regulering ontwikkeld. Daarbij wordt sterk gelet op (interne) marktfalen als reden voor regulering, naast subsidiariteit (moet het wel op EU niveau?) en kostenminimalisering. RIAs (effectbeoordeling) en de algehele inbedding in een "Better Regulation' strategie vormen daarbij behulpzame instrumenten. Ook in het EU mededingingsbeleid zijn afwegingen niet ongebruikelijk o.a. door verdragsbepalingen met betrekking tot zogenaamde 'diensten van algemeen economisch belang' (meestal netwerk sectoren met publieke dienstverleningsverplichtingen). Om al deze redenen is het beslist onjuist en zelfs misleidend

[57] Zie o.a. het Sapir rapport (Sapir et al., 2003); CSED (SER), 2004; Aghion & Cohen, 2004; Aghion, Dewatripont et al., 2008.

om generaliserend te stellen dat allerlei aspecten van ‘algemeen belang’ van de lidstaten door de EU marktwerking feitelijk of mogelijk ondermijnd zouden worden.

De EU borging van nationale publieke belangen geschiedt op twee wijzen. De eerste manier betreft uitzonderingen op vrij verkeer, waar het gaat om publieke belangen als veiligheid, gezondheid, een schoner milieu, consumentenbescherming en toereikende informatie voor een bescherming van investeerders. Omdat deze uitzonderingen het hart van de interne markt voor goederen, diensten, kapitaal en arbeid treffen, was en is het er de lidstaten en de EU instellingen veel aan gelegen het aantal en de reikwijdte van deze uitzonderingen te minimaliseren. Dit is (meestal) niet gebeurd door de discretie van de lidstaten in te perken, maar door op gezamenlijke EU borging uit te komen. Inmiddels is uitgebreide EU regulering tot stand gebracht die borgt wat aanvankelijk vaak nationale publieke belangen zijn. De aandacht voor ‘betere’ EU regulering, nu deze zo omvangrijk is geworden, tegen geringere kosten, is eveneens sterk toegenomen. De tweede manier slaat op aspecten of terreinen van de nationale beleidsautonomie die niet onder EU bevoegdheden vallen. Het probleem daarbij is gelegen in de precieze afbakening van de grenzen van die nationale autonomie, zeker als er mogelijke verschuivingen optreden door technische vooruitgang of veranderde opvattingen (bijvoorbeeld meer nationale marktwerking).

De eerste manier heeft uiteindelijk redelijk goed gewerkt maar dit neemt niet weg dat soms controverses opduiken. Bij de horizontale (Bolkestein) dienstenrichtlijn is dit uit de hand gelopen omdat, naast veel misleidende lobby campagnes, er ongebreideld allerlei uitzonderingen zijn ingevoerd. Ook tijdelijke grensoverschrijdende dienstverlening ligt gevoelig in enkele lidstaten die geen minimumloonwetgeving hebben en wensen.

De tweede manier heeft soms tot controverses geleid omdat de nationale beleidsautonomie zonder veel aandacht voor algemene EU beginselen werd ingevuld. Bij publieke TV-zenders gaat het er de EU alleen om dat helder wordt voorgelegd wat ‘publieke taken’ zijn en wat niet, en op zodanige wijze dat de kosten van subsidies goed zijn in te schatten. Bij woningcorporaties dienen de niet-economische activiteiten van sociale woningbouw duidelijk te worden gescheiden van eventuele commerciële bouwactiviteiten. Bij (hoger) onderwijs gaat het vooralsnog om niet-economische diensten (behalve bij MBA’s en dergelijke). Wanneer ‘marktwerking’ via collegegeld en concurrentie verregaand wordt doorgevoerd, zou dit een omslagpunt bereiken – alleen weet niemand waar dat ligt. Niettemin heeft de inbedding van nationaal ingericht en gefinancierd onderwijs in de algemene EG verdragsbepalingen wel tot enkele opmerkelijke uitspraken geleid van het EHJ bv. over beurzen en (non-discriminatoire) collegegelden.

Referenties

Aghion, Ph., M. Dewatripont, C. Hoxby, A. Mas-Colell & A. Sapir, 2008, Higher aspirations: an agenda for reforming European universities, Brussel, *Bruegel Blueprint* no. 5, www.bruegel.org.

Aghion, Ph. & E. Cohen, 2004, Education and economic growth, report, Paris, Conseil d'Analyse Economique.

Andrews, P., 2008, Are market failure analysis and impact assessment useful ?, in: S. Weatherill, ed., *Better Regulation in Europe*, Oxford, Oxford U.P.

Badinger, H. & N. Maydell, 2009, Legal and economic issues in completing the internal market for services, *Journal of Common Market Studies*, jrg. 47 no 4, p. 693 - 717.

Barnard, C., 2008, Unravelling the services directive, *Common Market Law Review*, jrg. 45, p. 323 - 394.

Bruijn, R. de, H. Kox & A. Lejour, 2007, Economic benefits of an integrated European market for services, *Journal of Policy Modelling.*

CEPS, 2009, *Policy-making in the EU*, achievements, challenges and proposals for reform, Brussel, rapporteur Andrea Renda.

Chang, M., D. Hanf & J. Pelkmans, 2010, The services directive: trojan Horse or White Knight ?, *Journal of European Integration*, jrg. 32, no. 1.

CSED (SER), 2004, *Met Europa meer groei*, Den Haag, Commissie Sociaal-Economische Deskundigen, SER.

Davies, G., 2009, Art. 86 EC, the EC's economic approach to competition law and the general interest, *European Competition Journal*, jrg. 5 no. 2, augustus.

Ederveen, S., G. Gelauff & J. Pelkmans, 2008, Assessing subsidiarity, in: G. Gelauff et al., ed.s, *Subsidiarity and economic reform in Europe*, Berlin/ Heidelberg, Springer Verlag.

Ederveen, S. & L. Thissen, 2008, European coordination of higher education, in: Gelauff et al., ed.s , op. cit.

Europees Rekenhof, 2009, Impact assessment as an instrument of the Commission's 'Better Regulation' policy: does it work ?, Luxemburg, te verschijnen.

Eijken, H. van, 2008, Onderwijsdiensten: een burgerrecht, maar wie betaalt de rekening?, *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, januari, no.1 & 2.

Gronden, J. van der & Mortelmans K., red. , 2001, Mededinging en niet-economische belangen, Deventer, Kluwer.

Hahn, R. & P. Tetlock, Has economic analysis improved regulatory decisions?, *Journal of Economic Perspectives*, jrg. 22.

Hatzopoulos, V. , 2008, Legal aspects of the internal market for services, in: J. Pelkmans, D. Hanf & M. Chang, ed.s, *The EU internal market in comparative perspective*, Brussel/Bern/New York, PIE Lang, College of Europe Series.

Hatzopoulos, V. & U. Do, 2006, The case-law of the ECJ concerning the free provision of services: 2000 – 2005, *Common Market Law Review*, p. 923 – 991.

Kirkpatrick, C., 2008, Regulatory Impact Assessment, in: M. Crew & D. Parker, ed.s, *International Handbook on Economic Regulation*, Cheltenham, E. Elgar.

Pelkmans, J., 2001, Making EU network industries competitive, *Oxford Review of Economic Policy*, autumn, jrg. 17 no. 3.

Pelkmans, J., 2005a, Testing for subsidiarity, Brugge, College of Europe, *BEEP Briefing* no. 13, www.coleurope.eu/eco/publications.htm, en in T. Bruha & C. Nowak, ed.s, 2005, *Die EU: Innere Verfasstheit und Globale handlungsfaehigkeit*, Nomos, Baden-Baden.

Pelkmans, J., 2005b, Subsidiarity between law and economics, *Research papers in Law* 2005/1, Brugge, College of Europe, zie www.coleurope.eu/law.

Pelkmans, J., 2005c, Mutual recognition in goods and services, an economic perspective, in F. Kostoris Padoa Schioppa, ed., *The principle of mutual recognition in European integration*, Basingstoke/ New York, Palgrave Macmillan.

Pelkmans, J., 2006, *European integration, methods and economic analysis*, Harlow/ New York, Pearson Education, 3e herziene editie.

Pelkmans, J., 2007a, Mutual recognition in goods, on promises and desillusions*, Journal of European Public Policy*, augustus, jrg. 14 no. 5.

Pelkmans, J., 2007b, Deepening services market integration, *Romanian Journal of European Affairs,* december, jrg. 6 no 4.

Pelkmans, J., 2008, The demise of intra-EU technical barriers, in: M. Bulterman et al., ed.s , *Views of European Law from the mountain,* Liber Amicorum Piet-Jan Slot, Kluwer Law International, p. 59 - 72.

Pelkmans, J., 2009, Het 2008 goederenpakket: nuttige verdieping van de interne markt, *SEW-Tijdschrift voor Europees en economisch recht*, (nog te verschijnen, verwacht november).

Pelkmans, J., S. Labory & G. Majone, 2000, Better EU regulatory quality: assessing current initiatives and new proposals, In: G. Galli & J.Pelkmans, eds., *Regulatory reform and competitiveness in Europe*, Cheltenham, E. Elgar, deel 1, hfst. 12.

Ploeg, R. van der, en R. Veugelers, 2008, Higher education reform and the renewed Lisbon strategy: role of Member States and the European Commission, in: G. Gelauff, I.Grilo & A. Lejour, ed.s , *Subsidiarity and economic reform in Europe*, Berlijn/Heidelberg, Springer Verlag.

Riel, B. van, 2008, Grenzen aan de interne markt, in: F. Becker, M. Hurenkamp & M. Sie Dhian Ho, red., Het ongemak over Europa, Amsterdam/den Haag, *Wiardi Beckman stichting Jaarboek 2008,* p. 36 - 56.

Sapir, A., et al. 2003, *An agenda for a growing Europe* (the Sapir High Level Group report), Brussel, Europese Commissie, tevens bij Oxford U.P. , 2004.

Scitovsky, T., 1958, *Economic theory and Western European integration*, London, Allen and Unwin.

Sauter, W., 2008, Services of general economic interest and universal service in EU law, *TILEC Discussion Paper*, DP 2008-017, Tilburg University, mei.

SER, 2005, Ondernemerschap voor de publieke zaak, Den Haag, www.ser.nl.
Slot, P.J., M. Park & A. Cuyvers, 2007, Diensten van algemeen (economisch) belang nader beschouwd, *Markt & Mededinging*, juli, jrg. 10, no. 4, p. 101 - 112.
Spaak, P.H. et al., 1956, Rapport van de delegatieleiders van de ministeries van Buitenlandse Zaken, Brussel, (uitsluitend in het Frans), ongepubliceerd
Spulber, D., 1989, *Regulation and markets*, Cambridge (Mass.), MIT Press.
Tinbergen, J., 1954, *International economic integration*, Amsterdam, North Holland.
Vogel, D., 1995, Trading-up, Consumer and environmental regulation in a global economy, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
Winston, C., 1993, Economic deregulation, days of reckoning for micro-economists, *Journal of Economic Literature*, september, jrg. 30 no. 3.
WRR, 2007, *Europa in Nederland*, Den Haag/Amsterdam , Amsterdam University Press, WRR rapport no. 78.

Hoofdstuk 4 Marktwerking, staatssteun en diensten van algemeen economisch belang: De rol van Artikel 86 EG

Vincent Verouden[*]

Over het algemeen wordt het marktmechanisme beschouwd als de meest efficiënte en geschikte manier om een economie te organiseren. De tucht van de markt leidt er immers toe dat producenten hun producten tegen concurrerende prijzen aan de man moeten brengen en voortdurend dienen in te spelen op de veranderende behoeften van consumenten. Daarnaast wordt de vrije markt ook gezien als het economische pendant van democratie, namelijk een organisatievorm van de economie die recht doet aan het verlangen van burgers om eigen keuzes te kunnen maken, en hun leven op eigen manier te kunnen inrichten.

De markt kent echter ook tekortkomingen. Op de eerste plaats leidt marktwerking niet altijd tot efficiëntie.[1] Er is sprake van marktfalen wanneer marktdeelnemers (producenten, werknemers, consumenten, bankiers) beslissingen nemen die weliswaar individueel rationeel zijn, maar die ertoe leiden dat economische meerwaarde onbenut blijft of wordt vernietigd. Te denken valt bijvoorbeeld aan economische ontwikkelingskansen die verloren gaan voor een regio wanneer het lokale telecombedrijf niet investeert in een breedbandnetwerk, of aan milieuschade die optreedt door bedrijven die verouderde productie-technologieën hanteren. In geval van dergelijk marktfalen kan overheidsingrijpen in de markt zeer efficiënt zijn. De overheid kan dit bereiken door directe marktregulering (bijvoorbeeld het opleggen van bindende milieunormen voor de bedrijfstak), door betere randvoorwaarden te scheppen (o.a. door de informatievoorziening in de markt te verbeteren) en ook door specifieke economische prikkels te geven met behulp van subsidies, waardoor marktdeelnemers zich op een manier gaan gedragen die het marktproces tot efficiëntere uitkomsten brengt.

Ook "goed" werkende markten kunnen tekortschieten in de zin dat de uitkomsten

---

[*] Vincent Verouden is senior econoom bij het *Chief Economist Team* van de Europese Commissie, DG Concurrentie. De auteur wenst Eric van Damme, Maarten Pieter Schinkel, Wouter Pieké en Ronald van de Ven te bedanken voor hun belangrijke inbreng. De geformuleerde standpunten zijn van de auteur en kunnen niet worden beschouwd als een officieel standpunt van de Europese Commissie.

[1] Een markt wordt (Pareto-)efficiënt genoemd, wanneer deze leidt tot een uitkomst (in termen van prijs, aanbod, enz.) die niet voor een algehele verbetering vatbaar is, d.w.z. het is niet mogelijk de uitkomst voor sommige actoren te verbeteren zonder de uitkomst voor anderen te verslechteren. Een markt wordt ook wel efficiënt genoemd wanneer deze leidt tot welvaartsmaximalisatie in de zin van een maximalisatie van de (gewogen) som van consumentensurplus en producentensurplus (bedrijfswinsten) in de markt.

van het marktproces, ook al zijn deze misschien efficiënt vanuit economisch oogpunt, niet als maatschappelijk wenselijk worden beschouwd. Zo stuurt de overheid op veel gebieden de verdeling van de baten van economische activiteiten, onder andere door arbeidsmarktregulering (denk aan minimumlonen en andere vormen van bescherming van werknemers) en inkomensherverdeling via progressieve belastingheffing.

Een specifieke vorm van overheidsingrijpen vindt plaats in de zogeheten nutssectoren. De samenleving kan oordelen dat bepaalde voorzieningen (zoals toegang tot gas, water, elektriciteit, telecommunicatie, mobiliteit, postbedeling, een pluralistisch omroepbestel) zo essentieel zijn dat geen enkele burger van betaalbaar gebruik ervan mag worden uitgesloten, zelfs wanneer de kosten voor de belevering van sommige groepen van klanten zeer hoog zijn, in het bijzonder hoger dan de prijs die aan deze klanten wordt gevraagd. Te denken valt aan het organiseren van openbaar vervoer in landelijke gebieden of het terbeschikkingstellen van basisinternettoegang tegen lage prijzen aan iedereen die hiervan gebruik wil maken, ook al is het maar sporadisch. De motivering voor dergelijke maatregelen kan zowel van politieke, sociale of economische aard zijn.

Het recept dat de overheid traditioneel hanteerde om dergelijke essentiële voorzieningen betaalbaar en algemeen toegankelijk te houden was het creëren van (overheids-)monopolies, de zogeheten nutsbedrijven, die de producten en diensten tegen een min of meer uniforme prijs beschikbaar stelden. De financiering hiervan vond geheel of gedeeltelijk plaats door middel van kruissubsidiëring: consumenten die goedkoop bediend konden worden subsidieerden consumenten met hogere kosten. Deze nutsbedrijven hadden doorgaans het alleenrecht om deze diensten te leveren, zodat het systeem niet kwetsbaar was voor toetreding van andere aanbieders op de winstgevende segmenten. In sommige sectoren met een kostbare netwerkinfrastructuur zoals de telecomsector en de elektriciteitssector was een formeel alleenrecht soms overigens ook niet nodig omdat deze sectoren in feite een "natuurlijk" monopolie vormden, waarin toetreding voor andere ondernemingen niet levensvatbaar was.

Gaandeweg, en vooral sinds de jaren '80 van de vorige eeuw, zijn veel overheden de levering van essentiële voorzieningen anders gaan inrichten met een grotere rol voor concurrentie tussen verschillende aanbieders.[2] Onder invloed van belangrijke technologische veranderingen (met name de opkomst van informatie- en communicatietechnologie) en veranderende inzichten over de efficiëntie en wenselijkheid van (overheids-)monopolies werd in verschillende landen van de Europese Unie besloten om concurrentie te introduceren op die segmenten waar dat tot welvaartswinsten zou kunnen leiden. Om de openbare dienstverlening te waarborgen werden systemen geïntroduceerd, waarbij sommige bedrijven (vaak de voormalige

[2] Voor een nadere beschrijving van deze ontwikkeling, zie E. van Damme, J. Jansen, J. Potters, Th. ten Raa en V. Verouden, *Vier vragen bij universele dienstverlening*, Economisch Statistische Berichten, 84, nr. 4199 (1999), p. 284-288.

nutsbedrijven) de verplichting werd opgelegd om openbare diensten te blijven leveren in ruil voor expliciete subsidies.

De Europese regels inzake mededinging en staatssteun hebben een belangrijke rol gespeeld in dit proces, zowel in het liberaliseren van traditionele nutssectoren als in het vormgeven van de manier waarop een overheid openbare dienstverleningsverplichtingen kan opleggen en subsidiëren. Artikel 86 EG, en met name het tweede lid ervan, speelt in dit opzicht een sleutelrol. Het is het centrale artikel in het EG-Verdrag dat ziet op het waarborgen van openbare dienstverlening door de centrale en decentrale overheden van de lidstaten.

De Europese Unie ontleent haar bevoegdheid om in de nutssectoren - traditioneel het domein van de landelijke of plaatselijke overheid - regulerend op te treden aan het feit dat de door deze sectoren geleverde diensten veelal als "economische diensten" moeten worden beschouwd, in de zin dat het gaat om diensten die in principe op een markt aangeboden en verhandeld kunnen worden, en als zodanig ook het onderwerp kunnen zijn van het handelsverkeer tussen de lidstaten. Toch moet het marktregulerend optreden van de Europese Unie niet worden gezien als een vergaande bemoeizucht. Zoals zal blijken hebben de nationale en lokale overheden een zeer ruime marge om zelf te bepalen welke diensten zij aan willen merken als diensten van algemeen economisch belang en de voorwaarden te bepalen waartegen deze aan de bevolking worden aangeboden. De insteek van de Europese Unie is deze dienstverlening op een manier te laten plaatsvinden die niet nodeloos ten koste gaat van het goed functioneren van de interne Europese markt en van de potentiële voordelen die deze markt biedt in termen van efficiëntie en doelmatigheid.

Doel van dit Preadvies is een overzicht te geven van de belangrijkste beleidsregels die op Europees niveau zijn ontwikkeld op het gebied van de levering van diensten van algemeen economisch belang. De focus zal liggen op de relatie tussen de staatssteunregels en Artikel 86 EG, met zijdelings enige aandacht voor de overige mededingingsregels die spelen in de context van de nutssectoren.

Het eerste deel geeft een korte plaatsbepaling van artikel 86 EG in het geheel van mededingingsregels en staatssteunregels. Het tweede deel gaat in op de vraag in hoeverre subsidies voor de levering van diensten van algemeen economisch belang als staatssteun moeten worden aangemerkt. Het derde deel presenteert de belangrijkste voorwaarden waaraan subsidies voor openbare dienstverlening moeten voldoen om te kunnen worden goedgekeurd onder de Europese staatssteunregels. Het Preadvies sluit af met een beschrijving van een aantal beleidsdilemma's.

4.1 De sleutelrol van Artikel 86 EG

Artikel 86 EG heeft een sleutelrol gespeeld in het liberaliseren van traditionele nutssectoren, alsook in het vormgeven van de manier waarop de overheid openbare

dienstverleningsverplichtingen kan opleggen aan ondernemingen en deze kan subsidiëren. Het is het (enige) artikel in het oorspronkelijke EG Verdrag dat expliciet betrekking heeft op diensten van algemeen economisch belang.[3]

Artikel 86 EG bestaat uit de volgende drie paragrafen:

1. De lidstaten nemen of handhaven met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, geen enkele maatregel welke in strijd is met de regels van dit Verdrag, met name die bedoeld in de artikelen 12 en 81 tot en met 89.

2. De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, vallen onder de regels van dit Verdrag, met name onder de mededingingsregels, voorzover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap.

3. De Commissie waakt voor de toepassing van dit artikel en richt, voorzover nodig, passende richtlijnen of beschikkingen tot de lidstaten.

Vooropgesteld moet worden dat Artikel 86 EG, net als alle mededingingsregels en de regels voor de totstandbrenging van de interne markt (vrij verkeer van goederen, diensten en kapitaal), enkel betrekking heeft op economische activiteiten. Hieronder wordt verstaan "iedere activiteit bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt door een eenheid, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd".[4] Het verrichten van diensten tegen betaling (of dit nu met winstoogmerk gebeurt of niet) wordt door het Hof van Justitie in beginsel als een economische activiteit gezien.[5]

---

[3] Bij het Verdrag van Amsterdam (inwerking getreden in 1999) is ook Artikel 16 ingevoegd. Dit artikel onderkent de plaats die de diensten van algemeen economisch belang binnen de gemeenschappelijke waarden van de Europese Unie innemen, alsook de rol die zij vervullen bij het bevorderen van de sociale en territoriale samenhang van de Unie.

[4] Arrest van het Hof van Justitie van 12 september 2000 in gevoegde zaken C-180/98 t/m C-184/98, *Pavlov e.a.*, Jurispr. 2000, blz. I-6451. Zie ook het arrest van het Hof van Justitie van 16 juni 1987 in zaak *Commissie vs. Italië*, Jurispr. 1987, blz. 2599 en het arrest van het Hof van Justitie van 23 april 1991, zaak C-41/90, *Höfner en Elsner vs. Macroton*, Jurispr. 1991, blz. I-1979, r.o. 21. Zie ook P. Slot, M. Park en A. Cuyvers, *Diensten van algemeen economisch belang nader beschouwd*, Markt en Mededinging 2007, nr.4, blz. 101 – 112; W. Van Gerven, L. Gyselen, M. Maresceau & J. Stuyck, *Kartelrecht Europese Gemeenschap*, p. 535 e.v. (1997). Zie ook J.L. Buendia Sierra, Article 86 – *Exclusive rights and other anticompetitive state measures*, in: The EC Law of Competition (J. Faull en A. Nikpay, eds.), Oxford University Press (2007).

[5] Arrest van het Hof van Justitie van 18 juni 1998, zaak C-35/96, *Commissie vs. Italië*, Jurispr. 1998, blz. I-3851, r.o. 37.

4.1.1 Artikel 86(1) EG

Artikel 86(1) EG maakt onomwonden duidelijk dat de mededingingsregels van toepassing zijn op ondernemingen die bijzondere[6] of exclusieve rechten hebben. Dit artikel was daarmee van toepassing op het gros van de nutsbedrijven, aangezien deze traditioneel hun openbare dienstverlening verzorgden op basis van een alleenrecht (monopolie), hen toegekend door de overheid.

Artikel 86(1) EG staat niet op zichzelf: het verwijst expliciet naar andere verdragsbepalingen, zoals Artikelen 12 en 81 tot en met 89[7], en kan slechts worden aangewend in combinatie met deze artikelen.

Lange tijd werd het artikel omschreven als een vrij onbetekenende verwijzingsregel, dat wil zeggen een verdragsregel die de lidstaten slechts aan de verplichtingen herinnert die zij al op basis van andere verdragsbepalingen hebben na te leven. Bovendien leek een letterlijke lezing van het artikel te impliceren dat het bestaan van bijzondere of exclusieve rechten niet ter discussie werd gesteld, alleen het nemen van "maatregelen" met betrekking tot bedrijven die deze rechten al hadden.

Dit veranderde echter geleidelijk aan onder invloed van beschikkingen van de Commissie en de rechtspraak van het Hof van Justitie.[8] Hierin werd duidelijk dat een lidstaat een inbreuk pleegt op Artikel 86(1) EG in combinatie met Artikel 82 EG wanneer de staat een maatregel neemt met betrekking tot een bedrijf dat een dominante positie heeft op een relevante markt[9] en deze maatregel de onderneming er toe brengt haar dominante positie te misbruiken.

Van een aantal vormen van overheidsmaatregelen werd gesteld dat zij er *feitelijk* toe leidden dat de onderneming in kwestie marktgedragingen vertoonde die normaal gesproken onder Artikel 82 EG verboden zouden zijn als het bedrijf deze uit eigen wil zou hebben vertoond. Dit was onder andere het geval voor overheidsmaatregelen in de vorm van prijsregulering, waarbij de gereguleerde prijzen discriminatoir of excessief waren dan wel het karakter van roofprijzen hadden.[10]

---

[6] Bijzondere rechten zijn hoofdzakelijk rechten die door een nationale overheid binnen het grondgebied van de lidstaten discretionair aan een beperkt aantal ondernemingen worden toegekend. Zie Van Gerven e.a. (2007), *supra* noot 5, p. 535.

[7] Artikel 12 EG betreft het verbod op discriminatie op grond van nationaliteit. Artikelen 81 t/m 89 EG betreffen de mededingingsregels (zowel de regels voor de ondernemingen als de staatssteunmaatregelen). Ook de verdragsregels voor het vrij verkeer van goederen (Artikel 28 EG e.v.), diensten (Artikel 49 EG e.v.) en vrije vestiging (Artikel 43 EG e.v.).

[8] Buendia Sierra, *supra* noot 5, paragraaf 6.54; Van Gerven e.a., *supra* noot 5, blz. 536.

[9] De rechtspraak van het Hof van Justitie stelde in veel gevallen dat bedrijven belast met diensten van algemeen economisch belang en hiervoor uitgerust met een wettelijk monopolie een dominante positie innamen in een relevante productmarkt. Buendia Sierra, *supra* noot 5, paragraaf 6.55.

[10] Arrest van het Hof van Justitie van 10 december 1991 in zaak 179/90, *Porto di Genova*, Jurispr. 1991, I – 5923; Arrest van het Hof van Justitie van 17 mei 1994 in zaak 18/93, *Corsica Ferries*, Jurispr. 1994, I – 5097.

Over andere staatsmaatregelen werd geoordeeld dat deze de onderneming er *onvermijdelijk* toe brachten om haar dominante positie te misbruiken. Hiertoe werd onder andere gerekend het delegeren van een regelgevende bevoegdheid aan de nutsonderneming met betrekking tot andere diensten en producten dan de dienst van algemeen economisch belang, waardoor er een belangenconflict zou ontstaan tussen de commerciële activiteiten van het bedrijf en de regelgevende activiteiten.[11]

In het bijzonder de Commissie heeft getracht de "onvermijdbaarheid" opvatting verder op te rekken en te stellen dat het toekennen van exclusieve rechten aan een onderneming *als zodanig* in strijd was met Artikel 86(1) EG in combinatie met Artikel 82 EG, aangezien dit zou leiden tot effecten die vergelijkbaar waren met het misbruik van een dominante positie.

Dit komt bijvoorbeeld tot uiting in de beschikking die de Commissie nam in de zaak *Koeriersdiensten* in 1990.[12] Onderwerp van deze beschikking was een door de Nederlandse staat opgelegde maatregel (een herziening in 1988 van de postwet) die er in feite op neer kwam dat het monopolie van de PTT op de basispostdienst werd uitgebreid naar grote delen van de expressepost. Deze laatste onderscheidt zich van zich de basispostdienst door allerlei bijkomende prestaties zoals het ophalen van zendingen aan huis en andere flexibele voorwaarden voor de verzending en levering. De wet voerde indertijd onder andere een minimumtarief in van *f* 11,90 voor concurrenten van de koeriersdienst van de PTT, om deze inkomstenbron voor de PTT te beschermen.

Op de eerste plaats voerde de Commissie aan dat van misbruik sprake was omdat deze wetsherziening (een maatregel in de zin van Artikel 86(1)EG) de al bestaande machtspositie van de PTT uitbreidde en versterkte. De Commissie beriep zich hierbij op eerdere rechtspraak[13] die aangaf dat van misbruik van een machtspositie in de zin van Artikel 82 kan worden gesproken wanneer een onderneming die op een bepaalde markt een machtspositie inneemt een nevenactiviteit op een verwante markt aan zichzelf voorbehoudt, met de kans dat de mededinging op die markt volledig wordt uitgeschakeld. Vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wet waren al een aantal particuliere koeriersdiensten actief in Nederland op het gebied van expressepost. Door de wet werd hen het concurreren ernstig bemoeilijkt, zo niet onmogelijk gemaakt.

Daarnaast zou de nieuwe wet leiden tot een beperking van het aanbod op de betreffende markt. Sinds de particuliere koeriersdiensten deze diensten niet meer zouden mogen verrichten tegen minder dan *f* 11,90, zouden bestaande klanten (vooral

---

[11] Zaak C-18/88, *RTT*, Jurisprudentie 1991 I-5941.

[12] Zaak 90/16/EEG: Beschikking van de Commissie van 20 december 1989 inzake het verrichten van koeriersdiensten in Nederland, Publicatieblad Nr. L 010 van 12/01/1990 blz. 47 – 52. Beschikking later op proceduregronden vernietigd.

[13] Arrest van het Hof van 3 oktober 1985 in Zaak 311/84, *CBEM/CLT en IPB ("Telemarketing")*, Jurispr. 1985 blz. 3261, r.o. 27.

bedrijven) duidelijk nadeel ondervinden. Zij zouden niet langer gebruik kunnen maken van diensten van eenzelfde prijs en kwaliteit als voorheen. Deze beperking van het aanbod druiste volgens de Commissie in tegen Artikel 82 EG, sub b).

Sommige arresten van het Hof leken bovengenoemde "onvermijdbaarheid" opvatting te volgen en te stellen dat het toekennen van exclusieve rechten aan een onderneming *als zodanig* in strijd was met Artikel 86(1) EG in combinatie met Artikel 82 EG. In de zaak *Corbeau*, een vergelijkbare Belgische zaak over koeriersdiensten uit 1993, kwam dit het scherpst naar voren.[14] Uit het arrest van het Hof bleek dat de uitsluiting van de concurrentie in het betrokken marktsegment (koeriersdiensten) door middel van het toekennen van een alleenrecht alleen was toegestaan in zoverre deze maatregel noodzakelijk was voor het nutsbedrijf om de haar toegewezen dienst van algemeen economisch belang naar behoren uit te kunnen voeren in de zin van Artikel 86(2) EG. Aangezien het *Corbeau* arrest geen aandacht besteedde aan de vraag of er nu feitelijk of onvermijdelijk sprake was van een misbruik in het betreffende marktsegment, maar onmiddellijk doorging met de vraag of het toekennen van een alleenrecht kon worden gerechtvaardigd onder Artikel 86(2) EG, leek de “bewijslast” in feite te zijn omgedraaid. De wettelijkheid van een alleenrecht kon niet worden verondersteld, alleen op basis van Artikel 86(2) EG kon een alleenrecht voor een nutsbedrijf als wettelijk worden beschouwd.

Het Hof heeft in de hierop volgende arresten wel wat gas terug genomen, door te vermelden dat er wel sprake moet zijn van een causaal verband tussen het toekennen van het alleenrecht en de veronderstelde negatieve effecten van dit alleenrecht.[15] In de praktijk echter is het Hof stelselmatig de vraag gaan stellen in hoeverre het alleenrecht (of de reikwijdte ervan) noodzakelijk is voor het nutsbedrijf om de dienst van algemeen belang naar behoren te vervullen in de zin van Artikel 86(2) EG.[16] Artikel 86(2) EG is daarmee meer en meer centraal komen te staan in de beoordeling of een nutsonderneming een exclusief of bijzonder recht kon worden toegekend of niet.

De Commissie heeft de toepassing van Artikel 86(1) EG niet alleen gecombineerd met Artikel 82 EG, maar ook met de verdragsbepalingen op het gebied van het vrij

---

[14] Arrest van het Hof van 19 mei 1993 in Zaak C-320/91, *Corbeau*, Jurispr. 1995I-2533. De heer Corbeau had een koeriersbedrijf opgestart dat poststukken ophaalde bij klanten en deze vervolgens verdeelde in de regio Luik. Hij garandeerde dat deze stukken voor de middag zouden worden verdeeld en vroeg bovendien een prijs die lager was dan die werd gevraagd door het nationale postbedrijf, de Regie der Posterijen. De Belgische wetgeving had de Regie der Posterijen een universele leveringsverplichting opgelegd om basispostdiensten over het hele Belgische grondgebied te verdelen tegen een uniforme prijs. In ruil was de Regie der Posterijen het alleenrecht toebedeeld op postbedeling, zonder onderscheid naar basisdiensten en meer geavanceerde diensten, zoals koeriersdiensten. De heer Corbeau werd verweten dat hij inbreuk had gemaakt op het wettelijk monopolie van de Regie der Posterijen.

[15] Arrest van het Hof van Justitie van 5 oktober 1994 in zaak C-323/93, *La Crespelle*, Jurispr. 1994, I-1812.

[16] Zie Buendia Sierra, *supra* noot 5.

verkeer van goederen (Artikel 28 EG e.v.), diensten (Artikel 49 EG e.v.) en vrije vestiging (Artikel 43 EG e.v.). De toepasselijkheid van deze artikelen op het gebied van ondernemingen met exclusieve of bijzondere rechten is eveneens sterk geëvolueerd.[17] De sleutelvraag in de toepassing van deze artikelen is of de maatregel in kwestie als discriminatie moet worden gezien tussen nationale en buitenlandse operatoren. Het relevante perspectief is daarmee niet de mate van concurrentie in de relevante markt (zoals bij artikel 82 EG), maar eerder de mogelijkheid voor buitenlandse bedrijven om actief te kunnen zijn in de betreffende nationale markt. Veelal zijn bijzondere of exclusieve rechten aan ondernemingen inderdaad aangemerkt als strijdig met de vrij verkeerregels, tenzij hiervoor een noodzakelijke en proportionele rechtvaardiging kan worden gevonden in lijn met de jurisprudentie inzake de vrij verkeerregels.[18] Ook in deze context is Artikel 86(2) EG een centrale rol gaan spelen als mogelijke rechtvaardigingsgrond voor het toekennen van bijzondere of exclusieve rechten aan ondernemingen met een taak van algemeen economisch belang.

4.1.2 Artikel 86(2) EG

Volgens Artikel 86(2) EG vallen ondernemingen belast met het beheer van diensten van een algemeen economisch belang onder de regels van het Verdrag, in het bijzonder onder de mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de vervulling van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. Voorts mag de ontwikkeling van het handelsverkeer niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap.

Wil Artikel 86(2) EG van toepassing zijn, dan moet er dus in de eerste plaats sprake zijn van een dienst van algemeen economisch belang. Het Hof heeft geregeld geoordeeld dat de lidstaten een ruime beoordelingsbevoegdheid hebben met betrekking tot de omschrijving van wat zij als diensten van algemeen economisch belang beschouwen.[19] Deze bevoegdheid van de lidstaten volgt uit het ontbreken van zowel een speciaal aan de Gemeenschap toegekende bevoegdheid, als een nauwkeurige en volledige definitie van het begrip dienst van algemeen economisch belang in het EG-Verdrag. De bepaling van de aard en de omvang van een taak van algemeen economisch belang voor bijzondere beleidsgebieden die niet specifiek vallen onder de bevoegdheid van de Gemeenschap in de zin van Artikel 5(1) EG hoort daarmee in beginsel tot de bevoegdheid van de lidstaten.

Hieruit volgt overigens niet dat er geen enkele toetsing op de omschreven taak van algemeen economisch belang mogelijk is. De bevoegdheid van lidstaten om de diensten van algemeen economisch belang te definiëren is niet onbeperkt en kan

---

[17] Zie Buendia Sierra, *supra* noot 5, voor een uitgebreid overzicht.
[18] Zie Slot e.a., *supra* noot 5, alsook P.J.G. Kapteyn, Pieter Verloren van Themaat, *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen* (1995).
[19] Zie arrest Gerecht van Eerste Aanleg van 15 juni 2005 in Zaak T-17/02, *Olsen/Commissie*, Jurispr. blz. II-2031, punt 216, en daar aangehaalde rechtspraak.

niet willekeurig worden uitgeoefend enkel om een bepaalde dienst aan de toepassing van de mededingingsregels te onttrekken. Deze toetsing is echter beperkt tot het zoeken naar een "kennelijke beoordelingsfout" (*manifest error*).[20]

In verreweg de meeste zaken heeft de Commissie (alsook het Hof van Justitie) niet de omschrijving van de taak van algemeen economisch belang zelf ter discussie gesteld, maar zich gericht op de vraag of de mededingingsbeperkende maatregel wel noodzakelijk was voor de goede uitvoering van die taak.[21]

Zo beargumenteerde de Commissie in de eerder beschreven zaak *Koeriersdiensten* dat de uitbreiding van het monopolie van de PTT op de basispostdienst naar grote delen van de expressepost helemaal niet nodig was voor de PTT om de basispostdienst naar behoren uit te kunnen voeren.[22] Nederland voerde ter rechtvaardiging van de uitbreiding aan dat aan de PTT de nodige inkomsten moesten worden gewaarborgd, om haar in staat te stellen zich van de haar toebedeelde taak te kwijten. De concurrentie tussen particuliere koeriersdiensten en de expressedienst van de PTT zou het gevaar meebrengen dat voor laatstgenoemde slechts de financieel minder interessante bestemmingen zouden overblijven. De Commissie vond dit argument weinig overtuigend en stelde dat ondanks deze (voorheen reeds bestaande) concurrentie de winstcijfers van de PTT duidelijk in stijgende lijn waren. Het was dus niet aangetoond dat het behoud van de concurrentiesituatie die bestond tot aan de inwerkingtreding van de nieuwe wet afbreuk deed aan de basispostdienst, en dat deze maatregel beslissend zou zijn voor het financiële evenwicht van de PTT. Uitbreiding van de machtspositie van de post tot de markt van de expressepost leek voor de post van secundair belang en daarmee objectief gezien geen noodzaak op grond waarvan uitschakeling van de concurrentie op deze markt gerechtvaardigd zou zijn.

In de loop der jaren heeft de Commissie een hele rits beschikkingen en richtlijnen aangenomen op basis van Artikel 86 EG.[23] Deze illustreren dat de toets van overheidsmaatregelen aan het noodzakelijkheidbeginsel een dynamisch karakter draagt[24]: waar voorheen het toekennen van bepaalde exclusieve of bijzondere rechten nog verdedigbaar werd geacht (want noodzakelijk voor de vervulling van de taak van algemeen economisch belang), werd dat later vaak niet, of althans niet langer, zo gezien.

Dit blijkt duidelijk uit de serie Commissierichtlijnen in de telecommunicatiesec-

---

[20] Zie arrest van het Hof van Justitie van 20 maart 1985 in Zaak 41/83, *Italië/Commissie*, Jurispr. 1985 blz. 873, punt 30.
[21] Zie Buendia Sierra, *supra* noot 5, blz. 45.
[22] Zaak 90/16/EEG: Beschikking van de Commissie van 20 december 1989 inzake het verrichten van koeriersdiensten in Nederland, Publicatieblad Nr. L 010 van 12/01/1990 blz. 47 – 52. Beschikking later vernietigd op proceduregronden.
[23] Meer bepaald op basis van Artikel 86(1), (2) en (3) EG in combinatie met Artikel 82 EG of één of meerdere vrij verkeerregels van het EG-Verdrag.
[24] Zie Buendia Sierra, *supra* noot 5, blz. 59, en Van Gerven e.a., *supra* noot 5, blz. 545.

tor. De eerste was de richtlijn voor telecommunicatie-eindapparatuur van 1988.[25] De Commissie wenste met deze richtlijn een eind te maken aan de exclusieve rechten die de meeste staten hadden verleend aan de zogeheten telecommunicatie-organisaties (TO's) op het gebied van de afzet (inclusief invoer), de aansluiting, het opstarten en het onderhoud van eindapparatuur (zoals telefoons, faxen, etc.). De Commissie was van mening dat deze exclusieve rechten een rem zetten op de concurrentie en innovatie in de sector en was van oordeel dat de afschaffing van de exclusieve rechten op het gebied van eindapparatuur de vervulling van de kerntaak van TO's, namelijk de terbeschikkingstelling van een openbaar telecommunicatienet aan alle gebruikers, niet in de weg zou staan.

Daarna nam de Commissie op dezelfde basis ook richtlijnen aan voor de markten voor telecommunicatiediensten. De eerste richtlijn uit 1990 voorzag enkel in de afschaffing van exclusieve en bijzondere rechten op het gebied van diensten met zogenaamde toegevoegde waarde.[26] De richtlijn raakte niet aan het monopolie op het beheer van het openbaar telecommunicatienetwerk (het verzorgen van een normale spraaktelefoondienst). Volgens de Commissie werden de financiële middelen voor de uitbouw van het telecommunicatienetwerk nog steeds en vooral opgebracht door de exploitatie van de spraaktelefoondienst en dat bijgevolg de toepassing van de mededingingsregels op deze dienst het financieel evenwicht van de TO's zou kunnen bedreigen. Ook in de navolgende richtlijnen voor satellietdiensten[27], mobiele telefonie[28] en het gebruik van kabeltelevisienetten als alternatieve infrastructuur[29] werd niet aan het monopolie op het verzorgen van een normale spraaktelefoondienst geraakt.

Uiteindelijk vaardigde de Commissie in 1996 een richtlijn uit waardoor de (meeste) lidstaten werden verplicht om uiterlijk op 1 januari 1998 zowel de spraaktelefoondienst als de levering van telecommunicatie infrastructuur te liberaliseren.[30] De Commissie stelde dat in veel lidstaten inmiddels een goed dekkend digitaal tele-

---

[25] Richtlijn 88/301/EEG van de Commissie van 16 mei 1988 betreffende de mededinging op de markten van telecommunicatie-eindapparatuur, PB L 131 van 27.5.1988, blz. 73–77.

[26] Richtlijn 90/388/EEG van de Commissie van 28 juni 1990 betreffende de mededinging op de markten voor telecommunicatiediensten PB L 192 van 24.7.1990, blz. 10–16; Zie ook Richtlijn 90/387/EEG van de Raad van 28 juni 1990 betreffende de totstandbrenging van de interne markt voor telecommunicatiediensten door middel van de tenuitvoerlegging van Open Network Provision (ONP) PB L 192 van 24.7.1990, blz. 1–9.

[27] Richtlijn 94/46/EG van de Commissie van 13 oktober 1994 tot wijziging van Richtlijn 88/301/EEG en Richtlijn 90/388/EEG met name met betrekking tot satellietcommunicatie, PB L 268 van 19.10.1994, blz. 15–21.

[28] Richtlijn 96/2/EG van de Commissie van 16 januari 1996 tot wijziging van Richtlijn 90/388/EEG met betrekking tot mobiele en persoonlijke communicatie, PB L 20 van 26.1.1996, blz. 59–66.

[29] Richtlijn 95/51/EG van de Commissie van 18 oktober 1995 tot wijziging van Richtlijn 90/388/EEG van de Commissie inzake de opheffing van de beperkingen op het gebruik van kabeltelevisienetten voor het verrichten van reeds geliberaliseerde telecommunicatiediensten, PB L 256 van 26.10.1995, blz. 49–54.

[30] Richtlijn 96/19/EG van de Commissie van 13 maart 1996 tot wijziging van Richtlijn 90/388/EEG met betrekking tot de invoering van volledige mededinging op de markten voor telecommunicatie, PB L 74 van 22.3.1996, blz. 13–24.

communicatienetwerk was opgebouwd en dat – in tegenstelling tot in 1990 – voldoende inspanningen waren verricht om de prijzen en de kostenstructuren van de TO's ter voorbereiding op de liberalisering beter met elkaar in evenwicht te brengen, zodat niet langer het gevaar bestond dat concurrerende bedrijven zich zouden kunnen toeleggen op zeer winstgevende diensten als internationale telefonie (*cream skimming*) en hun marktaandelen louter op basis van de bestaande kunstmatige tariefstructuren zouden kunnen uitbreiden.

De Commissie stelde daarbij dat – in zoverre een lidstaat van mening was dat sturing van de markt nodig was door het opleggen van openbare dienstverleningsverplichtingen aan TO's – er minder beperkende middelen dan de verlening van bijzondere of uitsluitende rechten zijn om de uitvoering van deze taak te waarborgen. Zij noemde in het bijzonder het subsidiëren van de meerkosten van de verplichtingen van de TO's voor het verrichten van een universele dienstverlening, bijvoorbeeld via een stelsel van aanvullende bijdragen door concurrerende telefoonmaatschappijen of een fonds voor universele dienstverlening.

In meer en meer nutssectoren is deze benadering toegepast (onder andere in de energie- en elektriciteitsector, de posterijen, de transportsector en de media), telkens volgens hetzelfde stramien: de exclusieve en bijzondere rechten voor bedrijven met een taak van algemeen economisch belang kunnen vallen onder Artikel 86(1) in combinatie met Artikel 82 EG of één of meerdere vrij verkeerregels van het EG-Verdrag, en zijn alleen gerechtvaardigd op grond van Artikel 86(2) EG voor zover concurrentie in de markt de vervulling van de hun toevertrouwde bijzondere taak verhindert. Echter, dit is niet het geval waar minder beperkende alternatieven, zoals het subsidiëren van de dienst van algemeen economisch belang, voorhanden zijn. Meer en meer is daarmee de aandacht verschoven naar de vraag in welke omstandigheden, en onder welke voorwaarden, de lidstaten deze subsidies kunnen geven. Deze vraag komt aan bod in het volgende deel.

4.2 Staatssteun en diensten van algemeen economisch belang[31]

Artikel 87(1) EG luidt: "Behoudens de afwijkingen waarin dit Verdrag voorziet, zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt, voorzover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt."

[31] De historische kenschets in dit deel is ontleend aan J. L. Buendia Sierra, *Finding the Right Balance: State Aid and Services of General Economic Interest,* EC State Aid Law, p. 191-222, Kluwer, The Netherlands. Een zeer grondig overzicht van de toepassing van de staatssteunregels in de context van diensten van algemeen economisch belang wordt gegeven in D. Grespan, *Services of General Economic Interest*, in: EU Competition Law – Volume IV: State Aid (W. Mederer, N. Pesaresi and M. Van Hoof, eds.), Claeys & Casteels (2008).

Tot diep in de jaren ’80 werd de vraag of het subsidiëren van diensten van algemeen economisch belang door lidstaten moest worden aangemerkt als staatssteun in de zin van Artikel 87(1) EG in feite niet gesteld. Voor een belangrijk deel was dit een gevolg van het feit dat de nutssectoren in die tijd genoten van exclusieve en bijzondere rechten en als zodanig in het geheel niet blootstonden aan de Europese interne markt. De nutssectoren waren traditioneel door de lidstaten ingericht als nationale monopolies, met bedrijfsactiviteiten die zuiver op de lidstaat zelf waren gericht. Het subsidiëren van de bedrijven die de openbare dienstverlening verzorgden kon daarmee (vervolgens) ook weinig effect sorteren op het handelsverkeer in de Europese Unie. Binnen die context zou men dus kunnen redeneren dat dergelijke subsidiëring niet hoefde te worden aangemerkt als staatssteun in de zin van Artikel 87(1) EG. Ter illustratie: de nutssectoren vielen evenmin onder de transparantierichtlijn van de Commissie uit 1980 met betrekking tot de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven.[32]

Een en ander begon te veranderen in de jaren ‘80 toen de eerste stappen werden gezet in de liberalisering van nutssectoren. In 1985 werden de nutssectoren toegevoegd aan de transparantierichtlijn.[33] Het werd hiermee duidelijk dat financiële transfers van lidstaten naar de nutsbedrijven in principe de tussenstaatse handel en de mededinging kunnen beïnvloeden en daarmee staatssteun kunnen inhouden. Toch kwamen deze transfers niet onmiddellijk in het brandpunt van de belangstelling. Lidstaten meldden de transfers niet aan bij de Commissie en de Commissie zag geen prioriteit in het aan de kaak stellen van deze situatie. Slechts onder druk van klachten neergelegd door concurrenten van de nutsbedrijven kwam er verandering in deze situatie.

Hoewel het principe dat subsidiëring van nutsbedrijven staatssteun kan inhouden was bevestigd, bleef toch de vraag sluimeren onder welke omstandigheden dit precies het geval is. Twee alternatieve zienswijzen deden opgeld. De eerste zienswijze stelde dat zolang de financiële compensatie niet verder ging dan het enkel dekken van de extra kosten die het gevolg waren van het opleggen van de openbare dienstverplichting door de overheid er in feite geen sprake was van een “begunstiging” van de onderneming in kwestie of van een “vervalsing” van de mededinging. Daarmee zou een dergelijke financiële compensatie niet onder Artikel 87(1) EG vallen.[34]

---

[32] Richtlijn 80/723/EEG van de Commissie van 25 juni 1980 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen (80/723/EEG). PB L 195 van 29.7.1980, blz. 35.

[33] Richtlijn 85/413/EEG van de Commissie van 24 juli 1985 tot wijziging van Richtlijn 80/723/EEG betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen Lid-Staten en openbare bedrijven. PB L 229 van 28.8.1985, blz. 20–21.

[34] Deze zienswijze vond ondersteuning in Zaak 240/83, *Afgewerkte Olie,* Jurispr. 1985 blz. 531, para. 18 met betrekking tot de interpretatie van Richtlijn 75/439/EEG van de Raad van 16 juni 1975 inzake de verwijdering van afgewerkte olie (PB L 194, blz. 23). In deze zaak ging het om een vergoeding aan bedrijven die afgewerkte olie inzamelen en/of verwijderen als tegenprestatie voor hun verplichtingen. Volgens het Hof moest een dergelijke vergoeding niet als een steunmaatregel in de zin van artikel 87 van het Verdrag worden aangemerkt inzoverre deze vergoeding de jaarlijkse reële kosten niet te boven ging.

De andere zienswijze redeneerde daarentegen dat financiële compensaties voor openbare dienstverlening moesten worden gezien als een voordeel voor het bedrijf en daarmee als staatssteun in de zin van Artikel 87(1) EG. Volgens deze benadering is het staatssteunbegrip onder Artikel 87(1) EG een *objectief* begrip (dat wil zeggen, er wordt enkel naar de effecten van de maatregel voor de mededinging gekeken) en wordt geen rekening gehouden met de achterliggende doelstelling ervan of de vorm waarin de maatregel is gegoten.[35] De subsidiemaatregel leidt wel degelijk tot begunstiging van "bepaalde producties" (cf. Artikel 87(1) EG), in het bijzonder de diensten van algemeen economisch belang.

De praktische en inhoudelijke gevolgen van het onderscheid tussen de beide benaderingen zijn tamelijk groot. Wanneer de financieringsmechanismen voor openbare dienstverlening niet als staatssteun worden aangemerkt, is het voor lidstaten niet nodig om deze aan te melden bij de Commissie. Als zij wel als staatssteun worden aangemerkt, dienen de financieringsmechanismen wel te worden aangemeld; vervolgens is het dan aan de Commissie om na te gaan of de voorwaarden onder Artikel 86(2) EG zijn vervuld en of de mate van subsidiëring proportioneel is aan de taak die aan de openbare dienstverlener is opgelegd. In de tussentijd zijn de lidstaten in principe gehouden aan de "stand still" bepaling van Artikel 88(3) EG.

Midden jaren '90 was de "geen staatssteun" benadering binnen de Commissie nog dominant, zoals kan blijken uit *La Poste*.[36] Deze zaak betrof een klacht van verschillende Franse verzekeringsmaatschappijen tegen een aantal belastingvoordelen voor het Franse postbedrijf *La Poste*, een bedrijf dat niet alleen het alleenrecht had op de postbedeling in Frankrijk maar ook actief was op het gebied van verzekeringen. De Commissie stelde dat de belastingvoordelen geen staatssteun vormden omdat zij slechts een (gedeeltelijke) compensatie vormden voor de verliezen die werden geleden voor het in stand houden van de postbedeling en onrendabele postkantoren in landelijke gebieden.

Het Gerecht van Eerste Aanleg stelde in deze zaak echter dat de belastingvoordelen voor *La Poste* wel degelijk staatssteun inhielden, maar dat deze konden worden vrijgesteld onder Artikel 86(2) EG.[37] In een aantal andere zaken van die periode oordeelde het Hof eveneens dat subsidiëring van diensten van algemeen economisch belang staatssteun inhield.[38]

---

[35] In lijn met eerdere rechtspraak (Arrest Hof van 2 juli 1974, zaak 173/73, *Italië/Commissie*, Jurispr. 1974, blz. 709, r.o. 27 en 28).

[36] Beschikking van de Commissie van 8 februari 1995 betreffende een procedure inzake toepassing van artikel 93 EG-Verdrag (steunmaatregelen van de staten NN 135/92, concurrentiële activiteiten van La Poste française), PB 1995, C 262, blz. 11.

[37] Arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg van 27 februari 1997 in Zaak T-106/95, *Fédération française des sociétés d'assurances* (FFSA) *e.a. tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, Jurisprudentie 1997 bladzijde II-229.

[38] Zaak C-387/92, *Banco Exterior de España*, Jurispr. 1994, blz. I-877; Zaak T-46/97, *SIC - Sociedade Independente de Comunicação*, Jurispr. 2000 blz. II-02125; Zaak C-332/98, *Steun aan de Coopérative d'exportation du livre français (CELF)*, Jurisprudentie 2000 blz. I-4833.

Dit veranderde echter met de *Ferring* zaak uit 2001.[39] In deze zaak ging het om belastingvoordelen aan groothandelaars in geneesmiddelen die geacht werden een breed spectrum aan geneesmiddelen in voorraad te houden en in staat te zijn binnen 24 uur aan apotheken te leveren. Advocaat-generaal Tizzano stelde in zijn conclusie over deze zaak het volgende[40]:

> "61 Als de staat een onderneming belast met bepaalde verplichtingen inzake openbare dienstverlening, is het mijns inziens namelijk duidelijk, dat de dekking van de meerkosten die voortvloeien uit de vervulling van die verplichtingen, geen voordeel oplevert voor de betrokken onderneming, maar bedoeld is om te voorkomen dat die onderneming ten onrechte in een nadelige situatie ten opzichte van haar concurrenten komt te verkeren. Anders gezegd, de oplegging van de verplichting en de verlening van de compensatie kunnen niet los van elkaar worden beschouwd, aangezien het om twee aspecten van een en dezelfde overheidsinterventie gaat, die in totaliteit bestemd is om de hogere belangen van de gemeenschap te dienen. Als deze analyse juist is, moet in het onderzochte geval ervan worden uitgegaan dat de overheidsinterventie uiteindelijk economisch neutraal is voor de betrokken onderneming, omdat die haar geen voordeel of nadeel oplevert. Dat bewijst dat, ondanks de afwijkende beoordeling in het arrest SIC, de noodzaak om bijzondere taken inzake openbare dienstverlening te compenseren, meer is dan alleen maar de reden of de doelstelling van de betrokken maatregelen, maar onvermijdelijk ook een weerslag heeft op de gevolgen daarvan, omdat de overheidsinterventie daardoor economisch neutraal wordt en het ontstaan van ongerechtvaardigde concurrentieverstoringen wordt voorkomen.
> 62 Wijziging van de normale mededingingsvoorwaarden is dus slechts mogelijk wanneer de compensaties hoger zijn dan de netto meerkosten die ontstaan uit de vervulling van taken van openbare dienstverlening. (…)"

Het Hof van Justitie ging mee in deze redenering en stelde dat als de aan de concurrenten opgelegde heffing overeenstemt met de daadwerkelijke extra kosten voor de groothandelaars om hun verplichtingen inzake openbare dienstverlening na te komen, er geen sprake is van staatssteun in de zin van Artikel 87 EG.[41]

Het debat hield hiermee echter niet op. Zo pleitten in verschillende zaken de advocaten-generaal van het Hof expliciet voor een wijziging van de lijn gekozen in het *Ferring* arrest[42], verwijzend naar het klassieke onderscheid in de staatssteun-

---

[39] Zaak C-53/00, *Ferring SA v. Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)*, Jurisprudentie 2001 blz. I-9067.

[40] Conclusie van advocaat-generaal Tizzano van 8 mei 2001 in *Ferring*, *supra*, paragraaf 61-62.

[41] *Ferring, supra* noot 40, paragraaf 27.

[42] Conclusie van advocaat-generaal Jacobs van 30 april 2002 in Zaak C-126/01, *Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie tegen GEMO SA*, Jurisprudentie 2003 bladzijde I-13769; Conclusie van advocaat-generaal Stix-Hackl van 7 november 2002 in Gevoegde zaken C-34/01 tot C-38/01, *Enirisorse SpA tegen Ministero delle Finanze*, Jurisprudentie 2003 bladzijde I-14243. Conclusie van advocaat-generaal Léger in Zaak C-280/00, *Altmark Trans GmbH en Regierungspräsidium Magdeburg tegen Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, Jurisprudentie 2003 bladzijde I-07747.

praktijk tussen de *effecten* van een steunmaatregel (op basis waarvan de maatregel al dan niet als staatssteun moet worden aangemerkt) en de doelstelling van de maatregel (op basis waarvan deze maatregel vervolgens eventueel goedgekeurd kan worden). De Commissie nam in deze periode een voorzichtige positie in en besloot in een aantal zaken een dubbele redenering aan te houden in de zin dat zij in het midden liet of de subsidiëring in kwestie als staatssteun moest worden aangemerkt en aangaf dat, mocht dit zo zijn, de maatregel kon worden vrijgesteld onder Artikel 86(2) EG.

Het voortduren van het debat en de wisselingen in de standpunten van het Hof in de loop van de tijd weerspiegelen in zekere zin het feit dat voor beide stellingnames wel iets te zeggen valt.

Van de ene kant is het duidelijk dat als een lidstaat een onderneming belast met bepaalde openbare dienstverleningsverplichtingen de dekking van de meerkosten die voortvloeien uit de vervulling van die verplichtingen in principe geen financieel voordeel oplevert voor de betrokken onderneming. Daarnaast kunnen, zoals advocaat-generaal Tizzano in *Ferring* stelde, de oplegging van de verplichting en de verlening van de compensatie niet los van elkaar worden gezien.

Tegelijkertijd moet worden onderkend dat het opleggen van de verplichting en de verlening van de compensatie niet per definitie volledig neutraal zijn, zelfs wanneer de compensatie in relatie blijft tot de gemaakte kosten. Op de eerste plaats kan men stellen dat het enkele feit dat de lidstaat beslist dat bepaalde goederen en diensten tegen een bepaalde prijs moeten worden geleverd reeds een "verstoring" van het marktproces oplevert, zij het dan misschien een gewilde. Een beslissing van de overheid om landelijk de prijzen voor treintickets te subsidiëren heeft normaal gesproken gevolgen voor alternatieve aanbieders van vervoer, zoals commerciële busmaatschappijen of, over langere afstanden, vliegmaatschappijen.

Op de tweede plaats is het niet omdat de maatregel de onderneming geen extra winst oplevert (rekening houdende met een normale vergoeding voor de kosten van het geïnvesteerde kapitaal) dat deze maatregel de onderneming niet kan begunstigen. Zo kan de maatregel het bedrijf in staat stellen een marktpositie in te nemen of te behouden, of het bedrijf nu efficiënt opereert of niet. Als de financiële compensatie ook de kosten dekt van inefficiënte bedrijfsvoering, bijvoorbeeld in de vorm van mismanagement, het in dienst houden van te grote aantallen werknemers voor de te leveren dienstprestaties, of het ontbreken van scherpte bij het onderhandelen met toeleveranciers, worden economische meeropbrengsten (*economic rents*) in de productiekolom in stand gehouden, niet alleen voor de aandeelhouders, maar ook voor het management, de werknemers en de toeleveranciers van de onderneming. In feite betaalt de overheid dan te veel voor de door haar "bestelde" diensten van algemeen economisch belang. De marktverstoring bestaat er in dat geval in dat andere marktpartijen, die in staat zouden zijn om die diensten te leveren tegen een lagere prijs, rechtstreeks worden getroffen door het feit dat de overheid beslist om de diensten bij de duurdere onderneming te bestellen. Er is in dit

geval sprake van een dubbele verstoring: de dienst in kwestie wordt gesubsidiëerd aangeboden (inherent aan diensten van algemeen economisch belang), en dit gebeurt door een inefficiënte onderneming.

Het Hof koos in 2003 uiteindelijk een pragmatische, maar ook intelligente middenweg tussen de "staatssteun" en "geen staatssteun" benadering in het arrest *Altmark*.[43] In deze zaak ging het om de toekenning van vergunningen voor lijnvervoer met bussen in de Landkreis (kanton) Stendal in Duitsland. In 1990 had het Regierungspräsidium Magdeburg aan de onderneming Altmark Trans GmbH vergunningen toegekend voor lijnvervoer met bussen. In 1994 werden deze verlengd, terwijl de aanvragen van een concurrerende busmaatschappij werd afgewezen. Deze laatste diende daarop een bezwaarschrift in op grond van het feit dat Altmark geen economisch gezonde onderneming was. Zij voerde aan dat de toekenning van de vergunningen onrechtmatig was, omdat Altmark economisch gezien niet in staat zou zijn te overleven zonder de door haar verkregen overheidssubsidies. Het Regierungspräsidium wees dit bezwaarschrift af; zij concludeerde dat Altmark een economisch gezonde onderneming was, omdat de bij de dagelijkse exploitatie te verwachten tekorten door de subsidies van de Landkreis Stendal zouden worden gedekt.

Het Hof stelde dat een financiële compensatie voor openbare dienstverplichtingen niet noodzakelijk als staatssteun hoeft te worden aangemerkt. Dergelijke compensatie is geen staatssteun wanneer deze wordt gegeven onder een aantal strikte voorwaarden, die inmiddels bekendstaan als de "Altmarkvoorwaarden"[44]:

> "89 In de eerste plaats moet de begunstigde onderneming daadwerkelijk belast zijn met de uitvoering van openbaredienstverplichtingen en moeten die verplichtingen duidelijk omschreven zijn. (…)
>
> 90 In de tweede plaats moeten de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, vooraf op objectieve en doorzichtige wijze worden vastgesteld, om te vermijden dat de compensatie een economisch voordeel bevat waardoor de begunstigde onderneming ten opzichte van concurrerende ondernemingen kan worden bevoordeeld.
>
> 91 (…)
>
> 92 In de derde plaats mag de compensatie niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de openbaredienstverplichtingen, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen, geheel of gedeeltelijk te dekken. De

---

[43] Arrest van het Hof van 24 juli 2003 in Zaak C-280/00, *Altmark Trans GmbH en Regierungspräsidium Magdeburg tegen Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, Jurisprudentie 2003 bladzijde I-07747.

[44] Zaak C-280/00, *Altmark*, *supra*, paragrafen 87-94.

inachtneming van deze voorwaarde is onmisbaar om te waarborgen dat de begunstigde onderneming geen voordeel wordt toegekend dat de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen doordat de mededingingspositie van die onderneming wordt versterkt.

93 In de vierde plaats, wanneer de met de uitvoering van openbaredienstverplichtingen te belasten onderneming in een concreet geval niet is gekozen in het kader van een openbare aanbesteding, waarbij de kandidaat kan worden geselecteerd die deze diensten tegen de laagste kosten voor de gemeenschap kan leveren, moet de noodzakelijke compensatie worden vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming, die zodanig met vervoermiddelen is uitgerust dat zij aan de vereisten van de openbare dienst kan voldoen, zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren, rekening houdend met de opbrengsten en een redelijke winst uit de uitoefening van deze verplichtingen."

Aan vier cumulatieve voorwaarden moet dus zijn voldaan om te voorkomen dat financiële compensatie voor openbare dienstverplichtingen als staatssteun wordt aangemerkt. De eerste drie zijn er gezamenlijk op gericht om overcompensatie van de onderneming die met een openbare dienstverplichting is belast te vermijden. De eerste en de derde voorwaarde waren al bekend uit eerdere arresten.[45] De tweede voorwaarde kan worden gezien als een logische aanvulling. Het kan niet zo kan zijn dat pas achteraf de precieze parameters worden vastgesteld op basis waarvan de vergoeding wordt berekend. Alleen wanneer deze parameters vooraf worden vastgelegd, kan de financiële compensatie ontsnappen aan de karakterisering als staatssteun.

De vierde voorwaarde is zonder enige twijfel de belangwekkendste en meest vernieuwende van het arrest. Zij geeft aan dat de compensatie beperkt moet zijn tot wat in feite een "marktconform" tarief is. De overheid mag voor de dienst van algemeen economisch belang niet meer betalen dan het bedrag waartegen de markt in staat zou zijn om deze dienst te leveren.

Het Altmark arrest geeft twee manieren waarop kan worden vastgesteld dat de hoogte van de compensatie marktconform is:

- Via *aanbesteding*. Door gebruikmaking van een openbare aanbesteding waarin die onderneming geselecteerd wordt die de gespecificeerde dienst van algemeen economisch belang tegen de laagste kosten kan leveren.
- Via *benchmarking*. Op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde en met adequate middelen uitgeruste onderneming zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren, rekening houdend met de opbrengsten en een redelijke winst uit de uitoefening van deze verplichtingen (d.w.z. een normale vergoeding voor geïnvesteerd kapitaal).

[45] Zie onder andere de arresten *Afgewerkte Olie*, supra noot 35, en *Ferring*, *supra* noot 40.

De Commissie heeft in het vervolg het Altmark arrest gevolgd, maar tegelijkertijd strikt geïnterpreteerd. De Commissie is bijvoorbeeld terughoudend geweest om alle aanbestedingsprocedures automatisch als competitief te bestempelen, in de zin van leidend tot de laagste kosten voor de overheid. Aanbestedingsprocedures volgens de "onderhandelde procedure" bijvoorbeeld zijn niet automatisch als voldoende beoordeeld om de uitkomst van de procedure als marktconform te beschouwen.[46]

4.3 Het "Post-Altmark" pakket van de Commissie

Zoals in het vorige deel beschreven bevatte het Altmark arrest uit 2003 een aantal nieuwe elementen voor de bepaling of de subsidiëring van taken van algemeen economisch belang als staatssteun moesten worden aangemerkt of niet. In het bijzonder de vierde voorwaarde leek in de praktijk in weinig gevallen te zijn vervuld.[47] In veel gevallen was de subsidiëring van taken van algemeen economisch belang historisch gegroeid en werd gekeken naar historische kostenniveau's om te bepalen wat een redelijke vergoeding voor het bedrijf in kwestie was.

Veel van de bestaande subsidiemaatregelen voor diensten van algemeen economisch belang hielden dus formeel staatssteun in, in de zin van Artikel 87 EG. Aangezien de maatregelen in de praktijk veelal niet waren aangemeld bij de Commissie, waren zij daarom illegaal uit hoofde van Artikel 88 EG. Bij klachten van concurrenten zou de nationale rechter zich dus in principe genoodzaakt zien om de terugvordering te gelasten van de gegeven subsidies.

Om de financiering van diensten van algemeen economisch belang niet in het gedrang te brengen en een stortvloed aan aanmeldingen te vermijden, besloot de Commissie al vrij snel om met een pakket beleidsdocumenten te komen – het "Post Altmark" pakket – dat helderheid en juridische zekerheid zou bieden aan het gros van de bestaande subsidiemaatregelen. Het "Post Altmark" pakket, dat in de zomer van 2005 werd aangenomen, bestond uit een Commissiebeschikking[48] (de "Beschikking"), een Kaderregeling[49] en een aanpassing van de Transparantierichtlijn.[50]

---

[46] Beschikking van de Commissie van 15 oktober 2003 betreffende de door Italië ten uitvoer gelegde maatregelen ten gunste van RAI SpA (Kennisgeving geschied onder nummer C(2003) 3528), 2004/340/EC L 119, 23 april 2004, p. 1, punt 6.4; Beschikking van de Commissie van 14 juni 2004, Staatssteun N 143/2004 – Ierland – Public Service Obligation/Electricity Supply Board (ESB). Beschikking van de Commissie van 20 april 2005, Staatssteun N 355/2004 – België – PPP Luchthaven van Antwerpen, ref. C(2005)1157 final.

[47] Zie L.P. Svane, *Public service compensation in practice: Commission package on State aid for Services of General Economic Interest*, Competition Policy Newsletter, 2005-III, p.34. Buendia Sierra, *supra* noot 32, p. 202.

[48] 2005/842/EG: Beschikking van de Commissie van 28 november 2005 betreffende de toepassing van artikel 86, lid 2, van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst die aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen wordt toegekend, PB L 312 van 29.11.2005, blz. 67–73.

[49] Communautaire kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, PB C 297 van 29.11.2005, blz. 4–7.

[50] Richtlijn 2005/81/EG van de Commissie van 28 november 2005 tot wijziging van Richtlijn 80/723/EEG betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen, PB L 312 van 29.11.2005, blz. 47-48.

De Beschikking stelt dat onder een aantal voorwaarden – die beneden worden besproken – bepaalde categorieën staatssteun in de vorm van compensatie voor openbare dienstverlening op basis van Artikel 86(2) EG als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt worden beschouwd en deze tevens van de aanmeldingsverplichting van Artikel 88(3) EG worden vrijgesteld. De Beschikking is van toepassing op staatssteun die als compensatie wordt toegekend aan ondernemingen met een gemiddelde jaaromzet (voor belasting) van minder dan EUR 100 miljoen en die voor de betrokken dienst jaarlijks minder dan EUR 30 miljoen compensatie ontvangen. Daarnaast valt ook staatssteun aan ziekenhuizen en woningcorporaties onder de beschikking, alsmede staatssteun aan kleinere luchthavens en havens, en aan bedrijven die kleinere lucht- of zeeverbindingen in standhouden.

De Kaderregeling is relevant voor die subsidies voor openbare dienstverlening die niet aan de criteria van de Beschikking voldoen. Het gaat dus in beginsel om subsidies van grotere omvang alsook om subsidies die om andere redenen niet aan de voorwaarden van de Beschikking voldoen. Deze subsidiemaatregelen dienen dus afzonderlijk te worden aangemeld en beoordeeld door de Commissie. De kaderregeling is een "soft law" instrument: het document beschrijft op basis van welke criteria de Commissie dergelijke subsidiemaatregelen zal beoordelen op hun verenigbaarheid met het Verdrag.

De kaderregeling is overigens niet van toepassing op compensatie voor openbare dienstverlening in de vervoersector en de openbare omroep, waarvoor specifieke regels gelden.[51] Daarnaast is de kaderregeling van toepassing onverminderd strengere specifieke bepalingen in verband met openbare dienstverplichtingen die in sectorale communautaire wetgeving zijn opgenomen (o.a. liberaliseringrichtlijnen[52]) en onverminderd de communautaire bepalingen op het gebied van overheidsopdrachten.[53]

---

[51] Voor de vervoersector, zie Verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad van 26 juni 1969 betreffende het optreden van de Lid-Staten ten aanzien van met het begrip openbare dienst verbonden verplichtingen op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren, PB L 156 van 28.6.1969, blz. 1–7, Verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad van 4 juni 1970 betreffende de steunmaatregelen op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren PB L 130 van 15.6.1970, blz. 1–3; Mededeling C(2004) 43 van de Commissie — Communautaire richtsnoeren betreffende staatssteun voor het zeevervoer, PB C 13 van 17/01/2004 blz. 3 – 12. Voor de omroepen, zie de Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de regels inzake staatssteun op de publieke omroep, aangenomen door de Commissie op 2 juli 2009, PB C 257 van 27.10.2009, blz. 1.

[52] Bijvoorbeeld in de postsector: Richtlijn 2008/6/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 februari 2008 tot wijziging van Richtlijn 97/67/EG wat betreft de volledige voltooiing van de interne markt voor postdiensten in de Gemeenschap, PB L 52 van 27.2.2008, blz. 3–20. In de telecomsector: Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Universeledienstrichtlijn), PB L 108 van 24.4.2002, blz. 51-77.

[53] Zie de "aanbestedingsrichtlijnen", o.a. Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, PB L 134 van 30.4.2004, blz. 114–240; Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, PB L 134 van 30.4.2004, blz. 1–113. Deze Richtlijnen hebben echter niet betrekking op alle vormen van overheidsaankopen; zo vormen concessies voor openbare dienstverlening een apart geval. Zie N. Tosics en N. Gaál, *Public procurement and State aid control — the issue of economic advantage,* Competition Policy Newsletter 2007-III, p. 15-18, voor nadere toelichting.

Het derde element van het "Post Altmark" pakket is een technische herziening van de Transparantierichtlijn, die erop is gericht om een duidelijke scheiding in de boekhouding te verzekeren tussen de kosten voor de openbare dienstverlening en de kosten voor commerciële operaties.

Zowel in de Beschikking als in de Kaderregeling geeft de Commissie aan dat uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt dat, behalve in de sectoren waarin er communautaire regelgeving ter zake voorhanden is (zoals het geval is in sectoren waar expliciete regelgeving is aangenomen ter liberalisering van de sector), de lidstaten over een ruime beoordelingsmarge beschikken ten aanzien van de aard van de diensten die als diensten van algemeen economisch belang in de zin van Artikel 86(2) EG kunnen worden aangemerkt. De taak van de Commissie is enkel ervoor te zorgen dat deze beoordelingsmarge zonder "kennelijke fout" (*manifest error*) wordt toegepast voor wat betreft de definitie van diensten van algemeen economisch belang.

Daarnaast wijst de Commissie erop dat de betreffende overheid (nationale, regionale, of lokale overheid) in een officieel besluit de openbare dienstverplichtingen en de berekeningswijze van de compensatie moet vastleggen. In dit besluit moet in het bijzonder worden aangegeven:

i) de precieze aard en de duur van de openbare dienstverplichtingen;
ii) de betrokken ondernemingen en het betrokken grondgebied;
iii) de aard van alle uitsluitende of bijzondere rechten die aan de onderneming worden verleend;
iv) de parameters voor de berekening, de controle en de herziening van de compensatie;
v) de regelingen om overcompensatie te vermijden en terug te betalen.

Het compensatiebedrag mag niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de openbare dienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdend met de opbrengsten en met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen.[54] Vrij vertaald komt het er op neer dat het compensatiebedrag niet hoger mag zijn dan het verschil tussen het financieel resultaat dat het bedrijf in kwestie weet te behalen wanneer het belast is met de openbare dienstverplichting en het resultaat dat het weet te behalen zonder die openbare dienstverplichting.[55]

---

[54] Bepaalde jaarlijkse afwijkingen zijn mogelijk. De kosten van de uitvoering, rekening houdend met een redelijke winst (vergoeding van de kosten van kapitaal) en na aftrek van de (directe en indirecte) opbrengsten worden ook wel aangeduid als de "netto kosten" van de openbare dienstverplichting.

[55] Zie ook Commissiebeschikking N 531/05 van 21.12.2005, *Maatregelen voor de oprichting van Banque Postale*, paragraaf 118 (http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2005/n531-05.pdf, alsook PB C 21 (2006), p.2). In de beschikking wordt o.a. verwezen naar J.Panzar, *Funding universal service obligations: the costs of liberalization*, in: Future Directions in Postal Reform (M. Crew and P. R. Kleindorfer, eds.), Kluwer, 2001, p. 141-163.

De aan de dienst van algemeen economisch belang toegerekende kosten mogen alle variabele kosten voor het verstrekken van de dienst van algemeen economisch belang omvatten, een passende bijdrage in de gemeenschappelijke vaste kosten van de dienst van algemeen economisch belang en de andere activiteiten, en een passende vergoeding voor het voor de dienst van algemeen economisch belang bestemde eigen kapitaal.[56] De kosten in verband met investeringen, in het bijzonder voor infrastructuur, mogen in aanmerking worden genomen wanneer deze voor het beheer van de dienst van algemeen economisch belang noodzakelijk zijn. De berekening van de kosten moet geschieden volgens criteria die vooraf zijn bepaald, en op algemeen aanvaarde beginselen van kostprijsadministratie zijn gebaseerd.

In ieder geval moet de compensatie daadwerkelijk voor het beheer van de betrokken dienst van algemeen economisch belang worden gebruikt. Compensatie voor de openbare dienst die ten behoeve van het beheer van een dienst van algemeen economisch belang wordt toegekend, maar die in feite wordt gebruikt om op andere markten werkzaam te zijn, zijn niet gerechtvaardigd en zijn bijgevolg aan te merken als onverenigbare staatssteun.

Voor de berekening van het compensatiebedrag wordt niet alleen gekeken naar expliciete subsidiebedragen die aan de onderneming worden toegekend, maar naar alle voordelen die door de lidstaat worden toegekend. De in aanmerking te nemen inkomsten dienen alle met de dienst van algemeen economisch belang behaalde inkomsten te omvatten. Beschikt de betrokken onderneming over nog bestaande alleenrechten die verband houden met een dienst van algemeen economisch belang die een hogere winst oplevert dan de redelijke winst, dan worden deze ook in aanmerking genomen.

Onder “redelijke winst” wordt verstaan een vergoedingspercentage voor het eigen kapitaal. In de regel mag dit percentage niet hoger liggen dan het gemiddelde percentage in de betrokken sector in de laatste jaren. In sectoren waar er geen ondernemingen zijn die kunnen worden vergeleken met de onderneming die belast is met de dienst van algemeen economisch belang, kan een vergelijking worden gemaakt met ondernemingen uit andere lidstaten of zo nodig uit andere sectoren, mits met de specifieke kenmerken van elke sector rekening wordt gehouden. Ook moet rekening worden gehouden met het risico voor de onderneming of het ontbreken daarvan, bijvoorbeeld door het optreden van de lidstaat wanneer deze alleenrechten heeft verleend aan de betrokken onderneming. De redelijke winst kan, geheel of gedeeltelijk, ook productiviteitswinsten omvatten die de betrokken ondernemingen tijdens een afgesproken en beperkte periode behalen.

Voor een groot deel zijn de bovenstaande voorwaarden van de beschikking en de Kaderregeling in feite een nadere uitwerking van de eerste drie Altmark voorwaar-

[56] In de Kaderregeling wordt verwezen naar het arrest van het Hof van Justitie in gevoegde zaken C-83/01 P, C-93/01 P en C-94/01 P, *Chronopost* SA, Jurispr. 2003, blz. I-6993.

den voor de karakterisering of een subsidiemaatregel staatssteun is of niet. Het wezenlijke verschil dat wordt gemaakt door de Beschikking en de Kaderregeling is dat ook wanneer staatssteun niet voldoet aan het vierde Altmark criterium (de vereiste dat de compensatie "marktconform" is), de subsidiemaatregel is toegestaan, zolang de subsidie de kosten voor de openbare dienstverlening niet te boven gaat. Met andere woorden: de Commissie accepteert de staatssteun onder de genoemde voorwaarden, zonder na te gaan in hoeverre de onderneming die de dienst van algemeen economisch belang verzorgt efficiënt is; er wordt niet gekeken in hoeverre de kosten van de onderneming overeenstemmen met de kosten die een gemiddelde, "goed beheerde onderneming" zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren.

Deze keuze was in sterke mate een pragmatische[57], al lag zij ook wel in lijn met de door de Commissie gekozen benadering in eerdere zaken en bepaalde jurisprudentie van het met name het Gerecht van Eerste Aanleg.[58] Zoals eerder aangegeven vond de subsidiëring van diensten van algemeen economisch belang vaak plaats op basis van historische kostenniveau's, en waren de ondernemingen met een taak van openbare dienstverlening vaak de historische aanbieders in de sector (bijvoorbeeld de oude nutsbedrijven). Een andere, meer strikte aanpak zou een drastische verandering hebben betekend in de bestaande situatie, met mogelijk veel plotse aanpassingkosten en een grote mate van juridische onzekerheid voor de bestaande subsidies. De focus op de bestaande situatie valt in zekere mate ook op te maken uit de verwijzing naar de "huidige stand van ontwikkeling van de gemeenschappelijke markt" in de Kaderregeling.[59] Daarnaast was de Commissie van oordeel dat met de gestelde voorwaarden, waaronder ook het beperken van de subsidies tot de kosten voor de onderneming in kwestie, al een belangrijke stap zou worden gezet ter verbetering van de voorwaarden waaronder diensten van algemeen economisch belang worden verzorgd in de lidstaten.

4.4 Enige beleidsdilemma's

Er zijn een aantal dilemma's in de toepassing van de mededingingsregels en staatssteunregels op het gebied van diensten van algemeen economisch belang. Tot de belangrijkste dilemma's horen naar mijn mening de zogeheten "efficiency gap" op het gebied van staatssteun ter compensatie van openbare dienstverlening, het vraagstuk van de kostentoewijzing bij de berekening van de kosten van openbare dienstverlening, en de mate waarin tenders zouden kunnen of behoren te worden

---

[57] Zie L.P. Svane, *supra* noot 48, p. 35.

[58] Zie Grespan, *supra* noot 32, punten 4.1199 – 4.1209 en 4.1215 – 4.1220.

[59] Kaderregeling, paragraaf 8 ("De Commissie is van oordeel, dat bij de huidige stand van ontwikkeling van de gemeenschappelijke markt dergelijke staatssteun op grond van artikel 86, lid 2, van het EG-Verdrag met het Verdrag verenigbaar kan worden verklaard indien hij voor het beheer van de diensten van algemeen economisch belang noodzakelijk is en de ontwikkeling van het handelsverkeer niet wordt beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap. Om tot een dergelijk evenwicht te komen, dient aan de [gestelde] voorwaarden te zijn voldaan.").

toegepast voor de selectie van de bedrijven die worden belast met de uitvoering van taken van algemeen economisch belang.

4.4.1 De "efficiency gap"

Zoals boven beschreven is het huidige beleid van de Commissie erop gericht om de lidstaten ertoe te bewegen de diensten van algemeen economisch belang die zij wensen te ondersteunen duidelijk te definiëren en op heldere wijze te financieren. Daarnaast is duidelijk bepaald dat het compensatiebedrag niet hoger mag zijn dan nodig is om de daadwerkelijk gemaakte kosten van de uitvoering van de openbare dienstverplichtingen te dekken.[60]

Dit impliceert dat ook wanneer de onderneming in kwestie niet erg efficiënt opereert en de openbare dienst daarom alleen kan leveren tegen kosten die hoger liggen dan waartegen een "goed beheerde" onderneming (in de zin van de vierde voorwaarde uit het Altmark arrest) die zou kunnen leveren, de staatssteun toch verenigbaar kan zijn met de gemeenschappelijke markt.

Op een aantal gronden kan deze benadering worden bekritiseerd.[61] Een vergoeding gebaseerd op daadwerkelijke kosten kan in het voordeel werken van de gevestigde bedrijven, zoals de historische aanbieders van de dienst, en daarmee de toetreding van efficiëntere nieuwkomers bemoeilijken of onmogelijk maken, ook op de delen van de markt waar deze anders goed zouden kunnen concurreren.[62] Het kan overheden daarmee de gelegenheid bieden om de compensatie voor diensten van algemeen economisch belang aan te wenden om in feite de inkrimping van inefficiënte (staats-)bedrijven te voorkomen, of tenminste uit te stellen. Daarnaast kan de compensatie, wanneer deze wordt bepaald op actuele kostenniveaus, de prikkel wegnemen om efficiëntieverbeteringen te bewerkstelligen.

Zoals gesignaleerd door verschillende commentatoren kan in principe de vraag worden gesteld of de enige compensatie die werkelijk noodzakelijk is om de openbare dienst te vervullen niet in feite de compensatie is die overeenstemt met de kosten die kunnen worden verkregen in de markt, dat wil zeggen de kosten van een

---

[60] Rekening houdend met de eventuele opbrengsten uit die activiteit en met een redelijke winst. Daarnaast zijn bepaalde jaarlijkse afwijkingen mogelijk en kan rekening worden gehouden met productiviteitswinsten. Zie deel III, *supra*.

[61] Zie EAGCP (Economic Advisory Group on Competition Policy), *Services of General Economic Interest,* Opinion prepared by the State aid Group of EAGCP (G. Clemenz, M. Dewatripont, M. Motta, D. Neven, P. Seabright en A. Zemplinerova), 29 June 2006 (http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp.html). Zie ook U. Haegler en J. Padilla, *Compensation for SGEI: An Economists' Look at the Altmark Test and the Community Framework,* in: J. Derenne en M. Merola (eds.), Economic Analysis of State Aid Rules (Proceedings at the Third Annual Conference of the GCLC/College of Europe), 2006; P. Nicolaides, *The Economics of Services of General Economic Interest*, in: M. S. Rydelski (ed.), The EC State Aid Regime. Distortive Effects of State Aid on Competition and Trade, 2006, p. 577. Zie tevens D. Grespan, *supra* noot 32, punten 4.1212 en 4.1312.

[62] Dergelijke toetreding wordt des te moeilijker naarmate de tarieven waartegen de dienst volgens de openbare dienst verplichting behoort te worden geleverd lager zijn, waardoor deze voor efficiënte toetreders niet langer commercieel haalbaar zijn, ook niet op anderszins "beconcurreerbare" markten.

efficiënte, "goed beheerde" onderneming.[63] Uiteindelijk bepaalt Artikel 86(2) EG dat de ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang onder de regels van het EG-verdrag vallen, *voorzover* de toepassing daarvan de vervulling van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. Hieruit zou kunnen worden geconcludeerd dat ook staatssteun die niet leidt tot overcompensatie van bestaande kosten maar die desalniettemin niet werkelijk nodig is om de dienst van algemeen economisch belang te waarborgen als onverenigbaar met het Verdrag zou kunnen worden gezien. Sporen van een dergelijke benadering van het noodzakelijkheidsbegrip in de context van compensatie voor openbare dienstverlening zijn terug te vinden in de jurisprudentie.[64] Daarenboven preciseert de tweede zin van Artikel 86(2) EG dat, hoe dan ook, de ontwikkeling van het handelsverkeer niet mag worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap. Deze zin kan worden gezien als een bepaling op zichzelf, die het zou mogelijk maken in bepaalde gevallen verder te gaan dan momenteel gangbaar is.[65]

In deel III van dit Preadvies is de delicate juridische context aangehaald die was ontstaan na het Altmark arrest van het Hof van Justitie in 2003 met betrekking tot de vraag welke compensaties als staatssteun moeten worden aangemerkt en die voor een belangrijk deel verklaart waarom de regels zijn zoals zij zijn. Toch moet echter ook worden vastgesteld dat de aanpak zoals die is gekozen in het "Post Altmark" pakket over het algemeen waarschijnlijk adequaat is, en een goede balans bewerkstelligt tussen de gerechtvaardigde wens van de lidstaten om een goed aanbod aan diensten van algemeen economisch belang te kunnen waarborgen en de noodzaak het handelsverkeer niet te verstoren in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap.

In ogenschouw moet namelijk worden genomen dat veel van de diensten van algemeen economisch belang een relatief kleinschalig of lokaal karakter hebben, waardoor alleen al vanuit een kosten-baten perspectief de vraag moet worden gesteld of het nuttig is dat de Commissie een strak kader opstelt voor de handhaving van de staatssteunregels.[66] De positieve en negatieve effecten van de financiele ondersteuning van diensten van algemeen economisch belang hebben in veel gevallen in eerste instantie betrekking op de lidstaat in kwestie.

Een strikte benadering van de Commissie lijkt eerder aangewezen in die gevallen waar de markt in kwestie een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft (bijvoorbeeld voor het behalen van schaalvoordelen) en concurrenten uit andere lidstaten daadwerkelijk worden benadeeld. Deze opvatting is ook in lijn met de filosofie van

---

[63] Zie Buendia Sierra, *supra* noot 32, p. 215; Grespan, *supra* noot 32, punt 4.1311 – 4.1329.

[64] Zie Grespan, *supra* noot 32, punt 4.1213 – 4.1214, die verwijst naar het arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg van 12 februari 2008 in zaak T-289/03, *British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd en BUPA Ireland Ltd tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, Jurispr. 2008 blz. II-81.

[65] Zie Grespan, *supra* noot 32, punt 4.1327.

[66] Zie ook EAGCP, *supra* noot 62.

het *State Aid Action Plan* dat de Commissie in 2005 aannam en waarin betere afweging tussen de voordelen van staatssteun voor de betrokkenen en de nadelen van staatssteun in de vorm van verstoringen van handel en concurrentie werd vooropgesteld als beleidsprioriteit.[67]

Vanuit dit perspectief zou een nader toezicht op compensatie die weliswaar de kosten van het bedrijf in kwestie niet te boven gaat, maar evenmin werkelijk nodig is om de dienst van algemeen economisch belang te waarborgen - omdat goedkopere en minder concurrentie verstorende alternatieven voorhanden zijn - zeker verdedigbaar zijn voor die gevallen waar de compensatieregeling in kwestie kan leiden tot ernstige en onnodige verstoringen van het handelsverkeer in de EU.

4.4.2 Kostentoewijzing

Een tweede beleidsdilemma betreft de bepaling van de kosten die gemoeid zijn met de verzorging van diensten van algemeen economisch belang.[68] Doorgaans is het zo dat de aanbieder van een dienst van algemeen economisch belang niet alleen die bepaalde dienst aanbiedt, maar ook actief is op naastgelegen commerciële markten en daar in concurrentie staat met andere aanbieders. Te denken valt aan de postbedrijven die naast brieven en briefkaarten (in de meeste lidstaten aangemerkt als diensten van algemeen economisch belang) ook pakketpost verzorgen, normaal gesproken een puur commerciële activiteit.

Wanneer er productiemiddelen zijn die voor beide activiteiten worden ingezet, bijvoorbeeld gezamenlijke infrastructuur en overhead, bestaat het risico dat de financiering van een gedeelte van deze gemeenschappelijke kosten onder de vlag van compensatie voor de dienst van algemeen economisch belang leidt tot kruissubsidiëring, waardoor het bedrijf in kwestie een concurrentievoordeel verkrijgt in de naastgelegen commerciële markten. Van groot belang is dus te bepalen of, en zo ja welk deel van de gemeenschappelijke kosten kunnen worden toegerekend aan de dienst van algemeen economisch belang.

Een drietal modellen voor de toewijzing van gemeenschappelijke kosten worden doorgaans genoemd.[69] Het eerste model gaat uit van de gedachte dat elke versto-

---

[67] State Aid Action Plan, Less and better targeted State aid: a roadmap for State aid reform 2005 to 2009, (ec.europa.eu/comm/competition/State_aid/reform/saap_en.pdf). Voor een beschrijving, zie T. Kleiner, *The State Aid Action Plan (SAAP)*, in: EU Competition Law - Volume IV: State Aid (W. Mederer, N. Pesaresi and M. Van Hoof, eds.), Claeys & Casteels (2008). Zie ook L.H. Röller, H. Friederiszick en V. Verouden, *European State Aid Control: an Economic Framework*, in: Handbook of Antitrust Economics (P. Buccirossi, ed.), MIT Press (2007) en D. Neven en V. Verouden, *Towards a More Refined Economic Approach in State Aid Control*¸ in: EU Competition Law - Volume IV: State Aid (W. Mederer, N. Pesaresi and M. Van Hoof, eds.), Claeys & Casteels (2008).

[68] Zie ook Buendia Sierra, *supra* noot 32, p 218; Grespan, *supra* noot 32, punt 4.1228 – 4.1247.

[69] Voor een grondige verhandeling, zie G.R. Faulhaber, *Cross-Subsidization: Pricing in Public Enterprises,* 65 American Economic Review (1975), p. 966-977., alsook G.R. Faulhaber, *Cross-Subsidy Analysis With More Than Two Services*, Journal of Competition Law and Economics 2005 1(3): 441-448.

ring van de concurrentie moet worden voorkomen, en dat de prijs die de verzorger van de openbare dienst berekent voor haar commerciële diensten tenminste de alomvattende kosten van deze laatste moeten kunnen dekken, dat wil zeggen de kosten die een bedrijf zou hebben als het alleen de commerciële diensten zou aanbieden (*Stand Alone Cost*).

Een tweede en tegengestelde visie is dat prijs van de commerciële diensten slechts de meerkosten hoeven te dekken die hiermee gemoeid zijn, dat wil zeggen de toename in kosten als gevolg van het feit dat de verzorger van openbare diensten niet alleen openbare diensten aanbiedt maar ook commerciële (*Incremental Cost*). Uitgangspunt hierbij is dat de gemeenschappelijke kosten toch al gemaakt moeten worden voor de openbare dienst en dat het efficiënt is om bijkomende diensten te beprijzen op een niveau dat overeenstemt met de extra te maken kosten.

Een tussenweg vormt het systeem van integrale kostprijsberekening (*Fully Distributed Cost*) volgens standaard boekhoudingpraktijken, waarbij de gemeenschappelijke kosten naar de verschillende activiteiten worden toegerekend op basis van bepaalde criteria, zoals het relatieve gebruik van de gemeenschappelijke productiemiddelen[70] of de relatieve omzetcijfers die worden geboekt door de verschillende diensten.

De twee uiterste kostprijsmodellen, *Stand Alone Cost* en *Incremental Cost* hebben allebei een vrij duidelijke logica. Tegelijkertijd is niet evident dat zij de meest geschikte zijn. Zo gaat de *Stand Alone* benadering voorbij aan het feit dat het niet efficiënt is om alle gemeenschappelijke kosten te laten opbrengen door één categorie van gebruikers, namelijk de gebruikers van de commerciële dienst. Vanuit de economische theorie is het bekend dat het vanuit efficiëntieoogpunt[71] beter is het grootste deel van de gezamenlijke kosten te laten dragen door die gebruikers die de minst elastische vraag naar het betreffende product (hun uiteindelijke gebruik zal uiteindelijk het minst worden verstoord door de hogere prijzen), en het kleinere deel door andere gebruikers.[72] Voor de *Incremental Cost* benadering gaat dit in feite ook op, met dit verschil dat de gemeenschappelijke kosten dan volledig voor rekening komen van de gebruikers van de dienst van algemeen economisch belang en de belastingbetaler die de subsidies betaalt.[73] Daarnaast is het duidelijk dat onder deze methode de verstoringen in de markt voor commerciële diensten waar ook andere operatoren actief zijn het grootst zullen zijn. Een bepaalde middenweg zal toch moeten worden gevonden.

In lijn met het *Chronopost* arrest heeft het Altmark pakket gekozen voor een inte-

---

[70] Ook wel bekend als *Activity Based Costing*.

[71] Zie noot 2.

[72] Deze prijsbenadering wordt ook wel de Ramsey-Boiteux benadering genoemd. Tegelijkertijd kan een dergelijke oplossing wel ongewenste implicaties hebben vanuit het oogpunt van een redelijke inkomensverdeling.

[73] Een "lump sum" belasting zou weliswaar efficiënt kunnen zijn. In de realiteit brengen de meeste belastingen echter inefficiënties te weeg.

grale kostprijsberekening.[74] De aan de dienst van algemeen economisch belang toegerekende kosten mogen alle variabele kosten voor het verstrekken van de dienst van algemeen economisch belang omvatten, alsook een *passende* bijdrage in de gemeenschappelijke vaste kosten van de dienst van algemeen economisch belang en de andere activiteiten. De bepaling welke bijdrage als passend moet worden gezien kan voor een belangrijk deel worden ingevuld door de lidstaat zelf, in lijn met het principe dat de lidstaat zelf veel beleidsruimte heeft om te bepalen hoe het de voorziening van diensten van algemeen economisch belang op haar eigen grondgebied wil inrichten.

4.4.3 Openbare aanbestedingen

Een derde dilemma betreft het al dan niet gebruik maken van openbare aanbestedingen voor de voorziening van de diensten van algemeen economisch belang.

Uit de vierde voorwaarde van het Altmark arrest volgt dat het voor de bepaling of een bepaalde compensatieregeling staatssteun inhoudt niet noodzakelijk is dat van een openbare aanbesteding wordt gebruikgemaakt, althans niet van een openbare aanbesteding, waarbij de kandidaat kan worden geselecteerd die deze diensten tegen de laagste kosten voor de gemeenschap kan leveren. Zolang de compensatie wordt vastgesteld op het niveau dat overeenstemt met de kosten die een efficiënte, "goed beheerde" onderneming zou moeten maken is er geen sprake van staatssteun.

Een vraag die geregeld opkomt, is of de verzorging van diensten van algemeen economisch belang eigenlijk niet moet worden aanbesteed op grond van andere artikelen in het Verdrag en andere Europese regelgeving. Dit is niet noodzakelijk het geval. Als het contract dat de overheid heeft gesloten met de onderneming een "overheidsopdracht" is in de zin van de Aanbestedingsrichtlijnen[75], dan wel. Deze richtlijnen hebben echter niet betrekking op alle vormen van overheidscontracten; zo vormen concessies voor openbare dienstverlening een geval apart. Het Hof van Justitie heeft bepaald dat voor concessieverleningen geen volledige aanbestedingsprocedure is vereist, maar dat wel een bepaalde oproep tot mededinging moet worden gedaan die voldoende transparant is en waaraan voldoende publiciteit moet worden gegeven.[76] Een afwijking hiervan geldt voor de situatie waarin de overheid besluit om de diensten van algemeen economisch belang volledig in eigen beheer uit te voeren. Het staat de overheid vrij om dit te doen. Echter, het laten uitvoeren van openbare dienstverlening door overheidsbedrijven valt niet onder de notie van eigen beheer.[77]

---

[74] Arrest van het Hof van Justitie in gevoegde zaken C-83/01 P, C-93/01 P en C-94/01 P, *Chronopost SA*, Jurispr. 2003, blz. I-6993.
[75] *Supra* noot 54.
[76] Zie Slot e.a., *supra* noot 5, p. 111.
[77] Zie Slot e.a., *supra* noot 5, p. 111. Grespan, *supra* noot 32, punt 4.1371 e.v.

Los van deze eerder procedurele aspecten valt er ook wel iets te zeggen voor het openhouden van de mogelijkheid om een dienst van algemeen economisch belang niet door middel van een tender te organiseren.[78] De effectiviteit van openbare aanbestedingen moet niet voetstoots worden aangenomen. Niet alle openbare aanbestedingen leveren noodzakelijkerwijs een concurrentieel resultaat. Zo kunnen aanbestedingen gebukt gaan onder een gebrek aan concurrentie, bijvoorbeeld wanneer de onvoldoende bedrijven *de facto* in staat zijn om de gevraagde dienst te leveren. In sommige netwerksectoren moet met het gevaar rekening worden gehouden dat slechts één bedrijf (de incumbent) de best geplaatste is, of zelfs de enige reële kanshebber is, om een openbare aanbesteding te winnen. In dat geval valt niet uit te sluiten dat een aanbesteding helemaal geen lage prijs oplevert, en dat het dus beter is om via onderhandelingen te komen tot een adequate prijs.

Daarnaast kunnen aanbestedingen ook problematisch zijn wanneer de kwaliteit van de dienstverlening zeer moeilijk te omschrijven is en het gevaar bestaat dat de aanbesteding wordt gewonnen door partijen die een lage prijs kunnen bieden door fors op de aangeboden kwaliteit te beknibbelen. Ook in een dergelijke situatie is het denkbaar dat flexibele onderhandelingen die uiteindelijk leiden tot een sluitend contract betere resultaten oplevert.

Over het algemeen kan echter worden gesteld dat openbare aanbestedingen in situaties die voldoende concurrentieel zijn, en waarbij de dienstverlening betrekkelijk goed valt te omschrijven, het beste middel zijn om te komen tot een uitkomst waarbij de kosten voor de overheid niet hoger zijn dan noodzakelijk en evenmin sprake is van verstoringen van de concurrentie of het handelsverkeer tussen de lidstaten. De vierde voorwaarde van het Altmark arrest biedt juridische houvast in de zin dat wanneer de overheid de verzorger van de dienst van algemeen economisch belang selecteert op basis van een openbare aanbesteding (en aan de overige Altmark voorwaarden is voldaan) er geen sprake is van staatssteun.

4.5 Conclusie

Er is belangrijke evolutie geweest in de afgelopen decennia in de manier waarop diensten van algemeen economisch belang zijn geleverd in de verschillende lidstaten. Van oudsher werden deze diensten vooral geleverd door overheidsmonopolies. Gaandeweg, en vooral sinds de jaren ’80 van de vorige eeuw, zijn veel nationale overheden de levering van essentiële voorzieningen anders gaan inrichten met een grotere rol voor concurrentie tussen verschillende aanbieders. Om de openbare dienstverlening te waarborgen werden systemen geïntroduceerd, waarbij sommige bedrijven (vaak de voormalige nutsbedrijven) de verplichting werd opgelegd om openbare diensten te blijven leveren in ruil voor expliciete financiële compensaties.

---

[78] Zie EAGCP, *supra* noot 62, p. 6.

De Europese mededingingsregels en staatssteunregels hebben een belangrijke rol gespeeld in dit proces, zowel in het liberaliseren van traditionele nutssectoren als in het vormgeven van de manier waarop de overheid openbare dienstverleningsverplichtingen kan opleggen en subsidiëren. Artikel 86 EG, en met name het tweede lid ervan, heeft in dit opzicht een sleutelrol gespeeld.

De Europese Unie ontleent haar bevoegdheid om in de nutssectoren - traditioneel het domein van de landelijke of plaatselijke overheid - regulerend op te treden aan het feit dat de door deze sectoren geleverde diensten veelal als “economische diensten” moeten worden beschouwd, in de zin dat het gaat om diensten die in principe op een markt aangeboden en verhandeld kunnen worden en als zodanig ook het onderwerp kunnen zijn van het handelsverkeer tussen de lidstaten.

Toch staat onomstotelijk vast dat nationale, regionale en lokale overheden een zeer ruime marge hebben om zelf te bepalen welke diensten zij willen aanmerken als diensten van algemeen economisch belang, en de voorwaarden te bepalen waartegen deze aan de bevolking worden aangeboden. De insteek van de Europese Unie is een juiste balans te vinden tussen de noodzakelijke beleidsvrijheid voor de lidstaten en het gemeenschapsbelang van de Unie. Het Altmark arrest, dat bepaalt wanneer subsidiëring van diensten van algemeen economisch belang als staatssteun moet worden gezien, en de kaders die de Commissie heeft geschept voor de vraag wanneer de staatssteun verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt beantwoorden in hoge mate aan deze doelstelling. In grote lijnen is een goede balans gevonden op dit delicate gebied, al blijven er sommige verbeteringen denkbaar.

Hoofdstuk 5 Liberalisering in telecom: Missie geslaagd, operatie afgerond?

Paul W.J. de Bijl[*]

5.1 Inleiding

Is de ingevoerde marktwerking in telecommunicatie een succes? Het eerste beeld dat opkomt is positief, maar toch is dit een moeilijke vraag. Telecommunicatie bestaat immers niet meer als losstaande sector. In juli 2009 publiceerde Morgan Stanley een spraakmakend rapport dat, op basis van een gesprek met een vijftienjarige stagiaire Matthew Robson, verslag deed van het mediaconsumptiepatroon van tieners. Ze willen niet betalen op internet, willen niet lastig gevallen worden met opdringerige reclame, en zoeken graag naar liedjes en andere content met hun mobieltjes. Bij voorkeur mobieltjes die Wifi-compatible zijn, want internetten via UMTS is duur. E-mail en gedrukte media vinden ze amper interessant, maar ze willen gerust betalen voor concerten en filmvertoningen.

Telecommunicatie, of beter elektronische communicatie, is – door internet – sterk geëvolueerd en nauw verweven geraakt met de mediasector ('convergentie'). Het verhaal van de stagiaire is een *wake-up call* voor de gevestigde spelers in telecom- en mediasectoren, zoals telecomoperators, kabelbedrijven, beleidsmakers, artiesten, mediabedrijven, en rechthebbenden van auteursrechten. De telefoons op de nachtkastjes rinkelen, maar de radicale innovaties komen van outsiders. Start-ups die dingen bedenken waar ze *zelf* wat aan hebben, en waar de *incumbents* geen antenne voor hebben. Deze nieuwkomers gebruiken, zonder grote investeringen te doen, internet als platform voor nieuwe diensten en toepassingen.

De vraag naar het welslagen van marktwerking in telecom wordt meestal bezien vanuit het (nauwere) perspectief van spraaktelefonie en internettoegang.[1] Terugkijkend is op die manier vrij helder vast te stellen wat goed of minder goed ging. Echter, vanwege de revolutionaire ontwikkelingen rondom internet is het minstens

---

[*] Hoofd van de sector Marktordening, Centraal Planbureau (Den Haag); extramural fellow van TILEC, Universiteit van Tilburg; fellow van ENCORE. Dit paper komt voort uit presentaties gegeven voor de Directie Telecommarkten (Ministerie van Economische Zaken) op 22 jan. 2009 en het College van OPTA op 17 april 2009. Ik ben de deelnemers, waaronder Wolter Lemstra die discussiant was tijdens de presentatie bij EZ, erkentelijk voor de gevoerde discussies. Daarnaast wil ik graag bedanken: Michiel Bijlsma, Eric van Damme, Casper van Ewijk, Maarten Pieter Schinkel en Robert Stil voor hun commentaar, en Jeannette Verbruggen voor redactionele ondersteuning.

[1] Zie bijv. de studie naar de effecten van marktwerkingsbeleid door het Ministerie van Economische Zaken (2008).

zo belangrijk om ook vooruit te kijken, en de telecommunicatiemarkt te bezien in het licht van de jongere en toekomstige generaties van gebruikers. Deze paper blikt terug op het recente verleden waarin concurrentie is geïntroduceerd, en kijkt, in het licht van de bredere ontwikkelingen in telecom, internet en media, vooruit op de nabije toekomst.

De telecommunicatiemarkt heeft zich, sinds de liberalisering en privatisering, enorm ontwikkeld. We bellen en mailen vast en mobiel, zijn dagelijks online, waar we werken, shoppen, ons vermaken, en in verbinding staan met vrienden, familie en collega's. De belangrijkste ontwikkelingen sinds de liberalisering en privatisering zijn: (i) de hoge penetratiegraad van breedbandige infrastructuur; (ii) het groeiende gebruik van internet in alle lagen van de maatschappij; en (iii) de opkomst van het internet protocol (IP) bij de verschillende vormen van elektronische communicatie. Internet en IP – het opknippen en in pakketjes verzenden van gedigitaliseerde informatie – zijn sterk doorgedrongen in netwerken, diensten en content. Deze ontwikkelingen spelen een rol in uiteenlopende toepassingen, zoals telefoneren via internetapplicaties op pc's, televisieprogramma's bekijken op internet, en het zelf 'uitzenden' van radioprogramma's, filmpjes en andere content via internet. En of het nou bellen, tv- kijken of online gamen betreft: de onderliggende communicatie gaat meer en meer op basis van IP, waarbij het steeds lastiger – en ook kunstmatiger – wordt om nog een onderscheid te maken tussen spraak, content en andere communicatiediensten. De regulering van elektronische communicatie en netwerken, zoals we die binnen de EU kennen, probeert zich geleidelijk aan te passen aan deze nieuwe realiteit. Bedenk daarbij dat zich de laatste jaren veel consolidatie heeft voorgedaan onder aanbieders van vaste, mobiele en kabelnetwerken. Het idee uit de jaren 90 dat infrastructuurconcurrentie in telecommunicatie in overzienbare tijd van de grond zou komen, is aan debat onderhevig. Is het instititutionele 'besturingssysteem', dat de vrijgemaakte markt gedurende de eerste tien jaar in goede banen heeft geleid, toegerust op de toekomst van convergentie?

Eli Noam (hoogleraar aan de Columbia Business School en directeur van het Columbia Institute for Tele-Information), een gezaghebbend econoom die vele artikelen en boeken over de telecomsector op zijn naam heeft staan, heeft in 2008 een pakkend essay geschreven over deze vraag. Het is geschreven vanuit een Amerikaans perspectief, maar we kunnen het ons niet permitteren om zijn visie niet serieus te bekijken binnen onze context. Noam maakt een onderscheid tussen drie fasen in de telecommunicatiemarkt. Telecom 1.0 was het tijdperk van overheidsmonopolies met een nutsfunctie in spraaktelefonie over analoge, vaste netwerken.[2] Vanwege de grote omvang van de kosten van het uitrollen en onderhouden van netwerken, werd telefonie als een taak voor de overheid beschouwd. Een klassiek natuurlijk monopolie. In de EU eindigde dat tijdperk met de privatisering van de monopolisten en de liberalisering van de markt. In 1998 mondden die operaties uit

[2] De voorfase, "Telecom 0.0", kende overigens private aanbieders (Lemstra, 2009). Deze voorfase laat ik buiten beschouwing.

in het van kracht worden van het Europees reguleringskader voor de liberalisering van de markten voor netwerken en diensten in de telecommunicatiesector. Dat moment markeerde het begin van Telecom 2.0. Beleidsmakers en toezichthouders, waaronder de OPTA in Nederland, maakten ontwerpen van de markt en de benodigde transitie. Nieuwkomers, die niet vanaf dag één over eigen netwerken konden beschikken, zouden in eerste instantie gebruik maken van gereguleerde toegang tot bestaande infrastructuur. In deze opzet was 'dienstenconcurrentie' een opstap naar 'infrastructuurconcurrentie'. Voormalige monopolisten werden blootgesteld aan concurrentie en nieuwe regelgeving, en transformeerden zich tot commerciële ondernemingen. Telecom 3.0 begon omstreeks 2008 met de opkomst van een nieuwe generatie netwerken (NGN's), die zeer hoge snelheden dataverkeer mogelijk maken, bijvoorbeeld via fiber-optische verbindingen tot eindgebruikers ('FttH'), of kabelaansluitingen opgewaardeerd op basis van de 'DOCSIS 3.0' standaard. De komende vijf tot tien jaar zullen in het teken staan van de vragen (i) of, hoe en wanneer de massale verglazing gerealiseerd wordt, en (ii) wat er over die netwerken geleverd wordt. De veronderstelling dat het natuurlijk monopoliekarakter van telecom ten einde was – destijds een belangrijke grondslag van de overgang naar Telecom 2.0 – is in deze derde fase minder realistisch geworden. Immers, de nieuwe generatie van netwerken markeert een sterk toegenomen belang van investeringen en schaaleffecten.

In deze paper stel ik, gebruikmakend van de fasen die Noam (2008) onderscheidt, de vraag of het huidige reguleringskader, ontworpen voor Telecom 2.0, toegerust is voor Telecom 3.0. Een relevante vraag, te meer omdat ten tijde van de liberalisering er een sterk gevoel van maak- en stuurbaarheid van de markt heerste. De benodigde tijd voor de transitie van de telecommarkt leek te overzien – zeg een jaar of vijf – en vervolgens zou regulering uitgefaseerd kunnen worden. De markt heeft zich behoorlijk anders dan volgens het voorspelde patroon ontwikkeld. Noam's essay geeft het denken over beleid ten aanzien van de nieuwe generatie netwerken – en daarmee de toekomst van telecom en media – een verfrissende impuls. In deze paper pak ik die uitdaging op vanuit een Nederlands (en daarmee Europees) perspectief. Ik baseer me onder meer op enkele recente artikelen met beschouwingen over de toekomst van regulering in de telecommunicatiemarkt, te weten De Bijl en Peitz (2008), Huigen en Cave (2008) en Janssen en Mendys-Kamphorst (2008).[3] [4] De bevindingen ten aanzien van het toezicht op elektronische communicatie en mediamarkten zijn gebaseerd op De Bijl (2007), Dommering (2007), en Van Damme e.a. (2007). Een aanvullende paper is van Lemstra (2009), die eveneens de marktontwikkelingen bespreekt vanuit Noam's kader. Lemstra werkt de verschillen tussen Nederland en de VS in detail uit en nuanceert Noam's oproep. Een belangrijke observatie van Lemstra is dat lokale (zoals geo-

[3] Deze papers zijn voortgekomen uit presentaties op het ENCORE Symposium *The Future of Telecommunications Regulation*, Amsterdam, 2-3 nov. 2006. Zie http://www.encore.nl/futureof telecoms.htm.

[4] Zie ook P. Budde, "Global regulatory re-think required", BuddeBlog, 27 juli 2009; http://www.buddeblog.com.au/global-regulatory-re-think-required/.

grafische) factoren van grote betekenis blijven voor de kansen op een brede FttH-uitrol.

Deze paper biedt geen volledig overzicht van de ontwikkelingen in de telecommarkt sinds de liberalisering. Ik schets díe ontwikkelingen welke naar mijn inschatting het meest relevant zijn om een gevoel te ontwikkelen voor de mate waarin de liberalisering geslaagd is. Ofschoon de markt zich zeer snel heeft ontwikkeld, mede dankzij het grondige werk van toezichthouder OPTA, beargumenteer ik dat beleidsmakers de levensvatbaarheid van infrastructuurconcurrentie overschat hebben. In het verlengde daarvan is het verstandig om er rekening mee te houden dat de schaaleffecten misschien wel zo groot zijn, dat een retour naar een monopoliesituatie niet ondenkbeeldig is. In het geval dat dit werkelijkheid wordt, zijn we in zekere zin terug bij af, en kunnen we ons beraden over de vraag of waar de maatschappij meer aan heeft: een privaat of een publiek monopolie (zie ook Janssen en Mendys-Kamphorst, 2008). Natuurlijk is het niet zo zwart-wit als ik hier in enkele zinnen schets, maar de boodschap is er niet minder relevant om. Het is verstandig om onbevangen te blijven nadenken over de inrichting van de telecomsector en de aanpalende mediasector, ook al wordt de liberalisering in de telecom door velen als succesvol en zo goed als afgerond gezien.

Ofschoon mobiele telefonie ook aan bod zal komen, ligt het zwaartepunt in deze paper bij vaste telefonie en de opkomst van breedbandinternet. In deze marktsegmenten is marktfalen nog steeds dermate prominent aanwezig, dat overheidsinterventie nog lange tijd nodig zal blijven, terwijl het nog steeds onzeker is hoe deze ontwikkelingen zullen uitpakken. Verder is het onwaarschijnlijk dat mobiele telecom op korte termijn, als het al gaat gebeuren, een volwaardig substituut wordt voor vaste netwerken (Cave en Hatta 2009; meer hierover in sectie 3). Verder zou, in een complete analyse van de markt voor elektronische communicatie en media, de markt voor omroepdistributie niet mogen ontbreken. Ik bespreek deze markt heel beknopt vanuit het perspectief van toezicht op elektronische communicatie en media.

De opbouw van deze paper is als volgt. Sectie 2 legt een basis met een algemeen overzicht van marktfalen in telecommunicatiemarkten in relatie tot overheidsingrijpen. Sectie 3 geeft een terugblik op Telecom 2.0. In sectie 4 komt Telecom 3.0, met een blik op de toekomst, aan bod. Deze sectie bespreekt ook, in het licht van de eerdere bevindingen, de toekomst van het toezicht op elektronische communicatie en media. Sectie 5 besluit dit hoofdstuk.

5.2 Marktfalen in telecommunicatiemarkten

De liberalisering en privatisering in de telecommunicatiemarkt, waarmee Telecom 2.0 werd ingezet, had een meervoudige achtergrond. Ten eerste was er de wens tot efficiëntieverbetering en investeringen. De tijd van centraal aangestuurde nutsbedrijven was ten einde gekomen, en overheden konden die investeringen niet zelf

opbrengen. Het streven naar kostenefficiëntie en vernieuwingen hebben bij een overheidsorganisatie weinig aandacht en prioriteit. Ten tweede had technologische vooruitgang de kosten van het uitrollen van netwerken verlaagd. Dat uitte zich in lagere kosten van infrastructuur en de opkomst van mobiele telefonie. Met dit argument was het natuurlijk monopoliekarakter van de markt minder prominent geworden, en zouden meerdere aanbieders met vaste netwerken levensvatbaar kunnen zijn in de telecommunicatiemarkt. Ten derde konden overheden den dynamische innovaties die zich aandienden zelf niet zo goed bijhouden als de markt dat zou kunnen. Tot slot stonden monopolies op gespannen voet met de principes van de interne markt in de EU.

Het feit dat er concurrentie is geïntroduceerd wil niet zeggen dat de marktfalens uit het verleden 'opgelost' zijn, of dat er geen marktfalens meer zijn in de telecommarkt. De belangrijkste marktfalens in telecommunicatiemarkten zijn als volgt [*voorbeelden van overheidsingrijpen staan tussen vierkante haken*]:

1. Monopoliemacht en concurrentieverstoringen, met als onderliggende oorzaken:
   a) schaalvoordelen (natuurlijk monopolie) en bottlenecks [*toegangsregulering*]
   b) overstapkosten [*opleggen van nummerportabiliteit*]
2. Externaliteiten, in het bijzonder:
   a) netwerkexternaliteiten [*afdwingen van interconnectie en interoperabiliteit*]
   b) belang van communicatie voor economie als geheel [*afdwingen van interconnectie en interoperabiliteit + opleggen van plicht tot universele dienst*]
   c) storingen door signaalinterferentie binnen het radiospectrum [*centrale regie bij spectrumallocatie*]
3. Coördinatieproblemen [*afdwingen en coördineren van technologische standaarden + radiospectrumbeleid*]
4. Consumentenbescherming op het gebied van:
   a) asymmetrische informatie [*tegengaan van het ongewild overzetten van een consument naar een andere telefonie-aanbieder, ofwel slamming*]
   b) risico's van kostbare vergissingen [*regulering van tarieven voor mobiel bellen in buitenland*]
   c) overig [*tegengaan van spam*]

Naast bovenstaande marktfalens kunnen ook maatschappelijke of politieke voorkeuren een argument vormen voor overheidsingrijpen:

5. Maatschappelijke/politieke voorkeuren met betrekking tot:
   a) herverdeling [*regulering van eindgebruikerstarieven; opleggen van plicht tot universele dienst*]
   b) sociale doelen [*opleggen van plicht tot universele dienst*]

De taak van de overheid kan, naast het corrigeren van marktfalen, dus liggen in het implementeren van aanvullende doelen die voortkomen uit verdelingsaspecten. Dat laatste dient via een politiek proces geïmplementeerd te worden.

Bovenstaand overzicht laat zien dat elektronische communicatie een sector is waarin zo goed als alle vormen van marktfalen voorkomen. De belangrijkste marktfalens, in het licht van de recente en aankomende ontwikkelingen, zijn monopoliemacht en externaliteiten. Monopoliemacht speelt vanwege het toegenomen ('terug van weggeweest') belang van schaalvoordelen, en ook vanwege de verticale integratie tussen netwerken en contentdiensten, waardoor de concurrentie-intensiteit kan afnemen. Daarnaast is, door het kleine aantal spelers met netwerken, imperfecte concurrentie een terugkerend gegeven in telecom, en bestaat er een risico op kartelvorming. Schaaleffecten bestaan nog steeds en zijn substantieel, vanwege de forse vaste kosten die gepaard gaan met het aanleggen van vaste, fijnmazige netwerken. In sommige onderdelen van netwerken zijn *bottlenecks* ofwel *essential facilities* aanwezig, waardoor marktmacht ontstaat. Een bottleneck is een netwerkonderdeel van vaste proporties dat (i) een noodzakelijke input vormt om eindgebruikers te kunnen bereiken, terwijl (ii) deze faciliteit niet op economisch efficiënte wijze gereproduceerd kan worden omdat er substantiële verzonken kosten zijn (Knieps, 2005). Vanwege deze laatste voorwaarde vormt een bottleneck een toetredingsbarrière. Een voorbeeld is de verbinding met individuele eindgebruikers; zonder toegang daartoe kan een concurrent geen gespreksaanvraag afleveren bij klanten van een andere operator. Dit probleem speelt prominent bij gesprekken van vaste naar mobiele netwerken, waarbij toezichthouders overgingen tot regulering van het groothandelstarief van mobiele operators voor toegang tot hun abonnees (De Bijl e.a., 2005). Een ander marktfalen dat leidt tot marktmacht is de aanwezigheid van overstapkosten voor consumenten. Met het opleggen van nummerportabiliteit heeft de toezichthouder deze kosten voor een deel teruggebracht.

Externaliteiten gerelateerd aan interconnectie en interoperabiliteit, ook tussen netwerken en applicaties, blijven per definitie van belang in elektronische communicatie. De opkomst van concurrenten en concurrerende netwerken maakte een specifieke vorm van externe effecten zichtbaar: hoe meer personen je kunt bereiken via een telefonienetwerk, hoe meer nut dat oplevert. Wanneer er maar één netwerk is, zijn deze positieve netwerkexternaliteiten automatisch gemaximaliseerd. Met de komst van concurrerende netwerken was dat echter geen vanzelfsprekendheid meer. Deze externaliteit was dan ook aanleiding om netwerkinterconnectie – het aan elkaar koppelen van netwerken zodat operators voor hun eigen abonnees gesprekken kunnen afwikkelen met abonnees van concurrenten – verplicht te stellen en scherp te kijken naar de tarieven die daarvoor gerekend worden.[5] Een algemener argument, gebaseerd op externe effecten, is dat een goede telecom-infrastructuur de transactiekosten in (zo goed als alle) markten sterk reduceert. Omdat

[5] Netwerkaanbieders met aanmerkelijke marktmacht kunnen de verplichting opgelegd krijgen om tegen kostengeoriënteerde tarieven binnenkomende gesprekken af te leveren.

marktspelers geen rekening houden met deze externe effecten, bestaat de mogelijkheid dat er bij vrije marktprijzen te weinig van wordt afgenomen, vergeleken met het maatschappelijk optimum. In dat geval kan het zinvol zijn om de toegankelijkheid van communicatiekanalen te waarborgen, bijvoorbeeld door verplichtingen tot een universele dienst, met als doel telecommunicatie toegankelijk en betaalbaar te houden voor iedereen, ongeacht inkomen of geografische locatie. Verder zijn externaliteiten in de vorm van interferentie, wanneer verschillende spelers hetzelfde deel van het spectrum gebruiken, een belangrijke reden voor beleid met betrekking tot het schaarse radiospectrum. Overheidsinterventie, bijvoorbeeld door het alloceren van spectrum voor mobiele telefonie, kan zich dan richten op het maximaliseren van allocatieve efficiëntie.[6] Radiocommunicatie ten behoeve van defensie- en maritieme doeleinden wordt overigens traditioneel geassocieerd met publieke goederen, en vanuit die achtergrond is het beheer van radiospectrum historisch gezien bij de overheid terecht gekomen (Arnbak, 1997).[7]

De relevante wet- en regelgeving (bijvoorbeeld de Telecommunicatiewet van 1998 en de Memorie van Toelichting) spreken niet in dezelfde bewoordingen als economen in het algemeen doen. Het is daardoor niet zo snel duidelijk hoe politici en beleidsmakers destijds precies aankeken tegen de taken van de overheid. Om er iets over te kunnen zeggen zonder de officiële teksten zelf te interpreteren, permitteer ik me een *shortcut* op basis van een interpretatie door juridische experts:

> OPTA formuleert – in algemene zin – haar bevoegdheden als volgt:
> "De Telecommunicatiewet is een publiekrechtelijke wet die publieke belangen beoogt te behartigen, te weten de bevordering van bestendige mededinging op de telecommunicatiemarkt en de bescherming van eindgebruikers. [...]"
> Dommering e.a. (2003, p. 38).

De invulling die OPTA aan de Telecommunicatiewet geeft is dus gebaseerd op het terugdringen van concurrentieverstorende marktmacht (dit raakt aan punt 1 in het overzicht) en consumentenbescherming (punt 4). Overigens heeft de Telecommunicatiewet meer reikwijdte, en besteedt OPTA daar eveneens aandacht aan, bijvoorbeeld met betrekking tot de verplichtingen tot een universele dienst voor KPN.

Overheidsinterventie is, naast het tegengaan van marktfalen, vaak gebaseerd op herverdelingsargumenten. In de telecommarkt uit zich dat bijvoorbeeld in regulering van eindgebruikerstarieven, het waarborgen van de toegankelijkheid van de

---

[6] Spectrumallocatie en de ervaringen met het veilen van licenties voor mobiele telefonie blijven verder buiten beschouwing. Van Damme (2004) bespreekt de ervaring met de UMTS-veiling voor mobiele telefonie. Voor algemene referenties over spectrumbeleid en allocatie van radiospectrum, zie Cave (2002) en Zwart (2007).

[7] Via het radiospectrum uitgezonden radio- en TV-programma's vormen een publiek goed vanwege de mogelijkheid van free riding – een probleem wat met het versleuteld verzenden van content tegenwoordig goed oplosbaar is.

dienstverlening door het opleggen van een universele dienst, en door het verbinden van voorwaarden van landelijke dekking aan licenties voor mobiele telefonie. Dergelijke interventies zijn echter ook te rechtvaardigen vanwege de aanwezigheid van externe effecten (punt 2b in het overzicht). Internationaal is er overigens een brede en groeiende belangstelling voor het uitbreiden van de universele dienst met toegang tot breedbandinternet. Zeer recent nam de regering van Finland het besluit – als eerste land ter wereld – om breedbandinternettoegang (snelheid minimaal 1 Mbit/s) tot een universele dienst te verklaren, ingaande per juli 2010.[8] Dit gaat zonder twijfel navolging krijgen in andere landen.

5.3 Telecom 2.0 (1998 - 2007)

5.3.1 Een veelbelovend begin

In de markt voor vaste telefonie vraagt het uitrollen van nieuwe netwerken substantiële investeringen en tijd. Desalniettemin, toen de markt in 1998 werd vrijgegeven was de verwachting dat het tot stand komen van infrastructuurconcurrentie (concurrentie tussen operators met eigen netwerken) niet al te lang op zich zou laten wachten, zeg een jaar of vijf. Dit gevoel van maakbaarheid van de markt in de eerste helft van Telecom 2.0 lag voor de hand. Er stonden maar liefst twee toetreders met het potentieel van landelijke netwerkdekking in de startblokken.[9] Zo was er een consortium van diverse energie- en kabelbedrijven in Nederland onder de naam Enertel (later Energis) dat met het eigen communicatienetwerk van energiebedrijven al beschikte over een landelijke *backbone* (netwerk bestaande uit lange afstandsverbindingen) en over fijnmazige netwerken tot eindgebruikers bestaande uit de kabelnetwerken. En er was Telfort, een alliantie bestaande uit NS en British Telecom, dat het landelijke, eigen communicatienetwerk van de NS combineerde met telecom-expertise uit het buitenland. Naast deze twee spelers, die zich binnen overzienbare tijd zouden kunnen ontwikkelen tot concurrenten van KPN met eigen netwerken met landelijke dekking, waren er ook vooruitzichten op lokale toetreding in deelmarkten. Regionale kabelbedrijven zouden, na de nodige aanpassingen van hun netwerken, telefonie aan hun aanbod kunnen toevoegen. Het Amsterdamse kabelbedrijf A2000 (later Priority Telecom en UPC) had al vroeg serieuze aspiraties op dat vlak.[10]

Een jaar of vijf later was het beeld veranderd, vergeleken met de initiële verwachtingen. De ontwikkeling van Enertel en Telfort tot landelijke concurrenten voor KPN was niet van de grond gekomen. De kabelbedrijven bleken, in de beginperiode, weinig belangstelling te hebben voor de markt voor spraaktelefonie. De markt

---

[8] Ministry of Transport and Communications, persbericht van 16 oktober 2009, "Access to a minimum of 1 Mbit Internet connection available to everyone in Finland by July 2010"; http://www.vn.fi/ajankohtaista/tiedotteet/tiedote/en.jsp?oid=273978.

[9] De beschrijving van de ontwikkelingen na de liberalisering in 1998 zijn deels ontleend aan De Bijl en Peitz (2002).

[10] A2000 voerde in 1997 al de eerste experimenten met telefonie uit (*Computable*, 16 jan. 1997).

voor vaste telefonie, gekenmerkt door een reeks fusies en overnames die gepaard gingen met strategische koerswijzigingen, ontwikkelde zich dus in een andere richting dan in eerste instantie was voorzien. Desalniettemin gaven de geobserveerde ontwikkelingen goede hoop op een ontwikkeling naar een volwassen markt. Diverse toetreders rolden heel gericht netwerken uit voor de zakelijke markt op slim gekozen locaties. Colt beschikte bijvoorbeeld over een backbone in combinatie met vier *fiber city rings*, GTS over Europees backbone en een 'interconnectiepunt' in Amsterdam (waar gesprekken konden worden doorgegeven aan KPN), MCI Worldcom over een backbone en netwerken Amsterdam en Rotterdam, en Versatel had een backbonde in de Benelux met een ring tussen de grote steden in ons land. De stadsringen in de grote steden hadden directe aftakkingen naar grote bedrijven. Het aanleggen van *local loops* (verbindingen tot eindgebruikers) bleef in de meeste delen van het land, en vooral voor particulieren, echter uit.

Ondanks de afwezigheid van infrastructuurconcurrentie voor residentiële eindgebruikers, profiteerden consumenten van prijsconcurrentie. OPTA zag er immers op toe dat KPN haar netwerk openstelde voor concurrenten zonder eigen netwerk. Zo waren er bijvoorbeeld *Carrier Select* en *Carrier Preselect* dienstenaanbieders als Scarlet Telecom en Tele2, die gebruik maakten van de mogelijkheid om tegen een lage groothandelsprijs gesprekken over KPN's netwerk te kunnen afwikkelen. Diverse spelers veroverden zo snel marktaandeel in spraaktelefonie. De voormalige monopolist werd ook verplicht om de *local loop*, ofwel de aansluitlijn tot de eindgebruiker, te ontbundelen,[11] maar daar werd in de eerste jaren weinig gebruik van gemaakt door concurrenten. De oorzaak daarvan ligt vermoedelijk in de relatieve onaantrekkelijkheid van de *business case* die nieuwkomers konden bouwen op basis van het ontbundelde aanbod. Het aanbieden van telefonie op basis van Carrier (Pre)Select verloopt grotendeels via administratieve afwikkelingen in combinatie met marketing- en salesactiviteiten, met bescheiden investeringen gerelateerd aan infrastructuur. Ontbundelde toegang daarentegen vraagt, tot op zekere hoogte, om investeringen tot een relatief laag niveau in de netwerkhiërarchie van KPN.[12] De verwachte omzet in spraaktelefonie was blijkbaar te laag, in verhouding tot de benodigde investeringen.

Er tekende zich dus in (grofweg) de eerste vijf jaar na de liberalisering een segmentatie af tussen:

1. de grootzakelijke markt op aantrekkelijke, geconcentreerde locaties in of nabij de grote steden; en
2. de rest van de markt, bestaande uit consumenten en het MKB in alle gebieden, en uit grootzakelijke afnemers in de gebieden buiten de grote steden of geconcentreerde locaties.

---

[11] "Local loop unbundling": hierbij huurt een concurrent aansluitlijnen van de incumbent om daarover eigen diensten aan te bieden aan eindgebruikers. Er wordt dus niet afgewikkeld per gespreksminuut, zoals het geval is bij Carrier (Pre)Select.

[12] Op basis van de omvang van de benodigde investeringen kan markttoegang via ontbundeling bestempeld worden als een tussenvorm van diensten- en infrastructuurconcurrentie.

De hoop en verwachting was dat, met wat meer tijd, toetreders ook netwerken zouden gaan uitrollen in het tweede segment. Dankzij regulering van de toegangstarieven die dienstenaanbieders aan KPN betaalden bleven consumenten in de tussentijd niet verstoken van concurrentiedruk op de beltarieven. Economen bestempelden deze aanpak als de *ladder of investment*: interventie door de toezichthouder is zodanig dat nieuwkomers aangemoedigd worden om geleidelijk investeringen te doen die hen minder afhankelijk maken van gevestigde netwerk operators (Cave, 2006). De volgende subsectie illustreert hoe OPTA de investeringsladder probeerde te implementeren.

5.3.2 De economische filosofie achter toegangsregulering

Het Europese regelgevingskader voor telecommunicatie schreef voor aan welke voorwaarden de toegangstarieven voor de verschillende vormen van netwerktoegang moesten voldoen (zie Buigues en Rey (2004) voor een totaaloverzicht). Zo moest, voor netwerkaanbieders met 'aanmerkelijke marktmacht' (AMM), het toegangstarief voor ontbundelde aansluitlijnen kostengeoriënteerd zijn, dat wil zeggen, gebaseerd op onderliggende kosten.[13] Tegelijkertijd moesten toegangstarieven kostendekkend zijn en een redelijk rendement voor de netwerkaanbieder mogelijk maken.

De gereguleerde toegangstarieven vormen een sleutelvariabele in de ontwikkeling van de telecommarkt. Economen waarschuwden al vroeg voor het risico dat toegangsregulering de uitrol van concurrerende netwerken kan verstoren (zie bijv. CPB (1997) en Van Damme (1999)). Lage toegangstarieven stimuleren dienstenconcurrentie, maar ontmoedigen het zelf investeren in een netwerk voor toetreders, zodat toegangsregulering nodig zal blijven. In aanvulling hierop gaf Van Damme aan dat de verwachtingen die de toezichthouder (al dan niet bewust) zelf hanteert omtrent de vooruitzichten op uitrol van netwerken, een *self-fulfilling prophecy* kunnen vormen. Een meer pessimistische toezichthouder zal strenger reguleren, en daarmee de investeringsprikkels van toetreders de kop indrukken (en vice versa). Een empirische studie (LECG, 2007; weliswaar gesponsord door incumbents) suggereert dat een lagere groothandelsprijs van ontbundelde toegangslijnen toetreders aanmoedigt om van het ontbundelde aanbod gebruik te maken, wat ten koste gaat van netwerkuitrol. Grajek en Roller (2009) concluderen, op basis van een grootschalig empirisch onderzoek met data uit de EU, dat strengere toegangsregulering leidt tot een afname van investeringen, en dat het stimuleren van concurrentie met toegangsregulering de prikkels verlaagt om eigen netwerken uit te rollen. De realiteit is ongetwijfeld complexer, maar deze empirische aanwijzingen sluiten aan bij de eerder geuitte intuïtie op basis van economische argumentatie.

Het Europese regelgevingskader onderkende het risico van ondermijning van de

[13] Verordening (EG) nr. 2887/2000 van het Europees Parlement en de Raad van 18 december 2000 inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk.

prikkels voor netwerkuitrol, en schreef, met betrekking tot ontbundeling van het aansluitnetwerk, het volgende voor:

> "Regels voor de tarifering van aansluitnetwerken moeten eerlijke en duurzame concurrentie bevorderen (*met inachtneming van de noodzaak om in alternatieve infrastructuren te investeren*)"
> Verordening (EG) nr. 2887/2000 van het Europees Parlement en de Raad van 18 december 2000 inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk (p. L 336/5; cursivering PdB).[14]

De recentere 'Toegangsrichtlijn' wees nog specifieker op het belang van netwerkuitrol:

> "Dat de nationale regelgevende instanties het verlenen van toegang verplicht stellen om op korte termijn de concurrentie te bevorderen, mag er niet toe leiden dat concurrenten minder gestimuleerd worden om te investeren in alternatieve faciliteiten die op langere termijn voor meer concurrentie zullen zorgen."
> Richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (Toegangsrichtlijn) (p. L 108/10).[15]

Het ontwerpen van toegangsregulering onder de waarborging van investeringsprikkels is niet eenvoudig, en het is op voorhand niet evident dat het überhaupt mogelijk is. Stel a is het niveau van het toegangstarief waarbij een toetreder indifferent is tussen het inkopen van toegang en het zelf aanleggen van infrastructuur. Bij een toegangstarief $t > a$ zal deze toetreder dus zelf een netwerk willen aanleggen. Stel de marginale kosten per aansluiting van de toetreder bedragen c, en de maximale bereidheid om te betalen voor een aansluiting van een consument is b. De gepercipieerde marginale kosten bedragen daarom $c + t$. Als $t + c > b$ dan bestaat er geen levensvatbaar business model voor toetreders die een netwerk willen uitrollen. Parameter a is lastig te bepalen, zodat het moeilijk in te schatten is of t niet te laag wordt gekozen. Verder is de Toegangsrichtlijn impliciet gebaseerd op de veronderstelling dat $a < b - c$, ofwel het interval $[a, b - c]$ waarbinnen t gekozen dient te worden, is niet leeg. Deze gestileerde voorstelling van zaken is uiteraard een vereenvoudiging, maar wijst desalniettemin op fundamentele vragen, waarop uiteindelijk alleen de praktijk een antwoord kan geven.

Hoe ontwikkelde de markt zich na het voortvarende begin, dat goede hoop had gegeven op een gezonde ontwikkeling naar infrastructuurconcurrentie binnen afzienbare termijn? Laten we eerst wat nauwkeuriger kijken naar de ervaringen met toegangsregulering.

---

[14] *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen*, 30 dec. 2000.
[15] *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen*, 24 april 2002.

5.3.3 Het momentum verdampt

Het Europese kader liet, binnen de gestelde kaders, de vormgeving van toegangsregulering over aan de nationale toezichthouders. In Nederland had OPTA een uitgekiende oplossing bedacht voor het door economen gesignaleerde dilemma omtrent investeringsprikkels. Dat bestond eruit om het gereguleerde tarief voor ontbundelde aansluitlijnen gedurende vijf jaar geleidelijk te laten stijgen. Dit in lijn met het idee van de investeringsladder – een concept dat ook door de Europese Commissie omarmd werd. Het idee daarachter is om toetreders aan te moedigen omhoog te klimmen, startend vanuit een positie als dienstenaanbieder die gebruik maakt van het netwerk van de incumbent, om via het opbouwen van ervaring en marktaandeel te eindigen als operator met een eigen netwerk (Cave, 2004). Dat omhoog klimmen gebeurt automatisch wanneer hogere treden van de ladder winstgevender zijn ten opzichte van de huidige trede. Een hogere trede wordt daarbij bereikt door een investering te verrichten die minder eenvoudig te dupliceren netwerkonderdelen toevoegt aan de assets van de toetreder.[16] De prikkels daartoe worden verder versterkt wanneer toetreders vrezen dat de trede waarop zij zich bevinden onder hun voeten vandaan gehaald zal worden. Merk op dat het tot welvaartsverlies kan leiden wanneer de beoogde investering niet kostenefficiënt is in het licht van schaaleffecten.

OPTA had de volgende formule voorgesteld voor het bepalen van het toegangstarief van de ontbundelde toegangslijn gedurende de tijd:[17]

$$P_t = P_t^H + t\,(P_t^E - P_t^H)/5,\ t = 0, 1, ..., 5 \text{ (jaren)}.$$

Het startpunt was een tarief P_0^H gebaseerd op historische kosten, en het eindpunt P_5^H op actuele kosten. Gedurende de rit zou P_t geleidelijk het niveau van de actuele kosten bereiken. Daarmee zou het huren van aansluitlijnen relatief minder aantrekkelijk worden voor toetreders ten opzichte van het zelf aanleggen van netwerken. De tijdsspanne van vijf jaar werd blijkbaar representatief geacht voor een minimale periode waarin de benodigde substantiële investeringen terugverdiend konden worden. De implementatie van de investeringsladder door OPTA verliep echter niet volgens plan (De Bijl en Peitz, 2005). Men had namelijk niet voorzien dat de actuele kosten zouden kunnen dalen. Dat laatste gebeurde doordat de kosten geleidelijk aan verdeeld konden worden over een toegenomen aantal aansluitlijnen. Vanwege de Europese verplichting van kostenoriëntatie *daalde* daarmee het gereguleerde tarief P_t. Dit hield toegang laagdrempelig voor toetreders – precies wat niet beoogd was. Het Europese kader leek dus te knellend te zijn voor de langetermijnstrategie van de Nederlandse toezichthouder. Een relevante vraag is ook of het oorspronkelijke idee van het stijgende toegangstarief niet al vanaf het begin op gespannen voet stond met het Europese kader. Een andere interessante vraag is

[16] Gebaseerd op het concept van *replicability* van netwerkonderdelen.
[17] "Richtsnoeren met betrekking tot ontbundelde toegang tot de aansluitlijn ('MDF-access')", OPTA, 16 maart 1999/OPTA/J/99/1443.

of een langetermijnaanpak, dat vraagt om *commitment* over een periode van meer dan enkele jaren, teveel gevraagd is van een toezichthouder.

Zoals al was opgemerkt vonden toetreders toegang tot het ontbundelde aansluitnetwerk blijkbaar niet aantrekkelijk genoeg om alleen spraaktelefonie in de markt te zetten. Dat veranderde enkele jaren later met de opkomst van breedbandinternet over DSL, een dienst waarmee een aantrekkelijkere business case te bouwen was. Te meer vanwege het lage niveau van het huurtarief van de ontbundelde aansluitlijn, dat ook internationaal gezien gunstig afstak. Gedurende de periode van januari 2003 tot december 2004 steeg het aantal door toetreders overgenomen lijnen razendsnel, van ongeveer 0 tot meer dan 400 000 (De Bijl en Peitz, 2005). Enkele internetproviders die breedbandinternet aanboden via ontbundelde lijnen waren bijvoorbeeld Tiscali en XS4ALL. Deze toetreding tot het nieuwe marktsegment leidde in eerste instantie tot veel concurrentie in abonnementstarieven voor breedbandinternettoegang. In de jaren daarna nam KPN echter diverse concurrenten over die gebruik maakten van ontbundelde toegang. De hoge breedbandpenetratie, die sterk gedreven werd door ontbundelde toegang, leverde Nederland desalniettemin een toppositie op in de internationale landenvergelijkingen. Zo was, aan het begin van 2009, de gemiddelde penetratiegraad van breedband in de EU 24%, terwijl Nederland (samen met Denemarken) koploper was met bijna 37%.[18] Daarmee was Korea (32% in het vierde kwartaal van 2008), jarenlang de internationale aanvoerder, ruim ingehaald.[19]

Ondanks dat OPTA's plan van een stijgend tarief voor de ontbundelde aansluitlijn in het water was gevallen, werd *local loop unbundling* (LLU) uiteindelijk een groot succes, zoals hierboven geïllustreerd. Sterker, misschien was dat succes wel juist te danken aan het feit dat het toegangstarief laag bleef – daardoor konden toetreders een aantrekkelijke business case opbouwen gebaseerd op het inhuren van ontbundelde aansluitlijnen van KPN. De sterke groei in het aantal bedrijven die zodoende een aantrekkelijk aanbod voor breedbandinternet in de markt zette, verschafte Nederland een internationale koploperspositie in het gebruik van breedbandinternet. Maar hoe ging het met de uitrol van concurrerende netwerken?

Opvallend was dat veel spelers die gebruik maakten van toegang tot KPN's aansluitnetwerk, niet de stap zetten naar het uitrollen van lijnen tot de huizen van consumenten. Ze investeerden overigens wél in netwerkuitrol tot aan de lokale centrales – dat gaf desalniettemin een stevige impuls aan de markt. Daarnaast lijkt de dynamiek in het segment van de grootzakelijke markt, waarin de eerste vijf jaar een sterke tendens naar infrastructuurconcurrentie zichtbaar was, de laatste jaren afgenomen te zijn. Het is nog te vroeg om het precies te kunnen duiden, maar het (qua netwerkuitrol) gunstige beeld, zoals geschetst in sectie 3.1, lijkt vervaagd te

---

[18] *14th Report on the Implementation of the Telecommunications Regulatory Package - 2008*, gepubliceerd door de Europese Commissie, http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/library/communications_reports/annualreports/14th/index_en.htm.

[19] *OECD Broadband Portal*, http://www.oecd.org/sti/ict/ broadband.

zijn. Sommige insiders spreken zelfs van een stilstand onder netwerkaanbieders, welke mogelijk te verklaren is door de wens van grootzakelijke afnemers om een geïntegreerd pakket van communicatiediensten (spraak en internet, en eventueel ook mobiel) af te nemen van één aanbieder. Dat zou de wind uit de zeilen nemen van nieuwkomers, die niet direct een totaalaanbod in de markt kunnen zetten. Huigen en Cave (2008) zijn somber over de investeringen in vaste aansluitnetwerken en wijzen erop dat de recente *review* van het EU reguleringskader hier niet adequaat op reageerde. Het Europese kader gaat immers nog steeds uit van de impliciete veronderstelling dat de benodigde investeringen er uiteindelijk zullen komen.

De kabelbedrijven hadden zich inmiddels ook op het marktsegment van breedbandinternet begeven, als aanvulling op de doorgifte van tv-programma's. Door toevoeging van spraaktelefonie (*voice over broadband*) aan de aangeboden bundel ontstond er concurrentie in *triple play* bundels. In sommige gemeentes werden glasfibernetwerken uitgerold tot eindgebruikers (FttH) door nieuwe partijen, zoals Reggefiber, of door de gemeentes zelf in samenwerking met private partijen. KPN werd actief op de markt voor televisieprogramma's met digitale, draadloze technologie (onder de naam Digitenne). Consumenten kregen daarmee meer te kiezen in een markt waarin het niet meer alleen om telefonie ging, maar ook om internet en media.

Terugkijkend dienen zich diverse vragen aan. Een belangrijke vraag is allereerst of toegangsregulering in Nederland misschien te stringent geweest is (d.w.z. dat toegangstarieven te laag zijn gezet) en daarmee de prikkels voor netwerkuitrol teveel heeft verzwakt. Die vraag is lastig te beantwoorden, maar desalniettemin is er empirisch materiaal dat een dergelijk mechanisme bevestigt. Verder is het geleidelijk uitfaseren van toegangsregulering in de praktijk lastig gebleken. OPTA's in het oog springende poging daartoe werd uiteindelijk onmogelijk gemaakt door de eis van kostengeoriënteerdheid in het Europese regelgevingskader. De Bijl en Peitz (2008) bepleiten een verruiming van de marktdefinities conform de bedrijfsstrategieën gericht op triple play bundels, gecombineerd met een volledig symmetrische regulering van KPN en de kabelbedrijven. Knieps (2005) bespreekt de toegenomen complexiteit, die gepaard gaat met interne inconsistenties, van de Europese regelgeving, en bepleit een beperking van regulering tot monopolistische bottlenecks gericht op uitfasering van toegangsregulering. De overkoepelende vraag is of het huidige Europese kader niet grondig op de schop genomen moet worden. Een andere vraag, in het verlengde hiervan, is of het ideaalbeeld van infrastructuurconcurrentie eigenlijk wel haalbaar is. In sectie 4 kom ik terug op deze vraag.

5.3.4 *Concurrentie-intensiteit en noodzaak tot toegangsregulering*

Wanneer we de balans opmaken na tien jaar regulering, is het onduidelijk of we al zijn aangeland in een situatie van effectieve infrastructuurconcurrentie. OPTA (2006) boog zich over de vraag of twee netwerken voldoende zijn voor concur-

rentie, en kwam tot de conclusie dat dit niet het geval is. Desalniettemin zou, in theorie, een duopolie tot voldoende concurrentie kunnen leiden. Immers, spraaktelefonie en breedbandinternet zijn in de basis *commodities*, met verticale kwaliteitsaspecten, zoals de snelheid van een verbinding, als belangrijkste onderscheidende kenmerken. Wanneer er op prijs wordt geconcurreerd en er geen 'oerwoud' van ingewikkelde abonnementen ontstaat, zorgt concurrentie voor een sterke neerwaartse druk op de tarieven, waarbij eventuele prijsverschillen te herleiden zijn tot kwaliteitsverschillen. Consumenten profiteren dan van Bertrand-concurrentie (concurrentie op prijs) met verticale kwaliteitsdifferentiatie, wat aanbieders prikkelt om te blijven investeren in het verhogen van de snelheid van de netwerken.

De mogelijkheid van het vrijwillig verlenen van toegang aan dienstenaanbieders versterkt het argument dat een duopolie tot voldoende concurrentie kan leiden. Bijlsma en Van Dijk (2007) beargumenteren dat de strijd om marktaandeel tussen verticaal geïntegreerde netwerken prikkels creëert om (vrijwillig) toetreders toe te laten. Het idee is dat wanneer het ene netwerk geen toegang biedt, het andere netwerk, door wél toegang te verlenen, abonnees van het eerste netwerk kan wegkapen en op groothandelsniveau aan hen kan verdienen. De auteurs laten zien dat er, ongeacht de vorm van concurrentie in de eindgebruikersmarkt, geen uitsluiting van dienstenaanbieders zal plaatsvinden, tenzij er een voldoende hoge mate van horizontale differentiatie is tussen de netwerken. Met andere woorden, een duopolie van netwerken met daarbij dienstenaanbieders die netwerktoegang nodig hebben, kan, onder voorwaarden, zelf zorgen voor voldoende concurrentie.

Een belangrijke vraag is dus in welke mate netwerken horizontaal gedifferentieerd zijn. Netwerk operators, vast en mobiel, hebben van nature een sterke prikkel om zich te ontworstelen aan de *commodity trap* (Kocsis en De Bijl, 2007). Het middel daartoe is het aanbrengen van horizontale differentiatie, bijvoorbeeld door met behulp van reclame en marketing op verschillende doelgroepen te mikken, of door onderscheidende content aan te bieden. Zo zou het ene netwerk zich bijvoorbeeld (relatief) meer kunnen richten op sport en amusement, en het andere netwerk op cultuur en nieuws. Dergelijke differentiatiestrategieën kunnen versterkt worden door exclusieve content aan te bieden, zoals live uitzendingen van sportwedstrijden. Er is al enige activiteit op dit vlak waar te nemen, denk aan het aanbod van voetbalwedstrijden door Tele2, maar vooralsnog merken consumenten nog niet veel van horizontale differentiatie door netwerken. Gebaseerd op de analyse van Bijlsma en Van Dijk (2007), kan men daarom de stelling onderbouwen dat de huidige situatie van twee netwerken voor voldoende concurrentie kan zorgen. Op termijn, wanneer netwerken manieren vinden en implementeren om zich van elkaar te onderscheiden, is dat mogelijk niet meer het geval. Dus, gereguleerde netwerktoegang is op dit moment misschien niet nodig, maar dient wel beschikbaar te blijven als reguleringsinstrument om toe te passen als de concurrentie-intensiteit inzakt (De Bijl en Peitz, 2008).

In dit verband is de discussie over netwerkneutraliteit heel relevant. Kocsis en De Bijl (2007) bespreken de prikkels van netwerken om zich horizontaal te differen-

tiëren, wat kan lopen via een route die internet 'minder neutraal' maakt. Netwerkneutraliteit verwijst naar:

> "... the regime that does not distinguish in terms of price between bits or information packets according to the services that they provide, and additionally fails to distinguish in price based on the identities of the uploader and downloader. This pricing regime has prevailed since the inception of the commercial Internet. Presently, an information packet used for VOIPs, email, images, or video is priced equally as a part of the large number of packets that correspond to the subscription services of the originating and terminating ISPs."
> Economides (2008, p. 212)

Netwerkaanbieders zouden graag afwillen van dit regime, om in plaats daarvan eindgebruikers en contentaanbieders (zoals websites) een gepreciseerde rekening te kunnen aanbieden, gebaseerd op de waarde van de content voor de gebruiker. Daarmee zou internet meer gaan lijken op het traditionele telecommodel van vóór het internet, waarbij per dienst afgerekend wordt. Zoals beargumenteerd in Kocsis en De Bijl (2007) zou dat de openheid van internet, en de daarmee gepaard gaande vloedgolf aan *bottom-up* innovaties, kunnen ondermijnen. Merk overigens op dat investeringsprikkels voor netwerken af zouden kunnen nemen wanneer zij belemmerd worden in het toeëigenen van surplus. Stel dat er vanwege dit argument inderdaad te weinig geïnvesteerd wordt onder een regime van netwerkneutraliteit. Dan bestaat er een tradeoff tussen (i) netwerken toestaan om differentiatie en discriminatie toe te passen met het oog op hun investeringsprikkels, wat hen meer macht geven als *gatekeeper* voor innovaties door derden, en (ii) netwerkneutraliteit handhaven maar investeringen stimuleren via een sterkere publieke rol, om zodoende de innovatie in applicaties en diensten door derden niet in de kiem te smoren.

Een recente toespraak van FCC voorzitter Julius Genachowski geeft blijk van het feit dat de FCC onlangs zwaarder is gaan tillen aan het belang van netwerkneutraliteit.[20] [21] Genachowski stelde regelgeving voor die operators verbiedt om de doorgifte van content te blokkeren of degraderen, en hen verplicht om open te zijn over de wijze waarop zij dataverkeer beheren. In de EU is er, vanwege de meer geschakeerde concurrentie en andere aangrijpingsmogelijkheden om anticompetitief gedrag tegen te gaan, mogelijk minder reden tot zorg dan in de VS (Chirico e.a., 2007).

Al met al kent de vraag of twee netwerken voldoende zijn voor concurrentie geen eenvoudig, statisch antwoord. Mogelijk is gereguleerde netwerktoegang op dit moment niet meer nodig, maar dat heeft zich in de praktijk nog niet kunnen bewij-

---

[20] *The Washington Post*, "FCC Endorses Network Neutrality", 22 sept. 2009.

[21] De speech van Genachowski werd als redelijk revolutionair ervaren, zo bleek uit reacties van deelnemers aan de TPRC 2009 conferentie van Arlington, VA, in diezelfde week.

zen. Daarnaast is de verwachting dat netwerken nieuwe manieren zullen bedenken om de concurrentie te verminderen. Twee netwerken zijn op dit moment misschien voldoende, maar in de toekomst kan dat heel anders zijn.

Vormen mobiele telefonie en mobiel internet een serieus substituut dat concurrentiedruk voor de vaste netwerken oplevert? De markt voor mobiele telefonie kon zich in korte tijd ontwikkelen tot een markt met concurrerende netwerken. De reden is het verschil in investeringskosten: bij mobiele telefonie hoeft niet gegraven te worden om fijnmazige verbindingen tot eindgebruikers uit te rollen. Met de tweede generatie mobiele telefonie, gebaseerd op de GSM-standaard, werden er, door middel van een veiling van licenties voor radiospectrum, in korte tijd vijf aanbieders actief. Dat is inclusief KPN en Libertel, de spelers die de eerste generatie in de markt hadden gezet. Na GSM volgde de derde generatie, gebaseerd op de standaard UMTS. Het waren de houders van GSM-licenties die vergunningen verkregen op de UMTS-veiling in 2000:[22] KPN Mobile, Libertel (later Vodafone), Dutchtone (later Orange), Ben (later T-Mobile) en Telfort. Naast deze operators is er een behoorlijk aantal aanbieders zonder eigen netwerk actief in Nederland, zoals Debitel (gebruik makend van de netwerken van KPN en Vodafone) en Tele2/Versatel (gebruik makend van KPN's netwerk). Telfort werd uiteindelijk overgenomen door KPN, en Orange door T-Mobile, zodat er drie aanbieders (KPN, Vodafone en T-Mobile) met een eigen netwerk (inclusief UMTS) zijn overgebleven. Terugkomend op de vraag over substitutie tussen vaste en mobiele telefonie: de mobiele telefoon is, vooral binnen marktsegmenten bestaande uit jongere gebruikers, wel degelijk een vervanger voor de vaste aansluiting voor spraaktelefonie. Dit speelt veel minder voor breedbandig internet, waar verschillen in snelheid en gebruikersfunctionaliteit tussen vaste en mobiele telefonie substantieel zijn. Ofschoon het te hopen is dat vast en mobiel qua snelheid naar elkaar toe bewegen, zodat zij meer uitwisselbaar worden, beschouwt het huidige kader deze terecht nog als aparte markten.

In beginsel zou dat in de toekomst kunnen veranderen. Binnen de huidige UMTS-standaard wordt hard gewerkt aan het verhogen van de snelheid van mobiele verbindingen. Zo worden de netwerken geschikt gemaakt voor HSDPA, een techniek die hogere downloadsnelheden mogelijk maakt. Met een volgende stap, HSUPA, worden de down- en uploadsnelheden vergelijkbaar met die van vaste ADSL-verbindingen. Echter, tegen de tijd dat dit is gerealiseerd, hebben vaste netwerken zich ook weer verder ontwikkeld. Het is daarom nog maar de vraag of de kloof tussen vaste en mobiele infrastructuur ooit gedicht gaat worden. Cave en Hatta (2009) gaan ervan uit dat voorlopig een persistente kloof tussen vast en mobiel blijft bestaan die overeenkomt met een achterstand van vier jaar voor mobiele telefonie. Vaste telefonie blijft onder deze aanname dus in orde van grootte sneller dan mobiel. Toch, wanneer content en applicaties qua snelheidsbehoefte op een zeker moment 'uitontwikkeld' zouden raken – dat wil zeggen dat de vraag naar

[22] Op het ontwerp en verloop van de UMTS-veiling was veel aan te merken. Zie Van Damme (2000).

hogere bandbreedtes bij voortschrijdende innovatie in elektronische diensten uiteindelijk zou afvlakken – dan is een blijvende kloof in snelheden op termijn niet per definitie problematisch. Daar moeten we maar niet op rekenen. De geschiedenis laat een continue groei zien van een beroep doen op reken- en transportsnelheid. Men kan zich eenvoudig diensten voorstellen, bijvoorbeeld *peer-to-peer high definition video*, die de capaciteit van de nieuwe generatie netwerken stevig gaan benutten. Het is daarom op zijn minst verstandig om de mogelijkheid serieus te nemen dat mobiele verbindingen gedurende een langere tijd geen volwaardig substituut zullen gaan vormen voor vaste netwerken. Zie bijvoorbeeld Huigen en Cave (2008) en de verwijzingen daarin: zij gaan ervan uit dat draadloze verbindingen niet geschikt zijn voor diensten als HDTV. Voor de kortere termijn, zeg de komende vijf jaar, zal dat sowieso niet het geval zijn. We zien overigens wel dat vaste en mobiele netwerken meer met elkaar vergroeid raken, bijvoorbeeld door het gebruik van draadloze technologie (bijvoorbeeld WIMAX) om vaste draadloze verbindingen aan te leggen als kostenefficiënt alternatief voor glasvezel.

Nu is het wachten op effectieve infrastructuurconcurrentie, ook al duurt dat langer dan verwacht, op zichzelf geen probleem. Misschien is het simpelweg een kwestie van meer geduld. Dat kan inderdaad het geval zijn als aan enkele voorwaarden is voldaan. Ten eerste, het stimuleren van dienstenconcurrentie mag de prikkels voor netwerkuitrol niet ondermijnen. Dit punt is in sectie 3.2 besproken: het is inherent moeilijk om toegangsregulering op een dynamisch efficiënte wijze in te zetten, zowel qua ontwerp (hoogte van toegangstarieven in relatie tot onderliggende kosten en bereidheid tot betalen) als qua inpassing binnen het complexe Europese kader. Ten tweede, de veronderstelling van substantieel afgenomen schaaleffecten, die mede ten grondslag lag aan de liberalisering, dient geldig te blijven (voorzover er al aan voldaan was). De vraag is dus: is duurzame infrastructuurconcurrentie levensvatbaar? Sectie 4 bespreekt deze vraag in het licht van de opkomst van NGN's.

5.4 Telecom 3.0 (2008 - ?)

5.4.1 Terug naar af?

Waar liberalisering en privatisering veel innovatie en concurrentie hebben aangewakkerd, zien we nu de opkomst van breedbandnetwerken, met in het kielzog een enorme variëteit aan nieuwe diensten die over internet worden aangeboden. Sommige daarvan beïnvloeden maatschappelijke en sociale communicatiestructuren (Google, Twitter, Facebook, etc.). Andere brengen bestaande marktstructuren aan het wankelen (bijv. iTunes en YouTube). Het zijn voornamelijk nieuwkomers en start-ups die met verrassende, radicale vernieuwingen komen. De traditionele spelers in de telecommunicatiemarkt zijn niet ingericht op dergelijke innovaties (Odlyzko, 2004). De verdere ontwikkeling van de markt voor elektronische communicatie is wel sterk van hen afhankelijk, want de hogere bandbreedte van NGN's creëert continu nieuwe mogelijkheden voor aanbieders van diensten en applicaties die gebruik willen maken van de nieuwe netwerken.

Huigen en Cave (2008) stellen dat het aannemelijk is dat grootschalige investeringen in vaste aansluitnetwerken in de meeste lidstaten van de EU zullen uitblijven. Sommige *industry observers* zijn ook pessimistisch over de business case van het opwaarderen van de bestaande koper- en coaxnetwerken.[23] Nederland is mogelijk een uitzondering, want ons land heeft een uitstekende uitgangspositie voor houdbare concurrentie tussen netwerken. Als het ergens van de grond kan komen, dan zou het hier moeten gebeuren. Vrijwel elk huishouden kan momenteel al kiezen uit een DSL- en een kabelaansluiting voor breedbandinternet. Circa 6% van de breedbandaansluitingen zijn glasfiberverbindingen(BuddeCom, 2009). Dit kan oplopen tot 35 à 42% in 2013, en wanneer KPN haar plannen doorzet zou binnen twee decennia een bijna volledige dekking van 95% gehaald kunnen worden.

Nederland is een koploper in breedbandpenetratie en heeft een betere uitgangspositie dan de meeste andere landen, maar dat wil niet zeggen dat effectieve infrastructuurconcurrentie haalbaar is in de toekomst. De business proposities van meerdere toetreders waren gebaseerd op administratieve arbitragemogelijkheden, gecreëerd door toegangsregulering. Daar stond tegenover dat een doorgroei naar een eigen netwerk, op basis van eigen investeringen en innovaties, onderdeel was van de voorziene marktontwikkeling binnen het Europese kader. Zoals besproken in sectie 3 heeft dat toekomstbeeld zich nog niet uitgekristalliseerd. In aanvulling daarop, consumenten ondergingen agressieve, en soms misleidende, wervingsmethoden (bijv. *slamming*). Dit is de klantgerichtheid in de markt niet ten goede gekomen, overigens ook niet bij de gevestigde aanbieders.[24] Klanten kregen te maken met onjuiste facturen en aanmaningen, hadden bij overstappen soms vrij lang geen werkende verbinding, brachten noodgedwongen lange tijd (tegen betaling) door in de wachtstand van de helpdesk, om uiteindelijk afgescheept te worden met een doorverwijzing naar de website. Elektronische kastjes en muren dus. Het resultaat is dat de gepercipieerde overstapkosten om van telecomaanbieder of internetprovider te wisselen, nog steeds van behoorlijke omvang zijn. Het vertrouwen van consumenten in nieuwkomers en in het overstapproces heeft een deuk opgelopen. Toegegeven, de omvang van deze problematiek is onduidelijk, maar het zijn geen verwaarloosbare incidenten. Een herstel van vertrouwen zal vermoedelijk moeten komen van 'houdbare' concurrentie, ofwel infrastructuurconcurrentie die op eigen benen kan staan en de plaats in moet gaan nemen van door regulering mogelijk gemaakte dienstenconcurrentie. Opmerkelijk is echter dat houdbare concurrentie nog net zo ver weg lijkt te zijn als in 1998, het startpunt van liberalisering.

Hier dient wel een pas op de plaats gemaakt te worden. Opmerkelijk is dat men in de VS twee netwerken (aangevuld met mobiele netwerken) voldoende vindt om van toegangsregulering af te zien (Cave en Hatta, 2009). De empirische *counter-*

---

[23] P. Budde, "The FttH versus cable debate misses the point", BuddeBlog, 21 juli 2009; http://www.buddeblog.com.au/the-ftth-versus-cable-debate-misses-the-point/.

[24] Zie bijv. H. Blankesteijn, "Wàt een idee, de klant niet zien als wandelende pinpas", *nrc.next* 14 april 2009.

factual voor de Nederlandse situatie ontbreekt echter, omdat toegangsregulering nog steeds een prominente plek heeft. Toegangsregulering is in de huidige situatie misschien niet eens meer nodig, zoals beargumenteerd in het eerder besproken rapport van Bijlsma en Van Dijk (2007). Effectieve infrastructuurconcurrentie is mogelijk nu al een reële optie, te meer wanneer men de bestaande DSL- en kabelnetwerken op volledig gelijke voet zou behandelen, te weten als aanbieders van triple play bundels (spraak, internet en tv). Historisch gegroeide verschillen, zoals de speciale positie van de kabelnetwerken met betrekking tot doorgifte van radio- en televisieprogramma's, dienen daarbij rechtgetrokken te worden, zodat er een symmetrische concurrentiepositie ontstaat. De concurrentie zou zich dan vermoedelijk sterker richten op de toekomst, om op basis van het upgraden van de netwerken een voorsprong te winnen (De Bijl en Peitz, 2008).

Tot zover deze zijstap over het terugtrekken van toegangsregulering als sluitstuk van Telecom 2.0. Het Europese reguleringskader is al enkele keren, door middel van *reviews*, gladgestreken en verder verfijnd, maar de onderliggende filosofie is ongewijzigd gebleven. Zo heeft OPTA recent de twee grootste kabelmaatschappijen (UPC en Ziggo) verplicht om administratieve toegang te bieden tot hun (analoge) aansluitingen aan concurrenten.[25] Deze spelers kunnen dan de aansluiting, die ze administratief overnemen van een kabelbedrijf, inclusief programma's doorverkopen aan consumenten. De besluiten hierover maken duidelijk dat OPTA met deze maatregel op korte termijn dienstenconcurrentie op de analoge kabelinfrastructuur wil stimuleren, en op langere termijn infrastructuurconcurrentie waarbij alternatieve spelers doorgroeien naar aanbieders van eigen digitale pakketten en platformen. Toch zou de markt meer in beweging komen wanneer de markt voor omroepdistributie niet meer als separate deelmarkt beschouwd zou worden, en alle netwerken alle vormen van elektronische content (inclusief tv en radio) onder gelijke voorwaarden zouden mogen doorgeven.

Ondanks het onduidelijke beeld ten aanzien van de richting waarin netwerkuitrol zich ontwikkelt, gebeurt er natuurlijk wel veel (Lemstra, 2009). De voormalige monopolisten in diverse landen investeren in het opwaarderen van hun *backbones*. Verder zien we in diverse landen, waaronder Nederland, initiatieven voor de uitrol van FttH. In Nederland is Reggefiber nadrukkelijk aanwezig met de uitrol van netwerken in diverse gemeenten. Sinds 2007 participeert KPN, als onderdeel van haar 'all-IP' strategie, in Reggefiber via een *joint venture* constructie. De ambitie is om in 2013 minimaal 2 miljoen huishoudens van een FttH-aansluiting te voorzien.[26] De vraag blijft of een landelijke dekking in beeld komt, een ontwikkeling waar vanuit het beleid wel op gehoopt wordt. Desalniettemin, waar de NMa aanvankelijk aarzelde bij het verlenen van goedkeuring voor de joint venture, ging zij uiteindelijk akkoord met een remedie die (onder meer) bestond uit het aanbrengen van een functionele en operationele scheiding tussen de joint venture en moederbedrijf KPN, in combinatie met een toegangs- en non-discriminatieverplichting op

[25] "OPTA wil keuze op de kabel voor de consument", persbericht OPTA, 5 aug. 2008.
[26] http://www.reggefiber.nl/missie-visie-en-strategie.html, geraadpleegd op 12 sept. 2009.

basis van redelijke tarieven.[27] Deze remedie, gebaseerd op het 'repareren' van marktconcentratie met behulp van toegangsregulering, is compatibel met het toegenomen pessimisme over de lange-termijn haalbaarheid van infrastructuurconcurrentie. Een interessante vraag is of de OPTA en de NMa een andere kijk van zaken hadden op de markt en benodigde ingreep. Immers het is lastig om te duiden waar het kan wringen wanneer een mededingingsautoriteit een beslissing neemt in een sector waar een aparte toezichthouder een andere wet dan de mededingingswet dient te handhaven.

Is monopolievorming, vanwege het feit dat schaaleffecten feitelijk nooit zijn weggeweest, een vast gegeven in de telecomsector? De komst van NGN's wijst daar sterk op – ofschoon de kans bestaat dat Nederland een uitzondering op de regel blijkt te gaan vormen. Vooralsnog hebben schaaleffecten een grote invloed op de ontwikkeling van netwerkopwaardering en netwerkuitrol. Verglazing van netwerken vraagt immers om forse investeringen. Daarnaast spaart ook de cyclische dynamiek van de economie de telecomsector niet (Noam, 2006). De combinatie van (i) hoge vaste kosten en zeer lage marginale kosten, en (ii) technologische onzekerheid, maakt dat aanpassingen van het aanbod (bijvoorbeeld netwerkcapaciteit) vertraagd en schoksgewijs plaatsvinden. Periodieke situaties van overcapaciteit, zoals we gezien hebben in de internetluchtbel, zijn het gevolg, wat tijdelijk leidt tot scherpe prijsconcurrentie en lage marges. Ook hierdoor vormt infrastructuurconcurrentie, op zijn best, een wankel evenwicht. Zijn we bijna terug bij af? Noam (2008) stelt de vraag heel scherp:

> "When one looks at these elements of the network environment above it is striking how many of them are those of the old system of Telecom 1.0 where network platform competition has not emerged. Have we come full circle? Is Telecom 3.0 merely a high-speed version of the original system Telecom 1.0, extended across the borders of countries and media, and supplemented by oligopoly, at best?"
> Noam (2008, p. 15)

De vraag voor beleidsmakers is nu de volgende:

> "Today, with some experience gained, and with new technologies emerging, the question is, will the policy approach of Telecom 2.0 also work in Telecom 3.0?"
> Noam (2008, p. 6)

Welke beleidsopties zijn er om expliciet rekening te houden met de realiteit van Telecom 3.0? Een eerste mogelijkheid is om het huidige kader geleidelijk bij te sturen op het moment dat dit nodig blijkt te zijn. Stel dat grootschalige infrastructuurconcurrentie op een gegeven moment alsnog van de grond komt, dan heeft de transitie simpelweg langer geduurd dan verwacht. Het kan ook uitblijven, waar-

[27] NMa Besluit "Betreft zaak: 6397/KPN - Reggefiber".

door we in een situatie van permanente dienstenconcurrentie belanden. In dat geval dient verticale splitsing tussen netwerk en diensten serieus overwogen te worden (zie De Bijl, 2005). Een heel andere mogelijkheid zou zijn om de filosofie van Telecom 2.0 los te laten, dat wil zeggen, te accepteren dat infrastructuurconcurrentie onwaarschijnlijk, dan wel op termijn onhoudbaar, is. Een grotere rol voor de overheid, bijvoorbeeld door publieke regievoering, zou dan gericht kunnen worden op het bij elkaar brengen van de bestaande spelers, om hen als 'team' te bewegen tot een versnelling van grootschalige investeringen in glas (Noam, 2008). Een alternatief is om de uitrol zelf tot publieke taak te benoemen (Janssen en Mendys-Kamphorst, 2008).[28] Hieraan gerelateerd is het voornemen van de regering om lokale overheden ruimte te geven voor investeringen in glasvezelnetten.[29]

Waar het Europese kader nog gebaseerd is op de visie dat infrastructuurconcurrentie het eindbeeld in een volwassen markt vormt, lijkt het verstandig rekening te houden met de mogelijkheid, ook al is de onderliggende waarschijnlijkheid onbekend, dat het er *niet* van gaat komen. Dat maakt het mogelijk om een breder scala van interventies, zoals publieke steun bij netwerkuitrol en verticale scheiding tussen netwerk en diensten, te betrekken in het nadenken over de toekomst van elektronische communicatie en media. De mix van (i) de moeizame totstandkoming van landelijke infrastructuurconcurrentie, en (ii) convergentie van telefonie, internet en media, roepen verder de vraag op of de verschillende toezichthouders nog beschikken over de juiste aangrijpingspunten. De volgende subsectie bespreekt dit.

5.4.2 Vernieuwing van het toezicht op elektronische communicatie en media

Sommige vormen van sectorspecifiek toezicht, bijvoorbeeld met betrekking tot interconnectie tussen netwerken en gespreksafgifte op mobiele netwerken, blijven ook in de toekomst noodzakelijk. Een veel gestelde vraag is nu of een sectorspecifieke toezichthouder nodig zal blijven, of dat de mededingingsautoriteit de laatste resterende – en naar sommigen zeggen, bescheiden – taken kan overnemen. Dit was gedurende Telecom 2.0 een relevante vraag. De aanhoudende onzekerheid over netwerkinvesteringen maakt echter duidelijk dat we nog lang niet klaar zijn. Een daaraan gerelateerde vraag is de volgende. Dienen de huidige vormen van toezicht op telecommunicatie en media mee te convergeren met het verdwijnen van de scheidslijnen tussen telefonie, internet en media?

---

[28] De regering van Australië heeft eerder dit jaar aangekondigd om een bedrijf op te richten dat, gedurende acht jaar, 43 miljard dollar gaat investeren in een *National Broadband Network* (http://www.dbcde.gov.au/broadband/national_broadband_network; geraadpleegd 16 okt. 2009) In diverse landen, ook in Nederland, lijken de voormalige incumbents open te staan voor een toekomst waarbij de overheid een sterkere rol gaat spelen bij de uitrol van NGN's, in combinatie met een model van open toegang (P. Budde, "National telcos can and will change their behaviour", BuddeBlog, 17 aug. 2009; http://www.buddeblog.com.au/national-telcos-can-and-will-change-their-behaviour/).

[29] Het plan is om gemeenten toe te staan om onder marktconforme condities te participeren in de aanleg van netwerken. Momenteel is dat alleen toegestaan voor netwerken die niet via de markt tot stand komen ("Ruim baan snel internet gemeenten", *Het Financieele Dagblad*, 9 sept. 2009).

Internationaal zijn er belangrijke precedenten voor het bundelen van toezicht. In het VK zijn eind 2004 de Broadcasting Standards Commission, de Independent Television Commission, de Office of Telecommunications (Oftel), de Radio Authority en de Radiocommunications Agency opgegaan in Ofcom (*Office of Communications*). De VS kent al langer een vergelijkbare vorm van toezicht. In 1934 werd de Communications Act aangenomen met de afschaffing van de Federal Radio Commission, en ontstond de Federal Communications Commission (FCC). Deze toezichthouder is niet alleen verantwoordelijk voor beleid ten aanzien van (onder meer) media en spectrum, maar ook voor implementatie van de Telecommunications Act of 1996.

Over de toekomstige inrichting van het toezicht op elektronische communicatie en mediavragen werd in 2007 een debat georganiseerd door het Ministerie van Economische Zaken. De discussie vond plaats in reactie op drie essays op verzoek van EZ. Alle drie de essays (De Bijl (2007), Dommering (2007) en Van Damme e.a. (2007)) bepleitten het samenvoegen van de bestaande toezichthouders voor telecommunicatie en media (OPTA, Agentschap Telecom en Commissariaat voor de Media) in een nieuwe toezichthouder, separaat van de mededingingsautoriteit (zie De Cock Buning (2006) voor een vergelijkbare visie).[30] Een belangrijke overweging is dat de risico's op marktfalen in de communicatiesector substantieel zijn en blijven. Zij raken de maatschappij in alle gelederen, en betreffen meer dan het risico op misbruik van marktmacht. Een andere reden is convergentie. Tot voor kort was de verwevenheid van elektronische communicatie en media redelijk overzichtelijk voor de verschillende departementen en toezichthouders, en kon volstaan worden met aparte trajecten en een beperkte mate van afstemming. Die tijd is voorbij. Samenvoeging langs de sectorale dimensie maakt een betere aansluiting, en ook consistentie, mogelijk van regulering van elektronische communicatie en elektronische diensten, waaronder omroepdistributie en inhoudelijke aspecten van content. Telefonie, SMS, muziek, films, games: door IP zijn deze allemaal in nullen en enen geworden, via een veelheid aan soorten netwerken, de hele wereld over te sturen. Het internet heeft de 'verzuiling' van verschillende infrastructuren en elektronische diensten onderuit gehaald.

Naast het organisatorisch bundelen van het toezicht op telecom en media in een communicatie-autoriteit, pleitten bovengenoemde auteurs voor handhaving van de scheidslijn tussen ex ante regulering en ex post mededingingstoezicht, bijvoorbeeld met de mogelijkheid van doorverwijzing naar de mededingingsautoriteit,[31] en met een eventuele inperking van sectorspecifieke regulering (in het bijzonder

---

[30] De Staatssecretaris van EZ en de Minister van OCW oordeelden onlangs dat de huidige inrichting van het toezicht wél toekomstbestendig is gegeven de convergentie in de markt. Brief "Elektronische communicatie en media: omroepdisctributie en inrichting toezicht", 10 maart 2009, kenmerk ET/EM/9038511.

[31] Wanneer de communicatie-autoriteit te maken krijgt met een mededingingsprobleem waar de sectorspecifieke wet geen grip op heeft, dan kan het probleem worden doorverwezen naar de mededingingsautoriteit. Dit is de wijze waarop het in het VK is geregeld: Ofcom kan een *referral* maken naar de Competition Commission.

toegangsregulering) wanneer infrastructuurconcurrentie zich gunstig blijkt te ontwikkelen. Onderbrengen van de communicatietoezichthouder bij de mededingingsautoriteit zou kunnen leiden tot teveel gewicht voor het mededingingsperspectief, dat minder oog heeft voor andere marktfalens dan marktmacht. Ondanks dat er argumenten bestaan voor het terugschalen van sectorspecifieke regulering (De Bijl en Peitz, 2008), is het cruciaal om actief na te blijven denken over slimme vormen van ex ante regulering: eenvoudige, *light-handed* regels, die lichte eisen stellen aan de beschikbaarheid van informatie over kostenstructuur of vraagparameters. Een toezichthouder dient echter wel de ruimte te hebben om dergelijke instrumenten uit te werken en in te kunnen zetten, ongeacht of deze haaks staan op de gedachte van ex post toezicht, of om gedetailleerde kennis van de sector en onderliggende technologie vragen.[32]

Een communicatietoezichthouder zou ook een deel van het mediabeleid kunnen moderniseren en integreren met het communicatiebeleid (zie De Cock Buning (2006), Dommering (2005) en Van der Ploeg (2005) voor uitgebreide onderbouwingen). Dit met als doel om beleid en regelgeving nauwer te koppelen aan de aard van de marktfalens die optreden in de communicatie- en mediasectoren. Het herontwerpen van het omroepbeleid ligt echter politiek gevoelig, onder meer vanwege de historische oorsprong van de omroepen en de daaraan gekoppelde achterban. Echter, de huidige ontwikkelingen maken het onontkoombaar om het omroepbeleid en de positie van de omroepverenigingen kritisch tegen het licht te houden en te hervormen. Zo leunt de publieke omroep sterk op reclamegelden en maakt zij programma's die soms niet van commerciële content te onderscheiden zijn. Het gebrek aan focus op een zuivere en afgebakende publieke taak, en de vertroebeling die optreedt door vermenging met commerciële middelen en activiteiten, kan gepaard gaan met verspilling van publieke middelen en leidt tot verstoring van commerciële mediasectoren. Dat wil helemaal niet zeggen dat de overheid niet meer paternalistisch zou kunnen optreden, integendeel. Met gerichte stimulering van bepaalde vormen van content (bijvoorbeeld culturele programmering), eventueel ook financieel, kan de overheid veel slagvaardiger haar doelen bereiken dan mogelijk is binnen het huidige bestel. En daarmee dus effectiever de publieke en maatschappelijke belangen waarborgen.

5.5 Conclusie

Innovatie in elektronische communicatie heeft, sinds de aanvang van de liberalisering, enorm veel gebracht. We moeten er niet aan denken dat we een aantal uren geen gebruik zouden kunnen maken van telefoon of internet. Net als bij een uitval van het elektriciteitsnetwerk, zou het land al snel tot stilstand komen. Het is daarom opvallend dat er voor dit aspect veel minder aandacht is dan in het geval van elek-

[32] Zie bijv. Stennek en Tangerås (2008) voor een concrete analyse van eenvoudige structuurregels, gericht op het verhelpen van monopolisering, als alternatief voor gedetailleerde, foutgevoelige regulering.

triciteitsnetwerken – ondanks het feit dat het nog steeds onduidelijk is of en wanneer de markt op eigen benen kan staan. Hoe veilig zijn onze netwerken eigenlijk? Wat zou er met de infrastructuur gebeurd zijn wanneer KPN failliet zou zijn gegaan in 2000? Het is opmerkelijk, en ook zorgelijk, in het licht van de grote externe effecten van elektronische communicatie, dat we dat niet weten.

De telecommunicatiesector heeft zich niet zonder verrassingen ontwikkeld. Zonder somber te willen zijn kan men stellen dat de markt weerbarstig is gebleken. Beleidsmakers en toezichthouders kwamen weliswaar beslagen ten ijs en hebben gedegen werk verricht waar consumenten fors baat bij hebben gehad, maar marktontwikkelingen zijn in een dergelijke markt met snelle technologische ontwikkelingen moeilijk stuur- of voorspelbaar. Dit cruciale aspect hebben we onderschat. Convergentie van telefonie, spraak en tv doet hier nog een schep bovenop. Een geïntegreerde, sectorspecifieke toezichthouder voor concurrentie-aspecten, spectrumallocatie, omroepdistributie en contentregulering in communicatie- en mediamarkten, zou effectiever kunnen manoeuvreren in dit complexe speelveld. Dit in navolging van de VS en het VK – het zijn verrassenderwijs de Angelsaksische landen die voorop lopen met een geïntegreerde aanpak van de borging van publieke belangen in telecom en media.

Wat gaat de toekomst brengen? Natuurlijk bestaat er geen eenvoudig antwoord op deze vraag. Zijn we eigenlijk in staat een antwoord te geven op deze vraag op basis waarvan we effectief beleid kunnen voeren? Terugkijkend naar het einde van de jaren 90 kunnen we, een decennium verder, belangrijke lessen trekken. Bijvoorbeeld dat, ondanks de zorgvuldig opgezette en op gedegen wijze uitgewerkte ex ante regulering, een dynamische markt zich weinig gelegen laat liggen aan gedetailleerde transitiepaden naar een eindbeeld. Ook verdampte, toen het erop aankwam, de voortvarendheid in de uitfasering van toegangsregulering. Daardoor weten we nog niet of de uitrol van concurrerende netwerken in de praktijk levensvatbaar is. Mogelijk zijn we te optimistisch geweest met het idee dat schaaleffecten in telecom niet meer relevant waren. Een andere les betreft het loslaten van de logica die spelers met gevestigde belangen naar voren schuiven. De nieuwe generatie van gebruikers, wanneer ze hun mobieltjes gebruiken, internet opgaan, muziek downloaden en verspreiden, negeren de institutionele omgeving simpelweg. Het downloaden en verspreiden van liedjes vindt op veel grotere schaal plaats dan de wettelijke beperkingen toelaten. Wat niet mag, mag natuurlijk niet, maar wie weet wat voor innovaties, nieuwe businessmodellen en welvaartswinst er tot stand zouden komen wanneer we de nieuwe realiteit zouden accepteren in plaats van tegenhouden.[33]

In het marktwerkingsdebat dat de afgelopen jaren sterk is opgeleefd, wordt telecom in brede kring geroemd als sector waar een marktwerkingsoperatie wél goed is gegaan. Het Ministerie van Economische Zaken (2008) oordeelde, in een uitge-

[33] Zie ook De Bijl (2008). Volgens Huygen et al. (2009) zijn de welvaartseffecten van *file sharing* op de korte en de lange termijn per saldo positief.

breide evaluatie op verzoek van het Parlement, het volgende. De liberalisering van de telecomsector heeft geleid tot een hogere kwaliteit, toegankelijkheid en doelmatigheid; veel marktdynamiek zonder dat er majeure knelpunten in de markt zijn ontstaan; en meer werkgelegenheid in combinatie met lagere reële lonen. Terechte bevindingen, maar desalniettemin is er nog steeds gereguleerde netwerktoegang. Daarmee is de liberalisering, kan men stellen, niet volgens het onderliggende plan verlopen: we weten immers niet of een belangrijk deel van de huidige concurrentie al niet op eigen benen kan (of had kunnen) staan. Business proposities in de markt zijn immers in sterke mate gebaseerd op gereguleerde monopoliemacht (bij KPN en de kabelbedrijven), of van gereguleerde arbitragemogelijkheden (bij aanbieders zonder aansluitlijnen tot eindgebruikers). Een substantieel deel van de concurrentie biedt weinig onderscheidende of innovatieve diensten en bestaat bij de gratie van toegangsregulering. Wanneer de tijd rijp zal zijn voor houdbare en grootschalige infrastructuurconcurrentie, die boven water blijft ook zonder stimulering door regulering, is nog steeds een open vraag.

De vraag die zich geleidelijk aan aftekent is of de aanpak van het Europese regelgevingskader, gebaseerd op het tot groei laten komen van infrastructuurconcurrentie onder een uitgebreide verzameling randvoorwaarden, effectief is. De uitrol van netwerken tot eindgebruikers heeft immers minder gunstig uitgepakt dan verwacht en gehoopt. De nieuwe generatie van glasvezelnetwerken vraagt om hoge investeringen, misschien te hoog voor levensvatbare concurrentie tussen meerdere netwerken die hun investeringen niet mogen delen. Zelfs in mobiele telecom heeft consolidatie plaatsgevonden – en ook daar blijkt het hebben van meer dan één netwerk niet onverdeeld gunstig te zijn.[34] Het valt niet uit te sluiten dat we er in moeten berusten dat de tendens tot monopolievorming niet de kop in valt te drukken. Het beste antwoord daarop is niet per definitie nóg meer, of nóg langer, ontbundeling en toegangsregulering. Een grotere rol voor de overheid zorgt op lange termijn misschien wel voor meer efficiëntie, innovatie (aan de randen van het netwerk) en keuzemogelijkheden voor afnemers. Uiteindelijk, wanneer het fijnmazige deel van het netwerk tendeert naar een monopolie, staan we voor de vraag of dat het beste in publieke of private handen kan zijn. het antwoord op die vraag hangt samen met de mate waarin een toezichthouder grip kan krijgen op de monopolist, ofwel met de mate waarin het gewenste gedrag van de monopolist 'contracteerbaar' is.

Hét succesverhaal van marktwerking – in de perceptie van het publieke debat – heeft een verrassende wending gekregen. Beleidsmakers en toezichthouders mogen de optie van een terugkeer naar een natuurlijk monopolie niet uitsluiten. Vanuit dat perspectief bezien: de complexe interactie tussen regulering en investeringsprikkels vraagt misschien wel om andere oplossingen dan de aanpak van het

[34] Mobiele operators zullen in de toekomst ook moeten investeren in glasfiber voor hun backbones (P. Budde, "Mobile's need for fibre", BuddeBlog, 29 juni 2009; http://www.buddeblog.com.au/mobiles-need-for-fibre/).

afgelopen decennium.[35] Regulering kan zich bescheidener opstellen ten aanzien van het afdwingen van een marktontwerp. In plaats daarvan kunnen beleidsmakers en toezichthouders zich meer richten op het faciliteren van innovaties en investeringen. Waar die uiteindelijk niet tot stand komen, maar vanuit een welvaartsperspectief wél wenselijk worden geacht, kan de overheid een actievere rol spelen. Dat kan gegeven spill-over effecten van elektronische communicatie naar andere sectoren van de economie gerechtvaardigd zijn, met andere woorden, dat kan een publiek belang vormen. Een andere optie, die gerechtvaardigd kan zijn vanwege andere markfalens, is om minder krampachtig vast te houden aan het bevorderen van concurrentie als doel op zich. Denk bijvoorbeeld aan het gebruik van *regulatory holidays*, een sterkere overheidsregie in geval van verticale afsplitsing van een netwerk, en het coördineren (of toestaan van onderlinge afstemming) van investeringen. Bij het laatste kan men bijvoorbeeld denken aan het éénmalig en gecoördineerd graven van lege leidingen, om vervolgens een klein aantal licenties voor toegang tot die leidingen (en daarmee voor glasvezelverbindingen door die leidingen) te veilen.[36] Nieuwe en uitdagende vraagstukken blijven zich aandienen. Liberalisering in telecom: we profiteren er volop van, maar de missie is nog niet geslaagd en de operaties zijn voorlopig nog niet afgerond.

[35] Ingo Vogelsand en Stephen Littlechild, economen met een grote staat van dienst op het gebied van *regulatory economics* op het gebied van telecom en energie, reikten hierover interessante ideeën aan op de *4th Energy Economics Policy Seminar*, 9 oktober 2009, Den Haag.

[36] Ik ben Michiel Bijlsma erkentelijk voor het aanreiken van deze suggestie.

Referenties

Arnbak, J. (1997), "Managing the radio spectrum in the environment (reprinted)", in: Melody, W. (Ed.), *Telecom Reform Principles, Policies and Regulatory Practices*, Private Ingeniørfond, Denmark Technical University, Lyngby, p. 131-139.

Bijlsma, M. en M. van Dijk (2007), "Nieuwe generatie netwerken, nieuwe generatie regulering?", CPB Document No 145, CPB.

BuddeCom (2009), "Netherlands - Telecoms, IP Networks and Digital Media", country report (8th edition).

Buigues, P.A. en P. Rey (2004), *The Economics of Antitrust and Regulation in Telecommunications: Perspectives for the New Regulatory Framework*, Cheltenham/Northampton MA: Edward Elger.

Cave, M. (2002), Review of Radio Spectrum Management: An independent review for Department of Trade and Industry and HM Treasury. http://www.ofcom.org.uk/static/archive/ra/spectrum-review/

Cave, M. (2004), "Making the ladder of investment operational", mimeo, Warwick Business School, University of Warwick.

Cave, M. (2006), "Encouraging infrastructure competition via the ladder of investment", *Telecommunications Policy* 30(3-4), p. 223-237.

Cave, M. en K. Hatta (2009), "Transforming telecommunications technologies policy and regulation", *Oxford Review of Economic Policy* 25(3), p. 1-18.

Chirico, F., I. van der Haar en P. Larouche (2007), "Network Neutrality in the EU", Discussion Paper 2007-030, TILEC, Tilburg University.

CPB (1997), "Competition in Communication and Information Services: opportunities and obstacles", Bijzondere Publicatie 12.

De Bijl, P.W.J. (2005), "Structural separation and access in telecommunications markets", *Journal of Network Industries* 6(2), p. 95-114.

De Bijl, P.W.J. (2007), "Vernieuwing van het toezicht op communicatie", position paper op verzoek van DGET, Ministerie van Economische Zaken, 7 december 2007.

De Bijl, P.W.J. (2008), "Convergentie, innovatie en veranderend consumentengedrag", position paper op verzoek van DGET, Ministerie van Economische Zaken, 26 februari 2008.

De Bijl, P.W.J., G. Brunekreeft, E.E.C. van Damme, P. Larouche, N. Shelkoplyas en V. Sorana (2005), "Interconnected Networks", TILEC Discussion Paper 2005-007, TILEC, Tilburg University. http://ssrn.com/abstract=871391.

De Bijl, P.W.J. en M. Peitz (2002), *Regulation and Entry into Telecommunications Markets*, Cambridge, UK: Cambridge University Press.

De Bijl, P.W.J. en M. Peitz (2005), "Local loop unbundling in Europe: experience, prospects and policy challenges", *Communications & Strategies* 1/57, p. 33-57.

De Bijl, P.W.J. en M. Peitz (2008), "Innovation, convergence and the role of regulation in the Netherlands and beyond", *Telecommunications Policy* 32(11), speciale uitgave *Future Telecommunications Regulation*, p. 744-754.

De Cock Buning, M. (2006), *De mediamachine als zevenkoppig monster*, Otto Cramwinckel Uitgever.

Dommering, E.J., N.A.N.M. van Eijk, A.T. Ottow en O.L. van Daalen (2003), *Zes jaar bestuur en rechtspraak in de telecommunicatiemarkt*, Instituut voor Informatierecht (IViR), Otto Cramwinckel Uitgever.

Dommering, E. (2005), "Bestaan er in de toekomst nog gereguleerde publieke elektronische media?", in: W.A. Dolfsma en R. Nahuis (red.), *Media & Economie: Markten in beweging en een overheid die stuurt zonder kompas*, Preadviezen van de Koninklijke Vereniging voor de Staathuishoudkunde 2005, p. 67-87.

Dommering, E. (2007), "Naar een vernieuwd toezicht op de elektronische communicatie- en mediamarkt", position paper op verzoek van DGET, Ministerie van Economische Zaken.

Economides, N. (2008), " "Net Neutrality," Non-Discrimination and Digital Distribution of Content Through the Internet", *i/s: A Journal of Law and Policy for the Information Society* 4(2), p. 210-233.

Grajek, M. en L.-H. Röller (2009), "Regulation and Investment in Network Industries: Evidence from European Telecoms", Working Paper No. 09-004, European School of Management and Technology (ESMT), Berlijn.

Huigen, J. en M. Cave (2008), "Regulation and the promotion of investment in next generation networks—A European dilemma", *Telecommunications Policy* 32(11), speciale uitgave *Future Telecommunications Regulation*, p. 713-721.

Huygen, A., P. Rutten, S. Huveneers, S. Limonard, J. Poort, J. Leenheer, K. S. Janssen, N. van Eijk en N. Helberger (2009), "Ups and downs. Economische en culturele gevolgen van file sharing voor muziek, film en games", rapport door TNO, SEO en IViR.

Janssen, M.C.W. en E. Mendys-Kamphorst (2008), "Triple play: How do we secure the benefits?", *Telecommunications Policy* 32(11), speciale uitgave *Future Telecommunications Regulation*, p. 735-743.

Knieps, G. (2005), "Telecommunications markets in the stranglehold of EU regulation: On the need for a disaggregated regulatory contract", *Journal of Network Industries* 6(2), p. 75-93.

Kocsis, V. en P.W.J. de Bijl (2007), "Network neutrality and the nature of competition between network operators", *International Economics and Economic Policy* 4, speciale uitgave *The Digital Economy and Regulatory Issues*, p. 159-184.

LECG (2007), "Access regulation and infrastructure investment in the telecommunications sector: An empirical investigation", Londen.

Lemstra, W. (2009), "Do we need Policy 3.0 for Telecom 3.0? The case of The Netherlands", mimeo, Technical University Delft, Dept. of Technology, Policy & Management.

Ministerie van Economische Zaken (2008), rapport Effecten Marktwerkingsbeleid, Den Haag.

Morgan Stanley (2009), "Media & Internet: How Teenagers Consume Media", Morgan Stanley Research Europe, 10 juli.

Noam, E. (2006), "Fundamental instability: Why telecom is becoming a cyclical and oligopolistic industry", *Information Economics and Policy* 18(3), p. 272-284.

Noam, E. (2007), "Public Telecoms 2.0: The Return of the State", FT.com, 25 april.

Noam, E. (2008), "Policy 3.0 for Telecom 3.0", Discussion Paper, Columbia University Business School.

Odlyzko, A. (2004), "Telecom dogmas and spectrum allocations", mimeo, Digital Technology Center, University of Minnesota.

OPTA (2006), "Is Two Enough?", Economic Policy Note, no. 6.

Stennek, J. en T.P. Tangerås (2008), "Competition vs. Regulation in Mobile Telecommunications", Working Paper #08-09, NET Institute.

Van Damme, E.E.C. (1999), "Competition in the local loop", Visions, study for VECAI, Den Haag.

Van Damme, E.E.C. (2000), "Afspraken en voorkennis in UMTS-veiling", *ESB* 85, nr. 4270, p. 680-683.

Van Damme, E.E.C. (2004), "The Dutch UMTS-auction", in G. Illing en U. Klüh (eds.), *Spectrum Auctions and Competition in Telecommunications*, Cambridge MA: MIT Press, p. 263-294.

Van Damme, E.E.C., P. Eijlander, P. Larouche en B. Willems (2007), "De toekomst van het toezicht op communicatiemarkten in Nederland", mimeo, TILEC, Universiteit van Tilburg.

Van der Ploeg, R. (2005), "Kerntaken publieke omroep in de knel", in: W.A. Dolfsma en R. Nahuis (red.), *Media & Economie: Markten in beweging en een overheid die stuurt zonder kompas*, Preadviezen van de Koninklijke Vereniging voor de Staathuishoudkunde 2005, p. 89-101.

Zwart, G. (2007), "Allocatie van radiospectrum: vergunningen versus vergunningvrij", CPB Memorandum 175.

Hoofdstuk 6 Borging van publieke belangen in de energievoorziening

Machiel Mulder[*]
Bert Willems[**]

6.1 Inleiding

6.1.1 Achtergrond

Een goede energievoorziening wordt in brede kring gezien als een groot maatschappelijk goed waarbij de overheid een belangrijke rol te vervullen heeft. Een kernpunt van discussie is echter hoe die rol eruit moet zien. Sommige partijen zien een sterke en actieve betrokkenheid van de overheid bij de feitelijke productie- en investeringsbeslissingen als noodzakelijk (zie bijv. AER, 2009), terwijl andere pleiten voor meer ruimte voor marktwerking waarbij de overheid vooral moet zorgen voor de randvoorwaarden waarbinnen private partijen hun beslissingen zo efficiënt mogelijk kunnen nemen (zie bijv. CPB, 2006). Tot ruim een decennium geleden was de elektriciteits- en gasvoorziening in Nederland een zaak van de overheid: de energiesector bestond uit verticaal geïntegreerde bedrijven die geheel in handen van (lokale en provinciale) overheden waren. De inzet van elektriciteitscentrales gebeurde door een centraal besturingsorgaan (de Sep[1]). Dit orgaan coördineerde ook het onderhoud aan centrales en van het transportnet om zo de inzet van productie- en transportcapaciteit te optimaliseren (Zijl *et al.*, 2008). Ook bij de winning van olie en kolen is de overheid altijd op enigerlei wijze nauw betrokken geweest (onder meer via de Staatsmijnen), al is de distributie en handel bij deze energiedragers van oudsher meer in handen van private partijen.

Sinds de introductie van marktwerking in de elektriciteits- en gassector is het beeld van de energiesector drastisch veranderd: centrale aansturing van productie en prijzen heeft plaatsgemaakt voor marktwerking waarbij afzonderlijke bedrijven over hun productieniveaus beslissen en de energieprijzen de resultante zijn geworden van het spel van vraag en aanbod. Verder zijn grote delen van de sector gesplitst en verkocht (aan overigens deels buitenlandse overheden). Ondanks deze grote structurele veranderingen, spelen overheden onverminderd een invloedrijke rol. De transport- en distributienetwerken voor gas en elektriciteit staan onder sectorspecifiek toezicht van de NMa. Deze netwerken bleven eigendom van overheden. Daarnaast is de overheid actief bij de exploitatie van gasvelden (door EBN) en de

---

[*] Hoofdeconoom van de Directie Regulering Energie en Vervoer van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) en Extramural Fellow van TILEC (Universiteit van Tilburg).
[**] Assistant Professor bij TILEC & CentER, (Universiteit van Tilburg). De auteurs bedanken Eric van Damme, Henk Don, Jarig van Sinderen en Gijsbert Zwart voor hun opmerkingen bij een eerdere versie. De auteurs zijn uiteraard verantwoordelijk voor de uiteindelijke inhoud van dit preadvies.
[1] De Sep (Samenwerkende Elektriciteitsproductiebedrijven N.V.) was het samenwerkingsorgaan van de toenmalige vier elektriciteitsproductiebedrijven in Nederland.

handel in gas (door GasTerra). De overheid (NMa, SodM[2], maar ook lagere overheden) voert verder beleid (via sectorspecifieke randvoorwaarden, heffingen of subsidies) om invloed uit te oefenen op de betrouwbaarheid van de netwerken, de veiligheidsgevolgen voor burgers en de effecten op het milieu. Deze randvoorwaarden gelden uiteraard niet alleen voor elektriciteit en gas, maar ook voor andere energiedragers als olie en kolen. De overheid is dus op diverse fronten nauw betrokken bij de energievoorziening: als regelgever, toezichthouder, producent en als aandeelhouder. In dit preadvies onderzoeken we hoe de overheid als regelgever en toezichthouder de publieke belangen in de energievoorziening kan borgen.

6.1.2 Overheidsdoelstellingen en publieke belangen

De doelstellingen van het Nederlandse energiebeleid (EZ, 2008) steunen op drie pijlers: de energievoorziening moet betaalbaar, milieuvriendelijk en betrouwbaar zijn. Dezelfde drie doelstellingen worden nagestreefd door de Europese Commissie. Andris Piebalgs, de EU-commissaris voor Energie, ziet het als zijn kerntaak "*securing a stable energy supply for Europe, meeting our current environmental challenges and at the same time giving consumers a chance to buy electricity and gas at affordable prices*".[3] Hoewel de Nederlandse overheid dezelfde drie hoofddoelen nastreeft als de Europese Commissie is er tot op zekere hoogte vrijheid voor een eigen invulling, al vormt het Europese beleid uiteraard het kader voor de beleidsruimte van lidstaten.

De verschillende doelen zijn echter moeilijk tegelijk te realiseren vanwege het bestaan van diverse afruilrelaties. Om een betrouwbare energievoorziening te realiseren moet er tijdig en voldoende worden geïnvesteerd in de vervanging en uitbreiding van productie- en transportcapaciteit. Deze kosten moeten uiteraard worden vergoed door energieverbruikers. Schone energiebronnen zijn bovendien vaak duurder dan bestaande fossiele brandstoffen, wat eveneens de betaalbaarheid van energie onder druk zet. Om de energievoorziening efficiënt te laten verlopen, moet de energieprijs de schaarste van energie weerspiegelen, wat tot sterk schommelende energieprijzen kan leiden, en onrust bij consumenten. Een andere afruilrelatie bestaat er tussen een betrouwbare en een schone energievoorziening: vergroting van de diversiteit aan energiebronnen kan betekenen dat ook minder schone energiebronnen gebruikt moeten worden, terwijl het inschakelen van schone bronnen, zoals windenergie, de leveringszekerheid vermindert, al vergroot het wel de energieonafhankelijkheid.

Het bestaan van afruilrelaties tussen deze drie doelstellingen betekent dat de overheid moeilijk tot een optimale afweging kan komen zonder daarbij markten direct te betrekken. Om de publieke belangen te borgen moet het overheidsbeleid erop gericht zijn op een adequate en efficiënte manier het marktfalen te corrigeren.

---

[2] Staatstoezicht op de Mijnen.

[3] Zie website van Eurocommissaris Piebalgs: www.ec.europa.eu/commission_barroso/piebalgs/index_en.htm.

Marktfalen doet zich voor als competitie in de energiemarkten bij afwezigheid van overheidsingrijpen zou leiden tot een inefficiënte marktuitkomst. Dit kan bijvoorbeeld het gevolg zijn van externaliteiten. Een andere reden voor overheidsingrijpen bestaat als de werking van markten tot maatschappelijk ongewenste verdelingseffecten leidt. Overheidsingrijpen kan in deze gevallen tot verhoging van de welvaart leiden, mits de kosten van het overheidsingrijpen uiteraard kleiner zijn dan de baten in de vorm van verminderd marktfalen.

In dit preadvies onderzoeken we of de bestaande institutionele organisatie van de energiesector en de invulling van het energiebeleid de publieke belangen op adequate wijze borgen. In paragraaf 6.2 bespreken we wat onder die publieke belangen in de energievoorziening moet worden verstaan. Vervolgens gaan we in paragrafen 6.3 tot 6.5 in op de borging van de publieke belangen binnen de drie hierboven genoemde beleidsvelden: milieu, betrouwbaarheid en betaalbaarheid. Steeds behandelen we de volgende vragen: wat zijn hier de publieke belangen, wat is vanuit welvaartseconomisch oogpunt de beste manier om deze te borgen, hoe zijn de belangen op dit moment geborgd en welke verbeteringen zijn er nog mogelijk? We sluiten af met conclusies over de rol van de overheid bij de energievoorziening.

6.2 Marktfalen en overheidsfalen bij de energievoorziening

6.2.1 Bronnen van marktfalen

In een (denkbeeldige) situatie zonder overheidsingrijpen komen energiemarkten niet tot maatschappelijk optimale resultaten. Deze gebreken bij de marktwerking komen in de gehele energieketen voor: bij de winning en het gebruik van fossiele brandstoffen, bij de productie en het transport van elektriciteit, warmte en aardgas en de levering van energie aan afnemers (zie Helm, 2007).

Bij de *winning van aardgas en aardolie* leidt competitie op een specifiek veld tot een te hoog productieniveau in een te korte periode. We hebben hier een klassiek voorbeeld van de *tragedy of the common*s, waarbij een olie- of gasveld de *commons* is die het efficiëntst wordt benut bij gecoördineerde afstemming, vergelijkbaar met het begrazen van een weiland door vee van meerdere eigenaren (Mankiw, 1998).[4] Bij onvoldoende coördinatie houden individuele bedrijven onvoldoende rekening met de effecten van hun winningstempo op de in totaliteit winbare hoeveelheden. Dit probleem is op te lossen door de toegang tot de velden te reguleren,

[4] De *tragedy* heeft hier niet betrekking op concurrentie tussen bedrijven om de vraag te bedienen (met prijseffecten) of op de uitputting van gas- of olievelden (met effecten op toekomstige generaties), maar op inefficiënties in de gas- en oliewinning door onvoldoende coördinatie bij een specifiek veld. In de begintijd van de oliewinning (bijvoobeeld in Texas in de Verenigde Staten) waren meerdere bedrijven actief op een zelfde olieveld, waardoor de velden te snel uitputten waardoor een relatief groot deel van de reserves onwinbaar werd.

bijvoorbeeld via het toedelen van vergunningen, waardoor afzonderlijke winbedrijven tot een maatschappelijk optimaal depletietempo kunnen komen, dat wil zeggen een winningstempo waarmee de totale (fysieke) opbrengsten over de gehele levensduur van de winning voor de maatschappij worden gemaximaliseerd. Verder doet zich de vraag voor hoe de belasting op de winsten van gas- en oliewinning moet worden vormgegeven, zodat enerzijds de maatschappij zo veel mogelijk meeprofiteert van die winsten en anderzijds de energiebedrijven geprikkeld blijven om energiereserves te vinden en te exploiteren (Neher, 1999).

Een gerelateerde vorm van marktfalen bij de winning van energie is marktmacht van olie- en gasexporterende landen als gevolg van de scheve geografische verdeling van de mondiale reserves. Hierdoor zijn de energieprijzen hoger dan de som van marginale winningskosten en *resource rents*. Om de marktmacht van exporteurs te breken hebben olie- en gasimporterende landen of regio's (zoals de EU) in theorie verschillende opties: een energie-importbelasting opleggen zodat de *monopoliewinsten* deels worden afgeroomd, infrastructuren voor alternatieve energiebronnen aan leggen, dominante importeurs creëren als een countervailing power of uiteraard politieke druk uitoefenen op de exporterende landen (zie bijv. Hubert, 2007; Van der Linde, 2007).

De onmogelijkheid om elektriciteit op te slaan en de inelastische vraag ernaar, leiden vaak tot marktmacht bij de *elektriciteitsproducenten* (EC, 2007a). Dit is vooral het geval tijdens momenten van uitzonderlijk hoge vraag. Verschillende maatregelen kunnen worden genomen om dit marktfalen te verminderen, zowel op het gebied van regulering als mededingingsbeleid. Voorbeelden van reguleringsmaatregelen zijn het vergroten van de relevante geografische markt via het verminderen van belemmeringen voor grensoverschrijdende handel, structuurmaatregelen als het splitsen van verticaal geïntegreerde energiebedrijven en het plafonneren van groothandelsprijzen. Bij mededingingsbeleid gaat het om fusietoezicht en toezicht op anticompetitief gedrag (op grond van artikelen 81 en 82 van het EG-verdrag en artikelen 6 en 24 van de Nederlandse Mededingingswet).

Bij het *transport van energie* (zoals gas, elektriciteit en warmte) moeten zulke hoge opstartkosten worden gemaakt voor het aanleggen van de infrastructuur, dat in veel gevallen natuurlijke monopolies ontstaan.[5] Alleen in enkele gevallen, wanneer het volume van de vraag voldoende groot is, is hier enige vorm van concurrentie tussen netwerken mogelijk. Dit laatste doet zich voor in bijvoorbeeld de VS. waar concurrerende transportnetwerken voor gas bestaan. In de meeste andere gevallen is er sprake van natuurlijke monopolies, waar dus sectorspecifieke regulering nodig is om te voorkomen dat de eigenaren van deze monopolistische netwerken hun machtspositie kunnen gebruiken om toetreding tot de upstream- of downstream onmogelijk te maken en monopolieprijzen te vragen aan de gebruikers.

[5] Dit is vooral het geval voor elektriciteitsnetwerken, in mindere maten voor gasnetwerken.

Eindverbruikers van energiediensten vormen de laatste stap in de energiewaardeketen. Ook hier kan marktfalen optreden. Huurders, bijvoorbeeld, hebben tijdens de keuze van een huurwoning onvoldoende informatie over de kwaliteit van de isolatie van een huis en kunnen dit aspect daarom niet meenemen in hun keuze. Verhuurders hebben daarom vaak niet de prikkel om huizen te isoleren. Overheidsingrijpen kan hier gewenst zijn, bijvoorbeeld door minimumnormen op te leggen of verhuurders te verplichten om een *audit* van het energieverbruik van hun huurwoning te laten uitvoeren. Huishoudens zijn verder vaak slecht geïnformeerd over de energiekosten die ze maken en de impact die een gedragsverandering of de aanschaf van nieuwe apparaten (zoals computer, spaarlampen) hierop kan hebben. Een vorm van paternalisme kan hier welvaartsverhogend werken. Huishoudens zijn bovendien vaak beducht voor plotse en grote wijzigingen in hun totale energierekening. Zij zijn echter terughoudend om lange termijn contracten te onderschrijven met hun leveranciers, deels omdat ze zich niet willen koppelen aan een leverancier en deels omdat ze hoge energieprijzen als een probleem zien dat door de politiek moet worden opgelost. Indien huishoudens zich onvoldoende indekken tegen prijsrisico's, dan moet de overheid dit misschien in hun plaats doen.

Het *gebruik van fossiele energie* tot slot leidt tot de uitstoot van onder meer CO_2, NO_x en fijn stof die het leefklimaat voor mens en dier belasten. Deze uitstoot is in een situatie zonder overheidsmaatregelen niet geprijsd en wordt dus niet meegenomen bij productie- en consumptiebeslissingen. Door beprijzing, maar ook door tal van andere maatregelen, zoals subsidies en normstelling, bestrijden overheden deze negatieve externaliteit. Een andere vorm van marktfalen bij het gebruik van fossiele energie is dat consumenten geen rekening houden met de gevolgen van hun energiegebruik op de (politieke) afhankelijkheid ten opzichte van een beperkt aantal landen die beschikken over energiereserves. Indien overigens het enige effect van de "politieke afhankelijkheid" de hogere prijzen zijn, dan is er uiteraard geen sprake van externaliteit. Het meest gebruikte instrument om deze externaliteit te neutraliseren is het aanleggen van strategische olievoorraden, om zo de macht te verkleinen van olie-exporterende landen om op korte termijn de olieprijs te beïnvloeden.

Ook bij het gebruik van hernieuwbare energie kunnen er externe effecten optreden. Windmolens hebben een effect op het landschap wat door sommigen als een last en door anderen als een baat wordt gezien. Hoewel de inherente volatiliteit van windenergieproductie zorgt voor een grotere behoefte aan reservevermogen in het elektriciteitssysteem is dat niet perse een extern effect, omdat dit effect via de elektriciteitsprijzen kan worden geïnternaliseerd.

6.2.2 Overheidsfalen

Marktfalens bij de energievoorziening zijn dus redelijk goed aanwijsbaar, maar minder duidelijk is het of al deze tekortkomingen in het functioneren van markten voldoende groot zijn om overheidsingrijpen te verantwoorden, en, indien tot overheidsingrijpen wordt besloten, welke beleidsinstrumenten het beste het falen van

de markt corrigeren. Overheidsingrijpen leidt immers ook tot kosten, die soms zelfs groter kunnen zijn dan de kosten van de marktfalens. Zo kan vergunningverlening bij de winning van olie en gas leiden tot een gebrek aan dynamiek bij de winning, waardoor de totale winningsopbrengst alsnog suboptimaal wordt (Kemp *et al.*, 1992). Bij de regulering van energienetwerken bestaat het risico dat de nadruk te sterk ligt op het verlagen van de tarieven, waardoor prikkels voor innovatie en investeringen in het gedrang komen (Evans *et al.*, 2005). Op milieuterrein loopt de overheid het gevaar dat de stapeling van diverse instrumententypes averechts werkt, waardoor het totale milieueffect beperkt kan zijn (CPB, 2002). Bij de aanleg van strategische energievoorraden bestaat tot slot het risico dat de kosten van deze vrij dure maatregel niet opwegen tegen de baten van (af en toe) een tekort aan energie (Mulder *et al.*, 2007a).

Omdat energie een basisvoorziening is, volgt de 'politiek' de energiesector nauwgezet, met het risico dat de overheid gaat sturen op "resultaten" (zoals het geven van subsidies voor bepaalde investeringen of het beperken van prijsstijgingen) in plaats van op "het herstellen van marktwerking" (*i.e.* rekening houden met de economische prikkels). Gebreken in de marktwerking die in andere sectoren geen reden voor overheidsbeleid zijn, zijn dit soms wel in de energiesector, zoals de relatieve inactiviteit van huishoudens op de energiemarkt waardoor de overheid energiegebruikers beschermt tegen (te) hoge energieprijzen.

In de volgende paragrafen gaan we dieper in op deze thema's, daarbij steeds zoekend naar de optimale vormgeving van het overheidsbeleid om de verschillende vormen van marktfalen aan te pakken. In elk paragraaf analyseren we eerst het karakter van het marktfalen. Daarna bezien we eerst welke oplossing daarvan economisch gezien optimaal zou zijn om vervolgens die oplossing te vergelijken met de huidige invulling van het (Nederlandse) beleid. Tot slot komen we met aanbevelingen voor verbetering van het beleidsinstrumentarium

6.3 Milieukwaliteit

6.3.1 Marktfalen

Effecten op het milieu vormen een evident marktfalen bij de energievoorziening. Het gebruik van fossiele energie (kolen, olie en gas) leidt tot emissies van onder meer CO_2, NO_x en fijn stof. Deze emissies veroorzaken verhoogde ozon concentraties (het gevolg van een complexe chemische interactie tussen NO_x, koolwaterstoffen en zonlicht), een versterking van het broeikaseffect en een klimaatswijziging (CO_2), en directe ademhalingsproblemen (fijn stof). Deze tekst concentreert zich op de CO_2 uitstoot, aangezien dit het omvangrijkste milieuprobleem is. De negatieve externe effecten van CO_2 emissies zijn zeer groot, (al is de omvang moeilijk in te schatten) terwijl structurele ingrijpende wijzigingen in de economie nodig zijn om een substantiële reductie van de uitstoot te bereiken. In een situatie zonder overheidsingrijpen zijn marktpartijen niet in staat om deze externe effecten

te internaliseren: het aantal spelers is daarvoor te groot (vrijwel iedereen), terwijl sommige spelers nog niet bestaan (toekomstige generaties). Zonder overheidsbeleid leidt deze externaliteit tot een – vanuit welvaartseconomisch oogpunt – overmatig gebruik van fossiele energie.

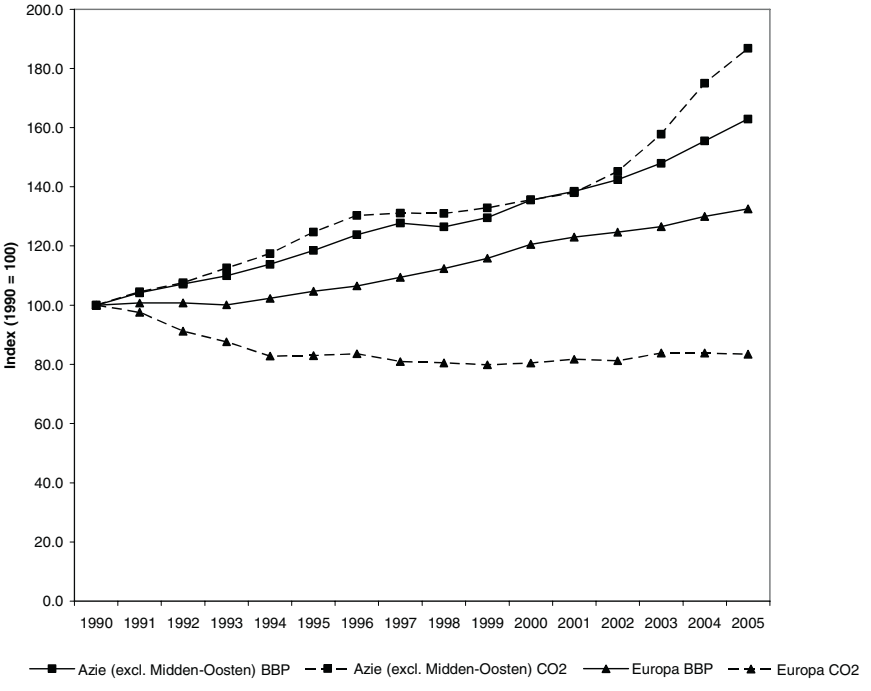
Het aanpakken van deze externaliteit is een zeer lastig beleidsdossier omdat het nauwelijks mogelijk is om CO_2-emissies aan de bron met simpele technische maatregelen terug te dringen, in tegenstelling tot bijvoorbeeld emissies van NO_x en fijn stof (zie CPB, 2000). Fijn stof kan worden verminderd door het plaatsen van filters op uitlaten en het beter afregelen van het verbrandingsproces waardoor de NO_x uitstoot vermindert. Bij CO_2 is een dergelijke technische bronmaatregel echter beduidend moeilijker toe te passen, omdat CO_2 niet kan worden weggefilterd zoals fijn stof. CO_2-afvang en -opslag is een techniek die nog in de kinderschoenen staat en alleen in beperkte omvang toegepast kan worden. De economische mogelijkheden van deze techniek hangen namelijk in grote mate af van de afstand tussen de locatie van de emittent en de opslaglocatie, zoals een leeg gasveld. Bij een te grote afstand zijn de kosten van het aanleggen van transportinfrastructuur prohibitief, terwijl bij mobiel gebruik van fossiele energie (*i.e.* wegtransport) deze techniek helemaal onmogelijk is.

Het vrijwel onmogelijk zijn van bronmaatregelen betekent dat CO_2-emissies alleen kunnen worden gereduceerd door het gebruik van fossiele energie omlaag te brengen. Echter, tot dusverre is van absolute ontkoppeling tussen CO_2-emissies en economische groei geen sprake (zie figuur 6.1). Economische groei leidt tot meer gebruik van fossiele energie wat weer leidt tot meer emissies van CO_2. Om het absolute niveau van deze emissies te reduceren, moet dus minimaal het effect van de economische groei worden gecompenseerd. Bij een jaarlijkse economische groei van bijvoorbeeld 2%, moet de energie-efficiënte dus eveneens jaarlijks met dat percentage toenemen om het energiegebruik in volumetermen constant te houden. Dat dit een lastige opgave is blijkt uit het gegeven dat tot dusverre de energiebesparing in Nederland rond 1% per jaar ligt, ondanks dat er al een groot aantal beleidsmaatregelen zijn genomen (ECN, 2009).

6.3.2 Optimaal beleid

In theorie is de correctie van dit marktfalen vrij eenvoudig. Deze bestaat namelijk uit het introduceren van een mondiaal uniforme prijs voor CO_2-emissies (via bijvoorbeeld een heffing of handelssysteem). Een dergelijke prijs zorgt ervoor dat bedrijven en consumenten de externe kosten internaliseren en hun emissies verminderen, bijvoorbeeld door efficiënter met energie om te gaan. De hoogte van de optimale CO_2-prijs is afhankelijk van enerzijds de marginale kosten van klimaatschade en anderzijds de marginale kosten van het reduceren van emissies. Bij een mondiaal gelijke prijs wordt bereikt dat de emissies op de meest efficiënte manier worden gereduceerd.

Figuur 6.1 Economische groei en CO_2-emissies in Europa en Azië, 1990-2005



Bron: World Resource Institute

Zowel de marginale klimaatschade als de marginale reductiekosten zijn hoogst onzeker, waardoor het problematisch is het niveau van de optimale CO_2-prijs te bepalen. Het is niet bekend hoe groot het (marginale) effect van CO_2-emissies op het toekomstige klimaat is, laat staan hoe groot het indirecte effect is op het leefklimaat voor de mens. Schattingen over de toekomstige stijging van de zeespiegel de toekomstige temperatuur en droogteperiodes in de verschillende gebieden variëren sterk, al neemt deze onzekerheid hierover wel af door het voortschrijdende inzicht van klimaatonderzoekers[6]. De meeste studies verwachten echter drastische veranderingen in deze grootheden.

De toekomstige (marginale) reductiekosten zijn bovendien onzeker. Voor zowel de toekomstige kosten als de toekomstige baten geldt dat deze afhangen van technische ontwikkelingen bij adaptatie aan klimaatverandering (zoals het beheersen van waterstromen) en toekomstige economische groei. Daarbovenop komt de pro-

[6] Het vierde "assessment report" van IPCC (2007) gebruikt verschillende Business-as-usual scenario's. Ze voorspellen een globale temperatuurstijgingen van 1,1 tot 2,9 graden in het beste scenario (lage economische groei), tot 2,4 tot 6,4 graden in het slechtste scenario (hoge economische groei).

blematiek van het waarderen van de toekomstige preferenties door de huidige generatie, dat wil zeggen de bepaling van de disconteringsvoet (zie Stern, 2006; Eyckmans *et al.*, 2005). Gezien al deze onzekerheden over toekomstige kosten en baten, is er een reële optiewaarde om te wachten op meer informatie (Kolstad, 1996). Vele investeringen voor emissiereductie zijn immers onomkeerbaar, de gemaakte kosten kunnen niet worden terugverdiend wanneer de klimaatverandering minder groot is dan verwacht. Deze optiewaarde weegt echter niet op tegen het risico dat klimaatverandering zich wel voor zal doen in de mate zoals nu verwacht wordt (voorzichtigheidsbeginsel).

Gezien de onbekendheid van de optimale CO_2-prijs, is het de vraag hoe de beprijzing van de emissies vorm moet krijgen. De keuze gaat hier tussen twee instrumenten: een gereguleerde CO_2 prijs onder de vorm van een uniforme CO_2 belasting, of een handelssysteem van emissierechten waarbij bedrijven verplicht worden om emissierechten aan te kopen op een markt. De CO_2 prijs die het bedrijf dan betaalt, wordt in dat geval gevormd door de prijs van emissierechten, die op haar beurt bepaald wordt door enerzijds het (mondiale) plafond aan emissierechten en anderzijds de marginale reductiekosten.

Neuhoff (2008) stelt dat het optimale beprijzingsbeleid bestaat uit een lange-termijn plafond op emissies (een hoeveelheidsinstrument, met fluctuerende prijzen) en een vaste prijs voor CO_2 op de korte termijn (een prijsinstrument). De argumentatie hiervoor is dat het risico van een te hoge uitstoot aan CO_2 dusdanig groot is, dat deze uitstoot door de overheid expliciet moet worden beperkt. Het plafond voor de lange-termijn uitstoot kan worden afgeleid van de maximaal toegestane temperatuurstijging. Om te voorkomen dat fluctuerende emissieprijzen investeringen in CO_2-reductie belemmeren, is een vaste prijs (heffing) nodig voor de komende decennia. Een andere reden voor het opleggen van een vaste prijs op deze termijn is dat er dan minder onzekerheid bestaat over de kosten van een emissiereductie (bijvoorbeeld het gebruiken van gas in plaats van steenkool voor de opwekking van elektriciteit) dan over de omvang van de potentiële reductie die met een dergelijke prijs te behalen is.

6.3.3 Huidig beleid

De Europese Unie streeft naar een maximale temperatuurstijging van 2 graden Celsius. Bij deze temperatuurstijging wordt verwacht dat er geen onomkeerbare klimaateffecten zullen optreden. Deze doelstelling kan enkel worden bereikt met een reductie van tientallen procenten in wereldwijde CO_2-emissies. Om deze mondiaal benodigde emissiereductie te realiseren heeft de Europese Unie (EC, 2008) haar 20-20-20 beleid geformuleerd: in 2020 moeten (in vergelijking met 1990) de CO_2-emissies met 20% zijn gereduceerd, moet het energiegebruik per eenheid product met 20% zijn gedaald en moeten duurzame bronnen een aandeel hebben van 20% in het totale energieverbruik. De Europese Unie zal haar beoogde emissiereductie echter naar 30% verhogen als andere regio's in de wereld ook een ambitieus klimaatbeleid formuleren. De Nederlandse rijksoverheid gaat in haar milieudoelen

nog wat verder: de emissies van CO_2 moeten in 2020, ongeacht het beleid dat elders in de wereld wordt gevoerd, met 30% omlaag zijn gebracht (VROM, 2008).

Om deze ambitieuze doelstellingen te realiseren wordt een keur aan instrumenten ingezet. De instrumenten variëren van subsidies voor de verschillende types hernieuwbare energie, subsidies voor energiebesparing, gedifferentieerde belastingen op energieverbruik, "*grand-fathered*" emissierechten voor de industrie, en energie-efficiëntie-standaarden voor bepaalde producten. Binnen de Europese Unie bestaat sinds 2005 een systeem voor emissiehandel (ETS) dat de totale hoeveelheid emissies voor de deelnemende partijen begrenst (het zogenaamde emissieplafond) en deze partijen in staat stelt om emissierechten onderling te verhandelen. Aanvankelijk gold het systeem alleen voor de grote energiegebruikers, zoals elektriciteitscentrales en energie-intensieve industrie, maar langzamerhand wordt het systeem uitgebreid naar kleinere energiegebruikers. In diverse landen bestaat hiernaast een heffing op het gebruik van elektriciteit en gas, aanvankelijk alleen voor kleingebruikers, maar nu ook voor grootgebruikers, zij het tegen een lager (marginaal) tarief. Om hernieuwbare energiebronnen concurrerend te maken tegenover fossiele energie ontvangen de producenten van hernieuwbare bronnen ook vaak subsidies in de vorm van investeringsvergoedingen of een hogere energieprijs.

Naast deze prijsinstrumenten zetten overheden nog andere type maatregelen in, zoals het verbod op gloeilampen, voorlichtingscampagnes en convenanten met de industrie, of het geven van voorrang bij de allocatie van schaarse netwerkcapaciteit aan duurzame-energieproducenten.

6.3.4 Overheidsfalen

In het huidige klimaatbeleid bestaan diverse inefficiënties (zie ook PBL, 2009). We behandelen hier de inefficiënties die ontstaan door de inzet van subsidies, de vormgeving van het beprijzingsinstrument en de stapeling van verschillende instrumenten.

Subsidies

Bij het geven van subsidies voor bepaalde technieken (windmolens of fotovoltaïsche zonnepanelen) duwt de overheid de energiesector in een bepaalde richting die niet per se de meest kosteneffectieve is. Subsidies voor de ene techniek verdringen immers opties die geen subsidie krijgen. Bovendien kennen subsidieregelingen vaak *'free riders'*, dat wil zeggen projecten die ook zonder subsidie zouden worden uitgevoerd (Vollebergh, 2007). Free riders verlagen de kosteneffectiviteit[7] van subsidies. Daarnaast bestaat het risico van *windfall profits*, zoals gebeurd is bij de verstrekking van subsidies voor windmolens in Nederland via de zogenaamde MEP[8]-subsidies (Mulder *et al.*, 2007b). Verder leiden subsidies tot

[7] Met kosteneffectiviteit wordt gedoeld op alle (maatschappelijke) kosten die nodig zijn om een eenheid reductie te bereiken.

[8] Subsidieregeling Milieukwaliteit Elektriciteitsproductie (MEP).

gedragsreacties die het beoogde deels weer neutraliseren: vanwege lagere kosten gaan consumenten er meer van gebruiken (UK ERC, 2007). Deze gedragsreactie is in beginsel welvaartsverhogend, maar verlaagt uiteraard wel de kosteneffectiviteit van dit beleidsinstrument. Subsidies kunnen efficiënter worden ingezet in het geval van positieve externaliteiten. In het klimaatbeleid doen deze zich voor bij R&D op het gebied van energiebesparing en duurzame energie. Door het bestaan van leereffecten op sectorniveau doen afzonderlijke bedrijven te weinig aan onderzoek als zij de baten van die leereffecten niet kunnen internaliseren. Door middel van subsidies kan dit marktfalen worden geadresseerd. (Gerlach *et al.* 2008).

Beprijzing van energie en emissies

Het beprijzen van energie en emissies kent de perverse effecten van subsidies niet, maar kan weer andere nadelen hebben. Doordat beprijzing de kosten van energiegebruikers verhoogt, kan het negatieve gevolgen hebben voor de concurrentiepositie van energie-intensieve bedrijven. Als het gaat om de concurrentiepositie ten opzichte van minder energie-intensieve bedrijvigheid, kan dit leiden tot een efficiënte herstructurering van de economie, hoewel er op de korte termijn aanpassingskosten zijn. Als het echter gaat om de concurrentiepositie ten opzichte van hetzelfde type bedrijvigheid in andere landen of werelddelen, dan is niet alleen sprake van herstructureringskosten, maar ook van een twijfelachtig milieueffect. Bij het ontbreken van een internationaal gelijk speelveld in milieubeleid kan er *carbon leakage* optreden via verplaatsing van productie naar die regio's waar de milieuregulering minder strikt is. Dit effect hoeft echter niet groot te zijn, omdat er nog tal van andere factoren zijn die locatiebeslissingen van bedrijven bepalen (CPB, 2002; Grubb *et al.* (2009).

De verplaatsingseffecten zijn beperkter als bedrijven wel aan de marge worden geprikkeld zonder dat ze over hun integrale energieverbruik (netto) belast worden. Bij de start van het ETS was daarom gekozen voor 'grandfathering' van de emissierechten, zodat de deelnemende bedrijven de prikkel ondervonden via de 'opportunity' kosten van het gebruik van emissierechten. Dit systeem heeft echter diverse onvolkomenheden. Het gratis uitdelen van rechten heeft alleen een neutraliserend effect op 'carbon leakage' als de bedrijven de rechten verliezen bij verplaatsing van hun productie, maar in dat geval zal de prikkel aan de marge ook verdwijnen omdat bedrijven die groeien dan ook worden gecompenseerd met meer emissierechten. Daarnaast zijn hoge transactiekosten verbonden aan de allocatie van de rechten. Verder ontstaan er 'windfall profits' bij Europees opererende partijen (zoals elektriciteitsproducenten). Door het herhaald grandfatheren van ETS vermindert bovendien de effectiviteit van het systeem. Om in aanmerking te komen voor nieuwe rechten zullen bedrijven immers het sluiten van inefficiënte centrales uitstellen en minder in nieuwe efficiënte centrales investeren (Neuhoff *et al.* 2006). De economisch gezien beste maatregel om internationale concurrentie-effecten van een nationaal (of Europees) systeem van emissiehandel of energieheffingen tegen te gaan is het invoeren van een CO_2-belasting op import en het teruggeven van betaalde CO_2-belastingen bij export (Grubb en Neuhoff, 2006).

Stapeling van instrumenten

Door de stapeling van verschillende instrumententypes is de effectiviteit kleiner dan de som van de afzonderlijke effecten. Dit doet zich onder andere voor bij de combinatie van emissiehandel met een heffing op energie. De heffing op energie leidt immers tot een lagere prijs van de emissierechten, waarbij de totale emissiereductie gelijk blijft. Door het ETS te combineren met nationale heffingen op het energiegebruik wordt bereikt dat de reducties meer in Nederland plaats vinden en minder in andere landen met een lagere of geen energieheffingen. Omdat de Nederlandse energieheffing gedifferentieerd is naar type energiegebruikers, doen deze inefficiënties zich ook binnen de nationale economie voor. Kleinverbruikers betalen namelijk een hogere heffing (aan de marge) dan grootgebruikers, zodat de reductiekosten hoger zijn dan bij gelijke energieheffingen voor alle type gebruikers.

Een vergelijkbare inefficiëntie geldt voor de combinatie van het systeem van emissiehandel met een verbod op bijvoorbeeld gloeilampen. Het milieueffect van deze maatregel is nihil, omdat het verbod van gloeilampen in eerste instantie zal leiden tot een lager gebruik van elektriciteit wat via het effect op de prijs van emissierechten weer wordt geneutraliseerd door een stijging van het elektriciteitsgebruik elders. Een gloeilampenverbod kan, economisch gezien, alleen worden begrepen als de overheid vermoedt dat energiegebruikers op de verkeerde (duurdere) manier het elektriciteitsverbruik aanpassen aan veranderende prijzen van emissierechten.[9] Door middel van het verbod zou de overheid dan zorgen dat de reductiekosten lager zijn dan ze anders zouden zijn, uiteraard met behoud van het zelfde effect op emissies. Het is echter aannemelijker om het gloeilampenverbod als een symboolmaatregel te zien, met grote maatschappelijke kosten indien consumenten (het licht van) gloeilampen hoger waarderen dan spaarlampen.

6.4 Voorzieningszekerheid

Hoewel het zekerstellen van de energievoorziening een belangrijk onderdeel van het overheidsbeleid in veel landen is, is het marktfalen hier minder duidelijk aanwijsbaar dan bij milieu. Voordat we het mogelijke marktfalen analyseren, definiëren we eerst het begrip ‘voorzieningszekerheid’. Voorzieningszekerheid (*security of supply*) in de energiesector wordt meestal gezien als de combinatie van twee elementen: leveringszekerheid (*reliability*) en energiezekerheid (*energy security*) (EZ, 2008).

- Bij *leveringszekerheid* gaat het erom of de energienetwerken voldoende robuust zijn om de energievoorziening op korte termijn (uren, dagen, weken) in stand te houden. De leveringszekerheid komt in gedrang, wanneer bijvoorbeeld door het (technisch) falen van een transmissielijn de

[9] De Europese Commissie spreekt over “een psychologische barrière” die consumenten hebben bij het kopen van meer efficiënte lampen. (See E.U. Commission, MEMO/09/368, FAQ: phasing out conventional incandescent bulbs).

energievoorziening stopt, of indien plots Rusland beslist om geen gas meer te leveren. Het gevolg van een falen van het systeem kan een *system collapse* zijn, dat wil zeggen het volledig instorten van de energievoorziening, of een ongeplande rantsoenering van een gedeelte van het energiegebruik waarbij een aantal groepen van gebruikers tijdelijk van de energietoevoer worden afgesneden.

- Bij *energiezekerheid* gaat het om de voorzieningszekerheid op lange termijn (enkele decennia). Is er voldoende netwerkcapaciteit beschikbaar om gas en elektriciteit te vervoeren? Wordt er voldoende geïnvesteerd in exploratie en ontwikkeling van nieuwe olie- en gasvelden? Gebruiken we een evenwichtig portfolio van primaire energiebronnen zodat onze energievoorziening robuust is voor relatieve prijswijzigingen van primaire energieproducten? Een falen van de energiezekerheid zal niet alleen leiden tot hogere toekomstige energieprijzen, maar ook tot een grotere onzekerheid over de toekomstige prijs van energie.

De kernvraag is nu of marktwerking het sociaal optimale niveau van leveringszekerheid en energiezekerheid kan opleveren, of dat er sprake is van externaliteiten. Omdat deze twee aspecten verschillend zijn, behandelen we ze afzonderlijk.

6.4.1 Leveringszekerheid

Marktfalen

Voor de netwerksectoren gas en elektriciteit zien we twee oorzaken van marktfalen. (1) Er zijn grote schaalvoordelen in de voorziening van leveringszekerheid, en (2) consumenten kunnen maar in beperkte mate worden uitgesloten van het algemeen leveringszekerheidsniveau, met andere woorden leveringszekerheid is een quasi-publiek goed (Helm, 2007).

Leveringszekerheid in de elektriciteitssector kan worden bereikt door op het niveau van individuele gebruikers noodaggregaten te installeren, maar het is efficiënter dat op centraal niveau te doen door productiecentrales in reserve te houden. Ook in de gassector bestaan schaalvoordelen in de voorziening van leveringszekerheid, omdat het moeilijk is gasopslag op huishoudniveau te organiseren. In de oliesector zijn schaalvoordelen voor de voorziening van leveringszekerheid kleiner omdat hier decentrale opslag relatief goedkoop is.

Om optimaal van deze schaalvoordelen gebruik te kunnen maken, moeten de netwerken centraal worden uitgebaat en beheerd. Coördinatie is nodig in verband met de handhaving van energiestromen over het netwerk, het afroepen van reservevermogen, het herschakelen van de netwerktopologie[10] en het plannen van onderhoud

[10] Netwerktopologie is de wijze waarop een netwerk is opgebouwd, dat wil zeggen hoe de knooppunten met elkaar zijn verbonden. In Nederland is het elektriciteitsnetwerk bijvoorbeeld vermaasd, wat betekent dat de knooppunten op meerdere manieren met elkaar zijn verbonden.

aan lijnen. Het netwerkbeheer is daarom een natuurlijk monopolie. De schaalvoordelen zijn groter voor het elektriciteitsnetwerk dan voor het gasnetwerken, waar (op beperkte schaal) competitie mogelijk kan zijn.[11]

Vanwege de centrale organisatie van de leveringszekerheid is er sprake van een publiek goed. Het is namelijk onmogelijk om afzonderlijke consumenten uit te sluiten, terwijl er bovendien nauwelijks sprake is van rivaliteit. Technisch is het (nu nog) onmogelijk om consumenten individueel te rantsoeneren indien er een aanbodstekort is. Met andere woorden, alle huishoudens in een straat ontvangen hetzelfde niveau van leveringszekerheid. Voor grotere industriële gebruikers kan de leveringszekerheid wel worden gedifferentieerd, door bijvoorbeeld het gericht afsluiten van de energievoorziening, maar ook hier is het niveau van de leveringszekerheid grotendeels bepaald door het algemene leveringszekerheidniveau: Indien een totale *black-out* optreedt, bijvoorbeeld doordat het reservevermogen onvoldoende is om aan de verhoogde vraag te voldoen, worden alle gebruikers in de zelfde mate getroffen.

Omdat leveringszekerheid elementen van een publiek goed heeft, zullen consumenten te weinig reservevermogen aankopen op het netwerk en willen "free-riden" op inspanningen van anderen. Zonder overheidsingrijpen zal er daarom in te weinig reservevermogen worden voorzien, en zou het leveringszekerheidniveau te laag zijn. Kortom, overheidsbeleid is nodig om de leveringszekerheid te garanderen in de netwerksectoren gas en elektriciteit, en in veel mindere mate in de oliesector.

Optimaal Beleid

Bij het invoeren van competitie in de elektriciteitsmarkt bestond er aanvankelijk discussie over de mate waarin de elektriciteitsmarkt centraal moest worden georganiseerd door een netwerkbeheerder. Engeland en Wales kozen bijvoorbeeld voor een centrale organisatie, terwijl Californië een decentraal systeem koos. Er is ondertussen een consensus ontstaan dat een volledig decentraal systeem niet wenselijk is en dat een minimale vorm van centrale coördinatie door een netwerkbeheerder noodzakelijk is (Wilson, 2002; Joskow en Tirole, 2007).

De optimale voorziening van leveringszekerheid is uiteraard niet een systeem waar een onderbreking van de energievoorziening te allen tijde wordt vermeden en waarin de energie-infrastructuur zoveel buffers heeft dat elke storing altijd kan worden opgevangen. Bij de vormgeving van de optimale voorziening zijn de prijselasticiteit van energiegebruikers en de mate waarin capaciteitsveranderingen effect hebben op de prijs, cruciaal. Indien de vraag stijgt en er onvoldoende reservevermogen kan worden aangekocht door de netwerkbeheerder, (onvoldoende centrales beschikbaar zijn), dan daalt de reservemarge en stijgt de kans op een *black-out*. Dit moet in de elektriciteitsprijs worden weerspiegeld als een prijsstij-

[11] Omdat het beheer van het netwerk een natuurlijk monopolie is, bestaat het risico van machtsmisbruik, en wordt de netwerkbeheerder gereguleerd. In paragraaf 6.5 in dit hoofdstuk gaan we hier verder op in.

ging. De prijs moet namelijk op elk moment gelijk zijn aan de marginale kosten van de energievoorziening. Bij de berekening van die marginale kosten moet er rekening mee worden gehouden dat het verbruik een negatieve invloed heeft op de leveringszekerheid van het netwerk. Prijsgevoelige industriële klanten zullen in reactie op de prijsstijging hun consumptie verminderen. Wanneer de reservemarge nog verder daalt, dan moet de netwerkbeheerder een beperkt aantal prijsongevoelige bedrijven afschakelen om het risico op een volledige *black-out* in de perken te houden. Het willekeurig afschaken van gebruikers is inefficiënt, maar een direct gevolg van het feit dat kleine consumenten niet kunnen reageren op prijssignalen en bovendien niet apart kunnen worden afgeschakeld. Het is wel zaak dat de netbeheerder de financiële schade van het afschakelen van consumenten voelt, bijvoorbeeld via een verplichting om vergoedingen daarvoor te betalen.

Huidig beleid

Bij het bewaken van de leveringszekerheid in de Nederlandse gas- en elektriciteitsvoorziening spelen de netbeheerders, respectievelijk GTS en TenneT, een centrale rol. Zij hebben als wettelijke taak de balans van de netwerken in stand te houden. Bij het elektriciteitsnetwerk bestaat een onbalansmarkt waarop partijen capaciteit kunnen aanbieden die door de netbeheerder kan worden aangeroepen om onbalanssituaties te herstellen. De prijs die daarbij tot stand komt reflecteert de marginale kosten van het verhelpen van de onbalans, waardoor dit een efficiënt systeem is. Bij het gasnetwerk bestaat een dergelijk marktconform systeem nog niet. Op dit moment betalen gebruikers van het gasnetwerk onbalansheffingen aan de netbeheerder als zij zelf in onbalans zijn. Deze heffingen zijn niet gerelateerd aan de onbalanssituatie van het gehele netwerk en zijn daardoor inefficiënt. In dit systeem is het immers bijvoorbeeld mogelijk dat afzonderlijke marktpartijen een heffing moeten betalen omdat ze teveel gas aan het systeem onttrekken, terwijl er op systeemniveau een overschot is. De introductie van een marktconform balanceringssysteem, die voor 2010 gepland staat, zal (in economische zin) een verbetering betekenen voor de wijze waarop het gasnetwerk wordt beheerd, omdat de tarieven voor onbalans dan marktconform zullen zijn.

Overheidsfalen

Het economische risico bij de vormgeving van het beleid voor de leveringszekerheid is dat er teveel op technische maatregelen wordt vertrouwd en dat te weinig gebruik gemaakt wordt van gedragsreacties door marktpartijen. Om marktpartijen te betrekken bij het garanderen van de leveringszekerheid is het uiteraard zaak dat de prijzen voldoende stijgen op de elektriciteits- en gasmarkt tijdens periodes van grote schaarste. Om dat te bereiken moet zoveel mogelijk voorkomen worden dat netbeheerders of overheden zelf direct ingrijpen om onbalansen te herstellen. Netwerkbeheerders kunnen direct technisch (op een niet-marktconforme manier) ingrijpen in het energiesysteem om de leveringszekerheid te verhogen tijdens uren met schaarste, bijvoorbeeld door de druk in de gaspijplijnen te verminderen of de spanning op het netwerk te verlagen. Vaak verlagen zulke acties het prijsniveau in de markt, maar zij brengen kosten met zich mee die deels

worden gesocialiseerd. Om de marktprikkels te behouden voor de marktpartijen, zou niet-marktconform ingrijpen enkel mogen plaatsvinden indien men er tegelijk voor zorgt dat de energieprijs voldoende hoog blijft tijdens noodsituaties (en zeker niet daalt).

Verder wordt de efficiëntie van overheidsingrijpen bij leveringszekerheid vergroot door betere coördinatie met buurlanden. Op deze manier kunnen schaalvoordelen worden bereikt door reservevermogen uit te wisselen. Bovendien kunnen door betere informatievoorziening problemen in het netwerk sneller worden voorzien of zelfs worden voorkomen.

6.4.2 Energiezekerheid

Marktfalen

Bij *energiezekerheid* is het minder duidelijk of overheidsingrijpen nodig is om de marktwerking te verbeteren. Wordt er voldoende geïnvesteerd in nieuwe productiecapaciteit? Er bestaan hier twee stromingen in de economische literatuur. Bill Hogan (2005) is ervan overtuigd dat een goed werkende spotmarkt (waar ook de vraag naar leveringszekerheid adequaat wordt geprijsd), de juiste signalen geeft aan marktpartijen voor optimale investeringen. Aangezien er dus geen marktfalen bestaat, is een zogenaamde *energy only* markt voldoende om het juiste investeringsniveau te bereiken. Andere auteurs, bijvoorbeeld Peter Cramton en Steven Stoft (2006), denken dat dit niet het geval is, en stellen dat de overheid actief moet ingrijpen om de juiste investeringssignalen vast te leggen. Zij stellen een systeem voor waarbij bedrijven subsidies ontvangen voor het bouwen van nieuwe productie infrastructuur (*capacity payments*). Joskow (2007) toont aan dat het "missing money" probleem bestaat in verschillende groothandelsmarkten in de V.S., door de inkomsten van een hypothetische nieuwe en efficiënte producent te vergelijken met de kosten voor nieuwe infrastructuur: investeringen in nieuwe installaties worden niet volledig terugverdiend. Paul Joskow (2007, 2008) ziet het falen van de regulering als een van de hoofdoorzaken hiervan, en stelt een systeem van capaciteitsbetalingen voor als een overgangsmaatregel. London Economics (2007) toont aan dat het missing money probleem in Europa in elk geval niet geldt voor producenten die in basislast (volcontinu) produceren.

Het debat rond energiezekerheid heeft zich tot nu toe niet geconcentreerd op het bepalen van de mogelijke bronnen van het marktfalen. We zien twee mogelijke bronnen van marktfalen die efficiënte investeringen in de weg staan.

1. ***Onvoldoende verdeling van risico in de sector.*** Omdat spotprijzen van elektriciteit en gas zeer volatiel zijn, hangt de verwachte rentabiliteit van een investering af van de precieze distributie van de "staart" van de prijsverdeling. Bedrijven zullen slechts investeren wanneer zij het prijsrisico kunnen afdekken met behulp van contracten, zoals lange-termijn contracten met eindgebruikers of leveranciers, of door financiële producten aan te kopen. Indien bedrijven onvoldoende mogelijkheden zien om dit risico

af te dekken, dan zullen de investeringen niet optimaal zijn. (Willems *et al.*, 2009). Het gevolg hiervan is een te hoog collectief risico in de sector, of een verkeerde technologische mix.

2. ***Niet nakomen van contractuele verplichtingen.*** Wanneer energiebedrijven failliet gaan, dan kunnen ze hun contractuele verplichtingen niet meer nakomen. Dit creëert tegenpartijrisico voor andere marktpartijen. Het feit dat een producent failliet gaat, hoeft niet altijd een negatief effect te hebben op energiezekerheid, aangezien de bestaande infrastructuur beschikbaar komt voor nieuwe bedrijven. Er zijn wel economische gevolgen indien het niet nakomen leidt tot een verhoging van het risico van andere partijen, en wanneer bedrijven met opzet extra risico nemen (speculeren) omdat ze bij een faillissement nooit meer kunnen verliezen dan het ingelegde kapitaal. Een gerelateerd probleem is het monitoren van energiebedrijven. Voor afzonderlijke partijen (consumenten) is het goed monitoren van het risicoprofiel van leveranciers en producenten te duur en te complex. Omdat er schaalvoordelen te behalen zijn met monitoren, is collectieve monitoring efficiënter.

Deze twee vormen van marktfalen zijn niet specifiek voor de energiesector, en het is onduidelijk of de energiesector zo uniek is dat overheidsingrijpen noodzakelijk is. Wat de energiesector specifiek maakt is de interactie tussen leveringszekerheid en energiezekerheid. Hierbij is het eerste element een publiek goed, maar het tweede een privaat goed (omdat alle effecten geprijsd zijn). In dit opzicht zijn er parallellen te trekken met bijvoorbeeld de bancaire sector, waarin het voorkomen van een bankrun (liquiditeit) een publiek goed is, en de mogelijkheid van de bank om aan zijn lange termijn verplichtingen te voldoen (solvabiliteit), een privaat goed is. Beide worden gereguleerd, respectievelijk door de voorziening van kortlopende kredieten van de centrale bank, en minimale kapitaalsvoorwaarden. In hoeverre we lessen kunnen trekken uit de bancaire sector blijft een open vraag.

Optimaal beleid

Het optimale beleid realiseert een zodanig investeringsniveau dat de marginale kosten van extra infrastructuur gelijk zijn aan de marginale baten. De marginale baten van nieuwe infrastructuur zijn gelijk aan productiebaten plus de verwachte bijdrage aan het voorkomen van storingen in de energievoorziening. Wanneer leveringszekerheid goed is geprijsd, *i.e.* de producenten ontvangen een voldoende hoge prijs voor hun bijdrage aan reservevermogen, dan zal marktwerking het optimale niveau van investeringen bereiken (Hogan 2005). Indien leveringszekerheid niet goed geprijsd wordt, dan kunnen er wel negatieve spillovers zijn bij de investeringsbeslissingen.

Omdat op het gebied van *energiezekerheid* het marktfalen niet evident is, ligt *direct* overheidsingrijpen niet meteen voor de hand. Wanneer de overheid wel direct ingrijpt, bestaat het risico van *crowding out* van investeringen door markt-

partijen. De overheid kan dit voorkomen door zich ertoe te verbinden de gesubsidieerde infrastructuur alleen te gebruiken wanneer de prijzen zeer hoog zijn. In theorie kan de overheid de kosten van direct ingrijpen beperken door bij subsidieverlening alleen subsidie te geven aan marginale projecten, (de projecten die net niet worden gebouwd door privé-investeerders). In de praktijk is een dergelijke benadering echter lastig uitvoerbaar omdat moeilijk te bepalen is welke projecten de marginale zijn en de overheid verder de plicht heeft alle partijen op dezelfde wijze te behandelen.

De overheid kan via *indirecte* maatregelen op efficiëntere wijze de voorzieningszekerheid vergroten. Deze maatregelen zijn er op gericht dat marktpartijen optimale beslissingen kunnen nemen. Deze maatregelen bestaan onder andere uit het bevorderen van de transparantie van markten (waarbij de informatie over de toekomst uiteraard altijd onzeker en onvolledig is), en het mogelijk maken dat partijen langetermijn (financiële) contracten kunnen afsluiten. De overheid kan bijvoorbeeld de transparantie in de markt vergroten door informatie te publiceren over de (verwachte) productiecapaciteit en door bedrijven te verplichten informatie ter beschikking te stellen over beschikbare productiecapaciteit, de lange termijncontracten die werden aangegaan, of de prijs die werd betaald voor gastransportcontracten.

Daarnaast is het belangrijk dat bedrijven zich tegen risico's kunnen indekken via financiële instrumenten, bilaterale lange termijn contracten of verticale integratie binnen de energieketen. Zulke lange termijn contracten hebben hun rol en moeten in het mededingingsbeleid niet alleen vanuit korte-termijn-efficiëntieoverwegingen worden bekeken. Het tegenpartijrisico kan worden verminderd door centrale clearing van contracten mogelijk te maken. Zulke centrale clearing zou ook de transparantie vergroten. Dit is vooral een probleem in de gasmarkt. Daarnaast is het van belang dat eindgebruikers niet alleen lange-termijn contracten kunnen afsluiten, maar daar ook tegen een redelijke vergoeding weer van af kunnen. Om investeringen in centrales te bevorderen, is lange-termijn zekerheid over toegangsvoorwaarden tot het netwerk essentieel, net als meer zekerheid over het toekomstige klimaatbeleid en de hoogte van CO_2-prijs.

Huidig beleid

Het huidige beleid dat gericht is op energiezekerheid bestaat vooral uit vormen van *direct overheidsingrijpen*, zoals het aanhouden van een buffervoorraad om daarmee de gevolgen van een kortstondig energietekort op te kunnen vangen, het bouwen van additionele productiecapaciteit om vraagschokken op te vangen, en een vermindering van de totale vraag naar (fossiele) energie, waardoor het effect van een tekort geringer wordt. Een voorbeeld van het eerste, is het aanleggen van een strategische olievoorraad om de gevolgen van een oliecrisis verminderen. Zulke strategische voorraden worden internationaal gecoördineerd door het internationaal energie agentschap IEA. In Nederland is de Stichting Centraal Orgaan Voorraadvorming Aardolieproducten (COVA) hiervoor verantwoordelijk. Een voorbeeld van het tweede is het subsidiëren van nieuwe productiecapaciteit in de elektriciteitssector met behulp van capaciteitsbetalingen. Zulke subsidies worden gebruikt

in verschillende Amerikaanse elektriciteitsmarkten, maar worden ook gebruikt in Italië en Spanje. Ze worden ook voorzien in de Europese regelgeving (zie Europese Security of supply regulering). Een voorbeeld van de derde optie is het promoten van biomassa als een substituut voor olieproducten in de transportsector. Door het verhogen van het aandeel biomassa in de primaire energie mix, kan de afhankelijkheid van buitenlandse olie-invoer verminderen.

Overheidsfalen

Een evident risico bij het direct interveniëren in voorraden, productie of vraag, is dat die ingrepen niet op een efficiënte wijze plaatsvinden. De Joode *et al.* (2004) concluderen dat zulke maatregelen meestal meer kosten dan de baten die ze op het gebied van energiezekerheid brengen. In deze analyse is echter niet gekeken naar de mogelijke effecten van direct overheidsingrijpen op de onderhandelingspositie van Europa ten opzichte van buitenlandse energie-exporteurs die in bepaalde mate marktmacht hebben. Het meer gebruiken van biomassa of windenergie zou niet alleen de gevolgen van een kortstondige energieschok kunnen verminderen, maar zou ook tot een lager algeheel prijsniveau kunnen leiden, aangezien Europa zich in een beter onderhandelingspositie bevindt. Een kosten-batenanalyse hiervan is nog niet gemaakt. Liski en Tahvonen (2004) berekenen hoe een belasting op CO_2 kan worden aangepast wanneer olie-exporteurs marktmacht hebben. In recent werk toont Küpper (2009) aan dat de onderhandelingspositie tegenover energie-exporterende landen afhangt van de mix van productietechnologieën die een land gebruikt. Ook het niveau van concurrentie in de interne Europese markt zou een effect kunnen hebben op de onderhandelingspositie met energie-exporterende landen. Enerzijds kan het bestaan van grote Europese energiebedrijven leiden tot *counter vailing power* ten opzichte van de exporteurs[12]. Anderzijds kan marktmacht van de energiebedrijven ook leiden tot dubbele marginalisaties, die de efficiëntie van de markt verminderen (Golombeck, 1995).[13] Smeers (2005) argumenteert aan de hand van een vergelijking van numerieke gas modellen, dat de relatie tussen competitiviteit en voorzieningszekerheid complex is, en dat we daarom niet *a priori* moeten streven naar een meer competitieve gasmarkt.

Wat betreft indirecte maatregelen zijn er nog diverse verbeteringen mogelijk, met name op het terrein van de transparantie over de beschikbare (toekomstige) capaciteiten van de infrastructuur (productie, transport en opslag) en de mogelijkheden voor marktpartijen om lange-termijn financiële contracten af te sluiten. Een andere efficiënt middel om de energiezekerheid te bevorderen is het vergroten van de prijselasticiteit van energiegebruikers. De prijselasticiteit bij kleinverbruikers wordt groter bij de introductie van zogenaamde slimme meters. Zulke meters maken het

---

[12] Men kan zich ook de vraag stellen of deze marktmacht niet beter op een Europees niveau kan worden uitgeoefend, in politieke onderhandelingen met de energie-exporterende landen.

[13] De relatie tussen het niveau van de dubbele marginalisatie en competitiviteit van Europese energiebedrijven is waarschijnlijk niet monotoon. Bij een zeer hoge concentratie kunnen de partijen een voldoende complex contract sluiten waarbij dubbele marginalisatie vermeden wordt (met behulp van niet-lineaire prijzen). Bij een zeer competitieve markt, kunnen de Europese energiebedrijven geen marge meer nemen, en verdwijnt de dubbele marginalisatie.

niet alleen mogelijk om het verbruik te lezen, maar ook om huishoudens te waarschuwen voor problemen met leveringzekerheid, en kunnen zelfs worden gebruikt om op afstand de vraag uit te schakelen, wat bovendien het publieke karakter van leveringszekerheid zou verminderen. De prijselasticiteit wordt ook vergroot door de introductie van handelsplaatsen, zoals intraday, waar marktpartijen op korte termijn voor hun overschotten of tekorten aan energie terecht kunnen.

Een marktmechanisme zal enkel leiden tot het juiste investeringsniveau indien de overheid zich ertoe kan verbinden om ook tijdens periodes van crisissen niet in te grijpen in de markt. Dat dit niet altijd mogelijk is, is aangetoond in de recente bankcrisis. Ook in de energiemarkt is het onwaarschijnlijk dat de overheid tijdens periodes van crisis aan de zijlijn blijft staan. Om zich er geloofwaardig toe te verbinden niet op te treden tijdens een crisis, kan de overheid vooraf maatregelen nemen, zoals het garanderen van minimale dienstverlening tijdens crisissituaties voor eindgebruikers (zie ook Lijesen en Zwart, 2005).

6.5 Betaalbaarheid

De betaalbaarheid van energie wordt beïnvloed door de prijs van de energie zelf, en de prijs die betaald wordt voor de transportdienst. Om de energie betaalbaar[14] te maken, moet de productie en transport van en handel in energie efficiënt zijn en mag er geen misbruik worden gemaakt van marktmacht waardoor prijzen hoger zijn dan de economische kosten. Het toezicht op de energiemarkten heeft daarom in hoofdzaak op twee aspecten betrekking: het realiseren van toegang voor alle partijen tot een goed-functionerende infrastructuur en het bevorderen van concurrentie op de groothandels- en eindverbruikersmarkten. In het vervolg van deze paragraaf richten we ons op de vraag hoe dit toezicht economisch gezien het beste vorm kan krijgen, waarbij we afzonderlijk ingaan op de regulering van netwerken en de regulering van de groothandelsmarkten. Hoewel ook op de consumentenmarkten enkele specifieke toezichtsvragen liggen, zoals de bescherming van niet-actieve consumenten (Waddams, 2005), is de werking van deze markten voor een belangrijk deel afhankelijk van de werking van de groothandelsmarkten en de toegang tot de netwerken.

6.5.1 Regulering van netwerken

Marktfalen[15]

Vanwege de cruciale rol van de transportinfrastructuur bij de elektriciteits- en gasvoorziening is marktmacht een inherent verschijnsel in de energiesector met

[14] Met 'betaalbaarheid' doelen we niet op de politieke vraag of energieprijzen voor consumenten acceptabel zijn, maar of de prijzen in economische zin efficiënt zijn. Het publieke belang betreft hier dus de efficiëntie van de energievoorziening die door de markt zelf mogelijk niet optimaal wordt gerealiseerd.

[15] De schaaleffecten doen zich overigens niet alleen voor bij de investeringen in de infrastructuur, maar ook bij de coördinatie van het netwerkgebruik en het voorzien in de leveringszekerheid (zie paragraaf 4.1.1.).

directe gevolgen voor de betaalbaarheid van energie. Deze infrastructuur kenmerkt zich door dusdanige schaaleffecten dat duplicering in veel gevallen in economische zin niet mogelijk is. Toegang tot deze infrastructuur is essentieel om actief te kunnen zijn op de energiemarkt, waardoor de infrastructuureigenaar in geval van afwezigheid van overheidstoezicht over de mogelijkheid beschikt om monopolieprijzen te vragen. Wanneer deze speler bovendien *upstream* actief is (in bijvoorbeeld productie en handel in elektriciteit) of *downstream* (in bijvoorbeeld de consumentenmarkt), dan heeft hij ook nog de prikkel om toegang tot de infrastructuur te belemmeren om zo dominante posities te verwerven in de andere schakels van de energiekolom.

Optimale regulering

Bij de regulering van (energie)netwerken gaat het om het bereiken van zowel maximale (statische en dynamische) efficiëntie als politieke gewenste verdelingsresultaten. De doelen van regulering hebben, kortom, niet alleen betrekking op de huidige en toekomstige productieve efficiëntie van het netwerkbeheer, en huidige en toekomsten allocatieve efficiëntie van het gebruik van het net, maar ook op de verdeling van het surplus over de eigenaren van de netwerken en de gebruikers daarvan. Doorgaans wordt bij regulering en mededingingstoezicht alleen het consumentensurplus meegeteld (Sinderen *et al.*, 2008), zodat de optimale regulering kan worden gedefinieerd als die verzameling van maatregelen die de contante waarde van het toekomstige surplus bij de gebruikers van de energie-infrastructuur maximeert.

Bij de bepaling van deze optimale set aan maatregelen doet zich een dilemma voor dat de kern van veel discussie over regulering vormt. Dit dilemma is dat de regulering enerzijds de netbeheerders moet prikkelen om zo efficiënt mogelijk te werken en anderzijds de resultaten van die efficiëntieverbetering ten goede moet laten komen aan de gebruikers van de netten (Laffont *et al.*, 1993). Vanwege informatieasymmetrie tussen toezichthouder en netbeheerders is het niet eenvoudig om de optimale vergoeding voor netbeheerders te bepalen omdat er altijd het risico bestaat dat de vergoeding te laag wordt en de netbeheerder onvoldoende vergoed wordt voor zijn taken (met kans op financiële problemen), of juist te hoog waardoor de energiegebruiker te weinig profiteert. Anders verwoord gaat het hier om de problematiek van *hidden information* (of *adverse selection*) en *hidden action* (of *moral hazard*).

De tariefregulering is daarom idealiter een tussenvorm van *price-cap* regulering en *cost-plus* regulering. In het eerste geval is er een sterke efficiëntieprikkel om kosten te verminderen, maar is er een groot risico dat de vergoeding te hoog of te laag is. In het tweede geval is de vergoeding voor de netbeheerder gelijk aan de werkelijk gemaakte kosten, maar is er geen prikkel tot efficiëntieverbetering. Bij een tussenvorm van *price-cap* regulering en *cost-plus* regulering wordt de vergoeding in meer of mindere mate gebaseerd op de werkelijke kosten en heeft de netbeheerder bovendien een prikkel om efficiënter te werken.

Een concrete tussenvorm van deze beide reguleringstypes is menuregulering, waarbij de uiteindelijke vergoeding voor de netbeheerder afhangt van zowel een inschatting van de netbeheerder over zijn toekomstige kosten (informatieprikkel) als van de realisatie van de kosten (efficiëntieprikkel) (Joskow, 2006). Het menukarakter bestaat er uit dat de netbeheerder kan kiezen om relatief hoge dan wel lage kostenschattingen te rapporteren met directe gevolgen voor het uiteindelijk te behalen rendement. Een netbeheerder die de kosten hoog inschat, zal ook hoge kostenschattingen rapporteren, en andersom, omdat die strategie het hoogste verwachte rendement oplevert. Een andere, minder geavanceerde tussenvorm tussen *price-cap* regulering en *cost-plus* regulering is maatstafregulering waarbij de price-cap gebaseerd wordt op de door alle netbeheerders in het verleden gemiddeld gerealiseerde kosten.

Het toepassen van een reguleringsvorm met sterke prikkels tot efficiëntie wil overigens niets zeggen over de verwachte winst van de netbeheerder. Die hangt uiteraard af van de hoogte van de *price-cap*. Als dit plafond relatief hoog ligt ten opzichte van de verwachte kosten, dan is de verwachte winst hoog, en *vice versa*. Vogelsang (2009) noemt dit aspect de *tightness* van de regulering.

Een ander dilemma bij de regulering van de netwerken betreft de mogelijke afruil tussen statische en dynamische efficiëntie, dat wil zeggen tussen betaalbaarheid van energie op korte termijn versus de betrouwbaarheid en kwaliteit van de energienetwerken op de langere termijn. Deze afruil zal zich voordoen als de kwaliteit niet direct waarneembaar is door gebruikers of toezichthouder. Om perverse effecten van tariefregulering te voorkomen dient er daarom in aanvulling daarop de kwaliteit van de netten te worden geborgd, bijvoorbeeld via financiële kwaliteitsprikkels of technische standaarden (zie Laffont *et al.*, 1993; Burger *et al.*, 2008). Uit empirische literatuur blijkt overigens ook dat de introductie van doelmatigheidsregulering daadwerkelijk tot efficiëntieverbeteringen heeft geleid (zie bijv. Domah *et al.*, 2001; Joskow, 2006; Jamasb, *et al.*, 2008).

Huidige regulering

De huidige regulering van de energienetwerken bestaat uit toegangs- en tariefregulering en toezicht op de kwaliteit.[16]

De huidige tariefsregulering van de energienetwerken in Nederland vormt een tussenvorm van pure *price-cap* regulering en pure *cost-plus* regulering, waarbij efficiënt verklaarde kosten worden vergoed, maar netbeheerders tevens een prikkel hebben om zo efficiënt mogelijk te opereren. Dit laatste wordt gerealiseerd doordat de gereguleerde inkomsten van de netbeheerders gedurende de reguleringsperiode niet worden aangepast aan de gerealiseerde kosten, maar aan de kosten die in het verleden door alle netbeheerders gemiddeld zijn gerealiseerd. Dit is een vorm van maatstafregulering. Een netbeheerder die zijn kosten weet te verlagen, kan de winst die hij daarmee behaalt, behouden tot de volgende reguleringsperiode. Dit is een vorm van *cost-plus* regulering.

[16] Om de effectiviteit van deze regulering te vergroten zijn in veel landen de netwerkbedrijven op meer of minder vergaande wijze gesplitst van de commerciële activiteiten. De minst vergaande vorm is administratieve splitsing, een tussenvorm is juridische splitsing en de meest vergaande economische splitsing. In Nederland kennen alle netwerken of zijn onderweg naar volledige, economische splitsing. In dit preadvies gaan we verder niet in op de economische effecten van splitsing van voorheen verticaal geïntegreerde bedrijven. Voor een overzicht van deze effecten zie Pollit (2008).

periode vaststaan zodat ze alle efficiëntiewinsten (gedurende die periode) mogen behouden. De regulering van de tarieven van de energiedistributienetwerken in Nederland heeft de vorm van maatstafregulering waarbij de toegestane inkomsten van de netbeheerders *ex ante* worden vastgezet op het niveau van de efficiënte kosten. Dit efficiënte kostenniveau wordt bepaald op basis van het gemiddelde van de door alle netbeheerders in het verleden gerealiseerde kosten, plus een verwachting over de toekomstige productiviteitsontwikkeling. De regulering van het hoogspanningsnet heeft de vorm van omzetregulering met efficiëntieprikkels die worden bepaald via een internationale vergelijking van de efficiëntie van transportnetbeheerders.[17]

Het kwaliteitstoezicht bestaat uit enkele financiële prikkels, technische normen en procesmatige eisen, waaronder de verplichting voor netbeheerders om elke twee jaar een document over de kwaliteit van hun netwerk op te stellen.
Deze regulering heeft de energiegebruikers directe voordelen opgeleverd. Het voordeel van de regulering voor de afnemers valt te berekenen door een veronderstelling te maken over *counter factual*, te weten de tariefsontwikkeling in een situatie zonder regulering (zie Haffner *et al.*, 2005). Een conservatieve veronderstelling is dat de inkomsten van de netbeheerders in die situatie jaarlijks (minimaal) met de inflatie zouden stijgen. Bij afwezigheid van doelmatigheidsregulering hebben netbeheerders immers geen prikkel de kosten te verminderen omdat ze alle kosten kunnen doorberekenen aan afnemers. Uit vergelijking van de gereguleerde inkomsten en de inkomsten die de inflatie zouden volgen, blijkt dat de regulering van elektriciteits- en gasnetwerken sinds de start van de regulering in 2000 de afnemers in 2009 ruim een miljard euro oplevert (Plug *et al.*, 2009). Overigens worden deze besparingen niet altijd door de energiegebruikers als zodanig herkend, omdat de *commodity* energie de laatste jaren flink in prijs gestegen onder invloed van de hogere mondiale energieprijzen en de hogere kosten van milieubeleid.

Overheidsfalen

Overheidsfalen bij de vormgeving van de regulering doet zich voor als bij de hierboven genoemde dilemma's niet de maatschappelijke optimale uitkomsten worden gerealiseerd. Een van de vragen hier is of de gerealiseerde doelmatigheidswinsten ten koste zijn gegaan van de kwaliteit van de energienetwerken. Door sommigen wordt gesteld dat deze afruil zich daadwerkelijk voordoet in Nederland (bijv. Arts *et al.*, 2008; AER, 2009). Tot dusverre zijn er echter geen aanwijzingen dat de kwaliteit van deze netwerken daadwerkelijk is verslechterd. Het aantal storingsminuten in Nederland ligt al jarenlang op een internationaal laag niveau van gemiddeld ca. 25 minuten per klant per jaar. Er zijn evenmin aanwijzingen dat de technische kwaliteit van de fysieke infrastructuur is verslechterd. Echter, de informatie over de technische kwaliteit van de infrastructuur is slechts fragmentarisch beschikbaar, zodat er

[17] Met omzetregulering wordt hier bedoeld dat de beheerder geen winst of verlies kan maken door een grotere en geringe benutting van het net, in tegenstelling tot de beheerders van de distributienetten die wel een volumerisico lopen.

evenmin duidelijke aanwijzingen zijn dat de huidige technische kwaliteit in orde is. Hoewel de huidige regulering ook toezicht op de kwaliteit van de energienetten omvat, lijkt dit toezicht onvoldoende in staat om een goede kwaliteit te garanderen.

Een andere vraag over de huidige regulering van de energienetwerken is of het adequate prikkels biedt voor het doen van investeringen in innovatieve verbeteringen van de infrastructuur. Een kenmerk van zulke verbeteringen is uiteraard de grote onzekerheid over het uiteindelijke rendement. Wanneer het risico van zulke investeringen sterk bij netbeheerders ligt, zal dat een negatief effect kunnen hebben op doen van die investeringen, terwijl het maatschappelijk wel efficiënt kan zijn dat deze investeringen verricht worden. Toepassing van minder strenge vormen van regulering kan hier mogelijk verbetering brengen (Vogelsang, 2009).

6.5.2 Regulering van groothandelsmarkten

Marktfalen

Naast het marktfalen dat voortkomt uit de aanwezigheid van essentiële faciliteiten, zoals de transportinfrastructuur, kent de energiesector nog andere bronnen van marktmacht (EC, 2007). In de gasmarkt is dat de ongelijke verdeling van en toegang tot gasvelden. In Nederland heeft één speler (GasTerra) als enige toegang tot het zogenaamde Groningenveld dat bijzondere kenmerken heeft (grote omvang, grote druk) waardoor deze speler een sterke positie op de gasmarkt inneemt. In de elektriciteitsmarkt zijn de activa weliswaar minder ongelijk verdeeld over de spelers, maar ook hier is sprake van een geconcentreerde markt. Bovendien is de vraag naar elektriciteit tamelijk inelastisch, terwijl het product 'elektriciteit' (vrijwel) niet kan worden opgeslagen. Hierdoor is de elektriciteitsmarkt vatbaar voor het gebruik van marktmacht door de zittende producenten (Newbery, 2004).

Optimale regulering

Het bevorderen van de concurrentie in de groothandelsmarkten zal de allocatieve inefficiënties verminderen die het gevolg zijn van huidige imperfectie concurrentie (London Economics, 2007). Evans en Green (2005) tonen aan dat de daling van de Britse energieprijzen na 1998 een gevolg is van de verminderde concentratie in de energiemarkt. Newbery (2004) vindt overeenkomstige resultaten: de prijs-kostenmarge werd pas kleiner in de Britse markt toen de HHI index[18] van de prijszettende kolenproducenten terugviel tot onder de 2000, wat betekent dat er meer dan vijf spelers actief waren in de markt. London Economics (2007) vindt voor verschillende Europese markten een statistisch significant verband tussen enerzijds de marktstructuur en anderzijds de prijzen. Voor de Nederlandse markt vinden Mulder *et al.* (2008) vergelijkbare uitkomsten.

Naast deze allocatieve effecten zal versterking van de concurrentie een positief effect hebben op de productieve efficiëntie van onder meer de opwekking van

[18] De HHI (Herfindahl-Hirschman Index) is de som van de gekwadrateerde marktaandelen van de afzonderlijke spelers in een markt.

elektriciteit. Bijvoorbeeld in het Verenigd Koninkrijk heeft de herstructurering van de elektriciteitssector de opwekkingskosten structureel met 5% verlaagd (Newbery *et al.*, 1997). Bushnell *et al.* (2005) vinden voor de Verenigde Staten dat de liberalisering van de energiesector tot een structurele verhoging van de brandstofefficiëntie van 2% heeft geleid. Steiner (2001) vindt voor de OECD dat de herstructurering heeft geleid tot een intensievere benutting van de elektriciteitscentrales.

Verschillende maatregelen kunnen worden genomen om de werking van de groothandelsmarkten te bevorderen, zowel op het gebied van regulering als mededingingsbeleid. Voorbeelden van reguleringsmaatregelen zijn het vergroten van de relevante geografische markt via het verminderen van belemmeringen voor grensoverschrijdende handel, structuurmaatregelen als het splitsen van verticaal geïntegreerde energiebedrijven en het plafonneren van groothandelsprijzen. Bij mededingingsbeleid gaat het om fusietoezicht en toezicht op anticompetitief gedrag (op grond van artikelen 81 en 82 van het EG-verdrag en artikelen 6 en 24 van de Nederlandse Mededingingswet).

Een effectieve maatregel om de concurrentie in de groothandelsmarkten voor elektriciteit en gas te vergroten is het vergroten van de relevante geografische markt via het wegnemen van belemmeringen voor grensoverschrijdende handel (CPB, 2006). Nationale markten blijken in veel gevallen te klein te zijn om voldoende concurrerende aanbieders te hebben wat deels komt door de erfenis van nationaal opererende 'incumbents'. Door de vergroting van de relevante geografische markt vermindert de marktmacht van nationaal sterke spelers en neemt de concurrentie toe.

Huidige regulering

Een van de succesvolle maatregelen om de geografische markt voor elektriciteit te vergroten is de totstandkoming van marktintegratie met België, Luxemburg en Frankrijk via marktkoppeling oftewel impliciete veiling van de grensoverschrijdende transportcapaciteit. Deze maatregel behelst dat (een deel van) deze capaciteit wordt gealloceerd in directe relatie met de handel in elektriciteit op beurzen (zie ook Gilbert *et al.*, 2004). De benutting van deze capaciteit is hierdoor verbeterd, waardoor er minder prijsverschillen tussen deze landen bestaan (Mulder *et al.*, 2008). Binnenkort wordt de marktkoppeling met Duitsland gerealiseerd, waardoor ook hier de grenscapaciteit efficiënter zal worden benut. Tot dusver werd de grenscapaciteit hier expliciet geveild, wat leidde tot situaties waarin ongebruikte capaciteit samenging met behoorlijke prijsverschillen tussen de elektriciteitsbeurzen in Nederland (APX) en Duitsland (EEX). Een succes voor de groothandelsmarkt voor elektriciteit is ook de totstandkoming van NorNed, de elektriciteitskabel tussen Noorwegen en Nederland. Vanaf de start is deze kabel intensief benut doordat er vaak sprake was van behoorlijke prijsverschillen tussen deze beide landen.

In de groothandelsmarkt voor gas blijkt het moeilijker te zijn om winst voor de marktwerking te boeken. In deze markt doen zich nog diverse problemen voor,

zoals de inefficiënte benutting van de transportinfrastructuur. De transportcapaciteit voor de import van gas is gealloceerd op basis van (historische) *First come – First serve* methoden, waardoor nieuwkomers problemen ervaren bij het verkrijgen van transportcapaciteit (Mulder *et al.*, 2008). De primaire allocatie van capaciteit zal efficiënter worden wanneer daarvoor een veilingmechanisme wordt gebruikt. Daarnaast zal een secundaire markt de efficiënte benutting van de capaciteit verder ten goede komen, en daarmee de integratie met de buurlanden omdat de grenscapaciteit minder een bottleneck voor de internationale handel zal vormen.

Overheidsfalen

Overheidsfalen bij de vergroting van de geografische markten doen zich voor als inefficiënte of minder effectieve maatregelen worden ingezet. De meest efficiënte instrumenten zijn die waarbij via aanpassing van voorwaarden voor bijvoorbeeld het gebruik van transportinfrastructuur belemmeringen voor grensoverschrijdende handel worden verminderd. Relatief dure maatregelen zijn die waarbij investeringen in infrastructuur plaatsvinden om hetzelfde effect te bereiken. Hoewel in het huidige beleid van de nationale toezichthouders de aandacht vooral gericht is op het efficiënter benutten van de bestaande capaciteit, willen nationale overheden samen met de Europese Commissie de fysieke grenscapaciteiten sterk uitbreiden. Hier bestaat het risico dat de kosten van deze uitbreidingen niet zullen opwegen tegen de baten in de vorm van een verbeterde marktwerking of verbeterde energiezekerheid.

Een efficiëntere maatregel is om de beheerders van de nationale infrastructuren te verplichten hun investeringsplannen beter in internationaal verband op elkaar af te stemmen en meer met elkaar samen te werken. De netbeheerders vervullen immers een cruciale positie bij de realisatie van een geïntegreerde markt. Internationale samenwerking tussen de netbeheerders is onder meer nodig om de beschikbaarheid van de huidige infrastructuur voor marktpartijen te vergroten, bijvoorbeeld via het verbeteren van (de toepassing van) allocatie- en congestiemechanismes. Daarnaast is samenwerking uiteraard noodzakelijk bij het realiseren van efficiënte investeringen in uitbreiding van de (nationale en grensoverschrijdende) infrastructuur. Een grotere internationale samenwerking tussen de beheerders van de infrastructuren vraagt uiteraard ook om een sterkere internationale coördinatie van het werk van de nationale toezichthouders.

6.6 Conclusies

De overheid heeft een belangrijke rol te spelen in de energievoorziening. Zonder overheidsingrijpen is er sprake van marktfalen in diverse onderdelen van de energieketen. Bij de winning speelt de *tragedy of the commons* en het vraagstuk hoe de *resource rents* voor de maatschappij beschikbaar te maken zonder de prikkels voor winbedrijven te verminderen. Bij de productie en transport van gas en elektriciteit is er sprake van marktmacht vanwege natuurlijke monopolies en historische erfe-

nissen van nationale *incumbents*. Het gebruik van energie ten slotte kenmerkt zich door omvangrijke negatieve milieuexternaliteiten.

De Nederlandse en Europese overheden hebben deze marktfalens vertaald naar het politieke doel van een schone, betrouwbare en betaalbare energievoorziening. Tussen de verschillende onderdelen van deze doelstelling bestaan diverse afruilrelaties waardoor de overheid moeilijk tot een optimale invulling kan komen zonder marktpartijen daarbij direct in te schakelen. Markten hebben dus eveneens een cruciale rol te vervullen bij de realisatie van de politieke doelen en het borgen van de publieke belangen.

Bij het realiseren van een schone energievoorziening vormen de CO_2-emissies het grootste vraagstuk. Het optimale beleid om dit vraagstuk aan te pakken is het mondiaal beprijzen van de emissies. Hoewel in het huidige klimaatbeleid het prijsinstrument een voorname rol speelt, zijn er ook grote verschillen met de optimale vormgeving. Zo wordt ook veelvuldig gebruik gemaakt van het subsidie-instrument, maar dat instrument werkt alleen goed als er sprake is van positieve externaliteiten (R&D). Ook bij de vormgeving van heffingen en emissiehandel zijn er inefficiënties, zoals door de *grandfathering* van emissierechten. De stapeling van instrumenten, zoals heffingen, emissiehandel en subsidies, komt de effectiviteit van het klimaatbeleid evenmin ten goede. In plaats van verdere implementatie van allerlei nationale instrumenten is het beter om te werken aan verdere uitbreiding van het Europese stelsel van emissiehandel (meer sectoren en meer broeikasgassen) en koppeling van dit stelstel met (opkomende) handelssystemen elders in de wereld. Daarnaast moet er gewerkt worden aan het verminderen van de *entry barriers* voor groene-energieproducenten (zoals de timing van het balanceringssysteem) en het bieden van voldoende zekerheid over toekomstige CO_2-prijzen.

Bij de betrouwbaarheid van de energievoorziening is een rol van de overheid minder evident. Dit geldt in het bijzonder voor de zogenaamde energiezekerheid, dat wil zeggen de zekerheid dat er voldoende geïnvesteerd wordt in energie-infrastructuur. Mogelijk bestaat hier enige vorm van marktfalen doordat de markt onvoldoende transparant is (vooral in de gasmarkt) en lange-termijn contracten niet voldoende mogelijk zijn (vooral de elektriciteitsector). Door deze imperfecties in de huidige markten aan te pakken, zullen marktpartijen adequater kunnen reageren op veranderingen in de energiezekerheid. Wel heeft de overheid een rol bij het verminderen van de geopolitieke risico's.

Op het gebied van leveringszekerheid (kwaliteit van infrastructuur) is er wel een duidelijke vorm van marktfalen, namelijk het publiek-goed karakter hiervan. Centrale coördinatie van het netwerkbeheer is nodig om tot een optimale leveringszekerheid te komen. In de elektriciteitsmarkt is dit nu beter geregeld dan in de gasmarkt, waar bijvoorbeeld nog geen marktconform balanceringsmechanisme bestaat. Een van de problemen met leveringszekerheid is het ontbreken van Europese coördinatie, zowel in de elektriciteitssector als in de gassector. Balanceringsmarkten zijn nog steeds nationaal, problemen worden nog graag doorgeschoven

naar de buurlanden. Spotprijzen voor elektriciteit en gas zijn gemiddeld genomen hoog genoeg om investeringen te vergoeden, maar zijn tijdens superpiekuren wellicht nog te laag om de effectieve schaarste te weerspiegelen.

Om de betaalbaarheid (of de allocatieve en productieve efficiëntie) van de energievoorziening te borgen, is eveneens gericht overheidsingrijpen nodig. Vanwege de cruciale rol van de transportinfrastructuur bij de elektriciteits- en gasvoorziening is marktmacht een inherent verschijnsel in de energiesector met directe gevolgen voor de betaalbaarheid van energie. Regulering is cruciaal om alle (potentiële) gebruikers onder dezelfde voorwaarden toegang tot deze netwerken te verlenen. Om de netwerkbeheerders te prikkelen doelmatig te werken en de gebruikers van de netwerken daarvan mede te laten profiteren, is een vorm van *price-cap* regulering nodig. Mogelijke verbeterpunten bij de huidige regulering zijn het toezicht op de kwaliteit van de netwerken en het zorgen voor adequate prikkels in innovatieve investeringen. Het probleem van marktmacht doet zich bovendien vooral voor in de groothandelsmarkten waar de concentratie in het aanbod nog steeds groot is. Een effectieve maatregel om de concurrentie in de groothandelsmarkt te bevorderen is het vergroten van de geografische markten via het beter benutten van grensoverschrijdende verbindingen. Dit laatste kan gebeuren via de introductie van impliciete veilingen (bij elektriciteit) of expliciete veilingen (bij gas) en het bevorderen van secundaire handel in transportcapaciteit. Dit vereist betere internationale samenwerking tussen de netwerkbeheerders en de toezichthouders, en eventueel ingrijpen op Europees niveau.

Om de publieke belangen bij de energievoorziening te borgen zijn overheid en markt dus beide nodig. De overheid kan niet zonder goed werkende markten om een schone, betrouwbare en betaalbare energievoorziening te realiseren. Om goed werkende energiemarkten te verkrijgen moet de overheid zorgen voor een efficiënte beprijzing van externe effecten, transparante marktplaatsen en de juiste prikkels voor de beheerders van de essentiële infrastructuren.

Referenties

Algemene Energieraad (AER), (2009), De ruggengraat van de energievoorziening, Den Haag.

Arts, G., W. Dicke en L. Hancher (ed.), (2008), New perspectives on investment in infrastructures, WRR.

Burger, A. en P. von Geymueller, (2008), Can we measure welfare? Dynamic comparisons of allocative efficiency before and after the introduction of quality regulation for Norwegian electricity distributors, Vienna.

Bushnell, J. en C. Wolfram, (2005), Ownership Change, Incentives and Plant Efficiency: The Divestiture of U.S. Electric Generation Plants, SCEM WP 140, US.

CPB, (2000), Naar een efficiënter milieubeleid; Een maatschappelijk-economische analyse van vier hardnekkige milieuproblemen, Den Haag.

CPB, (2002), Klimaatbeleid en Europese concurrentiepositie, CPB-document 24, Den Haag.

CPB, (2006), Liberalisation of European energy markets: challenges and policy options, CPB-document 138, Den Haag.

Cramton, P. en S. Stoft, (2006), The Convergence of Market Designs for Adequate Generating Capacity with Special Attention to the CAISO's Resource Adequacy Problem, Working Paper, Retrieved at http://stoft.com/metaPage/lib/Cramton-Stoft-EOB-2006-04-ICAP-energy-convergence.pdf".

Domah P. en M. Pollitt, (2001), The Restructuring and Privatisation of Electricity Distribution and Supply Businesses in England and Wales: A Social Cost-Benefit Analysis, *Fiscal Studies*, vol. 22, no. 1, p. 107-146.

ECN/Planbureau voor de Leefomgeving (2009), Verkenning Schoon en Zuinig**;** Effecten op energiebesparing, hernieuwbare energie en uitstoot van broeikasgassen.

Eyckmans J., B. Willems, en J-P. van Ypersele, (2005), Climate Change: Challenges for the World, in Willems, B., Eyckmans, S, Proost, S. (2005) Economic aspects of climate change policy: a European and Belgian Perspective, Acco. Leuven.

Europese Commissie (EC), (2007), DG Competition Report on Energy Sector Inquiry. Brussels.

Europese Commissie (EC), (2008), Proposal for a Decision of the European Parliament and of the Council on the effort of Member States to reduce their greenhouse gas emissions to meet the Community's greenhouse gas emission reduction commitments up to 2020 {COM(2008) 30 final} {SEC(2008) 85}.

Evans, J. en R. Green, (2005), Why Did British Electricity Prices Fall after 1998? University of Birmingham, Discussion Paper 05-13.

Evans, L.T. en G.A. Guthrie, (2005), Risk, price regulation, and irreversible investment, International Journal of Industrial Organisation, 23(1-2), p. 109-128.

Gerlagh, R, S. Kverndokk, en K. E. Rosendahl, (2008), Linking Environmental and Innovation Policy. FEEM Working Paper No. 53.2008. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=1158443.

Gilbert, R., K. Neuhoff en D. M. Newbery, (2004), Allocating transmission to mitigate market power in electricity networks, *RAND Journal of Economics*, vol. 34.

Golombeck, R., Gjelsvik, E. en K.E. Rosendahl, (1995). Effects of liberalizing the natural gas market in Western Europe. The Energy Journal, 16(1), pp85-111.

Grubb, M. en K. Neuhoff, (2006), Allocation and Competitiveness in the EU Emissions Trading Scheme: Policy Overview, WP Electricity Policy Group 0622.

Grubb, M., T.L. Brewer, M. Sato, R. Heilmayr, en D. Fazekas, (2009), Climate policy and industrial competitiveness: Ten insights from Europe on the EU Emissions Trading System, Climate Strategies Report.

Haffner, R.C.G. en P. Meulmeester, (2005), Evaluatie van de regulering van het elektriciteitsnetwerk, *Economisch Statistische Berichten*, 7 oktober, nr. 4472.

Helm, D., (2007), European energy policy: meeting the security of supply and climate change challenges, EIB papers, 12(2), p. 30-48.

Hubert, F., (2007), Strategic investments in international gas transport systems, EIB papers, 12(2), p. 62-81.

Hogan, W.W., (2005), On an "Energy Only" electricity market design for resource adequacy, Harvard Electricity Policy Group, Working Paper.

IPCC, (2007), Climate Change 2007: Synthesis Report. Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, Geneva, Switzerland, 104 p.

Jamasb, T., M. Pollitt, en T. Triebs, (2008). Productivity and efficiency of US gas transmission companies: A European regulatory perspective. Energy Policy 36(9): 3398-3412.

Joode, J. de, D. Kingma, M. Lijesen, M. Mulder en V. Shestalova (2004), Energy risks and energy policies; a cost-benefit analysis, CPB, Den Haag, Bijzondere Publikatie 51.

Joskow, P., (2006) Incentive regulation in theory and practice: electricity distribution and transmission networks. MIT, January.

Joskow, P., (2007), Competitive electricity markets and investment in new generation capacity. Presentation, Toulouse Energy Conference.

Joskow, P., (2008), Capacity Payments in imperfect electricity markets: need and design. Utilities Policy, 16(3) pp 159-170.

Joskow, P. en J. Tirole, (2007), Reliability and Competitive Electricity Markets, Rand Journal of Economics, 38(1), 60-84.

Kolstad, C. D., (1996), Learning and Stock Effects in Environmental Regulations: The Case of Greenhouse Gas Emissions, Journal of Environmental Economics and Management, 31, pp1–18.

Kemp, A.G., en B. MacDonald, (1992), The UK and Norwegian fiscal systems: a comparative study of their impacts on new field investments, University of Aberdeen, Department of Economics, North Sea Study Occasional Paper no. 38.

Küpper, G., (2009), Bargaining in Energy Markets and the Importance of Outside Options, K.U.Leuven, mimeo.

Laffont, J.J., en J. Tirole (1993), A theory of incentives in procurement and regulation. MIT Press.

Lijesen, M. en G. Zwart, (2005), Op zoek naar een onzichtbaar vangnet: Hoe geven we de publieke rol in leveringszekerheid vorm zonder de markt te verstoren?, CPB document 89.

Linde, C. van der, (2007), The art of managing energy security risks, EIB papers, 12(2), p. 50-78.

Liski, M. en O. Tahvonen, (2004), Can carbon tax eat OPEC's rents?, Journal of Environmental Economics and Management. (47), 1-12.

London Economics, (2007), Structure and performance of Six European Wholesale Electricity Markets in 2003, 2004 and 2005, London.

Mankiw, N.G., (1998), Principles of microeconomics, Elsevier.

Ministerie van Economische Zaken (EZ), (2008), *Energierapport 2008*, Den Haag.

Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieu (VROM), (2008), *Nieuwe energie voor het klimaat; werkprogramma Schoon en Zuinig*, Den Haag.

Mulder, M., A. ten Cate en G.T.J. Zwart (2007a), The economics of promoting security of energy supply, EIB Papers, 12(2)., p.38-61.

Mulder, M., M.H. Korteland en M.J. Blom (2007b), Overwinsten bij de subsidieregeling Milieukwaliteit ElektriciteitsProductie (MEP), CE, Delft.

Mulder, M., M. Vermeulen en M. Hehenkamp, (2008), Monitor energiemarkten 2007; analyse van ontwikkelingen in de Nederlandse groothandelsmarkten voor gas en elektriciteit, NMa.

Neher, P.A., (1999), Economics of mining taxation, in: J.C.J.M. van den Bergh, Handbook of Environmental and Resource Economics, Edward Elgar, UK/USA.

Neuhoff, K., K. Keats en M. Sato, (2006), Allocation, incentives and distortion: the impact of EU ETS emission allowance allocations to the electricity sector. Climate Policy 6, 73–91.

Neuhoff, K., (2008), Tackling Carbon, How to price Carbon for Climate Policy, report, version 1.1.

Newbery, D. en M. Pollitt, (1997), The Restructuring and Privatisation of the CEGB – Was It Worth It?, *Journal of Industrial Economics*, vol. 45, no.3, p. 269-303.

Newbery, D., (2004), Electricity Liberalisation in Britain: the quest for a satisfactory wholesale market design. Cambridge Working Papers in Economics CWPE 0469.

Planbureau voor de Leefomgeving (PBL), (2009), Milieubalans.

Plug, P. en M. Mulder, (2009), 'Reguleren van energiemarkten: sturen in een dynamische omgeving', De Blijvende Uitdaging, NMa, Den Haag.

Pollit, M. (ed.) (2008), Vertical Unbundling in the EU Electricity Sector, Intereconomics, Springer Berlin/Heidelberg.

Sinderen, J. van en R. Kemp, (2008), De welvaartseffecten van mededinging: wie profiteert?, NMa, Trust en antitrust; beschouwingen voer 10 jaar Mededingingswet en 10 jaar NMa, Den Haag.

Smeers, Y., (2008), Gas models and Three Difficult Objectives, ECORE discussion paper 2008/13.

Steiner, F., (2001), Regulation, Industry Structure and Performance in the Electricity Supply Industry, OECD Economics Department Working Papers, nr. 238, OECD Publishing.

Stern, J., (2006), Stern review of the economics of climate change.

UK Energy Research Centre (UK ERC), (2007), The Rebound Effect: an assessment of the evidence for economy-wide energy savings from improved energy efficiency.

Vogelsang, I., (2009), Regulation incentives for investment and technological change, presentatie op 4th Energy Economics Policy Seminar, CPB/EZ/NMA/TILEC, Den Haag, 9 oktober 2009.

Vollebergh, H.R.J., (2007), Differential Impact of Environmental Policy Instruments on Technological Change: A Review of the Empirical Literature, Tinbergen Institute Discussion Paper, TI 2007-042/3.

Waddam, C. (2005), The Effect of Liberalizing UK Retail Energy Markets on Consumers, Oxford University Press.

Willems, B. en M. Morbée, (2008), Risk management in electricity markets: hedging and market incompleteness, K.U.Leuven Discussion Paper 0823.

Wilson, R., (2002), Architecture of Energy Markets, Econometrica, 70(4), 1299-1340.

Zijl, G., R. Haffner en M. Mulder, (2008), Energiemarkten laten werken: een onvoltooide missie, in: NMa, Trust en antitrust; beschouwingen voer 10 jaar Mededingingswet en 10 jaar NMa, Den Haag.

Hoofdstuk 7 Over het borgen van publieke belangen in de zorg: De rol van markten en toezicht

Maarten Janssen[*]
Krijn Schep[**]
Jarig van Sinderen[***]

7.1 Inleiding

De ingeslagen weg naar meer marktwerking in de zorg komt onder steeds grotere druk te staan. Er gaat haast geen week voorbij of op de opiniepagina's van de vooraanstaande kranten en weekbladen wordt geschreven over problemen in de gezondheidszorg als vermeend gevolg van de invoering van marktwerking. Een belangrijk vraagstuk is of de publieke belangen die onlosmakelijk met de zorgsector verweven zijn in een systeem waar marktwerking voorop staat goed geborgd kunnen worden. Veel politici zijn vandaag de dag geneigd om deze vraag niet volmondig met ja te beantwoorden. Sommigen zijn van mening dat de ingezette marktwerkingslijn juist de problemen veroorzaakt en dat de overheid veel meer regulerend moet (blijven) optreden en de marktwerking moet inperken.[1] De bedoeling van de ingevoerde stelselwijziging is om van een aanbodgestuurd verzekeringstelsel naar een meer vraaggestuurd model te komen, om door de introductie van marktwerking en concurrentie tussen verzekeraars "de positie van de zorgvrager t.o.v. de positie van de aanbieder en de verzekeraar (te versterken), (en om) een versterking van de positie van de verzekeraar t.o.v. de zorgaanbieders, en een vergroting van de speelruimte voor de zorgaanbieders", te bewerkstelligen.[2] Voor sommige mogelijke negatieve bijwerkingen van meer markt en minder overheid in de zorg, waaronder mogelijk kwaliteitsverlies en maatschappelijk ongewenste kostenstijgingen door informatieproblemen bij de zorgvragers, werd bij de introductie al gewaarschuwd.[3] Dit artikel gaat over het borgen van publieke belangen in de gezondheidszorg en hoe dit zich verhoudt tot markwerking. De bijdrage aan deze discussie leveren we op verschillende niveaus.

---

[*] Raadsadviseur van de NMa ten behoeve van de zorgsector, Competition Economists Group (CEG-Europe) en hoogleraar Erasmus Universiteit Rotterdam.
[**] Senior medewerker bij de NMa, cluster Zorg.
[***] Chief Economist, NMa en hoogleraar Economische Politiek, Erasmus Universiteit Rotterdam. De auteurs zijn veel dank verschuldigd aan Lilian Petit en Kevin Wood voor hun bekwame onderzoeksassistentie en aan Eric van Damme, Henk Don, Aad Kleijweg en Maarten Pieter Schinkel voor uitvoerig commentaar op een eerdere versie.
[1] Zie voor een overzicht: Wolf Sauter, Marktwerking in de zorg- Toezicht met oog op de consument, inaugurele rede, TILEC, Tilburg, 6 februari, 2009, blz. 8/9.
[2] Vraag aan bod: hoofdlijnen van vernieuwing van het zorgstelsel, Tweede Kamer, vergaderjaar 2000-2001, 27855, nr. 2, blz. 22.
[3] Zie CPB (2003), Werkdocument 28, blz 46/47.

In de eerste plaats gaan we nader in op hoe publieke belangen in de zorg worden gedefinieerd. De NZa kiest ervoor om het publieke belang te specificeren in termen van (i) betaalbaarheid (ii) bereikbaarheid en (iii) kwaliteit.[4] Dat suggereert een min of meer objectiveerbare situatie. Eerder zijn de kernwaarden van de zorg gedefinieerd in termen van solidariteit, verantwoordelijkheid, gelijkwaardigheid en beschermwaardigheid.[5] Anderen spreken over publieke belangen in termen als noodzakelijkheid, werkzaamheid, doelmatigheid en eigen verantwoordelijkheid.[6] De vraag die we om te beginnen in onze bijdrage willen beantwoorden is hoe het publiek belang te definiëren, en of economische inzichten gebruikt kunnen worden voor het verduidelijken van deze belangen. Een van de vragen die daarbij een rol speelt is of deze begrippen voor de samenleving als geheel of voor elk individu afzonderlijk gelden.

In de tweede plaats proberen we te identificeren waar de gesignaleerde problemen met marktwerking in de gezondheidszorg nu precies in schuilen. Zijn deze problemen zo fundamenteel dat ze niet te verenigen zijn met welke vorm van marktwerking dan ook? Het is duidelijk dat er bij marktwerking in de zorg altijd sprake is van gereguleerde marktwerking. De wetgever heeft niet voor niets de NZa opgericht om toezicht te houden en om het proces te borgen. De vraagstukken zoals: waar kan de markt zich wel en waar niet laten gelden?; en hoe kan het zorgstelsel dusdanig worden ingericht dat de publieke belangen zo goed mogelijk worden geborgd?, moeten deels daar worden geadresseerd.[7] In andere gevallen heeft de wetgever paal en perk gesteld aan de tucht van de markt. Zo mogen ziekenhuizen wel lenen van een bank en rente betalen, maar mogen ze niet naar winst streven voor hun mogelijke aandeelhouders. Zijn het dergelijke politieke restricties die een optimaal functionerende markt voor de gezondheidszorg moeilijk maken? Of liggen de genoemde problemen vooral aan het niet goed inrichten van de toezichtsbevoegdheden van IGZ, NZa en NMa? Of gaat het ook om een gebrek aan controle vanuit de raden van toezicht binnen de zorginstellingen en de verzekeraars?

In de derde plaats, gaan we in op de vraag of de problemen deels een gevolg kunnen zijn van de marktwerking zelf, of dat er in het huidige zorgstelsel een aantal weeffouten zitten die vragen om nadere bijsturing. Dit doen we door een drietal onderwerpen die telkens weer in de discussie terugkomen onder de loep te nemen: faillissementen van zorginstellingen, differentiatie van zorg (o.a. door het stimuleren van ZBC's) en het solidariteitsbeginsel, en tenslotte verticale fusies.

---

[4] Deze drie publieke belangen worden ontleend aan de inleiding van Memorie van toelichting van de WMG, Tweede Kamer vergaderjaar 2004-2005 (2004), 30 186, nr. 3, blz 2. Zie ook de oratie van Wolf Sauter; blz. 26, voetnoot 41.

[5] Zie : Marian Verkerk: Zorg moet niet nuttig zijn, zorg moet ethisch zijn, NRC, 8-7-2006. Dit stuk is een reactie op het advies van De Raad voor Volksgezondheid getiteld : "Zinnige en duurzame zorg". In dat advies wordt gekozen voor het utiliteitsmodel: zorg moet nuttig zijn.

[6] Zie: Commissie-Dunning (1991), Kiezen en delen.

[7] Antoinette Reerink, "Economisering` zorg drijft wig tussen fracties`, NRC, 10-7-2009.

De rest van het artikel is als volgt opgebouwd. Sectie 2 geeft een overzicht van enkele van de meer spraakmakende bijdragen aan het publieke debat die marktwerking in de zorg ter discussie stellen. De daaropvolgende sectie behandelt de discussie over publieke belangen en de borging daarvan op een meer fundamenteel niveau en bespreekt hoe de publieke belangen adequaat gedefinieerd kunnen worden. In paragraaf 4 gaan we in op de vraag in hoeverre marktwerking in de zorg de publieke belangen kan borgen en wat de aanvullende voorwaarden zijn om deze belangen ook daadwerkelijk zeker te stellen. De spraakmakende voorbeelden plaatsen we tegen deze achtergrond in paragraaf 5 waar we de drie genoemde onderwerpen in enig detail bestuderen. Paragraaf 6 sluit af met conclusies.

7.2 Het publieke debat

De recente commentaren op problemen in de zorg blijken goed in een aantal thema's (soms in combinatie met elkaar) onder te verdelen. Het gaat in grote lijnen om zorgen over: (i) financieel wanbeheer, soms gecombineerd met een overambitieuze fusiedrang en hoge beloningen van bestuurders, in een enkel geval leidend tot een (dreigend) faillissement, (ii) gebrek aan kwaliteit van de zorg, (iii) cherry picking in de vorm van het aanbieden van onnodige, luxueuze zorgvoorzieningen met als risico dat winstbejag ten koste gaat van kwaliteit en dat er een tweedeling in het zorgaanbod dreigt, en (iv) een vermoede korte termijn horizon van de markt, waardoor preventie onvoldoende aandacht zou krijgen. In deze sectie gaan we op een systematische wijze op de argumenten in die in het publieke debat genoemd zijn onder deze vier noemers. De argumenten in het publieke debat worden in deze sectie vooral aangekaart. Later zullen ze op een meer fundamentele manier bediscussieerd worden.

7.2.1 Financieel wanbeheer

Een recent voorbeeld van financieel wanbeheer is de aandacht voor de gehandicapteninstelling Philadelphia, die op de rand van faillissement verkeert. Een aantal artikelen stelt dat falend toezicht en falend bestuur ertoe geleid hebben dat bestuurders zich bezig konden houden met het aanschaffen van onroerend goed, in plaats van zich bezig te houden met de kerntaak van de onderneming.[8] Een zelfde oorzaak wordt aangedragen voor de financiële problemen van de thuiszorgorganisatie Meavita: wanbeleid en hebzucht van zijn bestuurders zou voor faillissement hebben gezorgd.[9] Overambitie en het verkeerd inschatten van de markt in relatie tot de

[8] Zie, bijvoorbeeld,http://www.medicalfacts.nl/2009/06/12/rapport-philadelphia-door-vws-openbaar-gemaakt-reactie-van-college-sanering-zorginstellingen-op-kanttekeningen-kralt-ontbreekt/ en http://www.medicalfacts.nl/2009/05/30/theo-kral-en-frist-brink-hebben-toch-gouden-handdruk-gekregen-bij-philadelphia/.

[9] Zie, onder andere, CSZ (2009), Rapportage over de Financiele problemen bij Meavita, en ook http://www.medicalfacts.nl/2009/08/27/meavita-ten-onder-door-wanbeleid/.

financiële armslag komt ook voor. Een typisch voorbeeld van het laatste is het financiële debacle rond Orbis. Het "revolutionaire ziekenhuis van de eeuw" bleek een half jaar na opening al in de financiële problemen.

Problemen met betrekking tot financieel beheer kunnen meer tijdelijk van aard blijken. Deels kan het een gevolg zijn van het feit dat de pioniers in vernieuwing de prijs betalen voor 'de eerste' zijn. Andere problemen hangen deels ook samen met de financiële crisis (de waardevermindering van vastgoed die problematisch werd bij Philadelphia) of zijn het gevolg van de transitie van een budgetsysteem naar een meer marktgeoriënteerd systeem. Ernst & Young stelde vorig jaar vast dat, onder andere door de introductie van marktwerking, het aantal verlieslijdende zorginstellingen is toegenomen van 15% in 2006 tot 27% in 2007 en dat verwacht wordt dat dit percentage nog verder stijgt.[10] Dat kan ook betekenen dat in de sector een sanering dient plaats te vinden en dat introductie van marktwerking aanpassingskosten met zich meebrengt.[11] De hogere salarissen voor het topmanagement zouden wel eens van langere duur kunnen zijn, omdat we zien dat ook in andere sectoren waar marktwerking geïntroduceerd is de salarissen van het topmanagement structureel hoger komen te liggen. Vanwege *principaal agent*-achtige problemen als gevolg van de onmogelijkheid van perfect intern toezicht doet zich dit beloningsprobleem in alle sectoren voor en er is geen reden om aan te nemen dat de zorgsector daar een uitzondering op is.

7.2.2 Kwaliteit

Ook ten aanzien van de vermeende teloorgang van kwaliteit is veel geschreven. Toch blijkt uit internationaal vergelijkend onderzoek niet dat de kwaliteit van de gezondheidszorg in ons land beduidend slechter scoort dan die in andere landen. Zo concludeerde het CPB al in 2003 dat de kwaliteit op ongeveer het niveau van het gemiddelde van de OESO ligt.[12] Volgens de *European Health Consumer Index* staat Nederland voor de tweede maal op rij op de hoogste plaats (2008 en 2009) en staat het sinds 2005 al in de top 3 (2^{e} in 2006 en 2007). Toch wordt er in de pers veel aandacht besteed aan de door de scribenten geconstateerde teloorgang van de kwaliteit van ons zorgstelsel. Het gaat er dan bijvoorbeeld om dat operatiekamers tijdelijk gesloten worden, onder andere in verband met infectiegevaar. Dit was o.a het geval in Emmeloord[13], de Silhouet kliniek, ZBC Medisch Centrum Breda[14], en het Maaslandziekenhuis in Sittard [15].

Een tweede aspect van teruglopende kwaliteit, wordt gerelateerd aan de toegeno-

---

[10] NRC, Als dit zo doorgaat zullen er zorginstellingen failliet gaan, 19-12-2008.

[11] Zo laten Van Sinderen en Kemp (2008) zien dat het vrij lang geduurd heeft voordat de economische agenten zich aangepast hadden aan de invoering van de mededingingswet in 1998. Ook Creuzen, Minne en Van der Wiel (2006) vinden een vrij lange aanpassingsperiode.

[12] CPB (2003), Zorg voor concurrentie: een analyse van het nieuwe zorgstelsel, CPB document 28, Den Haag, blz 35.

[13] NRC, Slag om patiënten Emmeloord, 28-9-2008.

[14] SP.nl, 29-7-2009.

[15] De Volkskrant, Ziekenhuis Sittard sluit operatiekamers, december 2008.

men werkdruk voor verplegers en andere zorgverleners met alle gevolgen van dien voor de patiënten.[16] Dit zou er zelfs toe leiden dat kinderen soms in een isoleercel worden gezet totdat er tijd voor ze is.[17] Iets soortgelijks doet zich volgens de Volkskrant voor in de AWBZ, nu in de richtlijnen voor 2009 staat dat een zorgverlener in plaats van 15 minuten nog maar 7 minuten mag declareren voor het uittrekken van een steunkous.[18]

Een derde aspect van geringe kwaliteit van geleverde zorg, heeft te maken met de vrees dat het particuliere instellingen meer gaat om het snel verdienen van veel geld, dan om het leveren van acceptabele kwaliteit. Dit speelt onder andere ten aanzien van de plastische chirurgie[19], bij sommige laserbehandelingen (in het buitenland, maar ook in bijv. Den Haag), en evenzeer in de thuiszorg, waar de Volkskrant bijvoorbeeld stelt dat volgens de IGZ marktwerking het mogelijk maakt dat bemiddelingsbureaus ongecontroleerd, ongeregistreerd, zonder bewijs van goed gedrag en zonder voldoende deskundigheid de thuiszorgmarkt betreden.[20]

Een laatste kwaliteitsaspect dat regelmatig wordt genoemd betreft de vraag wie de macht heeft bepaalde medicijnen voor te schrijven, de arts, de apotheker of de (minder deskundige) verzekeringsmaatschappij. Zo zijn apothekers en producenten boos over beperkingen die verzekeraars opleggen bij de keuze van een geneesmiddel.[21]

7.2.3 Cherry picking

Een derde problematisch gevonden aspect van de invoering van marktwerking en de mogelijkheid dat (private) klinieken een winstoogmerk hebben is dat deze zorginstellingen vooral aandacht zouden hebben voor die deelgebieden van de zorg waar relatief eenvoudig geld te verdienen valt, ten koste van zorg waarbij dat niet zo is, zoals bijvoorbeeld de zorg aan de minder bedeelden. Dit wordt in de literatuur ook wel *cherry picking* genoemd. Zo zou de thuiszorgorganisatie Meavita ondermeer gepoogd hebben projecten zoals de TV-phone te ontwikkelen en zorgdorpen aan de Costa del Sol op te richten.[22] Gelet op de financiële problemen waar men in geraakte, was dit toch minder eenvoudig dan het leek. Een voorbeeld dat hier op lijkt betreft het Groene Hart Ziekenhuis in Gouda dat volgens SP.nl een

---

[16] Een ander aspect dat in relatie tot arbeid gerelateerde zaken genoemd wordt is dat afdelingen van ziekenhuizen moeten sluiten in verband met gebrek aan personeel. Zo heeft het Antonius Ziekenhuis Sneek de GGZ afdeling gesloten bij gebrek aan psychiaters en heeft het Ommelander Ziekenhuis in Delfzijl de afdelingen Gynaecologie/Verloskunde en Kindergeneeskunde gesloten. Omdat het hier eerder om een gebrek aan marktwerking gaat, dan om een te veel aan marktwerking, gaan we op dit aspect niet verder in.

[17] SP.nl, thuiszorg, 14-2-2009.

[18] Volkskrant, Beperkt budget voor steunkous vermindert, 14-2-2009.

[19] Volkskrant, Een cosmetische kliniek hoeft zelfs geen vergunning te hebben, 16-2-2009.

[20] Volkskrant, Zwakke organisaties thuiszorg op net, 12-6-2009.

[21] NRC, Verstoorde markt of de beste medicijnenprijs, 21-12-2007.

[22] Zie bijvoorbeeld Het Financieele Dagblad, 'Zorgconcern Meavita beleeft weinig plezier aan de grote fusie', 27 december 2008 en NRC Handelsblad, 'Jong, groot, en goed voor miljoenenverliezen', 17 januari 2009.

businessclub wilde oprichten om zodoende extra geld binnen te halen voor het ziekenhuis. In ruil voor de donaties konden mensen (waarschijnlijk de meer welgestelden) voorrang krijgen op ingrepen. Het probleem met deze voorrangsbehandeling is dat men de gelijke behandeling van iedereen aantast, hetgeen gezien wordt als aantasting van het beginsel van toegankelijkheid. Een gerelateerde zorg is dat marktwerking tot overconsumptie leidt, omdat welgestelden onnodige ingrepen kunnen betalen en private klinieken bijna elke vraag naar zorg honoreren, onder het motto 'U vraagt, wij draaien.'[23]

7.2.4 Korte termijn denken

Een laatste aspect dat in de recente commentaren aan de orde komt is een vermeend gebrek aan borging van het langetermijnbelang in een concurrerende markt, terwijl lange termijn denken in de zorg juist zeer belangrijk is. Commentatoren vrezen dan dat een gebrek aan preventieve zorg nu, later veel problemen kan veroorzaken. De nadruk op marktwerking zou ten koste gaan van preventieve zorg. Gerelateerd hieraan is de vrees dat zorginstellingen zullen beknibbelen op investeringen in de kwaliteit, scholing en arbeidsomstandigheden van het personeel.

Wij zien niet direct in waarom lange termijn denken haaks zou moeten staan op marktwerking. Ziektekostenverzekeraars hebben er juist belang bij om korte en lange termijn kosten te beperken en als het zo is dat door het maken van relatief lage kosten bepaalde ziektes te voorkomen zijn waardoor op lange termijn kosten uitgespaard kunnen worden, dan lijkt het er op dat zij er belang bij hebben om geld aan preventie uit te geven. Een zelfde argument gaat voor zorginstellingen zelf op: als zij nu kunnen investeren in kwaliteit, dan kunnen ze daar op termijn een concurrentievoordeel mee behalen. Natuurlijk moet het dan wel zo zijn dat de baten van de preventie aan de verzekeraar die preventief te werk gaat toe moeten vloeien. Dit is alleen zo als preventieve handelingen periodiek gedaan worden zodat verzekerden niet overstappen naar een andere verzekeraar als de preventieve zorg eenmaal verricht is en die laatste kan *free riden* op het preventiebeleid van de concurrent.

7.3 Publieke belangen en de markt

De WRR (2000) stelt in haar rapport "Borgen van het publiek belang" dat wanneer de overheid het maatschappelijk belang tot haar eigen belang maakt het een publiek belang geworden is. Dit kan gebeuren in geval van marktfalen maar ook wanneer de overheid (deels vanuit een paternalistische houding) denkt dat de burger niet goed in kan schatten wat het (maatschappelijk) belang van de consumptie van het goed precies is en dat deze burger daarom het risico loopt om te weinig of te veel van een bepaald goed te consumeren of om de beschikbaarheid alleen te waarderen op het moment van een acute hulpvraag.

---

[23] Agnes Kant en Ineke Palm (2005), De zorg is geen markt, *Health Management Forum* nr 2 2005 (april).

Daarnaast wijst de WRR (2000, blz. 140) erop dat het van belang is om een helder onderscheid te maken tussen de wat-vraag en de hoe-vraag. Eerst moet de overheid het publieke belang helder formuleren alvorens er gekeken gaat worden op welke wijze de borging het best kan worden gerealiseerd.

7.3.1 Publieke belangen

De publieke belangen in de gezondheidszorg worden in de WMG samengevat met de termen betaalbaarheid, bereikbaarheid en kwaliteit.[24] Dit klinkt mooi en goed. Deze uitgangspunten worden dan ook gezien als de algemeen aanvaarde publieke belangen van de gezondheidszorg. Maar wat betekenen die termen in hun samenhang eigenlijk?[25] Laten we beginnen met betaalbaarheid. Wat is betaalbaar? Is het niet veeleer de vraag hoeveel we als patiënt/consument of als samenleving ergens voor over hebben? Met andere woorden: wat zijn we zowel individueel en als samenleving bereid op te geven van andere zaken in ruil voor een goede zorg?

De tweede term "bereikbaarheid" lijkt op het eerste gezicht duidelijker gedefinieerd. Zorg moet voor iedereen binnen redelijke afstand en tijd beschikbaar zijn. Maar wat is hier redelijk? Hoe dichter de zorg bij de patiënt/consument verleend kan worden en hoe minder lang zij daarop hoeft te wachten, hoe beter het is voor het individu. Maar ook hier moeten we weer de vraag stellen: tegen welke prijs? Als artsen in kleine dorpen hele stukken van de dag niks doen, is de zorg wel bereikbaar, maar ook erg duur geworden. Dan komt de betaalbaarheidsdoelstelling al snel in het gedrang. Een zelfde soort argument gaat op voor de aanschaf van dure apparatuur door iedere zorgaanbieder, zoals een MRI-scan.

En met de derde term "kwaliteit" is het al niet beter gesteld: hoe hoger de kwaliteit die aan alle patiënten/consumenten geleverd kan worden, hoe liever we dat hebben. Probleem is evenwel dat kwaliteit niet objectief beoordeelbaar is.[26] Verder speelt ook hier natuurlijk de vraag wie de prijs voor betere kwaliteit gaat betalen en of we als samenleving niet een keuze moeten maken wat de optimale uitruil is tussen geleverde kwaliteit en de kosten van de zorg.

Het lijkt er dus op dat met de drie termen betaalbaarheid, toegankelijkheid en kwaliteit de publieke belangen in de zorg helemaal niet goed gedefinieerd zijn, vooral ook omdat de onderlinge verhouding van het gewicht van deze publieke belangen bij een afweging niet zijn vastgelegd. Sterker nog, als we betaalbaarheid vertalen

---

[24] In de inleiding geven we aan dat er vaak meer publieke belangen expliciet of impliciet gedefinieerd worden. In deze pargraaf concentreren wij ons evenwel op de expliciet in de WMG gedefinieerde publieke belangen.

[25] Ook Sauter wijst er in zijn oratie al op dat deze drie dimensies niet altijd in elkaars verlengde liggen (zie Sauter (2009), p. 21). Maasdam en Sluis (2009) wijzen er ook op dat een normenkader om de diverse publieke belangen te wegen ontbreekt.

[26] Al in 2003 pleitte het CPB daarom voor het ontwikkelen van een kwaliteitsindex. Er is in het kader van projecten als Zichtbare Zorg op dit terrein in bepaalde deelsectoren al redelijk wat gedaan. Dit zou echter naar andere deelsectoren uitgebreid moeten worden.

met "zo goedkoop mogelijk", dan lijkt het publieke belang dat door deze drie termen gedefinieerd had moeten worden een inconsistent begrip. Wat nodig is om het publieke belang goed te definiëren is een maatstaf die de onderlinge uitruil, die tussen de drie genoemde termen bestaat, articuleert. Zonder een dergelijke maatstaf blijft het publieke belang in het luchtledige hangen en blijft een discussie over het publieke belang in de zorg onnodig vaag. Het feit dat de begrippen zelf niet eenduidig zijn vast te stellen leidt tot een voortdurende discussie die gevoed wordt door incidenten. Op het moment dat er bijvoorbeeld problemen zijn met operatiekamers, speelt de kwaliteit een belangrijke rol en wordt de efficiëntie ter discussie gesteld. Bij budgetoverschrijdingen komt echter de betaalbaarheid weer prominent aan bod.

Bij discussies over budgetoverschrijdingen speelt ook de spanning tussen individu en samenleving een rol. Het is goed mogelijk dat een bepaalde ingreep een individueel belang dient, maar zo kostbaar is dat het voor de betreffende patiënt alleen maar kan worden gefinancierd omdat het collectief verzekerd is. Maar juist omdat in het huidige zorgstelsel de band tussen gebruik van de zorg en de financiering niet meer zichtbaar is, bestaat het gevaar van overvragen en afwentelen van kosten op anderen. Vandaar dat de Raad voor de Volksgezondheid in 2006 met een advies kwam om vooral te letten op nuttigheid en meetbaarheid van rendement van zorg en de effecten daarvan op de zorgverzekeringen. Sommige vormen van zorg zijn dermate duur en de levensverlenging is dermate beperkt dat je de vraag moet stellen of je dergelijke ingrepen vanuit maatschappelijke middelen moet vergoeden wanneer er geen uitzicht op genezing is of wanneer de aandoening een gevolg is van een ongezonde levensstijl.[27] Dit geeft aan dat het begrip betaalbaar een extra dimensie behoeft die aangeeft hoe de verhouding individuele en maatschappelijke betaalbaarheid zich tot elkaar moeten verhouden.

7.3.2 De markt

Een van de redenen om meer marktwerking in het zorgstelsel te brengen heeft alles te maken met het meer inzichtelijk maken van de afwegingen van kosten (die een consument deels voor zijn eigen rekening moet nemen) en opbrengsten. Het economische begrip "markt" levert de benodigde maatstaf waarmee de uitruil tussen betaalbaarheid, toegankelijkheid en kwaliteit inzichtelijk wordt gemaakt. Het fundament van de markt is dat de prijzen die tot stand komen een weerspiegeling zijn van de bereidheid van consumenten om voor verschillende goederen, in hun onderlinge samenhang, te betalen en de kosten die de productie van die goederen met zich meebrengt. Iets wordt dan betaalbaar als consumenten bereid zijn een bepaalde prijs voor dat goed te betalen en daarmee uitdrukken dat zij daarvoor afzien van de consumptie van andere goederen. De optimale bereikbaarheid en

[27] Het blijft een heikele zaak om een dergelijke afweging kwantitatief te onderbouwen. Toch zijn daartoe pogingen gedaan. Zo wordt als ruwe indicator de QALY (Quality Adjusted Life Years) gebruikt. De Raad voor de Volksgezondheid en Zorg stelt in het advies "Zinnig en duurzame zorg" voor om het collectief gefinancierde bedrag dat per individu uitgegeven mag worden voor een behandeling om 1 jaar extra volledig gezond te leven (de QALY is dan 1) te maximeren op €80.000. In het VK ligt dat bedrag tussen de €18.000 en €40.000. Bij vaccinatie ligt het maximum op €18.000 (Zie RVZ (2006)).

kwaliteit volgen op een soortgelijke manier. Zo is de optimale kwaliteit gegeven daar waar de kosten die het leveren van extra kwaliteit met zich meebrengt gelijk zijn aan de bereidheid van consumenten om voor die extra kwaliteit te betalen.

Niet alleen is het zo dat het marktbegrip de drie basisbegrippen die het publieke belang volgens de definitie van de NZa in de zorg zouden moeten definiëren in een duidelijke onderlinge samenhang brengt en daarmee het publieke belang formuleert, eigenlijk kennen we ook geen goede andere organisatievorm die die onderlinge samenhang van de drie kernbegrippen wel levert, of het zou de publieke productie en allocatie van zorg moeten zijn, eventueel gecontroleerd en gerationaliseerd door democratische besluitvorming in het parlement.[28]

Hoofdprobleem van productie en allocatiebeslissingen door een overheid is dat er geen automatisch mechanisme bestaat dat het aanbod op de vraag afstemt. De patiënten/consumenten kunnen hun ongenoegen over bepaalde vormen van zorg wel aan de zorgverlener kenbaar maken, maar omdat de vergoedingen van deze zorgverleners door de overheid zijn vastgesteld hebben zij geen economische prikkel om het ongenoegen weg te nemen. Het systeem is te rigide en verbiedt vaak dat vragers en aanbieders vrijwillig onderling een transactie aangaan zelfs als er geen externe effecten te verwachten zijn.[29] Dit is inefficiënt.[30] Bovendien heeft de politieke economie aangetoond dat het politieke systeem waarin overheidsbeslissingen gemaakt worden erg inefficiënt werkt.

We begrijpen dat dit voor de meeste critici van de markt een moeilijk te verteren conclusie is. Immers, de markt lijkt niet altijd goed te functioneren en lijkt soms, zeker voor de criticasters, haaks op het publieke belang (wat dat dan ook moge zijn) te staan. De volgende paragraaf gaat daarom dieper in op mogelijke vormen van marktfalen in de zorg en de manier waarop, met toezicht, de publieke belangen toch via de markt te borgen zijn.

7.4 Marktfalen en toezicht

Wij beweren zeker niet dat de markt altijd goed functioneert, en zeker niet in de zorg. Het is bekend dat in de economische literatuur een aantal standaard oorzaken

---

[28] Cru gezegd: de afweging van de publieke belangen betaalbaarheid, toegankelijkheid en kwaliteit is eigenlijk niet goed te maken zonder een marktbegrip !

[29] Een vorm van extern effect kan zich over de tijd heen voordoen indien de norm wat in de basisverzekering moet worden opgenomen over de tijd verschuift in de richting van zorg die eerst door de rijkeren zelf gefinancierd werd, maar waarvan men later vindt dat die zorg voor iedereen toegankelijk moet zijn. Zoals met elke verschuiving van preferenties is het moeilijk een uitspraak te doen of dit een wenselijk effect is of niet.

[30] Indien een puber (of zijn ouders) zelf voor de kosten van een facelift opdraait, zien wij geen reden om de uitgaven van een dergelijke ingreep als sociaal onwenselijk te bestempelen. Ook ten aanzien van huisvesting is het zo dat sommige mensen zich meer kunnen veroorloven dan anderen, en dat dat niet slecht hoeft te zijn zolang er voldoende sociale woningbouw is die er voor zorgt dat iedereen in acceptabele omstandigheden kan wonen.

genoemd wordt waardoor de markt in een aantal gevallen niet goed functioneert. Het gaat dan om (i) het niet bestaan van sommige markten, (ii) marktmacht van aanbieders (en soms van vragers), (iii) informatieasymmetrie en (iv) publieke goederen en externe effecten.

7.4.1 Marktfalen

Niet al deze elementen zijn in de gezondheidszorg van belang, zeker niet gezien de keuzes die gemaakt zijn ten aanzien van de gereguleerde, en daarmee *niet ongebreidelde vorm van marktwerking* die in Nederland is ingevoerd. In principe zouden in een ongereguleerde markt voor gezondheidszorg allerlei belangrijke submarkten waarschijnlijk niet bestaan: een HIV-patient kan zich dan waarschijnlijk niet verzekeren, of een lening krijgen van een bank om bepaalde behandelingen te financieren en een patiënt die er voor gekozen heeft zich niet te verzekeren kan dan, op het moment dat hij ziek is geen aanspraak maken op bepaalde vormen van niet-acute zorg, als hij die zorg niet zelf kan betalen. Dit is een belangrijke reden waarom in de zorg in Nederland er voor gekozen is dat iedereen zich verplicht moet verzekeren voor een basispakket aan zorg en tegen dezelfde voorwaarden. De basisverzekering legt de verzekeringsmaatschappijen de plicht op om de in het basispakket opgenomen zorg voor de patiënt mogelijk te maken. De basisverzekering is daarmee een vangnet voor het anders niet bestaan van bepaalde submarkten. In termen van de WRR kan gesteld worden dat er in het nieuwe stelsel gekozen is om de hoe-vraag met betrekking tot het borgen van publieke belangen te beantwoorden met: deels via de markt gecombineerd met toezicht omdat de overheid wil dat de uitkomsten van marktwerking er niet toe leiden dat sommigen van kwalitatief goede zorg uitgesloten worden.[31]

De basisverzekering is ook een oplossing voor één van de manieren waarop problemen met betrekking tot asymmetrische informatie zich in de zorg voordoen. Als patiënten/consumenten individueel kunnen kiezen voor welke vormen van zorg ze zich willen laten verzekeren, dan zullen patiënten/consumenten met een lage kans op gebruik van bepaalde vormen van zorg, er voor kiezen die zorg niet te verzekeren. Met andere woorden, zonder een verplichte basisverzekering met een gelijke premie voor iedereen gaat de solidariteit tussen patiënten/consumenten onderling verloren. De basisverzekering zorgt er voor dat voor cruciaal geachte zorg iedereen tegen dezelfde voorwaarden verzekerd is en dat daardoor deze verzekering relatief goedkoop aangeboden kan worden.[32]

Naast dit informatieprobleem is er een tweede probleem rond asymmetrische informatie in de zorg, namelijk dat zorgaanbieders in de meeste gevallen een infor-

[31] Data van de OESO geven aan dat in ons land voor de stelselherziening van 2006 gemiddeld bijna 68% van de zorg via de collectieve verzekering liep en de rest via private verzekeringen. Voor de VS is die verhouding 55% collectief en 45% privaat. Voor de Scandinavische landen wordt gemiddeld bijna 85% collectief gefinancierd. Het gemiddelde ligt in de OESO op zo'n 73%. Er is dus alle reden om aan te nemen dat ons land ongeveer op dat gemiddelde ligt. Zie OESO (2009).

[32] Aan de andere kant leidt dit er ook weer toe dat er geen relatie tussen gebruik en betalen bestaat.

matievoorsprong hebben op zorgvragers, omdat de eersten veel beter kunnen inzien wat voor vorm van zorg voor een bepaalde patiënt/consument het beste is. Deze informatievoorsprong geeft aanbieders een bepaalde vorm van marktmacht die in veel andere markten niet bestaat.[33] Het is uitdrukkelijk de bedoeling van de wetgever geweest deze vorm van marktmacht in te perken door tegenover de aanbieder een machtige inkoper van zorg te zetten, in de vorm van de zorgverzekeraar, die de belangen van de patiënt/consument moet behartigen door een optimale prijs/kwaliteitscombinatie van zorg te kiezen.

Marktmacht kan er al zijn of kan ontstaan doordat zorgaanbieders of zorgverzekeraars fuseren. Indien er sprake is van marktmacht kunnen marktspelers daar eventueel misbruik van maken. De NZa kan bij bestaande aanmerkelijke marktmacht in de zorgsector preventief optreden door zorgaanbieders te verplichten zich op een bepaalde manier te gedragen. Wordt de machtspositie desondanks misbruikt, dan kan de NMa repressief optreden. Dit geldt zowel voor marktmacht aan de kant van zorgaanbieders op de zorginkoopmarkt als voor marktmacht van zorgverzekeraars op de zorginkoopmarkt of de zorgverzekeringsmarkt. De NMa heeft de afgelopen jaren enkele concentraties van zorgverzekeraars getoetst en geconstateerd dat die niet tot mededingingsproblemen zouden leiden (en dus dat die fusies goedgekeurd konden worden omdat er geen machtsposities ontstonden). Naast de wens om te fuseren kunnen marktspelers samenspannen en zich gezamenlijk als sterke speler opstellen. Ten aanzien van marktmacht en de gevolgen daarvan onderscheidt de zorg zich niet wezenlijk van andere sectoren. Een aantal aspecten zijn wellicht moeilijker vast te stellen, zoals de afbakening van de relevante markt en de kwaliteitsdimensie van zorg. Wanneer we toezicht in de zorgsector bespreken, komen we hier nader op terug.

Tenslotte kunnen er zich vormen van marktfalen voordoen indien er sprake is van een goed dat niet-uitsluitbaar en niet-rivaliserend is (zogenaamde publieke goederen) en van positieve of negatieve externaliteiten. Gegeven de definitie van een publiek goed, gaat het bij de gezondheidszorg in principe niet om een publiek goed. Gezondheidszorg is (anders dan de verdediging van een land) juist zeer individueel gericht: het gaat om de behandeling van een individuele patiënt en als een operatiekamer voor een individu gebruikt wordt, kan diezelfde kamer niet door een andere patiënt gebruikt worden. Aan de andere kant, bestaan er wel (positieve) externaliteiten met betrekking tot de gezondheidszorg. In geval van besmettelijke ziektes is het duidelijk dat een goede gezondheidszorg in het belang is van een ieder om een verdere verspreiding van de ziekte te verhinderen. Indien positieve externaliteiten belangrijk zijn, is de marktallocatie in principe inefficiënt omdat er te weinig geproduceerd wordt. Vanwege het feit dat de consumenten niet voor hun eigen zorg hoeven te betalen omdat zij verzekerd zijn, is de externaliteit daarmee al gecompenseerd in de zorg.[34]

[33] Marktmacht kan ook ontstaan doordat zorgaanbieders fuseren en grote eenheden vormen met marktmacht. De NMa moet er op toe zien dat fusies niet leiden tot te veel concentratie van marktmacht. Wij gaan daar in dit artikel niet verder op in, maar verwijzen naar een recente, andere bijdrage van onze hand (Janssen, Schep en Van Sinderen (2009)).

[34] Daarnaast speelt nog de mogelijkheid van van supply inducement, artsen die er belang bij hebben meer zorg te leveren dan strict noodzakelijk is. Ook dit kan er voor zorgen dat het probleem van positieve externaliteiten en een te gering niveau van productie mogelijkerwijs van ondergeschikt belang is.

Er is in Nederland dus geen sprake van ongebreidelde vormen van marktwerking in de zorg. Daar waar de markt tot publiek ongewenste effecten zou leiden, vanwege marktfalen, en vanwege de solidariteitsgedachte is er door de overheid voor gekozen om te interveniëren. Toezicht op het functioneren van markten speelt hierbij een belangrijke rol.

7.4.2 Toezicht

Uiteindelijk bepaalt de politiek, mede op basis van de dynamiek van opinies in de samenleving tot op welke hoogte marktwerking in de zorg gebruikt wordt om de publieke belangen te dienen. Gegeven de vorm van gereguleerde marktwerking waar in de stelselwijziging voor gekozen is, is het essentieel toezicht goed vorm te geven. Op dit punt is er echter onvoldoende duidelijkheid. De NZa is in het leven geroepen om specifiek toezicht te houden op de invoering van marktwerking in de zorg en "is er op gericht om de publieke belangen te borgen. Zij richt zich daarbij op het algemene consumentenbelang" (NZa, 2008, blz. 9).[35] Echter, de NMa heeft als taak de mededingingswet te handhaven, ook in de zorg en richt zich ook op het consumentenbelang. De taken van de NMa en de NZa lijken daarmee gedeeltelijk te overlappen. De rol van de IGZ is duidelijker: zij houdt preventief toezicht op de (minimum) kwaliteit van de zorg.

Omdat de zorg zich niet wezenlijk onderscheidt van andere sectoren, pleiten wij er voor dat de NMa toe blijft zien op de naleving van de mededingingswet en de NZa vanuit haar bevoegdheid maatregelen neemt wanneer er zaken aan de orde zijn die met aanmerkelijke marktmacht in de zorg te maken hebben. De NZa moet er in die gevallen dat er sprake is van mededingingsproblemen met betrekking tot aanmerkelijke marktmacht voor zorgen dat de concurrentie niet ernstig verstoord wordt. Zij moet vooral gebieden in de zorg identificeren waar marktwerking wenselijk is, maar nog in de kinderschoenen staat en maatregelen bevorderen en nemen die de marktwerking een extra impuls kunnen geven. Marcel Canoy noemt in zijn oratie een aantal belangrijke gebieden waar een rol voor de NZa is weggelegd.[36] Zo vraagt hij aandacht voor de macht van de specialisten in de maatschapstructuur en het stimuleren van ZBC's. Daarnaast is er veel voor te zeggen om in de zorgsector het profijtbeginsel meer een rol te laten spelen.

Het comparatieve voordeel van de NMa ligt in het handhaven van de mededingingswet. Toepassing van die wet in de zorgsector vraagt om een gedegen kennis van die sector, maar dat geldt ook voor andere sectoren. Het lijkt voldoende om een cluster Zorg bij de NMa daar verantwoordelijk voor te laten zijn en niet een andere toezichthouder.

Bij de beoordeling van fusies betekent dit dat de IGZ let op de kwaliteit van de

[35] Consultatiedocument NZA, Agenda 2008, blz. 9.
[36] Zie Canoy (2009).

zorg en een advies geeft dienaangaande en dat de NZa een zienswijze geeft op de effecten van de fusie die de NMa meeneemt bij haar besluit. De NMa toetst daarna integraal de mededingingsaspecten, waarbij gelet wordt op de gevolgen voor kwaliteit en korte en lange termijn ontwikkelingen in de zorgmarkt bij het uiteindelijke besluit betrokken worden.

7.5 Enkele kernonderwerpen in het publieke debat

In deze sectie zullen we onze algemene discussie over publieke belangen in de zorgsector toepassen op een drietal kernonderwerpen die telkens weer in de publieke discussie terugkomen: faillissementen van zorginstellingen, differentiatie van zorg en het solidariteitsbeginsel en, tenslotte, (verticale) fusies.

7.5.1 Faillissementen van zorginstellingen

Zoals we in paragraaf 2 reeds gezien hebben zijn enkele grote zorginstellingen recentelijk failliet gegaan, of staan op de rand van het faillissement. Zij hebben minister Klink om financiële steun gevraagd. In het publieke debat worden faillissementen over het algemeen als onwenselijk afgeschilderd, omdat de continuïteit van de zorg in het geding zou zijn en daardoor de zorg minder toegankelijk.

De vraag is natuurlijk in hoeverre faillissementen het publieke belang echt schaden en of (en zo ja hoe) de faillissementen gerelateerd zijn aan marktwerking. Om met dat laatste te beginnen: het is waarschijnlijk zo dat marktwerking zorginstellingen inderdaad aanzetten tot het nemen van meer initiatieven om de zorg te vernieuwen. Dit is ook precies een van de redenen om aan marktwerking te beginnen: het geven van prikkels om te innoveren. Bij elke innovatie is het de vraag in hoeverre consumenten de innovatie appreciëren. In de meeste marktsectoren zijn er *checks and balances* aanwezig die er voor zorgen dat de kansen op een mislukking relatief klein zijn. Dit kunnen mechanismen in een bedrijf zijn waar de voorgestelde innovatieve ideeën bediscussieerd worden of externe mechanismen, zoals projectvoorstellen die door een bank geverifieerd en onafhankelijk beoordeeld worden voordat externe financiering vrijkomt. Ook daar komen regelmatig mislukkingen voor. Het kan zijn dat die *checks and balances* in de gezondheidszorg nog onvoldoende aanwezig zijn, mede vanwege de transitiefase waarin deze sector zich bevindt. Er is echter geen reden aan te nemen waarom die *checks and balances* in de gezondheidszorg ten principale niet aanwezig zouden kunnen zijn. Daarnaast is het natuurlijk zo dat zelfs als die *checks and balances* aanwezig zijn, er zo af en toe nog steeds innovatieve ideeën in productie gebracht worden die uiteindelijk niet succesvol blijken.

Een van de mechanismen die voor *checks and balances* zorgt, speelt zich niet op individueel niveau af, maar op marktniveau. Het marktmechanisme, waarvan faillissement een integraal onderdeel is, zorgt er voor dat bedrijven die het niet goed doen verdwijnen en dat de bedrijven die het wel goed doen kunnen groeien. “Niet goed

doen" betekent hier: niet de door de consumenten gewenste prijs/kwaliteitverhouding leveren. Op marktniveau is er, zeker op de meer lange termijn, daarmee een publiek belang dat slecht functionerende bedrijven failliet gaan. Dit geldt ook in de zorgsector. Betaalbaarheid en kwaliteit van de zorg, twee van de drie publieke belangen, zijn er bij gebaat dat slecht functionerende bedrijven van het toneel verdwijnen en niet kunstmatig met belastinggeld in het leven worden gehouden.

Geldt dit ook voor toegankelijkheid, het derde publieke belang? Als een zorginstelling failliet gaat lijkt het er op dat patiënten/consumenten zeker op korte termijn geen, of verminderde toegang hebben tot zorg. Dit kan op de zeer korte termijn in een aantal gevallen inderdaad zo zijn. Echter, zoals bijvoorbeeld in het geval van Meavita bleek, zullen er situaties zijn dat andere zorginstellingen klaar staan om de voor hen nieuwe patiënten snel op te vangen of om (delen van) de organisatie over te nemen.

De overheid, die de publieke belangen juist zou moeten behartigen, speelt bij recente faillissementen een dubieuze rol. Zo merkt Wim Groot (2009) op:

> "Bij een dreigend faillissement is versterking van het eigen vermogen een eerste vereiste. Zorginstellingen mogen echter geen winst uitkeren, waardoor het vrijwel onmogelijk is om risicodragend kapitaal aan te trekken. Meestal willen banken geen extra leningen meer verstrekken, zodat overheidssteun de enige uitweg is. Politici klagen dat zorginstellingen om steun bij de overheid aankloppen, maar als diezelfde overheid de gang naar de kapitaalmarkt blokkeert, hebben zorginstellingen weinig andere keus. Als een zorginstelling zelf een oplossing vindt om uit de problemen te komen, proberen politici daar vaak alsnog een stokje voor te steken. Zorgverzekeraar DSW wilde het noodlijdende Vlietland ziekenhuis in Schiedam de helpende hand reiken. De Tweede Kamer aanvaardde echter een motie van Schippers (VVD) die elke fusie tussen zorgverzekeraar en zorginstelling verbiedt."[37]

Differentiatie van zorg, cherry picking en solidariteit

Zoals in hoofdstuk 2 reeds kort aangestipt komt ook het solidariteitsbeginsel regelmatig terug in de discussies over marktwerking in de zorg. Eind vorig jaar werd bijvoorbeeld bekend dat het Kennemer Gasthuis in Haarlem een afspraak had gemaakt met een bemiddelingsbureau dat zieke werknemers aanlevert. Deze werknemers zouden buiten de normale openingsuren versneld behandeld worden, zodat ze snel weer aan de slag kunnen. Het ziekenhuis zou 900 euro krijgen voor elke patiënt die op deze manier werd aangeleverd.

Een meerderheid in de Tweede Kamer was hier fel op tegen omdat de solidariteit in het geding zou zijn. Gesproken werd over 'voorrangszorg' en 'voorkruipzorg'.

---

[37] NRC, Overheid mede schuldig aan financiële problemen zorg, 26-03-2009.

De snelheid van de behandeling zou niet mogen afhangen van de portemonnee van de patiënt. Harry Luik, bestuursvoorzitter van het Kennemer Gasthuis, benadrukte echter dat de proef niet ten koste zou gaan van de reguliere zorg aan patiënten: "Het komt er bovenop."[38] De NZa constateerde begin dit jaar dat een zorgaanbieder patiënten niet tegen betaling sneller mag behandelen, omdat dit strijdig zou zijn met de Wet marktordening gezondheidszorg. Of betaalde zorgbemiddeling in de toekomst wel wenselijk is, is volgens de NZa aan de minister van VWS om te bepalen.[39]

Net als bij faillissementen, is wat ons betreft ook hier de vraag in hoeverre een dergelijke differentiatie tussen patiënten één of meer van de publieke belangen kan schaden. Alleen als dat het geval is, is dit een onwenselijke ontwikkeling. En net als bij faillissementen is onze conclusie dat daar geen sprake van is, mits de behandelingen die plaats vinden tegen extra betaling niet ten koste gaan van de reguliere zorg. Integendeel zelfs! Hoewel dit op het eerste gezicht wellicht anders lijkt, kan een dergelijke differentiatie heel goed leiden tot beter toegankelijke zorg, terwijl de overige publieke belangen betaalbaarheid en kwaliteit hier wellicht ook bij gebaat zijn en er in ieder geval niet onder hoeven te lijden. Natuurlijk betreft het hier een *second-best* oplossing. Beter zou het zijn om de bedrijfstijden van ziekenhuizen te verruimen om zodoende de bedrijfstijd van dure apparatuur te verlengen en daarmee de kosten van deze apparatuur per behandelde patiënt te verlagen. Dit is praktisch waarschijnlijk moeilijk uitvoerbaar, omdat de extra arbeidskosten gemoeid met het werken tijdens incourante uren moeilijk te dekken zullen zijn via de reguliere verzekeringen.

Cruciaal is dus dat de hier beschreven handelswijze zal moeten leiden tot meer capaciteit en daarmee tot meer behandelingen dan voorheen. Dat kan door bijvoorbeeld 's avonds of in het weekend meer behandelingen uit te voeren dan op dit moment het geval is en door extra personeel aan te nemen. Dat leidt tot een efficiëntere benutting van operatiekamers en apparatuur. Op dit moment is een dergelijke benutting niet mogelijk vanwege een gebrek aan mensen en middelen. Door extra betalingen te verbinden aan de extra behandelingen kan dit echter veranderen.

Omdat op deze wijze meer mensen in een bepaalde tijdsspanne kunnen worden geholpen, leidt dit tot kortere wachtlijsten. Uiteraard geldt dit met name voor de patiënten die versneld geholpen worden, maar ook de overige patiënten profiteren hiervan omdat er in totaliteit minder mensen op de wachtlijst komen. Het niet toestaan van deze differentiatie leidt derhalve tot het in stand houden van langere wachtlijsten en wachttijden voor iedereen. Dat zijn de kosten van het vasthouden aan deze vorm van solidariteit.

De reden dat er zoveel aversie is tegen een dergelijke handelswijze is gelegen in het solidariteitsbeginsel: met betrekking tot gezondheidszorg zou geen onder-

[38] Zie bijvoorbeeld De Pers, Voorrang voor betalende patiënt, 13-11-2008.
[39] NZa (2009), Zorgbemiddeling tegen betaling mag niet, 30-09-2009.

scheid gemaakt mogen worden tussen 'arme' en 'rijke' mensen. Daarbij komt dat de preferenties van individuen wellicht relatief zijn in plaats van absoluut; wanneer een 'rijke' er meer op vooruit gaat dan een 'arme', zou dit voor een 'arme' als een verslechtering aan kunnen voelen, hoewel ook deze persoon erop vooruit gaat. Wanneer relatieve preferenties als uitgangspunt gehanteerd worden, zullen diverse mogelijkheden die kunnen leiden tot beter toegankelijke zorg voor iedereen echter niet benut worden. Groot voordeel van deze differentiatie is dat het hierdoor mogelijk is om extra geldstromen binnen te halen, waarmee de zorg verbeterd kan worden, zonder dat daarvoor de kosten voor de belastingbetaler of de zorgverzekering hoeven te stijgen. Het zijn immers nu de 'rijken' die extra investeren in de zorg (waarvoor zij een snellere behandeling krijgen), waardoor in ieder geval de wachtlijsten kunnen worden verkort. Ook werkgevers kunnen hier fors voordeel uit halen. Omdat hun werknemer eerder aan het werk kan, worden hiermee de verzuimkosten verminderd. Het loslaten van een bepaalde mate van solidariteit in de zorg leidt daarmee tot een verbetering voor iedereen. Het is hierbij van groot belang om deze voordelen voor een ieder duidelijk uit te dragen om zodoende het draagvlak te vergroten.

Uiteraard leent niet elk type behandeling zich voor een dergelijke voorkeursmaatregel. Voor bijvoorbeeld spoedeisende hulp mag alleen de ernst van de aandoening bepalend zijn voor de volgorde van behandeling. Wij zien dan ook met name mogelijkheden voor vele vormen van planbare zorg, waar bijvoorbeeld werkgevers de kosten voor hun rekening kunnen nemen.

7.5.2 Verticale fusies

De NMa moet toestemming verlenen voor het doorgaan van horizontale en verticale fusies tussen grotere ondernemingen. In principe zijn verticale fusies vaak minder problematisch vanuit mededingingsperspectief dan horizontale fusies. Dat heeft deels te maken met het feit dat dit soort fusies de transactiekosten verminderen, het dubbele marginalisatie-probleem voorkomen en vaak een extra bestuurslaag overbodig maken, hetgeen ook voor de consument kostenbesparend werkt. Ook geldt voor verticale integratie van zorgverzekeraars en zorgaanbieders dat een betere zorgverlening tot stand kan komen.[40] Kortom, de publieke belangen betaalbaarheid en kwaliteit kunnen duidelijke positieve gevolgen ondergaan.

In de gezondheidszorg moeten echter wel waarborgen worden ingebouwd dat de toegankelijkheid van de zorg door dit soort fusies niet in gevaar komt. Het kan bijvoorbeeld niet zo zijn dat een fusie tussen een verzekeringsmaatschappij en een ziekenhuis ertoe zou leiden dat het ziekenhuis alleen nog maar patiënten op kan nemen die bij de betrokken maatschappij zijn verzekerd en dat andere patiënten in die regio daardoor niet meer naar een ziekenhuis in de buurt zouden kunnen. Het is de taak van de NMa deze mogelijk negatieve effecten te herkennen en te voor-

[40] Zie bijvoorbeeld VWS (2009): Eindrapport commissie verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders, 29 mei 2009.

komen. De NMa zal bij een melding van een dergelijke fusie onderzoeken in hoeverre het mogelijk is om een eventuele sterke positie op de ene markt te gebruiken op de andere markt (*foreclosure*).[41]

Voorts is er niets tegen dat bij de betrokken maatschappij verzekerde patiënten bijvoorbeeld korting krijgen op hun premie bij gebruik van een specifiek ziekenhuis. Sommigen willen een algeheel verbod op dit soort fusies, met als belangrijkste argument dat de verzekeraar het tegen een goede prijs inkopen van goede zorg als belangrijkste taak in het nieuwe zorgstelsel heeft gekregen en dat deze taak alleen goed uitgevoerd kan worden als de verzekeraar een onafhankelijke positie ten opzichte van de zorgaanbieders inneemt (Schippers en Van Wijnbergen (2009)). Anderen zien daarentegen voordelen in de mogelijkheid dat de financiële armslag van het ziekenhuis zal versterken door de fusie.

De Raad van State (2009) adviseert dat er geen aparte of strengere fusietoets hoeft te komen voor fusies in de zorg. Daarmee wordt impliciet meegenomen dat ook verticale fusies niet op een bijzondere manier beoordeeld hoeven te worden. Tot eenzelfde conclusie komt de Commissie Verticale Integratie, die constateert dat er geen aanwijzingen zijn dat het huidige instrumentarium van de toezichthouders tekort zou schieten.[42]

Wij onderschrijven deze conclusie en zien dan ook geen reden om de staande praktijk ten aanzien van het beoordelen van (verticale) fusies drastisch te veranderen vanwege zorgspecifieke facetten.

7.6 Conclusies, aandachtspunten en aanbevelingen

Hoewel de besproken problemen in de zorgsector serieus genomen moeten worden, zien wij geen aanleiding om de ingeslagen weg naar meer marktwerking in de zorg te verlaten. De zorgsector scoort bij internationale vergelijkingen onverminderd hoog. Een aantal genoemde punten van zorg zijn duidelijk transitieproblemen (zoals de veranderende rol van de raden van toezicht bij zorginstellingen en verzekeraars door de introductie van marktwerking), en andere problemen kunnen worden verholpen door betrekkelijk kleine aanpassingen van het systeem (een verheldering van de rolverdeling tussen de NMa, NZa en IGZ bijvoorbeeld). Soms blijkt zelfs meer marktwerking nodig te zijn dan nu het geval is om problemen te lijf te gaan. In dit laatste geval denken we bijvoorbeeld aan meer vrijheid voor zieken-

---

[41] De NMa maakt daarbij gebruik van het beoordelingskader dat beschreven is in de "Richtsnoeren voor de beoordeling van niet-horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen" van de Europese Commissie. Geanalyseerd wordt in hoeverre de meldende ondernemingen na de concentratie de *mogelijkheid* en de *prikkel* hebben om markten af te sluiten. Vervolgens dient te worden beoordeeld welk *effect* de marktafsluiting naar verwachting kan hebben op de mededinging.

[42] Zie VWS (2009): Eindrapport commissie verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders, 29 mei 2009.

huizen om winst te maken en om de concurrentiepositie van ZBC's te versterken. Een belangrijke, onderbelichte rol van de markt is dat het een heldere, goed onderbouwde methode aanlevert om de optimale uitruil tussen verschillende publieke belangen (betaalbaarheid, bereikbaarheid en kwaliteit) in kaart te brengen. Die methode is deels gebaseerd op de keuzes die patiënten maken. Tegelijkertijd speelt in de gezondheidszorg de problematiek van de informatieasymmetrie: de zorgaanbieder heeft vaak meer inzicht dan de patiënt en heeft daardoor relatief meer marktmacht. Om deze marktmacht te neutraliseren is er in het nieuwe stelsel gekozen voor een model waarbij de verzekeraars met de zorgaanbieders onderhandelen, terwijl de patiënten vrije keuze van verzekeraar hebben. Het nadeel daarvan is dat kosten voor patiënten ontransparant zijn geworden. Daarom is er veel voor te zeggen om de transparantie van de kosten voor de patiënt te verduidelijken bijvoorbeeld door in sommige gevallen meer gebruik te maken van het profijtbeginsel. Tegelijkertijd zijn er veel elementen van solidariteit in het systeem gebouwd die een kwalitatief goed zorgaanbod voor een ieder garanderen.

Net als in veel andere sectoren, is in de zorg een ongebreidelde vorm van marktwerking onwenselijk en onmogelijk. Het beleid is er op gericht geweest te definieren wat een minimale vorm van zorg is die voor iedereen, onder dezelfde voorwaarden toegankelijk moet zijn. Dit is institutioneel vorm gegeven in een basisverzekering die voor iedereen verplicht is en waaraan iedereen meebetaalt. Wat boven dit basispakket uitkomt moet leverbaar zijn tegen marktconforme prijzen en hoeft niet voor iedereen toegankelijk te zijn onder de voorwaarde dat dit niet ten koste gaat van de in de basisverzekering vastgelegde vormen van zorg. Wat precies wel en niet in de basisverzekering opgenomen moet zijn, hangt af van de publieke opinie daar over en zal in de loop der tijd veranderen onder invloed van wensen, specifieke omstandigheden (denk aan de Mexicaanse griep), kosten en technologische ontwikkelingen. Er is wat voor te zeggen om hierbij wel een bepaalde maximale norm te definiëren waarboven een behandeling niet meer collectief gefinancierd wordt.

Zorginstellingen spelen in op de marktwerking. Daarbij moet enerzijds goed opgelet worden dat er geen defensief gedrag plaatsvindt (illegale afspraken; fusies die ongewenste marktmacht creëren) maar anderzijds moeten de instellingen de ruimte krijgen om creatief in te spelen op de veranderende omstandigheden. Daarbij moeten experimenten met "voorrangszorg" niet bij voorbaat negatief worden benaderd, omdat een dergelijke aanpak perspectieven kan bieden die een efficiënter gebruik van apparatuur en kennis kan stimuleren. Tegelijkertijd moet men ook accepteren dat marktwerking faillissementen kan genereren die in veel gevallen niet desastreus zijn voor het zorgaanbod. Natuurlijk nemen zorginstellingen, nu ze meer marktgericht opereren en ook meer vernieuwingen doorvoeren, ook beslissingen die achteraf niet goed blijken te zijn. Dat gebeurt in elke sector met marktwerking. Zonder die marktwerking zouden (ook de goede) initiatieven vaak helemaal niet van de grond komen. In de zorg kan het zijn dat er op dit moment sprake is van een disproportioneel aantal mislukte innovaties. Gedeeltelijk komt dit voort uit het feit dat de besluitvorming in de zorginstellingen nog niet goed op de markt-

werking zijn toegesneden. Het interne toezicht is nog niet altijd goed geregeld. Voor een deel komt dit weer voort uit het feit dat zorginstellingen slechts beperkt toegang hebben tot extern kapitaal. De externe tucht van de markt is daardoor ook nog grotendeels afwezig. Meer, en niet minder, marktwerking lijkt dan eerder het antwoord op dit type transitieproblemen.

In de zucht om extern kapitaal te verwerven neemt ook de discussie over horizontale en verticale fusies toe. In dit kader, en breder bij het toezien op de naleving van de mededingingswet, is het van belang dat het institutionele kader waarbinnen de marktwerking wordt vormgegeven helderder wordt gedefinieerd. Binnen het huidige kader ontstaat te gemakkelijk het beeld dat bij fusies de kwaliteitsaspecten van de zorg ondergeschikt zijn aan de belangen van de fuserende partijen. Wij pleiten voor een heldere verankering van het fusietoezicht, waarin de IGZ de kwaliteitsaspecten moet beoordelen, en de NMa de economische merites van de fusie moet beoordelen waarbij de kwaliteitsaspecten integraal worden meegewogen. De NZa kan bij bestaande aanmerkelijke marktmacht ingrijpen en zal bij een fusie haar zienswijze geven die de NMa meeneemt bij het besluit om een fusie wel of niet goed te keuren. Bij de fusie-controle zelf is geen directe rol voor de NZa. Voor het overige is het belangrijk dat de NZa vooral gebieden in de zorg identificeert waar marktwerking wenselijk is, maar nog in de kinderschoenen staat en maatregelen bevorderen die de marktwerking een extra impuls geven. Wij denken hier bijvoorbeeld aan vraagstukken rond de invoering van het profijtbeginsel in meer deelsectoren, meer ruimte voor ZBC's, de rol van specialisten in ziekenhuizen en een betere benutting van de zorgcapaciteit.

Referenties

Bruinsma, J. (2009), 'Zwakke organisaties thuiszorg op net', *Volkskrant* 11 juni 2009.

Budding, J. (2009), 'Rapport Philadelphia door VWS openbaar gemaakt, reactie van College Sanering Zorginstellingen op kanttekeningen Kralt ontbreekt', *Medicalfacts.nl* 12 juni 2009.

Budding, J. (2009), 'Theo Kralt en Frits Brink hebben toch Gouden handdruk gekregen bij Philadelphia', *Medicalfacts.nl* 30 mei 2009.

Budding, J. (2009), 'Meavita ten onder door wanbeleid', *Medicalfacts.nl* 27 augustus 2009.

Canoy, M. (2009*), 'Zorgende ondernemers of ondernemende zorg?*', Inaugurele rede, TILEC, Tilburg, 6 februari 2009.

Commissie-Dunning (1991), '*Kiezen en delen'*, Rapport van de commissie keuzen in de zorg, Commissie-Dunning 1991.

CPB (2003), '*Zorg voor concurrentie: een analyse van het nieuwe zorgstelsel'*, CPB document 28, Centraal Planbureau, Den Haag 2003.

Creuzen, H., B. Minne en H. van der Wiel, (2006), Competition in the Netherlands, CPB Document No 136, Centraal Planbureau, Den Haag, december 2006.

CSZ (2009) , '*Rapportage oorzaken financiële problemen bij Meavita*', CSZ 12 mei 2009.

De Pers 'Voorrang voor betalende patiënt', *Dagblad De Pers* 13 november 2008.

Effting, M. (2009), 'Een cosmetische kliniek hoeft zelfs geen vergunning te hebben', *Volkskrant* 16 februari 2009.

Ellenbroek, T. (2009), 'Beperkt budget voor steunkous vermindert', *Volkskrant* 14 februari 2009.

Het Financieele Dagblad, 'Zorgconcern Meavita beleeft weinig plezier aan de grote fusie', *Het Financieele Dagblad* 27 december 2008.

Groot, W. (2009), 'Overheid mede schuldig aan financiële problemen zorg', *NRC Handelsblad* 26 maart 2009.

Janssen, M.C.W., K. Schep en J. van Sinderen (2009), 'Fusies van ziekenhuizen', *Markt & Mededinging* **2**(2):44-53.

Kant, A. en I. Palm (2005) '*De zorg is geen markt'*, Health Management Forum 2 april 2005.

Maasdam, Y. A. en J.J.M. Sluijs (2009), 'Wie van de drie is de echte marktmeester in de zorg; de IGZ, de NMa of toch de NZa', *Actualiteiten Mededingingsrecht* 5:103-105.

Ministerie van VWS (2009), '*Eindrapport commissie verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders'*, 29 mei 2009.

NRC Handelsblad, 'Slag om patiënten Emmeloord', *NRC Handelsblad* 28 september 2008.

NRC Handelsblad, 'Jong, groot, en goed voor miljoenenverliezen', *NRC Handelsblad,* 17 januari 2009.

NRC Handelsblad, 'Specialisten dagen Klink om geld', *NRC Handelsblad* 16 juli 2009.

NZa (2008), *Agenda 2008*, Consultatiedocument, Nederlandse Zorgautoriteit 2008.
NZa (2009), '*Zorgbemiddeling tegen betaling mag niet'*, Nederlandse Zorgautoriteit 30 maart 2009.
Reerink, A. (2009), ''Economisering' zorg drijft wig tussen fracties', *NRC Handelsblad* 10 juli 2009.
RVZ (2006), '*Zinnige en duurzame zorg*', Persbericht Raad voor Volks Volksgezondheid & Zorg 27 juni 2006.
Raad van State (2009), *Voorlichting omtrent het fusietoezicht in de zorg,* bijlage bij Kamerstukken, Tweede Kamer vergaderjaar 2008-2009, 29247, nummer 90.
Sauter, W. (2009), '*Marktwerking in de zorg - Toezicht met oog op de consument'*, inaugurele rede, TILEC, Tilburg, 6 februari, 2009.
Schippers, E. en Wijnbergen, S. van (2009), 'Verzekeraars horen niet in ziekenhuizen', *NRC Handelsblad* 2 februari 2009.
Sinderen van, J. en R. Kemp (2008), 'Strategic Interactions in Competition Policy: Dutch Experience', *European Competition Law Review*, 2008, 5: 298-309.
SP.nl, 'Onnodig opsluiten van kinderen in isoleercel moet stoppen', *SP.nl* 14 februari 2009.
SP.nl, 'Acura Medisch Centrum uit voorzorg sluiten', *SP.nl* 28 juli 2009.
Tweede Kamer der Staten-Generaal (2000), '*Vraag aan bod: hoofdlijnen van vernieuwing van het zorgstelsel'*, Tweede Kamer vergaderjaar 2000-2001, 27 855, nummer 2.
Tweede Kamer der Staten-Generaal (2004), '*Memorie van toelichting van de WMG'*, Tweede Kamer vergaderjaar 2004-2005, 30 186, nummer 3.
Verkerk, M. (2009), 'Zorg moet niet nuttig zijn, zorg moet ethisch zijn', *NRC Handelsblad* 29 september 2009.
Volkskrant, 'Ziekenhuis Sittard sluit operatiekamers', *Volkskrant* 3 december 2008.
VWS (2009), *Eindrapport commissie verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders,* VWS, Den Haag, 2009.
Wammes, H. (2007), 'Verstoorde markt, of beste medicijnenprijs', *NRC Handelsblad* 21 december 2007.
WRR (2000), '*Borgen van het publiek belang*', WRR rapport 56.

De auteurs

Barbara Baarsma is algemeen directeur van SEO Economisch Onderzoek en bijzonder hoogleraar Marktwerking en mededingingseconomie aan de Universiteit van Amsterdam; www.seo.nl/nl/organisatie/medewerkers/directie/99.html.

Paul de Bijl is hoofd van de sector Marktordening, Centraal Planbureau (Den Haag); extramural fellow van TILEC, Universiteit van Tilburg; en fellow van ENCORE. www.cpb.nl/nl/org/homepages/pwjdb/.

Eric van Damme is hoogleraar economie bij CentER, en co-directeur van TILEC, het Tilburg Law and Economics Center, Universiteit van Tilburg; center.uvt.nl/staff/vandamme/.

Maarten Janssen is hoogleraar aan de Universiteit van Wenen en Erasmus Universiteit Rotterdam en raadsadviseur voor de zorgsector bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit.

Machiel Mulder is hoofdeconoom van de directie Regulering Energie en Vervoer (Energiekamer en Vervoerkamer) van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) en extramural fellow bij TILEC, Universiteit van Tilburg".

Jacques Pelkmans bekleedt de Jan Tinbergen leerstoel op het Europa College te Brugge en is Senior Research Fellow bij CEPS (Centre for European Policy Studies) te Brussel.

Krijn Schep is senior medewerker bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit (Directie Mededinging, Cluster Zorg).

Maarten Pieter Schinkel is hoogleraar economie aan de Universiteit van Amsterdam, en co-directeur van het Amsterdam Center for Law and Economics (ACLE) aan diezelfde universiteit: www.mpschinkel.nl.

Jarig van Sinderen is Chief Economist bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit en hoogleraar Economische Politiek aan de Erasmus School of Economics, Erasmus Universiteit Rotterdam.

Jules Theeuwes is wetenschappelijk directeur van SEO Economisch Onderzoek en hoogleraar Toegepast economisch onderzoek aan de Universiteit van Amsterdam; www.seo.nl/nl/organisatie/medewerkers/directie/999.html.

Vincent Verouden is senior econoom bij het Chief Economist Team van de Europese Commissie, DG Concurrentie; binnen deze afdeling coördineert hij de werkzaamheden op het gebied van staatssteuncontrole.

Bert Willems is universitair docent bij TILEC & CentER, Universiteit van Tilburg; binnen TILEC coördineert hij het onderzoek naar marktwerking en regulering in de energiesector. www.bertwillems.com/.