

Artikel

Economische en politieke factoren achter de ontwikkeling van het mededingingsbeleid in Nederland

Bert Tieben*

Inleiding

De Mededingingswet (Mw) bestaat in 2023 25 jaar. De wet kwam tot stand in de periode van de twee paarse kabinetten-Kok I en Kok II en wordt daarmee door sommigen gezien als een voorbeeld van de invloed van het neoliberale denken op het economische beleid in Nederland.¹ Met de Mw werd eindelijk werk gemaakt van de strijd tegen kartels. Onder de voorloper van de Mw, de Wet economische mededinging (WEM), kreeg ons land het label 'kartelparadijs' opgeplakt.² De WEM hanteerde een misbruikstelsel waarin de notificatie van kartels centraal stond. Dit kartelregister was echter niet openbaar en op niet-naleving van de notificatieplicht stond nauwelijks een sanctie. De Mw markeerde de overgang naar een verbodstelsel, zoals in Europa al sinds het Verdrag van Rome (1957) gebruikelijk was. Ook werd met de Mw fusiecontrole ingevoerd.

De verjaardag van de Mw roept de bredere vraag op wat de bepalende invloeden zijn geweest achter de ontwikkeling van het mededingingsbeleid in Nederland. Opvallend genoeg wordt de WEM als voorloper van de Mw ook al als het product van liberaal denken gezien.³

Rond 1950 ging het echter om een andere vorm van het neoliberalisme dan in de jaren negentig. Neoliberaal denken werd in die jaren geassocieerd met de Duitse Ordoliberalen en de Oostenrijkse school. In de jaren negentig stond liberaal voor een vrijemarktfilosofie gebaseerd op Amerikaanse tradities zoals de Chicago school of economics.⁴ Giocoli⁵ bekritiseert in een overzichtartikel over het Europese mededingingsbeleid echter de invloed van de economische wetenschap op de koers van dit beleid. Hij wijst vooral op de juridische en politiek-historische factoren in de ontstaansgeschiedenis van het Europese mededingingsbeleid.

Voor Nederland ontbreekt een dergelijke analyse van de economische en politieke drijfveren achter de ontwikkeling van het mededingingsbeleid. Dit artikel is een aanzet tot een dergelijke analyse. Ik bespreek hiervoor de ontwikkeling van het mededingingsbeleid in ons land van circa 1930 tot 2000. De nadruk ligt op de bijdrage vanuit de economische wetenschap en de invloed van politieke doctrines zoals het neoliberalisme, die zoals gesteld per tijdvak een andere betekenis hebben. De relatie tussen mededingingsrecht en andere onderdelen van het recht zoals strafrecht, civielrecht en bestuursrecht blijven in deze analyse grotendeels buiten beschouwing. Het gaat eerder om de ideeën achter het mededingingsbeleid dan om de juridische vorm waarin dat beleid in de diverse tijdvakken gestalte kreeg.

143

* Dr. L.A.W. Tieben is methodoloog bij SEO Economisch Onderzoek.

1 B. Mellink & M. Oudenampsen, *Neoliberalisme: een Nederlandse geschiedenis*, Amsterdam: Boom uitgevers 2022.

2 H.W. de Jong, 'Nederland: het kartelparadijs van Europa?', *ESB* 1990, p. 244-248.

3 J. Harmsma, *Jelle zal wel zien. Jelle Zijlstra, een eigenzinnig leven tussen politiek en economie*, Amsterdam: Boom uitgevers 2018.

4 H. Achterberg, *De utopie van de vrije markt*, Rotterdam: Lemniscaat 2010.

5 N. Giocoli, 'Competition versus property rights: American antitrust law, the Freiburg school and the early years of European competition policy', *Journal of Competition Law & Economics* 2009, nr. 4, p. 747-786.

Economisch denken over mededinging voor 1940

Wetgeving voor de regulering van markten was midden jaren dertig een primeur in Nederland. Economen in ons land hebben vanaf de negentiende eeuw een sterk liberale voorkeur gehad. Populaire leerboeken uit die periode zoals het *Leerboek der Staathuishoudkunde* (1884) van Nicolaas Gerard Pierson (1839-1909) zagen nauwelijks een rol voor de overheid betreffende de inrichting of sturing van markten. Pierson in het bijzonder baseerde zijn theorieën op het gedachtegoed van klassieke Britse economen zoals David Ricardo (1772-1823). Deze klassieke school legde de nadruk op vrij ondernemerschap als motor van de economische groei. Concurrentie moest waarborgen dat vraag en aanbod op markten altijd naar een evenwicht zouden tenderen wat tot voordeel strekte van de hele maatschappij. Een *laissez faire* houding van de overheid paste bij deze visie op de economie.

Een volgende generatie economen nam in de neoklassieke school afstand van deze nadruk op de productiezijde van de economie. Prijsvorming werd in verband gebracht met de 'nieuwe' theorie van het marginale nut. Daarmee verschoof de aandacht van producent naar consument. Wat niet veranderde, was de inzet van het economische beleid. Ook de neoklassieke school schrijft voor dat de overheid zich afzijdig houdt van vrije marktwerking, behoudens in situaties met marktfalen zoals een monopolie.

In Nederland werd begin twintigste eeuw de Oostenrijkse school populair, een van de neoklassieke stromingen.⁶ Kenmerk van deze school is een sterke nadruk op de subjectiviteit van consumentenpreferenties gecombineerd met een klassieke liberale visie op de werking van de markteconomie. Subjectiviteit betekent in dit verband dat consumenten hetzelfde goed verschillend zullen waarderen. Concurrentie zorgt spontaan voor een ordelijk verloop van het marktproces zodat de verschillende waarderingen uiteindelijk resulteren in een marktprijs waarbij consumenten hun nut kunnen maximaliseren. De overheid ontbeert kennis en kunde om dit proces van richting te voorzien en zal eerlijk gezegd alleen maar verstoringen veroorzaken. Economen uit de Oostenrijkse school zijn dan ook principieel tegenstander van economische regulering van markten waaronder zij ook het mededingingsbeleid verstaan.⁷

C.S. Verrijn Stuart (1865-1947) schreef met *De grondslagen der volkshuishouding* (1920) het eerste leerboek economie in Nederland dat specifiek werd geschreven voor academisch onderwijs. Dit boek was volledig gebaseerd op de markttheorie van de Oostenrijkse school. De eerste generatie academisch geschoolde economen werd

met andere woorden opgeleid in de traditie van de Oostenrijkse school, die tot zeker 1940 dominant was.⁸ Van belang voor het economische beleid is dat zeker voor 1900 economisch denken sterk verbonden was met de politiek. De wetenschap was veel minder gespecialiseerd dan tegenwoordig en veel hoogleraren staathuishoudkunde waren tevens politiek actief, bijvoorbeeld als Kamerlid of minister. Pierson zelf was als liberaal tevens minister van Financiën en tussen 1897 en 1901 minister-president. Theoretische opvattingen over economische regulering en mededinging vonden langs deze weg snel ingang in het beleid.

De invloed van de Oostenrijkse school op het mededingingsbeleid in ons land tot 1940 kan goed geschetst worden aan de hand van hoogleraar F. de Vries (1884-1958). Hij was rond 1920 een van de eerste economen die schreef over marktmacht en economische regulering. Bovendien was hij invloedrijk. Hij gold in de jaren dertig als de *éminence grise* van de NEH, toentertijd het belangrijkste opleidingsinstituut voor economen. Hij was mentor van studenten zoals Jelle Zijlstra (1918-2001), die later als minister verantwoordelijk was voor de invoering van de WEM. Biograaf Harmsma (2018) merkt op dat de woorden van De Vries over de relatie tussen markt en overheid soms letterlijk terugkomen bij Zijlstra.

Het concentratieverschijnsel vormde het hoofdthema van bijna alle geschriften van De Vries waarbij hij, zoals bijna alle economen van zijn generatie, werd beïnvloed door de Oostenrijkse school.⁹ De Vries besteedde veel aandacht aan de economische verklaring voor het ontstaan van concentraties zoals een kartel. Een voorbeeld van deze analyse betreft zijn idee van een contrair verlopende aanbodcurve.¹⁰ Deze stelt dat een ondernemer bij een prijsdaling zijn productie zal uitbreiden, in plaats van inkrimpen, om daarmee het verlies aan inkomsten te compenseren. Ook stelt De Vries dat de productiecapaciteit van een gefailleerde onderneming vaak niet van de markt verdwijnt, maar wordt aangekocht door een concurrent. Deze zal de onderneming met lagere kosten voortzetten. Het concurrentiemechanisme zorgt in deze gevallen niet automatisch voor inperking van de productie in situaties van een teveel aan aanbod. Dergelijke perverse reacties van het marktmechanisme verklaren waarom ondernemers een prikkel ervaren om in samenwerking de noodzakelijke beperking van het aanbod te realiseren. Het 'kartel' is geboren.¹¹

Vrije markten konden volgens De Vries dus een concentratietendens oproepen. Was dit ook aanleiding voor mededingingspolitiek? Het antwoord van De Vries was

6 B. Tieben, 'De economie van marktwerking in Chicago en Wenen', *TPE-digitaal* 2009, nr. 4, p. 61-84.

7 Tieben 2009, p. 69-70.

8 B.D. Elzas, 'Growing away from provincialism, 1870-1950', in: J. van Daal & A. Heertje (red.), *Economic Thought in the Netherlands: 1650-1950*, Aldershot: Avebury 1992, p. 75-98.

9 M.H.J. Dullaart, *Regeling of vrijheid: Nederlands economisch denken tussen de wereldoorlogen* (diss. Rotterdam), Alblasterdam 1984.

10 Dullaart 1984, p. 89

11 In de literatuur van de jaren twintig en dertig wordt vrijwel standaard over 'kartel' geschreven als het gaat om samenwerking tussen bedrijven. In het mededingingsrecht heeft het begrip kartel een beperktere reikwijdte en gaat het om onderlinge afspraken die de mededinging verstoren.

een overtuigend ‘nee’ en daarin verraadde hij de Oostenrijkse wortels van zijn economische denken.¹² Hij zag naast de concentratietendens corrigerende krachten. Zo zouden er steeds outsiders zijn die voordeel zagen in het zich niet aansluiten bij het kartel. Toetreding van nieuwe bedrijven zou worden aangemoedigd op het moment dat het kartel zijn tanden liet zien en tot afpersing van de afnemer zou overgaan. Ook zou daarmee de concurrentie van vervangingsartikelen scherper worden. En ook de deelnemers aan het kartel zouden kunnen afhaken als zij van mening waren dat het gedrag van het kartel niet langer overeenkwam met hun ondernemingsbelang. Dit alles zou het gedrag van kartels in het oordeel van De Vries matigen waarmee overheidscontrole overbodig was.¹³

Vanaf de jaren dertig schoof De Vries op richting een positief ordeningsmodel.¹⁴ Hij erkende in diverse publicaties dat markten niet voldoen aan het ideaal van volledig vrije mededinging en dat tussenvormen zoals monopolistische concurrentie de economische realiteit tekenen.¹⁵ Deels waren de externe omstandigheden debet aan deze koerswijziging. In de crisisjaren viel er niet te ontkomen aan een rol voor de overheid in de economische ordening. De Vries accepteerde dit gegeven. Maar er stak ook een zuiver economische observatie achter zijn oproep voor regulering van markten. Hij maakte zich zorgen over de groei van de vaste kosten in het moderne industriële apparaat.¹⁶ Bij omvangrijke vaste kosten zou beprijzing conform de marginale kosten de rentabiliteit van de bedrijven onder druk zetten. Vrije prijsvorming en vrije mededinging zouden in die situatie leiden tot ‘ruïneuze concurrentie’.¹⁷ Dit was een ongewenste uitkomst in een periode met grote economische problemen. Een *laissez faire* benadering was daarmee uitgesloten. ‘Regeling of vrijheid?’ werd de centrale vraag voor het economisch beleid.¹⁸

Het is in deze context dat hij het begrip algemeen belang naar voren schuift als norm voor economische regulering. Dullaart¹⁹ merkt terecht op dat De Vries hiermee afscheid nam van zijn geloof in de corrigerende werking van het vrijemarktmechanisme. De marktordering was niet langer het gevolg van spontane orde conform de beginselen van het klassieke liberalisme. Ordening werd een kwestie van regulering aan de hand van het algemeen belang. Wat geldt als het algemeen belang zou volgens De Vries²⁰ door een onafhankelijke commissie moeten worden bepaald waarin zeker geen plaats is

voor vertegenwoordigers van het bedrijfsleven vanwege het risico op belangenverstrengeling.²¹

De Wet economische mededinging (1958)

De WEM kende twee voorgangers: de Ondernemersovereenkomstenwet (1935) en het Kartelbesluit (1941). Het Kartelbesluit was een stuk bezettingswetgeving en diende mede om die reden te worden vervangen. De Ondernemersovereenkomstenwet gaf de regering de mogelijkheid om regelingen van ondernemers algemeen verbindend of algemeen onverbindend te verklaren. Het centrale idee van de wet was dat samenwerking tussen ondernemingen in het algemeen belang kon zijn als instrument voor de bestrijding van de ‘destructieve gevolgen van een ongebreidelde concurrentiestrijd’. Voor deze mogelijkheid diende de algemeenverbindendverklaring. De wet wilde tegelijkertijd een handvat bieden voor overheidsingrijpen in die situaties waarin de marktmacht van ondernemerscombinaties schadelijk was voor het algemeen belang. Hiervoor was de onverbindendverklaring bedoeld. De wet gaf met andere woorden invulling aan de visie van De Vries midden jaren dertig dat regulering van markten nodig kan zijn vanuit het algemeen belang.

De visie dat samenwerking tussen ondernemingen zowel bevorderlijk als schadelijk voor de welvaart kon zijn lag ook ten grondslag aan de WEM.

‘Deze grondgedachte is immers, dat zowel een teveel aan gebondenheid van het economisch leven als een te grote vrijheid schadelijk zijn voor de welvaart. Het is daarom noodzakelijk, dat de Overheid de bevoegdheid heeft de samenwerking van ondernemingen te steunen, waar deze gunstig werkt, en dat zij die samenwerking kan doorbreken, wanneer deze het algemeen belang schaadt.’²²

De memorie van toelichting voegt daaraan toe dat de WEM het midden zoekt tussen twee uitersten die de wetgever onrealistisch acht. Dit betreft zowel de situatie van volledig vrije mededinging als de planmatig gestuurde economie waarbij ‘autoritaire beslissingen’ van de overheid centraal staan. De realiteit van de naoorlogse economie was er een van ‘onvolledige mededinging’. Bovendien was de overheid zich aan het terugtrekken uit de economie doordat de schaarste-economie van na de oorlog rond 1950 voorbij was. Een door de overheid gereguleerd prijsstelsel paste niet langer bij de bestaande economische situatie.

De WEM zocht de gulden middenweg tussen concurrentie en overheidsingrijpen. Het doel was ‘gezonde mededinging’ te bewerkstelligen.²³ De wet van 1935 was

12 F. de Vries, *Enige opmerkingen over de wettelijke regeling der ondernemingscombinaties*, Nederlandsch Instituut van Accountants 1928.

13 De Vries 1928, p. 27.

14 Dullaart 1984, p. 187 en 192. en Elzas 1992, p. 82.

15 F. de Vries, ‘Coördinatie van het verkeerswezen’, *De Economist* 1933, p. 275-313; F. de Vries, *Regeling of vrijheid. Jaarboek der Nederlandsche Handels-Hoogeschool 1934-1935*, 1935; F. de Vries, ‘De organisatie van het economisch leven’, *De Economist* 1954, p. 481-498.

16 De Vries 1933, p. 302.

17 De Vries 1933, p. 302.

18 De Vries 1935.

19 Dullaart 1984, p. 192.

20 De Vries 1933, p. 309.

21 De Vries 1933, p. 309, noot 13.

22 *Kamerstukken II 1953/54*, 3295, nr. 3, p. 6 (MvT WEM).

23 *Kamerstukken II 1953/54*, 3295, nr. 3, p. 7 (MvT WEM)).

voor dit doel niet langer geschikt, omdat naast formele mededingingsregelingen ook informele afspraken van invloed konden zijn op de mededinging. Daarnaast kon het effect van een mededingingsregeling gelijk zijn aan een economische machtspositie die op andere wijze ontstaat. De WEM diende een handvat te bieden om ook hiertegen te kunnen optreden.

De kern van de WEM was optreden tegen mededingingsregelingen en economische machtsposities via een positieve of een negatieve methode. De positieve methode hield rekening met de gunstige effecten van kartels op de welvaart. Hieronder vielen ook vormen van samenwerking die tegenwoordig worden gezien als *hard core* kartels, zoals prijsafspraken en marktverdeling. Het idee was dat dergelijke afspraken een positief effect zouden kunnen hebben op de marktwerking, bijvoorbeeld doordat het de deelnemers aan het kartel in staat stelde om de winstgevendheid te verbeteren. Dit was een voordeel dat via een algemeenverbindendverklaring ook ter beschikking werd gesteld aan de rest van de markt 'als het algemeen belang zulks vereist'.²⁴ De WEM vereiste verder dat mededingingsregelingen werden aangemeld in het kartelregister,²⁵ een verplichting waarvoor de minister van Economische Zaken een ontheffing kon verlenen. Er stond echter geen sanctie op niet-aanmelding.²⁶ Artikel 5 WEM bevatte de mogelijkheid om via een algemene maatregel van bestuur niet-aangemelde regelingen nietig te verklaren. Van deze optie is echter nooit gebruikgemaakt.²⁷

De negatieve methode trad in werking als mededingingsregelingen en economische machtsposities naar het oordeel van de minister het algemeen belang schaadden.²⁸ Bij algemene maatregel van bestuur kon in dat geval een regeling onverbindend worden verklaard. Ook bevatte de WEM de mogelijkheid om gegevens van mededingingsregelingen en economische machtsposities te publiceren.²⁹ De minister zag de potentiële druk vanuit de publieke opinie op zichzelf al als een belangrijk middel tegen misbruik.³⁰ Bij een economische machtspositie verkreeg de minister op grond van de WEM de bevoegdheid om regulerend op te treden. Dit kon bijvoorbeeld een leveringsverplichting inhouden of voorschriften voor de prijs van een goed of dienst.³¹

24 Zie art. 6 WEM (1958) (Tekst van de Wet economische mededinging (Stb. 1956, 401), zoals deze is gewijzigd bij de wet van 16 juli 1958 (Stb. 412), houdende een regeling betreffende beroep tegen beschikkingen krachtens de Wet economische mededinging (Stb. 1958, 413). De algemeenverbindendverklaring kon ook betrekking hebben op een specifiek onderdeel van de mededingingsregeling.

25 Zie art. 2 WEM (1958).

26 Het niet-navolgen van art. 2 WEM was een strafbaar feit. Maar de strafrechtelijke handhaving van de WEM is nooit van de grond gekomen. Zie ook M.R. Mok, 'Het Nederlandse kartelbeleid: De toepassing van de Wet Economische Mededinging 1963-1968', *Sociaal-Economische Wetgeving* 1969, afl. 3, p. 112-186.

27 L. Peepkorn, 'Mededingingsbeleid op klompen', *Tijdschrift voor Politieke Economie* 1987, afl. 4, p. 57-75.

28 Zie art. 10 WEM (1958) voor mededingingsregelingen en art. 24 WEM (1958) voor economische machtsposities.

29 Zie art. 19 en 24 WEM (1958).

30 MvT WEM, p. 12.

31 Zie art. 24 artikel 1, lid b sub 2 en 3 WEM (1958).

Deze mogelijkheid geeft aan dat de WEM eerder werd gezien als een instrument van de overheid voor economische regulering vanuit het algemeen belang, dan als een waarborg voor effectieve concurrentie.

Bij de introductie van de WEM stelde de minister nadrukkelijk dat 'opportuniteit en utiliteit' de bepalende beginselen waren voor toepassing van de wet. Hiermee werd bedoeld dat er geen ideaaltypische norm bestond voor de beoordeling van kartels en economische machtsposities. De economie werd gezien als inherent dynamisch met een grote variatie aan marktvormen. Het effect van deze marktvormen en het gedrag van marktspelers op het algemeen belang zou per geval moeten worden beoordeeld, precies zoals De Vries in de jaren dertig had geadviseerd. De toepassing was dus casuïstisch. Er werd een Commissie Economische Mededinging in het leven geroepen om de minister te adviseren over eventuele maatregelen.³² Maar de maatregelen zelf werden genomen door de verantwoordelijke ministers.

De invloed van het Ordoliberalisme

Het economische denken van de Oostenrijkse school was dus uiteindelijk niet bepalend voor de WEM en zijn voorgangers. Deze invloed kan mogelijk wel worden toegedicht aan een gelieerde stroming, het Ordoliberalisme, dat geassocieerd is met de Universiteit van Freiburg in Duitsland. De Ordoliberalen vormen een economische school die net voor de oorlog tot stand kwam. Vanwege het verzet tegen de nazi's was deze school ook acceptabel in de naoorlogse periode en diverse aanhangers van de school hebben een belangrijke rol gespeeld bij de totstandkoming van de economisch wetgeving in de Duitse republiek na 1945. De kern van het Ordoliberalisme is regulering van economie en staat via een economische constitutie.³³ De school heeft met het klassieke liberalisme de overtuiging gemeen dat een vrijemarkteconomie en concurrentie noodzakelijk zijn voor de creatie van welvaart. Wat het Ordoliberalisme onderscheidt, is de nadruk op de rol van de overheid om de markteconomie mogelijk te maken. Zonder wetten en regels kan een markteconomie niet functioneren. De economische constitutie moet er tegelijkertijd voor zorgen dat de bemoeienis van de overheid niet doorslaat naar sturing van het economische leven. Tevens moet de constitutie garanties inbouwen voor een evenwichtige verdeling van de welvaart. De benaming sociale markteconomie wordt om die reden toegedicht aan de Ordoliberalen.³⁴

De Ordoliberalen hebben direct en indirect bijgedragen aan de economische wetgeving in Duitsland na 1945 en via die route ook aan de Europese mededingingswetge-

32 Zie art. 26 WEM (1958).

33 G. Meijer, *Het neoliberalisme. Neoliberalen over economische orde en economische theorie* (diss. Groningen), Assen: Koninklijke Van Gorcum 1988.

34 Meijer 1988, p. 6.

ving.³⁵ Vrijwel gelijktijdig met de WEM werd in het Verdrag van Rome (1957) het startschot gegeven voor het Europese mededingingsbeleid. Ook in Duitsland kwam in 1957 een mededingingswet tot stand, de Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).³⁶ Zowel het Europese verdrag als de GWB hanteerde een verbodstelsel voor kartels en economische machtsposities. De Nederlandse WEM week met zijn misbruikstelsel af van deze internationale trend.

Het verbodstelsel van de GWB paste naadloos in de Ordoliberal visie en is aantoonbaar onder invloed van de school tot stand gekomen.³⁷ Artikel 1 GWB verbood ondernemingsregelingen, besluiten en andere vormen van onderling afgestemd gedrag die de mededinging beperken of vervalsen.³⁸ Dit beginsel waarborgde in twee opzichten vrijheid in het economische verkeer. In de eerste plaats beoogde het verbod marktspelers bescherming te bieden tegen de economische macht van bedrijven. Artikel 2 GWB bood de mogelijkheid vrijstellingen op het kartelverbod toe te kennen, maar de gronden voor het toekennen hiervan werden zo goed mogelijk in regels vastgelegd. Het doel was de discretionaire macht van de overheid inzake ordening zo goed mogelijk in te perken met behoud van het wettelijke kader dat nodig was om de markteconomie te laten functioneren. De aanpak greep terug op het beginsel van ‘complete mededinging’ van de Duitse econoom Walter Eucken (1890-1950), een van de grondleggers van het Ordoliberalisme. Complete mededinging betekende concurrentie zonder dwang wat dus ook gold voor de invloed van de overheid richting marktpartijen.³⁹ Giocoli betoogt dat dezelfde aanpak via de invloed van Ordoliberalen zoals de Duitse minister van Economische Zaken Ludwig Erhard terechtkwam in de twee verbodsbepalingen inzake mededinging in het Verdrag van Rome. Hij beschrijft de uitzonderingen in artikel 85 Verdrag van Rome als codificatie van de *rule of reason*: een regel met specifieke en gedetailleerde normen waarmee de discretionaire bevoegdheid van de Europese Commissie voor het toekennen van uitzonderingen sterk werd ingeperkt.⁴⁰

Het Ordoliberalisme had ook in Nederland aanhangers. Het Comité ter bestudering van orderingsvraagstukken nodigde in 1948 de Ordoliberaal Wilhelm Röpke (1899-1966) uit voor een serie lezingen. Volgens Mellink en Oudenampsen⁴¹ trok hij ‘volle zalen en kreeg veel bijval’. Het was zijn notie van een ‘derde weg’ tussen staat en

markt die de aandacht trok. Concurrentie was noodzakelijk in een markteconomie, maar zonder een sterke staat kon een markteconomie niet functioneren. Hij poneerde zelfs de stelling dat de overheid de taak had waar nodig concurrentie actief aan te wakkeren.⁴²

Het past goed in de politieke context van Nederland in de jaren van wederopbouw dat het geluid van de Ordoliberalen weerklink vond. Het socialisme was in opkomst. De SDAP kwam in 1939 voor het eerst in de regering. Na de oorlog werd Willem Drees trekker van fusiepartij Partij van den Arbeid. Het is tekenend dat Jelle Zijlstra als jonge politicus van ARP-huize zich begin jaren vijftig in een essay buigt over het ‘neo-liberalisme’ waarbij hij het werk van Eucken, Röpke en Hayek kritisch besprak.⁴³ Wat moest de mix van overheid en markt zijn? Volgens biograaf Harmsma bekritiseerde Zijlstra het ideaaltypische beeld van marktwerking dat centraal stond in het neoliberale denken. Deze doctrine bevond zich nog in het ‘studeerkamerstadium’ en kon niet als basis dienen voor praktische politiek. Volgens Harmsma⁴⁴ was deze kritiek ‘retoriek’ en bedoeld om de kiezers van de ARP tegemoet te komen. Inhoudelijk omarmde hij grotendeels de ideeën van de genoemde neoliberale economen. De kern van zijn marktgerichte orderingsvisie was de eerder genoemde notie dat vrijemarktwerking niet mogelijk is zonder een actieve rol van de overheid. Een soortgelijke opvatting komen we tegen in Mellink en Oudenampsen,⁴⁵ die aan Röpke de visie toedichten dat ‘een gezonde markt niet kan overleven zonder overheid en een gezonde overheid niet zonder markt’.⁴⁶ Bijgevolg zouden zij volgens Mellink en Oudenampsen hebben betoogd dat de overheid concurrentie moest aanjagen wanneer de markt faalde.

Maar zien we bij Zijlstra nu echt de invloed van de Ordoliberalen? Anderen zagen eerder een uitgestoken hand richting andere doctrines zoals de socialisten. In het blad *Vakbeweging* verscheen een instemmende bespreking van zijn rede over het neoliberalisme, compleet met spotprent van Adam Smith.⁴⁷ De auteur concludeert dat Zijlstra met zijn kritiek op de neoliberalen en schets van de rol van de overheid een ‘basis voor discussie’ met de socialisten heeft gecreëerd. Vooral de opvatting dat hij geen natuurlijke grenzen ziet aan de overheidsbemoeienis met het economische leven spreekt de reviewer aan. Hij stelt dat hiermee een gesprek mogelijk is dat niet op ‘verstarde dogma’s’ stuk zal slaan.⁴⁸ Feit is

35 D.J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth-Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford: Clarendon 1998; H.L. Buxbaum, ‘German Legal Culture and the Globalization of Competition Law: A Historical Perspective on the Expansion of Private Antitrust Enforcement’, *Berkeley Journal of International Law* 2005, nr. 2, p. 474-495; Giocoli 2009, p. 768 e.v.

36 De Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen werd 27 juli 1957 aangenomen en trad in 1 januari 1958 in werking. Zie Buxbaum 2005, p. 479.

37 Giocoli 2009, p. 775.

38 Art. 1 GWB: ‘Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, sind verboten.’

39 Giocoli 2009, p. 771.

40 Giocoli 2009, p. 777.

41 Mellink & Oudenampsen 2022, p. 52.

42 Mellink & Oudenampsen 2022, p. 52.

43 J. Zijlstra, ‘The neo-liberalism’, *Free University Quarterly* 1952, nr. 1, p. 37-49. Bij het uitspreken van deze rede in 1951 maakte de ARP geen deel uit van het brede kabinet-Drees II (1951-1952).

44 J. Harmsma, ‘Voorbij de oude ballast: neoliberalisme en het nieuwe marktdenken van Nederlandse economen (1945-1952)’, *Sociologie* 2019, afl. 3, p. 253-270.

45 Mellink & Oudenampsen 2022, p. 52.

46 Mellink en Oudenampsen noemen hierbij ook Hayek. Wij zijn echter van mening dat nergens in Hayeks werk een positieve rol te vinden is voor de overheid als het gaat om het realiseren van concurrerende markten. Zie: Tieben 2009, p. 69.

47 D. Roemers, ‘Een basis voor discussie: Prof. Zijlstra sprak over het neoliberalisme’, *Vakbeweging* 21 mei 1951, p. 164-166.

48 Roemers kreeg gelijk. In 1952 trad Zijlstra met de ARP toe tot het kabinet-Drees III (1952-1956) dat uit PvdA, KVP, CHU en ARP bestond.

dat de partij van Zijlstra, de ARP, in deze jaren verwerping van de ‘geleide Overheidseconomie’ als partijbeingsel had.⁴⁹

Zijlstra’s punt dat de overheid nodig is om marktwerking te creëren kan nog enige aansluiting vinden bij Eucken en de Ordoliberalen, maar dan wel zolang deze rol past in de gedachte van een economische constitutie. De wens om casuïstisch beleid te voeren inzake mededinging staat daar lijnrecht tegenover. Eucken wilde marktpartijen juist vrijwaren van de sturende macht van overheden.⁵⁰ In de WEM ging de minister besluiten nemen over kartelzaken en was de invloed van de politiek verrijkend.⁵¹ Het geeft in een notendop het verschil aan tussen de Nederlandse aanpak met zijn nadruk op het bestrijden én bevorderen van ondernemingsregelingen vanuit het algemeen belang en het verbodsstelsel van de GWB in Duitsland en het Europese mededingingsrecht. De invloed van de Ordoliberalen op de totstandkoming van de WEM is met andere woorden hoogstens indirect te noemen. De wet lijkt niet het product te zijn van een specifieke economische doctrine, maar werd eerder uit nood geboren. Ze was de voortzetting van het pragmatisme uit de jaren dertig waarbij zelfs de aanhangers van de Oostenrijkse school inzagen dat een model van volledig vrije mededinging een onrealistisch doel was en dat marktregulering door de overheid vanuit het algemeen belang in sommige situaties noodzakelijk was. De WEM gaf in de jaren vijftig invulling aan deze wens.

De lange aanloop naar een nieuw systeem

Zoals gesteld hanteerde de WEM een misbruiksstelsel voor ondernemersregelingen. Daar paste een informele handhavingspraktijk bij. Het ministerie van Economische Zaken ging het gesprek aan met ondernemers die een regeling kwamen melden. De verwachting van het ministerie bij invoering van de WEM was dat deze informele aanpak ondernemers zou ontmoedigen om te kiezen voor een ondernemersregeling.⁵² Bij een economische machtspositie kon de minister ingrijpen door zelf prijzen vast te stellen.

Dit actief ingrijpen is onder de WEM nooit van de grond gekomen. Terugblikkend op de eerste jaren stelde Mok dat de invoering van de WEM in 1958 geen enkel effect

heeft gehad op het aantal ondernemingsregelingen.⁵³ Hij vond bovendien de informele aanpak een mislukking. ‘Dit beleid bedient zich in feite liever van kartels dan dat het zich ertegen keert.’⁵⁴ Bij klachten van ondernemers trad het ministerie vrijwel nooit op met een formeel besluit. De gereedheidskist voor optreden bij een economische machtspositie bleef met andere woorden gesloten. Het stoorde Mok geweldig dat in ons land de meest extreme vorm van een kartel werd toegestaan: de collectieve exclusief-verkeersregeling. Bedrijven konden concurrenten hiermee letterlijk van de markt weren, een ‘economische doodstraf’ aldus Mok. Nederland telde in 1969 nog honderd van deze extreme kartels, naast de circa driehonderd prijskartels die in vele landen vanwege hun grote schadelijkheid verboden waren.⁵⁵ In feite werd de discrepantie tussen het Nederlandse mededingingsbeleid en de aanpak elders in Europa steeds groter.

In reactie hierop werden beperkte hervormingen in het Nederlandse mededingingsbeleid doorgevoerd. Zo werd de collectieve verplichting tot het voeren van verticale prijsbinding per 1 juli 1964 generiek onverbindend verklaard. Het mededingingsbeleid kreeg met andere woorden een meer hybride karakter met elementen van een verbodsstelsel en misbruikwetgeving.

De grote stap naar invoering van een verbodsstelsel door ook horizontale prijsafspraken generiek onverbindend te verklaren kwam echter pas in 1993 tot stand. Diverse kabinetten hebben pogingen tot hervormingen van het mededingingsbeleid in deze richting gewaagd. Al in 1971 vraagt het kabinet-Biesheuvel de SER te adviseren over diverse mogelijkheden voor een effectievere WEM waaronder de invoering van een verbodsstelsel. In 1977 dient minister van Economische Zaken Lubbers een wetsvoorstel in met een vergunningstelsel voor horizontale en verticale prijsregelingen. Zonder vergunning zijn de regelingen verboden.⁵⁶ Maar alle pogingen tot aanscherping van het mededingingsbeleid richting een verbodsstelsel stranden op verzet van ondernemersorganisaties. Dit verzet houdt aan tot in de jaren negentig. De ondernemers wilden de aanpak van de WEM op basis van het misbruikprincipe voortzetten.⁵⁷

De vraag is wat de totstandkoming van de Mededingingswet na al die jaren van verzet uiteindelijk mogelijk heeft gemaakt. Mellink en Oudenampsen⁵⁸ zien in de wet de invloed van neoliberale ideeën met Ad Geelhoed als secretaris-generaal bij Economische Zaken als katalysator. Geelhoed wordt in het boek geciteerd met de uitspraak dat zijn economische ideeën ‘neoliberaal’ zijn. Hij was een marktwerker, ‘een ambtenaar die ervan

49 Zie Program van Actie der Anti Revolutionaire Partij, 1952, p. 6.

50 In die zin was Röpke met zijn oproep aan de overheid actief markten te gaan reguleren een uitzondering onder de Ordoliberalen: S. Kolev, *Neoliberale Leitideen zum Staat: Die Rolle des Staates in der Wirtschaftspolitik im Werk von Walter Eucken, Friedrich August von Hayek, Ludwig von Mises und Wilhelm Röpke* (Dissertationsschrift Universität Hamburg), 2011, p. 132.

51 Volgens Mok (1969, p. 151) had de WEM ‘een zeer ruime mate van “Ermessensfreiheit”. Derhalve kunnen wisselingen in de politieke structuur van de regering, of zelfs persoonswisselingen, een andere oriëntering van het kartelbeleid veroorzaken.’

52 Brief van de minister van Economische Zaken van 8 juni 1956, *Kamerstukken II 1955/56*, 3295, nr. 38.

53 Volgens de data-analyse van Petit was het aantal vrijwillige opzeggingen uit het register beperkt. Het aantal kartels bleef hoog tot afschaffing van de WEM: L.D.T. Petit, *Legal Cartels* (diss. Rotterdam), 2017.

54 M.R. Mok, ‘Het kartelbeleid tijdens het bewind van het kabinet de Quay’, *Sociaal-Economische Wetgeving 1964*, afl. 3/4, p. 117-157, op p. 157.

55 Mok 1969, p. 134.

56 Zie art. 15a lid 1 wetsvoorstel WEM, *Kamerstukken II 1977/78*, 14886, nrs. 1-4.

57 De Jong 1990, p. 246.

58 Mellink & Oudenampsen 2022, p. 211, 212 en 221.

overtuigd is dat de voornaamste taak van de overheid is om marktwerking te bevorderen.⁵⁹ Hij formeerde als S-G de directie marktwerking bij Economische Zaken die volgens Mellink en Oudenampsen een verzamelplaats werd van ‘marktwerkers’. Richting Yvonne van Rooy, die als staatssecretaris politiek verantwoordelijk was voor de Mw, suggereren de auteurs dat in de jaren tachtig de combinatie christendemocratie en neoliberalisme nieuw leven in werd geblazen onder invloed van CDA-coryfeeën zoals Herman Wijffels.⁶⁰ Deze combinatie greep terug op de suggestie van een sociale markteconomie in het werk van Ordoliberalen uit de jaren vijftig, zoals Wilhelm Röpke.⁶¹ We keren in dat opzicht terug naar de discussie over invloed van de Ordoliberalen op het mededingingsbeleid in de jaren vijftig.

Het is waarschijnlijker dat de Mw onder druk van ‘Europa’ tot stand is gekomen, en in die zin meer pragmatisch dan ideologisch geïnspireerd is geweest.⁶² Geelhoed begon zijn carrière als jurist bij het Europese Hof van Justitie. Bij hem stond het belang van Europese economische integratie voorop, die met het Verdrag van Maastricht (1992) een nieuwe fase inging. Hij maakte zich als S-G zorgen of Nederlandse ondernemers wel in staat waren de druk van de toenemende globalisering te weerstaan.⁶³ Hij achtte ‘verbetering van de marktwerking’ noodzakelijk om ruimte voor ‘flexibiliteit en dynamiek’ te creëren. Alleen daarmee kon Nederland zijn internationale concurrentiepositie behouden. Je zou dit een ‘neoliberale’ agenda kunnen noemen, die past bij de verschuiving in de economische wetenschap van Keynesiaanse doctrines met hun nadruk op overheidsinvesteringen en sturing van de werkgelegenheid naar een aanbodgerichte economie waarin vooral de economische structuur aandacht behoeft van de overheid. Het overheidsbeleid werd voorwaardenscheppend en steun voor specifieke industrieën of kartels was voortaan uit den boze.

Politiek gezien was de voorbereiding van de nieuwe mededingingswet in handen van staatssecretaris Van Rooy in het derde kabinet-Lubbers (1989-1994). Ook Van Rooy had een achtergrond in Europa. Van 1984 tot 1986 was zij lid van het Europees Parlement. Daar ontdekte ze naar eigen zeggen hoe belangrijk mededingingsbeleid was als instrument om de stagnerende Europese economie te revitaliseren.⁶⁴ De Nederlandse omgang met ondernemersregelingen bleek ver af te staan van haar ervaringen in Brussel.

Brussel ging zich vervolgens ook nog actief bemoeien met het mededingingsbeleid in Nederland. In 1992

maakte de Europese Commissie een eind aan de onderlinge afspraken in de bouwsector waar met rekenvergoedingen werd gewerkt. Volgens Eurocommissaris Brittan was er sprake van ‘ontoelaatbare kartelvorming’.⁶⁵ Hij legde de sector een boete op van 22,5 miljoen Ecu. Er liep ook een inbreukprocedure tegen de Nederlandse staat, omdat Nederland de regelingen in de bouwsector door middel van een algemene maatregel van bestuur expliciet had gesanctioneerd.⁶⁶ Na het opleggen van de boete staakte Nederland eindelijk het verzet. Van Rooy kondigde aan het mededingingsbeleid zo snel mogelijk in overeenstemming te brengen met de beslissing van de Commissie. Al in 1991 informeerde zij de Tweede Kamer over het voornemen tot aanscherping van het mededingingsbeleid waarbij convergentie met Europa het sleutelwoord was.⁶⁷ De aanpak was gefaseerd. Eerst volgden hervormingen binnen de kaders van de WEM vanwege de weerstand van ondernemers. Per 1 juli 1993 trad het Besluit horizontale prijsbinding in werking. Dit was een algemene maatregel van bestuur waarin regelingen met horizontale prijsafspraken generiek onverbindend werden verklaard met mogelijkheid tot ontheffing.⁶⁸ Parallel werkte Van Rooy met haar ambtenaren aan een nieuwe mededingingswet gebaseerd op het verbodstelsel dat Europees gangbaar was. Op 24 juni 1997 werd de nieuwe Mededingingswet in het *Staatsblad* gepubliceerd.⁶⁹

Conclusie

Nederlandse economen hebben lang gewerkt in wat we nu een liberaal paradigma zouden noemen. De Oostenrijkse school was hier een voorbeeld van. Economische regulering van markten was een onbekend fenomeen in deze literatuur. Overheidsingrijpen werd vrijwel altijd negatief beschreven als schadelijk voor de welvaart. Markten moesten zich spontaan organiseren en ook in markten met onvoldoende mededinging zou door toetreding op termijn vanzelf meer concurrentie ontstaan. Dergelijke ideeën hebben het ontstaan van het mededingingsbeleid in Nederland niet bevorderd. Ze hebben het eerder tegengehouden.

Deze remmende werking is goed zichtbaar in het werk van F. de Vries die als eerste Nederlandse econoom rond 1920 schrijft over marktstructuur en concentraties. Lang was daarin geen plaats voor actief overheidsingrijpen, zelfs niet in markten met een concentratietendens. Deze overtuiging maakte in de jaren dertig langzaam plaats

59 Mellink & Oudenampsen 2022, p. 212.

60 De auteurs geven geen bewijs voor deze invloed van het neoliberalisme op het CDA in de jaren Lubbers. De waarheid is waarschijnlijk dat in de jaren tachtig en negentig alle politieke stromingen in enige mate beïnvloed zijn geweest door het neoliberalisme, zoals Jan Jacob van Dijk (2022) stelt in zijn recensie van Mellink & Oudenampsen 2022.

61 Mellink & Oudenampsen 2022, p. 200.

62 Zie ook Petit 2017, p. 151.

63 L.A. Geelhoed, ‘Uitdagingen voor het sociaal-economisch bestel’, *ESB* 1994, nr. 3943, p. 4-8.

64 R. op het Veld, *Eerlijke concurrentie. De Nederlandse strijd tegen marktmacht*, Hilversum: Verloren 2022, p. 32.

65 Op het Veld 2022, p. 28.

66 Besluit van 29 december 1986 tot onverbindendverklaring van een aantal bepalingen in mededingingsregelingen aangaande het aannemersoverleg in de bouwsector (*Stb.* 1986, 676). Dit besluit bevatte een uitzondering voor collectieve afspraken in de bouw.

67 Zie brief van 6 mei 1991, *Kamerstukken II 1990/91*, 22093, nr. 1.

68 Zie Koninklijk besluit van 4 februari 1993, houdende onverbindendverklaring van bepalingen in mededingingsregelingen inzake horizontale prijsbinding (*Stb.* 1993, 80).

69 Wet van 22 mei 1997, houdende nieuwe regels omtrent de economische mededinging (Mededingingswet) (*Stb.* 1997, 242).

voor een pragmatischere houding richting een regulerende rol van de overheid om markten te laten functioneren in overeenstemming met het algemeen belang. In de ‘grote depressie’ van deze jaren was een sturende rol van de overheid bijna niet te vermijden. Maar een theorie ter onderbouwing van het algemeen belang bestond niet. Van geval tot geval moest de wegging tussen de heilzame werking van concurrentie en de noodzaak van corrigerend optreden door de overheid worden beoordeeld. Het is precies deze spagaat tussen vrijheid en regulering die ten grondslag ligt aan de WEM, die de regering de bevoegdheid geeft kartels te bestrijden én te steunen. Het liberalisme verschieft na de oorlog van kleur. Nederlandse economen krijgen belangstelling voor het Ordoliberalisme met zijn nadruk op de rol van de overheid bij de totstandbrenging van concurrerende markten. In Duitsland heeft deze school bijgedragen aan het mededingingsbeleid met de invoering van de GWB in 1958. Maar waar in de GWB het verbodstelsel centraal staat, introduceert Nederland tegelijkertijd een mededingingswet waarin de denkwijze van de jaren dertig wordt voortgezet: de overheid reguleert markten vanuit het algemeen belang, wat ook kon betekenen dat afspraken tussen ondernemers werden gestimuleerd in plaats van bestreden. De Nederlanders waren op hun best halfslachtige volgers van het Ordoliberalisme.

Ook bij latere ontwikkelingen in het mededingingsbeleid is het lastig politieke invloed en economische denkbeelden te scheiden. Ondernemers weten hervorming van het mededingingsbeleid lang tegen te houden. Het ministerie van Economische Zaken treedt niet op tegen kartels die in andere landen per definitie verboden waren. Het gat met het mededingingsbeleid in Brussel wordt allengs groter.

In de jaren tachtig krijgen aanbodeconomen ook in ons land meer invloed. Dit betreft in eerste instantie vooral een ontwikkeling in de macro-economie, zoals in de groeitheorieën van economen uit de Chicago school of economics.⁷⁰ De nadruk komt te liggen op het belang van kostenefficiëntie als waarborg voor werkgelegenheid in een internationaal concurrerende economie. Concurrentie werkt als een stimulans voor kostenefficiëntie en innovatie. De verschuiving naar een aanbodgeoriënteerde economie zou om deze reden een neoliberale tendens kunnen worden genoemd. Maar het voert te ver om de ontwikkeling van de Mw in de schoenen te schuiven van een groep ‘marktwerkers’ bij het ministerie van Economische Zaken. Het is niet bewezen dat deze ambtenaren en politici onder invloed stonden van een specifieke economische doctrine. Bovendien voltrok zich in de theorie van de industriële organisatie gelijktijdig een kleine revolutie met toepassing van concepten uit de speltheorie waardoor strategisch gedrag een betere plek kreeg in de analyse van marktwerking. Het interessante is dat de pioniers in deze richting zoals Nobelprijswinnaar Jean Tirole niet bekend staan als dogmati-

sche neoliberale economen. Integendeel.⁷¹ Met behulp van deze theorieën was het mogelijk de marktordening zo vorm te geven dat slimme prikkels konden bijdragen aan realisatie van specifieke publieke doelstellingen. Marktwerking werd met andere woorden een instrument voor intelligent vormgegeven overheidsbeleid los van de ideologische connotaties van het neoliberalisme. Specifiek voor de transitie van WEM naar Mw is van belang dat het mededingingsbeleid in handen kwam van personen als Geelhoed en Van Rooy die goed op de hoogte waren van de Europese integratie en inzagen dat de Europese Commissie Nederland zou dwingen tot een ander mededingingsbeleid als het kabinet dat niet zelf zou doen. Convergentie met Europa werd het sleutelwoord voor het ontwerp van een nieuwe mededingingswet.

70 Denk aan de nadruk op endogene groei in het werk van Paul Romer.

71 Zie bijvoorbeeld M. Dewatripont & J. Tirole, *The morality of markets*, discussion paper, Toulouse School of Economics 2022.