

Artikel

Maatschappelijk verantwoord concurreren

Mededingingsrecht in een veranderende wereld

Mr. T.R. Ottervanger*

Een overgangsfase naar een nieuw tijdperk. Afscheid van een blind geloof in vrije marktwerking als enig heilzaam middel voor het scheppen van welvaart. De eenzijdige focus op efficiëntie en groei is onderworpen aan kritische herwaardering. Begrippen als duurzaamheid en welzijn winnen sterk aan betekenis als maatstaf voor beleid zowel van regeringen als van ondernemingen. Zo gaat de SER in zijn recente advies *Overheid én Markt* ervan uit dat het sociaal-economisch beleid gericht is op een breed welvaartsbegrip: naast materiële vooruitgang (welstand, productiviteitsgroei) ook sociale vooruitgang (welzijn, sociale cohesie), goede kwaliteit van de leefomgeving en een schoon milieu.¹ Wat betekent deze ontwikkeling voor het mededingingsrecht?

Inleiding

In 1603 moest de rechter in Engeland zijn licht laten schijnen over de volgende casus:² Edward Darcy genoot het exclusieve recht, verkregen voor twaalf jaar van Koningin Elisabeth I, op de productie en import van speelkaarten. Darcy claimt schade van Allein die in strijd met het monopolie van Darcy handelde in speelkaarten. Een gevoelige zaak, want op de achtergrond

speelde de constitutionele strijd tussen vorstin en parlement over de verdeling van bevoegdheden. De monopolist Darcy beroept zich op een publiek belang ter rechtvaardiging van zijn exclusieve recht: speelkaarten, zo stelt hij, zijn verwerpelijke producten en het is daarom te prefereren dat slechts één persoon zich met de productie en handel bezighoudt; de rest van het volk kan dan eerbare beroepen uitoefenen. De rechtbank accepteert dit niet en oordeelt dat de koninklijke gunst in strijd is met de *common law* en daarom nietig. De motivering is interessant vanwege de economische en sociale principes *avant la lettre*: een monopolie leidt tot onaanvaardbaar hoge prijzen en tot mindere kwaliteit van het product; bovendien schaadt het de belangen van derden, namelijk andere handwerkslieden die immers hun vak niet kunnen uitoefenen. En het feit dat het kaartspel zelf een activiteit is met allerlei negatieve kanten, zoals spilzucht, betekent niet dat dit ook geldt voor de fabricage van de kaarten. Het inzicht dat economische macht ‘verdacht’ is, was in die tijd niet ongewoon. Een paar jaar na de uitspraak fulmineerde Hugo de Groot tegen handelaren die de prijs van handelswaar opdrijven en daarmee in feite ingaan tegen de natuur. Handel, zo leerde hij, was niet in het leven geroepen tot voordeel van slechts enkelen.³

Er is niets nieuws onder de zon. Vierhonderd jaar later zijn overal in Europa processen aanhangig, tot op het niveau van het Europese Hof van Justitie, over de geldigheid van door overheden gegunde monopolies. Het gaat opnieuw om exclusieve rechten, niet op de *productie* en *handel* in speelkaarten dit keer, maar op de *exploitatie* van kansspelen o.a. met speelkaarten. Ter rechtvaardiging van de handelsbeperking die een evident gevolg is

* Mr. T.R. Ottervanger is advocaat bij Allen & Overy en hoogleraar Europees Recht, in het bijzonder het Mededingingsrecht, in Leiden. Deze bijdrage is een bewerking van een belangrijk deel van zijn op 19 maart 2010 uitgesproken oratie.

1. *Advies Overheid én Markt: het resultaat telt. Voorbereiding bepalend voor succes*, op 19 maart 2010 aangeboden aan de voorzitter van de Tweede Kamer.

2. De tekst is o.a. opgenomen in Thomas D. Morgan, *Modern Antitrust Law and its origins*, West Group 2000.

3. Hugo de Groot, *De Vrije Zee/Mare Liberum*, 1609, G. 132, vertaling Arthur Eyffinger, Den Haag: Jongbloed Juridische Boekhandel 2009.

van zo'n monopolie, beroepen lidstaten in Europa zich – net als vierhonderd jaar geleden – op morele en culturele waarden. En inderdaad, bescherming van de maatschappelijke orde tegen verslaving en verspilling door goklust en tegen criminaliteit kán onder omstandigheden zwaarder wegen dan het belang van een vrije handel.⁴ Althans: zolang de overheid niet uitsluitend haar eigen belang dient – bijvoorbeeld zelf de winst wil opstrijken van staatscasino's – maar opkomt voor 'hogere' doelen zoals de criminaliteitsbestrijding. De totstandbrenging van één Europese binnenmarkt is een *middel* ter bevordering van welvaart en welzijn; het is *geen doel* op zich.

Zo ook is concurrentie een middel, onderworpen aan spelregels voor een eerlijk verloop en ondergeschikt aan 'hogere' doelstellingen. En concurrentie is niet *per se* heilzaam of 'maatschappelijk verantwoord'. Soms heeft concurrentie negatieve gevolgen. Zo zal hevige concurrentie tussen aanbieders van dezelfde soort (legale) kansspelen volgens de economische logica de behoefte vergroten en gokverslaving in de hand werken.⁵ Moet de overheid dan ingrijpen? Of de sector zelf? Soms is niet onmiddellijk duidelijk of concurrentie 'goed' of 'slecht' is. Wat te denken van wereldwijde concurrentie tussen producenten van schoenen die onvermijdelijk leidt tot productie tegen steeds lagere lonen, ja zelfs door steeds jongere kinderen die daardoor misschien wél in hun levensonderhoud kunnen voorzien.⁶ Is hier sprake van 'maatschappelijk verantwoord concurreren'? Of, stel dat Amerikaanse banken tien jaar geleden hadden afgesproken geen complexe hypotheekproducten te verkopen aan bepaalde segmenten van de bevolking. De banken zouden het risico hebben gelopen dat zij voor dit afgestemde, concurrentiebeperkende gedrag zouden zijn vervolgd. Hoe zeer ook hun afspraak, in elk geval *in hindsight*, 'maatschappelijk verantwoord' zou zijn geweest.

Vraagstelling

Kwesties als die over de speelkaarten in de 17e eeuw en de kansspelen in de 21e eeuw illustreren een continue zoektocht op het vlak van de economische ordening naar de afbakening van bevoegdheden tussen verschillende overheden (koning versus parlement; EU versus lidstaten). Die zaken, evenals de hiervoor genoemde voorbeelden, illustreren tevens conflicterende belangen: aan de ene kant de 'vrije mededinging', met onmiskenbare voordelen voor de welvaart; en, aan de andere kant, 'maatschappelijk waarden'. Dit krachtenveld is typerend

4. Een mooi voorbeeld is de zaak *Gambelli*: HvJ EG 6 november 2003, zaak C-243/01, o.v. 63-68.

5. Conclusie A-G Bot, HvJ EG 17 december 2009, zaak C-203/08, *the Sporting Exchange/minister van Justitie*: '(...) het voorspiegelen van de illusie van mogelijke verrijking leidend tot verarming van hen die eraan toegeven'.

6. Ik heb het niet over illegale activiteiten. Die zijn verboden en kunnen dus geen voorwerp van concurrentie zijn. Er is ook een schemergebied waarin zich bijvoorbeeld de coffeeshops en prostitutie bevinden.

voor het Europese recht. Het speelde een belangrijke rol op de moeizame politieke weg naar het Verdrag van Lisabon dat eind vorig jaar in werking trad.

Op het gebied van het vrije verkeer van goederen, diensten en personen binnen de EU is veel voortgang geboekt. Maar, zoals de zaken over de kansspelen laten zien, er doemen toch steeds weer vragen op of en onder welke omstandigheden door lidstaten geclaimde publieke waarden zwaarder wegen dan de economische integratie. Hoe zit dit nu met het mededingingsrecht? Is er ook dáár ruimte voor de belangen van de *burger*, die meer is dan alleen een *consument*? Kan het zich aanpassen aan nieuwe inzichten? Gelet op de aard en achtergrond van dit rechtsgebied, is er conceptueel geen reden maatschappelijke belangen te negeren. Maar toch zijn toezichthouders huiverig deze in hun beoordeling te betrekken. Uit angst 'politiek' te bedrijven en uit angst verkapte kartels toe te laten. Het laatste woord hierover is aan de rechter.

Historische schets

Mededingingsrecht is een juridische vertaling van beginselen die door de eeuwen heen zijn geconcipieerd in een zoektocht naar de contouren van een rechtvaardige samenleving. Afkeer van macht staat daarbij centraal. Die beginselen werden in 1776 geformuleerd door de moraalfilosoof Adam Smith.⁷ Hij keerde zich fel tegen de macht van overheden, gilden en kerken, tegen privileges en monopolies, tegen handelsbeperkingen en tegen overeenkomsten die bijvoorbeeld de toetreding tot een beroepsgroep beperken. Economische macht leidt tot onaanvaardbaar hoge prijzen – en lage lonen – en moet dus worden bestreden. Laat een ieder, zo leerde Smith, toch vooral zijn eigen financiële gewin nastreven. Indien iedereen zich laat leiden door rationele overwegingen en '*romantic hopes*' dan wordt automatisch, op de een of andere manier, tevens het publieke belang gediend: *led by an invisible hand*. Die ene verwijzing naar de te pas en te onpas geciteerde 'onzichtbare hand' maakte hem bij een breed publiek onsterfelijk. Smith was geen neoconservatief. Hij zocht de ideale samenleving – een economische ordening die ten dienste staat van de rechtvaardigheid en medemenselijkheid en een '*public spirit*'.

Die ideale samenleving is gebaseerd op beginselen van gelijkheid en vrijheid.⁸ Het is een samenwerkingsverband tussen mensen waarin het individuele welzijn van een ieder en de gezamenlijke welvaart van allen voorop staat. Een vrije markteconomie, zo is daarbij de gedachte, is het beste in staat een omgeving te creëren waarin onze democratische instellingen worden beschermd.

7. Adam Smith, *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1776, Bantam Classics 2003, Introduction by Alan B. Krueger. De 'invisible hand' komt overigens maar één keer voor in de 1200 pagina's (p. 572).

8. De visie van Smith en andere denkers paste in de tijdgeest die inspireerde tot de Amerikaanse en Franse revoluties; en dezelfde tijdgeest die een einde maakte aan de gilden – kartels *par excellence*.

Een sleutelbegrip daarbij is 'efficiëntie'. We hebben het dan over een doelmatig gebruik van schaarse grondstoffen, over een optimale prijs/kwaliteit-verhouding, over de laagst mogelijke productiekosten, o.a. door innovaties, maar óók over een rechtvaardige verdeling van inkomen en vermogen.⁹ Concurrentie dus, via de weg van de economische efficiëntie, als *middel* ter bereiking van een 'hogere' doel – democratische vrijheid.

Wat wij nu vangen onder de noemer van het mededingingsrecht gaat ver terug. Het vindt zijn oorsprong in oude rechtszaken over monopolies en over een problematiek die raakt aan de kern van het mededingingsrecht: een ondernemer die zijn zaak, bijvoorbeeld zijn bakkerij, verkoopt en belooft gedurende een paar jaar niet in dezelfde buurt als bakker actief te zijn. Een *non-competee* in het jargon van vandaag. In vroegere tijden oordeelden rechters zo'n beding nietig want in strijd met de vrijheid van ondernemerschap; sinds het begin van de 18e eeuw is zo'n afspraak afdwingbaar, mits 'redelijk'.¹⁰

In 1890 werd in de Verenigde Staten de eerste mededingingswetgeving geïntroduceerd – de Sherman Act. Men wilde de oude rechtspraak op federaal niveau codificeren; tegelijkertijd wilde men de mogelijkheid openen van schadeclaims en boetes. Maar er speelde méér aan het eind van de 19e eeuw. Een tijd die in Amerika gekenmerkt werd door snelle industrialisatie; die ging gepaard met ongebreidelde groei en accumulatie van rijkdom en, *last but not least*, de creatie over de grenzen van de deelstaten heen van samenwerkingsverbanden tussen concurrerende ondernemers, de zogenoemde *trusts*: de *beef-trust*, de *staaltrust*, de *prikkeldraadtrust*, de *suikertrust*, de *whiskytrust*, de *lucifertrust*. De weerzin tegen die trusts én hun financiers was groot. Zij zouden de boeren ruïneren en kleine concurrenten uit de markt duwen, o.a. doordat zij wél en de kleintjes géén hoge kortingen kregen van de spoorwegen. Die weerzin vormde óók een motief voor 'antitrust'-wetgeving zo bleek tijdens de felle debatten in de Amerikaanse senaat. Er is veel geschreven over wat nu precies de beweegredenen waren,¹¹ maar wat steeds terugkeert is de vrijheid van handel en van contracteren *mits* niet door de marktmacht van de één in strijd met het algemeen belang (*peace and prosperity*) het ondernemerschap van de ander onredelijk wordt belemmerd, met als gevolg een opwaartse druk op de prijzen.¹² Een (economisch) model waaraan gedragingen juridisch kunnen worden getoetst had men echter niet voor ogen.

Het Europese mededingingsrecht is geïntroduceerd in economieën van lidstaten die verder ontwikkeld en meer van elkaar gescheiden waren dan die van de Amerikaanse deelstaten ruim vijftig jaar eerder. Het mededingingsrecht is conceptueel onlosmakelijk verbonden met dié

bepalingen uit het Verdrag die gericht zijn op het tot stand brengen en goed functioneren van één Europese binnenmarkt. Maar er is meer: concurrentie werd gezien als voornaamste bron van economische vooruitgang én als waarborg voor democratische vrijheid. Mededingingsrecht niet als *doel* op zich maar als *middel* voor een rechtvaardige samenleving. We kennen nu mededingingsregels in meer dan 120 landen. De introductie van mededingingstoezicht is een voorwaarde voor het sluiten van bilaterale handelsverdragen en voor financiële steun door internationale instellingen.¹³ De toepassing verschilt van land tot land, mede als gevolg van de inbedding in de lokale rechtscultuur en uiteenlopende politiek-economische opvattingen over marktwerking. Zo zijn er al verschillen in toepassing binnen de EU, en tussen de EU en de VS;¹⁴ en al helemaal tussen het Westen en landen die in een ander stadium van economische ontwikkeling verkeren en ook nog eens andere opvattingen hebben over de inrichting van de samenleving en de rol van de overheid.¹⁵

Maatschappelijk belang

Het mededingingsrecht is dus eigenlijk een oud rechtsgebied dat is geworteld in politiek-filosofische opvattingen. De toepassing is afhankelijk van plaats en tijd. Inzichten in en waardeoordelen over de werking van markten evolueren, evenals factoren die van belang zijn om de schadelijkheid van gedrag te analyseren.¹⁶

De vraag of in de toepassing van het mededingingsrecht maatschappelijke waarden een rol moeten en kunnen spelen doet zich voor op allerlei terreinen. Een voorbeeld is de ontwikkelingshulp.¹⁷ Stel: de concurrerende fabrikanten van chocolade komen overeen aan de kleine boeren in ontwikkelingslanden een redelijke minimumprijs te betalen voor de grondstof cacao. Dit beïnvloedt

9. Bijvoorbeeld het standaardwerk van John Rawls, *Een theorie van rechtvaardigheid*, Rotterdam: Lemniscaat 2009, o.a. hoofdstuk 2, par. 12.
10. *Mitchell/Reynolds*, 1711 – besproken o.a. door Areeda, *Antitrust Analysis*, Little Brown & Company, 2d edition.
11. O.a. Milton Handler e.a., *Trade Regulation, Cases & Materials*, Foundation Press 1983.
12. Zie onder meer *Standard Oil/US*, Supreme Court 1911-221 US 1; 31 S Ct. 502.

13. Veelal als gevolg van Westers economisch imperialisme – de VS, gevolgd door Europa, wil toegang tot markten van derde landen én wil niet dat zijn binnenlandse markt bedreigd wordt door exporten door buitenlandse kartels.
14. Bijvoorbeeld over de toelaatbaarheid van het gedrag van dominante ondernemingen, en van sommige distributievormen.
15. Henry Ergas, 'Should developed countries require developing countries to adopt competition laws?', *European Competition Journal*, augustus 2009.
16. Zo was er een tijd dat overheden samenwerking aanmoedigden tussen concurrenten om capaciteit gecoördineerd terug te dringen om zo de effecten van een crisis te bestrijden; nu denkt men daar heel anders over – beide opvattingen zijn naar mijn smaak overigens te rigide. Zo is er, ook in Nederland, een permanent ideologisch debat over de wenselijkheid van introductie van marktwerking in bijzondere sectoren, en de vraag hoe algemene belangen door regelgeving en toezicht moeten worden geborgd. Cultuur, politieke kleur en veranderende economische inzichten bepalen per sector de voorkeur voor 'meer of minder', of helemaal 'geen', marktwerking. Ik wil het niet hebben over sectoren waar van oudsher evident is dat een publiek belang in het geding is.
17. Zie reeds de bijdrage van prof. Mok in de bundel *Nieuwe ontwikkelingen in het Europese kartelrecht*, Europese monografieën, Deventer: Kluwer 1976. Hij noemt als casus: stel dat de Europese suikerindustrie zou afspreken de gezamenlijke productie te beperken en een deel van de behoefte aan grondstoffen te dekken met rietsuiker, met evidente positieve gevolgen voor ontwikkelingslanden, is dat dan verboden?

de concurrentie op een wezenlijk punt, namelijk: het behalen van kostenvoordelen bij de inkoop van de belangrijkste grondstof. Scherp inkopen wordt uitgesloten door de afspraak en de prijs voor de consument gaat omhoog. Moeten we dit accepteren? Hangt dat er misschien van af of de hogere prijs voor de boeren tot een betere kwaliteit chocolade leidt? Of hangt het ervan af of dankzij de samenwerking er überhaupt een markt blijft – omdat anders de boeren zouden overstappen op rubber of cannabis? Of moeten we de markt laten werken, de excessen accepteren en wachten op overheidsinterventie? En van welke overheid?

Zo zijn er vele situaties denkbaar waarin de concurrentie wordt beïnvloed omwille van maatschappelijk relevante doeleinden: energieverbruik, biodiversiteit, klimaat, mensenrechten, schaarste aan water en andere natuurlijke hulpbronnen. We zien dat private partijen steeds vaker de verantwoordelijkheid willen nemen voor dit soort belangen, die traditioneel in de sfeer van overheden thuishoren. Die overheden schieten tekort, door onwil, innerlijke verdeeldheid of onmacht – we zagen het onlangs in Kopenhagen. De complexiteit is groot omdat het meestal problemen betreft met een grensoverschrijdende dimensie. Er zijn internationale verdragen maar die kennen geen sancties. Globalisering slaat gaten in de rechtsorde: een internationale autoriteit die normen kan opleggen én handhaven ontbreekt.

Het thema ‘algemeen belang’ en mededingingsrecht is op zich niet nieuw.¹⁸ Het verdient nú echter meer dan ooit aandacht. In de *eerste* plaats vanwege de twijfels over de zegeningen van de vrije markt. En in de *tweede* plaats vanwege toenemende zorgen over schaarste aan energie, water en grondstoffen, over het klimaat, en over de mensenrechten en, in verband daarmee, vanwege het fenomeen ‘Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen’ (MVO), of ‘Corporate Social Responsibility’ (CSR). Dit gaat over de integratie van maatschappelijke verantwoordelijkheid in de kernactiviteiten van elk bedrijf, dus in de inkoop, het productieproces en de commercialisering van de producten. OESO-richtlijnen moedigen bedrijven aan om toch vooral bij te dragen aan de economische én sociale én ecologische vooruitgang, om de mensenrechten te respecteren, om het milieu, de volksgezondheid en de veiligheid te beschermen, om het recht van werknemers te respecteren zich te organiseren, om kinderarbeid en corruptie te bestrijden, en nog veel meer. Aanbevelingen zijn echter onvoldoende om alle uitdagingen effectief aan te pakken. Het kenmerk van MVO is dat ondernemingsactiviteiten zich richten op waardecreatie in drie dimensies: *profit, people,*

planet – en daarmee op een bijdrage aan de maatschappelijke welvaart op langere termijn.¹⁹

Soms zullen slimme bedrijven erin slagen zich individueel te profileren. Bijvoorbeeld door een innovatieve, energiezuinige productiemethode te introduceren; of door gebruik van biologisch geteelde grondstoffen; of door klanten te winnen met betere én schonere producten. Dat bevordert de concurrentie, geheel in lijn met de ‘twee vliegen in één klap’-visie van Adam Smith dat het nastreven van *eigen* belang samenvalt met het dienen van het *algemeen* belang. Vaak is het echter voor een individueel bedrijf niet mogelijk zich positief te onderscheiden. Scherpe concurrentie staat eraan in de weg. De kortetermijnkosten van investeringen in een ‘maatschappelijk verantwoord’ product zijn té hoog om het rendabel te produceren zonder je uit de markt te prijzen. Een sectorbrede aanpak is dan de enige oplossing. De zorg om mensen en een leefbare planeet, wanneer bedrijven zich dit gezamenlijk aantrekken, zal echter al gauw gevolgen kunnen hebben voor de onderlinge concurrentie. En ook op de positie van derden: wanneer concurrerende fabrikanten besluiten collectief voorwaarden op te leggen aan hun toeleveranciers qua energieverbruik of uitstoot van CO² of kinderarbeid, wordt de hele keten getroffen. Wat dan?

Rol van het mededingingsrecht

Is er een plaats in het mededingingsrecht voor ‘maatschappelijk verantwoord concurreren’, dat wil zeggen voor maatschappelijk relevante, sectorbrede initiatieven van het bedrijfsleven? Initiatieven die sneller en effectiever dan wetgeving, consumentengedrag kunnen sturen. We hebben het dan vooral over maatregelen op terreinen als duurzaamheid, kwaliteit van lucht en water, of mensenrechten. Intuïtief zal een ieder die vraag bevestigend beantwoorden. Aandacht voor de *common good* als méér dan een optelsom van individuele belangen, past immers in ons Rijlands model. Er wordt echter verschillend over gedacht. Weliswaar wordt steeds meer aanvaard dat ook bedrijven zich bredere maatschappelijke belangen kunnen – en moeten – aantrekken. Maar als concurrerende bedrijven zich gezamenlijk over zo’n belang ontfermen is dat al gauw verdacht. Hoe moeten mededingingsautoriteiten en rechters zo’n situatie beoordelen? Daarvoor zijn, zou ik menen, verschillende invalshoeken.

Om te beginnen kunnen we een parallel trekken met de professionele sport, een economische activiteit. In de sport stellen sportorganisaties spelregels vast die de con-

18. Zie de bundel *Mededinging en niet-economische belangen*, onder redactie van J.W. van de Gronden en K.J.M. Mortelmans, Deventer: Kluwer (2001). Meestal gaat de discussie over een heel scala aan ‘andere’ belangen zoals: sport, cultuur, zorg, milieu, omroep, werkgelegenheid, financiële dienstverlening, criminaliteit, enzovoort. Die breedte vertroebelt het beeld; vandaar mijn focus op MVO.

19. Kabinetsvisie. Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen 2008-2011, *Inspireren, innoveren, integreren*. Met ingang van dit jaar moeten beursgenoteerde bedrijven – in Nederland – op grond van de Code Corporate Governance verantwoording afleggen over de mate waarin zij niet alleen *profit* maar ook *people* en *planet* in hun bedrijfsvoering hebben geïntegreerd. Daarmee raakt de Code aan het gedrag op de markt, en dat zal meestal een internationale markt zijn. Er zijn nog veel meer initiatieven op dit gebied. Zeer succesvol is het vanuit Nederland opererende Global Reporting Initiative (GRI) – <www.globalreporting.org>.

currentie tussen sporters beperken. Die regels zijn noodzakelijk om wedstrijden eerlijk te laten verlopen. Dat geldt bijvoorbeeld voor de ‘buitenspel’-regel maar ook voor antidopingregels of voor de regel dat een schaatser moet wisselen tussen binnen- en buitenbocht. Ongebreidelde competitie leidt tot chaos en wordt dus tegengegaan; en dat is gerechtvaardigd – de regels zijn nodig om het spel, of zo je wilt de markt, goed te laten functioneren en vallen dan niet onder het verbod op mededingingsbeperkend gedrag.²⁰ Zonder gedragsafspraken is er überhaupt geen markt.

Is het buiten de sport niet net zo? Ongecontroleerde concurrentie, hoe efficiënt ook, is schadelijk. Door meedogenloze marktwerking raken grondstoffen uitgeput, wordt de lucht vervuild en worden de mensenrechten geschonden. Marktwerking is zinvol zolang er een markt is: als producenten van diepvriesvis hevig concurrerend, met *high-tech* apparatuur steeds efficiënter de zeeën leegvissen, is er op den duur geen vis – en dus geen markt voor vissticks. Stel dat overheden het laten afweten, en stel dat de visverwerkende industrie afspraken maakt gericht op duurzame vangst om de visstand en daarmee de markt in stand te houden: zulke afspraken kunnen per definitie niet slecht zijn. Verdedigbaar is dat zulke spelregels, net als in de sport, geoorloofd zijn. Vergelijk ook het eerder genoemde voorbeeld van de chocolade-industrie die gezamenlijk besluit de boeren een betere prijs te betalen.

Er zal niet altijd sprake zijn van gedrag dat simpelweg noodzakelijk is om bedrijvigheid in stand te houden. Laten we dus ook kijken naar een andere invalshoek, te weten de uitzonderingen die het Europese Verdrag kent op het verbod op concurrentiebeperkende samenwerking. Als samenwerking met een voldoende mate van waarschijnlijkheid²¹ leidt tot verbetering van de productie of de technische of economische vooruitgang, is er ruimte voor een uitzondering. De tekst staat een ruime

uitleg niet in de weg.²² En de rechtspraak evenmin.²³ Bij economische vooruitgang zal in de jaren vijftig van de vorige eeuw ongetwijfeld gedacht zijn aan relatief eenvoudig te meten economische groei in de klassieke zin. Maar ‘groei’ is net als ‘vooruitgang’ een rekbaar begrip. Inmiddels denken economen ook in termen van duurzaamheid en solidariteit, en de kwaliteit van het leven.²⁴ En waarom zou een meer duurzaam productieproces, of één dat de mensenrechten respecteert, niet als verbetering of vooruitgang mogen worden beschouwd?

De Europese Commissie wijst dit af. Zij is in elk geval sinds 2004 toen zij de teugels aantrok en beleidsregels publiceerde, heel stellig in haar opvatting: beperkingen van de concurrentie kunnen uitsluitend gerechtvaardigd worden door efficiëntieverbeteringen. Die efficiëntieverbeteringen schuilen in verlagingen van de kostprijs, in verbetering van de kwaliteit of in innovaties. Andere doelstellingen die concurrenten nastreven, hoe nobel ook op de langere termijn voor de werkgelegenheid, het milieu, de volksgezondheid of de ‘derde wereld’, zijn ondergeschikt aan het dogma van ‘efficiëntiewinst’.²⁵

De focus op ‘efficiëntie’ komt voort uit de gedachte dat het mededingingsrecht slechts één doel dient: bescherming van de concurrentie als middel om de welvaart van de consumenten te vergroten. Het maximeren van welvaart via het streven naar efficiëntie is, volgens sommigen, zelfs de kern van grote delen van al het recht.²⁶ Waar de één spreekt over welvaart in termen van het grootste geluk voor de grootste groep, spreekt de ander

20. De zaak *Meca-Medina* betrof een antidopingregeling van het IOC. Bij arrest van 18 juli 2006 (zaak C-519/04 P) overweegt het Hof van Justitie dat, zo er sprake is van een concurrentiebeperking in de zin van artikel 101(1) VWEU, deze haar rechtvaardiging vindt in een eerlijk verloop van de sportcompetitie, gezondheid en ethische waarden. Aldus valt deze regeling buiten het verbod van artikel 101(1) VWEU. Zo te zien gaat het hier niet om toepassing van de uitzondering van artikel 101(3) VWEU maar essentieel is dat het Hof van Justitie erkent dat andere belangen zwaarder wegen dan ‘mededinging’, zonder dat aan de orde komt of efficiëntiewinsten zijn behaald. Overigens is er ook iets te zeggen voor de redenering van het Gerecht van Eerste Aanleg van de EG in deze zaak (T-313/02) – het Gerecht kiest dezelfde insteek als het Hof van Justitie in *Brentjens* (zaak C-115/97), te weten dat een dopingverbod berust op zuiver sportieve overwegingen (*Brentjens*: collectieve onderhandelingen over arbeidsvoorwaarden) en daarom niet binnen de werkingssfeer van het Verdrag valt.

21. HvJ EG 6 oktober 2009, zaak C-501/06 P (e.a.), *GlaxoSmithKline/Commissie*.

22. Zie Chr. Townley, *Article 81 EC and Public Policy*, Hart Publishing 2009. Townley, met diverse economen, bepleit in essentie het begrip ‘beperking van de mededinging’ in artikel 101(1) VWEU uit te leggen als (merkbare) beperking van de consumentenwelvaart. In zijn visie spelen in de beoordeling van de toepasselijkheid van lid 1 overwegingen van algemeen belang dan geen rol. Die komen volop aan bod in artikel 101(3) VWEU. Deze discussie voert nu te ver. Voor mij staat centraal dat de 2004 richtsnoeren over de toepassing van artikel 101(3) van het Verdrag, die ook ingaan op de interpretatie van lid 1, in beide leden geen ruimte zien voor publieke belangen die niet ingepast kunnen worden in een beperkt ‘efficiëntie’ dogma. In die richtsnoeren haalt de Commissie de teugels strak aan waar het gaat om de uitleg van lid 3 – vanaf 2004 heeft zij niet langer het prerogatief over de toepassing van die uitzonderingsbepaling die niet langer voor haar een beleidsinstrument is. Weliswaar worden de teugels van het eerste lid gevierd, maar – zoals gezegd – zonder dat ruimte wordt geschapen voor meeweging van het algemeen belang.

23. In zaak T-528/93 (*Metropole/Commissie*) oordeelde het Gerecht van Eerste Aanleg van de EG expliciet dat de Commissie zich ex artikel 101(3) VWEU ‘... stellig (kon) baseren op overwegingen betreffende het algemeen belang’.

24. In dit verband is interessant de jaarlijkse Nederlands-Vlaamse ‘Conferentie van Tilburg’ die in het teken staat van de omslag naar een ‘andere (nieuwe) economie’ waar duurzaamheid centraal staat.

25. Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101(3) VWEU. Pb. EG 2003, L/1, o.a. paragrafen 33, 43, 50.

26. Economische efficiëntie, en niet de moraal, is in die opvatting dé norm om te bepalen of gedragingen wel of niet verboden zijn. Hierover o.a. J. Smits, *Omstreden rechtswetenschap*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, verwijzend naar de beroemde jurist en rechtseconoom Posner; en J.M. Barendrecht, ‘Aansprakelijkheid en Welzijn’, *WJB* 2002, p. 606 – de verwijzing trof ik aan in *Waartoe is het recht op aard* door H. Nieuwenhuis, Boom Juridische uitgevers 2006, p. 12. Een instructief overzicht van het onderzoeksgebied van de rechtseconomie geven de (Leidse) rechtseconomen Van Velthoven en Van Wijck in *Recht en efficiëntie. Een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer 2007.

over de meest efficiënte oplossing die bepalend moet zijn voor de inhoud van een rechtsregel, *tenzij* – en daar gaat het om – rechtvaardigheid een andere oplossing verlangt.²⁷ Efficiëntie is dus nooit een doel op zich.

De keuze voor ‘efficiëntie’ en ‘consumentenwelvaart’ als enige grond voor een uitzondering op samenwerking tussen concurrenten is een politieke.²⁸ Die keuze is aanvechtbaar. Het mededingingsrecht staat niet op zichzelf. Het is van oudsher een middel, zo heb ik geschetst, om te komen tot een rechtvaardige samenleving. In de EU-Verdragen vormen de mededingingsregels dan ook slechts één bouwsteen om de ultieme doelstellingen van de Europese samenwerking te bereiken. Die doelstellingen liggen op het terrein van vrijheid en democratie, duurzame ontwikkeling van sociale en economische activiteiten, de kwaliteit van het bestaan. De mededingingsregels zijn complementair aan andere spelregels zoals die met betrekking tot het vrij verkeer van goederen en diensten. Werd eerst nog gesproken over een ‘open markteconomie’, nu²⁹ heet het vooral een ‘sociale markteconomie’³⁰; en het beginsel dat de interne markt een regime van onvervalste mededinging omvat, is verbannen naar een Protocol, vooral door de Franse angst dat publieke belangen geofferd zouden worden op het altaar van de vrije markt. Juridisch is er sprake van symboliek – zo’n Protocol heeft dezelfde rechtskracht als een Verdragsbepaling, maar toch...

De Europese Verdragen worden gekleurd door een palet van uiteenlopende belangen. Alles ademt de sfeer van een gemengde economische orde. Van een zuiver vrije markteconomie is geen sprake. Vanaf de oprichting van de Europese Gemeenschap zien we spanningen tussen door nationale overheden belangrijk geachte bescherming van het algemeen belang en de creatie van één interne markt. In geval van zo’n conflict kunnen zaken als consumentenbescherming, volksgezondheid, veiligheid, energievoorziening prevaleren. Hoewel overheden, als hoeders van het algemeen belang, meer speelruimte toekomt dan het bedrijfsleven, is er geen principiële reden over de toepassing van de mededingingsregels

anders te oordelen.³¹ Dat klemmt te meer nu het nieuwe Verdrag méér dan voorheen de *samenhang* benadrukt tussen de verschillende activiteiten en doelstellingen van de EU – die variëren van de totstandkoming van een interne markt tot dierenwelzijn, cultuur, volksgezondheid en bestrijding van de klimaatverandering. Er is weliswaar geen hiërarchie tussen al die beleidssferen maar evident is dat het mededingingsbeleid rekening moet houden met al die andere doelstellingen.³² Marktwerking is beslist niet superieur aan andere waarden.

‘Efficiëntie’ op korte termijn als *enige* rechtvaardigingsgrond om concurrentiebeperkende samenwerking tussen bedrijven te tolereren is gevaarlijk. De samenleving is niet gebaat bij een efficiënte uitputting van grondstoffen ten behoeve van een consument voor wie prijs nog steeds het belangrijkste criterium is. De efficiëntietoets is trouwens niet eenvoudig toepasbaar. Uit de economische literatuur blijkt dat lang niet altijd duidelijk is over welke welvaartseffecten (welke efficiënties) we het hebben. Deze effecten, hoe ook gedefinieerd, zijn bovendien moeilijk kwantificeerbaar.³³ En ‘hoeveel’ efficiëncywinst is nodig opdat deze zwaarder weegt dan een concurrentiebeperking? Dat zal toch ook van de aard van de beperking afhangen. Daarbij komt dat economische aannames en modellen aan verandering onderhevig zijn en dat het voorspellend vermogen zeer beperkt is.

Het is opmerkelijk dat de Europese Commissie in haar beleidsdocumenten wijst op de tekortkomingen van de markteconomie. Zij pleit hartstochtelijk én voor een ‘groene economie’ én voor Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen³⁴ – zij noemt dit ‘welvaart op langere termijn’,³⁵ tegelijkertijd hangt zij (althans: DG Concurrentie) in het mededingingsrecht economische vooruitgang uitsluitend op aan consumentenwelvaart op korte termijn. Zouden we het begrip ‘consumentenwelvaart’ niet veel breder moeten zien? Zo betoogde president Sarkozy in januari 2010 op het World Economic Forum dat de wereld in de 21e eeuw niet beheerst kan worden door principes uit de 20e eeuw. Hij is niet de enige die pleit voor een breed welvaartsbegrip – welvaart die méér inhoudt dan bevrediging van consumenten met goederen en diensten en die ook voorziet in goe-

27. J.W. Harris, *Legal Philosophies*, hoofdstuk 4, Oxford 1997. Harris behandelt bekende werken van toonaangevende schrijvers als Coase en Posner.

28. De economische wetenschap dicteert die keuze niet. Er bestaat geen eenduidig waardeoordeel over het meest wenselijke model van ordening. De gezamenlijke welvaart van een samenleving is het object van studie van de ‘welvaartseconomie’. Een bron van theorieën – en als niet-econoom onthoud ik mij van bespreking – over de optimale welvaartsverdeling, over modellen van mededinging, over de rol van marktwerking en marktfalen, over overheidsingrijpen en overheidsfalen, en over de vraag hoe verschillende soorten ‘efficiency’-verbetering tot een hogere welvaart van consumenten kunnen leiden. Deze problematiek komt, in een bredere context, veelvuldig aan bod in de recente preadviezen van de Koninklijke Vereniging voor de Staatshuishoudkunde, *Marktwerking en Publieke Belangen*, 2009.

29. Sinds 1 december 2009, toen het Verdrag van Lissabon in werking trad.

30. Artikel 3 VEU; artikel 119 (in de Titel over Economisch en Monetair Beleid) spreekt nog wel over een ‘open markteconomie met vrije mededinging’.

31. Zie over deze problematiek o.a. K. Mortelmans, ‘Towards convergence in the application of the rules on free movement and on competition’, *CMLR* 2001, p. 613-649. Als struikelblok van convergentie ziet hij het feit dat de uitzonderingen onder het mededingingsrecht geen betrekking kunnen hebben op niet-economische gronden (al neemt hij een verschuiving waar). Blijkens de richtsnoeren uit 2004 deelt de Commissie die opvatting; ik plaats vraagtekens bij de juistheid van die opvatting.

32. In die zin mijns inziens ook: J. Steenberg, ‘Het mededingingsbeleid en het Verdrag van Lissabon’, *SEW* 2008, p. 143.

33. O.a. J. van Sinderen en R. Kemp, *De welvaartseffecten van mededinging: wie profiteert?*, *Bundel ‘Trust en antitrust’*, NMa 2008.

34. Recent: Commission Staff Working Document: Lisbon Strategy evaluation document, SEC (2010) 114 final. Lezing Commissaris Verheugen ‘Corporate Social Responsibility Essential for Public Trust in Business’ (speech/09/53) – hij bepleit CSR als ‘voluntary concept’, met een rol van de Commissie om e.e.a. te faciliteren.

35. Mededeling van de Commissie betreffende ‘Tenuitvoerlegging van het partnership voor groei en werkgelegenheid – Europa moet een voorbeeld worden op het gebied van Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen’, COM (2006) 136 def.

de zorg, veiligheid, schone lucht, armoedebestrijding en zo meer.³⁶

We hoeven geen afstand te doen van marktwerking als leidend ordeningsprincipe en evenmin van de efficiëntietoets. Maar waar overheden tekortschieten om oplossingen te vinden voor urgente vraagstukken en bedrijven sectorbreed de handen ineenslaan, is het dan aanvaardbaar dat het mededingingsrecht dit *a priori* blokkeert? Gelet op de oorsprong, ratio en plaats van het mededingingsrecht is zo'n enge uitleg niet nodig. Zelfregulering door het bedrijfsleven is echter niet geliefd bij toezichthouders. Die zijn bevreesd verkapte kartels toe te laten. Samenwerking zal inderdaad proportioneel moeten zijn – het doel heiligt niet alle middelen. Toezichthouders zullen zich ook niet willen mengen in de politiek. Is dat terecht? De Europese Commissie is een lichaam dat op een breed terrein politiek bedrijft. Mededingingsrecht wordt sinds jaar en dag gevormd door ordeningsbeleid.

De beoordeling van voor- en nadelen kan uiteraard lastig zijn. Het voordeel voor de 'planet' van een 'maatschappelijk verantwoorde' overeenkomst tussen concurrenten om, bijvoorbeeld, alleen gecertificeerde grondstoffen in te kopen, of om de kosten door te belasten van maatregelen in het kader van dierenwelzijn of milieubeleid. Tegenover het nadeel dat een stuk concurrentie wegvalt. Hoeveel ton reductie van giftige uitstoot rechtvaardigt een prijsverhoging? Geen eenvoudige afweging maar niet *per se* moeilijker dan één die focust op efficiëntiewinst – een begrip dat óók uiteenlopende waardeoordelen en dus onvoorspelbaarheid in zich bergt. Bovendien: dat waarden als welzijn en natuur moeilijk zijn te kwantificeren, is geen reden die waarden te ontkennen. Laten we bovendien niet vergeten dat conflicterende beginselen geen ongewoon verschijnsel zijn in het recht. Het vinden van een balans is de kern van het recht. Het mededingingsrecht vormt hierop geen uitzondering. De rechters van de lidstaten moeten trouwens al zo'n vijftig jaar bij de toepassing van de vrijverkeerregels publieke belangen in de afweging betrekken. En toezichthouders, veelal bestuursorganen, zijn daar evenzeer toe in staat.

Conclusie

De uitdagingen van de komende jaren, een nieuwe visie op marktwerking en groei alsmede de samenhang van beleidsdoeleinden binnen de Europese Unie vragen om een meer genuanceerde benadering. Een benadering die een plaats inruimt voor maatschappelijke belangen. Soms zullen gedragingen noodzakelijk zijn om de markt in stand te houden en is het mededingingsrecht niet toepasselijk. Soms zullen de belangen zwaarder wegen dan de beperking van de mededinging. Zo'n aanpak moge controversieel zijn maar wordt gesteund door de aard en achtergrond van het mededingingsrecht. Ook volgens de

SER, in een op 6 april j.l. gepubliceerd ontwerpadvies over duurzame groei, is er binnen het huidige mededingingsrecht op zich voldoende ruimte voor samenwerking om niet-economische belangen te realiseren.

Een proactieve opstelling van toezichthouders is welkom, zo bepleit ook de SER in zijn ontwerpadvies. *Guidance* is noodzakelijk omdat er sinds de zogenoemde 'modernisering' van het mededingingsrecht veel minder mogelijkheden zijn via individuele beslissingen beleid te maken. De aanstaande herziening van de tien jaar oude zogenoemde 'horizontale richtsnoeren' biedt een uitgelezen kans voor een moderne visie. De vrees is dat die uitblijft. Sterker nog, er zijn aanwijzingen dat de huidige milieuparagraaf zal verdwijnen. Mogelijk onder druk van Amerikaanse belangengroepen³⁷ die vinden dat 'mededinging' en 'milieu' volledig gescheiden moeten blijven. Overigens zal uiteindelijk de Europese rechter het laatste woord hebben, mocht een geschikte zaak zich aandienen.

Zou de Nederlandse toezichthouder (minister van Economische Zaken en NMa) hier een voortrekkersrol willen vervullen? De Algemene Rekenkamer concludeerde, na een onderzoek in 2006, dat de NMa de verhouding tussen economische en niet-economische belangen beter tegenover elkaar zou moeten afwegen. In de NMa-Agenda 2010/2011 zegt de NMa, geparafraseerd, graag publieke belangen, zoals duurzaamheid, doorslaggevend te achten. En, het moet gezegd worden: zij toonde flexibiliteit bij de herstructurering van de garnalensector vanwege de ecologische bijeffecten; en voor recyclingssystemen voor oud papier vanwege het milieu; en voor de sector varkensvlees vanwege de bijdrage die collectief gedrag leverde aan het bevorderen van het dierenwelzijn,³⁸ en voor de 'zorg' bij de fusie van Zeeuwse Ziekenhuizen. Maar toch, steeds in bedekte termen ... In een bijlage bij haar jaarverslag over 2009 schetst de NMa het moeilijke spanningsveld tussen marktwerking en zelfregulering. Zij lijkt ervoor open te staan bepaalde publieke belangen zorgvuldig en kritisch te willen wegen maar er is nog een weg te gaan.³⁹ Het is veel te vroeg om te mogen spreken van een beleid. En zo'n beleid is pas echt effectief als het internationaal navolging vindt.

36. Zie ook het in voetnoot 1 genoemde SER-advies.

37. Zoals de American Bar Association (ABA) en de Amerikaanse Kamer van Koophandel (AmCham).

38. Informele zienswijzen resp. 2005 en 2008 (<www.nmanet.nl>); recyclingsystemen: besluit van 10 december 1983.

39. Interessant is het commentaar van Herman Wijffels die, wijzend op de evoluerende omstandigheden, stelt dat de NMa ruimte zou moeten scheppen voor op duurzaamheid gerichte, marktwerking beperkende, vormen van samenwerking, zolang die samenwerking niet oneigenlijk wordt gebruikt ten koste van de consument.