

# Redactioneel

## Bespiegelingen over mededinging toen en nu

Prof. mr. T.R. Ottervanger\*

Een bijzonder perspectief op een interessant tijdperk uit de Europese geschiedenis biedt de grote voorjaars-expositie ‘Venetiaanse en Vlaamse Meesters’ in het Bozar, het Brusselse Paleis voor Schone Kunsten. In het Europa zonder grenzen van de 15e/16e eeuw waren Antwerpen en Venetië, met omliggende gebieden, uitzonderlijk rijke centra van handel, *haute finance* en cultuur. De twee grootste havensteden stonden in intensief contact met elkaar. Zowel locale als van elders (Azië, Engeland) aangevoerde producten werden verhandeld. Men reisde veel, beroepsmatig of voor lering en vermaak.

Het aardige is dat de welvarende middenklasse niet alleen uit andere gebieden afkomstige kunstnijverheidsproducten als bijvoorbeeld textiel, boeken en glas kocht. Er bestond ook een bloeiende ‘internationale’ markt voor schilderijen en prenten. Kunstenaars uit de ene stad kregen opdrachten van verzamelaars uit de andere en zij inspireerden elkaar qua materiaalgebruik, stijl en thematiek. De artistieke as Antwerpen/Venetië, in het verlengde van het handels- en bancaire verkeer, is onderwerp van de tentoonstelling. Dwalend door de zalen van het Bozar vraag je je af hoe de markten werkten in die tijd en vooral waar de welvaart, waarvan een relatief groot deel van de bevolking profiteerde en die zo lang heeft stand gehouden, vandaan kwam. Mij ontbreekt de kennis daar diep op in te gaan maar ik wil toch even stilstaan bij een enkel aspect dat direct raakt aan het thema marktwerking.

### Pro's en con's van de gilden

Het – in hedendaagse terminologie: economische, sociale, politieke, culturele en religieuze – leven in de middeleeuwse Nederlanden werd beheerst door het gildensysteem.<sup>1</sup> Een stad als Antwerpen kende meer dan 100 gilden, samenwerkingsverbanden van kooplieden, ‘winkeliers’, producenten, dienstverleners en kunstenaars. Gegroepeerd naar type bedrijvigheid en veelal door de stad begiftigd met privileges, bijvoorbeeld in de vorm van exclusieve rechten. De structuur en *governance* varieerden, afhankelijk van de gebruiken in stad of regio, van de aard en complexiteit van het ambacht of beroep en van de binding met de kerk. Wat dat laatste betreft: de religieuze aspecten overheersten aanvankelijk, zoals het gezamenlijk onderhouden van de kapel van de beschermheilige en het organiseren van processies.

In de late middeleeuwen verstevigt de grip van de lokale overheid – waarvan de notabelen zelf vaak gildelid waren – op het reilen en zeilen van de gilden. De statutaire voorschriften worden aangescherpt. In toenemende mate mogen gilden onder gezag van het stadsbestuur bindende regels vaststellen, een vorm van delegatie van regelgevende bevoegdheid zoals we die ook vandaag de dag nog tegenkomen in bepaalde beroepen. Strakke regulering achtte men nodig om vakmanschap en daarmee de continuïteit van kwalitatief hoogwaardige producten en diensten te waarborgen. De consument profiteerde van de zware opleidingseisen en van de interne controle van producten door keurmeesters; aldus wilde men bedrog en inferieure kwaliteit tegengaan.

Naast de consumentenbescherming was een belangrijke maatschappelijke rol van het gildensysteem gelegen in

41

\* Prof. mr. T.R. Ottervanger is advocaat bij Allen & Overy en hoogleraar Europees Recht, in het bijzonder Mededingingsrecht, in Leiden.

1. Jonathan I. Israel, *The Dutch Republic*, Oxford: Clarendon Press 1995; A.C.J. de Vrankrijker, *Mensen, leven en werken in de Gouden Eeuw*, Den Haag: Martinus Nijhof 1981; Joh. de Vries, *De economische achteruitgang der Republiek in de achttiende eeuw*, Leiden: Stenfert Kroese 1968.

wat we vandaag met ‘sociale zekerheid’ aanduiden. Uitspraken aan zieke en oudere leden, en een weduwepensioen; solidariteit, gefinancierd uit door de gilden beheerde en door de overheid gecontroleerde fondsen. Bovendien zie je dat gilden zich soms bezighielden met ‘collectieve arbeidsvoorwaarden’, normen voor werktijden en geschillenbeslechting.

Al deze regelingen creëerden tot op zekere hoogte een *level playing field* en vervulden, zo is mijn indruk, oorspronkelijk een nuttige functie. Na verloop van tijd gaan evenwel de negatieve kanten van (zelf)regulering zwaarder wegen. Het almaar strakkere keurslijf remde schaalvergroting en innovatie doordat bijvoorbeeld de introductie van nieuwe werktuigen of nieuwe werkmethodes werd tegengehouden. De gedetailleerdheid van de regels, bijvoorbeeld over de samenstelling van producten (vgl. het *Reinheitsgebot*), werkte verstarrend, evenals beslissingen van het branchebestuur over de prijzen. De toetredingsdrempels waren soms hoog: de eis van ‘burgerschap’ of van familiebanden of door de heffing van een aanzienlijk entree -of lidgeld. Overigens, dat de leden van het gilde *gezamenlijk* een monopolie bekleedden voor de uitoefening van een ambacht is niet per definitie negatief – ook binnen een ‘groepsmonopolie’ kan er voldoende concurrentie *tussen* de leden zijn.

De economische regulering *avant la lettre* van hele sectoren door een kongsi van overheid en bedrijfsleven met aanvankelijk grote maatschappelijke voordelen leidde in de loop van de 16e eeuw steeds vaker tot protectionisme. Belangrijk element werd het beschermen van de groep tegen concurrentie van buiten om de prijzen en levensstandaard van de leden door gebrekkige marktwerking op een bepaald niveau te handhaven. Zo noemt Israel het voorbeeld van de bakkersgilden die erin slagen de eigen winstmarge te vergroten door de dalende graanprijzen niet te verwerken in lagere broodprijzen.

Nieuwkomers waren dus gedwongen zich elders te vestigen, of zij moesten binnen de stadsmuren opereren als zwartwerkende beunhazen. Vestigden zij zich in nabijgelegen dorpen op het platteland, dan konden zij van daaruit legaal de stedelijke klandizie bedienen. Deze mobiliteit leidde tot scherpe concurrentie daar de lonen buiten de steden vaak erg laag waren. Kooplieden waren in staat door *outsourcing* de gilden te omzeilen. Kennelijk was het mogelijk producten zeer goedkoop, door uitbuiting van de plattelandsbevolking, buiten de poorten te laten maken en vervolgens in te voeren in de stad. De Vrankrijker schrijft over dit verschijnsel: ‘De na-ijver der steden en de macht van het kapitaal maakte het onmogelijk deze uitbuiting tegen te gaan’. Dat klinkt ook nu vertrouwd in de oren, als men het ‘platteland’ vertaalt naar nieuwe lidstaten en, vooral, ontwikkelingslanden – de excessen van globalisering en ongebreidelde concurrentie zijn moeilijk te bestrijden.

Het vertrek van met de gilden concurrerende ambachtslieden uit de steden naar de dorpen en, bovendien, de opkomst in de 17e eeuw van niet aan enige regelgeving – noch door een centraal gezag (dat sowieso ontbrak) noch door de gilden – onderworpen handel verzwakte de positie van de gilden. Daar kwam nog bij dat er voor

cruciale *nieuwe* vormen van bedrijvigheid samenhangend met de verre scheepvaart, zoals touwslagerij, houtbewerking en de tabak-, glas-, en suikerhandel, überhaupt geen gilden bestonden en aan oprichting kennelijk geen behoefte was. Al deze ontwikkelingen maakten dat het belang van de gilden geleidelijk naar de achtergrond werd verdreven. Een denker als Adam Smith trok in de 18e eeuw fel van leer. Vanuit het perspectief van een rechtvaardige inkomens- en arbeidsverdeling veroordeelt hij het bestaan van gildeachtige structuren. Zelfs de sociale component en de kwaliteitswaarborg zijn, zo stelt hij, onvoldoende redenen om ‘brancheafstemming’ aan te moedigen.<sup>2</sup>

## Een Fries kartel

Toevallig kreeg ik een aardige illustratie onder ogen van de verhouding van de gilden eind 16e eeuw tot markt en mededinging.<sup>3</sup> De kunstschilder Adriaen van der Linde, geboren in Brugge en overleden in Bolsward, getrouwd met Janneke Farnese (mogelijk familie van de hertog van Parma), raakte in 1595 verzeild in een procedure voor het stadsgerecht in Leeuwarden.

Hij moest, op instigatie van het bestuur van het lokale kistmakersgilde, voortaan zijn panelen en lijsten laten maken bij leden van dit gilde; hij mocht, in beginsel, deze materialen niet invoeren uit Holland. Met dien verstande evenwel dat hij drie panelen in voorraad mocht houden; dit, voor het geval vreemdelingen die tijdelijk in Leeuwarden verbleven snel geportretteerd wilden worden. Bovendien beloofden de Leeuwarder kistenmakers dat zij geen hogere prijzen zouden berekenen dan de prijzen, inbegrepen transportkosten en belastingen, die hun collega’s buiten Leeuwarden in rekening brachten. Konden zij dat niet waarmaken, dan stond het Adriaen vrij zijn spullen te kopen waar hij wilde. Een paar jaar later hoeft hij alleen nog maar voor de vervaardiging van *grote* panelen een *right of first refusal* aan het lokale gilde te gunnen. Over een eventueel verschil in kwaliteit wordt niet gerept.

Een arrangement inhoudende het recht voor lokale leveranciers om de prijzen aan te passen aan die van de concurrentie zou als ‘toezegging’ vandaag door de NMA vermoedelijk niet geaccepteerd worden vanwege het collectieve karakter en vanwege de prijstransparantie. Maar, zo’n ‘Engelse clause’ als hier kennelijk is overeengekomen, geeft toch blijk van een moderne afweging van economische belangen. Er wordt immers enige ruimte voor vrije handel gelaten; een milde vorm van marktwerking wordt verkozen boven puur protectionisme.

2. A. Smith, *The Wealth of Nations*, Chapter X, Part II, Ban-tam, 2003.
3. D.J. van der Meer, ‘Schilders in Friesland in de 16e eeuw’, *De Vrije Fries* 1964, p. 223 e.v.; met dank aan mr. Menalda. Wat voor soort procedure het hier betrof, is mij niet bekend. Het lijkt erop alsof de gildenregels als het ware ‘algemeen verbindend’ waren verklaard en kracht van wet hadden...

## De rol van mededinging(srecht)

Waren de gilden eerst maatschappelijk nuttig, met het veranderen van de politieke opvattingen en de economische ontwikkelingen bleken de middeleeuwse structuren onhoudbaar. Er moesten andere mechanismen komen om kwaliteit te waarborgen, en de zwakkeren tegen uitwassen te beschermen. Maar, zo dunkt mij, het is te gemakkelijk de gilden bij voorbaat af te doen als schadelijke *kartels* die niets goeds hebben gebracht. De welvaart van Antwerpen met zijn 100 gilden toont het tegendeel (er zijn althans voor zo ver ik weet geen aanwijzingen voor een *counterfactual*, voor nog grotere rijkdom zonder gilden...). Opvattingen over markt en mededinging moeten altijd worden geplaatst in de context van tijd en cultuur. Er is geen blauwdruk van welvaart en welzijn die op elk tijdperk en op elke samenleving toepasbaar is.

We zien dat vandaag. Zelfs tussen de EU en de VS bestaan verschillende opvattingen, bijvoorbeeld over de vraag hoe vanuit het mededingingsrecht om te gaan met dominante spelers op dynamische markten – vroeger IBM en Microsoft, nu Intel en Google, en morgen Facebook en de *start-ups* van vandaag. Of neem de (vooralsnog) succesvolle Chinese economie met van overheidswege geautoriseerde kartels. Zo kan het gebeuren dat de Chinese overheid als *amicus curiae* optreedt in een civiele antitrustprocedure in New York tegen Chinese deelnemers aan een Vitamine C productie- en prijsafsprake; als verweer beroept de Chinese overheid zich op de zogenoemde ‘Foreign Sovereign Compulsion Doctrine’ – ‘s lands wijs, ‘s lands eer...

## Maatschappelijk verantwoord concurreren

De bijzondere rol van mededinging en mededingingsrecht in een veranderende samenleving probeerde ik te laten zien in mijn artikel ‘Maatschappelijk verantwoord concurreren’ dat een klein jaar geleden werd gepubliceerd in dit tijdschrift.<sup>4</sup> Ik betoogde toen dat waardeoordelen over de wenselijke mate van marktwerking in tijd en plaats, en afhankelijk van politieke inzichten, verschillen; en dat dus ook het mededingingsbeleid, als uitvloeisel daarvan en als onderdeel van breder overheidsbeleid, genuanceerd moet worden toegepast. Met name vroeg ik aandacht voor de grote problemen van deze tijd en de nieuwe economische ideeën over welvaart en groei. Dit mondde uit in een pleidooi voor ruimte, *in bepaalde gevallen en binnen bepaalde grenzen*, in het mededingingsrecht voor initiatieven van het bedrijfsleven (variërend van keurmerken en certificering tot handels of productiebeperkingen) op klemmende ter-

reinen als uitputting van grondstoffen, duurzaamheid, lucht- en waterkwaliteit, mensenrechten.

Die gedachtegang vond bijval in *SEW*<sup>5</sup> maar werd verworpen in het *NJB*<sup>6</sup>. Met een enkel woord wil ik proberen mogelijke misverstanden weg te nemen. Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat de schrijfster van het *NJB*-artikel *pour besoin de la cause* tegenstellingen creëert die het debat vereenvoudigen maar voorbij gaan aan de kern. Zo is de rode draad in het stuk van Loozen dat mijn redenering erop gericht zou zijn om afspraken die leiden tot ‘vermindering van de consumentenwelvaart’ uit te zonderen van het kartelverbod – niets is minder waar, hoe je het begrip consumentenwelvaart ook definieert; en zo wordt mijn betoog door haar steeds gekwalificeerd als een ‘redelijkheidsbenadering’, een kwalificatie die complimenteus klinkt (men is toch liever redelijk dan onredelijk...) maar dat vermoedelijk niet is. Wat in dit verband precies met een redelijkheidsbenadering wordt bedoeld, blijft in het midden; en zo spreekt de auteur voortdurend over ‘kartels’ en ‘kartelverbod’ en zegt zij dat kartels niet maatschappelijk verantwoord zijn, daarmee suggererend dat ik een pleitbezorger zou zijn van kartels terwijl ik in het artikel juist uitdrukkelijk afstand neem van (verkapte) kartelgedrag.

Hoewel Loozen het een ongelukkig idee vindt in het mededingingsrecht een plaats in te ruimen voor maatschappelijke belangen, erkent zij tegelijkertijd dat maatschappelijke doelstellingen in het kader van artikel 101 lid 3 VWEU aan de orde kunnen worden gesteld. Maar dat is nu juist wat ik heb proberen te betogen. De echte vraag die ik opwierp – en misschien bestaat daar een verschil van inzicht over, maar dat komt dan niet uit de verf – is de volgende: zouden in die gevallen waar een samenwerking aan de voorwaarden van artikel 101 lid 3 wordt getoetst, begrippen als economische vooruitgang, verbetering van de productie, voordelen voor de consument, niet een meer ‘moderne’ uitleg behoeven? In sommige gevallen kom je overigens niet toe aan de uitzondering van lid 3, namelijk voor zo ver gedrag noodzakelijk is om bedrijvigheid in stand te houden en er, zo stelde ik, geen inbreuk is.

Of er dus werkelijk een verschil van mening bestaat, blijft ongewis. Het commentaar bij het enige praktijkvoorbeeld dat schrijfster noemt doet vermoeden dat het allemaal wel meevalt. Zij bespreekt, nogal tendentius, de zaak van ‘de wasmachinelobby’, die ‘uit puur eigen belang’ overeenkomt de verkoop van niet-energiezuinige wasmachines uit te faseren. De Commissie keurt die afspraak goed omwille van duurzaamheid; ten onrechte volgens Loozen omdat er minder vergaande middelen zijn om hetzelfde doel te bereiken – zoals een gezamenlijk kwaliteitskeurmerk en reclame. Maar dat is een feitelijke kwestie van proportionaliteit, geen principiële afweging over het wel of niet honoreren van belangen op het vlak van energiebesparing en milieu. Niemand zal beweren dat we in het mededingingsrecht het proportio-

4. T.R. Ottervanger, ‘Maatschappelijk verantwoord concurreren’, *M&M* 2010/3, p. 93-100.

5. M.R. Mok, ‘Marktwerking in discussie’, *SEW* 2010, p. 399-403.

6. E. Loozen, ‘Maatschappelijk verantwoord ondernemen onder het kartelverbod’, *NJB* 2011 p. 293-298.

naliteitsbeginsel overboord moeten zetten – zoals ik schreef: het doel heiligt niet alle middelen. Proportionaliteit en transparantie zijn belangrijke criteria om ongewenste kartelvorming tegen te gaan.

Tot slot is vermeldenswaard dat de Europese Commissie geen gelegenheid onbenut laat om het belang van maatschappelijk verantwoord ondernemen door het bedrijfsleven te onderstrepen. Zowel in het algemeen als voor individuele sectoren stimuleert zij dit, zoals bijvoorbeeld met betrekking tot normen voor ‘*clean and energy efficient vehicles*’.<sup>7</sup> Verder plegen bij de beoordeling van staatssteunmaatregelen allerlei belangen te worden afgewogen tegen mededingingsbelangen. Onlangs publiceerde de Commissie een lijvig handboek over Maatschappelijk Verantwoord Aanbesteden.<sup>8</sup> Zij hoopt dat ook de private sector hierdoor geïnspireerd raakt. Doel is de bevordering van een Europees model – ‘a vision of society that combines sustainable growth with improved living and working conditions’.

Als op vele beleidsterreinen, ook die welke de werking van markten betreffen, het beleid van de Commissie gericht is op MVO, is het opmerkelijk wanneer diezelfde Commissie terzake van het mededingingsrecht *stricto sensu* geen bereidheid toont zich constructief op te stellen. Er is, zo meen ik, geen reden vast te houden aan een zeer enge uitleg van artikel 101 lid 3.<sup>9</sup> Zelfs voor de voorstanders van ‘consumentenwelvaart’ als enige mededingingsrechtelijke toetsingsnorm, zou dit acceptabel moeten zijn. Consumentenwelvaart is volgens Loozen immers niet alleen een kwestie van kwantiteit maar ook van kwaliteit en omvat zaken als een schoon milieu en goede gezondheidszorg.<sup>10</sup>

## Tot slot

Al jaren is een discussie gaande over de gelijkschakeling van private handhaving van het mededingingsrecht in de nationale rechtssystemen. Recent is er een nieuwe gezamenlijke consultatieronde gestart voor een coherente Europese aanpak op dit gebied waarover elders in dit nummer kort verslag wordt gedaan. ‘Private en publieke handhaving’ is een van de thema’s die aan de orde komen op de tiende – jubileum – conferentie van *Markt*

& Mededinging op 26 mei in Den Haag. Het eerste deel van de ochtend zal besteed worden aan een *update* van de kronieken met jaaroverzichten die u aantreft in dit nummer. Dit nummer behandelt de ontwikkelingen in 2010; tijdens het congres zullen de lijnen worden doortrokken aan de hand van een overzicht van gebeurtenissen in de eerste maanden van 2011.

7. Com. (2010) 186 final.
8. *Buying Social: A Guide to Taking Account of Social Considerations in Public Procurement*, 2010.
9. Hetzelfde geldt overigens voor art. 102. Je kunt je tenminste moeilijk voorstellen dat een toezichthouder of rechter een dominante leverancier zou dwingen zaken te doen met een afnemer die evident maatschappelijk onverantwoord opereert door bijv. kinderarbeid of lozing van giftige stoffen waar dat niet ‘illegaal’ is.
10. Zie in dit verband ook B. Baarsma, *Moeilijke marktwerking en meedogenloze mededinging. Een welvaartseconomisch perspectief*, oratie Amsterdam UvA 2010. Voor haar is ‘(...) het doel van mededinging het vergroten van maatschappelijke welvaart of eigenlijk consumentenwelvaart’ en zij vindt het prima dat een kartel wordt goedgekeurd omdat het goed is voor het milieu, mits de zaak bekeken wordt n.a.v. de mededingingsbeperking en niet n.a.v. het milieu probleem (noot 66). Elders meent zij overigens dat aandacht voor publieke belangen zoals het milieu leidt tot vervuiling van het kartelverbod (p. 24).