



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Maatschappelijk verantwoord concurreren: mededingingsrecht in een veranderde wereld

Otterranger, T.R.

Citation

Otterranger, T. R. (2010). *Maatschappelijk verantwoord concurreren: mededingingsrecht in een veranderde wereld*. Leiden: Universiteit Leiden. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/17780>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/17780>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Maatschappelijk verantwoord concurreren:
mededingingsrecht in een veranderende wereld

Oratie uitgesproken door

Prof.mr. T.R. Ottervanger

bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar op het gebied van het
Europees Recht, in het bijzonder het Mededingingsrecht
aan de Universiteit Leiden
op vrijdag 19 maart 2010



Universiteit Leiden

Mijnheer de Rector Magnificus, dames en heren,

Het laatste decennium van de 20e eeuw mocht ik in Brussel Europees recht doceren. Een bruisende tijd waarin het ambitieuze “1992-programma” van Jacques Delors werd gerealiseerd. Een inspirerende periode. Na de val van de muur én van het communisme werden de grenzen in Europa opnieuw getrokken. De samenwerking binnen de Europese Unie werd uitgebreid door de Verdragen van Maastricht en Amsterdam en de invoering van de euro werd voorbereid. Het eerste decennium ook van Europees mededingingstoezicht op fusies en overnames. In het komende decennium staan wij voor nieuwe uitdagingen. Hoe gaat Europa om met de naschokken van de kredietcrisis? Hoe zullen de machtsverhoudingen komen te liggen ná “Lissabon”? Wat is de rol van Europa bij de bestrijding van armoede, van de klimaatcrisis en van de tekorten aan energie en water? Een overgangsfase, zo lijkt het, naar een nieuw tijdperk. Er wordt afscheid genomen van een blind geloof in vrije marktwerking als enig heilzaam middel voor het scheppen van welvaart. De eenzijdige focus op efficiëntie en economische groei is onderworpen aan kritische herwaardering. Begrippen als duurzaamheid en menselijk welzijn winnen sterk aan betekenis als maatstaf voor beleid zowel van regeringen als van ondernemingen. Wat betekent deze belangrijke ontwikkeling voor het Europese recht? En meer in het bijzonder: wat is de rol voor het mededingingsrecht in deze veranderende wereld? Graag neem ik u mee op een - ongetwijfeld controversieel - reisje. Onderweg laat ik u flitsen zien van de oorsprong van het mededingingsrecht en proeven van de breedte van dit rechtsgebied.

Inleiding

Eerst neem ik u mee terug naar 1603. De Leidse Universiteit bestond 28 jaar. Men luisterde naar de muziek die zojuist is gespeeld. In dat jaar moest de rechter in Engeland zijn licht laten schijnen over de volgende casus¹: Edward Darcy genoot het exclusieve recht, verkregen voor 12 jaar van Koningin Elisabeth I, op de productie en import van speelkaarten. Darcy

claimt schade van een zekere Allein, een haberdasher (een winkelier in garen en band), die in strijd met het monopolie van Darcy handelde in speelkaarten.

Een gevoelige zaak, want op de achtergrond speelde de constitutionele strijd tussen de vorstin en het 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 au fond 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 betoog niet. Zij durft te oordelen 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 en luidt, kort gezegd: 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 recreational 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 ook in die tijd niet ongewoon. Een paar jaar na de uitspraak in Engeland fulmineerde in onze contreien Hugo de Groot, geen onbekende in het Academiegebouw, tegen de verderfelijke macht van 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.²

Er is niets nieuws onder de zon. Dit wantrouwen is van alle tijden. Vierhonderd jaar later zijn overal in Europa tientallen processen aanhangig, tot op het niveau van het Europese Hof, over de geldigheid van door overheden gegunde monopolies. Het gaat opnieuw om exclusieve rechten, niét op de productie en handel in speelkaarten dit keer, maar op de exploitatie, in casino’s en via websites, van kansspelen: met speelautomaten, uitslagen van sportwedstrijden en speelkaarten. Ter rechtvaar-

diging van de handelsbeperking die een evident gevolg is van zo'n monopolie, beroepen lidstaten in Europa zich - net als 400 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.³ Althans: zolang de overheid niet uitsluitend haar eigen belang dient - bijvoorbeeld zelf de winst wil opstrijken van staatscasino's - maar opkomt voor hogere niet-economische 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. Het is onderworpen aan spelregels voor een eerlijk verloop en is ondergeschikt aan "hogere" doelstellingen. Dat geldt voor elke competitie: in de cultuur, in de politiek, in de sport, en in de economie. En concurrentie is niet per se heilzaam of "maatschappelijk verantwoord". Er kan sprake zijn van botsende belangen.

Concurrentie is soms verkwistend - dat nemen we op de koop toe. Ik heb dan altijd het beeld voor ogen van de horde persfotografen; bijvoorbeeld tijdens een voetbalwedstrijd gehurkt achter het doel - wat een verspilde moeite en kosten voor dezelfde, of dan toch bijna dezelfde, foto! Dat laten we maar zo - er is geen goede reden om in te grijpen.

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.⁴ 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, scherpe 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.⁵ Is hier sprake van "maatschappelijk verantwoord concurreren"? U kent de discussie.

Of, als laatste gedachteoefening, stel dat Amerikaanse banken 10 jaar geleden hadden afgesproken geen complexe hypo-

theekproducten te verkopen aan bepaalde segmenten van de bevolking. Niemand zou dit toen, vóór de crisis, hebben kunnen bewijzen, maar de wereld zou veel ellende bespaard zijn gebleven. De banken zouden echter het risico hebben gelopen dat zij voor dit afgestemde, concurrentiebeperkende gedrag strafrechtelijk zouden zijn vervolgd en met class actions tot schadevergoeding zouden zijn bedreigd. 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 voorbeelden die ik zojuist noemde, illustreren tevens - en daar gaat het mij vandaag om - 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 voor het Europese recht. Het speelde een belangrijke rol op de moeizame politieke weg naar het Verdrag van Lissabon 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?

Het mededingingsrecht is een onderdeel van het economisch ordeningsrecht dat zich bezighoudt met de regulering van markten. Dat "ordeningsrecht" is heel breed, variërend van "koopzondagen" tot de organisatie van de gezondheidszorg en het liberaliseren van de post en de elektriciteitssector. Leidend

beginsel is dat elke marktdeelnemer gelijke kansen en voorwaarden moet hebben, of wel het platgetreden level playing field. Het mededingingsrecht beoogt te waarborgen dat het mechanisme van de vrije markt optimaal functioneert. Dat heeft veel facetten maar ik beperk mij tot die éne spelregel die zegt dat concurrerende ondernemingen die een zekere marktmacht hebben in beginsel niet met elkaar mogen samenwerken - tenzij er zwaarwegende redenen zijn om die samenwerking toch toe te laten.

Het mededingingsrecht richt zich tot bedrijven en bevat een open verbodsnorm: "gij zult de concurrentie niet vervalsen". De wetgeving is in zo verre uniek dat al vanaf de introductie eind 19e eeuw gedebatteerd wordt over de precieze strekking. Het is misschien door die open norm dat de regels in plaats en tijd plooibaar zijn gebleken en zonder fundamentele aanpassingen konden mee-evolueren met veranderingen in de samenleving. Is dat nog zo? Ik wil dat toetsen aan de hand van de actuele vraag of er binnen het mededingingsrecht ruimte is voor maatschappelijke belangen. Ik heb het dan vooral over dé uitdaging van het komende decennium - hoe bereiken we zo effectief mogelijk dat het wereldwijde bedrijfsleven opereert op een wijze die duurzaam en maatschappelijk verantwoord is? Mijn conclusie zal de volgende zijn. Er is, gelet op de aard en achtergrond van dit rechtsgebied, conceptueel geen reden maatschappelijke belangen te negeren in het mededingingsrecht. Integendeel. Maar toch zijn toezichthouders huiverig andere elementen dan efficiëntie 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. Eerst een historische schets - in vogelvlucht.

Historische schets

Mededingingsrecht is een juridische vertaling van beginselen die door de eeuwen heen zijn geconcipieerd door grote denkers op zoek naar de contouren van een rechtvaardige samenleving. Afkeer van macht - economisch en anderszins - staat daarbij centraal. Die ideeën werden in 1776 geformuleerd door de moraalfilosoof Adam Smith.⁶

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 onaantvaardbaar hoge prijzen - en lage lonen - en moet dus worden bestreden. We zagen dit ook al in de zaak over de handel in speelkaarten. Laat een ieder, zo leerde Smith, toch vooral uitsluitend zijn eigen financiële gewin nastreven. Indien iedereen zich laat leiden door rationele overwegingen en "romantic hopes" dan wordt automatisch, op de één 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 beslist geen kille 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.⁷ 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. 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.⁸ 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 als die over het monopolie op speelkaarten en in geschillen door de eeuwen heen 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 beding - een “non-compete” in het jargon van vandaag - dat ook nu nog dagelijks wordt overeengekomen. 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”⁹

In 1890 werd in de Verenigde Staten de eerste mededingingswetgeving geïntroduceerd - de Sherman Act. Voor ons soort juristen begon toen de jaartelling. 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 zogenaamde “trusts”: de “beef”-trust, de staal-trust, de prikkeldraad-trust, de suiker-trust, de whisky-trust, de lucifer-trust.

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 “anti-trust” wetgeving zo bleek tijdens de felle debatten in de Amerikaanse senaat.

Er is veel geschreven over wat nu precies de beweegredenen waren¹⁰, maar wat steeds terugkeert is het volgende uitgangspunt: de vrijheid van handel en van contracteren is een groot goed mits niet door de marktmacht van de één in strijd met het algemeen belang (“peace and prosperity”) de beroepsuitoefening en het ondernemerschap van de ander onredelijk werden belemmerd, met als gevolg een opwaartse druk op de prijzen.¹¹ Een economisch model waaraan gedragingen juridisch kunnen worden getoetst had men echter niet voor ogen. Het Europese mededingingsrecht is geboren, kort na de Tweede Wereldoorlog, in economieën van lidstaten die verder ontwikkeld en meer van elkaar gescheiden waren dan die van de Amerikaanse deelstaten ruim 50 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. Het meest voor de hand liggende voorbeeld: daar waar overheden grenzen voor goederenverkeer moeten opheffen, en zij bedrijven in hun land niet mogen steunen, kan het niet zo zijn dat ondernemingen uit verschillende lidstaten afspreken elkaars thuismarkt te respecteren, of op een andere manier prijsverschillen in stand te houden.

Maar er is meer: concurrentie werd gezien als voornaamste bron van economische vooruitgang én, net als eerder in Amerika en net als in de tijd van Adam Smith, als waarborg voor democratische vrijheid. Mededingingsrecht, en ik herhaal het nog maar eens, 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. Het is dus veelal het gevolg van Westers economisch imperialisme - de V.S., gevolgd door Europa, wil toegang tot markten van derde landen én wil niet dat haar binnenlandse markt bedreigd wordt door exporten door buitenlandse kartels. De toepassing verschilt echter nogal van land tot land, mede als gevolg van de inbedding in de locale rechtscultuur en uiteenlopende politiek-economische opvattingen over marktwerking. Zo zijn er al serieuze verschillen in toepassing binnen de EU, en tussen de EU en de V.S.¹²; en al helemaal tussen het Westen en landen die niet alleen in een ander stadium van economische ontwikkeling verkeren maar ook nog eens andere opvattingen hebben over de inrichting van de samenleving en de rol van de overheid.¹³

Maatschappelijk belang

Het mededingingsrecht is dus, anders dan wel wordt gedacht, eigenlijk een oud rechtsgebied dat diep is geworteld in politiek-filosofische opvattingen. Tegelijkertijd is de toepassing 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.¹⁴

De vraag of in de toepassing van het mededingingsrecht andere waarden dan puur economische ook een rol moeten en kunnen spelen intrigeert mij vanaf mijn eerste stappen in de wereld van het mededingingsrecht. Tijdens een cursus georganiseerd door het Europa Instituut Leiden sprak prof. Mok over de relatie tussen “kartelbeleid” en ontwikkelingssamenwerking¹⁵, met als voorbeeld: 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?

Of een ander scenario: de concurrerende fabrikanten van chocolade komen overeen aan de kleine boeren in ontwikkelingslanden een redelijke minimumprijs te betalen voor de grondstof cacao. Dit beïnvloedt 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 er van 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? Die van alle landen waar chocoladefabrieken gevestigd zijn?

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, ontwikkelingshulp. 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 enorm ook 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.¹⁶ Het verdient nú echter meer dan ooit alle aandacht. In de eerste plaats vanwege de ernstige twijfels in brede kring die de kredietcrisis heeft losgemaakt 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). Ik heb het niet over filantropie, maar 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 internationaal opererende 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 de enorme uitdagingen van extreme armoede, de energiecrisis, de klimaatverandering en de gevolgen voor vrede en veiligheid effectief aan te pakken.

Het kernmerk van Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen 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.¹⁷ 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.¹⁸ Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen heeft in korte tijd een enorme vlucht genomen. Het is geen modieuze trend. De

idee dat de overheid er is voor middellange of lange termijn vraagstukken en dat bedrijven zich moeten concentreren op korte termijn winstmaximalisatie verliest snel terrein. Soms zullen slimme bedrijven er in 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 er aan 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 maar daar zijn bezwaren aan verbonden.¹⁹

De zorg om mensen en een leefbare planeet, wanneer bedrijven in een bepaalde sector zich dit gezamenlijk aantrekken, zal namelijk 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 met een volmondig “ja” beantwoorden. Het kán toch niet zo zijn dat “het recht” a priori verhindert dat bedrijven samen een oplossing zoeken voor

de uitdagingen van deze tijd? En aandacht voor de “common good” als méér dan een optelsom van individuele belangen, past toch prima in ons Rijnlands model? Maar is dat ook het “goede” antwoord, of kun je hier, zoals dat heet, “verschillend over denken”?

Er wordt inderdaad 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, zo 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 concurrentie 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 en 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 '50 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 economisten 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 over de meest efficiënte oplossing die bepalend moet zijn voor de inhoud van een rechtsregel, tenzij - en daar gaat het mij nu

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. Ik zal dat toelichten.

Het mededingingsrecht staat niet op zichzelf. Het is van oudsher een middel, zo heb ik laten zien, 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, vrede en veiligheid, 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", nu - sinds 1 december 2009, toen het Verdrag van Lissabon in werking trad - heet het vooral een "sociale markteconomie"²⁹; 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 die in nuances van lidstaat tot lidstaat verschilt. Van een zuivere vrije markteconomie is geen sprake. Vanaf de oprichting van de Europese Gemeenschap zien we spanningen tussen door nationale overheden belangrijk geachte bescherming van niet-economische doeleinden en de creatie van één interne markt. In geval van zo'n conflict kunnen zaken als consumentenbescherming, sociale zekerheid, volksgezondheid, veiligheid, energievoorziening prevaleren.

Hoewel overheden, als hoeders van het algemeen belang, meer speelruimte toekomt dan het bedrijfsleven, is er geen prin-

cipiële reden over de toepassing van de mededingingsregels anders te oordelen.³⁰ Dat klemt te meer nu het nieuwe Verdrag nog 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.³¹ Marktwerking is beslist niet superieur aan andere waarden. “Efficiëntie” op korte termijn als enige rechtvaardigingsgrond om concurrentie beperkende 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.³² En “hoeveel” efficiencywinst is nodig opdat deze zwaarder weegt dan een concurrentie beperking? 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 Ondernemen³³ - zij noemt dit “welvaart op langere termijn”³⁴; tegelijkertijd hangt zij 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 goede zorg, veilig-

heid, schone lucht, armoedebestrijding en zo meer. 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 wereldwijde 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 van nature sceptisch en behoudend. En bang verkapte kartels toe te laten. Samenwerking zal inderdaad proportioneel moeten zijn - het doel heiligt niet alle middelen. Toezichthouders zullen ook bevreesd zijn zich te 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 mededingingspolitiek, als onderdeel van economische politiek. 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. Daar tegenover staat het nadeel dat een stuk concurrentie wegvalt. Hoeveel ton reductie van uitstoot van giftige stoffen 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.³⁵ 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 50 jaar bij de toepassing van de vrij verkeer-regels publieke belangen in de afweging betrekken. En toezichthouders, veelal bestuursorganen, zijn daar evenzeer toe in staat.

Conclusie

Al met al meen ik dat de enorme uitdagingen van het komende decennium, 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. De wetteksten zijn voldoende flexibel. Een proactieve opstelling van toezichthouders is welkom. 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 10 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 belangengroepen³⁶ 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 recyclingsystemen voor oud papier vanwege het milieu; en voor de sector varkensvlees vanwege de bijdrage die collectief gedrag leverde aan het bevorderen van het dierenwelzijn³⁷; voor de "zorg"

bij de fusie van Zeeuwse Ziekenhuizen. Maar toch, steeds in bedekte termen ... Er is dus nog een weg te gaan. 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.

Maatschappelijk verantwoord naleven én handhaven

"Maatschappelijk Verantwoord Concurreren" betekent natuurlijk ook dat het bedrijfsleven de regels naleeft. Indien een duidelijke verbodsnorm wordt overschreden, is het niet meer dan vanzelfsprekend dat daar een sanctie op staat. Met mijn pleidooi voor meer nuancering wil ik geen afbreuk doen aan de effectiviteit van het mededingingsrecht.

Maar over de sancties op overtreding valt meer te zeggen. De laatste jaren zien we een escalatie in de hoogte van de boetes die overal plegen te worden opgelegd voor inbreuken op het mededingingsrecht. Zijn die straffen nog maatschappelijk verantwoord? De boetes zijn hoger - aanzienlijk hoger zelfs - dan voor welk ander delict ook. The sky is the limit, zo lijkt het. Er is sprake van een sluipende criminalisering van het mededingingsrecht zonder alle waarborgen die het strafrecht biedt. De procedures bij de Europese Commissie - maar hetzelfde geldt voor veel lidstaten - zijn administratief van aard. De zware boetes worden opgelegd niet door een onafhankelijke rechter maar door een bestuursorgaan; in het geval van de Commissie bestaande uit 27 Commissarissen die hun positie danken aan een politieke benoeming. Er vindt geen zitting plaats waar de verdachte zich kan verdedigen ten overstaan van degenen die de straf vaststellen. Een verdachte weet niet eens aan de hand van een "eis" welke straf hem boven het hoofd hangt. En hij kan niet de kroongetuigen ondervragen die getuigenissen tegen hem hebben afgelegd. Bijna alle zaken worden geïnstigeerd door zogenoemde "clementieaanvragers", in de volksmond aangeduid als "whistleblowers" of "klikkers". Zij verschaffen tienduizenden documenten, en verklaringen waarin zij de zaak extra zwaar aanzetten. Zij moeten wel want in ruil voor volledige medewerking krijgen zij immunititeit - zij gaan vrij uit, of krijgen een lagere boete. Een onafhankelijke rechter komt pas in beeld nadat de boete is opgelegd. Zo'n

procedure duurt lang en de rechter beoordeelt de zaak van een zekere afstand. Er vindt geen feitenonderzoek plaats. De aard van de overtreding wordt niet in volle omvang onderzocht. Welnu, dit systeem begint steeds meer te knellen. Door een zero tolerance beleid hebben de toezichthouders in eigen voet geschoten. De legitimiteit van hun optreden staat ter discussie. Zo is het onder meer twijfelachtig of het stelsel zich verdraagt met het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens waartoe ook de Europese Unie zal toetreden.

Ik noem dit probleem omdat de regering dezer dagen een consultatie wille starten over de introductie van gevangenisstraffen en beroepsverboden in geval van zware overtredingen van het mededingingsrecht. Het voordeel - als bijvangst, want dat zou niet de reden zijn voor een wetsvoorstel - is dat de onafhankelijke rechter dan zijn intrede doet. En dat degenen die werkelijk schuldig zijn gestraft worden - hetgeen de afschrikkende werking ten goede zal komen. En het niveau van de boete, mag je aannemen, voor het bedrijf zal terecht omlaag gaan. Maar vinden wij in Europa dat het mededingingsrecht echt zó belangrijk is, zo wezenlijk voor onze samenleving dat gevangenisstraf gerechtvaardigd is? Ik ben dan weer terug bij de aard van het mededingingsrecht.

Een fundamenteel debat over de legitimiteit van het toezicht en alle ins-and-outs van introductie van het strafrecht is wenselijk. Wij participeren graag, met onze collega's van criminologie en strafrecht, bestuursrecht en mensenrechten. Wat vinden zij? Wat vindt u?

Woorden van waardering rond mijn benoeming

Dames en Heren,

Het is een eer aan deze eerbiedwaardige én moderne instelling mijn kennis en ervaring te mogen delen met collega's en studenten. Lang geleden las ik een uitspraak van een rechtsgeleerde die zei: "het recht staat in de krant". Of woorden van die strekking. En zo is het. Het Europese recht en mededingingsrecht is dagelijks in het nieuws. Ik dwing de studenten hier kennis van te nemen. Desnoods via YouTube. Vanuit die

praktische alledaagse betekenis van de regels komen we dan te spreken over de aard en de structuur van het recht. En over vragen van normatieve aard - zoals ideeën over hoe het recht idealiter behoort te zijn. Daar kun je verschillend over denken. Zoals u vandaag heeft kunnen ervaren.

Ik ben het college van bestuur en het faculteitsbestuur erkentelijk voor het in mij gestelde vertrouwen. De Rector prent ons voortdurend in dat óók universiteiten op een heuse markt concurreren. Ik hoop bij te dragen aan vergroting van het marktaandeel. Op een maatschappelijk verantwoorde wijze. Het Leids Europa Instituut is mij niet vreemd. Ik mocht lange tijd deel uitmaken van het curatorium. Onder het inspirerende voorzitterschap van prof. Kapteijn en later prof. Meij. En de ondernemende directie van prof. Slot van wie ik nu een deel van de taken heb overgenomen. Ik voel mij thuis op het Instituut. Door de hartelijkheid van iedereen. En door de passie die ik gemeen heb met Rick Lawson. Voor ons strekt Europa zich uit tot de Mississippi delta. Wij moeten nog een slinkse manier vinden om de blues op te nemen in het curriculum; via de slavernij en mensenrechten moet dat lukken. De samenwerking met collega proximus Stefaan van den Bogaert belooft veel goeds.

Een woord van waardering en vriendschap voor mijn partners en kantoorgenoten van Allen & Overy. Het is een bijzonder voorrecht al die jaren in zo'n succesvolle en voor een deel samen opgebouwde organisatie met zulke professionals te mogen werken.

En dan mijn familie. Zij weten dat de emotie het zou winnen van de ratio als ik hen hier zou toespreken. Ik hou het dus bij: dank jullie wel.

Ik heb gezegd.

Noten

- 1 De tekst is o.a. opgenomen in Thomas D. Morgan, “Modern Antitrust Law and its origins”, West Group, 2d edition (2000).
- 2 “De Vrije Zee/Mare Liberum”, (1609), G. 132, Vertaling Arthur Eyffinger, Jongbloed Juridische Boekhandel (2009).
- 3 Een mooi voorbeeld is de zaak Gambelli: HvJEG, 6.11.03, zaak C-243/01, Ov. 63-68.
- 4 Conclusie A.G. Bot, 17 december 2009, Zaak C-203/08, the Sporting Exchange v. Minister van Justitie (“... het voorspiegelen van de illusie van mogelijke verrijking leidend tot verarming van hen die eraan toegeven”).
- 5 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 coffeshops en prostitutie bevinden.
- 6 “An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations” (1776), Bantam Classics - Introduction by Alan B. Krueger (2003). De “invisible hand” komt overigens maar één keer voor in de 1200 pagina’s (p. 572).
- 7 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*.
- 8 Bijv. het standaardwerk van John Rawls, “Een theorie van rechtvaardigheid”, Lemniscaat, 2e (Nederlandse) druk 2009 (o.a. Hoofdstuk 2, para. 12).
- 9 Mitchel v Reynolds, 1711 - besproken o.a. door Areeda, “Antitrust Analysis”, Little Brown & Company, 2d edition.
- 10 O.a. Milton Handler e.a., “Trade Regulation, Cases & Materials”, Foundation Press, 2d edition (1983).
- 11 Zie onder meer Standard Oil vs US, Supreme Court 1911-221 US 1; 31 S Ct. 502.
- 12 Bijvoorbeeld over de toelaatbaarheid van het gedrag van dominante ondernemingen, en van sommige distributievormen.
- 13 Henyy Ergas, “Should developed countries require developing countries to adopt competition laws?”, European Competition Journal, Augustus 2009.
- 14 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.
- 15 Bundel “Nieuwe ontwikkelingen in het Europese kartelrecht”, Europese monografieën, 1976.
- 16 Zie de bundel “Mededinging en niet-economische belangen”, onder redactie van Van de Gronden/Mortelmans, Kluwer (2001). Meestal gaat de discussie over een heel scala aan “andere” belangen zoals: sport, cultuur, zorg, milieu, omroep, werkgelegenheid, financiële dienstverlening, criminaliteit, et cetera. Die breedte vertroebelt het beeld; vandaar mijn focus op MVO.
- 17 Kabinetvisie. Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen 2008-2011, “Inspireren, innoveren, integreren”.
- 18 Zeer succesvol is het vanuit Nederland opererende Global Reporting Initiative (GRI) - www.globalreporting.org.
- 19 Multinationale ondernemingen praten bijvoorbeeld wél over de mensenrechten met de vakbonden maar niet of nauwelijks als branche met elkaar.
- 20 De zaak Meca - Medina betrof een antidopingregeling van het IOC. Bij arrest van 18.7.06 (zaak C-519/04 P) overweegt het Hof 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 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 in deze zaak (T-313/02) - het Gerecht kiest dezelfde insteek als het Hof in Brentjens (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 Arrest Hof 6.10.09, zaak C-501/06 P (e.a.), GlaxoSmith-Kline vs 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 mee-weging van het algemeen belang.
- 23 In zaak T-528/93 (Metropole vs Commissie) oordeelde het Gerecht 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 L 1, 4.1.03; o.a. paras 33, 43, 50.
- 26 Economische efficiëntie, en niét 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”, Boom (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 (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” (Kluwer).
- 27 J.W. Harris, *Legal Philosophies*, ch. 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 Artikel 3 VEU; Artikel 119 (in de Titel over Economisch en Monetair Beleid) spreekt nog wel over een “open markteconomie met vrije mededinging”.
- 30 Zie over deze problematiek o.a. K. Mortelmans, “Towards convergence in the application of the rules on free movement and on competition”, CMLR 2001, 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.
- 31 In die zin mijns inziens ook: J. Steenbergen, “Het mededingingsbeleid en het Verdrag van Lissabon”, SEW 2008, p. 143.
- 32 O.a. J. van Sinderen/R. Kemp, “De welvaartseffecten van mededinging: wie profiteert?”, bundel “Trust en antitrust”, uitgave NMa (2008).
- 33 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.
- 34 Mededeling van de Commissie betreffende “Tenuitvoering van het partnership voor groei en werkgelegenheid - Europa moet een voorbeeld worden op het gebied van Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen”, COM (2006) 136 def.
- 35 Mijn pleidooi is niet gericht tegen de zogenoemde economisering van het mededingingsrecht. Met name de aandacht voor de effecten van gedrag kan niet worden onderschat. Waar we echter niet naartoe moeten is een door sommige economen bepleite maar onwerkbaar norm die bedrijven verbiedt de consumentenwelvaart te schaden of Pareto-evenwichten te verstoren.
- 36 Zoals de American Bar Association (ABA) en de Amerikaanse Kamer van Koophandel (AmCham).
- 37 Informele zienswijzen resp. 2005 en 2008 (www.nmanet.nl); recyclingsystemen: besluit 10.12.83.

