Maatschappelijk verantwoord ondernemen onder het kartelverbod

Edith Loozen[1]

Getuige onder meer de preadviezen 2010 van de Nederlandse Juristen-Vereniging zou maatschappelijk verantwoord ondernemen het antwoord bieden op het door de kredietcrisis en klimaatverandering aangetoonde 'morele deficit van onbelemmerd ondernemen'. Onderbelicht blijft echter welk belang aan 'omgevingsverantwoord ondernemen' moet worden gehecht in het kader van de toepassing van het kartelverbod. De vraag is dan of maatschappelijk verantwoord ondernemen een soepeler toepassing van dat verbod zou rechtvaardigen. Betoogd wordt dat dat niet het geval zou moeten zijn. Het algemeen belang vergt juist een onverkorte handhaving van het kartelverbod.

De moderne mens leeft op te grote voet en het zou zowel ondernemingen alsook consumenten sieren wanneer zij maatschappelijk bewust(er) zouden ondernemen respectievelijk consumeren.[2] Het is dan ook een goede zaak dat maatschappelijk verantwoord ondernemen (MVO) zo in de belangstelling staat. Zo ook in kartelkringen. Daar wordt echter ook gesteld dat MVO een reden zou moeten zijn om afspraken, ook wanneer deze tot een vermindering van de consumentenwelvaart leiden, uit te zonderen van de toepassing van het kartelverbod zoals dat is neergelegd in art. 101 VWEU dan wel art. 6 Mw.[3] Met andere woorden, in voorkomend geval zouden andere algemene belangen het (eveneens algemene) mededingingsbelang moeten kunnen overtroeven binnen het kartelverbod. Ottervanger heeft deze redelijkheidsbenadering onlangs krachtig samengevat in de term 'maatschappelijk verantwoord concurreren' (MVC).[4] De idee is dat een onverkorte handhaving van het kartelverbod ongebreidelde marktwerking alleen maar zou bevorderen. Een redelijkheidsbenadering zou daarentegen beter aansluiten bij algemeen aanvaarde uitgangspunten dat effectieve mededinging geen doel is maar slechts een middel, en het algemeen belang meer omvat dan het bewerkstelligen van de hoogst mogelijke consumentenwelvaart.[5]

Eén van de vragen die bij de inrichting van een samenleving van belang is, is hoe een zo groot mogelijke welvaart voor iedereen kan worden bereikt

Dit idee is ongelukkig. Ten eerste omdat MVC een oplossing is voor een niet-bestaand probleem: bij de thans

Auteur

1. Mr. dr. E.M.H. Loozen is post-doc-onderzoeker bij het instituut Beleid & Management Gezondheidszorg van de Erasmus Universiteit Rotterdam.
Ik dank Jan Kees Winters (Economisch bureau, NMa) en Jules Theeuwes (SEO Economisch Onderzoek) voor hun zoals altijd nuttige commentaar. Vanzelfsprekend rust alle verantwoordelijkheid voor resterende onjuistheden volledig bij mij.

Noten

2. Vgl. Fresco, 'De noodzaak tot matigen en bewust consumeren', *SER Magazine* 2010, 10, p. 4-6.
3. Wanneer hierna over 'het kartelverbod' wordt gesproken, worden beide bepalingen bedoeld; wanneer naar art. 101 VWEU wordt verwezen, wordt daarmee ook art. 6 Mw bedoeld. Voorts wordt erop gewezen dat de principiële relatie tussen het mededingingsbelang en andere algemene belangen zoals hier beschreven in beginsel ook geldt voor de uitleg van art. 102 VWEU en de Concentratiecontrole-Verordening.
4. Ottervanger, 'Maatschappelijk verantwoord concurreren. Mededingingsrecht in een veranderende wereld', *M & M* 2010, 3, p. 93-99.
5. Ottervanger, supra. Vgl. Steenbergen, 'Het mededingingsbeleid en het Verdrag van Lissabon', *SEW* 2008/56, p. 136; Amtenbrink & Van de Gronden, 'Economisch recht en het Verdrag van Lissabon I: mededinging en interne markt', *SEW* 2008/146, p. 323; Townley, *Article 81 EC and Public Policy*, Oxford: Hart Publishing 2009.



© Anup Shah/Corbis

geldende welvaartseconomische benadering kan onder het kartelverbod al rekening worden gehouden met maatschappelijke doelstellingen zoals de bescherming van de kwaliteit van het milieu. Ten tweede omdat MVC een nieuw probleem creëert: het bedrijfsleven zou de bevoegdheid krijgen om namens de samenleving als geheel uit te maken welke belangen dwingend zouden moeten worden behartigd. In onze rechtsorde is die rol bij uitsluiting weggelegd voor de wetgevende overheid.

In dit artikel beoog ik de punten van zorg die aan een redelijkheidsbenadering als MVC ten grondslag lijken te liggen, systematisch weg te nemen. Hiertoe wordt eerst uiteengezet hoe de verantwoordelijkheden tussen overheid en bedrijfsleven zijn verdeeld in een democratische rechtsstaat die gebaseerd is op een markteconomie. Vervolgens wordt uitgelegd waarom het bij de toepassing van het kartelverbod om consumentenwelvaart gaat en dat onder dat begrip meer moet worden verstaan dan 'consumentisme' alleen. Daarna wordt uiteengezet waarom het algemeen belang een onverkorte handhaving vergt van het kartelverbod, geen redelijkheidsbenadering. Tot slot wordt uitgelegd dat een dergelijke strikte uitleg niet tot gevolg heeft dat de handhaving van mededinging van middel tot doel is verworden.

Economische ordening in een democratische rechtsstaat gebaseerd op een markteconomie

Ottervanger meent dat daar 'waar overheden tekortschieten om oplossingen te vinden voor urgente vraagstukken' het bedrijfsleven het reguleringsstokje van de overheid zou moeten kunnen overnemen zonder dat het kartelverbod dit '*a priori* blokkeert'.[6] Hij baseert dit standpunt onder meer op het feit dat de Europese Unie geen zuiver vrije markteconomie is, maar een gemengde economische orde.[7] Die laatste constatering is op zich juist. De Europese Unie gaat niet uit van ongebreidelde marktwerking. Maar, ook in gemengde economieën blijft de noodzaak van een zuivere rolverdeling tussen overheid en bedrijfsleven onverminderd overeind. In het kader van de toepassing van het kartelverbod betekent dit dat het bedrijfsleven alleen tot zelfregulering kan overgaan voor zover deze maatregelen de effectieve mededinging niet zullen aantasten. Hierna wordt uitgelegd hoe de taken tussen overheid en bedrijfsleven in een gemengde economie zijn verdeeld en waarom ondernemingen ook wanneer zij maatschappelijk verantwoord ondernemen onverkort aan de vereisten van het kartelverbod zullen moeten voldoen.

Marktwerking en welvaart

Eén van de vragen die bij de inrichting van een samenleving van belang is, is hoe een zo groot mogelijke welvaart voor iedereen kan worden bereikt. De Europese Unie gaat uit van een markteconomie omdat wanneer allocatiebeslissingen – wie produceert wat waar op welke manier voor wie – aan de markt worden overgelaten dit in beginsel een hogere welvaart zal opleveren, dan wanneer dergelijke beslissingen door de overheid zouden worden genomen. Daarmee is het verhaal echter niet af. Markten kunnen namelijk falen en er kan ook behoefte zijn aan herverdeling. In beide gevallen komt de overheid om de hoek kijken.[8]

Marktfalen betekent dat het marktmechanisme niet of niet goed functioneert. Hierdoor is de welvaart kleiner dan nodig. Correcties van marktfalen zullen in beginsel dus tot een welvaartsverbetering leiden. Herverdeling betreft de verdeling van de welvaart. De inkomensverdeling die uit marktwerking resulteert, kan maatschappelijk ongewenst worden geacht. In dat geval kan de overheid besluiten om door het heffen van belastingen of het verstrekken van uitkeringen de welvaart alsnog anders te verdelen.[9]

Herverdeling hoort bij politiek[10] en is voor de uitleg van het kartelverbod niet relevant. Marktfalen is daarentegen wel relevant voor de uitleg van het kartelverbod. Ten eerste omdat het kartelverbod ertoe dient om een specifieke vorm van marktfalen – marktmacht – te voorkomen c.q. te corrigeren. Ten tweede omdat andere vormen van marktfalen in sommige gevallen beter door de markt dan door de overheid kunnen worden geadresseerd.[11]

Dit roept de vraag op welk marktfalen wanneer en in welke mate door het bedrijfsleven kan worden aangepakt en in hoeverre binnen het kartelverbod rekening kan worden gehouden met door het bedrijfsleven geïnitieerde welvaartsverbeteringen. Om deze problematiek inzichtelijk te maken, zullen algemene belangen hierna worden onderscheiden in maatschappelijke en publieke belangen. Naar zal blijken, kunnen ondernemingen hooguit maatschappelijke belangen nastreven waardoor een redelijkheidsbenadering zoals MVC per definitie uitgesloten is c.q. zou moeten zijn. Maar eerst wordt stilgestaan bij de verschillende vormen van marktfalen.

Vormen van marktfalen

Er zijn vier vormen van marktfalen: informatiegebreken, externe effecten, collectieve goederen en marktmacht.[12] In geval van informatiegebreken beschikt de ene partij over meer informatie dan de andere (onder meer over prijzen, kosten, risico's of kwaliteit). Informatiegebreken kunnen leiden tot opportunistisch gedrag en suboptimaal keuzegedrag. Van externe effecten is sprake wanneer de

prijs van een product onvoldoende alle baten en kosten weerspiegelt die relevant zijn in de productie of consumptie van dat product. Externe effecten kunnen negatief of positief zijn. Negatieve externe effecten leiden tot te veel consumptie van een goed of te veel investeringen (ten opzichte van een optimale hoeveelheid). Positieve externe effecten leiden tot onderconsumptie of onderinvesteringen. Collectieve goederen worden gekenmerkt door non-exclusieve baten en door non-rivaliteit in gebruik.[13] Hierdoor ontstaat een enorm *free rider*-probleem waardoor er geen markt tot stand komt.

Marktmacht, ten slotte, leidt tot marktfalen omdat marktwerking alleen de meest efficiënte uitkomst oplevert (oftewel: de meeste welvaart), wanneer er sprake is van concurrentie. Wordt die concurrentie beperkt, bijvoorbeeld doordat ondernemingen hun marktgedrag onderling afstemmen, dan profiteren zij daar weliswaar zelf van (in de vorm van hogere winsten), maar dat gaat dan wel ten koste van het consumentensurplus (de welvaart van consumenten), en daarmee van het algemeen belang. Het kartelverbod dient ertoe om een dergelijke frustratie van het marktmechanisme te voorkomen.

Correctie van marktfalen: maatschappelijke en publieke belangen

Ervan uitgaande dat correcties van marktfalen tot een welvaartsverbetering zullen leiden, kunnen zulke correcties in beginsel in het algemeen belang worden geacht. Toch is de actieradius van het bedrijfsleven op dit punt kleiner dan die van de overheid: de overheid kan tot algemeen dwingende regelgeving overgaan; het bedrijfsleven niet.

Waarom dat zo is kan inzichtelijk worden gemaakt door, in navolging van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), algemene belangen te onderscheiden in maatschappelijke en publieke belangen.[14] Maatschappelijke belangen kunnen worden gedefinieerd als algemene belangen die kunnen worden gerealiseerd zonder dat de overheid daaraan te pas heeft hoeven komen. Publieke belangen zijn algemene belangen die de overheid aan zich trekt omdat deze anders niet goed tot hun recht zouden komen.

Publieke belangen kunnen dus worden gedefinieerd als algemene belangen waarvan de behartiging tot taak van de overheid is geworden.[15] Dit betekent dat algemene belangen publieke belangen worden wanneer zij in een proces van politieke oordeelsvorming als zodanig zijn aangeduid. Met andere woorden, de aanwijzing van een publiek belang behoeft democratische legitimatie. De WRR wijst er in dit verband op dat '[de overheid] de enige partij [is] die gelegitimeerd is om namens de samenleving als geheel dwingend te bepalen welke publieke belangen moeten worden behartigd'.[16] De democratisch gekozen organen bepalen de aard van het publieke belang alsmede de wijze van behartiging door zich uit te spreken over de mate waarin de overheid zich gehouden acht een bepaald belang te realiseren.[17]

Correctie van marktfalen: wie corrigeert wat wanneer?

De volgende vraag is dan wanneer de overheid een correctie van marktfalen als publiek belang aan zich zal trekken. Dit verschilt naargelang de vorm van marktfalen die aan de orde is. Voorkomen dat het marktmechanisme wordt gefrustreerd door het creëren van (meer) marktmacht geldt in een markteconomie in het algemeen gesproken als een publiek belang. Overheidsingrijpen is dan ook op structurele wijze geregeld in de mededingingsregels (en ander sectorspecifiek toezicht). In geval van collectieve goederen is overheidsingrijpen ook geboden omdat deze goederen anders niet zullen worden aangeboden.

Marktfalen in de vorm van informatiegebreken en externe effecten worden daarentegen niet per definitie door de overheid opgepakt. Ondernemingen zullen deze vormen van marktfalen aanpakken zolang dat strookt met hun eigen belang – het maken van winst. Overheidsingrijpen zal aldus beperkt zijn tot die gevallen waarin de markt het marktfalen niet zelf corrigeert. Daarenboven zou overheidsingrijpen beperkt moeten blijven tot die gevallen waarin een kosten-batenanalyse heeft uitgewezen dat dit tot een efficiëntere uitkomst zal leiden dan wanneer de correctie achterwege zou blijven.[18]

Het bovenstaande betekent dat ondernemingen marktfalen kunnen corrigeren, zolang de overheid nog niet in een markt heeft ingegrepen, of voor het meerdere daarvan wanneer dit wel is gebeurd. Zij dienen in dat geval het algemeen belang. De ruimte voor zulk particulier initiatief is echter begrensd in de zin dat het niet mag leiden tot de uitoefening van marktmacht zoals verboden in art. 101 VWEU.

Het kartelverbod is gericht op consumentenwelvaart en dat is ook goed zo

De voorstanders van MVC zijn bezorgd over het feit dat niet alle welvaartsgevolgen zouden kunnen worden meegenomen onder een kartelverbod dat ertoe dient om een zo

6. Ottervanger, supra, p. 99.

7. Ibid., p. 98.

8. De overheid is overigens ook nodig voor het creëren van de randvoorwaarden die nodig zijn om marktwerking te laten functioneren, zoals de opzet van een rechtssysteem.

9. Hieronder wordt ook een andere initiële verdeling van arbeidspotentieel, hulpmiddelen en kapitaal begrepen.

10. Teulings, Bovenberg & Van Dalen, *De Calculus van het publieke belang*, Den Haag: Kenniscentrum voor ordeningsvraagstukken 2003, p. 15.

11. Wanneer de markt marktfalen kan oplossen, is er – uiteindelijk – natuurlijk geen sprake meer van marktfalen. Omdat afspraken tussen ondernemingen echter twee gevolgen kunnen hebben – behalve corrigeren van externe effecten ook het creëren van marktmacht – is het voor de uitleg van het kartelverbod nodig om een tussenstap te maken.

12. Baarsma & Theeuwes (2009) wijzen op nog een vijfde vorm van marktfalen: werkloosheid en conjunctuurfluctuaties ('Publiek belang en marktwerking: Argumenten voor een welvaartseconomische aanpak', Preadviezen van de Koninklijke Vereniging voor de Staathuishoudkunde 2009, 23-51, p. 36).

13. Non-exclusiviteit van baten betekent dat het onmogelijk is om mensen van het gebruik van het goed uit te sluiten. Van de positieve werking van dijken kunnen mensen niet worden uitgesloten. Non-rivaliteit betekent dat het gebruik door de ene consument niet ten koste gaat van gebruik door een ander. Televisie kijken is een voorbeeld van non-rivaliserende consumptie.

14. Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Het borgen van publiek belang*, WRR rapporten aan de regering, 56, Den Haag: Sdu Uitgevers 2000, p. 19.

15. Ibid., p. 46.

16. Ibid., p. 57.

17. Ibid., p. 140; Teulings c.s., supra, p. 10.

18. Teulings c.s., supra, p. 169-170. Vgl. Baarsma & Theeuwes, supra, p. 46.

hoog mogelijke consumentenwelvaart te realiseren. Zo meent Ottervanger bijvoorbeeld dat 'de focus op "efficientie" [voorkomt] uit de gedachte dat het mededingingsrecht slechts één doel dient: bescherming van de concurrentie als middel om de welvaart van de consumenten te vergroten'.[19] Hij ziet het mededingingsrecht eerder als 'een middel [...] om te komen tot een rechtvaardige samenleving'.[20] Amtenbrink en Van de Gronden wijzen er in dit verband op dat het begrip consumentenwelvaart een inhoud zou moeten worden gegeven 'die niet alleen bestaat uit maximalisatie van materiële welvaart, maar ook uit sociale en andere niet-materiële aangelegenheden'.[21]

Deze veronderstellingen zijn echter onjuist. Waarom wordt hierna uitgelegd. Hiertoe worden eerst de verschillende welvaartsbegrippen behandeld. Daarbij zal extra aandacht worden besteed aan het feit dat het begrip consumentenwelvaart bij de huidige stand van het recht in economische zin moet worden uitgelegd. Ook wordt uitgelegd dat de gerichtheid op consumentenwelvaart niet betekent dat er een – voor de toepassing van het kartelverbod relevant – stukje welvaart zou worden overgeslagen.

Definitie welvaartsbegrippen

Er kunnen vier soorten welvaart worden onderscheiden: consumenten-, producenten-, totale en maatschappelijke welvaart. Consumentenwelvaart staat voor de optelsom van de welvaart van alle individuele consumenten. Producentenwelvaart staat voor de optelsom van de welvaart van alle individuele producenten. Totale welvaart is het totaal aan consumenten- en producentenwelvaart bij elkaar opgeteld. Maatschappelijke welvaart betreft dezelfde totale welvaart maar dan na herverdeling door de overheid. Totale welvaart heeft aldus betrekking op efficientie; maatschappelijke welvaart op efficiëntie en rechtvaardigheid.[22]

Ten aanzien van consumentenwelvaart is het verder van belang om op te merken dat dit begrip niet louter financiële of materiële voordelen omvat, maar alle welvaartsgevolgen die mensen belangrijk kunnen vinden, waaronder ook een schoon milieu of een goede gezondheidszorg.[23] Het bewerkstelligen van de hoogst mogelijke consumentenwelvaart doelt dus niet alleen op de grootste economische welvaartstaart (in de zin van omvang en gewicht), maar ook op de beste (in de zin van de kwaliteit van bestanddelen en bakproces). Deze gangbare economische interpretatie geldt ook voor de uitleg van het kartelverbod: in 2004 heeft de Europese Commissie – krachtens de institutionele werkverdeling in de Europese Unie de instelling die verantwoordelijk is voor het bepalen van het mededingingsbeleid – kenbaar gemaakt dat het kartelverbod

1. volgens een economische benadering zal worden geïnterpreteerd; en
2. ten doel heeft om de consumentenwelvaart te vergroten.[24]

Consumentenwelvaart vs. totale en maatschappelijke welvaart

De gerichtheid van het kartelverbod op consumentenwelvaart betekent niet dat er bij de toepassing van het kartelverbod welvaart zou worden overgeslagen. Om te beginnen sluit de gerichtheid op consumentenwelvaart niet uit dat het kartelverbod ook gericht is op totale welvaart. In feite garandeert de gerichtheid op het bewerkstelligen van een zo hoog mogelijke consumentenwelvaart, het bewerkstelligen van een zo hoog mogelijke totale welvaart, zodat de laatste in het verlengde van de eerste ligt. De reden voor deze indirecte benadering is dat art. 101 VWEU mededingingsbeperkende afspraken verbiedt, die – zo mag gerust worden aangenomen – voor de betrokken ondernemingen uit de aard der zaak voordelig zijn. Het mededingingsbeperkende karakter kan daarom niet zitten in een vermindering van de totale welvaart uit hoofde van verminderd producentensurplus, maar (uitsluitend) van verminderd consumentensurplus. Als een afspraak niet leidt tot een vermindering van het consumentensurplus, is van een beperking van de effectieve mededinging geen sprake en geldt dat de afspraak automatisch welvaartsverhogend is (direct dan wel op de wat langere termijn).

In tegenstelling tot totale welvaart is maatschappelijke welvaart niet relevant als het om de toepassing van het kartelverbod gaat. De reden daarvoor is dat maatschappelijke welvaart – in het verlengde van herverdeling – een politieke kwestie is. Verdelingsvraagstukken zijn niet aan de orde bij de toepassing van het kartelverbod.

Het algemeen belang vergt een strikte uitleg van het kartelverbod

Verder denken de voorstanders van MVC dat een strikte uitleg van het kartelverbod niet in alle gevallen in het algemeen belang zal zijn. Ottervanger wijst erop dat 'marktwerking beslist niet superieur [is] aan andere waarden'.[25] Mede gelet op de integratiebepalingen van art. 9, 11, 12 en 13 VWEU op grond waarvan de Europese Unie bij de bepaling en uitvoering van haar beleid rekening moeten houden met sociale doelstellingen respectievelijk milieubescherming, consumentenbescherming en dierenwelzijn, bepleiten Amtenbrink en Van de Gronden dat binnen het kartelverbod 'een afweging [dient te worden] gemaakt tussen de eisen van de mededinging en andere belangen (op basis van proportionaliteit)'.[26] Met andere woorden, in voorkomend geval zou het algemeen belang vergen dat het mededingingsbelang binnen het kartelverbod door een ander belang wordt overtroefd.

Hierna zal worden uiteengezet hoe het algemeen belang juist wordt behartigd wanneer het kartelverbod strikt wordt uitgelegd. Daartoe wordt eerst in grote lijnen de werking van het kartelverbod behandeld. Daarna wordt uitgelegd hoe maatschappelijke doelstellingen in het kader van art. 101(3) VWEU aan de orde kunnen worden gesteld. Tevens wordt uiteengezet waarom een minder strikte uitleg van deze bepaling uitgesloten is c.q. zou moeten zijn. Tot slot wordt aan de hand van een concrete casus geïllustreerd dat MVC niet in het algemeen belang is.

Werking art. 101 VWEU

Bij de toepassing van het kartelverbod gaat het niet om de handhaving van volledig vrije mededinging (een situatie waarin marktmacht ontbreekt), maar van effectieve mededinging (een situatie waarin marktmacht wel mogelijk is, maar deze niet tot een vermindering van de consumentenwelvaart leidt). De reden daarvoor is dat marktmacht een normaal verschijnsel is in reële markten. Marktmacht is

dan ook niet altijd slecht. Marktwerking kan er bijvoorbeeld toe leiden dat een aanbieder die een beter product, een betere service of lagere prijzen hanteert, marktmacht verwerft. Zo'n positie kan voordelig zijn voor consumenten omdat deze voor concurrenten namelijk een prikkel vormt om steviger te concurreren. Verder kunnen overwinsten aanleiding zijn voor nieuwe marktpartijen om toe te treden tot de markt. Waar het bij de toepassing van het kartelverbod dus eigenlijk om gaat is 'goede marktmacht' van 'slechte marktmacht' te onderscheiden. 'Goede marktmacht' staat voor een afspraak die ondanks een toename in marktmacht toch welvaartsgericht moet worden geacht omdat deze niet tot een vermindering van de consumentenwelvaart zal leiden. 'Slechte marktmacht' staat voor een afspraak die behalve een toename in marktmacht ook tot een vermindering van de consumentenwelvaart zal leiden en dus niet-welvaartsgericht moet worden geacht.

De economische benadering geldt in beginsel voor het gehele toetsingskader van het kartelverbod. Gegeven is echter ook dat het Europese kartelverbod een duale structuur kent waardoor het mededingingsonderzoek in twee stappen dient te gebeuren. Alhoewel de rechtspraak op dit punt verre van uitgekristalliseerd is, betekent dit mijns inziens dat krachtens art. 101(1) VWEU moet worden onderzocht of een afspraak – in vergelijking tot de situatie voorafgaand daaraan – tot marktmacht in de zin van een prijsverhoging zal leiden. Wanneer dat niet het geval is, is verder onderzoek overbodig; het kartelverbod is niet van toepassing. Wanneer dat wel het geval is, moet vervolgens krachtens art. 101(3) VWEU worden onderzocht of het om goede of slechte marktmacht gaat. Wanneer volgens de voorwaarden van die bepaling blijkt dat de afspraak welvaartsgericht is, is de afspraak niet verboden. Wanneer blijkt dat de afspraak niet-welvaartsgericht is, is de afspraak verboden.[27]

Welvaartsgerichtheid krachtens art. 101(3) VWEU

Het voorgaande betekent dat maatschappelijke doelstellingen in het kader van art. 101(3) VWEU aan de orde kunnen worden gesteld. In voorkomend geval staat daarbij de vraag centraal of een afspraak, ondanks de (toename in) marktmacht waartoe zij leidt, een ander marktfalen corrigeert zodanig dat de afspraak toch in het algemeen belang moet worden geacht. Hiertoe dient aan de volgende voorwaarden te worden voldaan. Aangetoond moet worden dat de afspraak objectief geschikt is om een informatiegebrek of een extern effect te corrigeren. Hiervan moeten niet alleen de betrokken ondernemingen kunnen profiteren, maar ook de consumenten. Daarnaast moet het niet mogelijk zijn om het betrokken marktfalen op een andere, minder beperkende wijze te corrigeren. Tot slot moet er voldoende restconcurrentie overblijven. Omdat ondernemingen zich niet van hun eigen belang – het maken van winst – kunnen distantiëren, zullen zij alleen maatschappelijke doelstellingen nastreven voor zover dat hun eigen belang niet schaadt. Dit betekent dat een correctie van marktfalen alleen dan daadwerkelijk in het algemeen belang kan worden geacht wanneer aan alle vier voorwaarden van art. 101(3) VWEU is voldaan.

Het bovenstaande betekent ook dat de integratieverplichtingen uit art. 9, 11, 12 en 13 VWEU niet absoluut kunnen worden opgevat: bij een kartelrechtelijke beoordeling van een afspraak kan met alle daarin genoemde doelstellingen rekening worden gehouden, mits passend binnen het toetsingskader zoals voorzien in art. 101(3) VWEU.

Deze uitleg volgt temeer uit het feit dat MVC zou inhouden dat het bedrijfsleven het in die bepaling neergelegde publieke belang van een effectieve mededinging opzij zou kunnen zetten. Oftewel, het bedrijfsleven zou het publieke belang kunnen herdefiniëren. Deze bevoegdheid kan volgens mij niet aan de orde zijn, omdat hij haaks zou staan op het in een democratische rechtsorde geldende uitgangspunt dat alleen de overheid kan uitmaken welk belang moet worden opgepakt als publiek belang, zoals hiervoor betoogd.

Een mogelijke goedkeuring door toezichthouders c.q. rechters maakt deze conclusie niet anders. Wanneer een toetsingskader ongeschikt moet worden geacht om verschillende algemene belangen tegen elkaar af te wegen, dan geldt ook voor een goedkeuring door niet-wetgevende overheidsorganen dat deze niet democratisch gelegitimeerd is.

In concreto: energiezuinige wasmachines *revisited*

Eind vorige eeuw meldde de Europese wasmachinelobby een overeenkomst aan bij de Europese Commissie waarbij de Europese fabrikanten en leveranciers overeenkwamen om de productie en invoer van niet-energiezuinige wasmachines in Europa te staken en zo de energie-efficiëntie te bevorderen. Een typisch voorbeeld van MVC dat destijds door de Commissie werd goedgekeurd.[28] Onduidelijk is waar de Commissie vandaag de dag staat. Op conceptueel niveau lijkt zij van deze aanpak te zijn teruggekomen. In haar Richtsnoeren inzake de uitleg van art. 101(3) VWEU wijst zij er namelijk op dat de voorwaarden van die bepaling exhaustief zijn. Doelstellingen die met andere verdragsbepalingen worden nagestreefd – maatschappelijke doelstellingen – kunnen alleen in aanmerking worden genomen in zoverre zij onder de vier voorwaarden van art. 101(3) VWEU kunnen worden begrepen.[29] Daar staat echter tegenover dat het op deze casus gebaseerde voorbeeld over milieunormen de recente herziening van de

19. Ottervanger, p. 97.
20. Ibid., p. 98.
21. Amtenbrink & Van de Gronden, supra, p. 325. Vgl. Steenbergen, supra, p. 142.
22. Baarsma & Theeuwes, supra, p. 30.
23. Van Damme, 'Op de welvaartseconomie gebaseerd mededingingsbeleid', *Mededinging en niet-economische belangen* (red. Van de Gronden & Mortelmans), Deventer: Kluwer 2001, p. 55-57.
24. Richtsnoeren inzake de uitleg van art. 81(3) EG (thans art. 101(3) VWEU), *PB* 2004, C101/97, nr. 5 en 12.
25. Ottervanger, supra, p. 98.
26. Amtenbrink & Van den Gronden, p. 324-325.
27. Vgl. Loozen, *Het begrip mededingingsbeperking zoals neergelegd in artikel 101(1) VWEU: een beslismodel*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.
28. Zaak IV/36.178 CECED, PB 2000, L 187/47.
29. Richtsnoeren inzake de uitleg van [art. 101(3) VWEU], supra, nr. 42.

Een kartel hoeft niet maatschappelijk verantwoord te zijn. Er is toch geen concurrentie

Richtsnoeren voor horizontale samenwerkingsovereenkomsten heeft overleefd.[30] Deze zaak wordt hier toch behandeld, omdat hij goed duidelijk maakt waarom het niet in het algemeen belang is wanneer de vier voorwaarden van art. 101(3) VWEU niet strikt worden gehandhaafd.

De Commissie was van mening dat de overeenkomst de mededinging beperkte in de zin van art. 101(1) VWEU: de uitfasering van niet-energiezuinige wasmachines zou tot marktmacht leiden in de zin van een prijsverhogend effect. So far so good. Vervolgens kan ook worden meegegaan in de constatering dat aan de eerste voorwaarde van art. 101(3) VWEU was voldaan: verplichte uitfasering zou tot een meer duurzame productie leiden. Betwijfeld kan echter worden of de afspraak inzake verplichte uitfasering wel voldeed aan de derde en vierde voorwaarde van art. 101(3) VWEU. Wanneer, zoals de Commissie had vastgesteld, consumenten de hogere aanschafkosten van energiezuinige wasmachines binnen vier tot negen maanden (!) zouden terugverdienen door lagere energiekosten, dan zou een soortgelijke welvaartsverbetering immers op een minder beperkende manier kunnen worden gerealiseerd. Bijvoorbeeld door de introductie van een kwaliteitskeurmerk in combinatie met een reclamecampagne. Verplichte uitfasering is hooguit nodig voor een kleine groep consumenten die de hogere aanschafprijs niet kunnen betalen (in die zin dat de terugverdienperiode van vier tot negen maanden voor hen te lang is). Daarvoor geldt echter dat verplichte uitfasering hoe dan ook in strijd is met de laatste voorwaarde van art. 101(3) VWEU omdat elke concurrentie van niet-energiezuinige wasmachines wordt uitgesloten. Dwingende regulering is aan de wetgevende overheid, niet aan de markt.

Blijft de vraag naar het eigenlijke motief voor de verplichte uitfasering. Het antwoord is simpel: verplichte uitfasering leidt, zoals gezegd, tot minder concurrentie. Hierdoor zal het mogelijk zijn om met de verkoop van de energiezuinige machines een grotere marge te behalen. Dit is geen algemeen belang meer, maar een puur eigen belang.

Ook bij een onverkorte handhaving geldt effectieve mededinging nog steeds als middel

Ten slotte brengen de voorstanders van een redelijkheidsbenadering zoals MVC naar voren dat een strikte benadering van het kartelverbod ertoe zou leiden dat de handhaving van een effectieve mededinging van middel tot doel zou worden. Ottervanger meent dat 'de keuze voor "efficientie" en "consumentenwelvaart" als enige grond voor een uitzondering op samenwerking tussen concurrenten' aanvechtbaar is want 'politiek'.[31] Mededingingsrecht staat volgens hem niet op zichzelf maar is 'van oudsher een middel om tot een rechtvaardige samenleving [te komen]'.[32]

Wederom is er sprake van een misverstand. Bij een onverkorte handhaving van het kartelverbod wordt effectieve mededinging niet van middel tot doel. Art. 3 VEU maakt duidelijk dat de Europese Unie als samenleving geheel andere doelen nastreeft dan marktwerking als zodanig. Voor het kartelverbod betekent dit twee dingen. Ten eerste dat bij specifieke beleidsinstrumenten in regel dat ene specifieke belang vooropstaat. Ten tweede dat wanneer het voor het realiseren van het algemeen belang zoals geformuleerd in art. 3 VEU nodig is om het marktmechanisme bij te sturen, het aan de overheid is om een specifiek belang als publiek belang aan zich te trekken. In voorkomend geval zal het kartelverbod niet van toepassing zijn. Naargelang de mate waarin de overheid in de markt heeft ingegrepen, doen zich hier verschillende mogelijkheden voor. Regulering kan er bijvoorbeeld toe leiden dat er geen sprake is van een economische activiteit zodat geen 'onderneming' in de zin van art. 101(1) VWEU kan worden vastgesteld. Of er is geen sprake van een 'overeenkomst tussen ondernemingen, besluit van een ondernemersvereniging of onderling afgestemde feitelijke gedraging' in de zin van art. 101(1) VWEU omdat de beperking van de mededinging het directe gevolg is van regulering. Verder kan regulering de vaststelling van een publieke taak inhouden. Art. 106(2) VWEU voorziet in een uitzondering op de toepassing van het kartelverbod voor afspraken die noodzakelijk zijn in het kader van de uitoefening van een dergelijke taak. Tot slot vallen afspraken 'buiten de werkingssfeer van het kartelverbod' wanneer deze in het kader van een cao zijn overeengekomen en tot een verbetering van de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden zullen leiden.[33]

Conclusie

In het voorgaande heb ik geprobeerd de zorgen weg te nemen die aan MVC ten grondslag lijken te liggen. Tegelijkertijd moet echter worden geconcludeerd dat een dergelijke redelijkheidsbenadering weinig maatschappelijks heeft. MVC creëert een schijntegenstelling tussen het belang van een effectieve mededinging en het algemeen belang. Het kartelverbod is niet ingesteld om ongebreidelde marktwerking te bevorderen, maar om te beletten dat economische machtsconcentraties ontstaan die niet alleen hun klanten maar ook de rest van de samenleving benadelen. Marktmacht leidt niet alleen tot uitbuiting van de consument in de zin dat zijn of haar welvaart wordt verkleind. Marktmacht heeft meestal ook tot gevolg dat dat productie-innovatie en verbeteringen van het productieproces worden beperkt waardoor ook de welvaart van de toekomstige generaties wordt beknot. Naar verwachting zal MVO meer opbloeien via concurrentie dan via een kartel. Een kartel hoeft namelijk niet maatschappelijk verantwoord te zijn. Er is toch geen concurrentie. •

30. Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van art. 101 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *PB* 2011, C11/1, nr. 329.

31. Ottervanger, supra, p. 98.

32. Ibid.

33. Nr. C-67/96 (Albany), *Jur.* 1999, p. I-5751, pt. 61.