

Van : Adviescommissie Mededingingsrecht
Datum : 9 september 2013

Betreft **Reactie van de Adviescommissie mededingingsrecht op de concept beleidsregel van de Minister van Economische Zaken mededinging en duurzame ontwikkeling.**

**Reactie van de
Adviescommissie Mededingingsrecht ("de Adviescommissie")
op de concept beleidsregel van de Minister van Economische Zaken
mededinging en duurzame ontwikkeling (de "Beleidsregels")¹.**

"... to decide where the market belongs, and where it should be kept at a distance, we have to decide how to value the goods in question – health, education, family life, civic duties, and so on. These are moral and political questions, not merely economic ones. To resolve them we have to debate, case by case, the moral meaning of these goods and the proper way of valuing them. This is a debate we didn't have during the area of market triumphalism. As a result, without quite realizing it, without ever deciding to do so, we drifted from having a market economy to being a market society."
(Michael J. Sandel, *What Money Can't Buy. The Moral Limits of Markets*, 2012)

De verhouding tussen het mededingingsrecht en publieke belangen, waaronder duurzame ontwikkeling, is al vele jaren onderwerp van discussie tussen beleidsmakers, economen en (mededingings)juristen. Steeds vaker klinkt het geluid dat mededingingsautoriteiten hun eenzijdige focus op consumentenwelvaart moeten laten varen en ook rekening moeten houden met andere publieke belangen bij de toepassing van het mededingingsrecht. Het opstellen van beleidsregels voor de ACM door het Ministerie werd daarbij een aantal malen uitdrukkelijk genoemd als een wenselijke ontwikkeling.² De Beleidsregels passen daarom goed bij de heersende tijdgeest. Zij vormen de uitdrukking van het in de samenleving groeiende besef dat marktwerking niet altijd en op alle terreinen tot optimale uitkomsten leidt, dat de keuze voor een *market economy* niet noodzakelijkerwijs ook een keuze voor een *market society* inhoudt.

De Adviescommissie meent dat meer duidelijkheid over de verhouding tussen de mededingingsregels en andere publieke belangen, zoals het belang van duurzame ontwikkeling, wenselijk is. Die duidelijkheid komt ten goede aan de rechtszekerheid van ondernemingen en de daar werkzame personen. De Adviescommissie juicht het dan ook toe dat de Minister meer duidelijkheid tracht te scheppen op dit terrein.

De Adviescommissie juicht ook toe dat die duidelijkheid door de Minister wordt gegeven, aangezien het hier politieke keuzes betreft. Hoewel de eigen inspanningen van de ACM om met

¹ Concept 26 juni 2013 voor een besluit van de Minister van Economische Zaken houdende beleidsregel inzake de toepassing door de Autoriteit Consument en Markt van artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet bij mededingingsbeperkende afspraken die zijn gemaakt met het doel om duurzame ontwikkeling te bevorderen, http://www.internetconsultatie.nl/mededinging_en_duurzame_ontwikkeling

² A.T. Ottow, 'Modernisering van het mededingingsrecht 2.0', *M&M* 2012/1, pp. 1-3; P. de Bijl & T. van Dijk, 'Mededingingsbeleid en publieke belangen: een economisch perspectief', *M&M* 2012/4, pp. 149-156 en B.E. Baarsma, 'Over verwatering en politisering van het mededingingsrecht', *RegelMaat* 2013/(28)2, pp. 94-104.

een apart *position paper* meer duidelijkheid te creëren worden gewaardeerd³, dient het beleid vanuit het oogpunt van *trias politica* te worden bepaald door een orgaan met politieke verantwoordelijkheid en niet door een zelfstandig bestuursorgaan.

De Adviescommissie constateert echter dat de Beleidsregels slechts zien op de toepassing van artikel 6, lid 3 Mw. Artikel 6, lid 3 Mw kent een vrijstelling voor bepaalde efficiency verhogende concurrentiebeperkende afspraken. De invulling van deze bepaling is daarmee per definitie economisch georiënteerd. De beoordeling vindt plaats tegen de achtergrond van het begrip consumentenwelvaart. Zij dient in concrete gevallen steeds door de ACM gemaakt te worden. Daaraan zijn een aantal principiële bezwaren verbonden.

In de eerste plaats wordt op deze wijze het publieke belang van duurzaamheid ondergeschikt gemaakt aan het belang van marktwerking. Die benadering is in het licht van de huidige tijdgeest niet alleen achterhaald, maar vanuit juridisch oogpunt ook onjuist. De Adviescommissie roept in herinnering dat de Nederlandse Orde van Advocaten aan de basis heeft gestaan van een baanbrekend arrest van het Europese Hof van Justitie over de verhouding tussen de mededingingsregels en andere publieke belangen. Volgens dat arrest viel een zelfregulerende maatregel van de beroepsgroep, ondanks haar mededingingsbeperkende gevolgen, geheel buiten de reikwijdte van de mededingingsregels omdat zij noodzakelijk was voor de goede uitoefening van het beroep van advocaat.⁴ Met andere woorden: de hoogste Europese rechter erkende dat publieke belangen zo zwaar kunnen wegen dat zij de mededingingsregels opzij zetten. Aan de toepassing van de economische georiënteerde vrijstellingscriteria van (de Europese evenknie van) artikel 6, lid 3 Mw werd niet toegekomen. Ook op het terrein van de sociale zekerheid heeft het Hof geoordeeld dat een kennelijk mededingingsbeperkende afspraak buiten de reikwijdte van het mededingingsrecht viel vanwege de met dergelijke overeenkomsten nagestreefde doelstellingen van sociale politiek.⁵ Deze doelstelling staat – inmiddels – in art. 4 VWEU, waar ook milieu (sub e) en landbouw en visserij (sub d) genoemd worden.⁶ Voor al deze onderwerpen kan dezelfde redenering worden gevolgd ten aanzien van zwaar(der)wegende publieke belangen.

De notie dat (sommige) publieke belangen niet ondergeschikt maar – minst genomen – nevensgeschikt zijn aan het belang van marktwerking, is in de Beleidsregels en in de toelichting daarop niet terug te vinden, terwijl toch het uitgangspunt is de het Nederlandse mededingingsrecht niet strenger of soepeler is dan het Europese mededingingsrecht. Dit leidt tot praktische problemen, omdat de economische criteria van artikel 6, lid 3 Mw, zelfs bij toepassing van een "breed welvaartsbegrip", niet steeds soelaas bieden om maatschappelijk wenselijke duurzaamheidsafspraken te rechtvaardigen. Dit blijkt al bij kritische bestudering van de toelichting op de Beleidsregels. Daarin wordt bijvoorbeeld aangegeven dat "*optimaal dierenwelzijn en een goede diergezondheid veelal leidt tot een efficiëntieverbetering van de productie per dier (hogere groeisnelheid en efficiëntere omzetting van veevoer in dierlijke eiwitten)*." Dit zal ongetwijfeld een enkele keer het geval zijn. Men mag aannemen dat in die uitzonderingsgevallen de krachten van de markt ertoe leiden dat wordt gekozen voor de efficiëntere productiemethoden zonder dat daar mededingingsbeperkende afspraken voor nodig zijn. Problemen rondom dierenwelzijn worden in de overgrote meerderheid van de gevallen echter juist veroorzaakt door maatregelen ter vergroting van de efficiëntie van de vleesproductie. Afspraken om tot diervriendelijker productiemethoden te komen zullen daarom in de regel wél tot een beter dierenwelzijn maar niet tot een hogere efficiëntie, of tot meer consumentenwelvaart leiden. Een langer levende kip eet nu eenmaal meer

³ ACM concept *Position Paper* Mededinging & Duurzaamheid, 11 juli 2013 (<https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/11634/Consultatie-ACM-position-paper-Mededinging-en-Duurzaamheid/>).

⁴ HvJ EG 19 februari 2002, zaak C-309/99 (Wouters/Nederlandse Orde van Advocaten).

⁵ HvJ EG 21 september 1999, zaak C-115/97, r.o. 56 (Brentjes).

⁶ Deze doelstellingen klinken wellicht economisch van aard, maar op grond van art. 13 VWEU wordt in het kader van doelstellingen zoals landbouw en visserij ook 'het welzijn van dieren als wezens met gevoel' in aanmerking genomen.

voedsel. Of dergelijke maatregelen moeten worden toegestaan is in de eerste plaats een ethische, en wellicht politieke, vraag maar geen economische.

Dat de economische criteria van artikel 6, lid 3 Mw vaak geen soelaas bieden blijkt ook wanneer wordt stilgestaan bij de constatering in de Beleidsregels dat de voordelen van concurrentiebeperkende afspraken ten minste ten dele bij de gebruiker (lees: de afnemer van een product) terecht moeten komen om voor vrijstelling te kwalificeren. Kenmerk van duurzaamheidsafspraken is nu juist dat de voordelen daarvan vaak niet, ook niet ten dele, bij de afnemers van een product terecht komen, en soms ook niet bij de samenleving waar zij worden gemaakt. Zo beogen afspraken ter vermindering van CO²-uitstoot een vermindering van het broeikas effect te bewerkstelligen waarvan op termijn vooral de bevolking van klimatologisch kwetsbare regio's zullen profiteren. Het is maatschappelijk onwenselijk om dergelijke afspraken alleen toe te staan als huidige of toekomstige gebruikers van de betrokken producten daarvan aantoonbaar zullen profiteren. Hetzelfde geldt overigens voor afspraken die beogen kinderarbeid in ontwikkelingslanden tegen te gaan. Die afspraken, die overigens niet lijken te vallen onder het in de Beleidsregels gehanteerde duurzaamheidsdefinitie, leiden ongetwijfeld tot hogere productprijzen, zonder dat daar welvaartsvoordelen voor de bewoners van de ontwikkelde landen tegenover staan. Slechts weinigen zullen willen beweren dat dergelijke afspraken daarom niet kunnen worden toegestaan.

De eenzijdige focus in de Beleidsregels op de toepassing van artikel 6, lid 3 leidt er ten slotte toe dat een te grote rol wordt toebedeeld aan de ACM. De suggestie ontstaat dat het aan de ACM is te beoordelen of in een concreet geval een potentieel mededingingsbeperkende duurzaamheidsafpraak is toegestaan. Die suggestie is – zoals hierboven is aangetoond – juridisch onjuist. Bovendien is de ACM niet geëquipeerd om dit soort oordelen te vellen. De ACM is een autoriteit op het gebied van marktwerking en consumentenbelangen die zich in beginsel uitsluitend bezighoudt met economische vraagstukken. Vragen die een integrale afweging vereisen van bredere maatschappelijke belangen zoals milieu, ecologie, dierenwelzijn en volksgezondheid tegenover het economisch belang van een ongestoorde mededinging, liggen buiten haar expertise. Dit zijn terreinen die traditioneel worden overgelaten aan de wetgever of andere instanties die specifieke expertise hebben op die gebieden.

De Adviescommissie kan zich voorstellen dat de eenzijdige focus in de beleidsregel op de economische criteria van artikel 6, lid 3 Mw mede voortvloeit uit het gegeven dat de Beleidsregels zijn gebaseerd op artikel 5d Mw. Dat artikel ziet in het bijzonder op beleidsregels inzake de wijze waarop de ACM bij de toepassing van artikel 6, lid 3 Mw rekening moet houden met andere dan economische belangen. Anderzijds sluit dit artikel geenszins uit dat beleidsregels ook betrekking kunnen hebben op de wijze waarop de raad het eerste lid van artikel 6 toepast.

Daarom zou het in de ogen van de Adviescommissie goed zijn als de Minister in de Beleidsregels benadrukt dat aan de toepassing van artikel 6, lid 3 Mw pas wordt toegekomen als een concurrentiebeperkende duurzaamheidsafpraak, ondanks het daarmee beoogde publieke belang, onder de reikwijdte van artikel 6 Mw valt. Daarmee zouden de Beleidsregels ook in de pas lopen bij de Europese richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3 van het EG-Verdrag (thans 101 VWEU).⁷

⁷ De Mededeling van de Commissie van 27 april 2004 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3 van het EG-Verdrag bevat eerst een uitgebreide toelichting op basisbeginselen voor de toetsing van overeenkomsten aan lid 1, alvorens aan de toetsing aan lid 3 toe te komen. Bij de toelichting op lid 1 wordt een aparte paragraaf gewijd aan de zogenaamde nevenrestricties. Dit is de leer op grond waarvan het Europese Hof van Justitie in de eerder genoemde zaak van de NOVA heeft geoordeeld dat bepaalde beperkingen die noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van een niet-beperkende (positief te beoordelen) hoofdtransactie buiten de toepassing van lid 1 vallen.

Daarbij zou kunnen worden aangegeven dat bij die beoordeling op basis van artikel 6, lid 1 Mw een rol speelt in hoeverre de afspraak aansluit bij duidelijk kenbaar en gespecificeerd overheidsbeleid, zoals dit blijkt de al genoemde *position paper* ook voor de ACM van belang is.⁸ Aldus kan worden voorkomen dat ondernemingen geheel zelfstandig, zonder enige publieke controle, definiëren wat ethisch en in het publieke belang is. In het verleden heeft de vrees voor dergelijk gedrag geleid tot de opvatting dat de waarborging van publieke belangen geheel zou moeten worden toevertrouwd aan de overheidsregelgever. Die opvatting lijkt echter achterhaald. Uit het hierboven aangehaalde arrest van het Hof van Justitie in de zaak over de Nederlandse beroepsregels van de Orde van Advocaten blijkt dat een dergelijke benadering ook vanuit juridisch oogpunt te beperkend is. Mits dit voldoende aansluit bij kenbaar en gespecificeerd overheidsbeleid, kan zelfregulering een nuttige rol spelen bij het bereiken van maatschappelijke doelstellingen.

De Adviescommissie wijst erop dat uit onderzoek is gebleken dat 30% van de ondernemingen het onduidelijk vindt wanneer afspraken en gedragingen strijd opleveren met de Mededingingswet en 41% van die ondernemingen dat wijdt aan onduidelijkheid van wet- en regelgeving.⁹ Zij is zich er terdege van bewust dat ook de door haar voorgestelde benadering in de praktijk soms zal leiden tot onzekerheid omtrent de uitkomst van de uiteindelijk in individuele gevallen te maken afwegingen. Dit is onvermijdelijk, aangezien concurrentiebeperkende afspraken ook op basis van het Europese recht alleen buiten de reikwijdte van de mededingingsregels kunnen vallen als zij noodzakelijk zijn om publieke belangen te verwezenlijken. Dit vergt steeds een moeilijke afweging, waarbij alle omstandigheden van het individuele geval moeten worden meegewogen. De juridische doctrine is op dit punt bovendien nog niet volledig uitgekristalliseerd.

Dit zou de Minister echter niet moeten beletten om in de Beleidsregels een duidelijke lijn uit te zetten en daarbij aan te geven dat aan het publieke belang van duurzaamheid onder nauw omschreven omstandigheden voorrang toekomt boven het belang van marktwerking. Een dergelijke aanwijzing zal vermoedelijk niet alleen voor de ACM maar ook voor rechters die de mededingingsregels toepassen, richtinggevend zijn. Zij leidt daarmee tot vergroting van de door ondernemingen zozeer gewenste rechtszekerheid. Daarenboven zou in de Beleidsregels kunnen worden aangegeven dat de ACM ruimhartig gebruik moet maken van de mogelijkheid om via informele zienswijzen de toepassing van de criteria van artikel 6, lid 3 op duurzaamheidsafspraken te verduidelijken. Op die wijze kan worden bewerkstelligd dat de Beleidsregels ook daadwerkelijk leiden tot vergroting van de beoogde duidelijkheid, en daarmee tot grotere rechtszekerheid voor ondernemingen.

⁸ De ACM laat dit gegeven uitsluitend een rol spelen bij de toepassing van artikel 6, lid 3 Mw. De Adviescommissie meent dat aan die bepaling bij duurzaamheidsafspraken niet steeds hoeft te worden toegekomen, ook niet wanneer de afspraken de concurrentie wel beperken.

⁹ N. Rosenboom, 'Hoe passen overeenkomsten met het oog op duurzaamheid binnen de rechtstreeks werkende uitzondering van het karteltoezicht?', *Tijdschrift voor Toezicht* 2012/(3)1, p. 43.