

Column

De Kip als symptoom

Anna Gerbrandy*

‘Weet je, misschien hebben we nu wel genoeg over de Kip gehoord’, verzuchtte een bevriende advocaat die terugkwam van een van de grote jaarcongressen Mededingingsrecht. Hebben we inderdaad genoeg over de Kip van Morgen gepraat? Natuurlijk, er was discussie bij de SER, politieke discussie, discussie in het mededingingsrechtelijke discours en – zo kan ik mij voorstellen – discussie bij ACM en bij het ministerie, waar nieuwe beleidsregels in de maak zijn.

En toch kom ik terug op de Kip. Want de Kip van Morgen is niet alleen maar een *zaak*, maar misschien ook wel een *symptoom*. Net als het Energieakkoord, de *Bloedkolen-zaak*, Living wages, en het comazuipprobleem. Dus lijkt het me tijd voor een wat fundamentele vraag: waarom is dit (dit type zaken, u begrijpt me wel) ineens een probleem? Een eerste antwoord ligt in de doelstellingendiscussie: door de economisering van het mededingingsrecht is er geen ruimte meer voor de ‘meerdere-doelstellingen-naast-elkaar’ opvatting. Ik ben tot nu toe niet overtuigd van de juridische juistheid van dit standpunt, maar dat is hier niet het punt. Het doelstellingen-antwoord is niet helemaal een bevredigend antwoord want daarin ontbreekt de kant van de ondernemingen. Zijn zij zich publieke belangen meer gaan aantrekken? Er is nogal wat academische literatuur over maatschappelijk verantwoord ondernemen waarin een antwoord wordt gezocht op de vraag waarom ondernemingen zich meer dan alleen *shareholder value* aantrekken (dus feitelijk) en over waarom dat ook zou moeten (dus normatief). Omdat er een moreel-ethische verplichting op ondernemingen rust; uit altruïsme; vanwege het collectieve-actieprobleem; omdat het maatschappelijk middenveld en de kritische massa van de consument daar aanleiding toe geven; omdat er winstkansen liggen;

omdat er op het wereldtoneel geen overheid is om het publiek belang te behartigen zodat het aan marktpartijen zelf is. Dat verder uitpluizen is niet helemaal een geschikt onderwerp voor een column, maar duidelijk is dat (in Europa/voor ondernemingen uit ontwikkelde landen) er een groeiende acceptatie is van het *stakeholdermodel* van ondernemerschap is. De twee elementen samen geven al een wat bevredigender antwoord op mijn vraag: economisering van het mededingingsrecht enerzijds en de ontwikkeling naar een *stakeholdermodel* van ondernemerschap anderzijds zijn tegengestelde bewegingen en dat stelt de spanning tussen beide wel op scherp.

Geïnspireerd door mijn nog jonge jongste zoon – zo’n type dat niet ophoudt waaromvragen te stellen (waarop zijn ouders natuurlijk altijd met engelengeduld antwoord blijven geven en nooit overgaan tot een omdat ik het zeg-antwoord) – komt nóg een vraag op: waarom heeft het *stakeholdermodel* van ondernemerschap zo’n vlucht genomen? Hadden we niet een zekere taakverdeling tussen de overheid en de markt waarbij het de verantwoordelijkheid is van de overheid, in het kader van de haar opgedragen publieke taak en de haar in dat verband gegunde publieke macht, om het publieke belang te beschermen? Mijn voorlopige hypothese (uw input is welkom op a.gerbrandy@uu.nl) is de volgende: dat ondernemingen zich het publiek belang aantrekken, lokaal en op globaal niveau, is een consequentie van een verschuivende verhouding tussen markt en overheid. Met andere woorden: de Kip van Morgen is een *symptoom* van de gegroeide rol van marktprincipes en het terugtrekken van de overheid (als – kort gezegd – allocatiemechanisme). Op wereldniveau komt daar bij dat er soms helemaal geen overheidsgezag is. Aan wie zou je dan de bescherming van het belang van bijvoorbeeld *global commons* kunnen opdragen? En dus komt op private partijen ook – feitelijk en normatief – een zekere *verantwoordelijkheid* voor het publiek belang te liggen.

* Prof. mr. A. Gerbrandy is hoogleraar mededingingsrecht aan de Universiteit Utrecht.

Als die hypothese klopt dan zou die verschuivende verhouding ook invloed moeten hebben op het mededingingsrecht. Dat is natuurlijk in ieder geval een normatief standpunt, maar hangt samen met het politieke karakter van het mededingingsrecht. De economiseringstrend heeft het politieke karakter wellicht wat weggedrukt, maar uiteindelijk gaat het, zoals Amato stelde, om het indammen van private macht van marktpartijen door het opdragen van publieke macht aan de overheid. Dus zou de politieke rol van het mededingingsrecht mee moeten schuiven: haar rol is nu immers niet alleen een indamming van private macht die wordt ingezet ten faveure van het private (winst)belang, maar ook een indamming van private macht die wordt ingezet ten faveure van het publiek belang.

Daarbij is de context van de Europese integratie ook van belang. Die is marktgefundeerd, terwijl het beschermen van publieke belangen primair is aan de lidstaten. Aan hen is bescherming van het publieke belang opgedragen en zij mogen zich, bijvoorbeeld in het vrijverkeerrecht, beroepen op de excepties die daarop zijn gebaseerd. (Ondertussen levert dat discussie op over het 'sociaal deficiet' van de Europese integratie, die verwantschap toont met de discussie hier aan de orde als gezegd kan worden dat die het 'duurzaamheidsdeficiet' van het mededingingsrecht betreft.) Interessant is nu dat het Hof van Justitie de vrijverkeerbepalingen óók van toepassing heeft geacht op entiteiten die niet-overheid zijn, hoewel het onduidelijk is of deze entiteiten zich dan ook op de publiekbelangexcepties zouden moeten kunnen beroepen. Als we nu in één grote beweging het mededingingsrecht en het vrijverkeerrecht weer op een hoop gooien – beide zijn tenslotte onderdeel van het interne-marktrecht – dan levert dat de vraag op, als in de vrijverkeerbepalingen de publiekbelangexcepties openstaan voor niet-overheden, waarom dan ook niet in het mededingingsrecht? Dit alles sterkt mij in de overtuiging dat de *Wouters*-route, die destijds door ACM in haar duurzaamheidsdocument (niet onterecht) als niet-uitgekristalliseerd was weggeschreven, misschien toch een goede uitweg biedt. De *Wouters*-doctrine geeft een route voorafgaand aan de toepassing van het verbod, dat niet van toepassing werd geacht. De *Wouters*-route is geen eenmalig fenomeen meer sinds zij nóg tweemaal door het Hof van Justitie geaccepteerd is. Voor een succesvol inroepen van de *Wouters*-route is nodig dat er een gelegitimeerd belang is, en een proportionaliteitstoets (inclusief noodzakelijkheid). Over proportionaliteit en noodzakelijkheid kunnen we kort zijn: natuurlijk is een dekmantel voor een kartel niet geoorloofd en als er geen enkele reden is tot samenwerking houdt het ook op (maar er zit nog wel ruimte tussen 'geen enkele reden' tot samenwerking op grond van economische theorie, of op grond van een 'ja, het had misschien ook wel zonder samenwerking gekund, maar samen is beter/sneller/geeft in ieder geval een begin'). Bij het vaststellen van de vraag of er sprake is van een legitiem belang kan dan bovendien het feit dat de overheid al in enige hoedanigheid betrokken is bij de totstandkoming van de samenwerking een leidraad zijn, of kan onder de noemer van

convergentie in het interne marktrecht de invulling van de vrijverkeerexcepties aanknopingspunten bieden. Ondertussen gaat het allang niet meer alleen over de Kip. De discussie gaat over de verhouding tussen markt en overheid, en de gevolgen van een verandering in die verhouding (en misschien ook wel of dat een juiste verhouding is), over de legitimiteit van beperkingen van handelingsvrijheid, over de gevolgen van het Europese marktintegratieproces, over de verantwoordelijkheid van ondernemingen in een geglobaliseerde markt ten overstaan van complexe mondiale problemen. Over de politieke aard van het mededingingsrecht en over haar bestaansrecht. Het moge duidelijk zijn: nee, ik ben over de Kip nog lang niet uitgepraat.