

# Column

## Informeel oordelen, de koning van Frankrijk, Khaleesi en Frank Underwood

Anna Gerbrandy\*

De ‘Kip van Morgen’ heeft nogal wat stof doen opwaaien. Te veel om in één column van normale lengte aan bod te laten komen, zo blijkt bij het schrijven hiervan. Voor het geval u het had gemist: de zaak gaat over ketenbrede afspraken omtrent het verduurzamen van het kippenvleesassortiment in Nederlandse supermarkten. De afspraken zijn door ACM als mededingingsbeperkend aangemerkt: zij leiden tot een hogere prijs van kip. De ‘voordelen voor consumenten op het gebied van dierenwelzijn, milieu en volksgezondheid’ zijn niet voldoende om op grond van de uitzondering tot een ander oordeel te komen.

De Kip van Morgen betreft de relatie tussen duurzaamheid en mededingingsrecht. Afhankelijk van uw *frame* legt de zaak bovendien de voortdurende onduidelijkheid bloot ten aanzien van de doelstellingen van mededingingsrecht; toont zij de beperking van het consumentenwelvaartsparadigma; of toont zij dat ACM wel degelijk oog heeft voor duurzaamheidsbelangen en haar Visiedocument trouw is; of dat ACM machtiger is dan andere overheidsonderdelen – die soms direct (via een covenant), soms indirect (bij de Kip van Morgen op de achtergrond) betrokken zijn bij de duurzaamheidsinitiatieven.

Bij de Kip van Morgen wijkt ACM niet af van haar beoordeling in voorgaande zaken en gezien de in het huidige mededingingsrecht gangbare interpretatie van het kartelverbod is de uitkomst ook niet zo verrassend. Daarin staat vooral gekwantificeerde consumentenwelvaart centraal. Het opwaaiende stof wordt veroorzaakt door een achterliggende vraag. Is de Kip van Morgen uitkomst, en die in vergelijkbare zaken, nog wel in over-

eenstemming met de waarden die leven in de samenleving? Ik moet natuurlijk oppassen mijn eigen academische belangstelling als waarde van ‘de maatschappij’ te betitelen, maar zij is wel af te lezen uit de ophef door Kamerleden en staatssecretaris en de reuring vanuit de voedselbranche. Bij het uiteenlopen van de waarde die door ACM wordt behartigd (consumentenwelvaart) en de waarden die uit de samenleving naar voren komen (een duurzame samenleving) ontstaat een vraag naar *output*-legitimiteit. Zelf heb ik betoogd dat er zowel normatieve als juridische gronden zijn om aan te nemen dat er in het mededingingsrecht meer ruimte is voor het *wegen* van belangen dan in de nu gangbare interpretatie daarvan wordt aangenomen. Met andere woorden: ik betwijfel of het consumentenwelvaartsparadigma wel zo duidelijk voortvloeit uit de juridische context. Die juridische vraag is echter vooralsnog door het Hof van Justitie onbeantwoord.

De recente *Bloedkolen*-zaak laat zien waar een pure *berekening* van consumentvoordelen door een ‘willingness-to-pay’-methode (zoals gebruikt voor de Kip van Morgen) op een harde grens stuit. In deze zaak is een covenant tussen de minister van Ontwikkelingssamenwerking en marktpartijen aan de orde, met het maatschappelijk middenveld als mede-initiator. ACM beoordeelde het door energieproducenten individueel verschaffen van transparantie over de herkomst van steenkolen als mededingingsbeperkend. Steenkolen komen soms uit mijnen waar de arbeidsomstandigheden – en ik druk mij eufemistisch uit – niet al te best zijn. In Colombiaanse kolenmijnen zijn in recente jaren vakbondsleiders vermoord. Vandaar de term ‘bloedkolen’. De verwachting van maatschappelijke organisaties is dat individuele herkomsttransparantie zal leiden tot maatregelen ter verbetering van die omstandigheden. Geaggregeerde herkomsttransparantie, mededingingsrechtelijk

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

minder bezwaarlijk, heeft dat effect niet. Bij de Kip van Morgen was al de vraag of het uitdrukken van dierenwelzijn in termen van wat de consument daarvoor wil betalen dezelfde grootte betreft. Maar als het gaat om moord en vakkondsvrijheid lijkt het helder dat er fundamentele ethische bezwaren zijn om het belang van mijnwerkers op die manier uit te drukken. Heel scherp gesteld (en ik geef toe, daarbij snij ik nogal wat hoekjes af): als de consument niet wil betalen voor zuivere kolen moeten we die dan laten blijven delven in erbarmelijk omstandigheden? De vraag ligt bij ACM op het bord en dat roept direct een wedervraag op. Als ACM over zou gaan tot een belangenweging, arbeidsomstandigheden of duurzaamheid versus consumentenwelvaart, is er dan niet ook een legitimiteitsprobleem, maar dan aan de *input*-kant. Is die weging wel aan ACM oftewel: ‘Who died and made you King/Khaleesi?’<sup>1</sup>

Eigenlijk ben ik nu pas op het punt waar ik het *eigenlijk* over wilde hebben: het informele karakter van de oordelen van ACM in deze zaken. Bij de Kip van Morgen heet het een ‘Analyse’, bij de Bloedkolen een ‘Advies’. Het zijn geen besluiten, partijen kunnen niet in beroep. Sommige informele oordelen (de Kip van Morgen) bevatten een substantiële economische en mededingingsrechtelijke analyse. Maar het Bloedkolen-advies beslaat anderhalf A4’tje. Wat te doen als partijen? De Kip van Morgen-partijen zijn door ACM ‘geadviseerd om de duurzaamheidsinitiatieven aan te passen’. En dus bezinnen partijen zich, en gaan – als het lukt om partijen bij elkaar te houden – opnieuw om de tafel zitten.

Gezien de fundamentele vragen ten aanzien van de mededingingsrechtelijke analyses, hierboven aangestipt, is het grootste bezwaar tegen een dergelijke informele afdoening dat geen beroep op de bestuursrechter mogelijk is. Net als bij toezeggingsbesluiten en schikkingen is de kans op rechterlijke controle sterk verminderd.<sup>2</sup> Geen beroep op een rechter die, uiteindelijk, prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie zou kunnen stellen, om zo meer duidelijkheid te krijgen over de *juridische* grenzen van het Europese mededingingsrecht. Of het moet (bij uitzondering) de burgerlijke rechter zijn, zoals in de zaak *FNV Kunsten*.<sup>3</sup> Daarin ging het over de juistheid van een juridische stellingname in een visiedocument van ACM, waartegen geen beroep open stond. In het spel van *checks and balances* spelen ook pers en parlement een rol. Hun rol is, zo blijkt uit de beroering rond de Kip van Morgen, niet belemmerd. Op zijn minst kan worden gesteld dat juridische toetsing noodzakelijk is. Als de daarbij geformuleerde juridische grenzen niet overeenstemmen met de maatschappelijke waarden, kan het waardendebat politiek worden voortgezet. Dat zal

dan wel op Europees niveau moeten. (Hoewel ik de indruk heb – is die onjuist? – dat het komt door onze poldercultuur dat het in Europa vooral ACM is die met duurzaamheidsconvenanten wordt geconfronteerd.) Natuurlijk kunnen partijen, obstinaat of dapper – afhankelijk van uw *frame* – hun afspraken uitvoeren, en daarmee een sanctiebesluit uitlokken. Niet de meest koninklijke route. Om dit probleem op te lossen zou een specifieke ontheffingsmogelijkheid kunnen worden gecreëerd. Eventueel beperkt tot dit type duurzaamheidsinitiatieven of zelfs beperkt tot initiatieven-met-overheidsbemoedienis. Dat is al eerder, ook in dit blad, wel eens bepleit. In een volgende column zal ik dan eens een balletje opwerpen over het voorkómen van *House of Cards*-gedrag. Of in juridische termen: hoe een ACM-procedure van weging van belangen gevormd zou kunnen worden om *output*- en *input*-legitimiteit te verzeke-

1. Afhankelijk van uw referentiekader verwijst deze zin naar een uitspraak van Hugh Capet die in 987 tot koning van Frankrijk werd gekroond óf naar aflevering 10 van seizoen 1 van *Game of Thrones*, waarin Daenerys als Khaleesi wordt geaccepteerd.
2. Daar is ook op gewezen door A-G Nils Wahl in zijn voordracht op 16 oktober 2014 bij het Münchener Kartellrechtsforum, Max Planck Instituut.
3. HvJ EU 4 december 2014, zaak C-413/13, *FNV Kunsten Informatie en Media*, ECLI:EU:C:2014:2411.

Altijd op de hoogte blijven?

Meld u vandaag nog aan voor een van onze gratis e-mailnieuwsbrieven



Komt u tijd tekort om u te oriënteren op nieuwe en relevante vakliteratuur? Meld u dan aan voor een of meerdere van onze gratis e-mailnieuwsbrieven.

Via onze nieuwsbrieven blijft u op de hoogte van onze recent verschenen uitgaven en activiteiten binnen uw vakgebied.

Meld u aan via [www.bju.nl/nieuwsbrief/aanmelden](http://www.bju.nl/nieuwsbrief/aanmelden)

**Bju**

Boom Juridische uitgevers

Postbus 85576 | 2508 CG Den Haag | telefoon 070 330 70 33 | fax 070 330 70 30 | e-mail [verkoop@budh.nl](mailto:verkoop@budh.nl) | [www.bju.nl](http://www.bju.nl)

# Geen papieren rompslomp, maar alles online! De online tijdschriftenportal van Boom Juridische uitgevers



- bevat ruim 11.000 wetenschappelijke artikelen;
- bestaat uit meer dan 28 tijdschriften;
- heeft een eenvoudige zoekfunctie;
- houdt u op de hoogte met de gratis e-mailattendingering.

## **BJu** TIJDSCHRIFTEN ONLINE

U kunt een abonnement nemen op één of meer tijdschriften, maar ook op de gehele portal. Daarnaast zijn artikelen ook zonder abonnement verkrijgbaar.

Nieuwsgierig geworden? Neem dan een proefabonnement en krijg vijf dagen gratis toegang tot alle online tijdschriften van BJu.

[www.bjutijdschriften.nl](http://www.bjutijdschriften.nl)