

Concurreren of samenwerken?

Over bedrijfsethiek en de grenzen van het mededingingsrecht

Rutger Claassen

Stel, u bent ondernemer in de varkenshouderij, en u geeft om dierenwelzijn.¹ U wilt graag minder antibiotica gebruiken, de dieren grotere hokken geven en andere maatregelen nemen die kostbaar zijn. Als u dat alleen doet, zal dat uw concurrentiepositie nadelig beïnvloeden. U besluit een verbond met uw concurrenten te sluiten om deze maatregelen gezamenlijk door te voeren. Mag dat?

Stel, u bent ondernemer en runt een supermarkt in de binnenstad. U verkoopt alcohol en ziet dat een te groot deel van uw jongvolwassen klanten daarmee gaan *binge drinken*. Dat zorgt voor veel overlast voor omwonenden en gezondheidsschade bij de jongeren zelf. U wilt graag de prijs van de alcoholische producten verhogen om dit gedrag te ontmoedigen. Als u dat alleen doet, zal dat uw concurrentiepositie nadelig beïnvloeden. U besluit een verbond met uw concurrenten te sluiten om deze maatregelen gezamenlijk door te voeren. Mag dat?

Stel, u bent ondernemer en u produceert energie. U heeft naast andere middelen ter opwekking van energie ook kolencentrales. Omdat u geeft om de toekomst van het klimaat, besluit u dat deze relatief veel CO₂ uitstotende productiewijze zou moeten worden afgebouwd. Als u dat alleen doet, zal dat uw concurrentiepositie nadelig beïnvloeden. U besluit een verbond met uw concurrenten te sluiten om deze maatregelen gezamenlijk door te voeren. Mag dat?

¹ Dit artikel is mede gebaseerd op recent – maar nog niet verschenen – onderzoek dat ik gezamenlijk deed met mededingingsjuriste prof. Anna Gerbrandy (rechtsgeleerdheid, Universiteit Utrecht).

Dit zijn geen fictieve gevallen.² In al deze gevallen hebben mededingingsautoriteiten bezwaren geuit, omdat de afspraken tussen ondernemers het mededingingsrecht zouden schenden. De waarden die de ondernemers willen bevorderen, zijn echter voorbeelden van wat we 'maatschappelijk verantwoord ondernemen' noemen. De bedrijfsethiek zegt dat het een morele plicht is om maatschappelijk verantwoord te ondernemen. Er dreigt dus een conflict tussen een morele en een juridische plicht. Hoe moeten we daarover denken?

Dit artikel gaat over dit praktische dilemma, de botsing tussen mededingingsrecht en bedrijfsethiek (Van de Ven and Jeurissen 2005; Dubbink and Van der Putten 2008). Echter, dit heel concrete probleem is tegelijkertijd ook een mooi voorbeeld van een clash tussen twee strijdende morele logica's: concurreren of samenwerken. Die clash kunnen we ook op talloze andere terreinen terugvinden. Door het concrete dilemma van de ondernemers nauwkeurig te bestuderen, kunnen we dit grotere drama scherp in beeld krijgen – althans, dat wil ik in dit artikel proberen te laten zien.

Twee morele logica's

Mensen hebben behoeften, en om die te bevredigen hebben ze twee opties: concurreren of samenwerken. Geen van beide is moreel goed of fout, maar ze hebben wel hun eigen morele logica. Waar ze botsen, moeten we kiezen welke logica voorgaat. Dit artikel zal gaan over één van die botsingen: die tussen maatschappelijke samenwerking tussen marktpartijen en de eisen van het mededingingsrecht. Dit klinkt misschien technisch, maar dat is het niet – zolang we het in de context bezien van dat grote drama tussen twee conflicterende morele systemen: die van de concurrentie en van de samenwerking.

Wanneer mensen samenwerken, kunnen ze vaak meer bereiken dan alleen. Het cruciale principe van samenwerking is "het geheel is meer dan de som der delen." In samenwerkingsverbanden vullen mensen elkaar aan door hun handelingen te coördineren. We maken afspraken, iedereen doet waar hij goed in is, en samen bereiken we meer. Bedrijven, families, verenigingen en stichtingen drijven allemaal op de samenwerkingslogica. Daarbij horen eigen morele deugden: je houden aan afspraken, open zijn naar anderen, je coöperatief opstellen. Die morele deugden zijn de smeerolie van samenwerking. Maar

2 Het veehouderijvoorbeeld staat centraal bij de mededingingsrechtelijke beoordeling van het Verbond van Den Bosch. Zie <http://www.innovatievarkensvleesketen.nl/projecten/verbond-van-den-bosch/>. Het voorbeeld van het binge drinken komt uit de Britse context. Zie <http://www.theguardian.com/society/2012/mar/23/coalition-minimum-alcohol-price-40p> and de Update of the House of Commons (SN/HA/5021), 16 May 2014, beschikbaar op www.parliament.uk/briefing-papers/sn05021.pdf. Het voorbeeld van de kolencentrales komt uit het SER energieakkoord. Dit stuitte op bezwaren van de ACM. Zie <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/12033/Notitie-ACM-over-sluiting-5-kolencentrales-in-SER-Energieakkoord/>

daarnaast wordt samenwerking vaak zelf gezien als moreel superieur aan concurrentie. Concurrentie roept associaties op met conflict en oorlog, samenwerking met harmonie en eendracht. De recente lokroep van de 'deeleconomie' van Airbnb en andere particuliere uitwisselplatforms is daar een voorbeeld van. Moe van eindeloze concurrentie beginnen we weer te verlangen dingen met elkaar te delen.

Toch zijn cruciale onderdelen van de samenleving als concurrerende systemen opgezet. Vaak is dat omdat de verwachting is dat die systemen *beter* resultaten boeken. Als sporters samenwerken, is er geen wedstrijd om van te genieten. De beste wedstrijden zijn die waarin de sporters op het scherpst van de snede strijden. Hetzelfde geldt voor de politiek: democratie is de beste staatsvorm, de georganiseerde strijd is precies wat we willen. Een elite van partijen die onder één hoedje speelt, of één enkele partij (waarin de hele bevolking samenwerkt!), dat is juist niet hoe de politiek georganiseerd moet zijn. Ook in het recht is strijd essentieel. Advocaten moeten de belangen van hun cliënten tot het uiterste verdedigen, omdat alleen uit dat conflict een voor beide partijen bevredigende rechtsgang kan ontstaan. En ten slotte is er de markt: daar moet de concurrentie tussen marktpartijen innovatie bevorderen en de consumenten maximale keuzevrijheid tegen minimale prijzen bieden. Elk van deze concurrentiesystemen heeft zijn eigen morele codes. Als sporters niet strijden, kan dat matchfixing zijn. Als advocaten de belangen van de tegenpartij sympathieker vinden dan die van hun eigen cliënt, kunnen zij een tuchtrechtzaak tegemoet zien. En als marktpartijen onder één hoedje spelen, dan is dat een schending van het mededingingsrecht. Vaak zijn we geneigd het individuele gedrag van de strijdende partijen als immoreel te beschouwen (de vuile handen van de politicus, de advocaat die een moordenaar verdedigt), maar hun partijdigheid is nodig om de morele kwaliteit van het systeem als geheel optimaal tot bloei te laten komen. Gij zult concurreren.

Geen van deze twee logica's zal ooit het hele maatschappelijke speelveld kunnen dicteren. Maar de logica van de concurrentie is sterk in opmars, en dat heeft soms perverse gevolgen. Daarmee ben ik aanbeland bij de kern van de zaak: het conflict tussen bedrijfsethiek en mededingingsrecht.

Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen als morele plicht

Elke ondernemer staat elke dag weer voor de keuze: geef ik voorrang aan het maximaliseren van mijn winst, of neem ik mijn maatschappelijke verantwoordelijkheid? Maatschappelijk verantwoord ondernemen (MVO) kan uit allerlei activiteiten bestaan: kwetsbare werknemers in dienst nemen, klimaatuitstoot minimaliseren, geen zaken doen met partijen die kinderarbeid inzetten, de lokale gemeenschap steunen, etc. Velen zetten zich hier uit eigen beweging voor in. Maar de inzet van de bedrijfsethiek is dat maatschappelijk verantwoord ondernemen een *morele plicht* is. Wat daarvan te denken?

De beroemdste reactie op de opkomst van de bedrijfsethiek is van Milton Friedman, in zijn spraakmakende artikel "The social responsibility of business is to increase its profits" (Friedman 1970). Volgens Friedman spenderen managers die aan MVO doen in feite het geld van anderen, nl. van de aandeelhouders die de eigenaren van het bedrijf zijn. Daarmee zijn ze eigenlijk socialisten. In plaats daarvan zou elk bedrijf het als zijn morele plicht moeten zien om maximale winst te halen. Daarmee bedient het niet alleen de aandeelhouders het best, maar ook de consumenten, die de beste producten krijgen voor de laagste prijs. Friedman wijst MVO dus af op grond van de klassieke verdediging van de markt, die teruggaat tot Adam Smith: als iedereen nu alleen zijn ogen gericht houdt op zijn eigen belang, wordt er de meeste welvaart voor allen geschapen. De markt als maatschappelijk systeem heeft het egoïsme van alle deelnemers aan het spel nodig. Het weggeven van geld aan anderen is een vorm van spelbederf.³

De *mainstream* bedrijfsethiek heeft een diametraal tegenovergesteld verhaal. De meest dominante theorie is de 'stakeholder theorie', die stelt dat een bedrijf de belangen van alle belanghebbenden tegen elkaar moet afwegen (Donaldson and Preston 1995; Freeman 2004). Elk bedrijf is via verschillende markten verbonden met andere partijen: werknemers, leveranciers, consumenten, en ja ook de aandeelhouders. Ook niet-marktpartijen (zoals het milieu en de lokale gemeenschap waarin het bedrijf is gevestigd) kunnen geraakt worden door de acties van een bedrijf. De kunst voor het management van een bedrijf is om op eerlijke en evenwichtige manier elk van deze belanghebbenden recht te doen. Dat kan soms ook in het lange-termijn strategisch belang van het bedrijf zelf (lees: de aandeelhouders!) zijn, maar vaak ook vraagt het opofferingen. Het is hoe dan ook altijd een morele plicht.

De stakeholder theorie is eigenlijk een overplanting van de algemene ethiek naar de markt. Want de algemene ethiek vraagt precies dit van ons: elk van onze beslissingen moeten wij kunnen verantwoorden naar iedereen die een belang heeft bij die beslissing. Dit kan in verschillende gedaanten gegoten worden, die van het utilisme (dat vraagt het geluk van alle mensen maximaal te bevorderen) of de Kantiaanse ethiek (die vraagt om te handelen op basis van principes die voor iedereen als algemene wet zouden kunnen gelden). Telkens is echter de kern dat de morele persoon zo veel mogelijk op onpartijdige wijze alle belangen die in het geding zijn probeert recht te doen. Friedman maakt daar bezwaar tegen. De context van de markt zet die ethische eis uit het 'normale dagelijkse leven' buiten werking. Moreel handelen in de marktcontext betekent *niet* onpartijdig maar partijdig handelen: met het oog op je eigenbelang (en daardoor juist in het belang van allen). De markt is een spel op zich, met zijn eigen morele logica. De stakeholder theorie accepteert dat dus niet:

3 Een sophisticated hedendaagse vorm van deze positie is te vinden bij Jensen (2002). Voor de verschillen met Friedman, zie Hussain (2012, p. 316).

ook wie zich binnen het spel van de markt begeeft moet de belangen van anderen (binnen en buiten die markt) in het oog houden.

Deze tegenstelling tussen voor- en tegenstanders bestaat nu enkele decennia, en er zit maar weinig beweging in. Het is ook een fundamentele tegenstelling: in feite die tussen de logica van de samenwerking versus de logica van de concurrentie. Is er een derde weg tussen deze logica van de samenwerking en van de concurrentie?

Bedrijfsethiek: is er een derde weg?

De Canadese filosoof Joseph Heath heeft een poging gedaan de patstelling te doorbreken en zo'n derde weg te vinden. In een serie publicaties heeft Heath zich afgezet tegen de stakeholder theorie en een zogenaamde 'market failure approach' van de bedrijfsethiek voorgesteld (Heath 2004; Heath 2006; Heath 2007).⁴

Heath's alternatieve benadering gaat uit van de economische theorie van het markt-falen. Deze theorie zegt dat markten vaak niet perfect werken. Daardoor kunnen we er niet van uitgaan dat de convergentie van eigenbelang en algemeen belang waarop Adam Smith's verdediging van de markt berustte, ook daadwerkelijk optreedt. Het marktspel leidt niet automatisch tot de meest optimale uitkomst voor de hele samenleving (de grootst mogelijke hoeveelheid economische welvaart) waar de markt faalt.

Wanneer faalt zij dan? Economen onderscheiden een aantal categorieën van markt-falen. Ik noem drie standaardgevallen. Soms zijn er *negatieve externe effecten* op derde partijen die zelf niets met de markt te maken hebben. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer een fabriek vervuiling loost in de lucht of het water en anderen daar last van hebben. Die overlast is een niet in rekening gebracht bijeffect van de marktproductie waar de fabriek en zijn klanten gratis van profiteren. In zo'n geval zou de overheid moeten optreden en de fabriek dwingen om degenen die schade lijden te compenseren. Dat doet de prijs stijgen, maar alleen zo'n prijs waarin alle kosten zijn doorberekend is een eerlijke, moreel verantwoorde prijs.

De markt werkt ook niet goed wanneer er *informatie-asymmetrieën* zijn, d.w.z. wanneer sommige partijen veel meer informatie hebben dan anderen. Dan kunnen zij daarvan misbruik maken. Klanten van zorginstellingen kunnen hun eigen welvaart niet maximaliseren wanneer zij niet precies weten wat de doktoren doen. Die laatsten kunnen daardoor het aanbod manipuleren. Ook hier weer moet de overheid optreden, en transparantie in het aanbod afdwingen.

⁴ Een voorloper van deze stellingname is McMahon (1981).

Ten slotte is er markt-falen bij een *gebrek aan concurrentie*: wanneer enkele marktpartijen (oligopolie) of zelfs één van hen (monopolie) zo'n groot aandeel van de markt in handen heeft dat hij zijn marktmacht kan uitbuiten. Een monopolist kan hogere prijzen rekenen dan onder concurrerende omstandigheden het geval zou zijn, en zo overwinsten maken ten koste van de consument.

Dit alles is standaard economische theorie. Als de overheid ingrijpt, corrigeert zij de markt en leidt zij haar weer terug op het pad van de 'perfecte markt' van Adam Smith, waarin eigenbelang en algemeen belang convergeren. De marktdeelnemers kunnen zich weer als vanouds op hun eigenbelang concentreren, en de overheid stelt de kaders waarbinnen dat mag gebeuren. De kink in de kabel is dat de overheid niet altijd bij machte is om al deze vormen van markt-falen te corrigeren. Soms loopt de wetgever achter de feiten aan, soms heeft zij zelf de informatie niet, soms is permanente monitoring van de markt gewoon te duur, soms blokkeren politieke partijen effectieve marktregulering. In al deze en andere omstandigheden staan marktpartijen dus bloot aan de verleiding om misbruik te maken van het gat in de regelgeving, klanten te misleiden, te hoge prijzen te vragen en kosten af te wentelen op onmachtige derde partijen. Heath stelt nu: in die gevallen hebben bedrijven een *morele plicht* om geen misbruik te maken van het markt-falen. Met andere woorden: dezelfde catalogus aan redenen voor de overheid om te reguleren, moet ook de catalogus zijn voor bedrijven om zichzelf vrijwillig in te houden en anderen niet te benadelen, wanneer regulering niet mogelijk is. Dit is bedrijfsethiek als 'zelf-regulering' (Norman 2011).

Deze oplossing is dus in de *spirit* van Friedman. Iedere deelnemer speelt het spel voluit, met het oog op zijn eigenbelang (winstmaximalisatie). Echter, Heath keert Friedman a.h.w. tegen zichzelf en komt daardoor, in tegenstelling tot Friedman, wel degelijk tot morele plichten van marktdeelnemers. Heath stelt in feite dat Friedmans visie dat morele plichten afwezig zijn op de markt alleen geldig is in het uitzonderlijke geval dat er geen markt-falen is. Echter, in de praktijk is er bijna altijd wel een vorm van markt-falen, en zijn er dus altijd morele plichten om daar geen misbruik van te maken. Friedman gaat uit van een geïdealiseerd idee van de markt (perfecte markt), Heath van de dagelijkse praktijk van de imperfecte markt. Friedman zegt in feite: je mag in het vuur van de strijd de tegenstander een rotschop geven; zolang de scheidsrechter het maar niet merkt. Je merkt vanzelf wel of je wordt teruggefloten. Heath zegt: de scheids kan niet altijd alles zien, en als hij even niet kijkt, heb je toch de normen van 'fair play' te eerbiedigen. Heath blijft dus binnen de logica van de concurrentie, maar geeft een andere, meer veeleisende invulling aan de morele deugden die bij concurrentiesystemen gevraagd worden van de deelnemers. Niet alleen maar de wet gehoorzamen, maar daarnaast ook morele plichten accepteren. Daarmee komt zijn theorie qua resultaat dichterbij de buurt van de

stakeholder theorie dan van Friedmans visie op MVO, hoewel hij qua denktrant dichter bij Friedman staat.

Is Heath's nieuwe theorie een veelbelovende ontwikkeling? Is er een derde weg tussen een afwijzing van MVO, gebaseerd op de interne moraal van de markt waarin iedereen partijdig mag zijn, en de klassieke MVO die zich baseert op de algemene ethiek, waarin alle belangen onpartijdig gewogen dienen te worden? Om die vraag te beantwoorden zal ik nu één van de vormen van markt-falen onder de loep noemen: gebrekkige concurrentie. Daarmee kom ik bij de centrale casus waarmee ik begon: het conflict tussen bedrijfsethiek en mededingingsrecht.

Het keurslijf van het mededingingsrecht

Het mededingingsrecht is het antwoord van de overheid op gebrekkige concurrentie. De belangrijkste regels verbieden bedrijven om onderlinge afspraken te maken die de concurrentie beperken. Die afspraken kunnen betrekking hebben op prijzen, productiehoeveelheden of andere productkenmerken (zie artikel 101 lid 1 van het EU-Werkingsverdrag). Daarop zijn echter uitzonderingen mogelijk, indien deze afspraken "bijdragen tot verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt." (artikel 101 lid 3) Die laatste clause betekent dat mededingingsautoriteiten voortdurend moeten kijken of afspraken die bedrijven onderling gemaakt hebben misschien toch goed waren voor... ja waarvoor precies? De clause kan op verschillende manieren gelezen worden.

Eén daarvan is de economische interpretatie, die dominant is geworden in de afgelopen 15 jaar, en opgelegd wordt door de Europese Commissie aan de mededingingsautoriteiten van de nationale lidstaten in de EU (European Commission 2004; 2010). De economische interpretatie stelt dat de concurrentiebeperkende afspraken alleen zijn toegestaan als deze de consumentenwelvaart verhogen. Het centrale doel om de mededinging te beschermen, de verhoging van de consumentenwelvaart, wordt dus ook de enige reden om mededingingsbeperkingen toe te staan. Als de consumentenwelvaart gebaat is bij concurrentie, dan moet concurrentie voorgaan. Als de welvaart van consumenten echter in een specifieke situatie meer verhoogd kan worden door afspraken tussen ondernemingen toe te staan, dan is dat in de huidige uitleg van de Europese mededingingswetgeving toegestaan. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als samenwerking tussen bedrijven leidt tot productinnovatie die anders niet tot stand zou zijn gekomen.

In deze economische interpretatie is consumentenwelvaart het *enige* geldige doel waarop uitzonderingen op de mededingingsverboden mogen worden

gebaseerd. Dus andere doelen – milieu, gezondheid, dierenwelzijn etc. – zijn geen geldige reden. Bedrijfs-ethische overwegingen maken in deze dominante interpretatie geen kans. In de juridische literatuur wordt driftig bediscussieerd of dit een houdbare uitleg is, zowel van de letter als van de geest van de Europese verdragen (Prosser 2005; Budzinski 2008; Townley 2009; Zimmer 2012; Gerbrandy 2013). Deze discussie laat ik hier buiten beschouwing. Afgezien van de juridische merites van de zaak: zou het een goede zaak zijn als het mededingingsrecht boven de bedrijfsethiek gaat?

De voorstanders van zo'n prioriteit voor het mededingingsrecht brengen twee argumenten in stelling. Laat ik het eerste argument het *specialisatie-argument* noemen. De kern daarvan is dat verschillende onderdelen van het recht gespecialiseerd zijn in verschillende typen markt-falen. Het mededingingsrecht is gespecialiseerd in het tegengaan van marktmacht, niet in ander markt-falen. Het zou daarom zijn grenzen te buiten gaan om ook andere typen markt-falen te reguleren, of die verschillende typen tegen elkaar af te wegen. In Nederland is de prominente econome Barbara Baarsma deze mening toegedaan: "Also, an efficiency defence does not mean that anti-competitive effects can be offset by 'non-competition interests' or 'public interest' such as environmental concerns, media pluralism or social cohesion. (...) There is therefore no question of extending the consideration to include public interests if no restriction of competition occurs. This would only lead to contamination of the cartel prohibition. Of course consumer welfare may be influenced if public interests are at stake, but not all actions that influence welfare are relevant when applying competition law. Competition law is only intended to solve problems concerning market power. (...) The government must resolve different market failures using different policies. The Dutch competition authority is the NMA; this abbreviation stands for the Netherlands Competition Authority, not the Netherlands Market Failure Authority." (Baarsma 2011, 584–585)

Laten we met Baarsma meegaan in haar economische framing van het conflict: de 'andere' doelen (die ik 'morele doelen' of 'bedrijfs-ethische doelen' heb genoemd, en die zij hier onder de noemer 'public interest' schaaft) vertegenwoordigen in feite een andere vorm van markt-falen. De meeste daarvan kunnen onder de noemer 'negatieve externaliteiten' geschaard worden. Het markt-handelen heeft negatieve effecten op niet-marktpartijen: de dieren (in het geval van dierenwelzijn), de omwonenden (in het geval van binge drinken), toekomstige generaties (in het geval van klimaatverandering). Deze constructie als externaliteit werkt niet voor alle morele doelen even goed, maar voor de redenering hier is dit voldoende bevredigend. Er staan dan dus twee typen markt-falen tegenover elkaar: marktmacht en externaliteiten (De Bijl and Van Dijk 2012). Tegelijkertijd is nu dit conflict tussen twee economische doelen in Heath's terminologie tevens een conflict tussen twee morele doelen!

De oplossing van dit conflict is volgens Baarsma om altijd het mededingingsrecht voor te laten gaan. Als men die bedrijfs-ethische doelen behartigd wil zien, dan moeten andere vormen van regulering daarvoor worden opge-tuigd. Die vormen dan een apart onderdeel van de wet, naast het mededingingsrecht, waaraan ondernemingen zich moeten houden. Dit betekent dat de mogelijkheid om afspraken te maken tussen ondernemingen wordt uitgesloten. We hebben echter gezien dat regulering vaak moeizaam tot stand komt, achter de feiten aan holt en niet altijd adequaat de problemen kan oplossen. De hele opkomst van de bedrijfsethiek in de laatste decennia, in Nederland en elders, is grotendeels het gevolg van ontevredenheid met de respons van de wetgevers in een steeds dynamischer en meer geglobaliseerde economie. Omdat wetgevers het regelmatig laten afweten, duiken ondernemingen (nu ja, sommige) in het morele gat en beginnen dat zelf te vullen.

Nu zou Baarsma kunnen zeggen: maar dan kan elke onderneming toch zonder afspraken te maken met andere ondernemingen zelf die bedrijfs-ethische doelen nastreven? Het mededingingsrecht verbiedt geen bedrijfs-ethisch gedrag per se, maar alleen afspraken tussen ondernemingen als strategie daartoe. De do-it-alone strategie kan soms een uitkomst zijn. Het probleem is echter dat de concurrentiedruk tussen bedrijven op veel markten zo hevig is, dat er geen mogelijkheid is voor de ondernemer om veel te doen, zonder zichzelf op (grote) achterstand te zetten van zijn concurrenten (Van de Ven and Jeurissen 2005). Daarom vragen bedrijven soms zelf om algemene regels: dan is er ten minste een *level playing field*.

In de algemene ethiek is dit probleem niet onbekend. Daar worden naast daden die moreel verplicht worden geacht ook daden onderscheiden die wel moreel prijzenswaardig zijn (zo niet engelachtig), doch niet verplicht, omdat daarmee redelijkerwijs teveel gevraagd zou worden. Alles opgeven en in de sloppenwijken gaan wonen zoals Moeder Theresa – zoiets is prachtig maar kan niet van een ieder geëist worden. Hetzelfde geldt voor grote en kostbare inspanningen ten behoeve van duurzaamheid: als men zichzelf daarmee uit de markt prijst, kan dat niet moreel geëist worden. De opoffering is te groot. Geen bedrijf kan gedwongen worden zijn eigen failliet te bewerkstelligen.

Baarsma's redenering volgend eindigen we in een impasse. In veel gevallen zal sprake zijn van een *drievoudige onmogelijkheidstelling*. Bedrijfs-ethische doelen realiseren is:

- Onmogelijk op ondernemingsniveau: want er is teveel concurrentiedruk.
- Onmogelijk op niveau van ondernemingen onderling: want verboden door het mededingingsrecht.
- Onmogelijk op collectief niveau: want regulering komt niet tot stand.

Er zullen situaties zijn waarin effectief handelen ten bate van een moreel doel op één van deze drie niveaus wel degelijk een reële optie zal zijn. Maar regulering blijft in veel gevallen lastig en de mogelijkheden voor een 'business

case' voor MVO op ondernemingsniveau moeten niet overdreven worden (Vogel 2005). De druk om te kijken of afspraken onderling mogelijk zijn, ontstaat precies daar waar er op beide andere niveaus geen beweging mogelijk is. In die situaties, waarin er een legitiem moreel doel is, maar een drievoudige onmogelijkheid om het te realiseren, ontstaat er – zou ik zeggen – een moreel onacceptabele situatie. Dat is een oordeel geveld vanuit de algemene ethiek; niet eens zozeer vanuit de bedrijfsethiek. De varkens zal het namelijk een worst wesen of het de individuele ondernemer, de branche of de overheid is, die ervoor zorgt dat zijn hok groter wordt. Als het een morele eis is om dierenwelzijn te verbeteren, dan is de keuze van middelen vanuit moreel perspectief secundair. Daar waar individueel optreden economisch onmogelijk is, en collectief optreden politiek onmogelijk, zou daarom op het tussenliggende niveau toch ruimte moeten zijn, zodat afspraken tussen ondernemingen ook andere doelen dan consumentenwelvaart kunnen dienen. Baarsma's specialisatie-argument moet verworpen worden. Samenwerking is soms belangrijker dan concurrentie.

Deze redenering veronderstelt wel dat er een vooraf gegeven, helder omschreven moreel doel is. En precies die vooronderstelling wordt betwist in het tweede argument van de voorstanders van een strikt economische interpretatie van de mededingingswetgeving. Dit noem ik het *willekeur-argument*.

Wim Dubbink en Frans van der Putten hebben dit als volgt verwoord⁵: "However, then he makes the point that the distinction between a trust aimed at limiting competition and an industry association aimed at environmental protection is a matter of perspective. What is judged positively by one party may be seen as undesirable by another. That is to say: inter-firm cooperation cannot be allowed for on a well-organized market because there are no reasonable, let alone objective, criteria by means of which we can distinguish reasonable exceptions from unreasonable ones. Since it is all 'a matter of perspective' the risk is simply too big that we are only serving some partisan business interest, cleverly disguised as a CSR initiative. Thus we are confronted with an either/or decision: either we lock out any form of inter-firm cooperation (and accept the possible disadvantages of that decision because the advantages are much bigger) or we will end up in the swamp of exceptions and subjective arguments that will in the end disrupt the working of the competitive free market system. In terms of an example: in the chicken industry, where competition is fierce, we cannot allow chicken farmers to make any kind of collective arrangement in the interest of animal welfare. It is principally impossible to distinguish a sincere proposal that in fact only helps the chickens from an insincere one that in fact cuts out competition." Dubbink and Van der Putten 2008, p. 383.)

In dit argument zit een sterke parallel met het argument van Friedman. Net als Friedman betoogt het willekeur-argument dat ondernemingen niet op

⁵ Zij hangen dit argument overigens niet aan, de 'he' in het citaat is een andere auteur, Eduard Kimman. Maar Dubbink en Van der Putten geven het dilemma wel mooi weer.

legitieme wijze publieke doelen kunnen vaststellen. Bij Friedman ging het om individuele ondernemingen, hier gaat het om ondernemingen die gezamenlijk handelen. Het argument is echter hetzelfde. Er is een diepe angst dat wanneer ondernemingen toegestaan wordt om afspraken te maken ten behoeve van niet-economische doelen, we in een 'moeras van uitzonderingen' terecht komen. Ondernemingen zullen deze vrijheid misbruiken om op slinkse wijze afspraken te maken waarin onder het mom van een publiek doel eigenlijk de consument de klos is.

Dit argument verdient het serieus genomen te worden. Het duidt op het kernprobleem van publieke legitimatie van beslissingen die een brede groep mensen raken en waaraan niemand kan ontsnappen.⁶ Laat ik het argument herformuleren in termen van een centraal uitgangspunt in het politiek-filosofisch denken, dat dwangmatige relaties tussen mensen veel meer legitimatie behoeven dan vrijwillige relaties. Daarom moet de overheid, die alle burgers op een grondgebied uiteindelijk met geweld kan dwingen tot gehoorzaamheid aan de wetten, democratisch gelegitimeerd worden door diezelfde burgers (bijvoorbeeld via een parlement). Mijn vriendschap met de burens hoeft niet democratisch gelegitimeerd te worden omdat zowel ikzelf als de burens deze vriendschap zo weer kunnen beëindigen. Maar zodra een groep ondernemingen consumenten dwingen om meer te betalen ten behoeve van een publiek doel, laten zij de consumenten geen keuze meer. Immers, gezamenlijk beheersen ze de hele markt (of een groot deel daarvan). Voor de consument is het dan net als voor de burger van een land: slikken of stikken. In dat soort situaties is inspraak een voorwaarde voor een legitieme beslissing. Omdat burgers echter geen grip hebben op de beslissingen van ondernemingen die gezamenlijk handelen, kan die inspraak niet tot stand komen. De burger/consument wordt simpelweg voor het blok gezet.

Dit argument gaat naar mijn mening te snel. Het gaat helemaal uit van de standaardconceptie van legitimiteit: een beslissing die een brede groep mensen raakt en waaraan niemand kan ontsnappen is alleen legitiem als deze genomen is door een democratisch gelegitimeerd orgaan. Als we echter een nieuwe conceptie van legitimatie hanteren, kunnen ondernemingsafspraken wel degelijk publiek legitiem zijn. Die nieuwe conceptie zou moeten luiden: een beslissing die een brede groep mensen raakt en waaraan niemand kan ontsnappen is alleen legitiem als deze *herroepen had kunnen worden maar niet herroepen is* door een democratisch gelegitimeerd orgaan. Als ondernemingen een afspraak maken en er ontstaat publieke ophef omdat consumenten het gevoel hebben dat ondernemingen onder het mom van publieke doelen samenspannen om

6 Ik concentreer me hier op de procedurele kant van het vaststellen van legitieme doelen: wie deze doelen mag vaststellen. Daarnaast is er de substantiële vraag hoe dit zou moeten gebeuren. Anna Gerbrandy en ik hebben voor die vraag voorgesteld een 'capability benadering' in plaats van de consumentenwelvaartsbenadering te introduceren in het mededingingsrecht. Zie Claassen and Gerbrandy (2014).

hun winsten op te drijven, dan kunnen de mededingingsautoriteiten (zoals de Autoriteit Consument & Markt, ACM, in Nederland; de opvolger van de NMa) inspringen en een onderzoek doen naar die afspraken. Zij kunnen de prijsverhoging afwegen tegen het publieke belang en die afspraken verbieden. De ondernemingen kunnen daar weer beroep tegen aanspannen bij de rechter, die de zaak kan voorleggen aan het Europees Hof van Justitie.

Op dit punt aangeland kan een aanhanger van het willekeurargument zeggen: ja, maar die mededingingsautoriteiten en eventuele rechtbanken zijn zelf ook niet democratisch gelegitimeerd! Maar dan treedt de nieuwe conceptie van legitimiteit opnieuw in werking, nu echter op een hoger niveau.⁷ Immers, de wetgever kan hun beslissingen herroepen, misschien niet in het individuele geval (daarvoor is het dan te laat), maar wel in die zin dat zij een wet kan maken die het publieke doel beschermt. Als burgers dus het gevoel hebben dat de mededingingsautoriteit een al net zo betwistbare afweging tussen consumentenwelvaart en publiek doel heeft gemaakt als de ondernemingen in eerste instantie, dan ligt de bal bij het collectieve niveau. Dan kan voor regulering gezorgd worden. Doet het parlement niets, dan legitimeert het daarmee impliciet de beslissingen van mededingingsautoriteit en rechters. Niets doen waar men iets zou kunnen doen, is ook een keuze.

Deze verschuiving naar een nieuw denken over legitimiteit lijkt mij goed verdedigbaar, om drie redenen. Ten eerste, en het meest belangrijk, omdat anders publieke doelen tussen wal en schip dreigen te raken (het drievoudige onmogelijkheidsprobleem). Als er geen opening mogelijk is op het niveau tussen ondernemingen, kan de zaak gemakkelijker ook politiek op slot blijven. Door op het niveau tussen ondernemingen openingen te creëren voor quasi-publieke actie, kan ook druk ontstaan op de politiek om een onderwerp eindelijk eens op te pakken. Ten tweede, omdat een bevoegde instantie (de mededingingsautoriteit) die niet-economische belangen buiten de orde verklaart, evengoed een controversiële beslissing neemt. Als in een bepaalde situatie zowel economische als niet-economische belangen aan de orde zijn, moeten alle belangen meegewogen worden (zoals we al zagen bij de bespreking hierboven van de algemene ethiek). Wie alleen de helft van een verhaal ziet, kan geen recht doen aan dat verhaal. Ten derde, omdat het willekeurargument overdrijft. Zullen ondernemingen nooit proberen om deze getrapte legitimiteitsconstructie te misbruiken, hopen de actie op hogere niveaus uitblijft? Natuurlijk wel. Net zoals er ondernemingen zijn die belasting of andere regels proberen te ontduiken. In al die gevallen geldt: er is nu eenmaal geen substituut voor een waakzame publieke sfeer (met goed functionerende media, consumentenorganisaties, etc.), als tegenwicht tegen private macht. Als burgers niet opletten, houdt alles

7 Ook voorstelbaar is een link tussen beide niveaus, door bijvoorbeeld een interne adviesprocedure te organiseren, waarbij de ACM een of meerdere ministers consulteert over een belangenafweging, alvorens een besluit te nemen. Dit idee werd recent gelanceerd door Anna Gerbrandy, Zie Gerbrandy (2014).

op. Er is geen reden om aan te nemen dat ondernemingen met misbruik van het mededingingsrecht makkelijker kunnen weggkomen dan met misbruik van andere vormen van regulering.

De bedrijfsethiek revisited

Ik heb gepleit voor meer mogelijkheden voor de samenwerkingslogica in het hart van het terrein, normaal bestreken door de concurrentielogica: de markt. Wat kunnen we hier nu uit concluderen voor de toekomst van de bedrijfsethiek? Mijn conclusie is dat de theorie van het markt-falen niet, zoals Heath voorstelde, ingezet kan worden om de spanning op te lossen tussen de klassieke concurrentielogica (Friedman) waarin geen plaats is voor bedrijfsethiek, en de samenwerkingslogica waarin de bedrijfsethiek (langs de lijnen van het stakeholder denken) feitelijk oplost in algemene ethiek. Er is geen begaanbare derde weg. Zodra je probeert om, vanuit het model van de perfecte markt, morele plichten op te hangen aan situaties van markt-falen, open je een beerput die je langzaam maar zeker in de richting zal drijven van een integrale belangenafweging. In deze casus komt dat tot uiting daar waar publieke doelen onder het begrip van externaliteiten worden geschoven. Daarmee ontstaat een spanning tussen morele eisen vanwege verschillende typen markt-falen. Aan de ene kant poneert Heath's theorie een moreel gebod om te concurreren (en niet samen te spannen; dat is immers slecht voor de consument). Aan de kant poneert diezelfde theorie een morele plicht voor ondernemingen om geen negatieve externaliteiten te veroorzaken. Maar als dierenwelzijn, of de rechten van toekomstige generaties, of de gezondheid van binge drinkers, negatieve externaliteiten zijn, en als die zaken niet kunnen worden aangepast zonder samenwerking tussen marktpartijen, dan zitten ondernemingen met twee conflicterende plichten. Een integrale afweging is dan vereist. Daarmee lost de theorie van markt-falen als morele theorie op in de algemeen-ethische stakeholder theorie. De categorieën van markt-falen zijn geen serieuze begrenzing aan de morele geboden die aan de onderneming worden gesteld, omdat elk belang in die categorieën kan worden geherformuleerd en ingebracht.

Dit leidt tot een wellicht verrassende conclusie. Daar waar er een serieus moreel belang (bijvoorbeeld een duurzaamheidsbelang) in de knel dreigt te raken door ondernemingsactiviteit, hebben ondernemingen de morele plicht te bezien of het serieus nemen van dit moreel belang zwaarder weegt dan het welvaartsbelang dat bij voortdurende concurrentie is gebaat. Is dat niet het geval, dan hebben ze de plicht om op eigen houtje actie te ondernemen. Is dat door hevige concurrentiedruk niet mogelijk, dan hebben ze de plicht om 'samen te spannen' en samenwerking met hun concurrenten op te zoeken. Ze kunnen dan doorgaan met concurreren op andere factoren, maar tegelijkertijd samenwerken om aan dit morele belang recht te doen. De logica's functioneren

naast elkaar en door elkaar heen. Dat schuurt soms, maar dat is niet erg. Een beetje wrijving kan geen kwaad.

Over de auteur

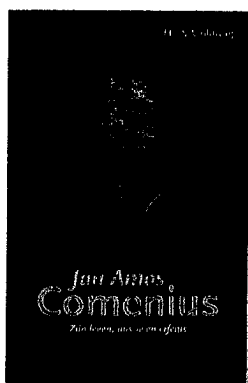
Rutger Claassen is universitair hoofddocent ethiek en politieke filosofie aan het Departement Wijsbegeerte van de Universiteit Utrecht.

Literatuur

- Baarsma, Barbara, "Rewriting European Competition Law from an Economic Perspective." *European Competition Journal* 7 (2011) 3, 559–85.
- Budzinski, Oliver. "Monoculture versus Diversity in Competition Economics." *Cambridge Journal of Economics* 32 (2008) 2, 295–324. doi:10.1093/cje/bem031.
- Claassen, Rutger, and Gerbrandy, Anna, "Rethinking Competition Law: From a Consumer Welfare to a Capability Approach." 2014. *Onder Review*.
- De Bijl, Paul, and Van Dijk, Theon, "Mededingingsbeleid en Publieke Belangen: Een Economisch Perspectief." *Markt & Mededinging* (2012) 4, 149–56.
- Donaldson, Thomas, and Preston, Lee E. "The Stakeholder Theory of the Corporation: Concepts, Evidence, and Implications." *The Academy of Management Review* 20 (1995) 1, 65–91.
- Dubbink, Wim, and Van der Putten, Frans Paul, "Is Competition Law an Impediment to CSR?" *Journal of Business Ethics* (2008) 83, 381–95.
- European Commission. "Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty." *OJ EU* 2004, C 101/97.
- European Commission. "Guidelines on Vertical Restraints." *OJ EU* 2010, C 130/1.
- Freeman, R. Edward. "A Stakeholder Theory of the Modern Corporation." In: *Ethical Theory and Business* (7th Ed.), edited by T. L. Beauchamp and N.E. Bowie, Pearson Prentice Hall, 2004 pp. 55–64.
- Friedman, Milton, "The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits." *The New York Times Magazine*, September 1970.
- Gerbrandy, Anna, "Competition Law for a Sustainable Society: Government Action or Private Initiatives in Reaction to Science's Call for Sustainability." In: *Law and Governance. Beyond the Public – Private Law Divide?*, edited by A.C. Ciachhi, R. Neerhof, M. Heldeweg, and B. Van der Meulen. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2013.
- Gerbrandy, Anna, "Addressing the Legitimacy Problem of Competition Authorities Taking Into Account Non-Economic Values." 2014. *Onder Review*.
- Heath, Joseph, "A Market Failures Approach to Business Ethics." In: *The Invisible Hand and the Common Good*, edited by Bernard Hodgson, 69–89. *Studies in Economic Ethics and Philosophy* 9. Dordrecht: Springer Verlag, 2004, pp. 69–89.
- Heath, Joseph, "Business Ethics Without Stakeholders." *Business Ethics Quarterly* 16 (2006) 4, 533–57.
- Heath, Joseph, "An Adversarial Ethic for Business: Or When Sun-Tzu Met the Stakeholder." *Journal of Business Ethics* (2007) 72, 359–74.
- Hussain, Waheed, "Corporations, Profit Maximization and the Personal Sphere." *Economics & Philosophy* 28 (2012) 3, 311–31.
- Jensen, Michael, "Value Maximization, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Function." *Business Ethics Quarterly* 12 (2002) 2, 235–56.
- McMahon, Christopher, "Morality and the Invisible Hand." *Philosophy and Public Affairs* 10 (1981) 3, 247–77.

- Norman, Wayne, "Business Ethics as Self-Regulation: Why Principles That Ground Regulations Should Be Used to Ground Beyond-Compliance Norms as Well." *Journal of Business Ethics* (2011) 102, 43-57.
- Prosser, Tony, *The Limits of Competition Law. Markets and Public Services*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- Townley, Christopher, *Article 81 EC and Competition Law*. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2009.
- Van de Ven, Bert, and Jeurissen, Ronald, "Competing Responsibly." *Business Ethics Quarterly* 15 (2005) 2, 299-317.
- Vogel, David, *The Market for Virtue. The Potential and Limits of Corporate Social Responsibility*. Washington D.C.: Brookings Institution Press, 2005.
- Zimmer, Daniel, (ed.) *The Goals of Competition Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2012.

advertentie



H.E.S. Woldring

Comenius

Zijn leven, missie en erfenis

Jan Amos Comenius, grondlegger van de pedagogiek, heeft ook naam gemaakt als theoloog, filosoof en diplomaat. In alles wat hij deed, streefde hij onvermoeibaar naar het verbeteren van de menselijkheid van de mensheid.

Comenius, in 1592 in Tsjechië geboren, leefde ten gevolge van onderdrukking en oorlogsgeweld als een opgejaagde vluchteling in verschillende landen in Europa. In de laatste veertien jaar van zijn leven, tot zijn dood in 1670, woonde hij in Amsterdam. Hij schreef er boeken en maakte deze stad tot een ontmoetingsplaats voor Tsjechische vluchtelingen in Europa. Hij werd begraven in de Waalse kerk in Naarden-Vesting, waar deze kerk – naast het Comeniusmuseum – tegenwoordig is ingericht als mausoleum.

Comenius is niet alleen een belangrijke erflater van de Tsjechische cultuur, maar ook in de Nederlandse geschiedenis heeft hij een onuitwisbare plaats.

Isbn 978 94 6036 199 9, 216 pp., € 34,90, hardcover.

Verkrijgbaar in de boekhandel of rechtstreeks bij Uitgeverij DAMON. Alle boeken op de Damon-site zijn leverbaar. Gratis verzending binnen Nederland en België

www.damon.nl