

# 10 Circulaire economie en de grondslagen van het mededingingsrecht

*Anna Gerbrandy\**

## 1 Inleiding

In deze bijdrage wordt geïnventariseerd of de overgang van een lineaire naar een circulaire economie mededingingsrechtelijke vragen opwerpt. Daartoe wordt eerst kort de achtergrond van nationaal en Europees mededingingsrecht geschetst (paragraaf 2). Daarna zal worden bezien of de grondslagen van een circulaire economie zich verdragen met de uitgangspunten van mededingingsrecht en of in een circulaire economie, eerder dan in een lineaire economie, samenwerking tussen bedrijven op mededingingsrechtelijke grenzen zal stuiten (paragraaf 3). Enkele oplossingsrichtingen die op dit moment worden onderzocht zullen worden aangeduid (paragraaf 4). De bijdrage sluit af met een conclusie (paragraaf 5).

## 2 Mededingingsrechtelijke fundamenten

### 2.1 Het verbod op mededingingsbeperkende afspraken

Mededingingsrechtelijke bepalingen verbieden – kort samengevat – overeenkomsten tussen ondernemingen,<sup>1</sup> die een mededingingsbeperking ten doel of ten gevolge hebben. Dit ‘kartelverbod’ is neergelegd in artikel 101 VWEU en in artikel 6 van de Mededingingswet (Mw).<sup>2</sup> Het verbod dient te worden begrepen in het licht van de grondslagen van het mededingingsrecht: het economisch uitgangspunt dat een goede werking van het marktmechanisme ten dienste staat van een zo groot mogelijke (consumenten)welvaart. Aan het mededingingsrecht ligt derhalve een model van concurrentie en daarmee individuele (atomistische) besluitvorming van economische actoren ten grondslag. Het huidige mededingingsrecht past bij een (neo-)liberaal marktmodel, gericht op economische groei, vaak uitgedrukt in groei van het BNP. In deze context is samenwerking tussen concurrenten, zoals afspraken tussen ondernemingen die daarbij hun gedrag afstemmen, niet altijd toegestaan, omdat deze samenwerking het marktmechanisme verstoort. Het mededingingsrecht verbiedt niet

---

\* Prof. dr. Anna Gerbrandy is hoogleraar Mededingingsrecht aan de Universiteit Utrecht.

1 Een ‘onderneming’ is iedere entiteit die een economische activiteit uitoefent, bestaande uit het aanbieden van goederen of diensten op de markt.

2 Daarnaast omvat het mededingingsrecht andere bepalingen, waaronder het verbod op het maken van misbruik van een economische machtspositie, en bepalingen over het toezicht op fusies en overnames. Die bepalingen zijn voornamelijk voor het onderwerp van deze bijdrage minder relevant.

elke afspraak of samenwerkingsvorm, maar met name afspraken die *mededingingsparameters* betreffen. In het bijzonder worden prijsafspraken (een breed begrip) en marktverdelingsafspraken geraakt door het verbod, maar ook het uitwisselen van concurrentiegevoelige informatie, vooral tussen concurrenten, is problematisch. Deze typen afspraken hebben (over het algemeen) een negatief effect op consumentenwelvaart, met name door een verhoging van de prijs of door verstarring van het concurrentieproces. Artikel 101 lid 1 VWEU (en artikel 6 lid 1 Mw) verbiedt derhalve mededingingsbeperkende afspraken tussen ondernemingen.<sup>3</sup>

Artikel 101 lid 3 (en artikel 6 lid 3 Mw) geeft een uitzondering: overeenkomsten die mededingingsbeperkend zijn maar aan de voorwaarden van de uitzondering voldoen, zijn toegestaan. De vier voorwaarden zijn – opnieuw: samengevat – dat (a) sprake moet zijn van een bijdrage aan technische of economische vooruitgang; (b) een deel van de voordelen wordt doorgegeven aan consumenten; (c) de beperking niet verder gaat dan noodzakelijk; en (d) er restconcurrentie overblijft. In de praktijk is sprake van een weging: als de voordelen opwegen tegen de nadelen dan is de overeenkomst uitgezonderd van het verbod. Daarbij speelt een rol dat als er sprake is van ernstige mededingingsbeperkingen – ‘doelbeperkingen’ of ‘hard-core’ beperkingen – zoals prijsafspraken of productiebeperkingen, het moeilijker zal zijn om aan de uitzonderingsvoorwaarden te voldoen.

## 2.2 Economisering en modernisering

Om te begrijpen waarom tussen het mededingingsrecht en de idee van circulaire economie een spanningsveld kan ontstaan op zowel praktisch niveau, maar ook op fundamenteel niveau, is de ingezette *modernisering* en *economisering* van het mededingingsrecht aan het eind van de twintigste eeuw van belang. De *modernisering* was vooral gericht op een betere, effectievere, handhaving van het Europese mededingingsrecht. Naast de Europese Commissie zijn in het huidige mededingingsrechtelijke systeem nu ook de mededingingsautoriteiten van de lidstaten bevoegd tot handhaving van artikel 101 VWEU.<sup>4</sup> Dit betekent op een meer praktisch niveau ook dat nationaal en Europees mededingingsrecht nauw met elkaar in verband staan. Met name in kleinere lidstaten als Nederland is het materieelrechtelijk over het algemeen weinig zinvol een onderscheid tussen beide te blijven maken omdat vrijwel steeds de verbodsbepalingen tegelijkertijd van toepassing zullen zijn. De modernisering heeft als gevolg dat in Nederland de Autoriteit Consument en Markt (de ACM) *zowel* het Nederlandse als het Europese mededingingsrecht handhaaft. Indien beide van toepassing zijn en er een materieelrechtelijk conflict ontstaat tussen beide, dan gaat het Europese mededingingsrecht vóór. Bij de toepassing van het mededingingsrecht volgt ACM dan ook over het algemeen de Europese Commissie. Op Europees niveau

3 Deze weergave is een versimpelde weergave van een verbodsbepaling die (inderdaad) qua tekst niet zo ondoorgroendelijk is, maar in toepassing tot ingewikkelde (economische) interpretatieproblemen kan leiden.

4 Zie over modernisering bijvoorbeeld D.J. Gerber en P. Cassinis, ‘The Modernisation of European Community Competition Law: Achieving Consistency in Enforcement’, Part I & II, *ECLR* 2006, p. 10-18 en p. 51-57.

geeft de Commissie vorm aan het mededingingsbeleid (in Nederland is dat ondergebracht bij het ministerie van EZ) en is zij belast met toepassing en handhaving daarvan. Uiteindelijk is de bewaking van die toepassing en de interpretatie van het Europese mededingingsrecht in handen van het Europese Hof van Justitie.

*Economisering* houdt in dat het mededingingsrecht aan het eind van de vorige eeuw een sterkere economische grondslag kreeg (dat wil zeggen: sterker dan tot dan toe). Het idee waarop deze economiseringsslag was gegrond is dat alleen afspraken met een *daadwerkelijk* negatief effect op *consumentenwelvaart* zouden moeten worden verboden.<sup>5</sup> Dat was een correctie op de toepassing van het mededingingsrecht die (vooral achteraf) als formalistisch werd gezien: niet de daadwerkelijk negatieve effecten, maar een beoordeling in het licht van meer vage begrippen als economische handelingsvrijheid stond in die oudere benadering centraal. Deze verandering betekende ook dat economische theorie, met de centrale notie van de efficiëntie van marktwerking, de kern is geworden van een mededingingsrechtelijke beoordeling. De daadwerkelijke effecten van overeenkomsten kunnen met behulp van de toepassing van economische inzichten en modellen worden *gekwantificeerd*. Dat is gedrongen in zowel de toepassing van het verbod (van lid 1) als in de toepassing van de uitzondering (van lid 3): zowel positieve als negatieve effecten (met name op consumentenwelvaart) kunnen door gebruik van economische inzichten worden berekend. Daarmee kunnen ze ook worden vergeleken en gewogen.

### 2.3 De beoordeling van duurzaamheidsinitiatieven

Naast de zonder meer positieve gevolgen van modernisering en economisering zijn de afgelopen jaren ook enkele scherpe randjes daarvan zichtbaar geworden. Met name de Nederlandse zaken rond de *Kip van Morgen* en het *Energieakkoord* hebben laten zien dat het in de huidige op consumentenwelvaart gerichte interpretatie van het mededingingsrecht niet duidelijk is of en hoe positieve effecten die zich niet direct laten berekenen of ‘vertalen’ in consumentenwelvaart-termen mee moeten worden genomen in een mededingingsrechtelijke beoordeling.<sup>6</sup> Deze zaken maken daarnaast duidelijk dat als de overheid aan tafel zit bij de totstandkoming van zelfregulering of in het afsluiten van convenanten, dat niet betekent dat er mededingingsrechtelijke immuniteit ontstaat voor deze afspraken. Zo was bij de *Kip van Morgen* – een ketenbreed en door de overheid ondersteund initiatief om te komen tot een iets diervriendelijker geproduceerde kip – een van de fundamentele vragen of dierenwelzijn een intrinsieke waarde vertegenwoordigt, of dat een verbetering in dierenwelzijn alleen kan (en moet) worden uitgedrukt in termen van verhoogde consumentenwelvaart: door te onderzoeken wat consumenten bereid zijn meer te betalen voor een diervriendelijker

5 Zie hierover ieder handboek over mededingingsrecht, bijvoorbeeld A. Jones en B. Sufin, *EU Competition Law*, Oxford: Oxford University Press 2016.

6 ACM 2013, Notitie ACM over Sluiting 5 Kolencentrales in SER-Energieakkoord. Beschikbaar via: <[www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/12033/Notitie-ACM-over-sluiting-5-kolencentrales-in-SER-Energieakkoord/](http://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/12033/Notitie-ACM-over-sluiting-5-kolencentrales-in-SER-Energieakkoord/)>; ACM 2015, Analyse ACM van duurzaamheidsafspraken Kip van Morgen. Beschikbaar via: <[www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13758/Analyse-ACM-van-duurzaamheidsafspraken-Kip-van-Morgen/](http://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13758/Analyse-ACM-van-duurzaamheidsafspraken-Kip-van-Morgen/)>.

kip. Bij het Energieakkoord – een breed gesteund akkoord mede met inmenging door de SER tot stand gekomen om de overgang naar duurzame energieproductie in gang te zetten – was de vraag aan de orde of een mededingingsrechtelijke beoordeling van de daarin voorziene sluiting van kolencentrales in isolatie mocht plaatsvinden. Bovendien riep de beoordeling van voor- en nadelen van deze sluiting de vraag op of ‘gezondheid’ een intrinsieke waarde is, of alleen kan worden uitgedrukt in het berekenen van vermeden gezondheidskosten; en of langetermijngevolgen in de zin van een gezondere ecologie niet óók in acht hadden moeten worden genomen.<sup>7</sup>

Kort samengevat zien de mededingingsrechtelijke problemen in het beoordelen van overeenkomsten met een ‘duurzaamheidsaspect’ er als volgt uit:

- Wat te doen met ‘voordelen’ (positieve gevolgen van een afspraak) die vanuit normatief oogpunt eigenlijk niet kwantificeerbaar (zouden moeten) zijn? Wanneer daarvan sprake is, kan verschillend worden beantwoord ten aanzien van verbetering van gezondheid, bescherming van de grutto, verhoogd dierenwelzijn, bescherming van fundamentele rechten van fabrieksarbeidsters in India of vakbondsvrijheid van mijnwerkers in Colombia;<sup>8</sup>
- Als wordt gekwantificeerd, welke methode is dan geschikt (vooral een economisch vraagstuk) en hoe wordt vervolgens het resultaat ingezet (een ‘simpele’ rekensom, of als input in een kwalitatief wegingsproces)?;
- Is het mogelijk om voordelen mee te nemen die *niet* terechtkomen bij degenen die het welvaartsverlies dragen (de hogere prijs betalen)?;
- In hoeverre kunnen lange(re)termijnvoordelen mee worden genomen (en hoe zou je die moeten kwantificeren)?;
- Kunnen voordelen voor de maatschappij als geheel, of de idee dat de beperking onderdeel uitmaakt van een proces of een groter complex aan afspraken, mee worden genomen in een mededingingsrechtelijke analyse?

Dit alles leidt er in een deel van het mededingingsrechtelijk discours toe om (opnieuw) te bevragen waartoe het mededingingsrecht dient. Die vraag stelt elk zichzelf respecterend rechtsgebied zo nu en dan, maar het (nog relatief jonge) mededingingsrecht lijkt hiermee vrijwel continu te worstelen.<sup>9</sup> Een economisch antwoord

7 De (indicatieve en voorlopige) mededingingsrechtelijke beoordeling door de ACM van deze initiatieven riep ook een politieke vraag op naar de machtsverhouding tussen ministeries en de ACM; en uiteindelijk ook over de verhouding tussen Nederlands Parlement en Europese Commissie. Dat laatste blijft hier verder buiten beschouwing maar zie voor een korte beschouwing: A. Gerbrandy, Renforce Blog 2016, beschikbaar via: <<http://blog.renforce.eu/index.php/nl/author/anna-gerbrandy/>>.

8 Fair Wear Foundation 2015, Self-assessment. Beschikbaar via: <[www.fairwear.org/ul/cms/fck-uploaded/documents/labourstandards/E-bookArnoldandPorter-CompetitionLawandLivingWages.pdf](http://www.fairwear.org/ul/cms/fck-uploaded/documents/labourstandards/E-bookArnoldandPorter-CompetitionLawandLivingWages.pdf)>; ACM 2014, Advies ACM over herkomsttransparantie in de steenkolensector. Beschikbaar via: <[www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13544/Advies-ACM-over-herkomsttransparantie-in-desteenkolenketen/](http://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13544/Advies-ACM-over-herkomsttransparantie-in-desteenkolenketen/)>.

9 Een voordeel van economisering is natuurlijk dat het deze vraag beantwoordt met een (redelijk) eenduidig antwoord: mededingingsrecht dient één doel, bescherming van consumentenwelvaart. Ook in de toepassing die op dit idee is gebaseerd is het in de praktijk zo dat dit begrip niet eenduidig is en er toch ook andere – maar wel economisch-gebaseerde

is: mededingingsrecht is gericht op de bescherming van zo groot mogelijke consumentenwelvaart, door efficiënt werkende markten en bescherming van het concurrentieproces. Dit is het antwoord dat in de huidige toepassing door Commissie en ACM voorop staat. Daarin is echter weinig ruimte voor wat mededingingsjuristen ‘niet-economische’, ‘niet-mededinging’ of ‘publieke’ belangen noemen: dierenwelzijn, bescherming van fundamentele rechten, duurzaamheid, of sociale belangen. Althans, er is lastig ruimte te maken voor deze belangen in een mededingingsrechtelijke beoordeling indien zij niet in consumentenwelvaartstermen kunnen worden uitgedrukt. Dat is relevant voor circulaire economie, aangezien de samenwerking om de kringloop van productie te sluiten die daarbij voorop staat eveneens gericht is op bescherming van dergelijke ‘niet-economische’ belangen (zie de volgende paragraaf). Er zijn nuances op het bovenstaande. Zo is de focus op consumentenwelvaart, en het daarmee ‘uitsluiten’ van niet-economische belangen in een mededingingsrechtelijke beoordeling vooral op te merken bij de Europese Commissie. De Commissie heeft een scherp ingekaderde visie op het mededingingsrecht, als in dienst staand van consumentenwelvaart.<sup>10</sup> In ‘oude’ beschikkingen van de Commissie was dat anders: zo kan worden verwezen naar een beschikking van de Commissie ten aanzien van het uitfaseren van de productie van milieuonvriendelijke wasmachines, waarin de Commissie toch óók milieuoverwegingen betrok (naast besparing van kosten). Weliswaar noemt de Commissie enkele bedragen, maar deze hebben vooral betrekking op de totale voordelen van de vermeden (externe) kosten in het overgaan naar nieuwe wasmachines. Een echte *berekening* is in deze zaak niet aan de orde.<sup>11</sup> Het is de zeer de vraag of de Commissie een dergelijke beoordeling *nu* op dezelfde manier zou doen. Belangrijk is óók dat het Hof van Justitie van de EU uiteindelijk de interpretatie, en dus de grenzen, van het Europese mededingingsrecht bewaakt. Het Hof heeft zich niet uitgesproken vóór het vernauwen van de doelstelling van mededingingsrecht tot één enkele doelstelling, maar aanvaardt consumentenwelvaart wel

---

– redenen zijn om het mededingingsrecht in te zetten. De discussie over de doelstellingen van mededingingsrecht is uitgebreid, maar zie voor een overzicht: O. Andriychuck, ‘Rediscovering the Spirit of Competition: On the Normative Value of the Competitive Process’, *European Competition Journal* 2010, 6 (3), p. 575-610; B. Baarsma, ‘Rewriting European Competition Law from an Economic Perspective’, *European Competition Journal* 2011, 7(3), p. 559-585; S. Kingston, ‘Integrating Environmental Protection and EU Competition Law. Why Competition Isn’t Special’, *E.L.J.* 2010, 16(6), p. 780-805; G. Monti, *EC Competition Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2007; M.E. Stucke, ‘Reconsidering Antitrust’s Goals’, *Boston College Law Review* 2012, 53(2), p. 551-629; C. Townley, *Is Anything More Important than Consumer Welfare (in Article 81 EC)? Reflections of a Community Lawyer*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2008, 10(1), p. 345-381. Meer direct in relatie tot duurzaamheidsproblematiek ook R. Claassen en A. Gerbrandy, ‘Rethinking European Competition Law: from a consumer welfare to a capability approach’, *Utrecht Law Review* 2016, 12 (1).

10 Europese Commissie, ‘Richtsnoeren Artikel 81(3) van het Verdrag’, *PbEU* 2004, C 101/97; Europese Commissie, ‘Richtsnoeren verticale restricties’, *PbEU* 2010, C 130/1.

11 Zie Commissie beschikking van 24 januari 1999, zaak IV.F.1/36.718, CECED, *Pb EC* 2000, L 187/47.

als één daarvan.<sup>12</sup> Bovendien zijn er enkele, wat wonderlijke, constructies ontstaan in de jurisprudentie van het Hof waarbij de vraag omtrent de relatie tussen mededingingsrechtelijke belangen en niet-mededingingsrechtelijke belangen soms tot verrassende uitkomsten heeft geleid.<sup>13</sup> En ten slotte is het – bij gebrek aan jurisprudentie – onduidelijk hoe het Hof een beoordeling onder de uitzondering van artikel 101 lid 3, waarbij een weging van publieke belangen (niet) werd betrokken, in de huidige situatie zou bezien.

### 3 De grondslagen van de circulaire economie en mededingingsrechtelijke risico's

De ambitie van de Nederlandse regering is: 'Nederland circulair in 2050'.<sup>14</sup> Die ambitie is zo veelomvattend dat het in deze bijdrage onmogelijk is om op elk van de deelterreinen waarop zij betrekking heeft in te gaan. Voor een mededingingsrechtelijke analyse op wat hoger abstractieniveau is dat ook niet nodig omdat het mededingingsrecht (in beginsel) van toepassing is op alle sectoren en terreinen van het economisch proces. Ik zal in deze paragraaf enkele algemene uitgangspunten van de circulaire economie belichten die relevant zijn voor een mededingingsrechtelijke invalshoek: op het niveau van economische structuur en economische ordening en op het niveau van uitvoering van de ambitie om tot een circulaire economie te komen. Vervolgens zal ik laten zien hoe spanning kan ontstaan op het niveau van daadwerkelijke samenwerking.

#### 3.1 Economische structuur in een circulaire economie

In de kern is een circulaire economie gebaseerd op het principe dat er zo min mogelijk verloren gaat: zo zuinig mogelijk met grondstoffen, en waar mogelijk dus gebruik van duurzame grondstoffen, zo min mogelijk afvalstoffen, zo veel mogelijk duurzaam gebruik, hergebruik en recycling.<sup>15</sup> Maar, zoals het Rijksbrede programma

12 Zie A. Gerbrandy, 'Extended Case Note to Case C-8/08, T-Mobile e.a.', *Common Market Law Review* 2010, vol. 47, p. 1199-1220.

13 Bijvoorbeeld het leerstuk van inherente beperkingen (zie recent hierover E. Kloosterhuis, 'Wouters: All-in the Family?', *M&M* 2016, nr. 3); het 'haakje' van solidariteit gebruiken (zie A. Gerbrandy, 'Toekomstbestendig Mededingingsrecht', *M&M* 2016, nr. 3, p. 102-112); of via de nuttig-effectroute (zie R. Wesseling, "'Polder-Plus"-model: oplossing "Kip van Morgen" ligt niet bij ACM maar bij minister', *M&M* 2015, nr. 6, p. 220-221). Over dat laatste hieronder meer.

14 Zie het Rijksbrede programma Circulaire Economie, aanbiedingsbrief 14 september 2016, beschikbaar via: <[www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2016/09/14/rijksbrede-programma-circulaire-economie](http://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2016/09/14/rijksbrede-programma-circulaire-economie)>.

15 Zie ook de R-ladder: *refuse, rethink, reduce* op het niveau van producten slimmer maken en gebruiken; *re-use, repair, refurbish, remanufacture, re-purpose* op het niveau van levensduurverlenging; *recycle, recover* op het niveau van hergebruik van materialen (Greendeals, o.a. Evaluatie van het Planbureau voor de Leefomgeving 5 september 2016,

aanduidt, het fundament van de circulaire economie wordt gevormd door een omslag naar een andere *economische structuur*. Dat houdt in dat ‘niet alleen economische en milieutechnische, maar ook andere aspecten van welvaart worden meegenomen’.<sup>16</sup> Deze aanduiding in het Rijksbrede programma is niet verder uitgewerkt, maar kan worden gezien als een subtiele afwijking (of afwijzing) van het (neo)liberale marktmodel van economische ordening dat de afgelopen decennia dominant is. Dát model beantwoordt de kernvraag van economie – wat te produceren, hoe te produceren, en voor wie te produceren – met te wijzen op het marktmechanisme. De veronderstelling van het marktmechanisme is dat efficiënt werkende markten (met veel vragers en aanbieders, grote transparantie, geen toetredingsbarrières, enz.) de grootst mogelijke economische welvaart opleveren.<sup>17</sup> Het welvaartsbegrip is daarin inherent gekoppeld aan economische groei door middel van groeiende consumptie. Nu is een circulaire economie nog geen afscheid van het marktmechanisme. Integendeel: zoals de Europese Commissie bijvoorbeeld benadrukt, levert een circulaire economie kansen op voor het vergroten van de concurrentiekracht van de Europese economie en is het mogelijk om via het creëren van *nieuwe* markten (waarop dan weer geconcurrereerd wordt) marktaandeel te verwerven. Soms is juist de *introdunctie* van marktwerking een stimulans voor zowel beter hergebruik als een lagere prijs.<sup>18</sup> Andersom volgt uit het mededingingsrecht weliswaar dat ondernemingen zélf hun marktgedrag dienen te bepalen, maar dat kan net zo goed in een circulair model als in een ‘take – make – dispose’ model. Mededingingsrechtelijk gezien is de keuze voor bedrijven om te kiezen voor een bedrijfsvoering volgens de principes van circulaire economie een *neutrale* beslissing, net als de keuze voor een circulaire economie in zekere zin *neutraal* is ten aanzien van economische ordeningsprincipes.

Toch lijkt de invulling van het doel van het marktmechanisme – datgene waarvoor het marktmechanisme dient – wel degelijk verschillend. De grondslagen van de economische ordening berusten op andere waarden. In de visie van de overheid wordt dit niet heel expliciet gemaakt, maar het is duidelijk dat een circulaire economie niet alleen gericht is op vergroten van de economische welvaart op korte termijn, maar op een inclusiever welvaartsbegrip en daarnaast ook op een begrip dat gericht is op de lange termijn. Bovendien wordt economische groei losgekoppeld van consumptie en wordt – op een niveau dichterbij de consument – eigendom losgekoppeld van gebruik. Dit betekent ook dat wordt gekozen voor een welvaartsbegrip dat breder is dan het

---

p. 26, beschikbaar via: <[www.pbl.nl/sites/default/files/cms/publicaties/pbl-2016-evaluatie-green-deals-circulaire-economie-achtergrondstudie-2477.pdf](http://www.pbl.nl/sites/default/files/cms/publicaties/pbl-2016-evaluatie-green-deals-circulaire-economie-achtergrondstudie-2477.pdf)>).

16 Rijksbrede programma, p. 19.

17 Het marktmodel wordt in de ideaaltypen van economische ordening afgezet tegen een centraal geleide planeconomie.

18 Zie de afschaffing van het monopolie op inzameling van Grüne Punkt-afval die zowel leidde tot een lagere prijs (van inzameling en verwerking) als tot betere verwerking (zie presentatie op ACM Conference on impact assesment of oversight by competition and consumer atuhorities, 11 november 2016). Hoewel er vraagtekens kunnen worden gezet bij de kracht van causaliteit – was de betere verwerking niet *ook* de resultante van betere technieken – kan in bepaalde markten het introduceren van marktwerking duurzaamheidswinst opleveren.



begrip dat in het huidige mededingingsrecht met zijn focus op consumentenwelvaart wordt gehanteerd. Daarmee kan zowel een link worden gelegd met de onder het (al wat oudere) idee van duurzaamheid liggende ‘triple-p’-gedachte waarin een economische structuur gebaseerd is op people, planet, profit, als met de discussie over een ‘Breed welvaartsbegrip’. Op een nog fundamenteeler niveau, buiten de ambitie van deze bijdrage liggend maar boeiend als het gaat om het doordenken van de verhouding tussen de mens en haar omgeving en de invloed die daarop betrekken keuzes hebben op het model van economische ordening, is het de vraag of de verdringing door het marktmodel van wat antropoloog Graeber de ‘menselijke economie’ noemt, door een streven naar circulariteit weer teruggedraaid zal (moeten) worden. Als de grondslagen en waarden waarop een circulaire economie rust van een fundamenteel andersoortige aard zijn dan de fundamenten waarop een markteconomie rust dan is een dergelijk terugdringen van het marktmodel niet uitgesloten.

### **3.2 Invloed op ondernemingen bij uitvoering van de ambitie naar circulariteit**

Naast een andere economische structuur is mededingingsrechtelijk gezien een van de meest in het oog springende elementen in de transitie naar een circulaire economie dat daarvoor samenwerking nodig is. Zo wordt gesteld: ‘de ambitie van het kabinet is om samen met maatschappelijke partners in 2030 een (tussen) doelstelling te realiseren’. Samenwerking is nodig ‘tussen publieke en private partijen’, ‘in de eigen keten en cross-sectoraal’, en op ‘verschillende schaalniveaus’. De samenwerking wordt bevestigd door vele voorbeelden: het doel om ‘samen met maatschappelijke partners nog dit jaar tot een grondstoffenakkoord te komen’, het ketenakkoord kunststofkringloop en de Green Deal Verduurzaming Betonketen, dat heeft geleid tot het Betonakkoord (waarna ‘soortgelijke akkoorden over andere thema’s in de bouw’ zullen volgen), het Convenant Duurzame Kleding en Textiel, en het Energieakkoord. Alle Green Deals zijn een vorm van samenwerking tussen, op zijn minst, publieke en private partijen.

De redenen die worden benoemd om samen te werken kunnen zowel marktgericht van aard zijn als daarbuiten liggen. Zo wordt genoemd dat door samenwerking negatieve externe effecten (negatieve effecten op de welvaart die niet in de prijs zijn meegerekend) weg kunnen worden genomen. Maar andere redenen om samen te werken zijn kennisdeling en afstemming van de materiaalstromen binnen een productieketen. Dat samenwerking wordt benadrukt is niet zomaar een loze frase, maar hangt samen met de karakteristieken van een circulair businessmodel. Dat businessmodel gaat bijvoorbeeld uit van een ándere houding ten aanzien van omgang met natuurlijk hulpbronnen, naar een verdienmodel en supply-chain management dat is gebaseerd op een netwerk van (langdurige) relaties, samenwerking en cocreatie. Met andere woorden: samenwerking is een fundamenteel onderdeel van een circulaire economie. Dat is boeiend als de positie van de onderneming nader wordt gezien. Aan het mededingingsrecht ligt de veronderstelling ten grondslag dat de onderneming vooral gericht is op het *eigen* (private, winst)belang (en dat de overheid er is voor het behartigen van het publiek belang). Voor ondernemingen staat het waarborgen van ‘shareholder-value’ voorop. Het is echter de vraag of de onderneming die een



circulair businessmodel nastreeft wel past in dit beeld. Een circulair businessmodel past beter bij het idee van ondernemerschap waarbij een ‘stakeholder-model’ van verantwoordelijkheden vooropstaat (en ook concepten van maatschappelijk verantwoord ondernemen en *responsible business conduct* passen in dit frame).<sup>19</sup> Maar deze grondslag stelt de scheiding tussen het publiek domein, gericht op behartiging van het publiek belang, en het private domein, gericht op private belangen (zoals winst) op de proef. Een onderneming die medeverantwoordelijkheid draagt voor het opkomen van andere belangen dan alleen het eigen winstbelang (zonder te willen stellen dat de overgang naar een circulair businessmodel *niet* ook in het eigen belang kan zijn) past niet goed. Nu is dit alles in zekere zin voor het mededingingsrecht nog wel neutraal, maar wél alleen indien de onderneming solistisch optreedt. Indien wordt *samengewerkt* om deze belangen te waarborgen, ontstaan er mededingingsrechtelijke angelen en voetklemmen: een mededingingsrechtelijke beoordeling van deze samenwerking dient zich al snel te buigen over de als ‘niet-economisch’ of ‘publiek’ aangemerkte belangen.

Hieruit volgt, dat het idee dat samenwerking weleens het uitgangspunt kan zijn in een economische orde die op circulariteit is gebaseerd, mededingingsrechtelijk *niet* neutraal is. Indien samenwerking tot een mededingingsbeperking leidt, kan die alleen gesauveerd worden indien zij voor het behalen van de positieve effecten *noodzakelijk* is. Het mededingingsrecht gaat immers uit van het idee dat elke onderneming zelfstandig haar marktpositie bepaalt. Daarom houdt de noodzakelijkheidsvoorwaarde in dat vereist is dat zonder de (mededingingsbeperkende) onderlinge afspraken het positieve effect niet zou ontstaan. Maar in een circulair businessmodel lijkt samenwerking meer een algemene *mindset*. Dan is samenwerking niet beperkt tot gevallen waarin dat noodzakelijk is in strikte zin, maar een in algemene zin wellicht te prefereren route om de overgang naar een circulaire economie te bespoedigen. Bovendien is samenwerking daarin een breed begrip, en omvat het samenwerking tussen verschillende ondernemingen, met publieke instellingen en het maatschappelijk midden wat de scheidslijn tussen publiek en privaat domein in elkaar laat overvloeien.

Ten slotte is mededingingsrechtelijk gezien ook de focus op langetermijnrelaties in de ondernemingsketen en op het gezamenlijk adresseren van negatieve externe effecten *niet* geheel neutraal. Hoewel het mededingingsrecht samenwerking toestaat indien de positieve effecten – het opheffen van negatieve externe effecten bijvoorbeeld – de

19 Zie OECD Guidelines for Multinational Enterprises – Responsible Business Conduct Matters, 2011, beschikbaar via: <[https://mneguidelines.oecd.org/MNEguidelines\\_RBCmatters.pdf](https://mneguidelines.oecd.org/MNEguidelines_RBCmatters.pdf)>; OECD, Competition Law and Responsible Business Conduct. Global Forum on Responsible Business Conduct, 2015, beschikbaar via: <<http://mneguidelines.oecd.org/global-forum/2015GFRBC-Competition-Law-RBC.pdf>>; European Commission 2011, Communication from the commission to the European parliament, the council, the European economic and social committee and the committee of the regions: A renewed EU strategy 2011-14 for Corporate Social Responsibility, COM(2011)681 final; H.J. Zwolve-Erades, ‘Maatschappelijk verantwoord ondernemen in Nederland’, *Tijdschrift voor Ondernemingsrecht* 2015, afl. 1. Zie over het ‘shareholder model’: J. Heath, *Morality, Competition, and the Firm: The Market Failures Approach to Business Ethics*, Oxford: Oxford University Press 2014.

negatieve effecten op consumentenwelvaart opheffen, is het lastig om langetermijneffecten mee te nemen in een mededingingsrechtelijke beoordeling. Zover kijkt een mededingingsrechtelijke beoordeling van een samenwerkingsverband tussen ondernemingen over het algemeen niet.

### 3.3 Mededingingsrechtelijke risico's

Zoals uit het voorgaande blijkt kan samenwerking tussen ondernemingen mededingingsrechtelijk problematisch zijn. Dat betreft niet alle samenwerkingsvormen: indien samenwerking niet is gericht op marktparameters, dan is zij mededingingsrechtelijk over het algemeen onschuldig. In de praktijk is die grens echter soms lastig te bepalen.<sup>20</sup> Samenwerking tussen kleine en middelgrote ondernemingen hoeft evenmin problematisch te zijn, mits daarbij enkele grondregels niet worden overtreden.<sup>21</sup> Dat neemt de *fundamentele* spanning die hiervoor aan de orde kwam echter niet weg.

Die spanning uit zich vervolgens in praktische zin wellicht als volgt. Met inmenging van het publiek domein, vaak inclusief het meepraten door maatschappelijke organisaties, wordt met ondernemingen gezamenlijk een initiatief tot stand gebracht dat is gericht op het verduurzamen of circulair maken van (een onderdeel van) de productie- of dienstverleningsketen. Ondernemingen doen natuurlijk soms alleen schoorvoetend mee. Zij hoeven misschien niet zo nodig, maar uit welbegrepen eigenbelang – beter zelfregulering dan overheidsdwang, beter meewerken dan negatieve publiciteit – sluiten zij zich aan. Het past bovendien in de poldertraditie dat partijen gezamenlijk vorm geven aan belangrijk geachte maatschappelijke waarden. De overheid (in wat voor vorm dan ook) zit ook aan tafel, want die ziet de totstandkoming van een dergelijk initiatief als onderdeel van het behartigen van haar publieke taak. Maatschappelijke partijen zitten aan tafel, want zij begrijpen dat het soms de voorkeur heeft om mét ondernemingen samen te werken in het behalen van de doelen van hun maatschappelijke missie. Het kan daarbij voor alle partijen duidelijk zijn dat als de betrokken ondernemingen zelf, individueel, over zouden gaan tot verduurzaming of een circulair businessmodel, de inmenging van overheid en maatschappelijke partijen niet nodig zou zijn. Maar de marktprikkel daartoe ontbreekt<sup>22</sup> of de 'go at it alone'-route is, gezien de marktomstandigheden, geen optie, zelfs al zouden individuele

20 Zo heeft ACM naar aanleiding van de onduidelijkheid of huisartsen mochten samenwerken een document opgesteld waarin zij uitleg geeft van wat wel en niet is toegestaan; zie 'Uitgangspunten toezicht ACM op zorgaanbieders in de eerste lijn' (beschikbaar via: <[www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/14734/Uitgangspunten-toezicht-ACM-op-zorgaanbieders-in-de-eerste-lijn/](http://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/14734/Uitgangspunten-toezicht-ACM-op-zorgaanbieders-in-de-eerste-lijn/)>). Het is de vraag of daarmee alle twijfel weggenomen is, maar het is wel een verduidelijking van de vraag waarop ACM vooral let, en of zij op eigen initiatief in actie zal komen.

21 Zie met name de beleidsdocumenten van de Europese Commissie: 'Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty', *OJ EU* 2004, C 101/97; 'Guidelines on Vertical Restraints', *OJ EU* 2010, C 130/1 en vergelijkbare uitleg op de site van de ACM.

22 Dit is mededingingsrechtelijk, maar ook politiek relevant. Als er wel een marktprikkel is, dan is dat meestal vanwege een veranderde vraag: de consument wil graag

ondernemingen willen. In ieder geval is dat een veel minder snelle optie. Het is dan natuurlijk wel van belang om zo veel mogelijk marktpartijen te betrekken: alleen als *iedereen* meedoet, kan het een succes worden, anders ondergraaft de enkeling het initiatief. Daarbij is men zich (althans: steeds vaker) best bewust van het bestaan van het mededingingsrecht. Kartels mogen niet, maar dit overleg is ook niet gericht op kartelafspraken! Er worden immers geen prijsafspraken gemaakt! Het initiatief is gericht op andere waarden. Het is bovendien, in het perspectief van sommige van de partijen althans, nadrukkelijk een eerste stap op weg naar verdere ontwikkeling. Of het uit zich in een iets andere vorm. Grote multinationals, actief in de food-sector, zien zich bijvoorbeeld geconfronteerd met uitputting van vruchtbare grond. Intensieve landbouw en gewassenteelt heeft erosie tot gevolg. Dat leidt tot vernietiging van het vruchtbare laagje grond – de *topsoil* – met verwoestende gevolgen voor het lokale ecosysteem, inclusief de lokale economie en samenleving. Maar economisch gezien heeft elke individuele *smallholder* die zijn grondstof levert, baat bij een zo groot mogelijke opbrengst van zijn land op de korte termijn. Voor investeringen, roulatie van gewassen, een andere beplanting, kortom: voor een langetermijnplanning is geen ruimte op dit niveau, zeker niet in zich ontwikkelende landen. Maar het economisch voortbestaan van de multinationals is ook in gevaar. Ook zij kunnen (over het algemeen) echter niet in hun eentje de noodzakelijk langetermijninvesteringen doen. Deze zijn fors en het is – zonder daarover afspraken te maken – niet gezegd dat anderen vervolgens daar niet de vruchten van zouden gaan plukken. Een gezamenlijk wereldwijd initiatief kan dit oplossen. Via certificering, via keurmerken, of – en dat is soms makkelijker, sneller, betrouwbaarder – via een systeem van afspraken om over te gaan op langeretermijnrelaties tussen *smallholders* en producenten. Of, nog iets anders (of daarbij), door het onderling afspreken niet langer producten af te zullen nemen van niet-duurzaam beheerde landbouwgrond.<sup>23</sup>

Of neem het probleem dat in de bijdrage van Andrea Keessen in dit boek aan de orde is: er wordt te veel mest geproduceerd in Nederland. De mest-naar-grondstofkringloop kan (gesimplificeerd weergegeven) het best worden gesloten op lokaal niveau door bijvoorbeeld een ‘ruil’ tussen de mestproducenten en akkerbouwers. De veehouder krijgt veevoer (en haalt geen soja uit de Amazone); de akkerbouwer krijgt mest (en koopt geen – goedkopere – kunstmest). Zowel organisatorisch als vanuit

---

duurzaam/circulair. Als dan een ‘willingness to pay’ onderzoek wordt uitgevoerd zou daaruit naar voren moeten komen dat consumenten ook daadwerkelijk bereid zijn te betalen (dat was bij de Kip van Morgen, in het onderzoek door ACM, niet het geval). Als er bovendien een marktprikkel is, is het de vraag of samenwerking noodzakelijk is. Als er geen marktprikkel is, dan is het vanuit economisch perspectief – tenzij er sprake is van marktfalen in de vorm van externaliteiten of anderszins – geen reden tot verandering. Een overheid die dan duwt, kan worden gezien als een paternalistische overheid die haar voorkeuren (of de voorkeuren van de elite die zij vertegenwoordigt) oplegt aan de maatschappij. Of deze vorm van paternalisme wel of niet acceptabel wordt geacht is ook een politieke vraag.

- 23 Zie het hiervoor genoemde ‘Fair Wear’ initiatief, en ook het Palm Oil Initiative (2016), beschikbaar via: <<https://news.mongabay.com/2016/07/under-government-pressure-palm-oil-giants-disband-green-pledge/>>.

het idee het mestprobleem op te lossen door circulariteit in te voeren, is het handig om dat op wat hoger niveau te regelen in de vorm van afspraken tussen de akker- en tuinbouw en de veehouderij in algemene zin. Daarbij moet iedereen – of althans: een groot deel – meedoen, om *free riding* tegen te gaan.<sup>24</sup>

Vanuit het mededingingsrecht wordt, zoals hierboven aangegeven, gereageerd door er op te wijzen dat er (waarschijnlijk) prijseffecten zullen zijn, die het gevolg zijn van deze afspraken. Ook als de afspraken zorgvuldig zijn vormgegeven en zij geen concrete prijsafspraken bevatten, kan dat het geval zijn, met name als gevolg van verhoogde productiekosten (of het uit de markt halen van productiecapaciteit).<sup>25</sup> Als de overheid bij het initiatief betrokken is, is dat geen reden het mededingingsrecht niet van toepassing te achten; ook de overheid zelf kan het mededingingsrecht overtreden. Tegelijkertijd zijn het legitimerende effect van het betrokken zijn van vele partijen, en de redenen voor, en overwegingen die ten grondslag liggen aan dit type initiatieven juist lastig in het mededingingsrechtelijk beoordelingskader mee te nemen. De publieke belangen die aan de orde zijn, de langetermijnvisie, de positieve grondhouding ten opzichte van samenwerking ook als die in strikt economische zin wellicht niet noodzakelijk is, de ‘dit is een eerste stap’ en ‘je moet dit zien als onderdeel van een groter geheel’-idee: dat zijn ingewikkelde kwalitatieve waarden. In een circulaire economie lijken zij echter *inherent* te zijn aan de economische ordening, waardoor de spanning zichtbaar wordt.

#### 4 Oplossingen

De spanning tussen de grondslagen van het mededingingsrecht en grondslagen van een circulaire economie zal zich uiten in het in strijd kunnen komen van samenwerkingsverbanden gericht op circulariteit, met het mededingingsrecht. Hierboven kwamen al enkele voorbeelden van dergelijke situaties langs. Met name in het verlengde van de Kip van Morgen en het Energieakkoord – en het informele oordeel van ACM dat deze initiatieven in strijd komen met het mededingingsrecht – wordt ook binnen het ministerie van Economische Zaken nagedacht over oplossingen.<sup>26</sup>

Zo is bezien of een oplossing kan worden gevonden op het niveau van de interpretatie van de uitzonderingsvoorwaarden van artikel 6 lid 3 Mw (het equivalent van artikel

24 Ook zal, wil dit goed geregeld worden, de steunvoorziening wellicht moeten worden herzien.

25 Er zijn ook andere mededingingsrechtelijke redenen voor afwijzing mogelijk: in oligopolistische markten kan het uitwisselen van informatie leiden tot verstarring van de marktaandelen en het verder verminderen van toch al beperkte concurrentie. Er is dan niet zozeer sprake van een prijseffect, maar van een marktproceseffect dat mededingingsrechtelijk problematisch is. Dat was met name het mededingingsrechtelijke bezwaar bij o.a. het hierboven genoemde Bloedkolen-convenant.

26 N.a.v. een motie daartoe van de Tweede Kamer: zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33 400 XIII, nr. 99, motie Dijkgraaf-Geurts; zie ook de Brief van de Minister van Economische Zaken aan de Voorzitter van de Tweede Kamer, ‘Mededinging en Duurzaamheid’, d.d. 23 juni 2016, kenmerk DGETM-MC / 16071609.

101 lid 3 TFEU). De minister van Economische Zaken stelde nieuwe beleidsregels voor waarbij ACM werd opgedragen de voorwaarden ruimer – duurzaamheidsvriendelijker – te interpreteren en toe te passen. Het concept voor de nieuwe beleidsregels werd voorgelegd ter consultatie, waarop ACM en de Commissie reageerden door te stellen dat toepassing van de beleidsregels zou leiden tot strijdigheid met het Europese mededingingsrecht.<sup>27</sup> De nieuwe beleidsregels zijn ondertussen vastgesteld,<sup>28</sup> en geven de meest vérgaande opdracht aan ACM die in deze politieke constellatie haalbaar werd geacht: minder vergaand dan de ter consultatie voorgelegde conceptbeleidsregels, maar toch een meer alomvattende beoordeling bevattend.<sup>29</sup> De minister onderzocht ook enkele andere routes: kon via de leer van de ‘inherente beperkingen’ geen ruimte worden gevonden? In dit jurisprudentiële leerstuk heeft het Hof overwogen dat indien een mededingingsbeperking inherent noodzakelijk is aan het voldoen aan een publiek belang, en de overheid daarbij is betrokken, zij buiten het verbod valt.<sup>30</sup> Maar het leerstuk is moeilijk en de minister stelt dat de jurisprudentie hieromtrent niet genoeg is uitgewerkt om daarover zekerheid te kunnen geven voor de duurzaamheidsinitiatieven waarvoor ruimte wordt gezocht.<sup>31</sup> Zelf heb ik het idee opgeworpen om na te gaan of via de ‘solidariteitsexcepties’ – waarbij activiteiten die zijn gebaseerd op solidariteitsoverwegingen, zoals voorheen de ziekenfondsen, buiten het verbod vallen – een ontsnappingsroute kan worden geconstrueerd.<sup>32</sup> Of dat succesvol kan zijn is evenmin vooraf gegarandeerd. Ondertussen bereidt de minister wetgeving voor waarin de mogelijkheid wordt gecreëerd om in de markt ontstane duurzaamheidsinitiatieven ‘algemeen geldend’ te verklaren en zo marktdekkend te maken.<sup>33</sup> Daarmee wordt, zo is de gedachte, het initiatief overgenomen en aan een mededingingsrechtelijke beoordeling onttrokken. Dit is een belangrijk wetsvoorstel, maar ook hier is het met onzekerheid omgeven. De vraag is of niet alsnog gehandeld wordt in strijd met de zogenoemde ‘nuttig effect’ doctrine, waaruit volgt dat de lidstaten het nuttig effect van de Europese mededingingsregels niet mogen ondergraven,<sup>34</sup> of in strijd met met de vrijverkeerregels van het Verdrag.

27 Zie: <[www.internetconsultatie.nl/mededingingenduurzaamheid](http://www.internetconsultatie.nl/mededingingenduurzaamheid)>.

28 Beleidsregel mededinging en duurzaamheid 2016, *Stcrt.* 2016, 52945.

29 Zo wordt de ACM door de minister opgedragen ook ‘voordelen voor de samenleving als geheel’ mee te nemen, alsook een specifieke clause in onderling verband van het groter geheel te beoordelen. Het grote struikelblok blijft echter dat de voordelen voor de consument minstens even groot moeten zijn als zijn welvaartsverlies. ACM heeft ondertussen bovendien aangegeven – samengevat – slechts op te treden tegen duurzaamheidsinitiatieven als daarover wordt geklaagd, en dan niet direct over te zullen gaan tot handhaving, maar eerst een gesprek aan te gaan met betrokken partijen (zie brief van de minister).

30 Zie Kloosterhuis 2016, hierboven aangehaald.

31 Zie brief van de minister.

32 Zie Gerbrandy, voetnoot 13.

33 Zie brief van de minister.

34 Uit deze jurisprudentie volgt bijvoorbeeld dat de overheid geen mededingingsbeperkende afspraken die uit ‘de markt’ ontstaan, mag bekrachtigen of stimuleren. Verder mag de overheid haar eigen regulerende bevoegdheden niet geheel overdragen aan de

Deze ideeën hebben gemeen dat ze zich richten op de praktische, concrete, strijdigheid van afspraken met het mededingingsrecht en binnen het mededingingsrecht daarvoor een uitweg proberen te vinden. Een fundamentele oplossing bieden zij niet. Daarop wordt wel gesteld dat het mededingingsrecht ook helemaal de plaats niet is voor een afweging tussen zulke verschillende typen belangen: de overheid kan (en zou) via wetgeving en regulering het algemeen belang (moeten) vormgeven, bijvoorbeeld in de vorm van concrete voorschriften. Zo wordt het onderwerp geheel uit de private sfeer getild en is het mededingingsrecht niet van toepassing.<sup>35</sup> Dit is zeker een aantrekkelijke route: in zekere zin de koninklijke route zelfs. Zij is echter niet altijd beschikbaar – als het gaat om grensoverstijgende of wereldomspannende problematiek bijvoorbeeld – of voor de hand liggend – bijvoorbeeld vanwege de poldertraditie, of om andere redenen. Bovendien lost ook dát de fundamentele spanning niet op omdat het grondbegrip van de circulaire economie steeds wordt geaccomodeerd, maar niet aan het recht ten grondslag ligt. Een duurzame oplossing zou derhalve vooral gevonden moeten worden op het niveau van de grondslagen van het recht. Die grondslagen zouden moeten worden gevonden in de (gewenste) inrichting van de samenleving en daardoor gedragen moeten worden. Vanuit de idee van overgang naar een circulaire economie betekent dat niet per se het overboord gooien van de markt als ordeningsprincipe, maar wel een (zekere, vergaande, of zéér vergaande) nuancering daarvan. Een nieuw paradigma voor de samenleving, op duurzame groei en circulaire economie gericht, moet noodzakelijkerwijs worden weerspiegeld in het recht. Vanzelfsprekend is dat een complex en langdurig proces, wat de reden is om ondertussen de verschillende routes om de spanning in het concrete geval op te lossen serieuze aandacht te geven.

## 5 Conclusie

De overgang naar een circulaire economie betekent niet per definitie het verlaten van het marktmodel zoals dat ten grondslag ligt aan de huidige interpretatie van het mededingingsrecht. Ook een circulaire economie kan gebaseerd zijn op marktwerking. Desalniettemin is duidelijk dat er op een fundamenteel niveau verschillen zijn tussen de grondslagen van circulariteit en de grondslagen van mededinging: een circulaire economie is niet alleen gericht op vergroting van consumentenwelvaart door economische groei, maar op bescherming van *people, planet én profit* – waarbij

---

markt: delegatie van bevoegdheden mág maar onder de voorwaarde dat het publiek belang daarbij door de overheid zélf blijft worden behartigd.

35 Het verschil met de situatie die de grondslag vormt van het wetsvoorstel over algemene gelding is, verkort weergegeven, wáár het initiatief ligt: in het wetsvoorstel algemene gelding komen marktpartijen met een voorstel dat de minister kan overnemen (met een publiekbelangtoets). In een ‘gewoon’ wetgevingsproces ligt dat anders: hoewel er gelobbyd kan worden door marktpartijen is er een volledig democratisch gelegitimeerd wetgevingsproces dat vooral het publiek belang dient. In dat geval is er – vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt althans – geen marktinitiatief dat aan het overheidsoptreden in wetgeving ten grondslag ligt.

*people* en *planet* niet ondergeschikt zijn aan *profit*. Een dergelijke economie kenmerkt zich door zowel de noodzakelijkheid als de wens tot het aangaan van langdurige samenwerkingsverbanden binnen en tussen sectoren en ketens. De overheid is in het proces naar een circulaire economie niet alleen markttoezichthouder maar is actief betrokken in vormgeving. Deze spanning op het niveau van grondslagen en fundamenten kan zich uiten in een botsing met het mededingingsrecht van concrete overeenkomsten, afspraken, initiatieven of convenanten die zijn gericht op het in de praktijk vormgeven van circulariteit.

Zoals hiervoor aangegeven zijn dan op verschillende niveaus reacties mogelijk. Ten eerste op het niveau van de concrete spanning, door binnen het mededingingsrecht routes toe te passen die een zekere afweging mogelijk zouden kunnen maken. Deze routes zijn lastig, en – naar verwachting – beperkt toepasbaar. Een tweede mogelijkheid is de grondslagen van het mededingingsrecht te heroverwegen, als niet alleen op consumentenwelvaart gericht maar óók op niet-economische belangen. De huidige interpretatie van het mededingingsrecht door de Europese Commissie en de ACM geeft hiertoe weinig ruimte, maar in de jurisprudentie van het Hof van Justitie lijkt die ruimte niet fundamenteel te zijn uitgesloten. Ten derde, en meer fundamenteel en op de lange termijn gericht, dienen de grondslagen van het marktrecht te worden herdacht, aangezien die grondslagen niet (meer) passen bij een overgang naar circulaire economie en een duurzame inrichting van de samenleving.