

Bredere kijk op mededingingsrecht gewenst

Mejudice, 24 februari 2015

<https://www.mejudice.nl/artikelen/detail/bredere-kijk-op-mededingingsrecht-gewenst>

De Autoriteit Consument en Markt (ACM) dient de belangen van de Nederlandse burger en blijft daarbij braaf binnen haar regels en mandaat. Anna Gerbrandy en Rutger Claassen stellen dat de ACM daarbij een te eenzijdige en te smalle kijk heeft ontwikkeld. Een bredere kijk op welvaart zou de consument beter kunnen bedienen ook al betekent dit soms een hogere prijs of een samenwerking van bedrijven. Kortom, de mededingingswet moet op fundamentele wijze worden aangepast wil de ACM de welvaart echt kunnen dienen.

Oordelen ACM

Ondernemingen die samenwerken voor verduurzaming van productiemethoden lopen aan tegen de grenzen van de Mededingingswet. De Autoriteit Consument en Markt (ACM) stelde vast dat de afspraken over **de Kip van Morgen** - overeenkomsten tussen ketenpartijen over duurzamere kip in het schap - niet door de beugel kunnen. Zij leiden tot een prijsverhoging en dus tot lagere consumentenwelvaart. ACM oordeelde eerder al dat de sluiting van vervuilende kolencentrales evenmin geoorloofd was omdat die tot een hogere energieprijzen leiden. Recent liet ACM weten dat een convenant over herkomsttransparantie ten aanzien van de gestookte kolen, waaronder 'bloedkolen', ook niet mag. André Rouvoet kan als voorzitter van de branchevereniging Zorgverzekeraars Nederland zijn leden slechts oproepen om geen risicoselectie toe te passen. Kartelwetgeving verbiedt onderlinge afspraken om dit een halt toe te roepen (Volkskrant, 5 dec. 2014). Het is zomaar een greep uit recente gevallen. Dierenwelzijn, milieuvervuiling, de bescherming van mijnwerkers die lid zijn van een vakbond of solidariteit in de zorg: mededingingswetgeving staat effectieve afspraken ten behoeve van deze doelen in de weg. De oordelen van ACM zijn niet verrassend. Maar het kan wel anders.

Binnen de lijntjes

Niet verrassend, want de ACM handelt binnen het huidige mededingingsrechtelijke denkkader. ACM doet waartoe zij is opgericht: toezicht houden op naleving van de Mededingingswetgeving. Daarbij staat consumentenwelvaart, met name een lage prijs, voorop. Andere belangen dan consumentenwelvaart, zoals dierenwelzijn, milieuvoordelen, bescherming van mijnwerkers-vakbondsleden, of solidariteit in de zorg - passen niet goed in dit kader. Deze voordelen zijn niet makkelijk te berekenen of doen zich pas op langere termijn gelden. Maar dat is geen reden ze te negeren, zoals ook in de juridische wereld met enige regelmaat wordt betoogd (Prosser 2005; Townley 2008; Gerbrandy 2013). ACM doet wel een poging: door middel van het berekenen van een 'willingness-to-pay' voor een iets duurzamere kip, of door het berekenen van vermeden gezondheidskosten door verminderde uitstoot van schadelijke stoffen. Daarmee wordt de positieve invloed op consumentenwelvaart gekwantificeerd. Maar ten aanzien van de mijnwerkers, waar vakbondsvoorlieden en

vakbondsleden zijn vermoord, is een dergelijke kwantificering moeilijk voorstelbaar. Ook is, bijvoorbeeld, een op lange termijn in stand houden van biodiversiteit door verminderde uitstoot een andere grootheid dan vermeden gezondheidskosten.

Een bredere kijk op welvaart

Het kan anders. ACM zou een ruimer denkkader kunnen gebruiken en de prijsverhogingsnadelen afgewogen tegen de bescherming van die andere belangen. Daartoe moet het – in navolging van vele economen en anderen – een breder welvaartsbegrip hanteren dan alleen consumentenwelvaart. Wij stellen voor dat te doen door het toepassen van de steeds meer terrein winnende ‘capability approach’ (Claassen and Gerbrandy 2015). Deze theorie, ontwikkeld door Nobelprijswinnaar economie Amartya Sen en filosofe Martha Nussbaum, stelt dat ieder individu bepaalde centrale mogelijkheden ('capabilities') zou moeten hebben (Sen 1999; Nussbaum 2011). De mogelijkheid tot een gezond leven, toegang tot menswaardige arbeid, onderwijs: allemaal zijn het centrale 'capabilities'. In geval van conflict tussen meerdere ‘capabilities’ moet er een afweging worden gemaakt. Dan zou een kleine verlaging van de consumentenwelvaart (door hogere prijzen) in sommige gevallen moeten kunnen wijken voor zwaarder wegende ‘capabilities’ van anderen. Dat geldt des te meer waar de consumentenwelvaart al hoog is, en het daarmee concurrerende sociale of milieubelangen kwetsbaar zijn en nog nauwelijks gehonoreerd worden. Dan kiezen voor die laatste belangen leidt tot hogere welvaart, in een bredere zin.

Verrassende kijk

Als dit denkkader in een mededingingsrechtelijke zaak wordt toegepast, levert dat verrassende resultaten op. Ook ondernemingen hebben 'capabilities', zoals die tot het gebruiken van hun eigendom en vrijelijk contracteren. Deze mogelijkheden worden beperkt door een ACM-verbod op samenwerking. Dat zou zeer wel acceptabel kunnen zijn (denk aan klassieke kartels), maar moet wel worden afgewogen tegen de mogelijkheden van consumenten. Anders dan in de consumentenwelvaartsbenadering worden expliciet de mogelijkheden van derden, zoals de mijnwerkers, onze ongebooren kinderen, en misschien van dieren of het ecosysteem als geheel in de afweging betrokken. Dit biedt een vollediger kader: is de prijsverhoging voor duurzame kip, gezien ons welvaartsniveau, de dierenwelzijnsverhoging waard? Die vraag kunnen we in onze complexere samenleving niet automatisch meer terzijde schuiven met een beroep op de voorrang van consumentenbelangen in het mededingingsrecht. Want daarmee frustreren we tal van pogingen van bedrijven om (daartoe opgeroepen door de overheid, die niet alles zelf meer wil of kan reguleren!) hun ‘maatschappelijke verantwoordelijkheid’ vorm te geven (Claassen 2014).

Voorbij het wantrouwen

Het huidige mededingingsrecht is nog teveel vormgegeven vanuit wantrouwen jegens bedrijven. De ACM moet natuurlijk de vinger aan de pols houden en zorgen dat bedrijven niet onder het mom van maatschappelijk ondernemen over de rug van consumenten de prijzen verhogen. Maar daar waar zij serieus werk maken van maatschappelijk ondernemen, moet

daartoe een plaats zijn in onze economische orde. Anders zal op de lange duur ook de legitimiteit van het mededingingsrecht ondergraven.

Referenties

Claassen, Rutger. 2014. “Concurreren of samenwerken? Over bedrijfsethiek en de grenzen aan het mededingingsrecht.” *Filosofie & Praktijk* 35 (4): 19–33.

Claassen, Rutger, and Anna Gerbrandy. 2015. “Rethinking Competition Law: From a Consumer Welfare to a Capability Approach.” SSRN Working Paper.

Gerbrandy, A. 2013. “Competition Law for a Sustainable Society: Government Action or Private Initiatives in Reaction to Science’s Call for Sustainability”, in: A.C. Ciachhi, R. Neerhof, M. Heldeweg & B. van der Meulen (eds.), *Law and Governance. Beyond the Public – Private Law Divide?*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.

Nussbaum, Martha. 2011. *Creating Capabilities. The Human Development Approach*. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press.

Prosser, Tony. 2005. *The Limits of Competition Law. Markets and Public Services*. Oxford: Oxford University Press.

Sen, Amartya. 1999. *Development as Freedom*. Oxford: Oxford University Press.

Townley, Christopher. 2008. “Is Anything More Important than Consumer Welfare (in Article 81 ERC)? Reflections of a Community Lawyer.” *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 10: 345–81.