

# Een duurzame maatschappij, wat mag dat kosten?

Jotte Mulder<sup>1</sup>

Staat de ACM als vertegenwoordiger van het mededingingsbelang in of boven de maatschappij? Recente beoordelingen van publiek-private duurzaamheidsinitiatieven suggereren het laatste. In deze bijdrage wordt de positie van de ACM ten aanzien van dergelijke duurzaamheidsinitiatieven kritisch geanalyseerd aan de hand van de recente ‘kip van morgen’-kwestie. De positie van de ACM ten aanzien van duurzaamheidsinitiatieven is problematisch omdat binnen het toegepaste beoordelingsraamwerk geen ruimte bestaat voor maatschappelijke belangen die niet kwantificeerbaar zijn. De positie van de ACM is tevens onnodig omdat Europese rechtspraak ruimte biedt voor een breder beoordelingsmandaat. Deze bijdrage doet een aanzet voor de vorming van een bruikbaar alternatief model om met duurzaamheidsinitiatieven, zoals de ‘kip van morgen’-kwestie, om te gaan. Dit vereist een actieve bijdrage van zowel de ACM als de wetgever.

## 1. Inleiding

Het mededingingsrecht staat sceptisch tegenover alle soorten afspraken tussen concurrenten. Deze scepsis is mooi gevangen in de woorden van Adam Smith:

‘people of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices. ...though the law cannot hinder people of the same trade from sometimes assembling together, it ought to do nothing to facilitate such assemblies; much less to render them necessary.’<sup>2</sup>

De politieke realiteit in Nederland brengt echter met zich mee dat sociale en groene doelstellingen soms vanuit een economische sector (moeten) worden nagestreefd binnen een quasi publiek-private context. Deze zogenaamde ‘doe-democratie’ wordt gedreven vanuit de politieke wens regeldruk te verminderen en het ‘zelforganiserend vermogen van de samenleving’ te activeren.<sup>3</sup> Wanneer dergelijke ‘doe’-initiatieven worden nagestreefd door ondernemingen die tevens kwalificeren als concurrent dan kan dat ten koste gaan van de mededinging. In dat geval kan de hoeder van het mededingingsrecht, de Autoriteit, Consument en Markt (ACM), optreden tegen dergelijke initiatieven. Een dergelijke situatie speelde recentelijk met betrek-

king tot het zogenaamde ‘kip van morgen’-initiatief, waarmee de welbekende ‘plofkip’ uit de schappen van de supermarkten zou verdwijnen.<sup>4</sup> De ACM heeft dit initiatief afgekeurd omdat het onnodig de mededinging zou beperken en consumenten er onvoldoende op vooruit zouden gaan. De opinie van de ACM heeft tot commotie geleid omtrent het samenspel tussen mededingings- en duurzaamheidsbelangen.<sup>5</sup> Dit samenspel is niet vanzelfsprekend binnen een context, zoals in de ‘kip van morgen’-kwestie, waarbij ‘de markt’ wordt ‘belast’ vanuit de overheid met het nastreven van duurzaamheidsdoelstellingen. De afwijzende opinie van de ACM heeft minister Kamp genoopt te bekijken of de toepasselijke regels kunnen worden aangepast om het nastreven van duurzaamheidsbelangen door ondernemingen meer ruimte te geven binnen het mededingingsrecht.<sup>6</sup> De positie van ACM is dat ‘de markt’ alleen legitiem dergelijke doelstellingen kan nastreven op het moment dat het resultaat een kwantificeerbaar positief effect heeft op de consumentenwelvaart.<sup>7</sup> Initiatieven die dat niet hebben zijn in beginsel niet toegestaan, tenzij, aldus de ACM, ‘*beleidsmakers of de politiek hun goedkeuring [...] geven aan bepaalde voornemens. Dit valt buiten de beoordelingsruimte die ACM heeft*’.<sup>8</sup> Deze positie van de ACM strookt echter niet met de wens van het kabinet voor een terugtrekkende overheid, de regeldruk te verminderen en het ‘zelforganiserend vermogen van de samenleving’ te activeren.

De problematiek die hieruit voortvloeit, de rol van duurzaamheidsbelangen binnen het mededingingsrecht, is al vaker bediscussieerd.<sup>9</sup> Dit artikel bespreekt een facet van de problematiek dat onderbelicht maar cruciaal is voor de discussie. Namelijk, dat dit vooral een probleem is van institutionele vormgeving. Vanwege de afwezigheid van een institutioneel kader waarbinnen mededinging en bredere maatschappelijke belangen met elkaar kunnen worden verenigd dreigen de laatstgenoemde tussen wal en schip te vallen. In het licht van het feit dat de overheid een beroep doet op 'de markt' om initiatief te nemen ter vervulling van

## Het mededingingsrecht is niet een geschikt kader om in brede zin toe te passen op een scala aan maatschappelijke kwesties

sociale of groene doelstellingen is dit een probleem van institutionele vormgeving dat een oplossing vereist. In tegenstelling tot het idee van minister Kamp om tot aanpassing van het regelgevend kader over te gaan en op die manier duurzaamheidsbelangen meer ruimte te geven binnen het mededingingsrecht, beargumenteert dit artikel dat het huidige kader op zichzelf voldoende ruimte biedt, mits het institutionele raamwerk rondom het nastreven van mededingingsbeperkende duurzaamheidsbelangen op belangrijke momenten is onderworpen aan een actieve vorm van overheidssupervisie. De ACM wordt aangespoord een actieve rol te spelen in de ontwikkeling van dat raamwerk. Uiteraard dient bij de verdere ontwikkeling van dit raamwerk ook de wetgever een structurerende rol te spelen.

### Auteur

1. Mr. J. Mulder is PhD student aan het Europees Universitair Instituut te Firenze ([jotte.mulder@eui.eu](mailto:jotte.mulder@eui.eu)).

### Noten

2. A. Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (1776), p. 137.

3. [www.rijksoverheid.nl/nieuws/2013/07/09/09/kabinet-overheidsparticipatie-bij-doe-democratie.html](http://www.rijksoverheid.nl/nieuws/2013/07/09/09/kabinet-overheidsparticipatie-bij-doe-democratie.html).

4. Een ander recent voorbeeld betreft het Energieakkoord. Zie daarover J. Mulder, 'Op het snijvlak van onafhankelijkheid en openheid: wat is de rol van de ACM in een duurzame maatschappij?', *SEW* 2014, p. 565-578.

5. Analyse ACM van duurzaamheidsafspraken 'De Kip van Morgen' (kenmerk ACM/DM/2014/206028), januari 2015. Veel besproken in politiek Nederland. Meest

recentelijk op 4 juni 2015 in een hoorzitting van de vaste Kamercommissie van Economische Zaken. Op 19 juni 2015 was er een debat in de Tweede Kamer over de kwestie mededinging en duurzaamheid waarin minister Kamp heeft aangegeven op zoek te gaan naar aanpassingen in het wettelijk kader.

6. Zie onder meer *SC Krant* nr. 12, 30 juni 2015, p. 3, 'Kamp wijzigt regels voor duurzame afspraken' en de reactie van ACM voorzitter Fonteijn in het *Financieel Dagblad* van donderdag 2 juli 2015, p. 9, 'Aanpassen mededingingsregels voor duurzame producten is onnodig'.

7. Zie onder meer Visiedocument Mededinging & Duurzaamheid, mei 2014, [www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/12930/Visie-mededinging-en-duurzaamheid](http://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/12930/Visie-mededinging-en-duurzaamheid) dat ingaat op het Besluit van de Minister van Economische Zaken van 6 mei 2014, nr. WJZ / 14052830, houdende beleidsregel

Hieronder bespreek ik deze problematiek nader aan de hand van de 'kip van morgen'-kwestie. Het artikel is als volgt opgebouwd. Sectie 2 bespreekt nader de institutionele leemte die hiervoor al kort werd geïntroduceerd. Sectie 3 beschrijft de problematiek, meer specifiek, aan de hand van de 'kip van morgen'-kwestie. Sectie 4 gaat in op de bouwstenen voor een alternatief beoordelingskader die bestaan op basis van Europese rechtspraak en reconstrueert deze rechtspraak in een direct toepasbaar institutioneel model voor de overheid en de ACM.

## 2. De institutionele leemte

De positie van de ACM in de beoordeling van mededingingsbeperkende duurzaamheidsinitiatieven duidt op een institutionele lacune. De ACM vereist dat er een duidelijke institutionele scheiding is tussen belangen die worden nagestreefd op basis van wetgeving en belangen die op basis van marktprincipes vorm krijgen. Alles wat binnen 'de markt' valt moet worden georganiseerd met de strikte inachtneming van de mededingingsregels. De mededingingsregels kunnen alleen 'opzij' worden gezet indien de overheid een ander belang via wetgeving prioriteit geeft. De positie van de ACM komt er op neer dat ondernemingen die duurzaamheidsbelangen nastreven ten koste van de concurrentie legitimiteit ontberen, tenzij sprake is van economische vooruitgang en een kwantificeerbaar voordeel voor consumenten. Dergelijke initiatieven moeten derhalve de vrijstellingscriteria van artikel 6 lid 3 Mededingingswet (Mw) vervullen.<sup>10</sup> Grofweg is het onderliggende betoog hier dat het mededingingsrecht niet een geschikt kader is om in brede zin toe te passen op een scala aan maatschappelijke kwesties en dat de toegevoegde waarde van het mededingingsrecht als instrument voor consumentenwelvaart zal worden bedreigd en diffuus wordt indien niet-mededingingsbelangen daarin een prominente rol zouden krijgen. Binnen dit perspectief bestaan de mededingingsautoriteiten als gespecialiseerde en onafhankelijke toezichthouders, bovenal ter waarbor-

inzake de toepassing door de Autoriteit Consument en Markt van art. 6 lid 3 Mededingingswet bij mededingingsbeperkende afspraken die zijn gemaakt ten behoeve van duurzaamheid. Meer in het algemeen de kennisbank 'mededinging en duurzaamheid' beschikbaar op [www.acm.nl](http://www.acm.nl) en, specifiek, de notitie en opinie in het energieakkoord van september 2013 en de 'analyse' van de 'kip van morgen'-kwestie (met kenmerk ACM/DM/2014/206028) van januari 2015.

8. p. 2 van het ACM signaal bericht 2015, beschikbaar op de website van de ACM.

9. Bijv. A. Gerbrandy, 'Duurzaamheidsbelangen in het mededingingsrecht', *NIEr* 2013/9, p. 326-333: 'De positie van de ACM ten aanzien van het energieakkoord heeft deze structurele leemte in het institutionele kader tevens blootgelegd'. Zie specifiek over het energieakkoord H. Pijnacker-Hordijk, 'Beoordeling van

duurzaamheidsinitiatieven onder het mededingingsrecht', *Markt & Mededinging* december 2013 en J. Mulder, 'Op het snijvlak van onafhankelijkheid en openheid: wat is de rol van de ACM in een duurzame maatschappij?', *SEW* 2014, p. 565-578.

10. Art. 6 lid 3 Mededingingswet: Het eerste lid geldt niet voor overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die bijdragen tot verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen a. beperkingen op te leggen die voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn, of b. de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen en diensten de mededinging uit te schakelen.



ging van de mededingingsregels en is het niet de mededingingsautoriteit maar een andere (gespecialiseerde of politiek gelegitimeerde) instelling die de beoordeling zou moeten verrichten of het besluit zou moeten nemen om niet-mededingingsbelangen in een beoordeling van doorslaggevend belang te laten zijn.<sup>11</sup>

Voorts moeten ondernemingen op basis van het mededingingsrecht zelf beoordelen of initiatieven de mededinging beperken, via een zogenaamde self-assessment. Daarbij bestaat een sterke 'alles kan in een monetair waarde worden uitgedrukt' benadering bij de ACM, welke vervolgens wordt opgelegd aan de wijze waarop ondernemingen een self-assessment moeten maken. Binnen deze context wordt de eendimensionale visie van een mededingingsautoriteit op wat er maatschappelijk toe doet doorslaggevend voor een bredere maatschappelijke belangenafweging. Dit is echter een beperkt raamwerk dat weinig ruimte laat voor het nastreven van moeilijk kwantificeerbare maatschappelijke belangen. Indien ondernemingen dergelijke belangen alleen mogen nastreven binnen het nauwe beoordelingskader van de ACM dan gaat mogelijk maatschappelijke waarde verloren.<sup>12</sup>

De maatschappelijke realiteit waarin duurzaamheidsinitiatieven tot stand komen is meer dynamisch en bestaat in een context waar maatschappelijk initiatief soms vorm krijgt vanuit 'de markt' en binnen een quasi-publiekrechtelijk kader.<sup>13</sup> Binnen de Nederlandse 'participatiestructuur' krijgen economische sectoren soms vanuit de overheid opdracht gezamenlijk standaarden te ontwikkelen om duurzaam te opereren. De statische positie van de ACM is problematisch in het licht van deze context omdat de maatschappelijke belangen die nagestreefd worden breder kunnen zijn dan enkel een vooruitgang in consumentensurplus. Echter, veel op het eerste gezicht niet-mededingingsbelangen zoals bijvoorbeeld milieu, consumentenbescherming, kwaliteit en fair-trade kunnen vanuit het perspectief van de mededingingsrationaliteit van de ACM worden aangemerkt als belangrijke concurrentieparameters. Dit zijn namelijk factoren op basis waarvan ondernemingen zich in de markt kunnen onderscheiden en als zodanig kwalificeren deze belangen inderdaad als competitieve parameters in de markt.<sup>14</sup> Dat neemt echter niet weg dat, afhankelijk van de context, bepaalde belangen tevens en wellicht voornamelijk doelstellingen nastreven die niet kwantificeerbaar zijn binnen die context, maar een breder maatschappelijk belang dienen. Zo kan het bijvoorbeeld zijn dat een maatschappelijk proces heeft geleid tot een specifieke organisatiestructuur waarin diverse maatschappelijke actoren zijn samengebracht op een manier die medeverantwoordelijkheid schept voor het bereiken van bepaalde maatschappelijke doelstellingen.<sup>15</sup> Hiermee kan via het creëren van wederzijdse verplichtingen, richting een gedeeld doel, maatschappelijke waarde worden gecreëerd die niet zonder meer monetair kan worden uitgedrukt.<sup>16</sup> Het nauwe mededingingsrechtelijke discours, zoals de ACM dat graag zou zien, heeft moeite met de integratie van dergelijke maatschappelijke context in het beoordelingskader omdat kwantificeerbare en resultaatgerichte uitkomsten de voorkeur krijgen boven maatschappelijke compromissen zonder duidelijke rationale basis.<sup>17</sup> Indien een strikte efficiëntcytoets in een dergelijke context wordt toegepast dan

worden maatschappelijk relevante niet-mededingingsbe-  
langen buiten het juridische raamwerk gedrukt en spelen  
die geen rol meer in de analyse. Dat is vanuit maatschap-  
pelijk perspectief een onwenselijke situatie en legt een  
institutionele leemte bloot die moet worden geadresseerd.  
Deze problematiek wordt treffend geïllustreerd aan de  
hand van het standpunt van de ACM in de 'kip van mor-  
gen'-kwestie.

### 3. De Kip van Morgen

#### *De maatschappelijke context*

Begin 2013 kondigde de brancheorganisatie Centraal  
Bureau Levensmiddelenhandel (CBL) aan dat 'een andere  
kip in de Nederlandse supermarkten' zou komen. Organi-  
saties uit de pluimveesector, de kippenvlees-verwerkende  
industrie en de supermarktsector hadden gedurende een  
rondetafelbespreking afspraken gemaakt over een meer  
duurzame productie van kippenvlees ('de Kip van Mor-  
gen'). Het oogmerk van de afspraken was om een verduur-  
zaming van het kippenvleesassortiment in te zetten in  
Nederlandse supermarkten door middel van het invoeren  
van een minimumstandaard. Deze doelstellingen kunnen  
gezien worden binnen een breder kader waarin, in eerste  
instantie de Nederlandse veehouderij, heeft aangegeven,  
in reactie op de extra aandacht binnen de maatschappij  
voor het dierenwelzijn, graag op een andere wijze te wil-  
len gaan produceren. Dit soort 'keteninitiatieven' worden  
door de overheid aangemoedigd en gestimuleerd op basis  
van publiek-private samenwerkingen zoals de  
Alliantie Verduurzaming Voedsel, waarin het CBL deel-  
neemt, en het Initiatief Duurzaam Handel.<sup>18</sup> Het kabinet  
heeft in deze context specifiek aangegeven dat het beleid  
gericht moet zijn op een markt- en ketengestuurde ver-  
duurzaming van de veehouderijproductie, die maatschap-  
pelijk gedragen wordt.<sup>19</sup> In 2012 is een intentieverklaring  
getekend waarin de verkoop van 'alleen duurzaam gepro-  
duceerd vlees' als doel is gesteld. Een hiermee samenhan-  
gend initiatief is 'Ander Vlees 2020' dat verder invulling  
geeft aan deze intentieverklaring. In het kader hiervan is  
vervolgens de 'Kip van Morgen' bedacht.<sup>20</sup> Deze initiatie-  
ven kenmerken zich door een wisselwerking tussen over-  
heid en markt, waarin – deels – gezamenlijk doelstellin-  
gen worden geformuleerd voor duurzaamheid. Dit is als  
zodanig een goed voorbeeld van een quasi publiek-private  
context waarbij initiatieven vanuit de desbetreffende sec-

tor leidend (moeten) zijn. Via een dergelijke sectorbrede  
aanpak, die mede publieke voeding krijgt vanuit de over-  
heid, kan sprake zijn van een proces van 'inbedding' van  
een economische activiteit. Dat wil zeggen dat randvoor-  
waarden worden geschapen waarbinnen een economische  
activiteit vervolgens kan gaan plaatsvinden.<sup>21</sup>

## De analyse van de ACM komt er in essentie op neer dat duurzaamheidsafspraken over kippenwelzijn een beperking van de concurrentie opleveren

De minimum voorwaarden binnen het 'kip van mor-  
gen'-initiatief zien op afspraken over het houden van een  
trager groeiend kippenras, meer ruimte door een verla-  
ging van de bezettingsgraad met 10%, goede bodembe-  
dekking van de stal, strenge controle op dierenwelzijns-  
normen, een natuurlijk dag- en nachtritme, verlaging van  
het antibioticagebruik, aanwending van 100% duurzame  
soja en diverse milieumaatregelen.<sup>22</sup> Er is zeer kritisch  
geëvalueerd op het initiatief dat volgens belangenorganisa-  
ties, zoals Wakker Dier, maar weinig verbeteringen zou  
brengen in het daadwerkelijke welzijn van de kip. Op het  
eerste gezicht zijn de verbeteringen in het welzijn van de  
kip inderdaad niet significant maar de insteek van het  
proces lijkt er op gericht te zijn geweest om te komen tot  
een sectorbrede minimumstandaard. Dat wil zeggen, een  
standaard van dierenwelzijn waaronder het niet accepta-  
bel is dat handel gedreven wordt. Binnen de gegeven con-  
text een op zichzelf legitieme doelstelling. De ACM  
negeert deze maatschappelijke context in haar beoorde-  
ling en heeft het initiatief enkel vanuit het nauwe beoor-  
delingskader benaderd.

#### *De analyse van de ACM*

De analyse van de ACM komt er in essentie op neer dat  
duurzaamheidsafspraken over kippenwelzijn een beper-

11. Zie R. Wesseling, 'Faalangst', *Markt & Mededinging* 2010, afl. 3, p. 91-92.

12. In de EU context is deze benadering bijvoorbeeld gepropageerd door G. Amato, *Antitrust and the Bounds of Power*, Hart Publishing, 1997, p. 117; en door O. Odu-  
du, *The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81*, Oxford Uni-  
versity Press, 2006, p. 7 en E. Loozen, *Het  
begrip mededingingsbeperking zoals neer-  
gelegd in artikel 101(1) VWEU: een beslis-  
model* (PhD-thesis Amsterdam UvA), 2010,  
p. 31.

13. Ik doel op het recente Energieakkoord

en het 'kip van morgen'-initiatief dat in het  
volgende onderdeel besproken wordt.

14. Bijvoorbeeld GvEA T-34-92, *Fiatagri en  
New Holland Ford* en GvEA T-35-92 *John  
Deere*, r.o. 52 en 81 (bevestigd door  
C-7/95P).

15. Zoals bij het Energieakkoord, zie Mulder  
*supra* noot (9).

16. Zie hierover in breder verband bijvoor-  
beeld R. Bellamy, 'The liberty of the  
moderns: Market freedom and democracy  
within the EU', *Global Constitutionalism*  
2012, 1, p. 141-172, p. 168.

17. Zie ook bijvoorbeeld G. Monti, 'EU

Competition Law from Rome to Lisbon' in:  
Heide-Jorgensen et al. (eds.) *Aims and  
Values in Competition Law*, Djoef Publi-  
shing, 2013.

18. Zie [www.duurzamereten.nl/nieuws/](http://www.duurzamereten.nl/nieuws/)  
platform-woordt-alliantie-verduurzaming-  
voedsel.

19. Brief met kabinet standpunt, 'Toekomst  
van de intensieve veehouderij', *Kamerstuk-  
ken*, 28973, 134.

20. Analyse ACM van duurzaamheidsaf-  
spraken 'De Kip van Morgen' (kenmerk  
ACM/DM/2014/206028), januari 2015,  
p. 2.

21. De bredere maatschappelijke relevantie  
van een dergelijk proces van 'inbedding'  
wordt binnen de sociaal-economische litera-  
tuur beschreven als een proces van 'embed-  
dedness'. Een term die Karl Polanyi geïntro-  
duceerd heeft in zijn magistrale *The Great  
Transformation: The Political and Economic  
Origins of our Time*, Boston MA, The  
Beacon Press [1944], 2e druk 2001.

22. Analyse ACM van duurzaamheidsaf-  
spraken 'De Kip van Morgen' (kenmerk  
ACM/DM/2014/206028), januari 2015,  
pagina 3-4.



## Door het nastreven van dierenwelzijn in handen van de consument te leggen en het te conceptualiseren als een monetaire afweging wordt een keuze gemaakt voor een bepaald soort samenleving

king van de concurrentie opleveren op de markt voor de verkoop van kippenvlees aan consumenten omdat er geen 'regulier geproduceerde kip' meer te koop zal zijn in de Nederlandse supermarkten. Daarmee is volgens de ACM de keuzevrijheid van de consument ingeperkt en een concurrentieparameter, kippenvlees dat is geproduceerd met toepassing van lagere standaarden, weggenomen. Voordat een dergelijk mededingingsbeperkend besluit genomen wordt moeten ondernemingen, volgens de ACM, een beoordeling maken waarin duidelijk wordt of de beperkingen op de mededinging kunnen worden gerechtvaardigd vanwege de voordelen die het de consument oplevert. Daarvoor heeft de ACM in deze zaak, bij wijze van leidraad, een zogenaamde 'willingness to pay'-analyse gemaakt.<sup>23</sup> Dat wil zeggen dat de verbeteringen op dierenwelzijn alleen 'positief' kunnen worden geacht indien sprake is van een hoger consumentensurplus dat is bepaald aan de hand van de bereidheid van consumenten om voor de toevoeging in het dierenwelzijn te betalen. Consumentenpanels, bestaande uit 2000 huishoudens, zijn gevraagd een keuze te maken tussen verschillende soorten kippenvlees. De consumenten konden een keuze maken tussen typen kippenvlees die van elkaar verschillen wat betreft dierenwelzijn. Daarbij werden de respondenten met name gewezen op de effecten van hun keuze op het maandelijkse boodschappenbudget zodat kon worden gekwantificeerd hoeveel waarde zij hechten aan dierenwelzijn. Het economische rapport van de ACM meldt daarbij vervolgens dat het doel van het onderzoek naar betalingsbereidheid expliciet niet was bedoeld 'om het werkelijke keuzeproces in winkels te simuleren maar om te achterhalen wat consumenten werkelijk voor iets over hebben'.<sup>24</sup> Respondenten die de keuzeoptie 'geen kip' aangekruist hebben zijn binnen het onderzoek aangemerkt als consumenten voor wie überhaupt geen kip bestaat die 'aan de voorkeuren van de respondent voldoet'. Het nut dat deze consument daarom verkrijgt uit 'geen kip kopen' wordt binnen het onderzoek van de ACM verondersteld gelijk te zijn aan nul.<sup>25</sup> De 'willingness to pay' is voor deze consumenten daarom ook op nul geplaatst.

Uit het economische onderzoek van de ACM volgt uiteindelijk dat de bereidheid om te betalen voor de Kip van Morgen niet groot genoeg is om de verhoging in de consumentenprijs daarvan te rechtvaardigen. Per saldo is op basis van het onderzoek sprake van een negatief effect op het consumentensurplus van € 0,64 per kg kipfilet.<sup>26</sup> Daarenboven verdient het volgens de ACM de voorkeur, in plaats van het invoeren van een minimumstandaard, dat consumenten beter geïnformeerd worden over dierenwelzijn op basis van etiketten als onderdeel van een bredere strategie van een supermarkt om consumenten aan te trekken die belang hechten aan duurzaam geproduceerde producten. Volgens ACM zou het daarom beter zijn om maatregelen ter verbetering van het dierenwelzijn te rich-

ten op het gebied van voorlichting aan consumenten en vertrouwen van consumenten in andere soorten productiemethodes te vergroten.<sup>27</sup>

### Commentaar op de analyse

Deze analyse van de ACM illustreert de hierboven geïntroduceerde institutionele leemte. Dit wordt treffend geïllustreerd in het voorbeeld van de consument die geen kip koopt. Alle mogelijke overwegingen die deze consument heeft om geen kip te kopen worden in de analyse van de ACM gereduceerd tot de afwezigheid van bereidheid om extra te betalen voor duurzame geproduceerde kip. Zeer discutabel daarbij is overigens dat de ACM in het onderzoek naar betalingsbereidheid niet op zoek was 'om het werkelijke keuzeproces in winkels te simuleren' maar om te achterhalen wat consumenten 'werkelijk' voor iets over hebben. Het nauwe beoordelingskader van maatschappelijke belangen reduceert echter de pluraliteit van intenties en maatschappelijke belangen die onderdeel vormt van de kwestie tot een eenzijdig monetair belang. Daarbij zou toch juist het werkelijke keuzeproces in de supermarkt centraal moeten staan in een analyse die op zoek gaat naar 'werkelijkheid'. Te meer omdat uit onderzoek blijkt dat het voor de doorsnee consument in de daadwerkelijke aankoopbeslissing in de supermarkt onwaarschijnlijk is dat consequent dierenwelzijn in ogenschouw zal worden genomen.<sup>28</sup> In de tweede plaats is er wellicht geen echte keuze voor consumenten voor wie de duurdere scharrelkip niet betaalbaar is maar die dierenwelzijn wel belangrijk vinden. Vandaar ook dat een minimumstandaard een heel andere maatregel is en een ander belang dient dan de exacte 'willingness to pay' van een doorsnee consument te ontluiken. De positie die de ACM inneemt ten aanzien van 'de betere methode' om duurzaamheid in de productie van kippenvlees te bereiken is dan ook zeer twijfelachtig.<sup>29</sup> Belangrijker is dat het invoeren van een minimum standaard het gebruik van labels en een strategie van een supermarkt om consumenten aan te trekken die belang hechten aan duurzaam geproduceerde producten niet in de weg staat.

Vanuit een breder maatschappelijk perspectief kunnen verschillende vraagtekens worden geplaatst bij de benadering van dierenwelzijn die de ACM voorstaat in haar analyse. Door het nastreven van dierenwelzijn in handen van de consument te leggen en het te conceptualiseren als een monetaire afweging wordt een keuze gemaakt voor een bepaald soort samenleving. Dat is een maatschappij waarin de consument of de markt in belangrijke mate bepaalt of en hoe maatschappelijke belangen vorm krijgen. Om maatschappelijke doelstellingen in handen van de consument te leggen, zonder voorafgaande deliberatie waarbinnen een maatschappelijk legitieme discussie daaromtrent heeft plaatsgevonden, is problematisch. Is het maatschappelijk wenselijk een getal te plaat-

sen op het welzijn van een kip of de manier waarop we met het milieu omgaan?<sup>30</sup> Wellicht is dat wenselijk maar het punt is dat 1. het niet zonder meer zo is, 2. het wenselijk is hierover een maatschappelijk debat te voeren en 3. het mededingingsplatform een geschikt startpunt vormt voor een dergelijke dialoog.

De ACM zou echter beargumenteren dat dit simpelweg ofwel een mededingingsprobleem is, of niet. De overheid kan zich over deze kwestie uitspreken en dierenwelzijn via wetgeving prioriteren. Daarmee zou de kwestie 'buiten de mededingings sfeer gehouden worden en binnen een democratisch legitiem raamwerk kunnen worden opgelost. Dat staat echter haaks op de politieke doelstelling regeldruk te verminderen en het 'zelforganiserend vermogen van de samenleving' te activeren. In deze context is de positie van de ACM conflictueus en potentieel doorslaggevend in de wijze waarop een duurzaamheidsinitiatief wordt ingevuld. Aangezien onvoldoende wordt nagedacht welke belangen het nastreven van dierenwelzijn nog meer dient behalve 'willingness to pay' gaat waardevolle maatschappelijke context verloren. Te meer omdat het onderzoek van de ACM dient als een leidraad voor ondernemingen voor de wijze waarop sectorinitiatieven worden genomen met bredere maatschappelijke doelstellingen en waarbij die ondernemingen tevens zelf moeten beoordelen of die initiatieven de mededinging beperken via de eerder genoemde 'self-assessment'. De reactie van het CBL was treffend en benadrukte het voorliggende vraagstuk: *'timmeren we alles vast in onwerkbare wetgeving, wachten we nog jaren af totdat alle consumenten om duurzaamheid vragen, of bieden we het bedrijfsleven samen met maatschappelijke organisaties de ruimte om verduurzaming stapsgewijs, gezamenlijk en in ketenverband op te pakken?'*<sup>31</sup> De reactie van het kabinet was tevens veelzeggend: *'jammer dat de ACM de Kip van Morgen in strijd acht met de mededingingsregels. Er bestaat veel waardering voor het bedrijfsleven dat de handschoen heeft opgepakt om van kippenvlees een duurzaam product te maken. Wij hopen van harte dat partijen in staat zullen zijn de afspraken zodanig vorm te geven dat ze de mededingingstoets wel kunnen doorstaan. In ieder geval is het van belang dat de verbetering van het welzijn van de kippen doorgang vindt. Samen met het bedrijfsleven wordt dan ook gezocht naar alternatieven die wel mogelijk zijn.'*<sup>32</sup>

23. M. Mulder, S. Zomer, T. Benning & Jorna Leenheer, *Economische effecten van 'Kip van Morgen' - Kosten en baten voor consumenten van een collectieve afspraak in de pluimveehouderij*, oktober 2014 (beschikbaar op de website van de ACM).

24. *Ibid.*, p. 9.

25. *Ibid.*, p. 14.

26. *Ibid.*, p. 26.

27. Analyse ACM van duurzaamheidsafspraken 'De Kip van Morgen' (kenmerk ACM/DM/2014/206028), januari 2015, p. 7.

28. Bijv. R.E. Horne 'Limits to labels: The role of eco-labels in the assessment of pro-

duct sustainability and routes to sustainable consumption', *International Journal of Consumer Studies* 2009, 33, p. 175-182.

29. Het gebruik van eco-labels is in onderzoek een discussieerbare rol toebedeeld in het daadwerkelijke bereiken van duurzaamheidsdoelstellingen, *ibid.*, p. 181.

30. Zie voor de meer metafysische achtergrond van dit argument M. Sandel *supra* noot 5 op p. 202.

31. [www.cbl.nl/pers/persberichten/persbericht/article/reactie-cbl-fnli-en-lto-op-publicatie-acm-over-kip-van-morgen/](http://www.cbl.nl/pers/persberichten/persbericht/article/reactie-cbl-fnli-en-lto-op-publicatie-acm-over-kip-van-morgen/).

32. Reactie kabinet op ACM besluit 19 maart 2015, Kamerbrief met reactie op analyse ACM over de Kip van Morgen.

Deze reacties duiden op de besproken institutionele leemte die moet worden geadresseerd. Met name de kabinetsreactie illustreert dat de rol en positie van de ACM in de maatschappij diffuus zijn. Staat de ACM als vertegenwoordiger van het mededingingsbelang in of boven de maatschappij? Minister Kamp heeft, zoals besproken, aangegeven op zoek te gaan naar mogelijkheden om het wettelijk kader aan te passen en op die manier meer ruimte te creëren voor duurzaamheidsinitiatieven vanuit de markt. Echter, voor de ontwikkeling van een dergelijk raamwerk, waarin meerdere maatschappelijke belangen een rol kunnen spelen, bestaat reeds een duidelijke basis binnen het huidige mededingingsrecht, op basis van Europese rechtspraak. Deze basis wordt uitgewerkt in de volgende sectie en illustreert dat een aanpassing van het wettelijke kader niet vereist is.

#### 4. Bouwstenen voor een alternatief raamwerk op basis van Europese rechtspraak

In dit onderdeel bespreek ik de bouwstenen die binnen het mededingingsrechtelijke kader bestaan op basis van Europese rechtspraak om de institutionele leemte die hiervoor is geïdentificeerd – deels – in te vullen.<sup>33</sup>

In de eerste plaats heeft het Hof op verschillende momenten en manieren in haar rechtspraak herkend dat het mededingingsrechtelijke kader belangen nastreeft die niet altijd verenigbaar zijn met maatschappelijke doelstellingen die zijn opgezet ter nastreving van een breder belang. Het Hof heeft in een aantal zaken uitgemaakt dat overeenkomsten in het kader van collectieve onderhandelingen tussen werknemers en werkgevers op basis van *hun aard en doel* kunnen worden uitgesloten van het toepassingsbereik van artikel 101 VWEU.<sup>34</sup> Het Hof overwoog in *Albany* dat bepaalde mededingingsbeperkingen *inherent* zijn aan het nastreven van collectieve overeenkomsten tussen organisaties die werknemers en werkgevers vertegenwoordigen<sup>35</sup> en dat de maatschappelijke waarde van *het proces van onderhandeling* tussen werkgevers en werknemers de toepassing van het mededingingsrechtelijke kader *overrulet*.<sup>36</sup> De onverenigbaarheid van het mededingingsrechtelijke kader met bredere maatschappelijke doelstellingen is volgens het Hof tevens van belang met betrekking tot de definitie van een entiteit als onderneming in de zin van de mededingingsregels.<sup>37</sup> Dat heeft het

33. Dit raamwerk is op vergelijkbare wijze besproken in de context van het Energieakkoord in een eerder artikel, J. Mulder, Op het snijvlak van onafhankelijkheid en openheid: wat is de rol van de ACM in een duurzame maatschappij?, *SEW* 2014, p. 565-578.

34. Zaak C-67/96, (*Albany*); gevoegde zaken C-115/97, C-116/97 en C-117/97, (*Brentjens*), zaak C-219/97, (*Drijvende blokken*), en gevoegde zaken C-180/98 tot C-184/98, (*Pavlov*), zaak C-222/98, (*van der Woude*).

35. Zaak C-67/96, (*Albany*), r.o. 54-56.

36. Zie tevens A. Sangiovanni, 'Solidarity in the European Union', *Oxford Journal of*

*Legal Studies* 2013, 196, p. 1-29; P.Craig, 'Competence and Member State Autonomy: Causality, Consequence and Legitimacy', in: H.W. Micklitz & B. de Witte, eds. *The European Court of Justice and the autonomy of the Member States*, (Oxford Legal Studies Research Paper no. 57/2009); J. Shaw, *Social law and policy in an evolving European Union*, Hart, 2000; G. de Búrca, *EU law and the welfare state: in search of solidarity*, Oxford University Press, 2005; M. Dougan & E. Spaventa eds., *Social welfare and EU law*, Hart 2005.

37. De kern van deze rechtspraak ligt in het welbekende arrest *Höfner en Elser*, zaak C-41/90, (*Höfner en Elser*).

Hof duidelijk gemaakt in een aantal zaken waarin is geoordeeld dat activiteiten die worden uitgevoerd op basis van wat het Hof noemt het 'kapitalisatiebeginsel' moeten worden onderscheiden van activiteiten die worden uitgevoerd op basis van een 'solidariteitsbeginsel'. Binnen deze lijn van rechtspraak vallen activiteiten die worden uitgevoerd op basis van een kapitalisatiebeginsel in beginsel onder het toepassingsbereik van de mededingingsregels. Dat geldt niet voor activiteiten die worden uitgevoerd in een context waarbinnen het aard en doel van de overeenkomst zijn gericht op *solidariteit*. Volgens het Hof kunnen dergelijke activiteiten, *noodzakelijkerwijs*, niet worden uitgevoerd op basis van marktprincipes.<sup>38</sup> In deze zaken kijkt het Hof behoorlijk gedetailleerd, naast het publiekrechtelijke raamwerk, naar de *drijvende rationaliteit binnen een bepaalde sector*. De conclusie daarbij is dat activiteiten die plaatsvinden op basis van een principe van solidariteit onderdeel zijn van een normatief raamwerk dat niet te verenigen is met de toepassing van mededingingsregels. Het Hof heeft de toepassing van deze rationaliteit expliciet beperkt tot situaties waarin de uitvoer van het solidariteitsbeginsel tevens is onderworpen aan het toezicht door de staat die het heeft ingevoerd.<sup>39</sup> Hoe een dergelijk institutioneel raamwerk specifiek zou kunnen functioneren in een situatie waar private initiatieven centraal staan bij de vorming van maatschappelijke belangen wordt duidelijker in een andere lijn van rechtspraak. Wanneer sprake is van een zekere mate van vrijheid voor private initiatieven, of zelfregulering, komen we terecht in een lijn van rechtspraak waarin de bekende zaak *Wouters* een startpunt biedt.<sup>40</sup>

## Activiteiten die plaatsvinden op basis van een principe van solidariteit zijn onderdeel van een normatief raamwerk dat niet te verenigen is met de toepassing van mededingingsregels

Ik zal ter herinnering kort de feiten bespreken. In deze zaak heeft het Hof een besluit van de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) dat zag op een verbod op een multidisciplinaire samenwerking tussen advocaten en accountants gekwalificeerd als niet-mededingingsbeperkend in de zin van artikel 101(1) VWEU. Het Hof besloot dat voor een toetsing van dergelijke deontologische maatregelen een bepaalde beperking van de concurrentie in de beroepsgroep noodzakelijk kan zijn voor de bescherming van de integriteit van het vrije beroep. Hiermee heeft het Hof een mogelijkheid gecreëerd om de toepassing van de mededingingsregels uit te sluiten indien mededingingsbeperkingen inherent zijn aan het nastreven van een bredere maatschappelijk belang.<sup>41</sup> Met andere woorden, de

brede maatschappelijke context van het nastreven van een bepaald belang doet er toe. In *Wouters* gaat het om de rationaliteit die ten grondslag ligt aan de overeenkomst. De beslissende vraag was of het verbod *noodzakelijk was voor de goede uitoefening van het beroep*.<sup>42</sup> Het doel 'integriteit van een beroepsgroep' werd beschouwd als een legitiem doel en geacht in staat te zijn om inherente beperkingen op de concurrentie uit het nauwe mededingingsrechtelijke beoordelingskader te trekken.<sup>43</sup> In het licht van deze bijdrage is de inherente logica van dit beoordelingskader interessant. De logica van *Wouters* lijkt namelijk te impliceren dat de integriteit van een beroepsgroep niet een doel is dat kan worden vertaald binnen de efficiëntie-doelstellingen van de vrijstellingscriteria van artikel 101 lid 3 VWEU en daarom een ander beoordelingskader vereist. Als zodanig heeft het Hof daarmee een ingang gecreëerd voor overwegingen van maatschappelijke context om een doorslaggevende rol te spelen in de juridische beoordeling van een beperking op de concurrentie.<sup>44</sup> Wat is vereist is een meer context-specifieke beoordeling van de maatschappelijke context, voordat wordt besloten om het mededingingsrechtelijke kader op een bepaalde situatie toe te passen. Echter, er bestaat met betrekking tot enkel de toepassing van het *Wouters*-kader onduidelijkheid. Wat zijn de vereisten van, in de eerste plaats, de vraag wanneer een onderneming(svereniging) bevoegd kan worden verklaard op basis van het wettelijke kader een publiek belang na te streven? Dit is in de overige zaken waarin het Hof toepassing heeft gegeven aan het *Wouters*-raamwerk niet in voldoende mate verduidelijkt.<sup>45</sup> Bijvoorbeeld, kan het legitieme belang deels zelfstandig worden gedefinieerd door een beroepsgroep of moet het een belang zijn dat is vastgelegd in de wet?<sup>46</sup>

Deze lacunes en vraagtekens ten aanzien van *Wouters* kunnen deels worden geadresseerd door een connectie te leggen met een andere lijn van rechtspraak waarin het Hof beoordeelt onder welke omstandigheden een mededingingsbeperkende overheidsmaatregel in strijd is met het mededingingsrecht, op basis van het zogenaamde *effet utile* beginsel.<sup>47</sup> Het Hof heeft in deze lijn van rechtspraak, onder meer, richtlijnen gegeven met betrekking tot de vraag wanneer een publiekrechtelijk kader het karakter van een maatregel kan doen kwalificeren als een *overheidsmaatregel*. Deze rechtspraak geeft tevens richtlijnen voor situaties waarin een lidstaat het nemen van bepaalde maatregelen opdraagt aan private partijen maar de maatregelen, desalniettemin, het karakter behouden van een overheidsregeling.<sup>48</sup> In de zaak *Arduino* bepaalde het Hof bijvoorbeeld dat dit het geval is wanneer leden van een beroepsorganisatie kunnen worden aangemerkt als deskundigen die onafhankelijk zijn van de betrokken marktdeelnemers en die wettelijk verplicht zijn bij de vaststelling van maatregelen niet alleen met de belangen van de ondernemingen of ondernemersverenigingen in de sector die hen benoemd heeft rekening te houden maar ook met het algemeen belang en met de belangen van ondernemingen in andere sectoren of van hen die van de betrokken diensten gebruik maken.<sup>49</sup> In de zaak *Mauri* bepaalde het Hof dat de rol van de staat in dergelijke procedures op meerdere manieren kan plaatsvinden maar, in ieder geval, op belangrijke momenten, potentieel, doorslaggevend moet kunnen zijn in het proces waarin de

maatregelen tot stand komen. Zeker voor zover de maatregelen alleen maar verbindend worden nadat de staat goedkeuring heeft gegeven blijft het overheidskarakter behouden, mits een dergelijke goedkeuring niet enkel formeel is maar enige inhoudelijke 'actieve' betrokkenheid en toetsing vereist.<sup>50</sup>

De principes die voortvloeien uit een combinatie van deze rechtspraak kunnen worden gereconstrueerd in een alternatief beoordelingskader voor de ACM en tevens dienen als richtlijn voor de insteek van een publiek-private samenwerking waarbinnen de overheid duurzaamheidsopdrachten faciliteert en structureert maar het initiatief aan de markt laat. Het Hof erkent in de eerste plaats expliciet dat het mededingingsrechtelijke kader belangen nastreeft die niet altijd verenigbaar zijn met sociale doelstellingen die zijn opgezet ter nastreving van een breder maatschappelijk belang. Aldus moet een voorafgaande analyse van de 'marktsituatie', ten aanzien van de aard van de activiteiten bepalen of het onderliggende normatieve kader van de activiteiten verenigbaar is met het onderliggende normatieve kader van de mededingingsregels. De eerste stap is om inhoudelijk en *in concreto* vast te stellen of de nagestreefde doelstellingen integer en noodzakelijk zijn voor het nastreven van een maatschappelijk belang dat op normatieve basis onverenigbaar is met de doelstellingen van het mededingingsrecht. In de context van de Kip van Morgen zou een dergelijke *in concreto* toetsing nagaan in hoeverre de inbedding van een economische activiteit via het invoeren van een minimumstandaard voor de productie van kippenvlees tegemoet komt aan een reëel maatschappelijk belang (dierenwelzijn) en in hoeverre een minimumstandaard onverenigbaar is met de mededingingsregels. Deze onverenigbaarheid lijkt een gegeven gezien het feit dat de standaard tot gevolg zou hebben dat 'regulier' kippenvlees niet meer beschikbaar zou zijn in supermarkten.

Dat is de eerste stap van het voorgestelde beoorde-

lingskader. Indien is vastgesteld dat sprake is van een dergelijke onverenigbaarheid dan volgt een tweede stap die ziet op de inrichting van het publiek-private kader. De inrichting van een publiek-private samenwerking dient te garanderen dat de na te streven belangen op belangrijke momenten gevoed zijn door publieke legitimiteit. Een dergelijke samenwerking vereist derhalve een duidelijke politieke wilsuiting ten faveure van de na te streven

## De principes die voortvloeien uit een combinatie van deze rechtspraak kunnen worden gereconstrueerd in een alternatief beoordelingskader voor de ACM

belangen. Voor de ACM resulteert dit vereiste in een toetsing van de publiek-private samenwerking die tot doel heeft te voorkomen dat de overheidsinstanties de marktdeelnemers een blanco volmacht geven.<sup>51</sup> Voor de wetgever creëert dit enige verplichtingen in de institutionele vormgeving en in de rol die hij speelt in de begeleiding van maatschappelijke initiatieven van private partijen. Zoals A-G Jacobs in de zaak *Albany* vaststelde '*handelen particuliere ondernemers normaal gesproken in hun eigen belang en niet in het algemeen belang, wanneer zij onderling overeenkomsten sluiten. De gevolgen van hun overeenkomsten zijn dan ook niet noodzakelijkerwijs in het algemeen belang.*'<sup>52</sup> Op basis van deze tweede stap dient de mededingingsautoriteit dus na te gaan in hoeverre de

38. In de zaak *Poucet en Pistre* (gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91 (*Poucet Pistre*)) ging het om de verenigbaarheid van de mededingingsregels met een verplichte aansluiting bij een stelsel van sociale zekerheid. In de zaak *Cisal* (zaak C-218/00, (*Cisal*)) moest het Hof bepalen of een verplicht lidmaatschap van een nationale verzekering tegen arbeidsongevallen en beroepsziekten was onderworpen aan de mededingingsregels. Het Hof oordeelde in deze zaak dat het Italiaanse nationale instituut voor verzekering tegen arbeidsongevallen (INAIL) opereerde op basis van het solidariteitsbeginsel. In de zaak *Albany* (zaak C-67/96) werd een Nederlands bedrijfspensioenfonds gekwalificeerd als onderneming op basis van dezelfde omstandigheden.

39. Zaak C-437/09 (*AG2R Prevoyance*), r.o. 46, zie ook zaak C-222/04 (*Cassa di Risparmio di Firenze*).

40. Zaak C-309/99 (*Wouters*). Het gaat te

ver om de zeer uitgebreide literatuur omtrent het *Wouters*-arrest volledig weer te geven en te bespreken in dit artikel. Ik verwijs naar drie kernstukken waarin *Wouters* een centrale rol speelt. In de eerste plaats J. Vossestein met een eerste en zeer volledige bespreking van de kwesties in *Wouters* in *Common Market Law Review* 2002, 39, p. 841-863; de bredere context van de uitspraak in G. Monti in 'Article 81 EC and Public Policy', *Common Market Law Review* 2002, 9 (5), p. 1057-1099; en een meer recent origineel idee over *Wouters* als een *contra legem* uitspraak door I. Wendt, *EU Competition Law and Liberal Professions: an Uneasy Relationship?* Leiden: Brill Academic Publishers 2012.

41. *Ibid.*, r.o. 97: 'Opgemerkt zij evenwel, dat niet elke overeenkomst tussen ondernemingen of elk besluit van een ondernemersvereniging die de handelingsvrijheid van de partijen of van een van hen beperkt, automatisch onder het verbod van artikel 85, lid

1, van het Verdrag valt. Bij de toepassing van deze bepaling op een concreet geval moet namelijk in de eerste plaats rekening worden gehouden met de algehele context waarbinnen het betrokken besluit van de ondernemersvereniging is genomen of zijn werking ontplooit, en meer in het bijzonder met de doelstellingen daarvan, welke in casu verband houden met de noodzaak om regels vast te stellen inzake organisatie, bekwaamheid, deontologie, toezicht en aansprakelijkheid, die aan de eindgebruikers van juridische diensten de nodige garantie van integriteit en ervaring bieden en een goede rechtsbedeling verzekeren.'

42. Zie tevens A-G Léger in *Wouters supra* noot (39).

43. Maar zie tevens J. Vossestein *supra* noot (39) op p. 859; R. Whish & D. Bailey, *Competition Law*, Oxford: OUP 2012, p. 132.

44. Aldus tevens de lezing van S. Kingston 'Integrating Environmental Protection and EU Competition Law: Why Competition

Isn't Special', *European Law Journal* 2010, vol. 16, iss. 6, p. 780-805.

45. Het *Wouters*-raamwerk is expliciet toegepast in drie andere zaken: zaak C-519/04, (*Meca-Medina*); zaak C-1/12, (OTOC) en zaak C-136/12 (*CNG*).

46. Aldus ook Whish *supra* noot (42) op p. 135.

47. Zie J. Szoboszlai, 'Delegation of State Regulatory Powers to Private Parties - Towards an Active Supervision Test', *World Competition* 2006, 29(1), p. 73-87.

48. Zaak C-185/91, (*Reiff*), zaak C-153/93 (*Delta*), zaak C-140/94-C-142/94 (*DIP e.a.*), zaak C-35/96, (*Commissie vs. Italië*) en zaak C-35/99, (*Arduino*).

49. Zaak C-35/99, (*Arduino*).

50. Zaak C-250/03, (*Mauri*). Zie tevens Szoboszlai *supra* noot (46) p. 73-87.

51. A-G Leger in *Arduino*, r.o. 91.

52. A-G Jacobs in zaak C-67/96, (*Albany*).



## Als deze positie wordt doorgetrokken dan zou de ACM tevens moeten protesteren tegen initiatieven zoals het in 2013 ondertekende 'Bangladesh Fire and Safety Accord'

publiek-private samenwerking daadwerkelijk leidt tot het nastreven van een publiek gevoed algemeen belang, waarbij (op basis van *Wouters*) de restricties inherent moeten zijn aan het nagestreefde doel.

Deze reconstructie laat zien dat de ACM een breder kader tot haar beschikking heeft om initiatieven zoals de Kip van Morgen te beoordelen. Anderzijds is ook duidelijk dat de overheid nog onvoldoende heeft gedaan in de vormgeving van de publiekrechtelijke kaders waarin sectorinitiatieven centraal staan bij de vorming van duurzaamheidsinitiatieven. In het kader van de 'kip van morgen'-kwestie lijkt de betrokkenheid vanuit de overheid in de vorming van de maatschappelijke doelstellingen onvoldoende duidelijk om te voldoen aan de kaders die het Hof uiteen heeft gezet in bijvoorbeeld *Arduino* en *Mauri*. Deze betrokkenheid is vereist om private initiatieven van de vereiste democratische legitimiteit te voorzien. Hoewel 'keteninitiatieven' zoals de Kip van Morgen door de overheid worden aangemoedigd en gestimuleerd en het kabinet in deze context specifiek heeft aangegeven dat het beleid gericht moet zijn op een markt- en ketengestuurde verduurzaming van de veehouderijproductie, is overheidsparticipatie in de daadwerkelijke vorming van de belangen vereist, al dan niet, uiteindelijk, in de vorm van een goedkeuring. Hoewel de 'kip van morgen'-kwestie zich nu reeds kenmerkt door een wisselwerking tussen overheid en markt, waarin – deels – gezamenlijk doelstellingen worden geformuleerd voor duurzaamheid, is niet duidelijk in hoeverre de overheid, daadwerkelijk, in dit proces bevoegd of in staat was om op bepaalde momenten sturend op te treden. In de vormgeving van het raamwerk is het algemeen belang dus onvoldoende verzekerd en duurzaamheidsinitiatieven zijn gebaat bij een duidelijker raamwerk van publiek-private deliberatie indien sectorinitiatieven centraal moeten staan bij de ontwikkeling daarvan.

### 5. Conclusie

Vanwege de positie die is ingenomen door de ACM bij de beoordeling van recente publiek-private duurzaamheidsinitiatieven is een institutionele lacune blootgelegd. Het eendimensionale karakter van het beoordelingskader in het mededingingsrecht, zoals toegepast door de ACM, is niet te verenigen met bredere maatschappelijke doelstellingen die binnen dat kader moeten worden gereduceerd tot kwantificeerbare consumentensurplus. Als deze positie wordt doorgetrokken dan zou de ACM tevens moeten protesteren tegen initiatieven zoals het in 2013 ondertekende 'Bangladesh Fire and Safety Accord' tussen concurrerende kledingmerken, internationale en Bengaalse vakbonden en

NGOs, op basis waarvan structurele verbeteringen op het gebied van veiligheid in de kledingfabrieken in Bangladesh moeten worden bereikt. Dit zou binnen de visie van de ACM alleen zijn toegestaan bij een voldoende toename in het consumentensurplus ter compensatie van de afwezigheid van goedkopere kleding die onder levensbedreigende omstandigheden in de Nederlandse winkel zijn beland. De realiteit is dat dergelijke duurzaamheidsinitiatieven steeds vaker vanuit de desbetreffende sector vorm krijgen. Zeker binnen de Nederlandse 'participatie' context krijgen economische sectoren vanuit overheidswege de opdracht om gezamenlijk standaarden te ontwikkelen om duurzaam te opereren. De maatschappelijke belangen die daarbij nagestreefd worden zijn breder dan enkel een vooruitgang in consumentensurplus. Dit is echter de enige lens waardoor de ACM naar sectorbrede duurzaamheidsinitiatieven wenst te kijken. Aangezien de ACM tevens verwacht dat ondernemingen dergelijke initiatieven zelfstandig beoordelen, langs dezelfde meetlat, is het vanuit maatschappelijk perspectief problematisch als consumentensurplus onder alle omstandigheden doorslaggevend zou zijn. Op die manier gaat maatschappelijke waarde verloren. Deze waarde moet van bestaansrecht worden voorzien door op een slimmere manier om te gaan met kwesties waarin duurzaamheid botst met mededinging. De 'kip van morgen'-zaak illustreert de mate waarin maatschappelijke waarde verloren kan gaan binnen een dergelijk nauw beoordelingsraamwerk. In deze bijdrage heb ik op basis van Europese rechtspraak geanalyseerd dat het beoordelingsmandaat voor de ACM ruimer is dan tot op heden is toegepast in de beoordeling van duurzaamheidsinitiatieven. Europese rechtspraak biedt een duidelijke basis om private initiatieven, met een maatschappelijk belang dat onverenigbaar is met de mededingingsdoelen, ruimte te geven, mits deze initiatieven plaatsvinden binnen een institutioneel kader waarin op doorslaggevende momenten publieke voeding wordt gegeven aan de vorming van de maatschappelijke belangen. De ACM is natuurlijk niet verantwoordelijk voor de vormgeving van het institutionele kader waarbinnen dergelijke initiatieven vorm krijgen en hier ligt dan ook een belangrijke rol voor de overheid. De ACM kan wel gebruik maken van de bestaande kaders in de Europese rechtspraak om deze institutionele leemte duidelijker in kaart te brengen en de wetgever ertoe te bewegen dergelijke publiek-private kaders beter vorm te geven. De geconstateerde institutionele leemte kan reeds op basis van bestaande Europese rechtspraak worden opgevuld en deze bijdrage moedigt de ACM aan daarin een centrale rol te spelen. •