

Inleiding van Henk Don voor de Vereniging voor Mededingingsrecht: “Toepassing van het ACM-visiedocument Mededinging & Duurzaamheid in de praktijk”, d.d. 11 juni 2015

Inleiding

Dank u voor de uitnodiging. Ik wil graag met u van gedachten wisselen over hoe ACM duurzaamheidsafspraken in de praktijk heeft getoetst. Eerst zal ik kort ingaan op de achtergrond van dit thema en op het juridisch kader.

ACM heeft in 2013 duurzaamheid op haar strategische agenda geplaatst om meer duidelijkheid te geven over hoe duurzaamheidsinitiatieven moeten worden beoordeeld. Medio 2014 publiceerde ACM, na consultatie, het visiedocument Mededinging & Duurzaamheid. Rond die tijd verscheen ook de beleidsregel van de Minister over dit onderwerp. In de bijeenkomst van vandaag bezien we hoe ACM de visie en beleidsregel heeft toegepast.

De discussie over de verhouding tussen met name milieu en mededinging is overigens niet nieuw. De ontheffingenpraktijk van Commissie en (later) de NMa begon al in de jaren 80. De oude richtsnoeren voor horizontale samenwerking van de Commissie gaven expliciet aandacht aan milieuovereenkomsten. In 2010 is er bij de OESO nog een ronde-tafel over dit onderwerp geweest en een groep Scandinavische landen publiceerde in datzelfde jaar het document *Competition Policy and Green Growth*. Daarna is het rustiger geworden aan dit front. In zekere mate geldt dat ook voor de toepassing van artikel 6 lid 3 Mw ten algemene. Het lijkt daardoor wel of de relatie duurzaamheid en mededinging alleen in Nederland een brandende kwestie blijft. En dat is het overigens in bredere zin: het gaat zeker bij de discussie over Internationaal Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen immers om méér dan het milieu en dierenwelzijn.

Hoe dan ook, we hebben ons best gedaan om het kader van de beleidsregel en het visiedocument in enkele zaken toe te passen. Met name de zaak over de kolencentrales en de ‘Kip van Morgen’ waren in het oog springend. We hebben daarvan ook zelf veel geleerd.

ACM plaatst duurzaamheidsbelangen in de sleutel van lid 3

Los van het feit dat de jurisprudentie geen robuuste basis biedt voor een andere keuze, zijn er voor de keuze van lid 3 ook inhoudelijke redenen. Het geeft een kader waarbinnen mededinging en welvaart (als centrale doelstellingen van het mededingingsrecht) een plaats hebben en tegen elkaar worden afgewogen. Ook bevat lid 3 een norm met betrekking tot het belang van de afnemers. Dit zijn wezenlijke punten. Er bestaat bij sommigen de zorg dat het meenemen van publieke belangen in het mededingingsrecht zal leiden tot een politisering daarvan. Het lid 3 kader kent dit risico niet. Het biedt duidelijkheid voor de toezichthouder en de rechter. Allereerst moet een afweging worden gemaakt van de voor- en nadelen van de afspraak. De afspraak moet per saldo welvaartsvoordelen opleveren. Dit is de strekking van het eerste vereiste van lid 3. Daarom onderzoeken wij hoe je bepaalde voordelen, zoals milieuwinst, in geld kunt waarderen. Alleen zo kun je appels met peren vergelijken. Dat wordt met een lelijk woord ‘monetariseren’ genoemd. Door de voor- en nadelen van een afspraak op één noemer te zetten kunnen efficiency-voordelen objectief worden gewogen.

Daarmee volgen we een ruime opvatting van het efficiency-begrip. Eigenlijk precies zoals Tom Ottervanger in zijn oratie bepleit.

Lid 3 waarborgt ook dat de afnemers er door de afspraak ten minste niet op achteruit gaan. Ook dit voorkomt politiek getinte beoordelingen. Het betekent dat wanneer een afspraak leidt tot een prijsverhoging, aannemelijk moet zijn dat de consumenten daarvoor worden gecompenseerd door voordelen van andere aard, zoals een kwaliteitsverbetering. Lid 3 stelt bovendien grenzen aan de mate waarin de nadelen voor de ene groep consumenten kunnen worden afgewogen tegen de voordelen van een andere groep. Dit zijn belangrijk aandachtspunten voor een mededingingsautoriteit en het lid 3 kader geeft hier duidelijke regels die wij willen en ook denken te moeten respecteren.

De wetgever kan anders beslissen

De wetgever kan velerlei maatregelen ter bevordering van duurzaamheid nemen. Hij kan producteisen voorschrijven of het gedrag van marktpartijen beïnvloeden door middel van heffingen of subsidies. Ook kan hij het gebruik van bepaalde informatieve *labels* verplicht stellen.

Tussen wetgever en ACM kan ook samenspel bestaan. In het geval van netneutraliteit heeft de wetgever gezegd: de keuze- en uitingsvrijheid van gebruikers van het internet vinden we belangrijker dan consumentenwelvaart. Dan treedt ACM op tegen gedrag dat afbreuk doet aan een gelijke toegang tot internet, ongeacht of dit gedrag misschien voordelig is de consument. ACM gaf daarom Vodafone-Libertel een boete van 200.000 euro op basis van de Telecommunicatiewet (beroep is ingesteld).

Wij kunnen zelf ook bepaalde afwegingsvraagstukken signaleren waarover de politiek vervolgens kan beslissen. ACM heeft in een hoorzitting in de TK naar voren gebracht dat onder de huidige regulering duurzame warmtenetten moeilijk rendabel te krijgen zijn. De politiek kan vervolgens beslissen of de regulering op dit punt moet worden aangepast.

Wanneer wij tot een negatief mededingingsoordeel komen kan de politiek via regulering nog steeds anders beslissen. Dat is bij de kolencentrales gebeurd. Onze analyse kan een dergelijk politiek oordeel zelfs verhelderen doordat duidelijk wordt wat een bepaalde politieke keuze voor de consument met zich meebrengt.

Wat we hiermee zien is, dat het mededingingsrecht grenzen stelt aan de ruimte voor zelfregulering in vergelijking met overheidsregulering. Geen nieuwe constatering overigens, want al sinds de jaren 80 is dit regelmatig actueel geweest.

Ingewikkelde analyse is niet altijd nodig

De analyses in de kolencentralezaak en de Kip van Morgen waren tamelijk ingewikkeld. Dat we relatief moeilijke zaken hebben opgepakt was deels een bewuste keuze. Dit betekent niet dat min of meer standaard een ingewikkelde analyse moet worden gemaakt. Er bestaat een breed spectrum

van zaken, van licht tot zwaar. Er zijn *hard core* kartels die zich niet geloofwaardig kunnen beroepen op een efficiencyverweer, ook niet wanneer zij als neveneffect milieubaten opleveren. Er zijn ook lichte zaken die de mededinging niet beperken of die binnen veilige havens blijven. We geven daar op onze website *guidance* over. Ook kan, waar nodig, op basis van het noodzakelijkheidsvereiste onderzocht worden of er minder mededingingsbeperkende opties zijn om een doel te bereiken. Zonder volle afweging. En ten slotte zijn er situaties denkbaar waarin juist concurrentie duurzaamheidsdoelen kan dienen.

In een eerste *screening* kunnen dus al veel zaken worden afgevangen. Dan blijft er een beperkt aantal ingewikkelde zaken over. In de praktijk gaat het hierbij vaak om een zekere beperking van het aanbod. Die vinden we alleen potentieel gevaarlijk als de concurrentie er wezenlijk door wordt beperkt, met mogelijk negatieve effecten voor de afnemers. Als een afspraak wordt gemaakt om minder zout aan pizza's toe te voegen dan gaan wij daar echt niet achteraan. Wanneer de Nederlandse bakkers zouden besluiten om vanaf heden alleen nog biologisch brood te gaan verkopen ligt dat wellicht anders. De kolencentralescasus en de Kip van Morgen waren van die ingewikkelde zaken. Er zaten positieve en negatieve kanten aan en we wisten ook echt niet op voorhand tot welke conclusies het onderzoek zou gaan leiden.

Onze ervaringen in de praktijk

Wat zijn onze ervaringen met de toepassing van de visie Mededinging & Duurzaamheid in de praktijk en wat hebben wij daarvan geleerd? U zult het met mij eens zijn dat wij hier goeddeels onontgonnen terrein hebben betreden. In de literatuur en ook in vroegere Commissierichtsnoeren is wel gehint op de mogelijkheid om kosten-baten analyses toe te passen. Maar tot concrete toepassing heeft dat niet geleid. Het is begrijpelijk dat wanneer je zo'n exercitie aandurft, dit discussie en vragen oproept. Dat is ook gebleken. Dat is overigens niet anders op andere gebieden waar kosten-batenanalyses worden toegepast. Welke problemen waren te verwachten? Vaak is opgemerkt dat de kwantificering van milieueffecten door een mededingingsautoriteit voor onoverkomelijke hindernissen zou zorgen: ze zijn onzeker, indirect, kennen geen marktprijs en strekken zich uit tot in een verre toekomst. Ga er maar aanstaan.

Onze ervaring is, dat deze problemen hanteerbaar zijn. In de milieuwetenschap zijn schaduw prijzen ontwikkeld die op velerlei terreinen worden toegepast. Het gaat hierbij om de waardering van maatschappelijke kosten die niet direct in een marktprijs tot uitdrukking komen. Die schaduw prijzen pasten we toe bij het kwantificeren van milieuwinst. Bij de kolencentrales betrof dit verminderde emissie van Stikstofoxide, Zwaveloxide, Koolstofdioxide en fijnstof. Bij de Kip van Morgen Ammoniak en fijnstof. Schaduw prijzen weerspiegelen het keuzeprobleem zo objectief mogelijk. Het meeste houvast bieden schaduw prijzen op basis van vermindingskosten. Deze maken een vergelijking mogelijk tussen de afspraak en andere manieren om het milieuprobleem op te lossen. Zo kan worden vastgesteld of de afspraak een efficiënte oplossing biedt. Bovendien gaan zij uit van een beleidsnorm. Deze geeft aan voor welk niveau van emissie onze samenleving zich heeft gecommitteerd om het probleem op te lossen. Wanneer zo'n beleidsnorm er niet is, zoals bij fijnstof, werken we met schadekosten. De achterliggende waardering betreft in dat geval de

gezondheidswinst als gevolg van het terugdringen van de emissies.

Het lijkt dat hier kille rekensommen worden gemaakt, maar het gaat hier wel degelijk om een brede invulling van het efficiencybegrip.

Veel aandacht is in de kolencasus uitgegaan naar de beperking van uitstoot van Kooldioxide (CO₂). Door de aanwezigheid van het Emission Trading System is hier sprake van een domein waar het gebruik van het milieugoed (de ruimte voor CO₂emissie) een prijs heeft gekregen, namelijk de prijs die voor emissierechten moet worden betaald. Deze kan als schaduwprijs fungeren. De besparing als gevolg van het geringere gebruik van emissierechten voor de elektriciteitsproducenten zat in het prijs-kostenmodel. Daarnaast levert de vermindering van CO₂ uitstoot door elektriciteit-producenten geen baten. De markt zorgt voor een herschikking van de vrijgekomen emissierechten en de emissie zal per saldo niet afnemen.

Bij de Kip van Morgen kwamen vele duurzaamheidsaspecten samen. Ik noemde al het terugdringen van emissie van ammoniak en fijnstof. De belangrijkste factor was de verbetering van het leven van de Kip door een tragere groei, meer ruimte, een beter licht-donker ritme en een prettiger bodembedekking. Kippen die niet aan de minimumnormen voldoen, zouden niet meer in de schappen van de supermarkt komen.

Consumenten waarderen deze verbetering van leefomstandigheden verschillend. Vanuit mededingingsperspectief is er in beginsel geen reden om aan de voorkeuren van de ene groep consumenten voorrang te verlenen boven die van een andere groep. Toch hebben we een diepgaand onderzoek willen doen om alle relevante factoren boven tafel te krijgen. Het is bijvoorbeeld denkbaar dat de markt faalt doordat de consument onvoldoende houvast vindt in alle keurmerken die er voor diervriendelijkheid in omloop zijn. Ook blijkt uit wetenschappelijk onderzoek dat consumenten meer voor duurzame producten over hebben naarmate een groter deel van alle consumenten voor zo'n product kiest. Daar kan via een enquête beter zicht op worden verkregen. Er waren kortom verschillende redenen om via een eigen onderzoek te achterhalen hoe de Kip van Morgen door de consumenten wordt gewaardeerd om vervolgens te bezien of dit opweegt tegen de prijsverhoging. Zoals bekend bleek uit het onderzoek dat dit niet het geval was.

Afronding

De kolencentralescasus en de kipcasus hebben voor de nodige ophef gezorgd. Niet iedereen bleek even ontvankelijk voor onze analyses, die nuchter en ook vrij technisch waren. Zowel bij mededingingsanalyses als bij kosten-batenanalyses is het belangrijk dat er redelijke en werkbare grenzen worden gesteld aan welke effecten worden meegenomen. Ook moet het om echte efficiency-voordelen gaan, moeten deze voldoende zeker zijn en uit de afspraak zelf voortvloeien. Er is bijvoorbeeld betoogd dat de sluiting van centrales zal helpen om het Europese emissieplafond omlaag te krijgen. Een dergelijk (vermeend) voordeel voldoet niet aan deze eisen.

Ik heb al gezegd dat ACM geen politieke afwegingen maakt. De politiek moet soms beslissen over

ethische kwesties. De politiek zal soms meegaan met de wensen van belangengroepen, ook wanneer dit in het nadeel is van andere groepen burgers. De politiek kan aldus een breder spectrum van belangen meewegen dan ACM. Uit een recent rapport van de Rekenkamer blijkt bijvoorbeeld dat de aanleg van windparken in de Noordzee niet kosteneffectief is wanneer alleen gekeken wordt naar de duurzaamheidswinst. De politiek weegt dan andere belangen mee zoals werkgelegenheid en industriepolitiek. Op een ander vlak is ook de inkomenspositie van boeren een onderwerp van politieke aandacht. Een dergelijk breed spectrum van overwegingen kan het mededingingsrecht niet in beschouwing nemen.

Hoe nu verder? Ik denk dat het goed is dat we in aanvulling op onze algemene *guidance* enkele concrete zaken hebben behandeld waarin we, meer dan gebruikelijk, een eigen inhoudelijke analyse hebben gemaakt. Daarmee hebben we een proactieve inspanning geleverd om te laten zien hoe duurzaamheidsbelangen op een reële wijze in een mededingingsanalyse kunnen worden betrokken.

Dat genoemde zaken de nodige aandacht hebben gekregen, ook in wetenschappelijke kring, is denk ik positief. Het terrein verdiende nadere verkenning. Als u suggesties heeft over hoe we onze analyse beter zouden kunnen doen dan horen we die natuurlijk graag. We zullen in de toekomst waar nodig *guidance* blijven geven en eventueel ook zaken blijven oppakken.

Betekent het voorgaande dat voor de advisering over duurzaamheidsinitiatieven al snel economen met verstand van kosten-batenanalyses en schaduwrijzen moeten worden ingeschakeld? Niet direct. Het is verstandig om eerst na te gaan of een lichte toets volstaat: is er wel een (merkbare) concurrentiebeperking, is voldaan aan het noodzakelijkheids criterium, zijn de voordelen voldoende concreet en zijn ze causaal verbonden met de afspraak? Soms blijft er dan een ingewikkeld vraagstuk over en kan het nodig zijn om een daarvoor passend onderzoek te doen. Daarvan hebben we enkele voorbeelden gegeven. *Self-assessment* blijft uiteindelijk wel het uitgangspunt. Anderzijds blijven we óók graag met u in gesprek om inzichten en ervaringen uit te wisselen.

Ik dank u voor uw aandacht!