

De onwenselijkheid van de Beleidsregel mededinging en duurzaamheid

De Beleidsregel mededinging en duurzaamheid faciliteert marktbrede duurzaamheidsafspraken onder het kartelverbod. De veronderstelling daarbij is dat de Beleidsregel in overeenstemming is met de Mededingingswet. Dat is niet zo.

EDITH LOOZEN
Universitair docent
aan de Erasmus Uni-
versiteit Rotterdam

Vorig jaar heeft minister Kamp de Beleidsregel mededinging en duurzaamheid vastgesteld (MinEZ, 2014a). De Beleidsregel schrijft voor hoe ACM de uitzonderingsvoorwaarden van het kartelverbod dient toe te passen op afspraken die weliswaar de mededinging beperken, maar tegelijkertijd de duurzaamheid bevorderen. De bedoeling is dat artikel 6 Mededingingswet (Mw) geen remmende werking meer heeft op duurzaamheidsafspraken (Tweede Kamer, 2015). Tegelijkertijd heeft ACM (2014) het Visiedocument mededinging en duurzaamheid gepubliceerd. Dit document verduidelijkt hoe de Beleidsregel in de praktijk zal worden toegepast. Het gevolg hiervan is dat de Beleidsregel zijn doel vooralsnog niet waarmaakt. Zo heeft ACM niet ingestemd met de vervroegde sluiting van de oude kolencentrales (ACM, 2013) noch met de Kip van Morgen (ACM, 2015). Minister Kamp had dat graag anders gezien en heeft laten weten dat de Beleidsregel zal worden aangepast (MinEZ, 2015).

Duurzaamheid is in ons aller belang. De vraag is echter volgens welke doelstelling en op welke wijze het kartelverbod moet worden toegepast opdat de markt daaraan bijdraagt. De Beleidsregel veronderstelt dat dit op grond van een brede welvaartsdoelstelling kan. Het Visiedocument sluit daarbij aan, mits kwantitatieve economische analyse uitwijst dat een afspraak tot per saldo welvaartswinst leidt. Beide veronderstellingen zijn onjuist.

IN BELEIDSREGEL GAAT DUURZAAMHEID VOOR MEDEDINGING

Het kartelverbod levert een probleem op voor marktbrede duurzaamheidsafspraken. Afspraken die concurrentie uitsluiten, leiden tot meer marktmacht waardoor artikel 6(1) Mw van toepassing is (zie kader 1). Tegelijkertijd zou duurzaamheid afspraken vergen die marktbreed zijn. Zolang consumenten kunnen uitwijken naar goedkope, niet-duurzame productie kan duurzame productie immers tot *first mover disadvantage* leiden. Met als gevolg dat marktbrede duurzaamheidsafspraken geen doorgang vinden wanneer hiermee geen rekening wordt gehouden onder artikel 6(3) Mw (kader 1). Dat wil de Beleidsregel voorkomen.

Uitgangspunt daartoe is een brede welvaartsopvatting à la de VN-commissie Brunlandt uit 1987, die duurzame ontwikkeling definieerde als het voorzien in de behoeften van het heden zonder het vermogen van toekomstige generaties om in hun eigen behoeften te voorzien in gevaar

Het kartelverbod

KADER 1

Artikel 6 Mw verbiedt kartels in twee stappen. Lid 1 verbiedt afspraken die de mededinging beperken. Lid 3 stelt vier voorwaarden aan een uitzondering op de toepassing van dat verbod. Een beperkende afspraak moet objectief geschikt zijn om tot een efficiëntieverbetering te leiden (welvaartsvoordeel). De efficiëntieverbetering moet niet alleen ten goede komen aan de betrokken ondernemingen, maar ook aan de gebruikers (gebruikersvoordeel). De afspraak mag niet onmisbaar zijn om de gestelde efficiëntieverbetering te realiseren (noodzakelijkheid). De afspraak mag de mededinging niet voor een wezenlijk deel uitschakelen (voldoende restconcurrentie).

te brengen (MinEZ, 2014a). Vervolgens worden de vier uitzonderingsvoorwaarden uit artikel 6(3) Mw overeenkomstig dat brede welvaartspectief uitgelegd. Onder de voorwaarden met betrekking tot welvaarts- en gebruikersvoordeel moeten tevens de langetermijnvoordelen worden meegewogen. Onder de noodzakelijkheidsvoorwaarde moet rekening worden gehouden met het feit dat first mover disavantage een onderneming de prikkel kan ontnemen om duurzaamheidsinitiatieven te nemen. Onder de restconcurrentievoorwaarde moet de aanwezigheid van concurrentie op andere parameters dan het duurzaamheidsselement worden meegewogen.

Dit betekent dat de Beleidsregel de mededingingsvoorwaarden uit artikel 6(3) Mw niet langer onverkort handhaaft. De noodzakelijkheidsvoorwaarde beschermt de mededinging door een meer beperkende afspraak te verbieden wanneer het welvaartsvoordeel ook met een minder beperkende afspraak kan worden bereikt. In geval van duurzaamheid vormt first mover disavantage evenwel een reden om meer beperkende afspraken toe te staan. De restconcurrentievoorwaarde beschermt het mededingingsproces als zodanig door een afspraak te verbieden wanneer zij de concurrentie op een parameter uitsluit. In geval van duurzaamheid kan de uitsluiting van concurrentie evenwel worden gecompenseerd door concurrentie op andere parameters.

DUURZAAMHEID VOOR BIJ WELVAARTSWINST

Het Visiedocument sluit bij de Beleidsregel aan. Om politieke besluitvorming te voorkomen (Don, 2015; Fonteijn, 2015) worden marktbrede duurzaamheidsafspraken echter alleen van het kartelverbod uitgezonderd wanneer kwantitatieve economische analyse uitwijst dat er sprake is van per saldo welvaartswinst (ACM, 2014). Dit betekent dat de eerste twee voorwaarden van artikel 6(3) Mw volgens een consumentensurplusstandaard worden uitgelegd. Een recept voor teleurstelling, zoals uit de volgende twee prominente zaken blijkt: ‘oude kolencentrales’ en de ‘Kip van Morgen’.

Oude kolencentrales

De zaak van de ‘oude kolencentrales’ gaat over de in het kader van het SER Energieakkoord gemaakte afspraak tussen elektriciteitsproducenten om vijf milieuvuulende kolencentrales uit de jaren tachtig te sluiten. ACM (2013) berekent evenwel dat de afspraak tot per saldowelvaartsverlies zal leiden waardoor hij niet op grond van de Beleidsregel van het kartelverbod kan worden uitgezonderd.

De toezichthouder stelt vast dat de negatieve prijseffecten van de afspraak 450 miljoen euro zouden bedragen. Dat bedrag weerspiegelt de toename van de kosten van het totale Nederlandse elektriciteitsverbruik op basis van een veronderstelde groei van het elektriciteitsgebruik van 1,15 procent per jaar. De positieve milieueffecten zouden daarentegen slechts 180 miljoen euro opleveren. Dat bedrag weerspiegelt de monetarisering van de uitstootvermindering van zwaveldioxide (SO₂) en stikstofdioxide (NO_x) op grond van schaduwpreizen, en van fijnstof op grond van vermeden schadekosten. De uitstootvermindering van CO₂ is niet meegenomen omdat de uitstootvermindering in Nederland niet zou worden gedaan door uitstoot elders. Een per saldo welvaartsverlies dus van 270 miljoen euro.

Het (voorlopige) oordeel van ACM is hevig bekritiseerd (NRC, 2013). Vervolgens is overwogen om de CO₂-emissierechten die na de sluiting zouden overblijven, uit de markt te halen (MinEZ, 2014c) waardoor ACM haar analyse zou moeten herzien (Woerdman, 2013). Deze oplossing stuitte echter op kritiek uit onverwachte hoek. Terwijl de Europese Commissie in de CECED-beschikking (Europese Commissie, 1999; 2011) een EU-brede afspraak over de collectieve uitfasering van minder energiezuinige wasmachines heeft uitgezonderd onder de Europese tegenhanger van artikel 6(3) Mw, is zij nu van mening dat de collectieve sluiting van de oude kolencentrales niet aan de noodzakelijkheidsvoorwaarde uit artikel 6(3) Mw voldoet (MinEZ, 2014c).

De Beleidsregel moet niet worden aangepast, maar ingetrokken

Kip van Morgen

De zaak van de ‘Kip van Morgen’ gaat over de afspraak tussen supermarkten, producenten en verwerkers om kippenvlees dat volgens de bestaande minimumnormen is geproduceerd uit de schappen te halen. Weer concludeert ACM dat de afspraak niet van het kartelverbod kan worden uitgezonderd omdat hij tot per saldo welvaartsverlies leidt.

Nader onderzoek wijst uit dat de betalingsbereidheid van de consument tegenvalt. Voor de dierenwelzijnsmaatregelen (meer stalruimte, meer strooisel op de stalvloer, langere levensduur en dergelijke) hebben consumenten maar 68 eurocent over (per kilogram kipfilet). Voor de positieve milieueffecten 14 eurocent. Het positieve effect voor de volksgezondheid doet zich bij nader inzien niet voor: de voorgestelde vermindering voor antibiotica wordt ook zonder de Kip van Morgen gehaald. Tegenover de totale voordelen van 82 eurocent staan de extra kosten die de consument in rekening worden gebracht, en wel 1,46 euro. Een per saldo welvaartsverlies dus van 66 eurocent (per kilogram kipfilet).

Weer ondervindt ACM kritiek. Politici en maatschappelijke organisaties menen dat de positieve effecten voor de burger onvoldoende worden meegenomen wanneer de toezichthouder zich voornamelijk op de betalingsbereidheid van de consument richt (Tweede Kamer, 2015; VNO-NCW *et al.*, 2015).

Kartelverbod nog steeds sta-in-de-weg

Ook minister Kamp is teleurgesteld dat de Beleidsregel onvoldoende soelaas blijkt te bieden voor marktbrede duur-

zaamheidsafspraken (Tweede Kamer, 2015). Na de eerste tegenvaller stelt hij op grond van de Wet milieubeheer alsnog hogere rendementseisen vast die met name consequenties hebben voor de meest vervuilende kolencentrales (MinEZ, 2014c). Maar na de tweede tegenvaller geeft hij opdracht de Beleidsregel verder aan te passen (MinEZ, 2015). De vraag is evenwel of de constitutionele context van de Europese mededingingsregels – en daarmee van de Mw die immers bij de Europese mededingingsregels aansluit – wel ruimte biedt voor een brede welvaartsuitleg.

GÉÉN BREDE WELVAARTSUITLEG VOLGENS EU

Minister Kamp staat niet alleen. Juristen hebben erop gewezen dat het Europese recht ruimte biedt voor “een breder welvaartsperspectief dan consumentenwelvaart” (Claassen en Gerbrandy, 2015). Zij baseren hun pleidooi op de constitutionele context van mededingingsregels (Gerbrandy, 2013). Uit artikel 3 VEU (kader 2) zou volgen dat mededingingsregels een bredere welvaartsdoelstelling hebben, omdat concurrentievermogen, sociale markteconomie en duurzame ontwikkeling met elkaar in samenhang moeten worden gezien. Uit artikel 11 VWEU (kader 2) zou volgen dat er geen hiërarchie is tussen economische en niet-economische belangen waardoor duurzaamheid en mededinging integraal kunnen worden afgewogen binnen het kartelverbod. Beide veronderstellingen zijn onjuist wanneer de volledige constitutionele context in ogenschouw wordt genomen, alsmede de plaats die toezichthouders op mededinging in een democratische rechtsstaat innemen.

Constitutionele context mededingingsregels

KADER 2

Artikel 3 van het Verdrag van de Europese Unie (VEU) bepaalt onder meer dat de Unie (i) “een interne markt tot stand brengt” (lid 1), (ii) zich inzet voor “de duurzame ontwikkeling van Europa, op basis van een evenwichtige economische groei en van prijsstabiliteit, een sociale markteconomie met een groot concurrentievermogen die gericht is op volledige werkgelegenheid en sociale vooruitgang, en van een hoog niveau van bescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu, (...) wetenschappelijke en technische vooruitgang, (...) sociale rechtvaardigheid, (...) de solidariteit tussen generaties (...)” (lid 3), naargelang (iii) “de bevoegdheden die haar daartoe in de Verdragen zijn toebedeeld” (lid 6).

Artikel 11 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) bepaalt dat de eisen inzake milieubescherming moeten worden geïntegreerd in de omschrijving en uitvoering van het beleid en optreden van de Unie, in het bijzonder met het oog op het bevorderen van duurzame ontwikkeling.

Consumentenwelvaart in de zin van consumentensurplus

Artikel 3 VEU bepaalt twee dingen die relevant zijn voor de toepassing van de mededingingsregels. Ten eerste, de Unie bevordert de welvaart langs twee wegen: via de markt en via de overheid. Ten tweede, overheidsoptreden richt zich op het maximaliseren van totale en maatschappelijke welvaart. Overheidsoptreden gericht op maximalisatie van totale welvaart is nodig omdat markten niet in alle gevallen efficiënte uitkomsten realiseren (bijvoorbeeld om biodiversiteit te beschermen). Overheidsoptreden gericht op maximalisatie van maatschappelijke welvaart is nodig om tot een aanvaardbare verdeling van welvaart te komen (bijvoorbeeld om sociale cohesie te waarborgen).

Daarnaast bepaalt Protocol (Nr. 27) dat de Unie een mededingingsregime omvat dat verzekert dat de mededinging niet wordt verstoord. Dit protocol maakt een ‘integreerend deel’ uit van de Unieverdragen (art. 51 VEU).

Uit artikel 3 VEU en Protocol (Nr. 27) volgen drie uitgangspunten voor het welvaartsperspectief van de mededingingsregels. Het eerste uitgangspunt is dat de markt wordt ingeschakeld om de totale welvaart te maximaliseren. Maximalisatie van maatschappelijke welvaart kan niet aan de markt zijn, omdat verdelingsvraagstukken nu eenmaal in het politieke domein horen (Teulings *et al.*, 2003). Het tweede uitgangspunt is dat de mededingingsregels bijdragen aan welvaartsmaximalisatie *doordat* zij de mededinging beschermen (Loozen, 2006; 2011; 2015; Van Damme, 2014). Deze tussenstap is cruciaal omdat effectieve concurrentie het middel is dat markten ertoe aanzet de totale welvaart te maximaliseren. Het derde uitgangspunt is dat dynamische consumentenwelvaart de beste doelstelling vormt voor de toepassing van de mededingingsregels (Pittman, 2007; Salop, 2010). Dit komt omdat dynamische consumentenwelvaart twee voordelen heeft. Bij totale welvaart leiden niet alle welvaartsverschuivingen van consumenten naar producenten tot toepassing van de mededingingsregels, terwijl dynamische consumentenwelvaart een toename van producentenwelvaart alleen toestaat zolang consumentenwelvaart niet langdurig of blijvend afneemt. Dynamische consumentenwelvaart heeft de voorkeur boven statische consumentenwelvaart, omdat dynamische consumentenwelvaart belang hecht aan de werking van het concurrentieproces en daarmee ruimte biedt voor tijdelijke overwinsten en innovatie (Loozen, 2010; 2014).

In het mededingingsbeleid wordt consumentenwelvaart gewoonlijk in de zin van consumentensurplus gedefinieerd (Salop, 2010; Kaplow, 2012; Van Damme, 2014). Daarmee kan het pleidooi voor een “breder welvaartsperspectief dan consumentenwelvaart” worden teruggebracht tot de vraag of consumentenwelvaart breder kan worden opgevat dan consumentensurplus. Dat is niet het geval. De reden daarvoor is simpel. Brede welvaart omvat componenten die niet op objectieve wijze in eenzelfde maatstaf kunnen worden ondergebracht, waardoor pogingen daartoe normatief en dus politiek beladen zijn (CPB, 2009).

Integratieverplichting is begrensd

Net zo min als uit artikel 3 volgt dat het kartelverbod een brede welvaartsdoelstelling dient, volgt uit artikel 3 VEU en 11 VWEU dat de toezichthouder duurzaam-

heid zwaarder kan laten wegen dan mededinging binnen het kartelverbod (Loozen, 2010; 2011). Dit komt omdat toezichthouders op mededinging overheidsorganen zijn die geen politieke maar juridische verantwoording afleggen omdat zij geacht worden het recht op objectieve wijze toe te passen. De afwezigheid van normatieve besluitvorming wordt in drie stappen gewaarborgd. Ten eerste doordat de toezichthouder het voorgeschreven toetsingskader handhaaft. Ten tweede doordat de toezichthouder zulks doet op grond van nauwkeurig onderzoek van de feitelijke en economische omstandigheden van het concrete geval. En ten derde doordat de toezichthouder tot logisch navolgbare en onderling samenhangende conclusies komt. Dit betekent dat toezichthouders duurzaamheidsbelangen zeker moeten meenemen, maar binnen de grenzen die het kartelverbod gegeven zijn eigen doelstelling daaraan stelt.

Uit het bovenstaande volgt dat een verdere aanpassing van de Beleidsregel niet aan de orde kan zijn. Dit komt omdat uit de Europese constitutionele context volgt dat consumentenwelvaart in de zin van consumentensurplus de achterliggende doelstelling van de Mw vormt. Blijft de vraag of de Beleidsregel wel rechtmatig is wanneer hij conform het Visiedocument wordt toegepast.

KWANTITATIEVE ANALYSE NIET MAATGEVEND

ACM (2014) meent dat het Visiedocument tot een toepassing van artikel 6(3) Mw leidt die overeenkomt met de Mw. Immers, de economische benadering van het mededingingsrecht stelt kosten-batenanalyse centraal en de afweging van de verschillende welvaartsgevolgen van een afspraak gebeurt op grond van de consumentensurplusstandaard. Ook deze veronderstelling is onjuist. De kosten-batenanalyse waarin

de economische benadering voorziet, wordt namelijk nog steeds door het juridische toetsingskader bepaald, terwijl het Visiedocument dat toetsingskader (deels) loslaat waardoor er alsnog sprake is van politieke besluitvorming.

Van belang hiervoor is dat de economische benadering is ingevoerd omdat de Mw 'open' rechtsnormen omvat waarin kernbegrippen als 'beperking van de mededinging' niet nader zijn gedefinieerd. Om politieke besluitvorming te voorkomen bestaat dus behoefte aan een objectieve standaard. De economische benadering levert die standaard doordat de juridische voorwaarden zo moeten worden uitgelegd dat de

**Om politieke besluitvorming te voorkomen
bestaat dus behoefte aan een objectieve standaard.
De economische benadering levert die standaard**

mededingingsregels hun achterliggende doelstelling waarmaken – de maximalisatie van consumentenwelvaart (Monti, 2003). Daarmee komt deze benadering in essentie neer op functionele juridische analyse (Loozen, 2010; 2014). De analytische basis hiervoor wordt geleverd door Williamsons partieel-evenwichtsmodel (waarbinnen dynamische effecten worden meegenomen) waarna het zaak is om het mededingingsrechtelijke begrippenkader op consistente wijze met de daaruit volgende bewijsituaties te verbinden.

Dit betekent dat het juridische toetsingskader ook bij de economische benadering onverminderd centraal staat. Het probleem met het Visiedocument is dat de uitzonderingsvoorwaarden die de mededinging beschermen, worden losgelaten. Hierdoor is er alsnog sprake van politieke besluitvorming. 'Loslaten' is immers in strijd met de wettelijke taak van de toezichthouder: artikel 3 VEU en Protocol (Nr. 27) stipuleren dat de mededingingsregels een bijdrage leveren aan welvaartsmaximalisatie door de mededinging te beschermen. 'Loslaten' is ook in strijd met het wettelijke toetsingskader: artikel 3 VEU en 11 VWEU bepalen dat de toezichthouder duurzaamheidsbelangen moet meenemen voorzover de voorwaarden die de mededinging beschermen niet opzij worden gezet. Daarbij komt dat de mededingingsvoorwaarden niet voor niets deel uitmaken van artikel 6(3) Mw. Handhaving van de noodzakelijkheidsvoorwaarde voorkomt onnodige opslag. Handhaving van de restconcurrentievoorwaarde waarborgt de (in opdracht van de burger) van overheidswege vastgelegde keuzevrijheid van de consument en voorkomt dat de consument niet langer de markt aanstuurt, maar de markt de consument. Loslaten van de mededingingsvoorwaarden heeft de Commissie in CECED over het hoofd doen zien dat hetzelfde

Welvaartsbegrippen

KADER 3

Consumentenwelvaart wordt opgevat als de optelsom van de welvaart van alle individuele consumenten op een specifieke markt. Producentenwelvaart wordt opgevat als de optelsom van de welvaart van alle individuele producenten op een specifieke markt. Totale welvaart is het totaal aan consumenten- en producentenwelvaart op een specifieke markt. Maatschappelijke welvaart is de optelsom van totale welvaart op specifieke markten, met dien verstande dat deze welvaartsvorm ook de verdeling van welvaart over de bevolking omvat.

Welvaart als zodanig bestaat uit drie componenten (CPB, 2009): welvaart afkomstig uit goederen en diensten die op de markt een prijs krijgen; welvaart uit goederen die op de markt geen prijs krijgen, maar toch belangrijk zijn voor onze welvaart (bijvoorbeeld biodiversiteit); en welvaart afkomstig uit niet-economische factoren die belangrijk zijn voor de wijze waarop welvaart wordt beleefd (bijvoorbeeld sociale cohesie). Het idee van brede welvaart richt zich vooral op de laatste twee componenten.

LITERATUUR

ACM (2013) *Analyse met betrekking tot de voorgenomen afspraak tot sluiting van 80er jaren kolencentrales in het kader van het SER Energieakkoord*, 26 september.

ACM (2014) *Visiedocument Mededinging & Duurzaamheid*, mei.

ACM (2015) *Analyse ACM van duurzaamheidsafspraken 'De Kip van Morgen'*, 26 januari.

Claassen, R. en A. Gerbrandy (2015) *Bredere kijk op mededingingsrecht gewenst*. *Me Judice*, 24 februari.

CPB (2009) *Notitie Brede welvaart en nationaal inkomen*, 8 september.

Damme, E. van (2014) *De betovering van de consumentenwelvaart*. *ESB*, 99(4683S), 6–16.

Don, H. (2015) *Toepassing van het ACM-visiedocument Mededinging & Duurzaamheid in de praktijk*, 11 juni.

Europese Commissie (1999) *Beschikking in 36718 CECEC*. *Publicatieblad*, 2000 L 187/47, 24 januari.

Europese Commissie (2004) *Richtsnoren betreffende de toepassing van artikel 81(3) EG*. *Publicatieblad*, C 101/97.

Europese Commissie (2011) *Richtsnoren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 VWEU op horizontale samenwerkingsovereenkomsten*. *Publicatieblad*, C 11/1.

Fonteijn, C. (2015) *Wij waken tegen oneigenlijk gebruik van duurzaamheidsdoel om kartel te vormen*. *Het Financieele Dagblad*, 2 juli.

Gerbrandy, A. (2013) *Duurzaamheidsbelangen in het mededingingsrecht*. *Nederlands Tijdschrift voor Europees recht*, 2013(9), 326–332.

Kaplow, L. (2012) *On the choice of welfare standards in competition law*. In: *The Goals of Competition Law*, D. Zimmer. Cheltenham, UK/Northampton - Mass: Edward Elgar Publishing.

Loozen, E. (2006) *Professionals ethics and restraints of competition*. *European Law Review*, 31(1), 28–47.

Loozen, E. (2010) *Het begrip mededingingsbeperking zoals neergelegd in artikel 101(1) VWEU: een beslismodel*. Amsterdam: Dissertatie UvA.

Loozen, E. (2011) *Maatschappelijk verantwoord ondernemen onder het kartelverbod*. *Nederlands Juristenblad*, 229(5), 293–298.

Loozen, E. (2014) *The requisite legal standard for economic assessments in EU competition cases unravelled through the economic approach*. *European Law Review*, 1(1), 91–110.

Loozen, E. (2015) *ACM en ziekenhuisfusies: hoeder van het publiek belang?* *Markt & Mededinging*, 2015(5), 178–187.

MinEZ (2014a) *Beleidsregel inzake de toepassing door de Autoriteit Consument en Markt van artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet bij mededingingsbeperkende afspraken die zijn gemaakt ten behoeve van duurzaamheid*. *Staatscourant*, 13375, 8 mei.

MinEZ (2014b) *Aanbiedingsbrief Beleidsregel mededinging en duurzaamheid*. DGETM-MC/14048632, 8 mei.

MinEZ (2014c) *Energieakkoord: alternatief voor de afspraak over kolencentrales*. DGETM/14105867, 3 juli.

MinEZ (2015) *Brief aan de Tweede Kamer, Werking Beleidsregel mededinging en duurzaamheid*. DGETM-MC/15089955, 13 juli.

Monti, M. (2003) *EU Competition Policy after 2004*. New York, 24 oktober.

NRC (2013) *Milieuorganisaties kraken ACM over miniem effect sluiten kolencentrales*. *NRC*, 26 september.

VNO-NCW, MVO Platform, MKB Nederland (2015) *Oproep: meer ruimte voor duurzaamheidsafspraken*, 11 juni.

Pittman, R. (2007) *Consumer Surplus as the Appropriate Standard for Antitrust Enforcement*. *Competition Policy International*, 3(2), 205–224.

Salop (2010) *Question: What is the Real and Proper Antitrust Welfare Standard? Answer: The True Consumer Welfare Standard*. *Loyola Consumer Law Review*, 3(1), 336–353.

Tweede Kamer (2015) *Kamerstukken Versterking van de positie van de consument*, 27879, nr. 53.

Teulings, C., A. Bovenberg en H. van Dalen (2003) *De Calculus van het publieke belang*. Kenniscentrum voor Ordeningsvraagstukken.

Woerdman (2013) *Energieakkoord en ETS: oude kolencentrales mogen niet dicht*. *Nieuwsbrief Milieu en Economie*, december.

milieuvoordeel ook bereikt had kunnen worden door een niet-beperkend keurmerk in combinatie met een reclame-campagne die de consument tot het maken van de 'juiste' keuze had geprikkeld (Loozen, 2011).

Kortom, het Visiedocument leidt allesbehalve tot een rechtmatige toepassing van het kartelverbod. Een laatste in het oog springend punt is dat kwantitatieve economische analyse mededingingstoezicht op marktbrede duurzaamheidsafspraken nodeloos ingewikkeld maakt. Zulke afspraken voldoen niet aan de mededingingsvoorwaarden van artikel 6(3) Mw. Hierdoor kan kwantitatieve economische analyse achterwege blijven.

CONCLUSIE

De Beleidsregel moet niet worden aangepast, maar ingetrokken. Aanpassing kan niet aan de orde zijn omdat de mededingingsregels op objectieve wijze de mededinging dienen te beschermen, zodanig dat de markt door concurrentie de welvaart bevordert. Uit de constitutionele context van de mededingingsregels volgt dat (dynamische) consumentenwelvaart in de zin van consumentensurplus de achterliggende doelstelling van de mededingingsregels vormt. Een breed welvaartspectief is om twee samenhangende redenen niet aan de orde. Brede welvaart leidt tot politiek beladen besluiten die niet toekomen aan een toezichhouder die alleen juridische verantwoording aflegt. En, brede welvaart holt de reden uit waarom de mededingingsregels zijn ingevoerd: de bescherming van concurrentie, het middel dat de markt aanzet tot de bevordering van – in dit geval – duurzaamheid.

Het is beter als de Beleidsregel wordt ingetrokken. De kwantitatieve economische analyse uit het Visiedocument biedt namelijk geen soelaas voor het feit dat de mededingingsvoorwaarden uit artikel 6(3) Mw in voorkomend geval worden losgelaten. Dit leidt alsnog tot politieke besluitvorming: de toezichhouder houdt zich niet langer aan de wettelijke taak die hem is opgedragen (bescherming mededinging) noch aan de wettelijke bevoegdheden die hem daartoe zijn verleend (handhaving van alle voorwaarden van artikel 6(3) Mw).

Duurzaamheid hoeft daarbij niet in te schieten. CE-CED en de Kip van Morgen hebben laten zien dat duurzaamheid voor ordinaire kartelafspraken wordt misbruikt. De afwikkeling van de oude kolencentrales heeft laten zien dat daar waar de bevordering van duurzaamheid maatschappelijk wenselijk wordt geacht maar tegen de grenzen van het kartelverbod aanloopt, de politiek verantwoorde lijke overheid prima in staat blijkt dat publieke belang waar te maken. Gewoon objectieve rechtstoepassing dus.