



Beter geen mededingingsbeperkingen voor duurzaamheid

De mededingingswet zou duurzaamheidsinitiatieven ontmoedigen. Maar is dat wel zo? Waarom zouden ondernemingen gezamenlijk meer maatschappelijke verantwoordelijkheid nemen dan in onderlinge concurrentie? Het tegendeel lijkt waar te zijn.

IN HET KORT

- ▶ Ondernemingen verduurzamen in concurrentie meestal meer dan samen.
- ▶ *Cartel greenwashing* is minimale verduurzaming voor maximale prijsopslag.
- ▶ Het duurzaamheidsbeleid van de ACM riskeert schade aan zowel mededinging als milieu.

“**P**eople of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion [or to save the planet], but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices. (...) But 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.” (Smith, 1776, boek I, hoofdstuk 10)

In Europa is een breed belobbyde heroverweging gaande van de mededingingsregels, die bedrijven in de weg zouden staan bij het overstappen op duurzamere productiemethoden ten bate van een klimaat-neutrale economie. Ondernemingen zeggen meer maatschappelijke verantwoordelijkheid te willen nemen, om minder vervuilend, kind- of dierenvriendelijk te produceren, maar dat alleen te kunnen door hun onderlinge concurrentie te beperken. Geen van hen zou alleen in staat zijn om de hobbel van een *‘first mover-nadeel’* te nemen. Maar mededingingsbeperkende gedragingen zijn streng verboden. Hierdoor zouden initiatieven uitblijven, uit angst voor overtredingen en boetes. Vanuit de politiek, het bedrijfsleven en de advocatuur wordt er dan ook stellig beweerd dat de mededingingswetten de transitie naar een duurzamere economie belemmeren. Inmiddels bekijken diverse Europese mededingingsautoriteiten – waaronder recent ook de Europese Commissie – hoe zij de anti-competitieve gedragingen die onder de gangbare interpretatie van de mededingingswetten niet zouden mogen, wellicht toch

**MAARTEN
PIETER
SCHINKEL**

Hoogleraar Economie aan de Universiteit van Amsterdam (UvA)

**LEONARD
TREUREN**

Promovendus aan de UvA

zouden kunnen toestaan indien ze leiden tot duurzaamheidsvoordelen (Europese Commissie, 2020).

De ‘*green antitrust*’-beweging is gebaseerd op het idee dat er een spanning is tussen markt en milieu, die met meer marktmacht te verminderen zou zijn. Het meest concreet zijn de voorstellen om horizontale afspraken tussen concurrenten uit te zonderen van de kartelwet. De Nederlandse Autoriteit Consument & Markt (ACM) loopt hierbij voorop. Ze werd in het voorjaar van 2014 – door de toenmalige minister van Economische Zaken, Henk Kamp – met een beleidsregel verplicht tot het meewegen van ‘duurzaamheid’ bij de toepassing van artikel 6, derde lid van de Mededingingswet (Beleidsregel, 2014). Tot nu toe heeft zich echter nog geen enkel duurzaamheidsinitiatief gemeld dat goed genoeg was. De ACM probeert daarom, via haar nieuwe *Leidraad Duurzaamheid*, de drempel te verlagen (ACM, 2020).

De groene mededingingsbeleidsontwikkelingen in Nederland worden in heel Europa gevolgd, want de uitzonderingsclausule is, net als die van de meeste lidstaten, vrijwel identiek aan Artikel 101(3) TFEU. Daarbij is het toestaan van ‘groene kartels’ nog een grotere stap dan de goedkeuring van andere vormen van marktmacht om duurzaamheid te stimuleren. Het is ook sympathiek: een snelle transitie naar een meer duurzame productie en consumptie is zonder twijfel essentieel voor de toekomst van onze planeet, en ook ondernemingen moeten daarin hun verantwoordelijkheid kunnen nemen. Waar overheidscoördinatie faalt om ons van grijze naar groene evenwichten te *nudgen* – omdat er daarvoor misschien de informatie, mogelijkheden of politieke wil ontbreken – kan private coördinatie wellicht seconderen. Juist de vervuilende bedrijven zullen ook dikwijls het beste weten hoe ze hun eigen externaliteiten kunnen verminderen. Regelmatig staat er daartoe een groene CEO op.

Al enige tijd hameren bevlogen mededingingsjuristen met de uitzonderingsclausule van de kartelwet op het belang van duurzaamheid (Holmes, 2020). Maar is bijdragen aan de strijd tegen klimaatverandering in deze wel een spijker, of misschien eerder een schroef? Die vraag is essentieel voor het bepalen van het juiste gereedschap. De centrale voorliggende

vraag is dan ook of er wel verwacht moet worden dat bedrijven meer maatschappelijke verantwoording nemen indien ze minder sterk concurreren. Daarvan immers gaat *green antitrust* uit. Maar hoe liggen de prikkels? Is de oplossing voor de spanning tussen markt en milieu wel minder mededinging? Leidt beperking van de mededinging er inderdaad toe dat bedrijven meer maatschappelijk verantwoordelijk ondernemen?

In dit preadvies staat centraal dat de relevante economische literatuur vooralsnog nauwelijks grond geeft voor de premisse van de *green antitrust*-beweging, dat er een spanning is tussen mededinging en milieu. In tegendeel, juist concurrentie lijkt aan te zetten tot meer duurzame productie. Als het door de voorstanders ingeroepen *first mover*-nadeel bedrijven al een impasse geeft om te verduurzamen, dan bieden duurzaamheidsafspraken geen prikkel om deze te doorbreken. Beter daarom maar met enige argwaan gekeken naar de toejuiching van het groene mededingingsbeleid door het bedrijfsleven. Zo’n houding moeten we ook kunnen verwachten van onze mededingingsautoriteiten, wier taak het immers is om de *mededinging* te beschermen.

Wij waarschuwen tegen misbruik van dit op zich welgemeende mededingingsbeleid voor ‘*cartel greenwashing*’: concurrenten aan wie het wordt toegestaan om hun handel te coördineren, hebben een prikkel om minimale duurzaamheidsvoordelen voort te brengen tegen maximale prijsverhogingen. Het geldende compensatievereiste staat de controlerende mededingingsautoriteit nu nog toe om streng significante duurzaamheidsvoordelen af te dringen. Maar hoe meegaander de mededingingsautoriteit, hoe wateriger de *wash*. Zij zal ook constant in de gaten moeten houden of er nog wel voldoende duurzaamheid geleverd wordt. Hiervoor heeft een mededingingsautoriteit noch de noodzakelijke informatie, noch de middelen. Daarbij geeft het groene kartelbeleid de aangewezen overheid, politiek en ministeries gelegenheid om zelf onvoldoende verantwoordelijkheid voor duurzaamheidstransities te blijven nemen – want er is immers een coöperatieve zelfregulering. Daarmee riskeert dit groene mededingingsbeleid schade aan mededinging én milieu.

Dit preadvies is aldus opgebouwd. In de volgende paragraaf bespreken we de eisen voor de uitzondering van groene kartels onder de huidige interpretatie van het Europees Verdrag. Ze werden al vernieuwend toegepast in *Kolen* en *Kip*. Daarna wordt in dat licht de grensverleggende kern van ACM's recente *Leidraad Duurzaamheidsafspraken* besproken: oprekking van het compensatiecriterium. En daarmee is het beleid geschetst. Daarna vatten we de vooralsnog bescheiden economische literatuur samen over de vraag of beperking van de mededinging eigenlijk wel tot meer duurzaamheid leidt, en beschouwen dan kritisch het idee van een first mover-nadeel. Hieruit volgen toezichtsproblematiek en de relatie met het aangewezen overheidsbeleid.

GROENE KARTELS UITZONDEREN: KOLEN EN KIP

Het is juridisch, en met gebruikmaking van standaard economische analyse, goed mogelijk om mededingingsbeperkende duurzaamheidsafspraken uit te zonderen van het kartelverbod indien er aan vier eisen is voldaan. De eerste is dat de afspraak productie- of distributievoordelen voortbrengt, dan wel technologische of economische vooruitgang. Met een beetje creativiteit kan een duurzamere productie prima aan dit eerste vereiste voldoen. Mensen hebben een betalingsbereidheid voor groene producten en/of voor de vermindering van schadelijke bijeffecten zoals milieuvervuiling, waarin marketingeconometrie en milieueconomie inzicht kunnen geven.

De tweede eis is dat de gebruikers van de betrokken producten een 'billijk aandeel' van de duurzaamheidsvoordelen krijgen. Voor het operationeel maken hiervan bieden micro- en welvaartseconomie zowel een stevig conceptueel als een praktisch toepasbaar kader. In essentie dient de waardering van de kopers voor een groener product en een schoner milieu te worden afgewogen tegen hogere productprijzen. Hier zitten forse haken en ogen aan – vooral omdat het om een 'gemiddelde gebruiker' gaat, wat een lastige inter-personele nutsvergelijking vergt – maar het is een afweging die te maken is. De gangbare interpretatie van een billijk aandeel is dat de gebruikers volledig moeten worden gecompenseerd voor de nadelen, zoals prijsverhogingen, die

zij van de mededingingsbeperkingen zullen ondervinden. Consumenten dienen er per saldo ten minste niet op achteruit te gaan.

De derde eis die lid 3 stelt is dat de mededingingsbeperking noodzakelijk is om de duurzaamheidsvoordelen te behalen – en niet verder gaat dan nodig is. In brede zin zou deze eis opgevat kunnen worden als een opdracht aan de mededingingsautoriteit om voorkeur te geven aan alle alter-

Onder maatschappelijke druk wil de ACM ook eens “ja” zeggen tegen duurzaamheidsafspraken

natieve wijzen ter behaling van de geprojecteerde duurzaamheidsvoordelen, zoals vormen van directe overheidsregulering. In die opvatting zou een uitzondering van de kartelwet een laatste redmiddel zijn, voor als de overheid faalt om de publieke belangen met haar reguleringsinstrumentarium te behartigen. Zulk overheidsfalen wordt in de discussie over het groene kartelbeleid ook naar voren gebracht, maar in de berustende zin – ook door de ACM –, ervan uitgaande dat het geblokkeerde routes zijn. Daarbij heeft de mededingingsautoriteit het instrumentarium helemaal niet voor het uitvoeren van allerlei *regulatory impact assessments*. De engere opvatting van de derde eis prevaleert dan ook.

De vierde eis, ten slotte, is dat de uit te zonderen afspraken de mededinging rondom de betreffende producten niet 'eliminieren'. De interpretatie hiervan is dat er concurrentie moet blijven bestaan op dimensies als prijs, merkimage of technologische ontwikkeling. Deze eis lijkt niet heel strikt te worden geïnterpreteerd. Toch is het maar de vraag of er altijd wel een concurrentiedimensie open zal blijven. Afspraken tussen concurrenten over bijvoorbeeld de implementatie van regulering, productkwaliteitseisen, standaarden of R&D leiden dikwijls tot schadelijke prijskartels (Duso et al., 2013). De ACM heeft ferm gesteld dat uitzonderingen alleen kun-

nen worden gemaakt voor afspraken over duurzaamheid – en per se niet over prijzen of hoeveelheden. Maar die scheiding laat zich binnen de samenwerkende concurrenten moeilijk afdwingen.

In twee zaken paste de ACM dit afwegingskader toe: het *Nationale Energieakkoord* (ACM, 2013) – in het vervolg: *Kolen* – en *De Kip van Morgen* (ACM, 2015) – in het vervolg: *Kip*. Bij *Kolen* ging het om onderlinge afspraken om

De ACM voert op eigen houtje een ‘burgerwelvaartstandaard’ in

de sluiting van vijf kolencentrales vijf jaar naar voren te halen, een reductie van ongeveer tien procent van de productiecapaciteit. De ACM berekende dat de stijging van de elektriciteitsprijzen die daarvan het gevolg zou zijn alle Nederlanders samen elk jaar 75 miljoen euro zou kosten. Daar tegenover stonden emissiereducties. De ACM waardeerde deze echter slechts op dertig miljoen euro per jaar, vooral omdat partijen weigerden om in Nederland ongebruikte CO₂-emissierechten uit het Europese *Emissions Trading System* te halen, zodat de uitstoot dus niet afnam (ACM, 2013). Later werden de sluitingen gereguleerd.

Ook in *De Kip van Morgen* vond de ACM de duurzaamheidsvoordelen te klein ten opzichte van de kartelnadelen. Bij dit initiatief reageerden kippenboeren op de protesten van dierenactivisten tegen de slechte leefomstandigheden van ‘plofkippen’. Hun gezamenlijke voorstel voor betere leefomstandigheden werd echter door consumenten gemiddeld slechts gewaardeerd op 0,82 euro meer per kilo kip, terwijl de verwachte prijsstijging ervan 1,46 euro per kilo was (ACM, 2015). Het ging dan ook om een minieme kooivergroting. Afgelopen zomer concludeerde de ACM dat de mededingingsbeperking ook niet nodig was geweest: de ‘plofkip’ is vrijwel uit de schappen verdwenen.

OPGEREKT COMPENSATIEVEREISTE

Hoewel de ACM dus na grondige studie tweemaal terecht “nee: te weinig duurzaamheid” had gezegd, ontstond het publieke imago – mede door de minister aangewreven – van een sta-in-de-weg van duurzaamheid (Tweede Kamer, 2016). Ook in zijn herziene beleidsregel, waarin de ACM opdracht kreeg om te kijken naar “de voordelen voor de samenleving als geheel”, bleef onder Brusselse druk het compensatiecriterium onveranderd (Beleidsregel, 2016). Toch wil de ACM nu graag ook eens ‘ja’ zeggen. Maar bruikbare verzoeken bleven tot nu toe uit (Wolberink, 2020). Ter aanmoediging publiceerde de ACM het concept *Leidraad Duurzaamheidsafspraken*. Dat geeft uitgebreide theoretische voorbeelden van afspraken die de ACM niet in conflict ziet komen met het kartelverbod.

Fundamenteel is dat de ACM in de leidraad zegt voortaan bij afspraken ter voorkoming van milieuschade ook de voordelen te zullen waarderen van anderen dan enkel de gebruikers. De ACM stelt dat een ‘billijk aandeel’ van de voordelen voor de gebruiker niet noodzakelijk volledige compensatie hoeft te zijn (ACM, 2020, randnummer 38). De ACM kan voortaan al akkoord gaan als het totaal aan duurzaamheidsvoordelen voor *alle* Nederlanders – gebruikers en niet-gebruikers – groter is dan de nadelen van de mededingingsbeperkende afspraak voor de gebruikers van het betreffende product. Daarmee vervangt de Nederlandse mededingingsautoriteit eigenhandig de in het Europese mededingingsbeleid gangbare consumentenwelvaartstandaard door een burgerwelvaartstandaard.

Op het eerste gezicht klinkt dit misschien best redelijk. Immers, vermindering van negatieve externe effecten door meer duurzame productie slaan nu juist bij uitstek breed neer. Sterker nog, juist de kopers geven om de duurzaamheidsvoordelen vaak het minst, zoals in *Kip*. Die afspraak zou vast hebben gemogen als, tegenover de kartelprijsopslag die plofkipconsumenten moesten betalen, ook de waardering voor de verbeterde kippenlevens van de kopers van vrije-uitloopkippen en die van vegetariërs mee zouden hebben geteld. De ACM probeert dit enigszins te ondervangen door in de leidraad afstand te nemen van andere duurzame ontwikkelin-

gen dan die betreffende het milieu. Maar die scheiding tussen typen externaliteiten is gekunsteld, omdat de ACM een waarderingsgrond en legitimiteit zoekt voor de nieuwe functie van herverdelers die zij zichzelf hier aanmeet. Immers, de consequentie van de burgerwelvaartsstandaard is dat de consumenten niet meer volledig gecompenseerd hoeven te worden. De ACM rechtvaardigt dit door te vinden dat “hun vraag naar de producenten in kwestie in wezen het probleem veroorzaakt waarvoor de samenleving oplossingen moet vinden”. (ACM, 2020, randnummer 41). ACM bepaalt, de vervuiler betaalt.

Als herverdelers van groene welvaart van gebruikers naar niet-gebruikers moet de ACM politieke beslissingen nemen. Onder de gangbare interpretatie van het compensatiecriterium hoeft dat niet. Want daarin zijn alle extra voordelen welkom, maar een goed kartelvoorstel moet wel in staat zijn om de eigen klanten tenminste niet slechter af te laten zijn. À la Pareto. Onder de voorgestelde Leidraad zal de ACM in elk specifiek geval oordelen moeten vellen, zoals: “Hoeveel meer betalen voor hun kipfilet is redelijk voor Henk en Annet, ten bate van geen-gevogelte-eters?” De verdeling gaat bovendien in grote lijnen van arm naar rijk, vanwege de aard van de producten die voor de duurzaamheidsafspraken in aanmerking komen. Dat zijn immers goedkope en vervuilend geproduceerde goederen, zoals grijze stroom, plofkip en het goedkoopste model wasmachines (*CECED*, zie Europese Commissie (2000)). Welvarende niet-gebruikers, die al zelfvoorzienend zijn met zonnepanelen, beter-leven-kip kopen, en een wasmachine met A-label kunnen betalen, strijken de milieuvoordelen gratis op. Is dat wel gewenst?

Vanuit de positieve economie beschouwd is het een probleem dat, met het opgerekte compensatiecriterium, duurzaamheidsafspraken zo al gauw gerechtvaardigd zijn. Immers, voor elk niveau van de netto-nadelen voor de consumenten, volstaat er in theorie één niet-gebruiker die voldoende hartstochtelijk om het milieu geeft om de balans in het voordeel van het duurzaamheidsinitiatief te doen doorslaan. Kan de ACM dan nog wel voldoende controle uitoefenen over duurzaamheidsafspraken? Met het opgerekte compensatiecriterium verzwakt de ACM immers haar onderhandelingspositie tegenover coöperatieve duurzaamheidsinitiatieven. Terwijl

ze met het bestaande streng criterium veel beter in staat is om het kaf van het koren te scheiden. En dat is nodig, want het is maar zeer de vraag of er tussen de flatteuze collectieve duurzaamheidsvoorstellen die de ACM vast zal gaan ontvangen nu wel veel koren zal zitten. Want duurzaamheid komt juist voort uit méér mededinging, niet uit minder – zo blijkt uit de literatuur over de kernvraag van dit preadvies: leidt beperking van de mededinging tot meer duurzaamheid?

DUURZAMER IN CONCURRENTIE

Het is alleszins redelijk om de volgende twee uitgangspunten te nemen bij een economische analyse van deze vraag. Het eerste is dat individuen een waardering hebben voor duurzaamheid. Zo vinden Eichholtz et al. (2010) een hogere betalingsbereidheid voor kantoorpanden met duurzaamheidslabels. Casadesus-Masanell et al. (2009) rapporteren dat consumenten een hogere betalingsbereidheid hebben voor T-shirts van biologisch katoen. In een literatuuroverzicht concluderen Kitzmueller en Shimshack (2012) dat de betalingsbereidheid voor producten positief afhangt van de mate waarin bedrijven maatschappelijk verantwoord ondernemen. Recent vinden Aghion et al. (2020) dat innovatie gericht op duurzaamheid positief gecorreleerd is met de gerapporteerde duurzaamheidspreferenties van consumenten.

Het tweede uitgangspunt is dat bedrijven, hoe nobel de voorgestelde initiatieven ook mogen zijn, uiteindelijk door een winstmotief gedreven worden. Dat kan geavanceerd zijn of gericht op de wat langere termijn, zoals het nastreven van een ‘groen imago’, dat consumenten dan waarderen door voor het bedrijf te kiezen. Er kan op de korte termijn ook sprake zijn van verlieslatende duurzame activiteiten. Maar uiteindelijk, al was het maar onder druk van de aandeelhouders en financiers, zijn ondernemingen geïnteresseerd in duurzaamheidsinvesteringen omdat deze de betalingsbereidheid van (potentiële) klanten vergroten. De eerste zijn kosten, de tweede baten. Daarom zullen ondernemingen streven naar winstmaximaliserende prijsverhogingen op basis van kostenminimaliserende duurzaamheidsinvesteringen. Er is een uitgebreide literatuur over *greenwashing* waaruit dit ook blijkt. Bedrijven willen graag beschouwd worden als duurzaam,

maar wanneer consumenten daarvan de aard niet goed kunnen vaststellen, dan blijken er op grote schaal slechts minimale initiatieven te zijn: net genoeg voor zelf-promotie (Ramus en Montiel, 2005; Delmas en Montes-Sancho, 2010). Van *for-profits* hoeft ook niet anders te worden verwacht, in geval van concurrentie én coördinatie.

De relatie tussen mededinging en duurzaamheid is in een nog maar kleine academische literatuur onderzocht. De huidige consensus daarin is dat concurrentie bedrijven prikkelt om te investeren in duurzaamheidsinitiatieven, gegeven dat consumenten die kunnen waarderen. Groen is dan immers een concurrentiedimensie. Simon en Prince (2016)

Duurzaamheid komt juist voort uit méér mededinging, niet uit minder

laten zien dat een afname van concentratie in de industriële sectoren in Amerika gepaard gaat met een daling van de uitstoot van giftige stoffen op fabrieksniveau, zonder dat de totale uitstoot in de sector toeneemt. Fernández-Kranz en Santaló (2010) en Flammer (2015) constateren in concrete gevallen dat concurrentie een positief effect heeft op maatschappelijk verantwoord ondernemen.

Aghion et al. (2020) vinden dat hoe sterker de concurrentie in de sector is, des te sterker het effect is van duurzaamheidspreferenties van consumenten op de kans dat een bedrijf duurzaamheidsinitiatieven onderneemt. Bij een stijgende betalingsbereidheid van jongere generaties voor duurzame producten wordt de rol van concurrentie als aanjager van een meer duurzame productie dus steeds groter. De relatie met mededingingsbeleid wordt empirisch gelegd in Ding et al. (2020), die laten zien dat strengere mededingingswetgeving bedrijven aanspoort om meer maatschappelijk verantwoord te ondernemen, en dat dit effect sterker is in landen waar de bevolking meer met het klimaat begaan is.

Er is nog maar een handjevol papers dat gericht kijkt naar hoe horizontale mededingingsbeperkingen duurzaamheid kunnen bevorderen. Schinkel en Spiegel (2017) analyseren duurzaamheidskartels. Zij vinden in een basaal duopolie model – waarin bedrijven eerst de duurzaamheid van hun product kiezen, en dan de hoeveelheid (of prijs) – dat het gekozen duurzaamheidsniveau het laagst is als de bedrijven daarover afspraken mogen maken. De reden is precies dat de duurzaamheid van hun product, waarvoor consumenten bereid zijn te betalen, een concurrentiedimensie is. Toegestaan deze te elimineren besparen de ondernemingen gezamenlijk kosten door af te spreken om hun duurzaamheidsinvesteringen terug te schroeven. De analyse brengt een beleidsparadox aan het licht: alleen als samenspanning over prijs is toegestaan, en juist niet over duurzaamheid, wordt de productie duurzamer dan in concurrentie. Reden is dat de ondernemingen dan blijven concurreren op duurzaamheid, én weten dat ze de hogere betalingsbereidheid van hun consumenten daarvoor vervolgens samen kunnen afromen. Maar ook als, binnen de context van duurzaamheidsafspraken, de prijzen gecoördineerd raken, is het duurzaamheidsniveau lager dan het geval zal zijn onder mededinging.

In alle gevallen gaan de consumenten er fors op achteruit, omdat prijzen sneller stijgen dan de gewaardeerde duurzaamheid. Als dan een prijskartel wordt toegestaan in ruil voor groen, dan dient de compensatie strikt te worden afgedwongen. Maar dat vergt informatie die een mededingingsautoriteit onmogelijk allemaal kan hebben. Daarbij doen ondernemingen mét de consumentencompensatieverplichting juist weer minder aan duurzaamheid of wordt die prohibitief duur – zoals in *Kolen* (Schinkel en Tóth, 2020). Dit komt mede omdat consumenten die de niet-duurzame producten kochten lastig te compenseren zijn met duurzaamheid – zoals in *Kip*. Misschien blijven oprechte groene kartelinitiatieven daarom wel uit. Deze negatieve bevindingen gelden voor duurzaamheid als productkwaliteit, en evenzo als publiek goed waarvan de waardering los staat van de eigen productconsumptie. Ook het in stand houden van restconcurrentie, in de vorm van bedrijven die geen deel uitmaken van de afspraak, doet aan deze conclusies niets af (Treuren en Schinkel, 2018).

FIRST MOVER-NADEEL IS EEN RARITEIT

Met zo veel indicatie dat juist concurrentie tot duurzaamheid aanzet, en dat horizontale afspraken erover duurzaamheid ontmoedigen – waarop baseert dan de ACM haar vertrouwen om zulke afspraken toch te verwelkomen? Een veel gebezigde term is het first mover-nadeel: in concurrentie zou geen van de ondernemingen in de markt in staat zijn om als eerste over te stappen op meer duurzame productiemethoden, aangezien dat extra kosten met zich meebrengt, die met een hogere prijs gedekt moeten worden, waarvoor de klanten dan weglopen (ACM, 2020, p. 15; Van Dijk, 2020). Unilaterale initiatieven verslechteren (tijdelijk) de concurrentiepositie en winstgevendheid. Voor elk bedrijf is dat een onneembare hobbel om initiatieven te ontplooiën, die ze wel zouden kunnen nemen met het maken van onderlinge afspraken, zodat de hele sector dan de transitie kan maken.

Dit argument veronderstelt evenwel dat de bereidheid nihil is van (potentiële) consumenten om te betalen voor duurzame producten, dat consumenten volledig zouden kunnen *freeriden* op de effecten van duurzamere consumptie door anderen, of dat bedrijven hun product niet zouden kunnen onderscheiden als groener. De eerder genoemde empirische literatuur laat evenwel zien dat de betalingsbereidheid van (potentiële) consumenten in de regel groot genoeg is om het unilateraal verduurzamen winstgevend te maken. Maar als die betalingsbereidheid toch dusdanig laag is dat een unilateraal verduurzamend bedrijf inboet aan winstgevendheid, dan is het niet duidelijk waarom bedrijven gezamenlijk dergelijke duurzaamheidsinvesteringen wél zouden gaan doen. Immers, ook hun gezamenlijke winst is zonder die investeringskosten hoger. De bedrijven zullen bovenop de nieuwe evenwichtsprijs een extra premie willen, om na een duurzaamheidsinitiatief de winstgevendheid niet te zien dalen – maar prijskartels waren nu juist niet de intentie van het beleid.

Een duurzaamheidsafpraak waarbij unilateraal handelen de winst vermindert, kan daarom alleen werken als de totale betalingsbereidheid omhoog gaat *als gevolg van* die duurzaamheidsafpraak. Dit vereist dat consumenten bereid zijn om alleen maar meer geld uit te geven voor duurzame

producten wanneer deze onder een duurzaamheidsafpraak geleverd worden. Het is onduidelijk waarom dat het geval zou zijn. Maar misschien dat een duurzaamheidskartel zijn consumenten ‘opvoedt’ tot het leren waarderen van meer duurzame producten, zodat zij groene voorkeuren ontwikkelen – het kartel als producent van een soort *green-experience good*. Een dergelijk type van paternalisme lijkt echter bij de overheid thuis te horen. Maar in elk geval zou het dan hele tijdelijke groene kartelafspraken impliceren, die weer komen te vervallen zodra er enige betalingsbereidheid ontstaan is. Al met al blijft er weinig over van het vermeende probleem van first mover-nadeel, zie ook Van Damme (2020).

Overigens is een minimale waardering voor een duurzamer product een noodzakelijke voorwaarde om kopers überhaupt voor enig deel te kunnen compenseren – laat staan met een billijk deel. Als ophoudsituaties door first-mover-nadeel al bestaan, is daarom de route via lid 3 van de kartelwet juist dan vrijwel onbegaanbaar. Maar het cruciale inzicht is dat, zodra er enige betalingsbereidheid is voor meer duurzame producten, de prikkel om duurzaamheidsinvesteringen te doen groter is in onderlinge concurrentie dan wanneer er duurzaamheidsafspraken gemaakt worden. Natuurlijk wil dat overigens niet zeggen dat er in concurrentie optimaal in groen zal worden geïnvesteerd, zeker niet als de betalingsbereidheid gering of freeriding ook goed mogelijk is. Dat is nu precies waarom er hier een taak voor de reguliere overheid is weggelegd. Het gaat om *het verschil* in duurzaamheidsinvestering tussen concurrentie en coöperatie, en dat is positief als consumenten enige betalingsbereidheid hebben. In geval van product-gebonden betalingsbereidheid is het beter om bedrijven met groen te laten concurreren.

PERMANENT TOEZICHT OP GREENWASHING

Beschouwing van de prikkels van ondernemingen die zich melden met een duurzaamheidsinitiatief, laat dus zien dat de mededingingsautoriteit hen uiterst kritisch dient te bezien, en als ze dan toch een uitzondering wil en kan toestaan, dat de autoriteit er bovenop moet zitten dat het initiatief ook inderdaad wel tot voldoende duurzaamheid leidt en daarbij niet tot een grotere prijsverhoging dan strict noodzakelijk.

Want ook de prijzen moeten worden aangepast, omdat verduurzaming de productiekosten verhoogt. Duurzaamheidsinspanning moet bij een kartel worden afgedwongen, indien de betalingsbereidheid van consumenten nihil is en er een first mover-nadeel zou zijn. En als er wel betalingsbereidheid is, dan zal een kartel kiezen voor een duurzaamheids-prijsopslag-combinatie die strikt aan het compensatiecriterium voldoet: de minimale groeninvestering die de maximaal winstgevendende prijsverhoging compenseert. In haar enge interpretatie van de noodzakelijkheidseis zal de mededingingsautoriteit hiermee genoeg nemen. Maar ze moet het streng controleren.

De mededingingsautoriteit haalt zich met het groene marktmachtbeleid dan ook een gigantische hoeveelheid werk op de hals. Daarom vormt green antitrust een enorme aanslag op de tijd, aandacht en middelen van mededingingsautoriteiten. Over initiatieven moet steeds worden onderhandeld, en na goedkeuring moeten ze permanent worden gemonitord, omdat de private kartelbelangen en het algemene duurzaamheidsbelang blijvend tegengesteld zijn.

Ook al ligt de bewijslast bij de bedrijven, voor de beoordeling van hun voorstellen heeft de autoriteit een enorme hoeveelheid informatie nodig, in essentie over de complete voorkeuren van alle Nederlanders (Schinkel en Tóth, 2020). Het gaat dan over betalingsbereidheden, niet alleen voor private goederen met en zonder groenkwaliteit, maar ook voor publieke goederen zoals een schoon milieu of een hogere dierenwelzijnsstandaard. Die kan een mededingingsautoriteit onmogelijk helemaal goed in beeld krijgen.

Gegeven haar informatie-achterstand is het risico op misbruik bijzonder groot: bedrijven zullen proberen om kartels te greenwashen. Het zal al niet meevallen om valse motieven door te prikken. Maar het lijkt zeker onverstandig beleid om een toch al zwakke onderhandelingspositie daarbij verder uit handen te geven. En dat doet de ACM door de compensatie-eis te versoepelen. Onder de consumentenwelvaartstandaard kan de ACM tenminste nog enige duurzaamheid afdwingen, in ruil voor een karteluitzondering. Maar als ook niet-gebruikers worden meegewogen, niet.

VERDERE UITHOLLING VAN OVERHEIDSBELEID

De klassieke economische benadering ziet de milieuschade die in competitieve markten kan ontstaan als een externaliteitenprobleem, dat kan worden opgelost door de maatschappelijke kosten ervan te internaliseren in de particuliere kosten van producten. Milieukosten komen dan tot uitdrukking in hogere productprijzen, waardoor de vraag eraan, en daarmee de milieuvervuiling, afneemt. En het zet bedrijven aan tot het zoeken naar minder vervuilende productiemethoden, die dan goedkoper zullen zijn omdat ze de geïnternaliseerde maatschappelijke kosten drukken. Juist in onderlinge concurrentie ontstaat er zo een optimale belasting van het milieu op basis van de maatschappelijke waardeering ervoor, in relatie tot de diverse voorkeuren die een ieder heeft voor private goederen.

Het uitgangspunt voor de efficiënte allocatie van schaarse middelen met alternatieve toepassingsmogelijkheden blijft dan consumentensoevereiniteit (zie ook Loozen, 2019). Daarin heeft overigens zonder meer ook de toekomst een prominente plaats, en het welzijn van toekomstige generaties, via het intergenerationele altruïsme van de nu levenden. Dit is ook de wijze waarop de ACM, volgens de Beleidsregel, prima rekening kan houden met de voordelen voor 'toekomstige consumenten'.

Overheden dienen daartoe die maatschappelijke kosten in rekening te brengen bij de vervuiler, dan wel het recht op een schoon milieu in particulier eigendom te geven, zodat private partijen zorg kunnen dragen voor de beprijzing ervan. Waar dat ingewikkeld is, bijvoorbeeld omdat de oorzaak van de vervuiling discutabel blijft, kan een overheid ook met een directe regulering alle bedrijven dwingen om minder vervuilende productiemethoden toe te passen. Milieuvervuiling en gebrekkige productie van publieke goederen worden wel aangemerkt als 'marktfalen', maar dat deze al decennia lang bekende oplossingen onvoldoende worden geïmplementeerd is een overheidsfalen. Het voorgestelde groene mededingingsbeleid komt neer op het zoeken naar een correctie van dat overheidsfalen, door bewust een ander marktfalen, namelijk marktmacht, te vergroten. Zou dat *second-best* kunnen zijn?

Allereerst staat het groene kartelbeleid haaks op de klassieke staathuishoudkunde. Het beleid kan gezien worden als een mededingingsautoriteitsmandaat aan een privaat kartel om, met een kartelprijsopslag, belasting te heffen op het private goed, om vervolgens daarmee een publiek goed – een schoner milieu – in compenserende mate te financieren. De regel van Samuelson leert dat hoe meer waardering mensen hebben voor een publiek goed, des te meer van dat publieke goed dient te worden voortgebracht. Maar hoe hoger de betalingsbereidheid is van consumenten voor meer duurzame producten, juist hoe *minder* een kartel aan groen hoeft te doen om dezelfde prijsverhoging te compenseren. Waar de overheid in deze, met al haar imperfecties, toch ten minste streeft naar optimale belastingen en een productieniveau van het publieke goed dat *break-even* is, heeft het private kartel alle prikkels om de marge tussen de prijsopslag en de groeninvestering te maximaliseren. De overheid moet wel flink falen, wil verduurzaming via het mededingingsbeleid beter werken dan via het eigen beleid.

Daarbij werkt het groene kartelbeleid een groter overheidsfalen in de hand. Dat de daarvoor eerst aangewezen overheden een zwakke invulling geven aan hun verantwoordelijkheden voor de publieke taak heeft een complex aan redenen. Het kunnen wijzen op zelf-reguleringsinitiatieven is een ideaal excuus voor de centrale overheid om nog eens extra de snor te drukken. Immers, privé-initiatieven gaan de in het Verdrag van Parijs afgesproken normen toch alsnog halen? Zo ook kwam de *Kip* de wereld in: het kabinet wilde de erbarmelijke leefomstandigheden van plofkippen niet verbieden, aangezien dan alle kippen in Nederland een beter leven zouden moeten krijgen, ook die voor de export. Maar van het parlement moest er wel iets gebeuren. Dus werd het probleem over de schutting gegooid van de ACM. Eenmaal ingeslagen, leidt dit pad al snel tot de omgekeerde wereld, waarin de ACM ervan beschuldigd wordt privaat gecoördineerde duurzaamheidsinitiatieven in de weg te staan, en het bedrijfsleven nog meer excuses heeft om niet duurzaam te ondernemen.

Maar de reactie van de ACM nu om minder streng te zijn op het geleverde groen, door de voordelen ervan een

zwaarder gewicht te geven, samen met haar enge interpretatie van de noodzakelijkheidseis, dreigen de ACM de gemakkelijke route te laten worden. Een beetje groen voor alle Nederlanders volstaat immers al gauw. De ACM kijkt niet of er voor het publieke belang in kwestie misschien ook nog een veel betere borging bestaat, met hogere baten en lagere kosten. Een marginale kartelverbetering volstaat. Belobbyd door bedrijven die aanbieden groen te zullen doen middels mededingingsbeperkende zelfregulering, schuift de overheid de publieke zaak, haar taak, door naar ACM. Daar hoeven

Dat de kartelwet duurzaamheid in de weg zou staan is een idee-fixe

de bedrijven maar minimaal compenserend te verduurzamen tegen maximale prijsopslagen. Dit is de gemakkelijke duurzaamheidskartelweg: een privaat kartel met een dun laagje groen. Daarmee leidt het groene mededingingsbeleid, in weerwil van de sympathieke ambities, veeleer tot een minder dan een meer duurzame wereld. En dat is slechter dan second-best.

CONCLUDERENDE OPMERKINGEN

De taak van mededingingsautoriteiten is om de mededinging te beschermen. Er zijn sterke aanwijzingen dat tot al het goede waartoe we weten dat eerlijke concurrentie bedrijven kan aanzetten – gewilde producten, kwaliteit van dienstverlening, efficiënte productie, lage prijzen, optimale allocatie – ook een duurzamere productie behoort. Zodra consumenten enige waardering hebben voor meer duurzame producten, raken ondernemingen in onderlinge concurrentie meer geprikkeld om die te leveren dan wanneer hen toegestaan wordt om er afspraken over maken. Verder vraagt milieubescherming om een sterke overheid. Het is onjuist te denken dat marktmacht ondernemingen ertoe zou aanzetten externaliteiten

te internaliseren. In grote recente kartelzaken – zoals *Trucks*, *Recycling Automotive Batteries* en *German Car Manufacturers* (Europese Commissie, 2017a; 2017b; 2019) – blijkt de ‘samenspanning’ juist deels gericht te zijn op het belemmeren van de introductie van schonere technologie.

Dat mededinging, en daarmee de mededingingsautoriteiten, duurzaamheid in de weg zouden staan is een idee-fixe. De ACM moet gauw af van dit verkeerde zelfbeeld dat haar is aangepraat. Want het tegendeel is waar: tegen *Kolen* en *Kip* zei de ACM terecht ‘nee’, en dat moet ze blijven doen tegen onvoldoende initiatieven. De ACM kan juist zo streng blijven met het gangbare consumentenwelvaarts criterium. Dan wordt de afschrikkende werking van de kartelwet niet ondermijnd, verwordt de ACM niet tot een permanente oppasser van groenimplementatie en kan ze verre blijven van politieke herverdelingsbeslissingen. Zeker moet gelden: de vervuiler betaalt – maar niet onnodig veel voor een schamele verschoning ten bate van de vervuilende industrie. Wetgever en uitvoerder kunnen elk maar beter bij hun eigen taak blijven.

Nederland wil gidsend zijn in groen mededingingsbeleid. Maar, als loopjongen van een falende overheid, aangemoedigd door duurzaamheidslobby's met belangen, vervolgens opgejut door valse beschuldigingen de transitie naar een betere wereld maar in de weg te staan, verleid door de sirenenzang van goeie groene doelen, en door bevlogen juristen gewezen op mogelijke mazen in de mededingingswet, wijst de ACM een heilloze weg: terug naar het ‘kartelparadijs’ (De Jong, 1990). Met de gecombineerde blik van de vakgebieden industriële organisatie en publieke economie blijkt de dwaling alras.

Het is nog niet te laat. De ACM bezint zich momenteel op de definitieve vorm van haar leidraad. Hopelijk beseft ze streng te moeten blijven toezien op de concurrentie. Of anders wijst de Europese Commissie daar vast wel op. En uiteindelijk staat het ons, burgers die om echt groen geven, nog vrij om de minimale kartelgreenwashing tegen maximale prijsverhoging aan te vechten in civiele kartelschade-procedures.

LITERATUUR

- ACM (2013) *Analysis by the Netherlands Authority for Consumers and Markets (ACM) of the planned agreement on closing down coal power plants from the 1980s as part of the Social and Economic Council of the Netherlands' SER Energieakkoord*. Autoriteit Consument & Markt, Consultation Document, 26 september.
- ACM (2015) *ACM's analysis of the sustainability arrangements concerning the 'Chicken of Tomorrow'*. Autoriteit Consument & Markt, Consultation Document, 26 januari.
- ACM (2020) *Leidraad: Duurzaamheidsafspraken*. Autoriteit Consument & Markt, Concept, 9 juli.
- Aghion, P., R. Bénabou, R. Martin en A. Roulet (2020) *Environmental preferences and technological choices: is market competition clean or dirty?* NBER Working Paper, w26921.
- Beleidsregel (2014) *Beleidsregel mededinging en duurzaamheid*, nr. WJZ / 14052830, 6 mei. Te vinden op wetten.overheid.nl.
- Beleidsregel (2016) *Beleidsregel mededinging en duurzaamheid*, nr. WJZ/16145098, 30 september, paragraaf 3.3. Te vinden op wetten.overheid.nl.
- Casadesus Masanell, R., M. Crooke, F. Reinhardt en V. Vasishth (2009) Households' willingness to pay for 'green' goods: evidence from Patagonia's introduction of organic cotton sportswear. *Journal of Economics & Management Strategy*, 18(1), 203–233.
- Damme, E. van (2020) *Concurrentie en duurzaamheid gaan hand in hand*. Te verschijnen in *Markt & Mededinging*.
- Delmas, M.A. en M.J. Montes-Sancho (2010) Voluntary agreements to improve environmental quality: symbolic and substantive cooperation. *Strategic Management Journal*, 31(6), 575–601.
- Dijk, T. van (2020) *Minder concurrentie voor meer duurzaamheid?* Nederlandse Economenweek – beleids sessie 5, 19 november.
- Ding, W., R. Levine, C. Lin en W. Xie (2020) *Competition on laws, norms and corporate social responsibility*. NBER Working Paper, w27493.
- Duso, T., L.-H. Röller en J. Seldeslachts (2013) Collusion through joint R&D: an empirical assessment. *The Review of Economics and Statistics*, 96(2), 349–370.
- Eichholtz, P., N. Kok en J.M. Quigley (2010) Doing well by doing good? Green office buildings. *The American Economic Review*, 100(5), 2492–2509.
- Europese Commissie (2000) *Commission approves an agreement to improve energy efficiency of washing machines*, 11 februari. Persbericht te vinden op ec.europa.eu.
- Europese Commissie (2017a) *Antitrust: Commission fines Scania €880 million for participating in trucks cartel*, 27 september. Persbericht te vinden op ec.europa.eu.
- Europese Commissie (2017b) *Antitrust: Commission fines three companies €68 million for car battery recycling cartel*, 8 februari. Persbericht te vinden op ec.europa.eu.
- Europese Commissie (2019) *Antitrust: Commission sends Statement of Objections to BMW, Daimler and VW for restricting competition on emission cleaning technology*, 5 april. Persbericht te vinden op ec.europa.eu.
- Europese Commissie (2020) *Competition contributing to the European Green Deal. Oproep tot het leveren van bijdragen*, 13 oktober. Te vinden op ec.europa.eu.
- Fernández-Kranz, D. en J. Santaló (2010) When necessity becomes a virtue: the effect of product market competition on corporate social responsibility. *Journal of Economics & Management Strategy*, 19(2), 453–487.
- Flammer, C. (2015) Does product market competition foster corporate social responsibility? Evidence from trade liberalization. *Strategic Management Journal*, 36(10), 1469–1485.
- Holmes, S. (2020) Climate change, sustainability, and competition law. *Journal of Antitrust Enforcement*, 8(2), 354–405.
- Jong, H.W. de (1990) Nederland: het kartelparadijs van Europa? *ESB*, 75(3749), 244–248.
- Kim, E.-H. en T.P. Lyon (2011) Strategic environmental disclosure: evidence from the DOE's voluntary greenhouse gas registry. *Journal of Environmental Economics and Management*, 61(3), 311–326.
- Kitzmüller, M. en J. Shimshack (2012) Economic perspectives on corporate social responsibility. *Journal of Economic Literature*, 50(1), 51–84.
- Loozen, E. (2019). *Strict Competition Enforcement and Welfare. A Constitutional Perspective Based On Article 101 TFEU and Sustainability*, *Common Market Law Review*, 56(5), 1265–1302
- Ramus, C.A. en I. Montiel (2005) When are corporate environmental policies a form of greenwashing? *Business & Society*, 44(4), 377–414.
- Schinkel, M.P. en Y. Spiegel (2017) Can collusion promote sustainable consumption and production? *International Journal of Industrial Organization*, 53, 371–398.
- Schinkel, M.P. en L. Tóth (2020) *Compensatory public goods provision by a private cartel*. Tinbergen Institute Discussion Paper, 2019-086/VII.
- Simon, D.H. en J.T. Prince (2016) The effect of competition on toxic pollution releases. *Journal of Environmental Economics and Management*, 79, 40–54.
- Smith, A. (1776) *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*. New York: Modern Library.
- Treuren, L. en M.P. Schinkel (2018) *Can collusion promote sustainable consumption and production? Not beneficially beyond duopoly*. Amsterdam Center for Law & Economics, Working Paper, 2018-01.
- Tweede Kamer (2016) *Duurzame ontwikkeling en beleid*. Brief van de Minister van Economische Zaken. Kamerstuk, 30196(480).
- Wolberink, C. (2020) *Een nieuwe leidraad voor duurzaamheidsinitiatieven*. Presentatie bij VvM webinar, 27 augustus.