

# EUR Research Information Portal

## De Concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken van de ACM

### Publication status and date:

Published: 01/01/2020

### DOI (link to publisher):

[10.5553/MenM/138762362020023405002](https://doi.org/10.5553/MenM/138762362020023405002)

### Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

### Citation for the published version (APA):

Jansen, P., & Beeston, S. J. (2020). De Concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken van de ACM: De 'tragedy of the commons' voorbij? *Markt en Mededinging*, 2020(4 & 5), 136-151. <https://doi.org/10.5553/MenM/138762362020023405002>

[Link to publication on the EUR Research Information Portal](#)

### Terms and Conditions of Use

Except as permitted by the applicable copyright law, you may not reproduce or make this material available to any third party without the prior written permission from the copyright holder(s). Copyright law allows the following uses of this material without prior permission:

- you may download, save and print a copy of this material for your personal use only;
- you may share the EUR portal link to this material.

In case the material is published with an open access license (e.g. a Creative Commons (CC) license), other uses may be allowed. Please check the terms and conditions of the specific license.

### Take-down policy

If you believe that this material infringes your copyright and/or any other intellectual property rights, you may request its removal by contacting us at the following email address: [openaccess.library@eur.nl](mailto:openaccess.library@eur.nl). Please provide us with all the relevant information, including the reasons why you believe any of your rights have been infringed. In case of a legitimate complaint, we will make the material inaccessible and/or remove it from the website.

# Artikel

## De Concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken van de ACM: de 'tragedy of the commons' voorbij?

Pim Jansen en Sarah Beeston\*

Op 9 juli 2020 heeft de ACM de Concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken ter consultatie op haar website gepubliceerd. Hiermee beoogt de ACM te verduidelijken onder welke omstandigheden afspraken met een duurzame doelstelling met artikel 6 Mw en 101 VWEU verenigbaar zijn, inclusief op basis van de in het derde lid vervatte efficiency-toets. In deze bijdrage wordt eerst een historische parallel getrokken met de verhouding tussen de theorie van de 'tragedy of the commons' enerzijds en het Nederlandse poldermodel anderzijds. Vervolgens wordt de Leidraad gecontextualiseerd, beschreven en, tot slot, geanalyseerd. Wij komen tot de conclusie dat de ACM met haar Leidraad een intelligente *modus operandi* heeft bedacht om (terecht) buiten het politieke spectrum te blijven en toch extra ruimte te creëren voor bepaalde duurzaamheidsinitiatieven onder het derde lid van artikel 6 Mw en 101 VWEU. Het huidige uitgangspunt van de Europese Commissie en de ACM dat gebruikers meer profijt dan nadelen dienen te hebben van beperkende afspraken om van het kartelverbod te kunnen worden vrijgesteld wordt onder omstandigheden losgelaten. Bij afspraken die op efficiënte wijze bijdragen aan het halen van concrete klimaatdoelen waar de Nederlandse overheid aan is gebonden, mogen volgens de ACM vanaf nu de voordelen voor de hele samenleving meegewogen worden. Wat ons

betreft, is er ruimte binnen het mededingingsrecht dit te doen, ondanks de restrictieve aanpak die de Europese Commissie en de ACM tot op heden lijken te hebben gekozen ten aanzien van het waarborgen van niet-mededingingsgerelateerde belangen. Verder biedt het feit dat in sommige gevallen een kwalitatieve onderbouwing van de voor- en nadelen van de duurzaamheidsafspraken voldoende is, meer ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven.

### Inleiding

In 1968 verscheen in het tijdschrift *Science* een artikel van de Amerikaanse ecooloog en filosoof Garrett Hardin over de economische theorie van de 'tragedy of the commons'. Hierin waarschuwt Hardin voor de dreiging van overbevolking van de wereld.<sup>1</sup> Hij beschrijft, in navolging van de Britse econoom William Forster Lloyd (1833), een fictieve tragedie die het gevolg is van het najagen van eigen belangen door herders die hun vee laten grazen op beperkte, maar vrijelijk toegankelijke meentgronden (de 'commons').

Hardin stelt dat elke herder *in se* een rationeel wezen is dat zijn winst probeert te maximaliseren. Een herder stelt daarom steeds bewust of onbewust de volgende vraag: is het in mijn eigen belang nog een dier aan mijn kudde toe te voegen? Hardin past vervolgens het volgende model toe: als de herder een dier toevoegt, zal hij het volledige voordeel halen uit de opbrengsten van dit dier. Hoewel er wel degelijk kosten zijn voor de *commons*

\* Mr. dr. P. Jansen is Assistent Professor binnen de sectie Staats- en bestuursrecht van de Erasmus School of Law – Erasmus Universiteit Rotterdam (PhD, KU Leuven) en als advocaat verbonden aan de sectie Europees en mededingingsrecht van Van Doorne. Mr. S. Beeston is advocaat-partner en hoofd van de sectie Europees en mededingingsrecht van Van Doorne. Wij danken prof. mr. dr. Wolf Sauter en prof. mr. dr. Anna Gerbrandy voor hun feedback op een eerdere versie van dit artikel.

1. G. Hardin, 'The Tragedy of the Commons', *Science* 1968, nr. 3859, p. 1243-1248.

als gevolg van overbegrazing, worden de effecten hiervan gedeeld door alle herders. De betreffende herder draagt dus slechts een klein gedeelte van die kosten. Volgens Harbin zijn alle meenten daarom gedoemd te mislukken.<sup>2</sup>

De *tragedy of the commons* is volgens Hardin ook van toepassing op kwesties zoals milieuverontreiniging.<sup>3</sup> De theorie houdt dan in dat gepercipieerde voordelen van economische groei aan individuen toekomen terwijl de negatieve externaliteiten voor het milieu voor de maatschappij als geheel zijn.<sup>4</sup>

De manier binnen deze theorie om dit resultaat te voorkomen is het gebruik van beperkende beheersinstrumenten. Een externe macht (een centrale staat of een private eigenaar) zou overexploitatie door herders kunnen voorkomen.<sup>5</sup> Specifiek in de context van milieuvervuiling spreekt Hardin als oplossing over ‘*coercive laws or taxing devices*’.<sup>6</sup> Denk, wanneer vertaald naar het heden, bijvoorbeeld aan nationale en internationale pogingen concrete, bindende doelstellingen te formuleren, zoals het Europese emissiehandelsstelsel, de klimaatdoelen van Parijs (2015)<sup>7</sup> en de Klimaatwet.<sup>8</sup> Een belangrijke notie is dat een beroep op het geweten van individuen wordt geacht niet te volstaan.

Op de theorie van de *tragedy of the commons* is heel wat kritiek geleverd. Daarbij kan met name aan het werk van de Amerikaanse politicologe en Nobelprijswinnares Elinor Ostrom worden gedacht.<sup>9</sup> Volgens Ostrom blijkt dat lokale gemeenschappen ook zonder staatsinmenging of privatisering in staat zijn hun ‘*Common Pool Resources*’

op een duurzame manier te beheren.<sup>10</sup> De premisse van Hardin dat in een situatie waarin individuen gebruik mogen maken van een gemeengoed, zij logischerwijze altijd in hun eigen belang handelen zonder rekening te houden met de gevolgen voor het betreffende gemeengoed, is volgens Ostrom dan ook niet juist.

Dicht bij huis is het Nederlandse poldermodel een voorbeeld van een situatie waarin het overduidelijk was dat samenwerking tot een betere oplossing zou leiden. Dat model vindt zijn oorsprong in West-Nederland waar boeren intensief met elkaar samenwerkten om drassig land in te polderen door middel van dijken en met behulp van windmolens. Een groep boeren die met elkaar ging polderen vormde in feite een kartel waarbij niet-participerende boeren van het gebruik van de polder werden uitgesloten.<sup>11</sup>

Het Nederlandse discours met betrekking tot de verhouding tussen duurzaamheidsafspraken en de mededingingsregels legt een gelijkaardige relatie tussen ‘polderen’ en individualisme bloot. Nederland staat in mededingingsrechtelijk Europa bekend om een aantal (al dan niet gefaalde) door de markt of de maatschappij geïnitieerde duurzaamheidsprojecten. Denk aan het ‘Energieakkoord’,<sup>12</sup> de ‘Kip van Morgen’<sup>13</sup> en het Convenant duurzame kleding en textiel.<sup>14</sup> Ook het Klimaatakkoord 2019 is ten minste ten dele eerder een maatschappelijk dan een politiek georkestreerd initiatief. Deze initiatieven streven naar het borgen van gemeenschappelijke belangen, namelijk het reduceren van negatieve externaliteiten: het beslag dat de productie en consumptie van producten leggen op de leefomgeving en -omstandigheden van mens of dier. Het gedachtegoed van de *commons* als méér dan een optelsom van individuele belangen lijkt dus weer helemaal terug.<sup>15</sup>

Het lastige is dat dergelijke ‘polderinitiatieven’, die wellicht voordelig zijn voor de samenleving als geheel, niet altijd goed verenigbaar zijn met het mededingingsrecht zoals tot op heden geïnterpreteerd door de Europese Commissie (Commissie) en de Autoriteit Consument en Markt (ACM). Het mededingingsrecht beoogt namelijk een vrije markt te creëren en behouden waarin partijen geacht worden in beginsel zelfstandig hun gedrag te bepalen en met elkaar te concurreren.

2. ‘Each man is locked into a system that compels him to increase his herd without limit - in a world that is limited. Ruin is the destination toward which all men rush, each pursuing his own best interest in a society that believes in the freedom of the commons. Freedom of the commons brings ruin to all’ (Hardin 1968, p. 1244).
3. Hardin schrijft: ‘In a reverse way, the tragedy of the commons reappears in problems of pollution. Here it is not a question of taking something out of the commons, but of putting something in – sewage, or chemical, radioactive, and heat wastes into water; noxious and dangerous fumes into the air; and distracting and unpleasant advertising signs into the line of sight’.
4. Ottervanger overwoog in 2010: ‘Ongecontroleerde concurrentie, hoe efficiënt ook, is schadelijk. Door meedogenloze marktwerking raken grondstoffen uitgeput, wordt de lucht vervuild en worden de mensenrechten geschonden. Marktwerking is zinvol zolang er een markt is: als producenten van diepvriesvis hevig concurrerend, met high-tech apparatuur en steeds efficiënter de zeeën leegvissen, is er op den duur geen vis - en dus geen markt voor visssticks.’ T.R. Ottervanger, *Maatschappelijk verantwoord concurreren: mededingingsrecht in een veranderende wereld* (oratie Leiden), 2010.
5. Denk bijvoorbeeld aan koning Willem I en daaropvolgende regeringen die het historische concept van meentgronden in Nederland praktisch hebben afgeschaft.
6. Hardin 1968, p. 1245.
7. Verdrag van Parijs, 12 december 2015, *Trib.* 2016, 162.
8. Wet van 2 juli 2019, houdende een kader voor het ontwikkelen van beleid gericht op onomkeerbaar en stapsgewijs terugdringen van de Nederlandse emissies van broeikasgassen teneinde wereldwijde opwarming van de aarde en de verandering van het klimaat te beperken, *Stb.* 2019, 253. Inwerkingtreding 1 september 2019, *Stb.* 2019, 254.
9. Zie bijv. E. Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge: Cambridge University Press 1990.

10. E. Ostrom, ‘Beyond Markets and States: Polycentric Governance of Complex Economic Systems’, *The American Economic Review* 2020, nr. 3, p. 641-672. Ostrom stelde acht principes op waar een collectief aan moet voldoen om te slagen.
11. En dan hebben we het nog niet eens over de middeleeuwse gilden die je in heel West-Europa had. Ook dat waren in feite kartels die prijsafspraken hadden (en die bewust zijn afgeschaft door (Franse althans Frans-geïnspireerde) liberalen).
12. Een overeenkomst met betrekking tot de sluiting van verouderde kolen-centrales in het kader van het SER Energieakkoord (het ‘Energieakkoord’).
13. Afspraken omtrent de boycot van bepaalde op reguliere wijze geproduceerd kippenvlees (‘Afspraken Kip van Morgen’).
14. Met dit Convenant duurzame kleding en textiel zetten partijen zich onder meer in voor mensenrechten en voor de gezondheid en veiligheid van werknemers.
15. Ottervanger 2010. Daarbij gaat het om initiatieven die raken aan de kernactiviteiten van bedrijven, dus in de inkoop, het productieproces en de commercialisering van de producten en diensten.

Samenwerking is slechts toegestaan indien het de mededinging niet beperkt of de voordelen zwaarder wegen dan de negatieve gevolgen voor de mededinging. Afspraken tussen ondernemingen over duurzaamheids- onderwerpen kunnen leiden tot een merkbare beperking van de mededinging en als gevolg daarvan een vermindering van de keuze of een (verwachte) prijsverhoging voor afnemers. Daarbij geldt dat bredere, maatschappelijke voordelen van duurzaamheidsafspraken voor een individuele consument niet noodzakelijkerwijs opwegen tegen eventuele nadelen (vaak hogere prijzen) die hem direct(er) raken. In de wetenschappelijke literatuur wordt dan ook dikwijls over het bestaan van een spanningsveld tussen duurzaamheidsinitiatieven en de mededingingsregels geschreven.<sup>16</sup>

De *tragedie of the commons* indachtig zou de Nederlandse overheid wellicht eenzijdig moeten ingrijpen teneinde aan de concrete duurzaamheidsdoelen te kunnen voldoen waaraan zij zich heeft gecommitteerd.<sup>17</sup> Zoals het door middel van ‘polderen’ tot stand gekomen Klimaat-akkoord 2019 maar ook het wetsvoorstel ‘ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven’ laten zien, is dit echter niet de keuze die is gemaakt. De duurzaamheidstransitie wordt gezien als een gezamenlijke opgave van burgers, ondernemingen, overheid, maatschappelijke organisaties en de wereld van kennis en wetenschap. Het is een opgave die diep ingrijpt in de inrichting en ordening van onze samenleving. Daarbij geldt dat initiatief vanuit de maatschappij bij de Nederlandse waardering van de participatiemaatschappij past. Deze realiteit in ogenschouw nemende wenst de ACM nu ‘haar’ bijdrage te leveren aan de maatschappijgedreven duurzaamheidsinspanningen waarvoor Nederland staat.

Het is binnen deze context dat de ACM op 9 juli 2020 een conceptversie van haar nieuwe Leidraad Duurzaamheidsafspraken (hierna: de ‘Leidraad’) ter consultatie heeft gelegd.<sup>18</sup> De ACM beoogt met de Leidraad duidelijkheid te verschaffen over en tevens de mogelijkheden te verruimen voor samenwerking tussen concurrerende bedrijven (en maatschappelijke organisaties) op het gebied van duurzaamheid.<sup>19</sup> Daarnaast beoogt de ACM meer in algemene zin het risico op een ‘chilling effect’

van de mededingingsregels ten aanzien van in beginsel legitieme duurzaamheidsafspraken te beperken.<sup>20</sup>

Onderhavige bijdrage vormt een eerste analyse van de nieuwe Leidraad. Daarbij gaat het, onder meer, om de vraag of er meer ruimte is in het mededingingsrecht voor duurzaamheidsinitiatieven dan tot nu toe door de ACM en de Commissie werd aangenomen. Omdat de door de ACM in de Leidraad voorgestelde wijziging van beleid niet op waarde kan worden geschat zonder inzicht te geven in de mededingingsrechtelijke beoordeling van duurzaamheidsinitiatieven tot op heden, zal eerst ‘het verhaal tot nu toe’ op hoofdlijnen worden beschreven. Vervolgens zal de inhoud van de Leidraad worden beschreven en uitvoerig worden geanalyseerd.

## Het verhaal tot nu toe

In het ‘verhaal tot nu toe’, dat hierna op hoofdlijnen zal worden geschetst en zich kenmerkt door een combinatie van goede bedoelingen, politieke wil, juridische beperkingen en frustratie, staat het spanningsveld tussen duurzaamheid en mededinging centraal.

### Het Energieakkoord

Het Energieakkoord<sup>21</sup> werd door meer dan veertig partijen, waaronder energieproducenten, milieubelangen- groeperingen en centrale, regionale en lokale overheidsinstanties opgesteld in september 2013. Het zette in op het behalen van een aantal doelen, waaronder energiebesparingen, meer werkgelegenheid en de productie van schone energie. Eén specifiek doel was in 2050 de CO<sub>2</sub>-uitstoot te hebben gereduceerd met 80-95 procent. Om dit doel te bereiken spraken partijen af vijf kolengestookte elektriciteitscentrales die dateerden uit de jaren tachtig te sluiten.<sup>22</sup>

De ACM oordeelde dat het Energieakkoord een overeenkomst betrof tussen ondernemingen (de energieproducenten) waardoor de mededinging werd beperkt.<sup>23</sup> Het zou de energieproductiecapaciteit in Nederland met 10 procent reduceren. De ACM concludeerde dat het sluiten van de elektriciteitscentrales en de omschakeling naar hernieuwbare energie zou leiden tot het gebruik van duurdere capaciteit. Het Energieakkoord zou daardoor voor wat betreft prijzen leiden tot opwaartse druk.

De ACM ging vervolgens na of de overeenkomst uitgezonderd kon worden van het verbod op beperkende afspraken op grond van artikel 6 lid 3 Mededingingswet

16. Zie bijv. G. Monti en J. Mulder, ‘Escaping the Clutches of EU Competition Law Pathways to Assess Private Sustainability Initiatives’, *European Law Review* 2017, nr. 5, p. 635-656; E. Loozen, ‘Strict competition enforcement and welfare: A constitutional perspective on Article 101 TFEU and sustainability’, *Common Market Law Review* 2019, nr. 5, p. 1265-1302; A. Gerbrandy, ‘Solving a sustainability deficit in European Competition law’, *World Competition* 2017, nr. 4, p. 539-562; en A. Gerbrandy, ‘Toekomstbestendig mededingingsrecht’, *M&M* 2016, nr. 3, p. 102-112. Zie eerder reeds Ottervanger 2010.

17. Uiteraard kent deze route zijn eigen praktische problemen: wetgeving is tijdrovend en niet altijd tijdsbesteding.

18. Zie [www.acm.nl/nl/publicaties/concept-leidraad-duurzaamheidsafspraken](http://www.acm.nl/nl/publicaties/concept-leidraad-duurzaamheidsafspraken). De Leidraad zal het Visiedocument mededinging en duurzaamheid uit 2014 (hierna: het ‘Visiedocument 2014’) en de Uitgangspunten toezicht ACM op duurzaamheidsafspraken uit 2016 (hierna: de ‘Uitgangspunten 2016’) vervangen.

19. Nieuwsbericht ACM 9 juli 2020, ‘ACM biedt meer mogelijkheden voor samenwerking tussen bedrijven om klimaatdoelen te halen’.

20. Het directe voordeel voor ondernemingen die maatregelen nemen op het gebied van duurzaamheid is immers niet altijd zeker terwijl de potentiële risico’s van het overtreden van de mededingingsregels aanzienlijk zijn.

21. SER, *Energieakkoord voor duurzame groei*, Rapport september 2013. Zie [www.energieakkoordser.nl](http://www.energieakkoordser.nl).

22. Voor het sluiten van de elektriciteitscentrales verzocht de vereniging Energie-Nederland de ACM om een analyse.

23. Analyse van de Autoriteit Consument en Markt met betrekking tot de voorgenomen afspraak tot sluiting van 80er jaren kolencentrales in het kader van het SER Energieakkoord, 26 september 2013.

(Mw) en artikel 101 lid 3 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Zij verklaarde in dat verband dat milieumaatregelen in principe tot verbetering van welvaart zouden kunnen leiden. Zij stelde zich echter op het standpunt dat de energieproducenten er niet in waren geslaagd aan te tonen dat deze voordelen opwogen tegen de negatieve effecten in de vorm van gestegen prijzen. Gezien het maatschappelijke en politieke belang van het Energieakkoord verrichtte de ACM een eigen onderzoek naar de te verwachten gevolgen van de afspraak. Hierbij baseerde de ACM zich mede op berekeningen die Energieonderzoek Centrum Nederland (ECN) in opdracht van de ACM had gemaakt. De ACM voerde een ‘vermeden kosten’-analyse uit en stelde vast dat de vermindering van bepaalde uitlaatgassen waarschijnlijk tot het vermijden van kosten zou leiden die anders gemaakt hadden moeten worden om het milieu te verbeteren. Dit was echter niet voldoende om de verwachte prijsverhoging voor elektriciteit te compenseren. De ACM stelde ook vast dat het Energieakkoord niet tot vermindering van de CO<sub>2</sub>-uitstoot zou leiden.<sup>24</sup> De ACM concludeerde daarom dat de voordelen van het akkoord om de elektriciteitscentrales te sluiten niet opwogen tegen de negatieve effecten ervan voor de gebruikers.

#### Beleidsregel 2014

In mei 2014 publiceerde de minister van Economische Zaken een Beleidsregel voor mededinging en duurzaamheid (Beleidsregel 2014).<sup>25</sup> Daarin werd uiteengezet welke criteria de ACM in acht zou moeten nemen bij de beoordeling van de vraag of duurzaamheidsinitiatieven voldoen aan de criteria voor een ‘vrijstelling’, namelijk:

- voordelen op de lange termijn;
- voordelen voor toekomstige afnemers;
- het meeliftprobleem dat beperkingen kan rechtvaardigen;
- andere mededingingsparameters dan die beperkt door de overeenkomst.

Tegelijkertijd publiceerde de ACM ook haar Visiedocument 2014.<sup>26</sup> Zij stelde vast dat een aanzienlijk deel van de voordelen van beperkende afspraken de daadwerkelijke afnemers ten goede zou moeten komen en hen in ieder geval zou moeten compenseren voor de schade ten gevolge van de beperking.<sup>27</sup> De ACM heeft aansluitend, en in het licht van de niet-toereikende compensatie voor afnemers, het Kip van Morgen-initiatief negatief beoordeeld.

24. Het feit dat de elektriciteitscentrales geen CO<sub>2</sub> meer zullen uitstoten, zal waarschijnlijk niet leiden tot een algehele vermindering van dat gas, aangezien andere spelers op de markt de uitstootrechten zullen verkrijgen, aldus de ACM.

25. Besluit van de minister van Economische Zaken d.d. 6 mei 2014, nr. WJZ/14052830, *Stcrt.* 2014, 13375, met daarin beleidsregels voor wat betreft de toepassing door de ACM van art. 6 lid 3 Mw in geval van beperkende afspraken met een duurzaam doel.

26. Visiedocument 2014.

27. Visiedocument 2014, p. 13-14.

#### Kip van Morgen

Ongeveer een jaar nadat zij het Energieakkoord beoordeelde, werd de ACM gevraagd de afspraken tussen supermarkten, kippenboeren en bedrijven die handelen in kippenvlees te beoordelen.<sup>28</sup> De afspraken trachtten zorg te dragen voor een betere levensstandaard: minimale leefruimte, meer stro op de vloer en het verlengen met enkele dagen van het leven van een kip. De afspraken zagen ook op milieumaatregelen. De mededingingsrechtelijke zorgen hadden te maken met de afspraak tussen detaillisten al het vlees van kippen die niet conform de levensstandaardafspraken hadden geleefd, uit de schappen te halen.

Een dergelijke boycot is in beginsel duidelijk mededingingsbeperkend. Het vermindert de keuze van consumenten en leidt mogelijk tot duurdere kip. De ACM heeft desalniettemin onderzocht of de afspraken konden worden vrijgesteld onder het derde lid. Zij gaf haar economische experts de opdracht de voor- en nadelen van de afspraken ten opzichte van de consument te onderzoeken, met inachtneming van: (1) de toegenomen prijs van kippenvlees, (2) de verbetering qua dierenwelzijn, (3) milieueffecten en (4) volksgezondheid.

In een ruim 40 pagina's tellend rapport concludeerden de economen als volgt: ad (1) de afspraken zouden leiden tot een prijsstijging van 1,46 euro per kilo kipfilet. Ad (2) de waarde van een verbetering van dierenwelzijn voor de consument werd berekend, om vast te kunnen stellen of consumenten bereid waren voor een dergelijke verbetering te betalen. De ACM heeft twee verschillende methodes gebruikt: het keuze-experiment (*Choice-based Conjoint*), waarbij consumenten in de praktijk verschillende opties gepresenteerd krijgen, en de *Contingent Valuation Methode*, waarbij de respondent direct wordt gevraagd naar zijn betalingsbereidheid. Het *Choice-based Conjoint* staat centraal in het onderzoek van de ACM omdat bij de *Contingent Valuation Methode* het risico bestaat dat de manier waarop vragen worden gesteld tot een vertekend beeld kan leiden. Consumenten waren, volgens het rapport bereid tussen 0,39 en 1,06 euro extra te betalen per kilo.<sup>29</sup> Ad (3) de milieuvoordelen werden op 0,14 euro per kilo gekwantificeerd. Ad (4) er werden geen voordelen voor de volksgezondheid vastgesteld.<sup>30</sup>

De ACM concludeerde daarom dat de kosten van de afspraken niet opwogen tegen de waarde voor consumenten, met 0,40 tot 1,07 euro per kilo. De ACM advi-

28. ACM, 'Analyse ACM van duurzaamheidsafspraken Kip van Morgen', 26 januari 2015.

29. Op 1 september heeft de ACM de resultaten van een onderzoek naar de kwaliteit van kippenvlees in de supermarktschappen gepubliceerd: *Welzijn kip van nu en Kip van Morgen*, 13 augustus 2020. Hieruit blijkt dat consumenten nu bereid zijn meer te betalen dan de prijsstijging die voor de Kip van Morgen werd verwacht, maar wel voor een verbetering in welzijn die verder gaat dan de Kip van Morgen eist.

30. De partijen betrokken bij het Kip van Morgen-initiatief hadden de doelstelling het gebruik van antibiotica te verlagen. Hun doelstelling was echter al in de praktijk bereikt als gevolg van reductiedoelstellingen van het toenmalig ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie (EL&I). Het streefniveau van het Kip van Morgen-initiatief was bovendien hoger dan dat van de Autoriteit Diergeneesmiddelen, als gevolg waarvan het, volgens de ACM, geen additionele waarde had.

seerde partijen hun plannen aan te passen. Dit leidde tot een brede maatschappelijke discussie over de vraag of het mededingingstoezicht door de ACM een belemmering vormt voor het bereiken van maatschappelijk gewenste duurzaamheidsvoordelen.

### Beleidsregel 2016

De minister heeft vervolgens in concept een aangepaste beleidsregel (Beleidsregel 2016)<sup>31</sup> opgesteld met daarin meer mogelijkheden voor de vrijstelling van duurzaamheidsmaatregelen. In het concept werd bepaald dat:

- het beoordelen van de voordelen van afspraken om een ‘*rule of reason*’-benadering vraagt: wanneer afspraken bestaan uit een pakket aan maatregelen, dan dient het pakket in zijn geheel te worden beoordeeld;
- voordelen voor de maatschappij als geheel (en niet alleen voor directe gebruikers of gebruikers op een specifieke markt) moeten worden meegewogen;
- zowel kwalitatieve als de kwantitatieve criteria in acht moeten worden genomen.

De reacties op dit conceptbeleid waren over het algemeen heel positief. Zowel de ACM als de Commissie stelde zich echter op het standpunt dat de Beleidsregel 2016 in strijd was met het Europees recht. Zowel het voorstel voordelen voor de maatschappij als geheel mee te laten wegen als de afweging dat het totale pakket in acht moet worden genomen bij de bepaling of de afspraken tot voordelen hebben geleid, werd als problematisch beschouwd. In haar brief aan de minister, waarin zij reageerde op de conceptbeleidsregel, maakte de Commissie de volgende mening kenbaar:

‘If certain policy goals are considered valuable for society as a whole, while not to consumers in the relevant market, regulation is the right tool to safeguard them and not competition law. In other words, competition law does not stand in the way of regulation to achieve these goals but cannot substitute for the absence of such regulation.’<sup>32</sup>

De Commissie was duidelijk van mening dat de beste aanpak zou zijn om duurzaamheidsdoelen in wetgeving op te nemen.

In het licht van het bovenstaande veranderde de minister van koers. Hij beperkte de aanpassing van de Beleidsregel 2016.<sup>33</sup> De beleidsregel zou niet langer van

de ACM vergen voordelen buiten de relevante markt (zoals positieve effecten in lagelonenlanden) mee te laten wegen. De minister kondigde aan dat hij een wetsvoorstel zou opstellen, bedoeld om duurzaamheidsinitiatieven te vergemakkelijken.<sup>34</sup> In haar Leidraad houdt de ACM rekening met dit voorstel en de mogelijkheden voor duurzaamheidsinitiatieven die het voorstel beoogt te creëren.

### Toezegging ACM een oogje toe te knijpen

De ACM heeft een zogenoemde Uitvoerings- en Handhavingstoets uitgevoerd op de aangepaste Beleidsregel 2016. Haar conclusie was dat die uitvoerbaar en handhaafbaar is met uitzondering van artikel 2a, die gaat over de vraag wat ACM moet toetsen als de mededingingsbeperkende afspraak deel uitmaakt van een pakket aan duurzaamheidsmaatregelen. Het was echter duidelijk dat de ACM de mening van de minister deelde voor wat betreft het belang van duurzaamheidsinitiatieven. Ten aanzien van haar handhavingsbeleid zegt de ACM de minister toe dat:

- zij geen handhavingsactie zal ondernemen in geval van duurzaamheidsafspraken die maatschappelijk breed gesteund worden, indien alle betrokken partijen (overheid, bedrijven, ngo’s en sociale instanties) achter die afspraken staan. De ACM is van mening dat in een dergelijke situatie alle relevante belangen beschermd zullen zijn;
- de ACM een onderzoek kan starten, indien er (negatieve) signalen of klachten zijn over de duurzaamheidsafspraken;
- de ACM bereid is mee te werken aan en te zoeken naar snelle en effectieve oplossingen voor problemen die zich voordoen op het gebied van duurzaamheidsinitiatieven. Zij zal alleen boetes opleggen indien partijen er niet in slagen de afspraken waar de ACM bezwaar tegen had, aan te passen.<sup>35</sup>

Een maand nadat de ACM haar aanpak bekend had gemaakt, werd het Convenant duurzame kleding en textiel ondertekend.

### Convenant duurzame kleding en textiel, 2016

Het Convenant duurzame kleding en textiel tussen de minister voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking, de textielbranche, vakbonden en maatschappelijke organisaties<sup>36</sup> (het ‘Convenant’) heeft betrekking op negen onderwerpen: discriminatie en geslacht; kinderarbeid; gedwongen arbeid; vrijheid van vakvereniging; leefbaar (minimum)loon;

31. Minister van Economische Zaken, Concept Beleidsregel gepubliceerd voor consultatie, 23 december 2015. De volledige tekst is beschikbaar op de website van de overheid: [www.internetconsultatie.nl/mededingingenduurzaamheid/details](http://www.internetconsultatie.nl/mededingingenduurzaamheid/details).

32. Directeur-Generaal van de DG Mededinging van de Europese Commissie, Johannes Laitenberger, brief aan de Nederlandse secretaris-generaal van het ministerie van Economische Zaken, Maarten Camps, 26 februari 2016. Beschikbaar als bijlage bij *Kamerstukken II 2016/17*, 30196, nr. 463.

33. Minister van Economische Zaken, brief aan de Tweede Kamer d.d. 23 juni 2016, *Kamerstukken II 2015/16*, 30196, nr. 463 en Besluit d.d. 30 september 2016, nr. WJZ/16145098, *Kamerstukken II 2016/17*, 30196, nr. 480, met daarin de beleidsregels met betrekking tot de toepassing van art. 6 lid 3 Mw door de ACM in geval van beperkende afspraken met een duurzaamheidsdoel.

34. Hij zegde ook toe te blijven communiceren met de Commissie aangezien er, volgens hem, binnen de mededingingsregels meer ruimte is voor duurzaamheidsinitiatieven dan de Commissie momenteel wil erkennen.

35. Minister van Economische Zaken, brief d.d. 23 juni 2016, *Kamerstukken II 2015/16*, 30196, nr. 463. De ACM heeft deze hoofdlijnen vervolgens gepubliceerd in haar jaarverslag 2016 (p. 49) en op haar website met als titel ‘Uitgangspunten ACM op duurzaamheidsafspraken’.

36. SER, ‘Convenant duurzame kleding en textiel’, 9 maart 2016, ondertekend op 4 juli 2016.

een veilige werkomgeving; grondstoffen; watervervuiling en gebruik van chemicaliën; en dierenwelzijn. De partijen bij het Convenant zijn overeengekomen deze thema's te zullen opnemen in hun sociale verantwoordelijkheidsbeleid. Samen met hun leveranciers zullen zij een plan van aanpak opstellen, waarbij zij ernaar zullen streven het hogere welzijnsniveau dat het Convenant voor ogen heeft, te realiseren. Een dergelijk plan zal vervolgens worden voorgelegd aan het secretariaat van het Convenant. In het Convenant<sup>37</sup> zeggen de partijen expliciet toe de mededingingsregels te zullen respecteren en dat zij in overleg zullen treden met de ACM indien zij van mening zijn dat hun afspraken marktbeperkend of concurrentieverminderend zijn. Er is in het Convenant niet afgesproken niets af te nemen van leveranciers die niet voldoen aan de minimumvoorwaarden in de textielproductie. Het Convenant zou echter wel dat effect kunnen hebben of kunnen leiden tot afgestemd gedrag, waaronder (als gevolg van het doel voor wat betreft minimumloon) prijsbepaling.

Tot op heden heeft de ACM niets over het Convenant gepubliceerd. Het zou kunnen zijn dat het Convenant en daaraan gerelateerde afspraken niet zijn gemeld aan de ACM of dat de ACM, gezien haar prioriteringsbeleid, heeft besloten geen actie te ondernemen.

#### Wetsvoorstel ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven

Ondanks de door de ACM aangekondigde en doorgevoerde flexibelere benadering van duurzaamheidsinitiatieven heeft de minister de suggestie van de Commissie opgevolgd en nieuwe wetgeving voorgesteld.<sup>38</sup> Het wetsvoorstel ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven beoogt partijen te helpen duurzaamheidsinitiatieven te realiseren door de mogelijkheid te creëren hun initiatieven op verzoek om te laten zetten in algemeen verbindende voorschriften.<sup>39</sup> De vorm van de wetgeving voorkomt dat de overheid een leidende rol krijgt toebedeeld en er wordt een behoorlijke last op de schouders van partijen gelegd die duurzaamheidsontwikkeling voor ogen hebben. De ruimte die partijen binnen het mededingingsrecht hebben om duurzaamheidsinitiatieven te ontplooiën is geen onderwerp van het wetsvoorstel.

De vraag is echter of dit wetsvoorstel ooit zal worden aangenomen, gezien de stevige kritiek van de Raad van State hierop, die – onder andere – aangeeft dat onder deze wet '[h]et [...] aannemelijk [is] dat veel verzoeken zullen moeten worden afgewezen, omdat deze strijdig zijn met bestaande wetgevingscomplexen en het Unierecht, of spanning kunnen opleveren met het nuttig

effect van het mededingingsrecht'.<sup>40</sup> Arnout Koeman en Paul Deza de Massiac gaan hier in hun bijdrage in dit themanummer van *M&M* uitgebreid op in.

## Tussenconclusie

Resumerend kunnen we stellen dat wat opvalt in 'het verhaal tot nu toe' is dat de huidige handhaving van het mededingingsrecht door de Commissie en de ACM nog steeds in grote mate is gebaseerd op bescherming van met name in kwantificeerbare termen gemeten consumentenwelvaart, waarbij het financiële voordeel aan directe en indirecte afnemers bepalend wordt geacht. Daarbij kan, zoals de Kip van Morgen laat zien, de situatie zich voordoen dat de afnemer onvoldoende waarde hecht aan – en daarom niet bereid is voldoende te betalen voor – een product/dienst waarvoor de kosten van het vermijden van negatieve externaliteiten zijn doorberekend in de prijs.

Dit verbaast wellicht ook niet in het licht van de theorie van de *tragedy of the commons*. Zoals beschreven in de inleiding gaat deze theorie uit van de premisse dat in een situatie waarin individuen gebruik mogen maken van een gedeeld gemeengoed (een *common resource*), zij logischerwijs in hun eigen belang handelen zonder rekening te houden met de gevolgen voor het betreffende gemeengoed. Vertaald naar duurzaamheid houdt dat in dat bredere, maatschappelijke voordelen van duurzaamheidsafspraken, voor een individuele consument niet noodzakelijkerwijs opwegen tegen eventuele nadelen die hem direct(er) raken.

Tegelijkertijd lijkt de ACM in het kader van een vorm van prioriteringsbeleid in beginsel niet zelfstandig op te treden bij maatschappelijk breed gedragen duurzaamheidsafspraken als alle betrokken partijen zoals de overheid, vertegenwoordigers van burgers en bedrijven positief zijn over de afspraken. Bij klachten of signalen over duurzaamheidsafspraken kan de ACM een onderzoek starten. Dit is uiteraard geen optimale oplossing; een dergelijk prioriteringsbeleid schept onzekerheid en spanning voor ondernemingen bij het sluiten van duurzaamheidsafspraken (ondanks de toezegging bij medewerking van de ondernemingen geen boete op te leggen) en zal dus kunnen leiden tot een ongewenst *chilling effect*.

40. *Kamerstukken II 2018/19, 35247, nr. 4, p. 2.* Zo is het bijvoorbeeld maar de vraag in hoeverre op basis van de *INNO*-doctrine een (gedeelde) overheid een inbreukmakende afspraak mag omzetten in een wettelijke regeling. Zie voor het eerst HvJ EG 16 november 1977, zaak C-13/77, ECLI:EU:C:1977:185 (*INNO*), r.o. 30-31. Uit die doctrine volgt, onder meer, dat lidstaten geen afspraken of marktgedrag van ondernemingen mogen aanmoedigen of afdwingen waardoor particuliere ondernemingen zich aan de verbodsbepalingen van art. 101 en 102 VWEU kunnen onttrekken. Dergelijk overheidsoptreden zal strijdig kunnen zijn met de kartelvoorschriften van het VWEU in combinatie met de algemene loyaliteitsverplichting van de lidstaten het *effet utile* van het Unierecht niet te frustreren.

37. Convenant, Bepaling 5.4, punt 4.

38. *Kamerstukken II 2018/19, 35247, nr. 2.*

39. *Kamerstukken II 2018/19, 35247, nr. 3.*

## De Concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken: wat staat er precies in?

Op 9 juli 2020, vier jaar nadat de ACM haar prioriteeringsbeleid bekend had gemaakt, heeft de ACM haar Leidraad ter consultatie voorgelegd.<sup>41</sup> Aanleiding hiervoor is de aanzienlijke toename in de afgelopen jaren in maatschappelijke, beleidsmatige en juridische aandacht voor klimaatverandering en duurzame ontwikkeling en de bindende normen die in dat verband tot stand zijn gekomen.

Daarbij kan worden gedacht aan de concrete afspraken gemaakt in het Klimaatakkoord van Parijs (2015), het Klimaatakkoord (2019) en de Klimaatwet (2019) alsmede de uitspraak in de *Urgenda*-zaak waarin de Hoge Raad eind 2019 heeft bepaald dat de Nederlandse Staat ervoor moet zorgen dat de uitstoot van broeikasgassen per eind 2020 met 25 procent zal zijn verminderd ten opzichte van 1990.<sup>42</sup> En daarbij is de nodige haast geboden; statistieken gepubliceerd door Eurostat laten zien dat Nederland het op het gebied van duurzame energie niet best doet in vergelijking met andere EU-lidstaten.<sup>43</sup> Daarbij geldt dat als gevolg van de enorme inspanning die in Nederland nog moet worden geleverd om de afgesproken doelstellingen te behalen, het belang van duurzaamheidsafspraken is gegroeid. Zo laat het recente Klimaatakkoord (2019), dat door Ed Nijpels werd beschreven als ‘polderen zoals nog nooit is vertoond’, nog eens duidelijk zien dat actieve samenwerking door lokale actoren, waaronder concurrerende ondernemingen, onontbeerlijk is.<sup>44</sup>

De ACM erkent de potentiële spanning tussen duurzaamheidsinitiatieven en de mededingingsregels en beoogt met de Leidraad duidelijk te maken welke duurzaamheidsafspraken zijn toegestaan en hoe de ACM in de praktijk met vragen over duurzaamheidsafspraken omgaat. Dit gaat verder dan haar prioriteringsbeleid. De ACM probeert langs deze weg marktpartijen aan te moedigen duurzaamheidsafspraken te maken. Bovenstaande ontwikkelingen vormen daarbij aanleiding voor een flexibelere beoordeling dan tot dusver door de Commissie en de ACM zelf gehanteerd. Voor het bereiken van klimaatdoelen, zoals vermindering van CO<sub>2</sub>-uitstoot, krijgen bedrijven meer mogelijkheden afspraken te maken. De ACM creëert ook een vermoeden van geldigheid voor bepaalde afspraken en waar dat vermoeden niet geldt, verduidelijkt ze hoe voordelen berekend kunnen worden. De ACM zegt ook, onder voorwaarden, toe geen boetes te zullen opleggen voor *bona fide*,

publiek bekendgemaakte initiatieven. De ACM zal dan eerst vragen om aanpassing van de afspraken.<sup>45</sup>

In haar Leidraad noteert de ACM dat er drie mogelijkheden zijn voor het maken van duurzaamheidsafspraken, namelijk waar: (1) afspraken de mededinging niet merkbaar beperken; (2) de voordelen van de beperkende afspraken zwaarder wegen dan de negatieve gevolgen voor de mededinging en (3) waar wetgeving de ruimte geeft voor die afspraken.

### Ad (1) Afspraken die de mededinging niet merkbaar beperken

In hoofdstuk 4 van de Leidraad (‘Duurzaamheidsafspraken zonder mededingingsbeperkingen’) licht de ACM toe welke duurzaamheidsafspraken niet mededingingsbeperkend zijn en dus zijn toegestaan. Veel duurzaamheidsafspraken hebben namelijk geen of enkel verwaarloosbare negatieve gevolgen voor de mededinging. De ACM onderscheidt vervolgens vier concrete categorieën van duurzaamheidsafspraken die in het algemeen niet-mededingingsbeperkend zijn en dus zijn toegestaan:

- De eerste categorie betreft afspraken die ondernemingen stimuleren een positieve bijdrage aan een duurzaamheidsdoel te leveren zonder verplichtend karakter voor de individuele ondernemingen.<sup>46</sup> De ACM noemt als voorbeeld een gezamenlijke intentie van een sector om CO<sub>2</sub>-emissies te verlagen, waarbij individuele ondernemingen zelf hun bijdrage bepalen en de manier waarop ze deze willen realiseren.
- De tweede categorie betreft codes voor milieu- of klimaatbewust marktgedrag.<sup>47</sup> Deze gaan vaak gepaard met gezamenlijke standaarden, labels of keurmerken over het gebruik van grondstoffen of productiemethoden. De ACM noteert, in lijn met de richtsnoeren over standaardiseringsafspraken,<sup>48</sup> dat de voorwaarden voor deelneming transparant moeten zijn en toegang moet worden verleend op basis van redelijke en non-discriminatoire voorwaarden. Ook moeten gelijkwaardige alternatieve standaarden, labels of keurmerken mogelijk blijven en deelnemers de gelegenheid hebben producten te verkopen die buiten de code vallen.
- De derde categorie betreft afspraken die een kwaliteitsverbetering van producten beogen waarbij bepaalde, minder duurzaam geproduceerde of aangeboden producten niet meer worden verkocht. Deze afspraken kunnen buiten de reikwijdte van het kartelverbod vallen wanneer zij geen merkbare invloed hebben op de prijs en/of de variëteit in het productaanbod.<sup>49</sup> De ACM noemt als voorbeeld afspraken om efficiënter met verpakking om te gaan

41. Zie [www.acm.nl/nl/publicaties/concept-leidraad-duurzaamheidsafspraken](http://www.acm.nl/nl/publicaties/concept-leidraad-duurzaamheidsafspraken), laatst bezocht 16 augustus 2020.

42. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006.

43. Zie bijv. [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Renewable\\_energy\\_statistics#:~:text=With%20more%20than%20half%20\(54.6,and%20Austria%20\(33.4%20%25\)](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Renewable_energy_statistics#:~:text=With%20more%20than%20half%20(54.6,and%20Austria%20(33.4%20%25)).

44. Zie voor de tekst van het Klimaatakkoord [www.klimaatakkoord.nl/](http://www.klimaatakkoord.nl/).

45. Dit is ook onderdeel van haar prioriteringsbeleid uit 2016 die op de website wordt herhaald als ‘Uitgangspunten toezicht ACM op duurzaamheidsafspraken’.

46. Leidraad, randnr. 19.

47. Leidraad, randnr. 20.

48. Richtsnoeren Horizontale samenwerkingsovereenkomsten, randnr. 280.

49. Leidraad, randnr. 21.



of om een bepaald type verpakking niet meer te gebruiken.

- De vierde categorie betreft initiatieven waarbij nieuwe producten of markten worden gecreëerd en waarbij een gezamenlijk initiatief nodig is om over voldoende productiemiddelen, inclusief knowhow, te beschikken of om voldoende schaal te bereiken.<sup>50</sup> Volgens de ACM kan een gezamenlijk optreden soms alleen in een opstartfase strikt noodzakelijk zijn. In dat geval zou een langduriger samenwerking slechts toegestaan worden indien de voordelen opwegen tegen de mededingingsrechtelijke beperking.

Ten slotte vallen afspraken buiten het bereik van het kartelverbod wanneer deze er enkel toe strekken dat de betrokken ondernemingen, hun leveranciers en/of hun distributeurs de wetten respecteren van de landen waarin zij zaken doen.<sup>51</sup> Wel van belang is dat de afspraken de mededinging niet onnodig beperken. Met name moet voorzichtig worden omgegaan met het bekendmaken van informatie die concurrentiegevoelig zou kunnen zijn.

#### **Ad (2) Afspraken die de mededinging beperken maar waarvan de voordelen opwegen tegen de mededingingsbeperkende gevolgen**

Voor het geval (elementen uit) duurzaamheidsafspraken wel een merkbare beperking van de mededinging vormen, gaat de ACM in hoofdstuk 5 van de Leidraad ('Duurzaamheidsafspraken met voordelen die opwegen tegen de mededingingsbeperkingen') in op de vraag wanneer een afspraak met een duurzaamheidsdoel voldoet aan de criteria van de wettelijke vrijstelling van het kartelverbod.

De tekst van het derde lid van artikel 101 VWEU (die zo goed als woordelijk is overgenomen in het derde lid van art. 6 Mw) brengt mee dat moet worden vastgesteld dat de overeenkomst in kwestie bijdraagt 'tot verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang'. Het derde lid schrijft verder voor dat dit enkel geldt

'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 welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn, b) de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen'.

50. Leidraad, randnr. 22.

51. Leidraad, randnr. 23. De ACM geeft aan dat de wetgeving waarover het dan gaat veelal betrekking heeft op het respecteren van arbeidsrechten (zoals een verbod op kinderarbeid, de betaling van een minimumloon en het respecteren van het recht op vakvereniging), op de bescherming van het milieu (zoals een verbod op illegale houtkap) en op het respecteren van regels voor eerlijke handel (zoals een verbod op omkoping).

In haar Leidraad loopt de ACM deze cumulatieve voorwaarden af, toegepast op duurzaamheidsafspraken:

#### *a) Voordelen die uit duurzaamheidsafspraken kunnen voortvloeien*

De ACM legt allereerst uit welke voordelen relevant zijn. Zij verduidelijkt dat dit, onder andere, voordelen voor de samenleving als geheel betreft, inclusief de gebruikers nu en in de toekomst, zoals het verminderen van negatieve externaliteiten.<sup>52</sup> Andere duurzaamheidsvoordelen kunnen betrekking hebben op vermindering van bedrijfskosten, op innovatie, of op een vergroting van kwaliteit of variëteit van de aangeboden producten, waaronder de introductie van bijvoorbeeld diervriendelijke producten of producten die een eerlijk inkomen garanderen.<sup>53</sup>

De ACM maakt vervolgens een onderscheid tussen afspraken waarbij de voordelen evident opwegen tegen de nadelen en 'andere afspraken'.

De ACM stelt dat de voordelen evident opwegen tegen de nadelen waar het gezamenlijke marktaandeel van de betrokken partijen onder de 30 procent valt<sup>54</sup> of de voordelen evident groter zijn dan de nadelen.<sup>55</sup> Volgens de ACM kan dit het geval zijn waar een afspraak slechts tot een beperkte prijsstijging of geringe beperking van de keuzemogelijkheden zal leiden terwijl het evident is dat er grote voordelen voor gebruikers tegenover staan. Partijen bij zulke afspraken zouden dan kunnen volstaan met een kwalitatieve omschrijving van de voordelen.

Bij andere afspraken moeten de partijen de voor- en nadelen cijfermatig kunnen onderbouwen.<sup>56</sup>

Specifiek ten aanzien van milieuschadeafspraken benoemt de ACM dat voor het op geld waarderen van de voordelen van dergelijke afspraken zogenoemde 'milieuprijzen' worden gebruikt.<sup>57</sup> Dit zijn kengetallen die de schade van onder meer milieuvervuilende emissies en broeikasgassen laten zien. Omdat het geen marktprijzen zijn, worden zij 'schaduwprizen' genoemd.<sup>58</sup> Wanneer een milieuprijs is vastgesteld met het oog op het bereiken van een concreet beleidsdoel, dan wordt dat een schaduwprijs op basis van preventiekosten genoemd.

Door toepassing van milieuprijzen kan worden achterhaald of een duurzaamheidsinitiatief een efficiënte bijdrage levert aan de realisering van maatschappelijke beleidsdoelstellingen. Wanneer de kostenstijging – die het gevolg is van de afspraak – lager is dan de verwachte duurzaamheidswinst, gewaardeerd via een schaduwprijs op basis van preventiekosten, dan is dat een aanwijzing

52. Leidraad, randnr. 28 e.v.

53. Leidraad, randnr. 30.

54. Leidraad, randnr. 47.

55. Leidraad, randnr. 48. Het kan hierbij, aldus de ACM, bijvoorbeeld gaan om afspraken die slechts tot een beperkte prijsstijging of een geringe beperking van de keuzemogelijkheden voor de afnemers zullen leiden, terwijl het evident is dat hier grote voordelen voor de gebruikers tegenover staan.

56. Leidraad, randnr. 50.

57. Leidraad, randnr. 50.

58. Bij de keuze van te hanteren milieuprijzen moet in beginsel worden uitgegaan van de richtlijnen die voor de overheid gelden voor het maken van maatschappelijke kosten-batenanalyses (MKBA's).

dat de bijdrage van het initiatief als efficiënt kan worden aangemerkt.<sup>59</sup>

Tot slot merkt de ACM op dat tegenwoordig veel wordt gesproken over ‘true costs’ en ‘true prices’.<sup>60</sup> Volgens de ACM willen ondernemingen vaak weten wat de maatschappelijke kosten van hun producten zijn en in hoeverre deze afwijken van de feitelijk gemaakte (bedrijfs)kosten.<sup>61</sup> Vervolgens kunnen de ondernemingen hun productie op verschillende manieren zo inrichten dat het verschil tussen bedrijfskosten en maatschappelijke kosten zo veel mogelijk wordt opgeheven. De ACM noemt als voorbeelden het uitbetalen van een ‘leefbaar loon’ of het compenseren van de uitstoot van broeikasgassen. In hun marketing kunnen ze deze elementen gebruiken om hun product bij de consument aan te prijzen. Volgens de ACM kunnen dergelijke verbeteringen van het aanbod ook, binnen het in deze Leidraad gegeven kader, als voordelen in de zin van het derde lid van het kartelverbod worden gezien.<sup>62</sup>

*b) Komt een billijk deel van de voordelen aan de gebruikers ten goede?*

Uitgangspunt in het mededingingsrecht is dat een billijk deel van de voordelen ten goede dient te komen aan huidige of toekomstige gebruikers.<sup>63</sup> Om te kunnen bepalen wanneer hieraan wordt voldaan, onderscheidt de ACM in de Leidraad twee categorieën duurzaamheidsafspraken: ‘milieuschadeafspraken’ en ‘overige’ duurzaamheidsafspraken.

Milieuschadeafspraken worden door de ACM gedefinieerd als afspraken die zich richten op het verbeteren van productieprocessen die schade veroorzaken voor mens, milieu en natuur.<sup>64</sup> Hierbij kan worden gedacht aan afspraken tot het reduceren van de uitstoot van schadelijke stoffen en het vermijden van vervuilende grondstoffen in producten.

Ten aanzien van dergelijke afspraken geeft de ACM aan, naast voordelen voor huidige en toekomstige gebruikers, ook voordelen voor de gehele samenleving mee te nemen als aan twee voorwaarden is voldaan: (1) de afspraak is gericht op het voorkomen of beperken van evidente milieuschade, en (2) de afspraak levert een efficiënte bijdrage aan de naleving van een (inter)nationale norm ter voorkoming van milieuschade waaraan de overheid is gebonden.<sup>65</sup> Bij milieuschadeafspraken die bijdragen aan het bereiken van nationale of internationale normen waaraan de overheid is gebonden is het dus voldoende als de gebruikers op dezelfde manier meedelen in de voordelen als de rest van de samenleving. In zulke gevallen hoeven de huidige en toekomstige gebruikers niet volledig gecompenseerd te worden

voor de mededingingsbeperkende nadelen, zoals een prijsverhogend effect.<sup>66</sup>

De ACM suggereert dat de vraag van de gebruikers in wezen het probleem veroorzaakt. Het is dus, volgens de ACM, gerechtvaardigd afspraken toe te staan waar de voordelen voor de samenleving als geheel groter zijn dan de negatieve gevolgen voor de directe gebruikers.<sup>67</sup>

Voor ‘overige duurzaamheidsafspraken’, dat wil zeggen: niet-milieuschadeafspraken, zoals afspraken waarbij ondernemingen eisen stellen aan arbeidsomstandigheden of dierenwelzijn, blijft de ACM het uitgangspunt hanteren dat de gebruikers door de voordelen van de duurzaamheidsafspraken volledig moeten worden gecompenseerd voor de nadelen die zij van een mededingingsbeperking ondervinden.<sup>68</sup> Concreet betekent dit dat wanneer een duurzaamheidsafpraak bijvoorbeeld leidt tot een kwaliteitsverbetering van de productie maar ook gepaard gaat met een prijsverhoging, de gebruikers (als groep gezien) deze kwaliteitsverbeteringen voldoende moeten waarderen om tegen die prijsverhoging op te wegen.<sup>69</sup>

*Laatste twee voorwaarden: c) Is de afspraak noodzakelijk en gaat zij niet verder dan nodig om de voordelen te bereiken? en d) Blijft er nog voldoende concurrentie over?*

Ten aanzien van deze laatste twee voorwaarden verandert er eigenlijk niets. De noodzakelijkheidseis houdt nog steeds in dat de duurzaamheidsafpraak (op alle onderdelen) redelijkerwijs noodzakelijk is voor het realiseren van het doel en de daaruit voortvloeiende voordelen.<sup>70</sup> Als praktische tip geeft de ACM nog mee dat het vaak doelmatig is een duurzaamheidsinitiatief eerst aan de hand van deze noodzakelijkheidstoets te beoordelen. Beperkingen die niet noodzakelijk zijn, komen niet voor vrijstelling in aanmerking.<sup>71</sup> Bij de voorwaarde dat de duurzaamheidsafpraak niet voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging mag uitschakelen, gaat het eerst om de vraag welk deel van de ondernemingen bij de afspraak is aangesloten. Bovendien is van belang na te gaan wat de invloed is van de duurzaamheidsafpraak op de belangrijkste concurrentieparameters in de desbetreffende productmarkt.<sup>72</sup>

### Ad (3) Beroep op minister

Wanneer de ACM geen ruimte ziet onder de mededingingsregels voor een bepaald initiatief kunnen partijen zich wenden tot de wetgever. Algemene regels die het publieke belang dienen, vallen namelijk niet onder de

59. Leidraad, randnr. 50.

60. Leidraad, randnr. 35.

61. Deze bedrijfskosten kunnen soms laag zijn omdat bepaalde externaliteiten niet zijn meeberekend.

62. Leidraad, randnr. 35.

63. Leidraad, randnr. 36.

64. Leidraad, randnr. 39.

65. Leidraad, randnr. 38.

66. In andere gevallen, waarin niet voldaan is aan de twee zojuist genoemde voorwaarden, blijft wel gelden dat de gebruikers volledig moeten worden gecompenseerd voor de nadelen die zij van de mededingingsbeperking ondervinden. Te denken valt dan bijvoorbeeld aan productnormen of milieustandaarden die op een hoger aspiratieniveau liggen dan de geldende, bindende norm.

67. Leidraad, randnr. 41.

68. Leidraad, randnr. 43-44.

69. Leidraad, randnr. 44.

70. Leidraad, randnr. 55.

71. Leidraad, randnr. 27.

72. Leidraad, randnr. 59.

mededingingsregels.<sup>73</sup> Dit is makkelijk gezegd maar is in de praktijk zelden een begaanbare weg. In de toekomst hebben partijen echter wellicht de mogelijkheid zich te wenden tot de minister van Economische Zaken en Klimaat (EZK).<sup>74</sup> Indien het wetsvoorstel ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven aangenomen wordt, kan de minister, zoals hierboven aangegeven, een algemene maatregel van bestuur vaststellen, waarbij het initiatief bindend wordt en in beginsel niet door de mededingingsregels wordt geregeerd tenzij strijd ontstaat met de Unietrouw. Zoals gezegd is op dit moment nog niet zeker of deze wet er gaat komen.

### Handhaving

Een belangrijk verschil ten opzichte van het beleid van de ACM zoals uiteengezet in haar Visiedocument 2014 betreft handhaving. Ondernemers die in het aangaan van duurzaamheidsafspraken te goeder trouw de Leidraad volgen en hun initiatieven publiek bekend maken, hoeven niet te vrezen voor een boete, zelfs in het geval dat hun afspraken niet toegestaan blijken te zijn.<sup>75</sup> De ACM zal in dergelijk gevallen eerst in overleg treden met de betrokken partijen om te bezien op welke punten de afspraken bijgesteld kunnen worden. Dit verschil is echter niet opvallend omdat het de herziene visie van de ACM in haar prioriteringsbeleid in 2016 weerspiegelt.

## Analyse

De ACM wil, door de verduidelijking van haar visie over welke initiatieven mogelijk zijn, duurzaamheidsinitiatieven aanmoedigen. Dit is wat ons betreft op zichzelf reeds lovenswaardig. Verder zoekt de ACM meer ruimte op binnen het derde lid van artikel 6 Mw en daarmee, indirect, ook van artikel 101 VWEU. Zij verduidelijkt welke voordelen relevant zijn voor de beoordeling en creëert een vermoeden van geldigheid voor bepaalde overeenkomsten. Hierna volgt onze analyse daarvan.

### Status van de Leidraad

Het consultatiedocument is een concept-‘leidraad’. Omdat dit een niet-wettelijk vastomlijnd begrip is, verduidelijkt de ACM op haar website dat een leidraad beoogt ‘een overzicht [te geven] van regelgeving met extra uitleg daarover voor een specifieke groep’.<sup>76</sup> Dat doet de Leidraad; hij beschrijft de mogelijkheden die er zijn in het mededingingsrecht voor ondernemingen om afspraken te maken om de economie en de samenleving duurzamer te maken. Maar de Leidraad doet beslist méér dan dat. De ACM legt namelijk ook uit hoe zij artikel 6 lid 3 Mw en 101 lid 3 VWEU interpreteert in verband met haar bevoegdheid om in een bepaalde situatie al dan niet een boete op te leggen.

73. Leidraad, randnr. 64.

74. Leidraad, randnr. 65.

75. Leidraad, randnr. 62.

76. Aldus de ACM, zie [www.acm.nl/nl/organisatie/miszie-visie-strategie/regelgeving-en-toelichting](http://www.acm.nl/nl/organisatie/miszie-visie-strategie/regelgeving-en-toelichting).

Concreet geeft de ACM aan hoe zij haar bevoegdheid vanaf nu als volgt *anders* zal uitleggen:

- Bij afspraken die bijdragen aan het halen van concrete klimaatdoelen waar de overheid aan is gebonden, mogen de voordelen voor de gehele samenleving meegewogen worden.<sup>77</sup>
- In sommige gevallen is er een vermoeden van geldigheid en is een kwalitatieve onderbouwing van de voor- en nadelen van de duurzaamheidsafspraken voldoende.<sup>78</sup>
- De ACM geeft aan geen boetes op te leggen als duurzaamheidsafspraken bijtijds met de ACM zijn besproken en de ACM geen grote risico’s ziet of als het een publieke samenwerking is waarbij de Leidraad te goeder trouw is gevolgd.<sup>79</sup>

De Leidraad bevat derhalve beleidsregels zoals bedoeld in artikel 1:3 lid 4 Algemene wet bestuursrecht (Awb).<sup>80</sup> De definitieve versie van de Leidraad zal, net als bijvoorbeeld het Visiedocument, waarschijnlijk niet volgens de voorschriften van artikel 3:42 Awb bekend worden gemaakt.<sup>81</sup> Desalniettemin kan dit een onderneming die een beroep doet op deze beleidsregels (bijv. wanneer de ACM zonder goede reden van de Leidraad zou afwijken), gelet op het materiële rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel, niet worden tegenovergeworpen. De Leidraad zal immers op de website van de ACM worden gepubliceerd. Ondernemingen kunnen daar een gerechtvaardigd vertrouwen aan ontleenen.

### Duurzaamheidsafspraken die niet mededingingsbeperkend zijn

In onze inleiding, het ‘verhaal tot nu toe’, maar ook in de literatuur gaat het dikwijls over een spanningsveld tussen duurzaamheidsinitiatieven en de mededingingsregels.<sup>82</sup> Dat een dergelijk spanningsveld bestaat, is natuurlijk juist, maar dit vormt slechts een deel van het verhaal.

Duurzaamheid kan ook een relevante concurrentieparameter zijn. Zoals de ACM terecht opmerkt in het begin van de Leidraad, beschouwen consumenten duurzaamheid vaak als een kwaliteitsverbetering van een product en de beschikbaarheid van duurzame producten ver-

77. Tot nu toe moesten de voordelen voor de gebruikers groter zijn dan de nadelen voor de gebruikers.

78. Dat geldt bijvoorbeeld als bedrijven die de afspraken maken samen een marktaandeel van minder dan 30 procent hebben of wanneer evident is dat de voordelen groter zijn dan de nadelen. Tot nu toe moesten de voor- en nadelen vaak berekend worden.

79. De ACM verwacht wel dat als de afspraken toch niet voldoen aan de concurrentieregels, ze worden aangepast.

80. Onder beleidsregel wordt verstaan: ‘een bij besluit vastgestelde algemene regel, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift, omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan.’ Zie art. 1:3 lid 4 Awb. Voor het zijn van beleidsregel zijn vorm en aanduiding niet beslissend.

81. Bekendmaking van besluiten van algemene strekking van de centrale overheid moet namelijk in de Staatscourant. ACM publiceert haar leidraden echter uitsluitend via haar website. De vorm van de bekendmaking is geen geldigheidsvereiste.

82. Zie bijvoorbeeld J. Mulder, ‘Mededingingswet versus duurzaamheid: het wetsvoorstel algemene gelding als panacee?’, *SEW* 2017, nr. 3.

groot hun keuzemogelijkheden.<sup>83</sup> Investerings in verbeterde productieprocessen die doelmatiger met grondstoffen omgaan, geven niet alleen mededingingsvoordelen voor bedrijven en consumenten, maar zijn ook in het belang van duurzaamheid.<sup>84</sup> In zoverre borgen artikel 6 Mw en 101 VWEU duurzaamheidsbelangen door middel van de bescherming van de vrije mededinging als zodanig.

Om dit te onderschrijven publiceerde de ACM onlangs op haar website de resultaten van een door haar uitgevoerde studie naar de diversiteit en prijs van het aanbod van kippenvlees in de supermarkten.<sup>85</sup> De conclusie van het onderzoek is dat het kippenwelzijn van het huidige assortiment in Nederlandse supermarkten, de minimumeisen van de Kip van Morgen ruim overschrijdt. Verse kip van een snelgroeiend ras ('plofkip') komt nagenoeg niet meer voor in Nederlandse supermarkten.<sup>86</sup> Supermarkten bieden gedifferentieerde niveaus van dierenwelzijn aan, volgens eigen welzijnsconcepten en volgens marktbrede keurmerken in drie niveaus. Consumenten betalen meer voor hogere niveaus van dierenwelzijn.

Deze ontwikkeling suggereert, aldus de ACM, dat de voorgenomen mededingingsbeperkende afspraak niet nodig was om de in 2013 beoogde verbetering in dierenwelzijn te realiseren.<sup>87</sup> Op die conclusie valt mogelijk wel het een en ander af te dingen. Allereerst kan de vraag worden gesteld of de in 2013 beoogde verbetering in dierenwelzijn wel voldoende snel is gerealiseerd. Bovendien is het de vraag (een vraag die niet beantwoord kan worden) hoe de markt eruit zou hebben gezien als het Kip van Morgen-initiatief wel doorgang had gevonden.

Terug naar de Leidraad. Hoofdstuk 4 van de Leidraad<sup>88</sup> zet in feite grotendeels uiteen 'wat we al wisten' (daar is een leidraad ook voor), namelijk dat niet alle (elementen uit) duurzaamheidsafspraken een merkbare beperking van de mededinging vormen. Vervolgens zijn er grensgevallen die mogelijk (vrijwel) geen merkbare gevolgen hebben voor de mededinging. Zeker wanneer betrokken ondernemingen de vrijheid houden op belangrijke andere concurrentieparameters – zoals prijs, kwaliteit en innovatie – is in dergelijke gevallen, zo kan althans worden betoogd, geen sprake van een inbreuk op mededingingswetgeving.<sup>89</sup> Van toegevoegde waarde is wat ons betreft dat de ACM vier concrete categorieën van duurzaamheidsafspraken onderscheidt die in het algemeen niet-mededingingsbeperkend zijn en dus zijn toegestaan. Deze praktische oplossing geeft onderne-

mingen concrete handvatten over wat zonder meer toelaatbaar is.

Wat opvalt, is dat de Leidraad niet ingaat op alternatieve in de literatuur gesuggereerde routes,<sup>90</sup> waaronder de leer van 'inherente beperkingen' vanwege het legitieme belang dat daarmee wordt gediend, de *Wouters*-doctrine en de solidariteitsjurisprudentie naar analogie met *Albany*.

Hoewel begrijpelijk, omdat deze routes vooralsnog onvoldoende zijn uitgekristalliseerd,<sup>91</sup> is dat vanuit een juridisch oogpunt jammer. Met name de toepassing van de leer van de inherente beperkingen – met een afweging onder het eerste lid van artikel 6 Mw – zou een geschikte(re) methode kunnen zijn om duurzaamheidsinitiatieven te beoordelen. Het Hof van Justitie heeft een aantal keer aangenomen dat een mededingingsbeperking aanvaardbaar was vanwege het legitieme publieke belang dat ermee werd gediend.<sup>92</sup> De mededingingsbeperking werd 'inherent' geoordeeld aan dat publieke belang. Hierdoor was het kartelverbod niet van toepassing. In de literatuur is wel gesuggereerd dat deze leer van inherente beperkingen ook kan worden toegepast op duurzaamheidsinitiatieven.<sup>93</sup> Ten aanzien van bepaalde overeenkomsten zou dan bijvoorbeeld het argument kunnen worden gemaakt dat ze subsidiair zijn en ten dienste staan aan het Energieakkoord en het Klimaatakkoord van Parijs. Zo kan de afspraak bijdragen aan de energietransitie waaraan Nederland zich geïnteresseerd heeft.

Een bredere interpretatie van het derde lid ten aanzien van wat als verbetering van technische of economische vooruitgang kwalificeert en wat een billijk deel is voor gebruikers, is dan niet nodig. Dit is het belangrijkste voordeel van een beoordeling onder het eerste lid, omdat hiermee de kern van de problematiek – de discrepantie tussen duurzaamheid en (de economische benadering vanuit het mededingingsrecht van het begrip) (consumenten)welvaart – wordt weggenomen. Toepassing van de leer van de inherente beperkingen zou naar onze mening niet leiden tot 'verkapte' kartelafspraken

83. Leidraad, randnr. 2.

84. Leidraad, randnr. 2.

85. Zie nieuwsbericht van de ACM van 1 september 2020 'Duurzamer kippenvlees ook zonder concurrentiebeperkende afspraken volop in de schappen', zie [www.acm.nl/nl/publicaties/duurzamer-kippenvlees-ook-sonder-concurrentiebeperkende-afspraken-volop-de-schappen](http://www.acm.nl/nl/publicaties/duurzamer-kippenvlees-ook-sonder-concurrentiebeperkende-afspraken-volop-de-schappen).

86. Zie ACM-notitie 'Welzijn kip van nu en 'Kip van Morgen'', beschikbaar via [www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-08/welzijn-kip-van-nu-en-kip-van-morgen.pdf](http://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-08/welzijn-kip-van-nu-en-kip-van-morgen.pdf).

87. Zie ACM-notitie 'Welzijn kip van nu en 'Kip van Morgen''.

88. 'Duurzaamheidsafspraken zonder mededingingsbeperkingen'.

89. Zie in vergelijkbare zin de toelichting bij de Beleidsregel 2016.

90. Zie bijv. G. Monti en J. Mulder, 'Escaping the Clutches of EU Competition Law Pathways to Assess Private Sustainability Initiatives', *ELR* 2017, nr. 5, p. 635-656; E. Loozen, 'Strict Competition Enforcement and Welfare: A Constitutional Perspective Based on Article 101 TFEU and Sustainability', *CMLRev* 2019, nr. 5, p. 1265-1302; Gerbrandy 2017; Gerbrandy 2016.

91. En niet onbelangrijk: de Commissie er daarom nog meer moeite mee zou kunnen hebben.

92. Zie bijv. verwijzingen naar relevante arresten in voetnoot 22 van het Visiedocument 2014.

93. Zo overweegt Gerbrandy 2017, p. 554-555: 'The notion of ancillary restraints arises in circumstances where there is a subsidiary anti-competitive clause, which is necessary and proportional to a broader agreement that is (in itself) not anti-competitive, and as a result the subsidiary clause is not caught by Article 101 (1) TFEU. The case law is not without difficulties, but the following general notion seems uncontested: this doctrine will apply when taking into account the overall legal and economic context of the agreement under scrutiny if the counterfactual (i.e. the situation without the agreement) would lead to less competition. In relation to sustainability agreements, the applicability of the concept is, as far as I am aware, untried; though it has been pointed towards recently in literature.' Gerbrandy, 'Solving a sustainability deficit in European Competition law.'

onder de ‘dekmantel’ van duurzaamheid, omdat naast de noodzaak een legitieme belang aan te tonen, in het *inherent* zijn van de beperking een noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets besloten ligt. Wij zien echter in deze optie wel een gevaar dat de ACM keuzes zou moeten maken die behoren tot het beleid van democratisch gekozen volksvertegenwoordigers, tenzij de toepassing van de doctrine ook beperkt zou worden tot legitieme doelen waaraan Nederland gebonden is als gevolg van (inter)nationale verplichtingen.<sup>94</sup> Alhoewel de Leidraad de leer van de inherente beperking niet faciliteert, sluit hij het ook niet uit.

### De lid 3-toets

Hierna zal worden ingegaan op de vraag hoe de interpretatie van lid 3 door de ACM moet worden geduid binnen de huidige stand van het mededingingsrecht en -beleid.

Eerst nog een opmerking vooraf. In haar bespreking van de lid 3-criteria, merkt de ACM op dat zij de Beleidsregel 2016 volgt ‘voor zover passend binnen het mededingingsrechtelijk kader’. Gelet op het feit dat het onderwerp van de Beleidsregel 2016 de toepassing van de mededingingsregels is, interpreteren wij deze nuancering als een bevestiging dat de ACM nog steeds van mening is dat er geen ruimte is onder de lid 3-toets om rekening te houden met de voordelen van *alle* onderdelen van afspraken als geheel. Waar de leer van de inherente beperking ruimte lijkt te bieden voor een holistische aanpak in de interpretatie van lid 1, biedt lid 3 die ruimte, volgens de ACM, niet.

*(1) Relevante voordelen en de interpretatie door de ACM van wat een billijk aandeel van de voordelen voor gebruikers is*

In de Leidraad merkt de ACM op dat objectieve duurzaamheidsvoordelen in aanmerkingen kunnen worden genomen. Dit zijn niet alleen voordelen voor de gebruikers, maar ook voordelen voor de samenleving in bredere zin.<sup>95</sup>

In een brief van 2016<sup>96</sup> (nog ten aanzien van de Beleidsregel 2016) heeft de Commissie aangegeven dat de toets onder artikel 101 lid 3 VWEU, die natuurlijk ook richtinggevend is voor de beoordeling onder artikel 6 lid 3 Mw, geen ruimte voorziet voor een afweging waarbij de voordelen voor de samenleving als geheel worden meegewogen.

‘EU competition law (...) allows us to take into account sustainability concerns when and to the extent that these also are perceived as benefits in the eyes of the actual consumers in the relevant market (as compared to society as a whole). (...)’

The draft text expressly wants the ACM to take into account the effects on Dutch citizens who do not buy/use the product in question. This is in clear con-

tradition with EU case law and the Commission Guidelines on the application of Article 81(3) (now 101(3)), as previously set out in our letter of November 2013 on this matter.’

De Commissie lijkt daarmee voorbij te gaan aan haar eigen *CECED*-beschikking.<sup>97</sup> In *CECED* hield de Commissie niet alleen rekening met individuele economische voordelen, maar ook met collectieve voordelen voor het milieu. In dit geval ging het om efficiëntieverbeteringen (lagere energiekosten) op een andere markt dan die waarop de mededingingsbeperkende afspraken zien (het aanbod op de markt voor wasmachines werd beperkt).

Dat het ook toegestaan is rekening te houden met voordelen op een andere markt dan die waarop de afspraken zien, wordt tevens bevestigd door de horizontale richtsnoeren van de Commissie.<sup>98</sup> Volgens de Commissie is dat overigens uitsluitend het geval als de markten waarop de mededingingsbeperkende gevolgen en de efficiëntieverbeteringen zich voordoen verwant zijn en de groep gebruikers die de beperking en de efficiëntieverbeteringen ondervinden in wezen dezelfde is.

De ACM heeft tot nu toe de opvatting van de Commissie onderschreven. In haar Visiedocument overwoog zij het volgende:

‘Afspraken kunnen ook aan anderen dan de direct betrokken gebruikers ten goede komen maar de Commissie hanteert als minimumeis dat de voordelen in voldoende mate aan de groep gebruikers die de nadelen van de afspraak dragen ten goede moeten komen om hen voor die nadelen te compenseren. Minimaal geldt dus dat deze consumenten er als gevolg van de afspraak niet op mogen achteruit gaan.’<sup>99</sup>

Het aspect waarop de ACM met haar Leidraad meer ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven lijkt te creëren, is de interpretatie van het ‘billijk deel’ dat aan de gebruikers moet toekomen.

Uit de Leidraad volgt dat als sprake is van een mededingingsbeperkende overeenkomst die een efficiënte bijdrage levert aan een concreet klimaatdoel waar de Staat aan gebonden is, de gebruikers een billijk aandeel krijgen van de milieuvoordelen als hun voordeel gelijk is aan de voordelen die de rest van de samenleving heeft van de maatregelen.<sup>100</sup> De ACM geeft als concreet voorbeeld CO<sub>2</sub>-reductieafspraken.<sup>101</sup> Als ondernemingen in een bepaalde sector bijvoorbeeld gezamenlijk besluiten alleen nog CO<sub>2</sub>-neutrale energie te gebruiken, dan wordt daardoor de uitstoot van broeikasgassen vermindert. Dit is een voordeel dat zowel aan de gebruikers van de betrokken producten als aan de rest van de

94. Zoals opgemerkt met betrekking tot de Leidraad hoeft dit, wat ons betreft, niet beperkt te zijn tot milieugerelateerde verplichtingen.

95. Leidraad, randnr. 29-30.

96. Brief van Laitenberger, eerder aangehaald.

97. Beschikking van de Commissie van 24 januari 1999, zaak nr. IV.F.1/36.718 (*CECED*), *PbEU* 2000, L 187/47.

98. Mededeling van de Commissie, Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *PbEU* 2011, C 11/1.

99. Visiedocument 2014, p. 14.

100. Leidraad, randnr. 40.

101. Leidraad, randnr. 40-41.

Nederlandse samenleving ten goede komt. Hiermee kan de afspraak ook een bijdrage leveren aan het beleidsdoel dat de overheid voor het terugdringen van CO<sub>2</sub>-emissies heeft gesteld. In zulke gevallen hoeven gebruikers dus niet volledig gecompenseerd te worden voor de mededingingsbeperkende nadelen, zoals een prijsverhogend effect.<sup>102</sup>

De ACM noteert dat zij de richtsnoeren van de Commissie als uitgangspunt neemt.<sup>103</sup> Zij ziet echter reden op dit punt van de positie van de Commissie (en ook van haar eigen positie) tot dusver af te wijken.

In haar richtsnoeren inzake artikel 101 lid 3 VWEU<sup>104</sup> overweegt de Commissie immers dat het netto-effect van een overeenkomst ten minste neutraal dient te zijn uit het oogpunt van de gebruikers die rechtstreeks of onrechtstreeks door de overeenkomst geraakt zijn.<sup>105</sup> In vergelijkbare zin noteert de Commissie in haar horizontale richtsnoeren dat gebruikers ‘tenminste gecompenseerd moeten worden voor de beperkende effecten van de overeenkomst’.<sup>106</sup> Het uitgangspunt dat de voordelen de gebruikers minstens moeten compenseren voor de negatieve gevolgen die zij van een afspraak ondervinden, geldt overigens niet voor elke individuele gebruiker afzonderlijk, maar wel voor de totale groep gebruikers op de relevante markt.<sup>107</sup>

Wij menen dat een dergelijk enge interpretatie van de voorwaarde dat een ‘billijk aandeel’ van de voordelen moet worden doorgegeven aan de gebruiker, noch uit het VWEU, noch uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt.

Het gebruik van deze vage, nader te interpreteren formulering in het VWEU en de Mw geeft de Commissie en de ACM een zekere vrijheid van handelen. Door ‘billijk aandeel’ zo te interpreteren dat daarvan onder omstandigheden reeds sprake is als het voordeel voor gebruikers gelijk is aan de voordelen die de rest van de samenleving heeft van de maatregelen, lijkt de ACM de grammaticale grenzen van deze beoordelingsvrijheid niet te overschrijden.

Daarnaast is in de rechtspraak van het Hof van Justitie nooit vastgesteld dat gebruikers altijd en ongeacht de omstandigheden volledig moeten worden gecompenseerd voor de nadelen van de mededingingsbeperkende overeenkomst – zo merkt Martijn Snoep in zijn artikel in deze aflevering van *M&M* overigens terecht op. Uit

de zaken *Consten en Grundig*<sup>108</sup> en *Metro (I)*<sup>109</sup> waar de Commissie in haar richtsnoeren inzake artikel 101 lid 3 VWEU naar verwijst,<sup>110</sup> volgt zulks evenmin.

Tot slot is een argument vóór de wijze waarop de ACM ‘billijk aandeel’ interpreteert, dat uit de structuur van het VWEU volgt dat duurzaamheid moet worden meegenomen in het mededingingsbeleid. De richtsnoeren van de Commissie inzake artikel 101 lid 3 VWEU vermelden niet voor niets dat: ‘doelstellingen die worden nagestreefd met andere Verdragsbepalingen in aanmerking worden genomen in zoverre zij onder de vier voorwaarden van [de derde lid], kunnen worden begrepen.’<sup>111</sup>

Volgens artikel 11 VWEU inzake milieubescherming en duurzaamheid<sup>112</sup> moeten, met het oog op het bevorderen van duurzame ontwikkeling, eisen om het milieu te beschermen geïntegreerd worden in de uitvoering van het beleid en het optreden van de Unie. Verder rechtvaardigt ons inziens artikel 9 VWEU een bredere toepassing van de flexibele interpretatie van ‘billijk aandeel’. Volgens artikel 9 VWEU moet de Unie, wanneer zij haar bevoegdheden uitoefent, rekening houden met:

‘de eisen in verband met de bevordering van een hoog niveau van werkgelegenheid, de waarborgen van een adequate sociale bescherming, de bestrijding van sociale uitsluiting alsmede een hoog niveau van onderwijs, opleiding en bescherming van de volksgezondheid.’

Uiteraard moet de ACM erg terughoudend zijn met het rekening houden met voordelen voor niet-gebruikers, dat wil zeggen de rest van de maatschappij. De ACM kan dan verweten worden aan her distributie van welvaart te doen, hetgeen bij uitstek een taak van de overheid is en waarvoor dus de nodige politieke en democratische legitimatie is vereist die de ACM (wellicht) niet heeft. De ACM heeft daarom duidelijk gemaakt dat het niet haar rol is een beslissing te nemen over wanneer een bepaald maatschappelijk en/of duurzaamheidsdoel meer gewicht zou moeten krijgen dan het doel een concurrerende markt (en consumenten) te beschermen. Wanneer Nederland zich aan bepaalde duurzaamheidsdoelen heeft gecommitteerd, zou de ACM echter kunnen redeneren dat die keuze reeds door een democratisch gelegitimeerde wetgever is gemaakt – zoals zij voor milieu-initiatieven van plan is te doen.

Wij vinden het dan ook zuiver dat de ACM in de Leidraad de uitzondering op het principe dat gebruikers

102. Daarbij geldt wel als voorwaarde dat de afspraak een bijdrage levert aan het bereiken van een beleidsdoel dat is vastgelegd in een internationale of nationale norm waaraan de Nederlandse overheid is gebonden. Bovendien moet die bijdrage efficiënt zijn.

103. Zie Leidraad, randnr. 25.

104. Zie Mededeling van de Commissie, Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, *PbEU* 2004, C 101/97-118, randnr. 85-88.

105. Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, randnr. 85.

106. Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *PbEU* 2011, C 11/01, randnr. 49 (‘Horizontale richtsnoeren’).

107. Horizontale richtsnoeren, randnr. 86-87.

108. HvJ EG 13 juli 1966, gevoegde zaken C-56 en C-58-64, ECLI:EU:C:1966:41 (*Consten en Grundig*).

109. HvJ EG 25 oktober 1977, zaak C-26-76, ECLI:EU:C:1977:167 (*Metro*), r.o. 48.

110. Zie Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, voetnoten 80, 81, 82 en 54.

111. Zie Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, randnr. 42.

112. In die bepaling staat dat ‘de eisen inzake milieubescherming moeten worden geïntegreerd in de omschrijving en uitvoering van het beleid en het optreden van de Unie, in het bijzonder met het oog op het bevorderen van duurzame ontwikkeling’.

gecompenseerd moeten worden voor hun nadeel expliciet beperkt tot afspraken die een efficiënte bijdrage leveren aan de naleving van een (inter)nationale norm waaraan Nederland zich heeft gecommitteerd.<sup>113</sup> Hierdoor blijft de ACM bij haar standpunt dat democratisch gekozen volksvertegenwoordigers het duurzaamheidsbeleid moeten bepalen. De ACM kan dan de mededingingsregels toepassen op een manier die bijdraagt aan politiek beleid, maar gaat zelf niet de mededingingsregels toepassen op een manier waarop zij zelf het beleid bepaalt.

Alles afwegende concluderen wij dan ook dat de ACM met haar Leidraad een intelligente manier heeft gevonden buiten het politieke spectrum te blijven en toch extra ruimte te creëren onder artikel 6 lid 3 Mw. Het (politieke) uitgangspunt dat gebruikers meer profijt dan nadelen dienen te hebben blijft gehandhaafd tenzij sprake is van de naleving van een (inter)nationale (politieke) norm ter voorkoming van milieuschade waaraan de overheid is gebonden.

### (2) Berekening van het voordeel

Ten aanzien van de berekening van het voordeel stelt de ACM in haar Leidraad dat een onderneming die in haar bedrijfsvoering rekening houdt met de echte kosten (*true costs*) voor de productie inclusief de externaliteiten, en maatregelen neemt om de juiste prijzen (*true prices*) daarvoor te betalen (bijvoorbeeld in de vorm van een ‘leefbaar loon’), ook een voordeel vormt in de zin van het derde lid.<sup>114</sup>

Het is interessant dat de ACM *true costs/true prices* als voorbeeld noemt van voordelen voor de samenleving die meegewogen kunnen worden. Tegelijkertijd rijzen bij ons twee vragen: waar zijn de voordelen voor de gebruiker? En hoe kunnen die berekend worden? De ACM stelt dat zulke acties tot een verbetering van het aanbod leiden en dus als voordeel aan de gebruiker ten goede komen. Maar het is niet duidelijk hoe zulke voordelen gewaardeerd moet worden.

Verder vinden wij het positief dat uit de Leidraad volgt dat – in lijn met de Beleidsregel 2016 en het beleid van de Europese Commissie<sup>115</sup> – ook toekomstige effecten mogen worden meegewogen.<sup>116</sup> Ook dit past wat ons betreft prima binnen de beoordelingsvrijheid die artikel 6 lid 3 Mw en 101 lid 3 VWEU met zich brengen. De vraag blijft echter welk gewicht gegeven moet worden aan toekomstige voordelen, ook gezien de kleinere mate van waarschijnlijkheid dat die voordelen zich zullen materialiseren. De Richtsnoeren van de Commissie bevatten bepalingen voor de berekening van de voordelen voor de gebruikers, waarbij aan toekomstige voordelen een lagere waarde wordt toegekend:

‘Bij het uitvoeren van deze beoordeling dient in aanmerking te worden genomen dat de waarde van een toekomstige winst voor gebruikers, niet dezelfde is als

actuele winst voor de gebruikers. De waarde van 100 EUR die vandaag wordt bespaard, is veel groter dan wanneer datzelfde bedrag het jaar nadien wordt bespaard. Winst voor gebruikers in de toekomst is dus geen volledige compensatie voor een actueel verlies van gelijke nominale omvang. Om een behoorlijke vergelijking tussen het huidige verlies voor de gebruikers en de toekomstige winst voor gebruikers mogelijk te maken, dient de waarde van toekomstige winsten voor gebruikers te worden verdisconteerd. Het toegepaste disconteringspercentage dient het (eventuele) inflatiepercentage en de gederfde rente weer te geven, als aanwijzing van de lagere waarde van toekomstige winsten.’<sup>117</sup>

Het is wat ons betreft jammer dat de ACM geen aandacht heeft gegeven aan de vraag hoe toekomstige voordelen voor de gebruiker of de samenleving als geheel meegewogen kunnen worden wanneer de voordelen niet kwantificeerbaar zijn. In dit verband biedt het nieuwe vermoeden van geldigheid in sommige gevallen mogelijk uitkomst.

### (3) Vermoeden van geldigheid: kwalitatieve onderbouwing

Een van de uitdagingen van partijen die een duurzaamheidsinitiatief overwegen, is hoe zij de voordelen daarvan inzichtelijk kunnen maken. Sommige voordelen kunnen gekwantificeerd worden. Andere voordelen, zoals dierenwelzijn, laten zich minder goed in cijfers vangen. Verder is een analyse van de kwantitatieve voordelen vaak heel tijdrovend en kostbaar.

Het is dan in beginsel gunstig dat de ACM ruimte ziet voor een vermoeden van geldigheid ten aanzien van bepaalde duurzaamheidsinitiatieven. In die gevallen zal, volgens de ACM, een kwalitatieve onderbouwing van de voor- en nadelen van de duurzaamheidsafspraken voldoende zijn in plaats van de tot nu toe aangeraden kwantitatieve onderbouwing. Dat geldt bijvoorbeeld wanneer evident is dat de voordelen ‘ruimschoots’ groter zijn dan de nadelen.<sup>118</sup>

Een oprechte vraag is echter wanneer het ‘evident’ is dat de voordelen ruimschoots groter zijn dan de nadelen. De ACM noemt voorbeelden van afspraken waarvan de kosten laag zijn en de voordelen groot. Er is echter veel ruimte voor discussie van wanneer dit het geval is, zeker zonder enige kwantitatieve onderbouwing. Wij zijn van mening dat partijen die gebruik willen maken van dit vermoeden in overleg zouden moeten treden met de ACM. En gelukkig heeft de ACM in de Leidraad aangegeven dat er hiervoor ruimte is.

### Overleg

De ACM staat open voor overleg over de toelaatbaarheid van duurzaamheidsinitiatieven, ook voor initiatieven die al geïmplementeerd zijn. In deze zin wijkt haar aanpak af van de voorwaarden die zij in het algemeen stelt aan informele zienswijzen. De ACM is slechts bereid die te verlenen ten behoeve van voorgenomen

113. Leidraad, randnr. 38.

114. Leidraad, randnr. 35.

115. Richtsnoeren, met name randnr. 43 en 85.

116. Leidraad, randnr. 30.

117. Richtsnoeren, randnr. 88.

118. Leidraad, randnr. 48.

afspraken die nog niet geïmplementeerd zijn. De openheid van de ACM zal onzes inziens een positieve prikkel vormen voor duurzaamheidsinitiatieven maar mogelijk ook tot een fikse extra werklust van de ACM leiden.

### Geen handhaving indien te goeder trouw

Verder kunnen wij ons vinden in het beleidsvoornemen van de ACM in de Leidraad geen boete op te leggen aan gezamenlijke afspraken waarbij duidelijk is dat de bedrijven te goeder trouw de Leidraad hebben gevolgd, maar uiteindelijk toch niet aan alle voorwaarden voldoen.<sup>119</sup> De ACM zal dan eerst vragen om aanpassing van de afspraken. Martijn Snoep reageerde ook in de media over het handhavingsbeleid van de ACM in het kader van duurzaamheid. In *de Volkskrant* vertelde hij het volgende:

‘We hebben gemerkt dat veel bedrijven wel milieuvoordelen denken te kunnen behalen door samen te werken, maar het niet aandurven omdat ze bang zijn voor boetes. Ondernemers willen niet investeren in een ingewikkeld plan als ze denken dat het misschien wordt afgeschoten. Wij zeggen nu: als je te goeder trouw deze nieuwe Leidraad volgt, en je blijkt dan toch niet aan alle regeltjes te voldoen, dan leggen wij geen boete op. In zulke gevallen zullen we zeggen: je moet het plan op dit en dit punt aanpassen. Zo denken wij de vrees voor boetes te kunnen wegnemen. Boetes zijn er voor heimelijk, geniepig afspraken om ons een oor aan te naaien. Als je te goeder trouw bent, krijg je geen boete.’<sup>120</sup>

Dit lijkt ons verenigbaar met de bestuursrechtelijke beginselplicht tot handhaving. Bovendien is er een *fall back*-optie. Mocht een duurzaamheidsafpraak niet in overeenstemming met de mededingingsregels te brengen zijn, dan kunnen de samenwerkende partijen, volgens het wetsvoorstel ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven, (in de toekomst) mogelijk nog gebruik maken van de mogelijkheid via de minister van EZK in het belang van duurzame ontwikkeling hun duurzaamheidsafpraak bij een algemene maatregel van bestuur te laten vaststellen.

De ACM lijkt in dit verband eenzelfde handhavingsbeleid te willen hanteren als zij ten aanzien van haar toezicht op specifieke samenwerkingen in de zorg hanteert.<sup>121</sup> Wij gaan ervan uit dat de ervaringen van de ACM met deze aanpak in de zorg positief zijn.

Of het in de Leidraad uiteengezette handhavingsbeleid tot meer (toelaatbare) duurzaamheidsinitiatieven gaat leiden is moeilijk te voorspellen. Wij zien in dit opzicht weinig verschil in vergelijking met het huidige prioriteitsbeleid van de ACM<sup>122</sup> waarin de ACM aangaf geen boetes op te leggen indien partijen meewerken aan een

oplossing van mededingingsproblemen in verband met duurzaamheidsinitiatieven. Het feit dat dit door de Leidraad weer onder de aandacht wordt gebracht zou echter wel het gewenste stimulerende effect kunnen teweegbrengen: een stimulans voor ondernemingen om samenwerkingen ten behoeve van duurzaamheid aan te gaan.<sup>123</sup>

### Twee bedenkingen/aandachtspunten

Het feit dat de ACM de Leidraad nog enkel ter consultatie heeft voorgelegd waarbij zij input vraagt van *stakeholders* voordat zij de Leidraad gaat finaliseren biedt natuurlijk ook de ruimte een aantal bedenkingen/aandachtspunten te formuleren. Wij denken daarbij met name aan de volgende twee punten.

Allereerst hebben wij conceptueel moeite met het onderscheid dat in de Leidraad wordt gemaakt tussen milieuschade- en ‘overige’ duurzaamheidsafspraken.

De ACM geeft aan dat de reden voor dit onderscheid is gelegen in de evidente externaliteiten bij milieuschadeafspraken, de rol die gebruikers door hun consumptie spelen bij de schade voor de rest van de samenleving (‘de vervuiler betaalt’) en de aanwezigheid van een norm waaraan de overheid is gebonden om de samenleving te beschermen tegen deze externaliteiten.

Hoewel wij appreciëren dat ‘milieu’ heel breed wordt uitgelegd (en mens, milieu en natuur omvat), kunnen we deze redenering niet goed volgen. Overige duurzaamheidsafspraken kunnen in beginsel een efficiënte bijdrage leveren aan de naleving van een (inter)nationale norm ter voorkoming van schade waaraan de overheid is gebonden. Misschien is het zo dat de overheid op dit moment niet aan normen is gebonden die te maken hebben met duurzaamheidsdoelen anders dan milieu. Het was echter mogelijk geweest de Leidraad zo te formuleren dat initiatieven die een efficiënte bijdragen leveren aan toekomstige bindende normen, op dezelfde manier beoordeeld zouden worden als milieugerelateerde initiatieven.

Als gevolg van de focus op milieudoelstellingen zou de beoordeling van de Kip van Morgen niet anders hebben uitgedrukt ook al zouden de voordelen voor de samenleving wel voldoende zijn geweest om de negatieve gevolgen voor de gebruikers te compenseren en ook al zou er sprake zijn geweest van een internationale kippenvleesnorm waaraan Nederland was gebonden. Uit onderzoek bleek immers dat hoewel consumenten de diervriendelijkheid van de Kip van Morgen waarderen, en diervriendelijkheid daarom als een kwalitatieve verbetering van het product kan worden beschouwd, hetgeen consumenten bereid zijn meer voor duurzamer geproduceerd kippenvlees te betalen, niet genoeg is (of was) om hen te compenseren voor het financiële nadeel dat zij van de afspraak ondervinden.

119. Leidraad, randnr. 62.

120. Bron: *de Volkskrant* 8 juli 2020.

121. Zie [www.acm.nl/nl/onderwerpen/zorg/samenwerking-in-de-zorg/samenwerking-tussen-eerstelijns-zorgaanbieders](http://www.acm.nl/nl/onderwerpen/zorg/samenwerking-in-de-zorg/samenwerking-tussen-eerstelijns-zorgaanbieders) en [www.acm.nl/sites/default/files/documents/beleidsregel-acm-juiste-zorg-op-de-juiste-plek-nw.pdf](http://www.acm.nl/sites/default/files/documents/beleidsregel-acm-juiste-zorg-op-de-juiste-plek-nw.pdf).

122. Uitgangspunten 2016.

123. Alhoewel wij er geen informatie over hebben of het handhavingsbeleid in de zorg tot meer samenwerking heeft geleid, merken wij weinig meer van initiatieven als ‘het roer moet om’ waarbij huisartsen een oproep deden aan de politiek om de eerstelijnszorg uit te zonderen van de mededingingsregels. Dit zou een indicatie kunnen zijn dat de eerstelijnszorg zich minder belemmerd voelt door de mededingingsregels.



Wij vragen ons af of de prioritering een keuze is die ingegeven is door de haalbaarheid/het goed houden van de relatie met/de hoe ver kun je gaan-vragen, in de context van de verhouding tussen de ACM en de Commissie. Tot slot vragen wij ons af in hoeverre de Leidraad voldoende rekening houdt met extraterritoriale effecten.

Wij realiseren ons dat de Leidraad zelf geen werking heeft buiten Nederland. Dat doet echter geen afbreuk aan de vraag of ondernemingen niet ook voordelen zouden moeten kunnen inbrengen die zich (gaan) voordoen buiten de Nederlandse samenleving. Kan een dergelijke verbetering ten behoeve van duurzaamheid, die zich primair *buiten* de Nederlandse samenleving voordoet, worden meegewogen? De gebruikers moeten immers nog steeds een billijk deel ontvangen. Het zou nuttig zijn als de ACM daar in de Leidraad aandacht aan zou besteden.

Bovendien moeten ondernemingen ook rekening houden met het beleid van de Europese Commissie en buitenlandse mededingingsautoriteiten indien hun afspraken een grensoverschrijdend effect zouden kunnen hebben. Dit zal de praktische toepasbaarheid van de Leidraad mogelijk beperken. Het feit dat ondernemingen rekening moeten houden met de Europese regels en de Commissie is een van de redenen waarom de Raad van State heel kritisch is geweest met betrekking tot het wetsvoorstel voor duurzaamheidsinitiatieven. De Raad van State neemt het standpunt in dat voor het spanningsveld tussen duurzaamheidsinitiatieven en de mededingingsregels een Europese oplossing moet worden gevonden. In praktische zin zou de Commissie daarvoor het voortouw moeten nemen.

## Tot slot

De ACM heeft de Leidraad tot 1 oktober 2020 ter consultatie voorgelegd aan nationale en internationale belangengroepen, bedrijven, wetenschappers, overheden en belangstellenden. De ACM publiceert na de consultatie een (kort) consultatierapport met een samenvatting van de reacties en daarbij geeft zij aan hoe ze de reacties heeft betrokken bij de afronding van de uiteindelijke leidraad.

Wil de Leidraad zijn doel bereiken van een aanmoediging van duurzaamheidsinitiatieven, dan is het wat ons betreft essentieel dat de Commissie de interpretatie in de Leidraad van artikel 101 lid 3 VWEU en het Nederlandse equivalent daarvan onderschrijft en 'overneemt'. De ACM kan immers niet eenzijdig artikelen 101 lid 3 VWEU en 6 lid 3 Mw herinterpreteren zonder dat de Commissie deze bepalingen op gelijke wijze duidt.

Voor artikel 101 VWEU spreekt dat voor zich. Voor artikel 6 Mw is dat ook helder voor zover sprake is van beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten waardoor artikel 101 VWEU tevens van toepassing is. Dan volgt

uit artikel 3 lid 2 Verordening (EG) 1/2003<sup>124</sup> dat de toepassing van artikel 6 Mw niet mag leiden tot afwijkingen van artikel 101 VWEU. Maar ook in de situatie dat uitsluitend artikel 6 Mw van toepassing is, volgt uit de memorie van toelichting bij de Mw het uitgangspunt dat de Mw niet strenger en niet soepeler is dan de EU-mededingingsregels.<sup>125</sup> Dit uitgangspunt lijkt ook te gelden als er geen sprake is van de beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten.

Het is dan ook van groot belang dat de ACM haar Leidraad afgestemd krijgt met de Commissie. Gelet op het huidige tijdsgewricht waarin ook de Commissie een duidelijke duurzaamheidskoers vaart, is de kans daarop groter dan ooit tevoren.

Een eerste positief signaal vanuit Brussel is dat de Commissie op dezelfde dag van de publicatie van de Leidraad haar steun heeft uitgesproken voor de doelstelling van de ACM om duidelijkheid te bieden over wat wel en niet is toegestaan, specifiek op het gebied van milieuge-relateerde initiatieven.<sup>126</sup> Interessant is hier dat ook de Commissie duurzaamheid op haar agenda heeft staan in verband met haar herijking van de richtlijnen en richtsnoeren over horizontale afspraken.<sup>127</sup> Hier ligt natuurlijk een belangrijke rol voor Nederland/de ACM om de Commissie (achter de schermen) op dezelfde lijn te krijgen. Dat zal een uitdaging zijn. Alhoewel de Commissie heeft aangegeven bereid te zijn in gesprek te gaan met bedrijven over duurzaamheidsinitiatieven<sup>128</sup> heeft zij ook aangegeven dat er in deze tijden geen reden is de regels te verzachten. De Commissie heeft aangegeven dat de noodzaak voor concurrentie op het gebied van duurzaamheid alleen maar groter is geworden. Er is dus nog werk aan de winkel voor de ACM.

124. Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *PbEU* 2003, L 1/1-25.

125. *Kamerstukken II* 1995/96, 24707, nr. 3 (MvT), p. 10.

126. Zie <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/news.html>.

127. Zie <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/news.html>.

128. Zie uitspraak van Olivier Guersent op <https://app.parr-lobal.com/intelligence/view/intelcms-v372tj>.