

Leidraad Duurzaamheidsafspraken: een stap in de goede richting?

De (on)mogelijkheden binnen het mededingingsrecht op het gebied van duurzaamheidsafspraken volgens de Autoriteit Consument & Markt en de Europese Commissie. Wie heeft gelijk?

Mr. A.A. Koeman en prof. mr. N.S.J. Koeman*

De Leidraad Duurzaamheidsafspraken van de Autoriteit Consument & Markt is op 21 januari 2021 gepresenteerd en zal nu gebruikt worden in de discussies met de Europese Commissie over het onderwerp mededinging en duurzaamheid. In dit artikel worden de inhoud van de Leidraad Duurzaamheidsafspraken en de visie van de Europese Commissie op duurzaamheidsafspraken besproken. Door het artikel heen geven de auteurs hun mening over de verschillen tussen beide visies en of hiermee de bestaande problemen worden opgelost.¹

Autoriteit Consument & Markt, Leidraad Duurzaamheidsafspraken, 26 januari 2021, www.acm.nl/nl/publicaties/leidraad-duurzaamheidsafspraken-gereed-voor-verdere-europese-afstemming.

Inleiding

Problematiek

Al sinds jaar en dag kijkt het mededingingsrecht kritisch naar afspraken die tussen bedrijven onderling worden gemaakt. Leiden die afspraken niet tot een beperking van de mededinging en daarmee tot nadeel van de consumentenwelvaart? Is er eigenlijk geen sprake van een verboden kartelafpraak? Bij duurzaamheidsafspraken

tussen ondernemingen speelt deze problematiek ook. De Autoriteit Consument & Markt (ACM) tracht met de huidige concept-Leidraad Duurzaamheidsafspraken (de Leidraad) deze problematiek aan te pakken door meer duidelijkheid te geven over welke duurzaamheidsafspraken toegestaan zijn onder het mededingingsrecht en welke niet.

Juridisch kader

Artikel 6 Mededingingswet (Mw) verbiedt overeenkomsten tussen ondernemingen en besluiten van ondernemersverenigingen die ertoe strekken of het gevolg hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Artikel 101 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU) kent een vergelijkbare bepaling maar dan op Europees niveau, waarbij ook wordt onderzocht of de handel tussen de lidstaten ongunstig wordt beïnvloed en wordt gekeken naar de gevolgen op de mededinging binnen de interne markt. Het derde lid van artikel 6 Mw maakt onder bepaalde voorwaarden uitzonderingen mogelijk voor overeenkomsten die bijdragen tot verbetering van de productie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang. Hiervoor dient aan vier cumulatieve voorwaarden te worden voldaan, namelijk: (1) de overeenkomst draagt bij tot verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang, (2) een billijk aandeel in de uit overeenkomst voortvloeiende voordelen komt de gebruikers ten goede, (3) de overeenkomst legt geen beperkingen op die voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn en (4) de mededinging op de markt wordt door de overeenkomst niet uitgeschakeld. Het derde lid van artikel 101 VWEU is vrijwel gelijklopend.

* Mr. A.A. (Arnout) Koeman is advocaat bij Scott+Scott in Amsterdam. Prof. mr. N.S.J. (Niels) Koeman is emeritus hoogleraar milieurecht aan de Universiteit van Amsterdam. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven.

1 Zie bijvoorbeeld ook in ditzelfde tijdschrift: A. Gerbrandy, 'Duurzaamheidsbelangen in het mededingingsrecht. De positie van ACM ten opzichte van het Hof van Justitie en de Europese Commissie', *NtEr* 2013/9 en E.H. Pijnacker Hordijk, 'Duurzaamheidsbelangen in het mededingingsrecht. De positie van ACM ten opzichte van het Hof van Justitie en de Europese Commissie', *NtEr* 2013/6.

Het zal duidelijk zijn dat niet elke duurzaamheidsafpraak² tussen ondernemingen in strijd is met artikel 6 lid 1 Mw of artikel 101 lid 1 VWEU. Als bijvoorbeeld energieproducenten afspraken maken over een brede voorlichtingscampagne met betrekking tot de energietransitie/besparing, dan is de mededinging in Nederland of in Europa niet in het geding en bestaat er geen twijfel over de geldigheid van een dergelijke overeenkomst. Gaat een overeenkomst echter verder (bijvoorbeeld over het beperken van de productiecapaciteit van energiecentrales), dan komt men al snel op een mededingingsrechtelijk gevaarlijk terrein. Wie afspraken over duurzaamheid op zijn effecten analyseert, moet vaak constateren dat die afspraken de mededinging beperken en daarmee in strijd lijken te komen met artikel 6 lid 1 Mw of artikel 101 lid 1 VWEU.³

Beschikkingspraktijk van de ACM

Deze problematiek komt het best naar voren in de casus van het SER Energieakkoord uit 2013. In dat akkoord⁴ was afgesproken dat vijf verouderde en dus relatief sterk vervuilende kolencentrales gesloten zouden worden met als doel om onder meer CO₂-emissies te verminderen. Dit was een afspraak tussen bedrijven over de te produceren hoeveelheid (goedkope) elektriciteit en de inzet van productiecapaciteit. Dit was dus een mededingingsbeperkende afspraak. De effecten van die afspraak leidden niet tot eenvoudig op geld waardeerbare voordelen voor de consumentenwelvaart. De ACM berekende de waarde van de te verwachten milieuwinst (de beperking in de CO₂-emissie) op basis van het *Emissions Trading System* en woog deze winst af tegen de verwachte prijsstijging. De ACM constateerde dat per saldo geen sprake was van welvaartsvoordelen. Daarmee kon ook een beroep op de uitzondering van artikel 6 lid 3 Mw niet slagen.⁵ Dit onderdeel van het SER Energieakkoord was dus in strijd met het mededingingsrecht.⁶

Een ander berucht voorbeeld is de 'Kip van Morgen' uit 2015. De 'Kip van Morgen' betrof een afspraak tussen de pluimvee-sector, de kippenvleesverwerkers en de grote supermarktketens met als doel het bevorderen van dierenwelzijn en milieu. Die afspraken betroffen de productie van kippenvlees en beoogden de 'plofkip' in 2020 volledig te doen vervangen. De ACM constateerde onder meer dat de afspraken (ook) over de inkoopvoorwaarden van supermarkten gingen omdat de betreffende supermarktketens hun inkoopvoorwaarden zodanig zouden aanpassen dat zij alleen kippenvleesproducten zouden inkopen die aan de afgesproken kenmerken (over groeitempo, huisvesting, vermindering van antibiotica-gebruik, voeding e.d.) voldoen. De ACM constateerde dat

deze duurzaamheidsafspraken een beperking van de concurrentie opleverden op de markten voor de verkoop van kippenvlees aan consumenten en daarmee in strijd waren met het kartelverbod. De afspraken vielen naar het oordeel van de ACM niet onder de uitzondering van het derde lid, omdat de duurzaamheidsafspraken netto geen voordelen voor de consumentenwelvaart opleverden.^{7, 8}

Voorgeschiedenis van de Leidraad

Om de problematiek zoals hierboven beschreven en tot uiting gekomen in de uitspraken van de ACM inzake het SER Energieakkoord en de Kip van Morgen op te lossen, probeert de ACM samen met het ministerie van Economische Zaken en Klimaat (EZK) en in overleg met de Europese Commissie (Commissie) sinds enkele jaren de praktijk handvatten te geven.

Zo publiceerde de minister van Economische Zaken in 2014 een korte beleidsregel voor mededinging en duurzaamheid.⁹ Daarin werd, kort gezegd, uitgelegd welke voorwaarden de ACM in acht zou (moeten) nemen bij de beoordeling van de vraag of duurzaamheidsinitiatieven voldoen aan de voorwaarden voor een vrijstelling. Tegelijkertijd publiceerde de ACM haar Visiedocument Mededinging en Duurzaamheid¹⁰ waarin een toelichting werd gegeven op de visie van de ACM op duurzaamheidsafspraken. Dit visiedocument is in feite de voorloper van de Leidraad die in dit artikel centraal staat. De minister vond het in 2016 noodzakelijk om een nieuwe beleidsregel¹¹ op te stellen (Beleidsregel 2016). Tijdens de consultatieperiode van de concept-Beleidsregel 2016 uitte de Commissie felle kritiek op de beleidsregel: de Commissie vond dat de uitzondering van artikel 101 lid 3 VWEU (dat wil zeggen art. 6 lid 3 Mw) werd opgegrekt door niet alleen de voordelen van de directe gebruikers of gebruikers op een specifieke markt mee te wegen, maar ook voordelen voor de gehele maatschappij.^{12, 13} In reactie daarop is de Beleidsregel 2016 aangepast conform de lijn van de Commissie. Aangezien deze kritiek voor de huidige Leidraad weer actueel is, gaan wij hier nog verder op in. Bovendien begon de minister de voorbereiding van het Wetsvoorstel ruimte voor duurzaam-

2 Voor de volledigheid: in dit artikel bedoelen wij met 'afpraak' tevens een besluit van een ondernemingsvereniging.

3 N.S.J. Koeman & A.A. Koeman, 'Klimaatbeleid en Mededinging', *NJB* 2016, afl. 33, p. 2373.

4 Te vinden op www.energieakkoordser.nl.

5 Zie ook www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/12033/Notitie-ACM-over-sluiting-5-kolencentrales-in-SER-Energieakkoord/.

6 Alleen de sluiting van de vijf kolencentrales is ter beoordeling voorgelegd aan de ACM, de overige onderdelen van het SER Energieakkoord heeft de ACM niet beoordeeld.

7 Zie voor een uitgebreide analyse van de Kip van Morgen en het standpunt van de ACM J. Mulder, 'Een duurzame maatschappij, wat mag dat kosten?', *NJB* 2015, afl. 28, p. 1912-1920.

8 Zie ook www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13760/Afspraken-Kip-van-Morgen-beperken-concurrentie/.

9 Besluit van de Minister van Economische Zaken van 6 mei 2014 (*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.

10 ACM, 'Visiedocument Mededinging en Duurzaamheid', 9 mei 2014, www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/12930/Visiedocument-mededinging-en-duurzaamheid.

11 Beleidsregel van de Minister van Economische Zaken van 30 september 2016 (*Stcrt.* 2016, 52945).

12 Art. 2 onder a en b concept-Beleidsregel 2016. Zie tevens par. 3.2 en 3.3 van de toelichting bij de concept-Beleidsregel 2016.

13 Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 30196, nr. 463, bijlage (brief van 26 februari 2016 van de Directeur-Generaal van de DG Mededinging van de Europese Commissie aan de S-G van het Ministerie van EZK).

heidsinitiatieven.¹⁴ Dit wetsvoorstel zullen wij in dit artikel niet verder inhoudelijk behandelen.

Na 2016 bleef het stil vanuit de ACM op het gebied van duurzaamheidsafspraken en het mededingingsrecht. Op 9 juli 2020 werd de concept-Leidraad gepresenteerd. De consultatie van de Leidraad werd op 1 oktober 2020 afgerond, waardoor het onderwerp weer op de agenda van de ACM stond. Het finale concept van de Leidraad werd in januari 2021 door de ACM gepresenteerd.¹⁵ Aangezien dit onderwerp verweven is met het Europese mededingingsrecht wil de ACM de Leidraad gebruiken om de discussie met de Commissie (en andere mededingingsautoriteiten) aan te gaan. Dat dit nog wel een pittige discussie zal worden, wordt hierna besproken. De visie van de ACM op de uitzondering van artikel 101 lid 3 VWEU/artikel 6 Mw verschilt namelijk van de visie van de Commissie.

De Leidraad – visie van de ACM

De Leidraad geeft ondernemingen uitleg over drie mogelijkheden om duurzaamheidsafspraken te toetsen aan het mededingingsrecht. Ten eerste de mogelijkheid dat duurzaamheidsafspraken niet onder het mededingingsrecht vallen. Ten tweede de mogelijkheid van de wettelijke vrijstelling van het kartelverbod op grond van artikel 6 lid 3 Mw. Ten derde de (toekomstige) mogelijkheid om duurzaamheidsafspraken onder de komende Wet ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven te laten vallen. Wat betreft de eerste mogelijkheid bespreekt de ACM vier categorieën toegestane duurzaamheidsafspraken.¹⁶ Dergelijke afspraken zijn niet mededingingsbeperkend en zouden überhaupt niet onder het kartelverbod vallen. Het is prettig dat de ACM deze afspraken expliciet in de Leidraad benoemt en hierbij toelichting geeft. Het Visiedocument 2014 bood deze duidelijkheid niet. Dit geeft ondernemingen die minder bekend zijn met het mededingingsrecht duidelijke richtsnoeren in wat toegestaan is en wat niet. Het gaat hierbij om de volgende categorieën. Om te beginnen afspraken die ondernemingen stimuleren een positieve bijdrage aan een duurzaamheidsdoel te leveren zonder dat dit een verplichtend karakter heeft voor de deelnemende ondernemingen. Een voorbeeld hiervan is een gezamenlijke intentie van een sector met betrekking tot ambities op het ge-

bied van duurzaamheidsdoelen. Hierbij bepalen de individuele ondernemingen zelf hoe zij de doelen zullen realiseren en hoeveel zij daaraan bijdragen.

De tweede categorie betreft codes voor milieu- of klimaatbewust marktgedrag. Deze afspraken gaan vaak gepaard met gezamenlijke standaarden, labels of keurmerken voor het gebruik van grondstoffen en dergelijke. Een voorbeeld is het FSC-keurmerk voor duurzaam hout of het ASC-keurmerk voor duurzame vis. Hierbij geldt wel dat de voorwaarden voor deelname transparant dienen te zijn en dat aansluiting bij het keurmerk moet worden verkregen op basis van redelijke en non-discriminatoire voorwaarden.¹⁷

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 moeten dan wel geen merkbare invloed hebben op de prijs en/of diversiteit in het productaanbod. Een voorbeeld hiervan zijn afspraken om bepaalde typen verpakkingen niet langer te gebruiken.

De vierde categorie betreft initiatieven waarbij nieuwe producten of markten worden gecreëerd en waarbij een gezamenlijk initiatief noodzakelijk is om over voldoende productiemiddelen te beschikken of om voldoende schaal te bereiken.

Voor de volledigheid benoemt de ACM in de Leidraad (naar aanleiding van meerdere consultatiereacties) ook nog de leer van de inherente beperkingen.¹⁸ Deze leer komt er kort gezegd op neer dat in de eerste plaats rekening dient te worden gehouden met de algemene context van de mededingingsbeperkende afspraak en in het bijzonder de doelstelling daarvan. Vervolgens moet worden onderzocht of de daaruit voortvloeiende beperkende gevolgen voor de mededinging inherent zijn aan deze nagestreefde doeleinden. Ten slotte mag de mededingingsbeperking niet verder gaan dan noodzakelijk voor het bereiken van die doelstellingen. Indien aan deze voorwaarden wordt voldaan, valt de mededingingsbeperking niet onder het kartelverbod.¹⁹ Het Visiedocument Mededinging en Duurzaamheid uit 2014 bevatte ook al een verwijzing naar deze leer. Helaas vindt de ACM het leerstuk zeven jaar later nog altijd niet voldoende uitgekristalliseerd voor een verruiming van de mogelijkheden.

Wat betreft de tweede mogelijkheid (vrijstelling van het kartelverbod), bespreekt de ACM de vier cumulatieve voorwaarden van artikel 6 lid 3 Mw zoals die zullen worden toegepast in het kader van duurzaamheidsafspraken.²⁰

De eerste voorwaarde gaat over de voordelen die uit duurzaamheidsafspraken kunnen voortvloeien. Hierbij legt de ACM uit dat dit niet alleen voordelen betreft die waardevol zijn voor de gebruikers maar in het algemeen

14 Hoewel inmiddels, na forse kritiek van de Afdeling Advisering van de Raad van State, op 4 juli 2019 het wetsvoorstel bij de Tweede Kamer is ingediend, ligt de behandeling ervan stil. Uit het regeerakkoord van Rutte IV volgt dat de regering met het wetsvoorstel nog altijd een uitzondering op het mededingingsrecht wenst te maken.

15 ACM, '2e concept: Leidraad Duurzaamheidsafspraken Mogelijkheden binnen het mededingingsrecht', 26 januari 2021, www.acm.nl/nl/publicaties/2e-concept-leidraad-duurzaamheidsafspraken-mogelijkheden-binnen-het-mededingingsrecht. Zie ook: ACM, 'Begeleidende notitie bij de tweede concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken, mogelijkheden binnen het mededingingsrecht', 26 januari 2021, www.acm.nl/nl/publicaties/2e-concept-leidraad-duurzaamheidsafspraken-mogelijkheden-binnen-het-mededingingsrecht.

16 Leidraad, hfdst. 4 (randnr. 16-29).

17 Zie ook de 'ACM Leidraad Samenwerking tussen concurrenten', par. 3.3 en randnr. 42, www.acm.nl/nl/publicaties/leidraad-samenwerking-tussen-concurrenten.

18 HvJ 19 februari 2002, C-309/99, ECLI:NL:C:2002:98 (Wouters).

19 Koeman & Koeman 2016, p. 2374.

20 Leidraad, hfdst. 5 (randnr. 30-69).

ook voor (delen van) de samenleving in bredere zin. Duurzaamheidsvoordelen houden vaak verband met factoren die niet in de bedrijfskosten zijn opgenomen maar die wel kosten voor de samenleving representeren (zogenoemde negatieve externaliteiten). Het verminderen van dergelijke externaliteiten kan een voordeel zijn voor de samenleving als geheel. De voordelen moeten zo concreet mogelijk worden beschreven en er moet worden aangegeven in welke mate er (duurzaamheids)voordelen te verwachten zijn. Bijvoorbeeld een verlaging van x ton CO₂ binnen vier jaar.

De tweede voorwaarde is de vraag of een billijk deel van de voordelen aan de gebruikers ten goede komt. Aan deze voorwaarde wordt de meeste tekst in de Leidraad besteed. Om te beginnen onderscheidt de ACM (1) milieuschadeafspraken en (2) overige duurzaamheidsafspraken. Milieuschadeafspraken zijn afspraken die zich richten op het verbeteren van productieprocessen die schade veroorzaken voor mens, milieu en natuur (bijvoorbeeld afspraken tot het reduceren van uitstoot). De Leidraad gaat ervan uit dat wanneer ondernemingen door samen te werken milieuschade verminderen, zij een efficiëntievoordeel genereren (en dus aan de eerste voorwaarde voldaan wordt). Binnen de tweede categorie, dus de overige duurzaamheidsafspraken, vallen bijvoorbeeld afspraken over arbeidsomstandigheden in lageloonlanden. Vervolgens gebruikt de ACM dit onderscheid om de kring van gebruikers te bepalen. De Commissie (en de ACM tot nu toe) heeft als algemene lijn dat de voordelen moeten toevallen aan de huidige en toekomstige gebruikers van de producten die onderwerp zijn van een afspraak en dat deze gebruikers volledig gecompenseerd dienen te worden. De ACM lijkt nu echter dezelfde lijn te willen volgen als de minister met de (concept-)Beleidsregel 2016. Voor milieuschadeafspraken wil de ACM namelijk afwijken van deze hoofdregel (en de kring van gebruikers uitbreiden) en tevens de voordelen voor de samenleving als *geheel* meewegen. Hierdoor zouden gebruikers dus niet volledig gecompenseerd behoeven te worden. Hiervoor moet aan twee cumulatieve voorwaarden worden 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 internationale of nationale norm ter voorkoming van milieuschade waaraan de overheid is gebonden (bijvoorbeeld het akkoord van Parijs). Voor overige duurzaamheidsafspraken blijft het algemene vereiste gelden dat de gebruikers volledig gecompenseerd dienen te worden voor de nadelen die zij van een mededingingsbeperking ondervinden en kunnen voordelen voor de samenleving als geheel niet meegerekend worden.

Het tweede punt is de vraag of bij de afweging van de voordelen en de nadelen deze wel of niet gekwantificeerd dient te worden. Bij een kwantitatieve afweging moeten de voor- en nadelen van een afspraak volgens de ACM onder één noemer worden gebracht door deze op geld te waarderen, bijvoorbeeld afweging van de extra kosten van een nieuw apparaat tegenover de besparing van de energiekosten door de consument. De ACM geeft

in de Leidraad aan dat er voor bepaalde duurzaamheidsafspraken geen kwantificering vereist is. Ten eerste hoeft een afspraak waarbij de deelnemende ondernemingen een gezamenlijk marktaandeel van minder dan 30% bezitten, niet gekwantificeerd te worden en voldoet een kwalitatieve afweging.²¹ Vanzelfsprekend dient wel te worden aangetoond dat de afspraak gericht is op bepaalde duurzaamheidsbelangen en dat in dit opzicht redelijkerwijs ook reële voordelen mogen worden verwacht. Ten tweede hoeft de categorie afspraken waar het al voldoende duidelijk is dat de voordelen opwegen tegen de nadelen niet gekwantificeerd te worden. De ACM noemt als voorbeeld afspraken die slechts tot een beperkte prijsstijging zullen leiden, terwijl het evident is dat er grote voordelen voor de gebruikers tegenover staan. In dat geval is een kwalitatieve afweging eveneens voldoende. In dat geval constateert de ACM, zonder kwantitatief onderzoek, dat een afspraak grote (milieu)voordelen met zich meebrengt. In andere gevallen dient er wel een kwantitatieve afweging te worden gemaakt waarbij de voor- en nadelen van een duurzaamheidsinitiatief zo goed mogelijk in kaart worden gebracht en op geld worden gewaardeerd. Dit zijn kengetallen die de schade van onder meer milieuvervuilende emissies en broeikasgassen laten zien. Zoals gezegd maakt de ACM onderscheid tussen milieuschadeafspraken en overige duurzaamheidsafspraken. De ACM heeft in het kader van de kwantitatieve afweging aangegeven welke onderzoeksmethoden gebruikt kunnen worden om duurzaamheidsafspraken kwantitatief af te wegen. Voorbeelden hiervan zijn 'milieuprijzen' (ook wel bekend als 'schaduwrijzen') in combinatie met maatschappelijk kosten-batenanalyses (MKBA's) en betalingsbereidheidsonderzoeken.

De derde voorwaarde is de noodzakelijkheidseis die inhoudt dat de duurzaamheidsafpraak redelijkerwijs noodzakelijk is voor het realiseren van het doel en de daaruit voortvloeiende voordelen. Bij deze voorwaarde, die bij duurzaamheidsafspraken op de gebruikelijke wijze door de ACM toegepast zal worden, zullen deelnemende ondernemingen aannemelijk moeten maken dat er realistisch gezien geen andere, minder mededingingsbeperkende mogelijkheid is om hetzelfde doel te bereiken. Ook mag de duurzaamheidsafpraak geen onnodige mededingingsbeperkingen bevatten.

De vierde en laatste voorwaarde van artikel 6 lid 3 Mw betreft de vraag of er nog voldoende concurrentie op de markt overblijft. Kortom, welk deel van de ondernemingen op de markt bij de afspraak is aangesloten? Volgens de ACM blijft er voldoende concurrentie over indien de betrokken marktpartijen op belangrijke concurrentieparameters met elkaar blijven concurreren.

Wat betreft de derde mogelijkheid, bespreekt de ACM in de Leidraad het Wetsvoorstel ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven. Volgens dit wetsvoorstel kunnen partijen in de toekomst een duurzaamheidsinitiatief voor-

21 Vergelijkbare marktaandeeldrempels worden ook gebruikt bij de toetsing van verticale of horizontale overeenkomsten op grond van zogenoemde groepsvrijstellingsverordeningen.

leggen aan de minister van EZK. De minister kan vervolgens besluiten om een maatregel te nemen waarmee een duurzaamheidsinitiatief wettelijk bindend wordt voor de hele sector.²²

De visie van de Commissie

Het laatste decennium had de Commissie weinig aandacht voor duurzaamheidsafspraken in het mededingingsrecht. In de Horizontale Richtsnoeren van de Commissie uit 2001²³ (de 2001 Richtsnoeren) stond nog een hoofdstuk opgenomen over ‘overeenkomsten inzake milieu’. In dit hoofdstuk werd besproken hoe overeenkomsten inzake milieu vrijgesteld konden worden van het kartelverbod. De methode die toen werd gebruikt, is vergelijkbaar met de methode uit de Leidraad. Om te beginnen wordt de mogelijkheid genoemd dat milieuovereenkomsten überhaupt niet onder het kartelverbod vallen en vervolgens een uitleg gegeven op grond van de voorwaarden uit artikel 101 lid 3 VWEU (die identiek zijn aan de voorwaarden uit art. 6 lid 3 Mw). Helaas bevatten de huidige Horizontale Richtsnoeren, die de 2001 Richtsnoeren in 2011 vervingen (de Huidige Richtsnoeren), geen enkele inhoudelijke behandeling van ‘milieuovereenkomsten’ of ‘duurzaamheidsafspraken’.²⁴ Gelukkig is de houding van de Commissie de laatste twee jaar veranderd met de presentatie van de Green Deal. Dit initiatief om Europa in 2050 klimaatneutraal te maken werd in 2019 gepresenteerd. Een gevolg hiervan is dat de Commissie zichzelf ook meer druk heeft opgelegd om op alle gebieden duurzaamheid aandacht te geven, dus ook het mededingingsrecht. Dit bleek al uit het persbericht dat de Commissie publiceerde op de dag dat de ACM de Leidraad voor consultatie presenteerde, waarin de Commissie aangaf dat zij de ACM volledig steunt in de noodzaak om duidelijke mededingingsrechtelijke richtsnoeren te hebben op het gebied van overeenkomsten gericht op de vermindering van broeikasgassen. Tevens is toen bekendgemaakt dat de Commissie duurzaamheidsafspraken onderdeel heeft gemaakt van de beoordeling van de huidige horizontale vrijstellingsverordening die zal verlopen op 31 december 2022.²⁵ Hiermee zouden de Huidige Richtsnoeren, die uitleg geven over deze vrijstellingsverordening, mogelijk toch weer vervangen kunnen worden door hori-

zontale richtsnoeren met een hoofdstuk dat betrekking heeft op duurzaamheidsafspraken. Bij een recente publicatie van de Commissie over de beoordeling van de vrijstellingsverordening kwam naar voren dat duurzaamheid (naast digitalisering) een van de gebieden was waarvan de effectiviteit kan worden verbeterd en waarvan meer rechtszekerheid kan worden gegeven (bijvoorbeeld door weer een apart hoofdstuk voor duurzaamheidsafspraken in de toekomstige horizontale richtsnoeren op te nemen).²⁶

De Commissie heeft echter ook nog de Richtsnoeren met betrekking tot de toepassing van artikel 101 lid 3 VWEU (de 101 lid 3 Richtsnoeren) die in dit kader relevant kunnen zijn.²⁷ De 101 lid 3 Richtsnoeren volgen grotendeels de uitleg zoals hierboven gegeven door de ACM in de Leidraad. Het eerste principiële verschil ten opzichte van de Leidraad is dat de Commissie van mening is dat het begrip ‘billijk aandeel’ uit artikel 101 lid 3 VWEU inhoudt dat de gebruikers volledig gecompenseerd worden voor eventuele daadwerkelijke of te verwachten negatieve gevolgen die zij ondervinden van de beperking van de mededinging.²⁸ Tevens is de Commissie van mening dat voordelen van andere/verwante markten alleen mogen worden meegenomen als de gebruikers die geraakt worden door de mededingingsbeperking dezelfde groep gebruikers is die profiteert van de efficiëntievoordelen.²⁹

Vooral het standpunt met betrekking tot ‘billijk aandeel’ kan nog een zware dobber worden voor de ACM. De Commissie zal, als hoedster van de EU-verdragen, waarschijnlijk vraagtekens zetten bij deze interpretatie van het Europese recht. De ACM (en de Nederlandse overheid als geheel) dient de Nederlandse wet uit te voeren in overeenstemming met de Europese wetten en verdragen. Indien dit niet het geval is, kan de Commissie een onderzoek beginnen waarbij boetes kunnen worden opgelegd. De Leidraad stelt dat, in het geval van zogenoemde milieuschadeafspraken, gebruikers niet volledig voor de nadelen van de mededingingsbeperking hoeven te worden gecompenseerd wanneer er aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan. Er mag dan rekening worden gehouden met voordelen buiten de kring van gebruikers. In dergelijke gevallen kan het billijk zijn dat de gebruikers niet volledig worden gecompenseerd voor de nadelen van de afspraak omdat hun vraag naar de producten in kwestie in wezen het probleem veroorzaakt waarvoor de samenleving oplossingen moet vinden. Een dergelijke milieuschadeafpraak strekt tot voordeel van de samenleving als geheel.³⁰ Deze uitzondering betreft dus een afwijking van het Europese

22 Zie voor een verdere bespreking van dit wetsvoorstel o.a. A.A. Koeman & P.V.B.M. Deza de Massiac, ‘Wetsvoorstel ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven: een reddingsboei voor duurzaamheid?’, *M&M* 2020/4-5, p. 203-208.

23 Mededeling van de Commissie, Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (*PbEU* 2001, C 3/02), randnr. 179-197.

24 Voetnoot 1 van de Huidige Richtsnoeren stelt dat milieuovereenkomsten op grond van de andere categorieën overeenkomsten (met name standaardisatie), zoals opgenomen in de Huidige Richtsnoeren, getoetst dienen te worden.

25 Europese Commissie, ‘Statement on ACM public consultation on sustainability guidelines’, 9 juli 2020, https://ec.europa.eu/competition-policy/european-competition-network/documents_en.

26 Persbericht Europese Commissie, ‘Antitrust: Commission publishes findings of the evaluation of rules on horizontal agreements between companies’, 6 mei 2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_2094.

27 Mededeling van de Commissie, Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81 lid 3 van het Verdrag (*PbEU* 2004, C 101/08).

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

29 Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81 lid 3 van het Verdrag, randnr. 43 en voetnoot 57.

30 Leidraad, randnr. 8 en 48.

mededingingsrecht zoals geïnterpreteerd door de Commissie.

In 2016 probeerde de minister van EZK dus, net als de ACM nu, een vergelijkbare/verdergaande uitzondering met betrekking tot de samenleving op te nemen in de concept-Beleidsregel 2016 en reageerde de Commissie daar erg fel op. De Commissie stelde het volgende:

‘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.’³¹

Kortom, als men bepaalde doelen zo belangrijk vindt, dan is wetgeving en niet het mededingingsrecht de manier om die doelen te bereiken.

In de *Competition Policy Brief* van september 2021 lijkt de Commissie iets meer ruimte te geven om voordelen die ten goede komen aan de maatschappij als geheel mee te wegen, maar blijft helaas de voorwaarde staan dat gebruikers/consumenten geheel gecompenseerd dienen te worden.³²

Het lijkt er dus op dat het standpunt van de Commissie sinds 2016 licht veranderd is, maar de vraag is of het nieuwe standpunt voldoende is voor groen licht voor de Leidraad.

Nadere Europeesrechtelijke onderbouwing van de Leidraad door de ACM

Een nieuwe Nederlandse leidraad moet in overeenstemming zijn met het Europese recht. Kennelijk was de Commissie na de publicatie van de Leidraad in januari 2021 daar op voorhand niet van overtuigd.

Om bij te dragen aan de discussie met de Commissie en de andere EU-mededingingsautoriteiten publiceerde de ACM op 27 september 2021 een Engelstalig juridisch memo.³³

In dit memo analyseert de ACM (1) de tekst van artikel 101 lid 3 VWEU, (2) de relevante EU-rechtspraak uit de 101 lid 3 Richtsnoeren en (3) de *Mastercard*-zaak.³⁴ Op grond van vooral de *Mastercard*-zaak komt de ACM tot de conclusie dat voordelen buiten de relevante markt gebruikt mogen worden als compensatie van gebruikers die nadeel ondervinden van de mededingingsbeperking, vooral als de gebruikers tot dezelfde groep behoren. Te-

vens mogen dergelijke voordelen van buiten de markt gebruikt worden bij het toerekenen van het ‘billijk aandeel’ aan de gebruikers als gehele groep. Ten slotte concludeert de ACM³⁵ (en dat is het meest relevante onderdeel van het betoog van de ACM) dat op grond van de *Mastercard*-uitspraak geen volledige compensatie van gebruikers voor de mededingingsbeperking noodzakelijk is, maar alleen compensatie van de overdracht van ‘merkbare objectieve voordelen’.³⁶ Kortom, volgens de ACM blijft de Leidraad binnen de Europeesrechtelijke kaders.

Conclusie

Het is maar de vraag of de Commissie de ACM in 2022 wel zal steunen. In 2016 was het standpunt van de Commissie immers: indien de Nederlandse overheid duurzaamheid zo relevant vindt, zal zij daarvoor wetgeving moeten opstellen om ondernemingen te dwingen duurzamer te zijn. Indien er namelijk sprake is van wetgeving, dan is het mededingingsrecht over het algemeen niet van toepassing.³⁷ Deze dwang via wetgeving vindt nu al plaats met de sluiting van de kolencentrales omdat anders de milieunormen niet gehaald worden.

In vergelijking met 2016 heeft de ACM in het debat met de Commissie de wind mee en is zij niet langer een roepende in de woestijn: de Commissie zelf ziet ook steeds meer in dat er meer rechtszekerheid dient te komen op het gebied van duurzaamheidsafspraken. Daarbij komt dat de klimaatcrisis en de daarmee samenhangende transitie van de Europese economieën inmiddels als de allerbelangrijkste beleidsprioriteit in Brussel wordt beschouwd. Terecht wijst de ACM in het memo op het feit dat in de Europese Verdragen meerdere bepalingen zijn opgenomen die voorschrijven dat het EU-beleid (inclusief het Europese mededingingsbeleid) in lijn moet zijn met de verplichting om het milieu te beschermen.³⁸

Ook aan de rechtspraak van de civiele rechter zijn argumenten te ontleen voor een grotere rol voor duurzaamheidsafspraken in het bedrijfsleven. Wanneer men het standpunt van de Haagse rechtbank in de zaak *Milieudefensie/Shell*³⁹ volgt en ervan uitgaat dat op ondernemingen op grond van internationale en nationale regels de verplichting rust om de CO₂-emissies drastisch te verlagen zonder dat sprake is van specifieke regelgeving daaromtrent, valt het niet gemakkelijk in te zien

31 Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 30196, nr. 463, bijlage (brief van 26 februari 2016 van de Directeur-Generaal van de DG Mededinging van de Europese Commissie aan de S-G van het Ministerie van EZK).

32 Europese Commissie, ‘Competition policy brief’, 2021-1, september 2021, p. 6, zie: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/63c4944f-1698-11ec-b4fe-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF>.

33 ACM Legal Memo, 27 september 2021, zie www.acm.nl/node/21280.

34 HvJ 23 november 2006, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2006:734 (*Mastercard Inc*).

35 ACM Legal Memo, p. 4.

36 HvJ 23 november 2006, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2006:734 (*Mastercard Inc*), par. 242, ACM Legal Memo, p. 3.

37 Hierbij moet volgens het Hof van Justitie wel worden voldaan aan bepaalde voorwaarden om te voorkomen dat er een kartel ontstaat dat ‘goedgekeurd’ wordt door de overheid. Zie bijvoorbeeld HvJ 17 november 1993, C-185/91, ECLI:EU:C:1993:886 (*Reiff*). Dit onderwerp wordt kort besproken door R. Wesseling, ‘Polder-Plus- model: oplossing “Kip van Morgen” ligt niet bij ACM maar bij minister’, *M&M* 2015/6. Zie ook HvJ 5 oktober 1995, C-96/94, ECLI:EU:C:1995:308 (*Centro Servizi Spediporto*).

38 ACM Legal Memo, p. 5. Zie tevens art. 7, 11 en 191 VWEU.

39 Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (*Milieudefensie e.a./Shell*).

dat dergelijke ondernemingen daarover onderling geen afspraken zouden mogen maken. Denk bijvoorbeeld aan een afspraak tussen oliemaatschappijen om de raffinagecapaciteit te verminderen zodat de CO₂-uitstoot omhoog gaat. Het standpunt van de Commissie dat wetgeving de aangewezen manier is om bepaalde beleidsdoelstellingen te waarborgen, houdt geen rekening met het feit dat de nationale rechters ook zonder specifieke wetgeving duurzaamheidsverplichtingen opleggen aan ondernemingen.

Wij zijn dan ook van mening dat in de vanouds bestaande spanning tussen enerzijds duurzaamheidsafspraken en anderzijds het mededingingsrecht het zwaartepunt zal verschuiven in de richting van de duurzaamheid. De Commissie kan de (Engelstalige) aanvullende argumentatie van de ACM met betrekking tot de reikwijdte van de compensatie van gebruikers niet eenvoudig weerleggen en wordt ook vanuit de beleidsmatige hoek onder druk gezet om duurzaamheid op te pakken. Wij verwachten op grond van het voorgaande dan ook dat er ook op Europees niveau (uiteindelijk) meer ruimte en duidelijkheid voor duurzaamheidsafspraken zal komen. Hierdoor zullen ondernemingen, zo denken wij, het in de toekomst in meer gevallen aandurven om duurzaamheidsafspraken te maken.