



Leidraad

Duurzaamheidsafspraken

Mogelijkheden binnen het mededingingsrecht

CONCEPT

Inhoudsopgave

1. Samenvatting	3
2. Inleiding	4
3. Overzicht: mogelijkheden voor duurzaamheidsafspraken.....	5
4. Duurzaamheidsafspraken zonder mededingingsbeperkingen	7
5. Duurzaamheidsafspraken met voordelen die opwegen tegen mededingingsbeperkingen ..	10
6. Beleid ACM bij het beoordelen van duurzaamheidsafspraken	19
Eindnoten	21

CONCEPT

1. Samenvatting

De ACM heeft duurzaamheid hoog in het vaandel staan. Afspraken tussen ondernemingen kunnen op een effectieve manier bijdragen aan het bereiken van publieke duurzaamheidsdoelen. Bovendien kunnen deze afspraken het draagvlak voor de inspanningen die nodig zijn om dergelijke doelen te bereiken vergroten. Deze Leidraad geeft daarom specifiek uitleg over de toepassing van het mededingingsrecht op duurzaamheidsafspraken tussen ondernemingen. De Leidraad laat zien welke mogelijkheden marktpartijen hebben om duurzaamheidsafspraken te maken, maar ook waar in het mededingingsrecht de grenzen liggen. De ACM zal in voorkomende gevallen meedenken met het vinden van oplossingen voor eventuele knelpunten. De ervaring leert dat in veel gevallen duurzaamheidsafspraken zonder onoverkomelijke problemen tot stand kunnen komen. Daarbij geldt dat duurzaamheidsafspraken die tijdig met de ACM zijn besproken en waarbij de ACM geen grote risico's heeft gezien, maar die later toch in strijd met de Mededingingswet blijken te zijn, niet in aanmerking komen voor een boete. Dit geldt ook voor duurzaamheidsafspraken die publiekelijk bekend zijn gemaakt en waarbij deze Leidraad te goeder trouw is gevolgd. Als de betrokken partijen in deze gevallen waar nodig, op verzoek van de ACM, op voortvarende wijze zorgdragen voor bijstelling van hun afspraken, zal de ACM geen boete opleggen. Ondernemingen kunnen altijd contact met de ACM opnemen om overleg te hebben over de mogelijke mededingingsgevolgen van duurzaamheidsafspraken die zij willen maken, of al gemaakt hebben, met andere ondernemingen.

- De Leidraad geeft in hoofdstuk 2 eerst een inleiding.
- De Leidraad vervolgt in hoofdstuk 3 met een korte uitleg van het begrip duurzaamheidsafspraken en een overzicht van de mogelijkheden die het mededingingsrecht voor duurzaamheidsafspraken biedt.
- In hoofdstuk 4 licht de Leidraad toe welke duurzaamheidsafspraken niet mededingingsbeperkend zijn en derhalve zijn toegestaan (mogelijkheid 1). Veel duurzaamheidsafspraken hebben namelijk geen of slechts verwaarloosbare negatieve gevolgen voor de mededinging en zijn om die reden zonder meer toegestaan.
- Hoofdstuk 5 geeft uitleg bij de wettelijke vrijstelling voor efficiëntieverbeteringen (zgn. lid 3 toets), met name wanneer het om duurzaamheidsvoordelen gaat (mogelijkheid 2). Om onder deze vrijstelling te vallen moet aan vier voorwaarden worden voldaan. Dit hoofdstuk bespreekt deze voorwaarden.
- In hoofdstuk 6 gaat de Leidraad in op de praktische invulling van het toezicht door de ACM. De ACM zet uiteen hoe zij in de praktijk ondernemingen ondersteunt in hun beoordeling van duurzaamheidsafspraken. Partijen bij duurzaamheidsafspraken kunnen in de toekomst naar verwachting ook nog gebruik maken van de mogelijkheden van de Wet ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven zodra deze van kracht wordt (mogelijkheid 3).¹

2. Inleiding

1. Deze Leidraad geeft een praktische toelichting op de toepassing van de mededingingsregels op duurzaamheidsafspraken. De Leidraad maakt duidelijk welke duurzaamheidsafspraken zijn toegestaan en hoe de ACM in de praktijk met vragen over duurzaamheidsafspraken omgaat. De Leidraad bevat voorbeelden en geeft praktische handvatten voor initiatiefnemers om hun voorgenomen duurzaamheidsafspraken zelf te kunnen beoordelen.
2. Duurzaamheid en mededinging gaan vaak samen. Net zoals mededinging innovaties in de vorm van nieuwe of verbeterde producten en processen kan aanmoedigen, kan mededinging ook duurzaamheid bevorderen. Consumenten beschouwen duurzaamheid vaak als een kwaliteitsverbetering van een product en de beschikbaarheid van duurzame producten vergroot hun keuzemogelijkheden. Investerings- en verbeterde productieprocessen die doelmatiger met grondstoffen omgaan geven niet alleen mededingingsvoordelen voor bedrijven maar zijn ook in het belang van duurzaamheid. Regelmatig wordt echter ook gewezen op een spanningsveld tussen duurzaamheid en mededinging. Duurzaamheidsafspraken zouden door de nationale en Europese mededingingsregels worden belemmerd. De ACM erkent dat deze spanning in sommige gevallen kan bestaan. Echter, veel duurzaamheidsinitiatieven die aan de ACM worden voorgelegd zijn met het mededingingsrecht in overeenstemming en kunnen doorgang vinden, soms na enige aanpassing. Aan de hand van deze Leidraad kunnen ondernemingen, brancheverenigingen en hun adviseurs nagaan welke mogelijkheden er zijn om duurzaamheidsafspraken binnen de mededingingsrechtelijke kaders aan te gaan. Voor gevallen waarin de ruimte binnen het mededingingsrecht toch ontbreekt heeft de Nederlandse regering in 2019 het Wetsvoorstel ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven ingediend om daarmee extra mogelijkheden te creëren.²
3. De maatschappelijke, beleidsmatige en juridische aandacht voor klimaatverandering en duurzame ontwikkeling is de afgelopen jaren aanzienlijk toegenomen. Zo werd in 2015 het klimaatverdrag van Parijs gesloten³ en werden zeventien *Sustainable Development Goals* (SDG's) vastgesteld.⁴ Nederland en de Europese Unie hebben zich verbonden uitvoering te geven aan dit VN-klimaatverdrag en aan de VN-agenda met de SDG's. De Nederlandse overheid heeft vervolgens in 2019 een Klimaatwet aangenomen, waarin een 49%-reductie van broeikasgassen in 2030, een 95%-reductie in 2050, en een 100% CO₂-neutrale energieproductie voor Nederland in 2050 als doelen zijn neergelegd.⁵ Daarnaast heeft de Hoge Raad eind 2019 bepaald dat de Staat der Nederlanden ervoor moet zorgen dat de uitstoot van broeikasgassen per eind 2020 met 25% zal zijn verminderd ten opzichte van 1990.⁶
4. In dit proces komen bindende normen tot stand aan de hand waarvan de merites van duurzaamheidsafspraken objectief kunnen worden vastgesteld. Ook is, als gevolg van de grote inspanning die moet worden geleverd om dergelijke doeleinden te bereiken, het belang van duurzaamheidsafspraken gegroeid. De aanzet voor dergelijke afspraken is veelal te vinden in overkoepelende akkoorden (Energieakkoord 2013, Grondstoffenakkoord 2017, Nationaal Preventieakkoord 2018 en Klimaatakkoord 2019) en in diverse aangekondigde beleidsmaatregelen.⁷ Daarbij past dat de ACM middels deze Leidraad graag wil bijdragen aan het ophelderen van de vraag hoe de mededingingsregels op duurzaamheidsafspraken worden toegepast.

3. Overzicht: mogelijkheden voor duurzaamheidsafspraken

5. In dit hoofdstuk beschrijft de ACM eerst wat zij onder duurzaamheidsafspraken verstaat. Vervolgens geeft zij een overzicht van de mogelijkheden om duurzaamheidsafspraken te maken zonder de Mededingingswet, met name het in artikel 6 van die wet neergelegde kartelverbod, te overtreden.

Omschrijving duurzaamheidsafspraken

6. Duurzaamheid of duurzame ontwikkeling is een breed begrip dat niet eenduidig is te definiëren. VN-resolutie 66/288 uit 2012 omschrijft duurzame ontwikkeling als de “ontwikkeling naar een economische, sociale en milieuvriendelijke duurzame toekomst voor de aarde en voor huidige en toekomstige generaties”.⁸ Hierbij valt te denken aan de bescherming van milieu, biodiversiteit, klimaat, volksgezondheid, dierenwelzijn en eerlijke handel. De ACM hanteert in deze Leidraad geen vastomlijnde of afgebakende definitie van het begrip duurzaamheid en sluit aan bij deze omschrijving. De ACM verstaat derhalve onder duurzaamheidsafspraken afspraken tussen ondernemingen en besluiten van ondernemingsverenigingen die gericht zijn op het identificeren, voorkomen, beperken of herstellen van de negatieve impact van economische activiteiten op mensen (inclusief hun arbeidsomstandigheden), dieren, milieu of natuur.
7. Als initiatiefnemers twijfelen of een duurzaamheidsafpraak binnen de ruimte valt die in deze Leidraad wordt beschreven worden zij uitgenodigd om hun vragen aan de ACM voor te leggen.

Overzicht: drie mogelijkheden

8. Artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet respectievelijk artikel 101, eerste lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) bevat het kartelverbod. Dat is ten eerste van toepassing op afspraken tussen ondernemingen en van verenigingen van ondernemingen die met elkaar concurreren (zogenoeten ‘horizontale afspraken’). De *Leidraad Samenwerking tussen concurrenten* biedt meer voorlichting over de beoordeling van dergelijke afspraken.⁹ Het kartelverbod geldt ook voor afspraken tussen ondernemingen uit verschillende stadia van de distributiekolom of waardeketen (zogenoeten ‘verticale afspraken’). Het kent voor deze afspraken een eigen benadering, die door de ACM is toegelicht in de *Leidraad Afspraken tussen leveranciers en afnemers*.¹⁰ Duurzaamheidsafspraken kunnen zowel horizontale als verticale afspraken bevatten.
9. Het kartelverbod hoeft niet aan duurzaamheidsafspraken in de weg te staan. Bij het toetsen van duurzaamheidsafspraken aan het mededingingsrecht onderscheidt de ACM de volgende drie mogelijkheden:

Mogelijkheid 1

10. Van bepaalde afspraken, zoals prijsafspraken, verdeling van klanten of afzetgebieden, gezamenlijke afzet- of productiebeperkingen en collectieve inkoop- of leveringsweigering wordt in beginsel aangenomen dat zij onder het kartelverbod vallen. Maar voor andere afspraken, die bijvoorbeeld betrekking hebben op minder belangrijke concurrentieparameters en waarvan het effect op de concurrentie verwaarloosbaar is, geldt dat niet. Hierover geeft de ACM meer uitleg in **hoofdstuk 4**.

Mogelijkheid 2

11. Artikel 6 lid 3 Mededingingswet en artikel 101 lid 3 VWEU geven een wettelijke vrijstelling van het kartelverbod. Deze vrijstelling kent vier voorwaarden. Hierover geeft de ACM meer uitleg in **hoofdstuk 5**.¹¹

Mogelijkheid 3

12. Wanneer een duurzaamheidsafpraak niet in aanmerking komt voor een vrijstelling op grond van artikel 6 lid 3 Mededingingswet, hebben partijen verschillende mogelijkheden om hun duurzaamheidsinitiatief toch verder te brengen. Zie **hoofdstuk 6** van deze Leidraad.
13. Het handhavingsbeleid van de ACM in relatie tot duurzaamheidsafspraken is gericht op het vinden van oplossingen die het mogelijk maken om de duurzaamheidsvoordelen van initiatieven te kunnen realiseren en niet op handhaving door middel van boetes. Het handhavingsbeleid van de ACM met betrekking tot duurzaamheidsafspraken wordt in **hoofdstuk 6** besproken.

CONCEPT

4. Duurzaamheidsafspraken zonder mededingingsbeperkingen

14. In dit hoofdstuk licht de ACM toe welke duurzaamheidsafspraken niet onder het kartelverbod vallen en daarom zonder meer zijn toegestaan.

Algemene opmerkingen

15. Duurzaamheidsafspraken zijn er veelal op gericht om zuiniger (efficiënter) om te gaan met grondstoffen, om uitstoot van vervuilende stoffen en afvalstromen te beperken of om anderszins de negatieve impact van de productie op mens, dier, klimaat, milieu of natuur te beperken. Het enkele feit dat een duurzaamheidsafpraak deze doelstellingen nastreeft laat onverlet dat de afspraak mededingingsbeperkend kan zijn en dus onder het kartelverbod kan vallen.
16. Duurzaamheidsafspraken zullen echter veelal niet-mededingingsbeperkend zijn wanneer ze de concurrentie op basis van belangrijke concurrentieparameters, zoals prijs, kwaliteit, variëteit, service en distributiewijze niet of niet merkbaar beïnvloeden.
17. Daarnaast zullen duurzaamheidsafspraken die er enkel op gericht zijn om de productkwaliteit, productvariëteit, innovatie of marktintroducties van nieuwe producten te bevorderen, vaak juist de mededinging stimuleren. Daarom zijn deze afspraken doorgaans niet mededingingsbeperkend. Deze afspraken mogen andere partijen en producten echter niet uitsluiten.
18. Hieronder volgen enkele categorieën duurzaamheidsafspraken die in het algemeen niet-mededingingsbeperkend zijn en dus toegestaan.

Categorieën toegestane duurzaamheidsafspraken

19. Een eerste categorie afspraken die in het algemeen zijn toegestaan, zijn **afspraken die ondernemingen stimuleren een positieve bijdrage aan een duurzaamheidsdoel te leveren zonder verplichtend karakter** voor de individuele ondernemingen. Te denken valt aan gezamenlijke intenties, ambities of streefwaarden van sectoren met betrekking tot duurzaamheidsdoelen, zoals een verlaging van CO₂ emissie, waarbij individuele ondernemingen zelf hun bijdrage bepalen en de manier waarop ze deze willen realiseren.
20. Een tweede categorie betreft **codes voor milieu- of klimaatbewust marktgedrag**. Deze gaan vaak gepaard met gezamenlijke standaarden, labels of keurmerken over het gebruik van grondstoffen, productiemethoden, etc.¹² Hiervoor geldt 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 moet het mogelijk blijven om ook producten te blijven verkopen die buiten de code vallen.¹³
21. Een 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. Een voorbeeld

vormen afspraken om efficiënter met verpakking om te gaan of om een bepaald type verpakking niet meer te gebruiken.

22. Een vierde categorie betreft **initiatieven waarbij nieuwe producten of markten worden gecreëerd en waarbij een gezamenlijk initiatief nodig is om over voldoende productiemiddelen, inclusief know-how, te beschikken of voldoende schaal te bereiken**. Soms kan een gezamenlijk optreden alleen in een opstartfase strikt noodzakelijk zijn. In dat geval zou een langduriger samenwerking nog wel aan lid 3 van het kartelverbod moeten worden getoetst.

Voorbeeld 1

Enkele woningcorporaties en installatiebedrijven spreken af om door middel van een gezamenlijk initiatief tot een versnelde ontwikkeling te komen in het energieneutraal wonen. Zij willen een pilot opstarten waarin de installatiebedrijven hun expertise bundelen om binnen een korte termijn 1000 woningen energieneutraal te maken.

Beoordeling van de ACM

Dit initiatief zal de concurrentie niet beperken omdat gebleken is dat de betrokken installatiebedrijven niet de expertise in huis hebben om binnen de gestelde termijn individueel een dergelijk project ter hand te nemen. Ook de vraagbundeling door de corporaties draagt eraan bij dat het project voldoende massa krijgt om kans van slagen te hebben. Mocht er, bij een verdergaande samenwerking, toch sprake zijn van een mededingingsbeperking, dan kan een beroep worden gedaan op art. 6 lid 3 van de Mededingingswet. Wanneer de woningcorporaties overgaan tot het verduurzamen van grotere aantallen woningen dan ligt het in de rede dat zij alle aannemers een gelijke kans zullen bieden om daaraan deel te nemen. De corporaties zullen er daarom voor zorgen dat zij over de kennis kunnen beschikken die tijdens de pilotfase is opgedaan.

23. 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. Dergelijke afspraken zijn met name belangrijk voor bedrijven voor wie het moeilijk is om zelfstandig te controleren of hun zakenpartners zich aan de regels houden. Via convenanten treffen zij dan regelingen waardoor een dergelijke controle wel mogelijk wordt. De wetgeving waarover het dan gaat heeft veelal betrekking 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). Van belang is wel dat de afspraken de mededinging niet onnodig beperken. Met name moet voorzichtig worden omgegaan met het bekendmaken van informatie die concurrentiegevoelig zou kunnen zijn.

Voorbeeld 2

Een groep verwerkers van hout komt overeen dat zij op een verantwoorde manier zullen gaan inkopen in overeenstemming met een tussen de Nederlandse overheid en de sector gesloten convenant. Het doel van de afspraak is om milieuschade en schending van mensenrechten in de productieketen te voorkomen in bepaalde landen in Azië, Latijns-Amerika en Afrika. Hierbij volgen zij de normen die in de nationale wetgeving van die landen zijn vastgelegd. De verwerkers hebben in Nederland een gezamenlijk marktaandeel van 90%.

Afgesproken wordt dat de verwerkers:

- 1) Alleen hout inkopen uit goedgekeurde gebieden. Deze gebieden staan op een zogenaamde "groene lijst" die wordt beheerd door de bij het initiatief aangesloten ondernemingen;
- 2) Openbaar maken waar en bij wie zij inkopen;
- 3) Via een gezamenlijk fonds 1,5% van hun omzet investeren het toezicht op de naleving van de afspraken;
- 4) De duurzame producten op uniforme wijze door een label kenbaar maken;
- 5) Ter compensatie van de extra kosten een vast bedrag doorberekenen in de verkoopprijs.

Beoordeling

In dit geval vallen de afspraken die noodzakelijk zijn om het doel te bereiken niet onder het kartelverbod, omdat dit doel niet verder gaat dan te verzekeren dat nationale wetgeving wordt gerespecteerd.

Het vaststellen van de 'groene lijst' is redelijkerwijs nodig om het beoogde doel te bereiken. Ook de oprichting van een gezamenlijk fonds is hiervoor nodig omdat daaruit het toezicht op de naleving en andere operationele kosten van het initiatief kunnen worden gedekt. Het openbaar maken van de verkopers van wie hout wordt ingekocht voldoet echter niet aan het noodzakelijkheids criterium en heeft als bezwaar dat het ertoe kan leiden dat de verwerkers inzicht krijgen in elkaars concurrentiegevoelige informatie. Wel is het toegestaan dat de namen van de verkopers aan de centrale organisatie worden doorgegeven zodat deze kan controleren of de afspraken worden nageleefd. Ook afspraak (5) gaat verder dan nodig is om het doel te bereiken. De betrokken ondernemingen kunnen over de doorberekening van de kosten namelijk ook individueel beslissen. Daarentegen kan ook afspraak (4) buiten het kartelverbod vallen omdat het de transparantie voor de afnemers vergroot en daardoor het concurrentieproces verbetert.

5. Duurzaamheidsafspraken met voordelen die opwegen tegen de mededingingsbeperkingen

24. De wettelijke vrijstelling van het kartelverbod staat in artikel 6, lid 3, van de Mededingingswet respectievelijk artikel 101, lid 3, VWEU. Zij geldt voor afspraken die de mededinging beperken maar die ook voordelen opleveren die opwegen tegen de nadelen daarvan.¹⁴ De afweging moet worden gemaakt aan de hand van de volgende vier (cumulatieve) voorwaarden:
- De afspraken leveren efficiëntievoordelen op, waaronder duurzaamheidsvoordelen;
 - De gebruikers van de betrokken producten ontvangen van die voordelen een billijk aandeel;
 - De mededingingsbeperking is noodzakelijk om de voordelen te behalen en gaat niet verder dan nodig is;
 - De mededinging wordt niet voor een substantieel deel van de betrokken producten uitgeschakeld.
25. De ACM neemt bij de toetsing aan lid 3 de richtsnoeren van de Europese Commissie en de relevante nationale en Europese jurisprudentie als uitgangspunt.¹⁵ Ook volgt de ACM, voor zover passend binnen het mededingingsrechtelijke kader, de Beleidsregel Mededinging en Duurzaamheid 2016 van de minister van Economische Zaken.¹⁶
26. Wanneer ondernemingen afspraken maken die de concurrentie in merkbare mate beperken is het aan hen om, zo nodig, aan te tonen dat deze afspraken toch zijn toegestaan omdat ze aan deze vrijstelling voldoen.¹⁷
27. In dit hoofdstuk worden de vier voorwaarden van de vrijstelling nader toegelicht. In de praktijk kan het overigens doelmatig zijn om een duurzaamheidsafpraak eerst aan voorwaarde c) te toetsen. Wanneer een afspraak mededingingsbeperkingen bevat die niet noodzakelijk zijn om het beoogde doel te bereiken dan komen deze beperkingen niet voor de vrijstelling in aanmerking. Alleen de voordelen die in een duidelijk verband staan met de gemaakte afspraken en waarvoor die afspraken noodzakelijk zijn, worden in de beoordeling meegenomen.

a) Voordelen die uit duurzaamheidsafspraken kunnen voortvloeien

28. Duurzaamheidsafspraken kunnen, zoals gezegd, gericht zijn op een breed scala van duurzaamheidsaspecten. Het is voor de toetsing aan de vrijstelling onder lid 3 allereerst van belang om de voordelen van een duurzaamheidsinitiatief per concreet geval zo goed mogelijk in kaart te brengen.

Objectieve voordelen

29. Alleen objectieve duurzaamheidsvoordelen worden in aanmerking genomen, niet voordelen die louter zijn gebaseerd op de subjectieve meningen van de betrokken partijen zelf. Betrokken partijen kunnen objectieve voordelen baseren op bestaand onderzoek van kennisinstituten of overheidsinstanties of op eigen onderzoek.
30. Objectieve duurzaamheidsvoordelen zijn voordelen die niet alleen waardevol zijn voor de gebruikers maar in het algemeen ook voor (delen van) de samenleving in bredere zin. Vaak houden

duurzaamheidsvoordelen verband met een vermindering van zogenaamde negatieve externaliteiten, d.w.z niet in de bedrijfskosten opgenomen factoren die wel kosten voor de samenleving representeren. Het verminderen van externaliteiten betekent dat bij de productie en consumptie van producten meer rekening wordt gehouden met het beslag dat zij leggen op de kwaliteit van de leefomgeving en de leefomstandigheden van de mens. Dit kan tot voordeel strekken van de samenleving als geheel, inclusief de gebruikers nu en in de toekomst. 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.¹⁸

Onderbouwing van de voordelen

31. De betrokken partijen kunnen de voordelen van duurzaamheidsinitiatieven kwalitatief of cijfermatig onderbouwen. Welke onderbouwing de meest geschikte is, zal per geval verschillen.
32. Wanneer cijfermatige gegevens voorhanden zijn of eenvoudig kunnen worden verzameld ligt het voor de hand om deze bij de onderbouwing te betrekken.¹⁹ Milieuvoordelen kunnen vaak worden gekwantificeerd, bijvoorbeeld door aan te geven met welke omvang bepaalde schadelijke emissies zullen worden verlaagd en op welke termijn.
33. Bij gebrek aan cijfermatige gegevens zal een onderbouwing soms kwalitatief (beschrijvend) moeten blijven. Voordelen op het vlak van innovatie of dierenwelzijn laten zich minder goed in cijfers vangen. De onderbouwing van dergelijke voordelen zal zich dus noodzakelijkerwijs meer richten op het zo goed mogelijk identificeren van de aard van de voordelen. Hoe dan ook is het daarnaast van belang dat inzicht kan worden gegeven in de mate van waarschijnlijkheid dat de voordelen ook daadwerkelijk kunnen worden gerealiseerd.
34. De diepgang waarmee de voordelen van een duurzaamheidsafpraak moeten worden onderbouwd (in termen van gedetailleerdheid, mate van kwantificering en waarschijnlijkheid) hangt mede af van de grondigheid waarmee deze voordelen moeten worden afgewogen tegen de nadelen voor de mededinging (zie hierna onder voorwaarde b). Wanneer bij die afweging een lichte toets kan volstaan dan zal het niet altijd zinvol zijn om de voordelen zeer gedetailleerd en kwantitatief in kaart te brengen.

True costs en true prices

35. Tegenwoordig wordt veel gesproken over *true costs* en *true prices*. Ondernemingen willen vaak weten wat de maatschappelijke kosten van hun producten zijn en in hoeverre deze afwijken van de feitelijk gemaakte (bedrijfs-) kosten. Deze bedrijfskosten kunnen soms laag zijn omdat bepaalde externaliteiten niet zijn meeberekend. Vervolgens kunnen de ondernemingen hun productie zo inrichten dat het verschil tussen bedrijfskosten en maatschappelijke kosten zo veel mogelijk wordt opgeheven. Hier kunnen ondernemingen verschillend mee om gaan. Zij kunnen bijvoorbeeld een 'leefbaar loon' uitbetalen of de uitstoot van broeikasgassen compenseren. In hun marketing kunnen ze deze elementen gebruiken om hun product bij de consument aan te prijzen. Deze verbeteringen van het aanbod kunnen ook, binnen het in deze Leidraad gegeven kader, als voordelen in de zin van het derde lid van het kartelverbod worden gezien.

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

36. Volgens de tweede voorwaarde van lid 3 moet een billijk deel van de voordelen toevallen aan de gebruikers van de producten die het voorwerp zijn van een afspraak. Dit kunnen de huidige gebruikers zijn en toekomstige.²⁰ Ook kan het zowel om directe gebruikers gaan als om indirecte gebruikers, lager in de bedrijfskolom, en (uiteindelijk) de eindconsument.
37. De tijdsperiode waarover de gevolgen voor de gebruikers moeten worden bekeken hangt af van de periode waarin de afspraak effect sorteert. Het kan dus ook gaan om gevolgen op langere termijn.²¹

Wat is een 'billijk aandeel'?

38. In het bijzonder voor duurzaamheidsafspraken is belangrijk wat moet worden verstaan onder het begrip 'billijk aandeel'. De Europese Commissie heeft als algemeen uitgangspunt genomen dat de gebruikers ten minste moeten worden gecompenseerd voor de nadelen die zij van de mededingingsbeperking ondervinden. De gebruikers moeten daarbij, per relevante markt, als groep worden gezien. De ACM meent dat er goede redenen zijn om van dit algemene uitgangspunt af te wijken wanneer aan twee voorwaarden is voldaan: (i) de afspraak is gericht op het voorkomen of beperken van evidente milieuschade, en (ii) de afspraak levert een efficiënte bijdrage aan de naleving van een internationale of nationale norm ter voorkoming van milieuschade waaraan de overheid is gebonden. Deze voorwaarden zijn cumulatief.
39. De ACM onderscheidt daarom in deze Leidraad *milieuschadeafspraken* en *overige duurzaamheidsafspraken*. Milieuschadeafspraken zijn afspraken die zich richten op het verbeteren van productieprocessen die schade veroorzaken voor mens, milieu en natuur. Hierbij kan worden gedacht aan afspraken tot het reduceren van de uitstoot van schadelijke stoffen en het vermijden van vervuulende grondstoffen in producten. Ondernemingen maken ook duurzaamheidsafspraken die betrekking hebben op sociale of andere vormen van duurzaamheid. Een voorbeeld van deze 'overige' duurzaamheidsafspraken zijn afspraken waarbij ondernemingen eisen stellen aan arbeidsomstandigheden of dierenwelzijn. Een dergelijke afspraak kan zien op het uitbetalen van een eerlijk loon in ontwikkelingslanden die geen minimumloon kennen. Andere voorbeelden zijn minimumeisen voor dierenwelzijn bij de productie van vlees of het aanpassen van de receptuur van voedselproducten omwille van de gezondheid van consumenten.

Milieuschadeafspraken

40. Voor milieuschadeafspraken kan naar het oordeel van de ACM ook rekening worden gehouden met voordelen buiten de kring van de gebruikers. Wanneer ondernemingen in een bepaalde sector bijvoorbeeld gezamenlijk besluiten om alleen nog CO₂-neutrale energie te gebruiken dan wordt daardoor de uitstoot van broeikasgassen verminderd. Dit is een voordeel dat zowel aan de gebruikers van de betrokken producten als aan de rest van de Nederlandse samenleving ten goede komt. Hiermee kan de afspraak ook een bijdrage leveren aan het beleidsdoel dat de overheid voor het terugdringen van CO₂-emissies heeft gesteld.

41. In een dergelijk geval 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. 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 (zie par. 50). In de regel zullen in dergelijke gevallen de gebruikers op vergelijkbare wijze in de voordelen van de afspraak delen als de rest van de samenleving.
42. 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.

Overige duurzaamheidsafspraken

43. Ook ten aanzien van de overige duurzaamheidsafspraken volgt de ACM het uitgangspunt dat de gebruikers door de voordelen van de duurzaamheidsafspraken volledig moeten worden gecompenseerd voor de nadelen die zij van een mededingingsbeperking ondervinden.
44. Dit betekent 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.

Afweging van voor- en nadelen: wel of niet kwantificeren?

45. Voor een afweging van de voor- en nadelen van een duurzaamheidsafpraak is het niet altijd nodig om deze te kwantificeren. Bij een werkelijk kwantitatieve afweging moeten de voor- en nadelen van een afspraak op één noemer worden gebracht door deze op geld te waarderen (monetariseren). Een kwantitatieve afweging stelt meestal zwaardere eisen aan de analyse en het daarvoor benodigde feitenmateriaal. Daarom zal de ACM nu eerst ingaan op de situaties waarin vaak een oordeel kan worden gegeven over de vraag of een afspraak aan de vereisten van lid 3 voldoet zonder dat de gevolgen van die afspraak zijn gekwantificeerd.

Geen kwantificering nodig

46. De ACM meent dat het in de volgende typen gevallen in de regel mogelijk is om te concluderen dat een afspraak aan lid 3 voldoet zonder de effecten van een afspraak te kwantificeren:
 - i. de betrokken ondernemingen hebben gezamenlijk een beperkt marktaandeel;
 - ii. de nadelen voor de mededinging zijn duidelijk geringer dan de voordelen van de afspraak.

(i) Duurzaamheidsinitiatieven met een beperkt marktaandeel

47. Wanneer duurzaamheidsinitiatieven uitgaan van ondernemingen met een gezamenlijk marktaandeel van niet meer dan 30% dan volstaat volgens de ACM een kwalitatieve afweging. Wel moeten de betrokken ondernemingen kunnen aantonen dat hun initiatief specifiek gericht is op bepaalde duurzaamheidsbelangen en dat in dit opzicht ook redelijkerwijs reële voordelen mogen worden verwacht. Door de aanwezigheid van veel restconcurrentie mag worden aangenomen dat het initiatief

op de markt haar waarde richting de afnemers of leveranciers zal moeten bewijzen om succesvol te zijn. Ook mag worden verwacht dat de gebruikers daarmee een billijk aandeel van de voordelen zullen krijgen.

Voorbeeld 3

Drie afvalinzamelaars spreken af om in een bepaald stedelijk gebied gezamenlijk het bedrijfsafval op een meer duurzame wijze op te halen. Het marktaandeel van de afvalinzamelaars bedraagt 30%. De ondernemingen wijzen op verschillende voordelen als gevolg van een efficiëntere inzet van inzamelvoertuigen, waaronder ook kostenbesparingen. Een eerste schatting wijst uit dat door de samenwerking tot 20% minder kilometers hoeft te worden gereden doordat de rijroutes op elkaar worden afgestemd. De uitwisseling van informatie tussen de bedrijven beperkt zich tot de operationele informatie die nodig is om de routes optimaal te kunnen vaststellen.

Beoordeling van de ACM

Deze afspraak beperkt de mededinging omdat de betrokken inzamelaars in dit gebied niet meer vrijelijk met elkaar om de gunst van de klant concurreren. De afspraak zal echter naar verwachting ook aantoonbare objectieve voordelen opleveren in de vorm van kostenbesparingen, een verminderde uitstoot van schadelijke emissies en lagere verkeersdruk. Voor de bewoners van het stedelijke gebied zijn er voordelen in de vorm van een verhoging van de verkeersveiligheid en een schoner leefmilieu. De afspraak gaat niet verder dan nodig is om het beoogde doel te bereiken. Gelet op het beperkte marktaandeel is het bovendien waarschijnlijk dat er voldoende restconcurrentie is. Onder druk van deze concurrentie is aannemelijk dat de gebruikers ook een billijk aandeel van de kostenvoordelen zullen krijgen. De ACM acht het daarom aannemelijk dat is voldaan aan de criteria van art. 6 lid 3 Mw.

(ii) De nadelen zijn duidelijk geringer dan de voordelen

48. Een tweede categorie afspraken die zich leent voor een kwalitatieve afweging zijn de gevallen waarin op het eerste gezicht al voldoende duidelijk is dat de voordelen (ruimschoots) opwegen tegen de nadelen. Het kan hierbij 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. Er kan dan bovendien zonder nader onderzoek van worden uitgegaan dat een billijk aandeel van de voordelen aan de gebruikers toekomt.

Voorbeeld 4

Enkele leveranciers van verpakkingen en fabrikanten van frisdrank komen overeen om het hergebruik van papieren en kartonnen drankverpakkingen te stimuleren. De afspraak behelst het gebruik van een bepaald gewichtspercentage gerecycled materiaal bij de productie van drankverpakkingen. Om verspilling van grondstoffen te voorkomen wordt tevens afgesproken om het productieproces zo in te richten dat een beperkt aantal lagen karton wordt gebruikt. De overgang naar deze technologie brengt gedurende enige tijd een (beperkte) stijging in productiekosten met zich mee. De verpakkingsproducenten spreken met de drankfabrikanten af dat zij verpakkingen zullen produceren die voldoen aan de afgesproken normen. De drankfabrikanten spreken af alleen nog maar dergelijke verpakkingen te gebruiken.

Beoordeling

De ACM ziet dat deze samenwerking voordelen oplevert voor het milieu en het verantwoord gebruik van grondstoffen. Omdat verpakkingsmateriaal een beperkt deel uitmaakt van de kosten van de frisdrankfabrikanten, ziet de samenwerking hier op een relatief minder belangrijke input. De voor de afnemers te verwachten prijsstijging als gevolg van de afspraak is betrekkelijk gering en bovendien van tijdelijke aard. Aannemelijk is echter wel dat de leveranciers een *first mover*-nadeel ondervinden dat hen ervan weerhoudt om individueel op de nieuwe productiewijze over te stappen. Aannemelijk is dat de voordelen van de afspraak hier ruimschoots tegen opwegen. Bovendien blijft er voldoende concurrentie over op andere parameters dan de wijze van verpakken. Uit onderzoek blijkt verder dat consumenten in het algemeen sympathie hebben voor het verminderen van verpakkingsafval. Mede daarom kan worden aangenomen dat een billijk deel van de voordelen van de afspraak bij de gebruikers terecht komt. Aangenomen mag worden dat de afspraak voldoet aan de vereisten van lid 3 zonder dat een kwantitatieve afweging vereist is.

Kwantitatieve afweging

49. Voor een kwantitatieve afweging onder lid 3 moeten zowel de voor- als de nadelen van een duurzaamheidsinitiatief zo goed mogelijk in kaart worden gebracht en op geld worden gewaardeerd. Een duurzaamheidsafpraak kan op meerdere manieren tot hogere kosten leiden. De productiekosten kunnen toenemen door het gebruik van duurere grondstoffen of productiemethoden. Dit kan leiden tot hogere prijzen. Ook kan een afspraak de keuze voor afnemers beperken, bijvoorbeeld doordat vervuilende maar goedkopere productvarianten niet langer worden aangeboden. In een kwantitatieve benadering worden deze nadelen zo goed mogelijk als prijseffect uitgedrukt.
50. Voor het op geld waarden van de voordelen van *milieuschadeafspraken* worden zogenaamde milieuprijzen gebruikt.²² Dit zijn kengetallen die de schade van onder meer milieuvervuilende emissies en broeikasgassen laten zien. Omdat het geen marktprijzen zijn worden zij 'schaduw prijzen' genoemd. 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).²³ 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 mededingingsbeperking lager is dan de verwachte duurzaamheidswinst, gewaardeerd via een schaduwprijs op basis van preventiekosten, dan is dat een aanwijzing dat de bijdrage van het initiatief als efficiënt kan worden aangemerkt.

Voorbeeld 5

Vijf producenten van een halffabrikaat dat voornamelijk binnen Nederland wordt verkocht willen een overeenkomst sluiten die erop neerkomt dat zij hun productieproces binnen 5 jaar volledig CO₂-neutraal zullen maken. De bedrijven vallen niet binnen het European Trading System (ETS) voor CO₂. De producenten hebben bindende normen voor zichzelf geformuleerd in samenspraak met de organisaties van ondernemingen aan wie zij hun producten afzetten. In overleg met de ACM is voor de komende 10 jaar een berekening gemaakt van de te verwachten prijsverhoging voor het halffabrikaat alsook van de milieubaten die samenhangen met een verminderde uitstoot van CO₂. Na deze periode zijn de kosten en baten van de afspraak te onzeker als gevolg van de ontwikkelingen in de op CO₂-uitstootreductie gerichte overheidsregulering.

Beoordeling

Uit een berekening blijkt dat als gevolg van de afspraak de prijzen van het halffabrikaat naar verwachting met 7% stijgen. Anderzijds zou de afspraak een welkome toevoeging kunnen zijn op de reeds ingevoerde maatregelen van de Nederlandse overheid gericht op de vermindering van CO₂-uitstoot, zoals subsidies, intrekking van vergunningen en een partiële CO₂-belasting. Het is namelijk onwaarschijnlijk dat de overheid met deze maatregelen het voor haar geldende beleidsdoel, dat voortvloeit uit het Verdrag van Parijs 2015, zal halen.

Gelet op de voorspelde prijsverhoging acht de ACM het noodzakelijk om in dit geval een kwantitatieve afweging te maken. De uitstootvermindering van CO₂ wordt gewaardeerd via milieuprijzen op basis van preventiekosten. Deze milieuprijzen zijn gebaseerd op het genoemde nationale beleidsdoel. Uit deze berekening komt naar voren dat deze milieubaten de verwachte kostenstijging overtreffen. De afspraak levert daarom een efficiënte bijdrage aan het realiseren van het beleidsdoel. Echter, de afnemers van het eindproduct in kwestie vormen slechts 30% van de Nederlandse bevolking. De 30% van de milieubaten die rechtstreeks aan hen kan worden toegerekend zijn niet groot genoeg om de prijsstijging van het eindproduct te compenseren. Bij een strikte toepassing van het tweede vereiste van lid 3 zou de afspraak dus niet voor vrijstelling in aanmerking komen. In dit geval kan echter, volgens de in deze Leidraad geformuleerde lijn, worden uitgegaan van de totale baten voor de Nederlandse gemeenschap. Aldus kan de afspraak wel geacht worden aan de tweede voorwaarde van lid 3 te voldoen.

51. Uit voorbeeld 5 blijkt hoe de uitzondering op het principe dat de gebruikers volledig moeten worden gecompenseerd uitwerkt op een afspraak die er mede op is gericht om evidente milieuschade te voorkomen. Middels de toepassing van schaduwrijzen kon worden achterhaald welke waarde moet worden toegekend aan de bijdrage die het initiatief zou leveren aan het duurzaamheidsbelang waarvoor een bindende norm bestaat. Deze duurzaamheidswinst komt ten goede aan de ieder lid van de samenleving, ongeacht of men consument van het betreffende product is of niet. In de afweging van kosten en baten onder lid 3 wordt van deze voordelen uitgegaan.

52. Het is van belang om op te merken dat de consumenten in dit voorbeeld onderdeel vormen van de bredere samenleving die het voordeel van de afspraak ondervindt. De consumenten profiteren dus in beginsel in gelijke mate van deze voordelen als de rest van de samenleving. Deze voordelen komen er in directe zin op neer dat een bindend beleidsdoel dat voor de desbetreffende samenleving geldt met minder inzet van andere instrumenten kan worden bereikt. Meer indirect gaat het er echter om de risico's van opwarming van de aarde te verminderen, want het beleidsdoel is met het oog op dát belang vastgesteld. Omdat de duurzaamheidswinst van deze afspraak bestaat uit het verminderen van externaliteiten van de desbetreffende productie, is het gerechtvaardigd om deze mee te nemen bij de toetsing van de afspraak aan het tweede lid van lid 3 en met name bij de beoordeling van de vraag wat moet worden verstaan onder een billijk aandeel van de voordelen voor de gebruikers.
53. Bij *overige duurzaamheidsafspraken* zal meestal niet kunnen worden gewerkt met milieuprijzen. Een mogelijkheid is dan om meer rechtstreeks te onderzoeken welke waarde aan de verbeteringen die uit een afspraak voortvloeien kunnen worden toegekend. Met zo'n onderzoek kan bijvoorbeeld worden achterhaald wat de betalingsbereidheid van consumenten is voor een bepaald product of productkenmerk, zoals verbeteringen op het gebied van mens-, dier- of milieuvriendelijkheid.

Voorbeeld 6

Vijf varkensslachterijen willen afspreken om voor de Nederlandse markt alleen nog vlees aan te bieden met bepaalde 'groene' kenmerken. Daarom zullen zij bij de inkoop van slachtvarkens normen hanteren die gericht zijn op het verbeteren van de leefomstandigheden van de varkens. De slachterijen hebben gezamenlijk 80% van de afzet van varkensvlees in Nederland in handen. De afgesproken normen zijn tot stand gekomen in overleg met de belangrijkste organisaties voor de varkenshouderij en de detailhandel in Nederland. In overleg met de ACM is een berekening gemaakt van de te verwachten kostenstijging voor varkensvlees. Tevens is onderzoek verricht naar de waardering van consumenten voor vlees dat afkomstig is van varkens die onder de betere omstandigheden hebben geleefd. Aangezien de verwachting bestaat dat de afgesproken normen op wat langere termijn zullen worden ingehaald door wettelijke normen op Europees niveau is met de ACM afgesproken dat de beoordeling van de kosten en baten van de afspraak zich zal beperken tot de komende tien jaar.

Beoordeling

Uit de berekening blijkt dat als gevolg van de afspraak het varkensvlees voor de consument duurder zal worden, in eerste instantie 10% en vervolgens, als gevolg van schaalvoordelen, dalend naar 5% aan het eind van de tien jaar. Het is niet aannemelijk dat een vergelijkbare verbetering van de leefomstandigheden van varkens ook op een manier kan worden verkregen die de mededinging minder beperkt. Dit, omdat de schaalvoordelen alleen met een min of meer marktdekkende afspraak behaald kunnen worden. Vanwege het hoge gezamenlijke marktaandeel van de slachterijen en de voorspelde prijsverhoging acht de ACM het noodzakelijk om in dit geval een kwantitatieve afweging te maken.

Uit onderzoek is gebleken dat de consumenten de diervriendelijkheid van het nieuwe vleesproduct waarderen. De diervriendelijkheid kan daarom als een kwalitatieve verbetering van het product worden beschouwd. Gemiddeld zijn zij bereid om 3% meer voor dit vlees te betalen. Dit is niet genoeg om hen te compenseren voor het financiële nadeel dat zij van de afspraak ondervinden. De afspraak voldoet dus niet aan het tweede vereiste van lid 3.

54. Voorbeeld 6 illustreert de situatie waarvoor blijft gelden dat de consumenten op de relevante markt, gemiddeld genomen, ten minste volledig moeten worden gecompenseerd voor het nadeel dat zij van de afspraak ondervinden.

c) *Is de afspraak noodzakelijk en gaat zij niet verder dan nodig om de voordelen te bereiken?*

55. De noodzakelijkheidseis houdt in dat de duurzaamheidsafpraak (op alle onderdelen) redelijkerwijs noodzakelijk is voor het realiseren van het doel en de daaruit voortvloeiende voordelen.
56. Van de deelnemers aan de duurzaamheidsafpraak mag worden verwacht dat zij aannemelijk kunnen maken dat er realistisch gezien geen andere, minder mededingingsbeperkende mogelijkheid is om hetzelfde doel te bereiken. Dit kan bijvoorbeeld door te laten zien dat een collectieve afspraak nodig is omdat geen partij zich het kan veroorloven om als eerste zelfstandig zijn gedrag te veranderen. Ook kan een duurzaamheidsafpraak onmisbaar zijn wanneer één of enkele ondernemingen het beoogde doel duidelijk minder efficiënt kunnen realiseren vanwege bijvoorbeeld een gebrek aan expertise of schaalgrootte. In dat geval wordt door de duurzaamheidsafpraak de introductie van duurzame producten beter of sneller mogelijk.
57. Een duurzaamheidsafpraak mag voorts geen onnodige mededingingsbeperkingen bevatten. Als een doel op een minder beperkende wijze kan worden bereikt zonder dat afbreuk wordt gedaan aan de effectiviteit van de samenwerking, zal die weg moeten worden gevolgd. In sommige sectoren maken marktpartijen bijvoorbeeld afspraken over kwaliteitsstandaarden over duurzaamheidsaspecten van de producten en diensten. Dit is duidelijk minder mededingingsbeperkend dan een afspraak om bepaalde producten en diensten helemaal niet meer te vervaardigen of te verkopen.
58. Alleen de voordelen van een duurzaamheidsinitiatief waarvoor de mededingingsbeperkingen noodzakelijk zijn, vormen onderdeel van een beoordeling onder lid 3. In de voorgaande voorbeelden werd al verscheidene malen getoond hoe het noodzakelijkheidsvereiste wordt toegepast.

d) *Blijft er nog voldoende concurrentie over?*

59. 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. Niet alle ondernemingen die actief zijn op een bepaalde markt hoeven immers aan een initiatief mee te doen. Bovendien is van belang om na te gaan wat de invloed is van de duurzaamheidsafpraak op de belangrijkste concurrentieparameters in de desbetreffende productmarkt. Zolang betrokken marktpartijen op belangrijke parameters met elkaar kunnen blijven concurreren, zal er nog steeds voldoende ruimte zijn voor onderlinge concurrentie, zelfs bij marktdekkende duurzaamheidsafspraken.

6. Beleid ACM bij het beoordelen van duurzaamheidsafspraken

60. In eerste instantie dienen de ondernemingen zelf na te gaan of hun afspraak de mededinging beperkt en onder artikel 6 lid 1 Mw valt en, indien dit het geval is, voldoet aan artikel 6 lid 3 Mw. Voor dit *self assessment* hanteert de ACM de maatstaf zoals besproken in de hoofdstukken 4 en 5.
61. Indien ondernemingen twijfelen over de betrouwbaarheid van hun *self assessment* nodigt de ACM hen uit hierover met de ACM van gedachten te wisselen, liefst in een vroegtijdig stadium. De ACM zal dan aangeven welke zorgen zij eventueel heeft en meedenken over mogelijke oplossingen.
62. Voor publiekelijk bekend gemaakte duurzaamheidsafspraken waarbij deze Leidraad te goeder trouw zo goed mogelijk is gevolgd maar die later toch niet met de Mededingingswet verenigbaar blijken te zijn kan in overleg met, of na een interventie door, de ACM tot aanpassing van de afspraken worden gekomen. Boetes zal de ACM in deze gevallen niet opleggen. Dit geldt ook voor afspraken die bijtijds met de ACM zijn besproken en waarbij de ACM op dat moment geen grote risico's heeft gesignaleerd.

Wet ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven

63. Wanneer de ACM tot de conclusie komt dat een duurzaamheidsinitiatief niet in overeenstemming met de Mededingingswet kan worden gebracht, dan hebben initiatiefnemers verschillende mogelijkheden om hun initiatief toch verder te brengen.
64. Allereerst kunnen ondernemingen ervoor kiezen om het initiatief voor te leggen aan de wetgever. Algemene regels die het publieke belang dienen, vallen namelijk niet onder het toepassingsbereik van de Mededingingswet. Indien een initiatief vertaald wordt in regelgeving, kan daarmee het met het initiatief beoogde duurzaamheidsdoel mogelijk toch worden gerealiseerd.
65. Daarnaast hebben initiatiefnemers in de toekomst in sommige gevallen wellicht de mogelijkheid om zich te wenden tot de Minister van EZK. Volgens het Wetsvoorstel ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven kan de minister op verzoek (van eenieder, maar met onderbouwing en omschrijving van het draagvlak onder degenen die de te stellen regels zullen moeten naleven respectievelijk degenen voor wie de te stellen regels anderszins gevolgen zullen hebben) besluiten om in het belang van duurzame ontwikkeling een algemene maatregel van bestuur vast te stellen.
66. Binnen het kader van dit wetsvoorstel kunnen ondernemingen de Minister van EZK verzoeken om een maatregel te nemen waarmee een duurzaamheidsinitiatief wettelijk bindend wordt voor de hele sector. De Minister kan bij zijn afweging de ACM om advies vragen met betrekking tot de markteffecten van de te stellen regels. De Minister houdt bij het beoordelen van het verzoek onder andere rekening met de verhouding van de gevolgen van de te stellen regels tot de te realiseren duurzame ontwikkeling.
67. Dit kunnen bijvoorbeeld initiatieven betreffen waarvan de voordelen in overwegende mate buiten de kring valt van de gebruikers op de relevante markt(en) die door het initiatief worden geraakt. Het is aan ondernemingen en ondernemingsverenigingen zelf om te bepalen of zij de route via de Minister

van EZK willen bewandelen. Op dit moment is nog niet zeker of deze wet er gaat komen.

Toekomstbestendig mededingingsbeleid

68. Ten slotte merkt de ACM nogmaals op dat duurzaamheidsoverwegingen een fundamentele rol spelen in het debat en het denken over een toekomstbestendig mededingingsbeleid. Deze Leidraad is een weergave van de huidige stand van het denken. Voortschrijdend inzicht kan op termijn leiden tot aanpassing van deze Leidraad.
69. Deze Leidraad vervangt het Visiedocument Mededinging & Duurzaamheid uit 2014²⁴ en de Uitgangspunten toezicht ACM op duurzaamheidsafspraken uit 2016.²⁵

CONCEPT

Eindnoten Leidraad Duurzaamheidsafspraken

1 Op dit moment is de Wet ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven nog niet aangenomen. Het wetsvoorstel en de laatste stand van zaken zijn te vinden op de website van de Tweede Kamer:

<https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/wetsvoorstellen/detail?id=2019Z14708&dossier=35247>.

2 Tweede Kamer, vergaderjaar 2018 – 2019, 35 247, nr. 2, Voorstel van Wet. Zie ook Tweede Kamer, vergaderjaar 2018 – 2019, 35 247, nr. 3, Memorie van Toelichting, blz. 1/2 en 5. Uit het wetsvoorstel volgt dat de reikwijdte van de Wet ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven zich beperkt tot verzoeken die betrekking hebben op a) (1) elektriciteit, (2) gebouwde omgeving, (3) industrie, (4) landbouw en landgebruik en 5) mobiliteit; b) duurzame energieproductie of energiebesparing en c) diergezondheid en dierenwelzijn. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen andere onderwerpen worden aangewezen waarop een verzoek betrekking kan hebben (artikel 2, Wet voorstel ruimte duurzaamheidsinitiatieven).

3 Verdrag van Parijs, 12 december 2015, Tractatenblad 2016, nr. 162 (om de door de mens veroorzaakte klimaatverandering tegen te gaan).

4 The 2030 Agenda for Sustainable Development, A/RES/70/01, Verenigde Naties. Zie ook Towards a safe operating space for the Netherlands, 12 juli 2018, Van mondiale SDG-ambities naar nationale beleidsdoelen, 13 maart 2019, Planbureau voor de Leefomgeving en de Nederlandse SDG Rapportages, Nederland ontwikkelt duurzaam, 2017, 2018 en 2019.

5 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, Staatsblad 2019, 253. Inwerkingtreding 1 september 2019, Staatsblad 2019, 254.

6 ECLI:NL:2019:2006 Hoge Raad 19/00135 d.d. 20-12-2019, Staat der Nederlanden t. Stichting Urgenda.

7 Onder meer: Nederland circulair in 2050, ministeries IenM en EZ, september 2016, Uitvoeringsprogramma Circulaire Economie 2019-2023, ministeries IenW en EZK, februari 2019, Eindrapport Grondstof of afval, ministerie IenW, oktober 2019, Landbouw, natuur en voedsel: waardevol en verbonden, ministerie LNV, september 2018, Realisatieplan Visie LNV, Op weg met nieuw perspectief, juni 2019 en de kamerbrief Duurzame Veehouderij, ministerie LNV, september 2019. Zie ook het Integraal Nationaal Energie- en Klimaatplan 2021-2030, ministerie EZK, november 2019.

8 Algemene Vergadering van de Verenigde Naties, Resolutie A/Res/66/288 van 27 juli 2012, RIO+20. Zie ook Tweede Kamer, vergaderjaar 2018 - 2019, 35 247, nr. 3, Memorie van Toelichting bij het Wetsvoorstel ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven, blz. 11.

9 <https://www.acm.nl/nl/publicaties/leidraad-samenwerking-tussen-concurrenten>.

10 <https://www.acm.nl/nl/publicaties/leidraad-afspraken-tussen-leveranciers-en-afnemers>.

11 Er zijn ook andere wettelijke vrijstellingen van het kartelverbod. De Mededingingswet noemt in artikelen 12 en 13 afspraken die vallen onder een Europese Groepsvrijstelling. Een ander voorbeeld is artikel 7 van de Mededingingswet waarin afspraken van geringe betekenis worden uitgezonderd van het kartelverbod (zogenoeten bagatel-vrijstelling).

12 Voor dergelijke duurzaamheidsafspraken is ook relevant de Mededeling van de Commissie (2011/C 11/01), 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), randnummers 257, 259, 263 en verder (hierna: Richtsnoeren Horizontalen VWEU).

13 Richtsnoeren Horizontalen VWEU, randnummer 280.

14 Gerecht van Eerste Aanleg, arrest d.d. 26 september 2018, EAEPC, T-574/14, r.o.130, 133 en 134.

15 Mededeling van de Commissie (2004/C 101/08), Richtsnoeren betreffende de toepassing van art. 81, lid 3, van het Verdrag (PbEU 2004, C 101, p. 97-118) (hierna: Richtsnoeren Toepassing 101 lid 3 VWEU).

16 Beleidsregel van de Minister van Economische Zaken van 30 september 2016, nr. WJZ/16145098, houdende

beleidsregels inzake de toepassing door de Autoriteit Consument en Markt van artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet bij mededingingsbeperkende afspraken die zijn gemaakt ten behoeve van duurzaamheid, Staatscourant 2016, nr. 52945, 5 oktober 2016.

17 Zie artikel 6, vierde lid, van de Mededingingswet.

18 Richtsnoeren Toepassing 101 lid 3 VWEU, randnummers 59 t/m 72.

19 Gerecht van Eerste Aanleg, arrest d.d. 11 juli 1996, Métropole Télévision, gevoegde zaken T-528/93, T-542/93, T-543/93 en T-546/93, r.o. 119 en 120.

20 Richtsnoeren Toepassing 101 lid 3 VWEU, met name randnummers 43 en 85.

21 Richtsnoeren Toepassing 101 lid 3 VWEU, met name randnummers 87 – 89.

22 Zie: CE Handboek Milieuprijzen (CE Delft 2017).

23 Algemene Leidraad MKBA (CPB en PBL 2013).

24 ACM, Visiedocument Mededinging & Duurzaamheid, mei 2014.

25 <https://www.acm.nl/nl/onderwerpen/concurrentie-en-marktwerking/concurrentie-en-afspraken-tussen-bedrijven/duurzaamheid-en-concurrentie/uitgangspunten-toezicht-acm-op-duurzaamheidsafspraken>.