

## **Begeleidende notitie bij de tweede concept Leidraad 'Duurzaamheidsafspraken, mogelijkheden binnen het mededingingsrecht'**

De tweede concept Leidraad '*Duurzaamheidsafspraken, mogelijkheden binnen het mededingingsrecht*' (hierna: de Leidraad) toont het voorgenomen nieuwe mededingingstoezicht en beleid van de ACM als het gaat om duurzaamheidsafspraken. De Leidraad bevat zowel een verruiming als een extra verduidelijking van de toepassing van het kartelverbod op duurzaamheidsafspraken tussen ondernemingen.

Op 9 juli 2020 is een eerste concept van de Leidraad (hierna: concept-Leidraad) ter consultatie gepubliceerd. Tijdens de consultatieperiode zijn in totaal 24 reacties ontvangen van stakeholders. Deze reacties waren afkomstig van (vooral grotere) internationale ondernemingen, NGO's, brancheorganisaties, advocatenkantoren, economische wetenschappers en enkele andere mededingingsautoriteiten. Het overgrote deel van de reacties toonde zich positief over de concept-Leidraad. In de reacties is ook gewezen op enkele punten die voor de betrokkenen nog onduidelijk waren en vragen oproepen. De ACM heeft de concept-Leidraad op basis hiervan aangepast. Hieronder is een beknopte weergave van de belangrijkste punten uit de consultatie en de wijze waarop deze in de Leidraad zijn verwerkt.

De ACM heeft de voorkeur voor een binnen de EU geharmoniseerd mededingingsbeleid op dit gebied. Aangezien in Europees verband nog wordt bediscussieerd hoe duurzaamheidsafspraken in het kader van artikel 101 lid 3 VWEU het best kunnen worden beoordeeld, publiceert de ACM op dit moment nog geen definitieve leidraad. In de tussentijd zal de ACM deze concept-Leidraad alvast hanteren als prioteringsinstrument.

### **Belangrijkste wijzigingen n.a.v. de consultatie**

#### *Grens tussen milieuschadeafspraken en overige duurzaamheidsafspraken*

Het onderscheid dat door de ACM is gemaakt tussen milieuschadeafspraken en 'overige duurzaamheidsafspraken' riep vragen op. De reacties in de consultatie kwamen in de kern neer op de vraag of er een goede rechtvaardiging zou bestaan om milieuschadeafspraken gunstiger te behandelen dan de categorie 'overige duurzaamheidsafspraken'. De ACM heeft op dit punt de Leidraad aangescherpt en voorzien van extra motivering. In de Leidraad wordt in randnummer 8 omschreven wat de ACM verstaat onder milieuschadeafspraken en in de randnummers 44 tot en met 47 wordt dieper ingegaan op de voorwaarden waaronder gebruikers niet volledig gecompenseerd hoeven te worden voor de nadelen van een mededingingsbeperking en waarom de ACM dat billijk acht. Daarbij is ook aangegeven waarin milieuschadeafspraken zich onderscheiden van de 'overige duurzaamheidsafspraken'. Hieronder worden de wijzigingen kort toegelicht.

De ACM verstaat onder milieuschade alle schade aan het milieu bij de productie en consumptie van goederen of diensten. Kenmerkend voor milieuschadeafspraken is dat zij gericht zijn op het verminderen van negatieve externe effecten (dat wil zeggen: schade voor de samenleving als geheel die niet in de kosten van de productie is inbegrepen). In de nieuwe versie van de Leidraad wordt sterker benadrukt dat deze externaliteiten leiden tot een inefficiënt gebruik van schaarse natuurlijke hulpbronnen (*common resources*). De Leidraad gaat ervan uit dat wanneer ondernemingen door samen te werken milieuschade verminderen, zij een efficiëntievoordeel genereren (randnummers 8 en 36). Deze efficiëntievoordelen kunnen bij een beoordeling onder lid 3 in aanmerking worden genomen mits de afspraak noodzakelijk is om deze te realiseren. Dit volgt uit het derde vereiste van lid 3. In de concept-versie van de Leidraad werd in dit verband gesproken over 'first mover disadvantage'. Deze term is, gelet op enkele reacties, niet voldoende duidelijk. In de nieuwe versie staat dat een afspraak noodzakelijk kan zijn wanneer het, onder andere op grond van economische redenen, onwaarschijnlijk is dat ondernemingen individueel in staat zijn om tot een verandering van productie of distributie te komen die leidt tot een efficiënter gebruik van natuurlijke hulpbronnen (randnummer 65 en voorbeeld 4).

Voor 'overige duurzaamheidsafspraken' die kunnen zien op bijvoorbeeld arbeidsomstandigheden, dierenwelzijn of mensenrechten, volgt de ACM het uitgangspunt dat de gebruikers volledig moeten worden gecompenseerd voor de nadelen die zij van de mededingingsbeperking ondervinden. Echter, dit type afspraken kunnen om andere redenen buiten het kartelverbod vallen, zoals nader is toegelicht in de randnummers 27 tot en met 29 van de Leidraad.

*De ACM neemt te snel aan dat afspraken nodig zijn om tot een duurzamer productie te komen*

Vanuit de kant van economen is de zorg geuit dat de ACM te snel aanneemt dat afspraken noodzakelijk zouden zijn om voortgang te boeken naar een duurzamer productie. Hierbij is er op gewezen dat een te welwillende houding ten opzichte van duurzaamheidsafspraken zelfs een averechts effect kan hebben omdat deze afspraken voor ondernemingen de prikkel verminderen om in onderlinge concurrentie te dingen naar de gunst van consumenten die, in toenemende mate, een voorkeur hebben voor mee duurzame producten.

De ACM meent dat in het door haar voorgestelde toetsingskader voldoende waarborgen zitten om een dergelijk averechts effect te voorkomen maar heeft, in reactie op deze kritiek, wel enkele verduidelijkingen en aanscherpingen in de nieuwe concept-Leidraad aangebracht. In randnummer 38 wordt er nu nadrukkelijk op gewezen dat ondernemingen vaak op eigen kracht tot een duurzamer productie kunnen komen en dat zij dit ook daadwerkelijk doen. Voorts is de toepassing van het noodzakelijkheidscriterium iets scherper geformuleerd. Beklemtoond wordt dat een afspraak pas noodzakelijk is *wanneer*, en *voor zover*, deze een marktfalen oplost (zie randnummers 36,37 en 66). Hieruit blijkt al dat de ACM duurzaamheidsclaims niet zal honoreren wanneer aannemelijk is dat marktpartijen de duurzaamheidswinst op eigen kracht kunnen bereiken. Bovendien moet een afspraak ook zijn toegesneden op de geconstateerde marktimperfectie. Wanneer consumenten bijvoorbeeld bereid zijn om meer te betalen voor duurzame producten terwijl het enige probleem is dat zij onvoldoende vertrouwen hebben in de duurzaamheidsclaims van marktpartijen, dan kan de oplossing zijn dat deze partijen gezamenlijk tot een certificering van de producten komen. Een verdergaande afspraak is dan in beginsel niet nodig.

Specifiek ten aanzien van milieuschadeafspraken wordt in de Leidraad nu bovendien uitgelegd dat de kosten van dergelijke afspraken voor de consument niet hoger mogen zijn dan de kosten van een overheidsmaatregel die eenzelfde duurzaamheidswinst oplevert. Deze zogenoemde kostenefficiëntietoets wordt besproken onder het onderdeel noodzakelijkheid (zie randnummer 67).

*Wouters-route: andere mogelijkheden voor toetsing duurzaamheidsafspraken*

In de reacties op de consultatie is de leer van de inherente beperkingen (ook wel aangeduid als de *Wouters-route*) een aantal keer genoemd als een geschikte(re) manier om duurzaamheidsafspraken met een legitiem doel buiten het kartelverbod van artikel 6, eerste lid Mw / te laten vallen. In de concept-Leidraad miste een verwijzing hiernaar. De ACM heeft ook nagedacht over de toepassing van dit leerstuk, maar vindt het leerstuk nog onvoldoende uitgekristalliseerd om daarover in de Leidraad uitleg te geven. In randnummer 18 van de Leidraad is de keuze van de ACM voor de benadering onder artikel 6, derde lid, Mw voorzien van een extra motivering.

*Een lijn binnen Europa: verhouding tot het Europese mededingingsrecht*

Regelmatig werd er in de consultatie op gewezen dat de ACM met haar Leidraad een bijzondere positie inneemt binnen Europa en afwijkt van het standpunt van de Europese Commissie, dan wel afwijkt van een gangbare interpretatie van het Europese mededingingsrecht. In dat kader werd bijvoorbeeld benadrukt dat voor verstrekkende gezamenlijke duurzaamheidsinitiatieven het noodzakelijk is dat binnen Europa eenzelfde lijn wordt gehanteerd. Daarbij is genoemd dat onduidelijkheid over het antwoord op de vraag of de Europese Commissie en Europese rechterlijke instanties de Leidraad steunen, ervoor zorgt dat internationaal opererende ondernemingen lastig zouden kunnen profiteren van de Leidraad.

De ACM is van mening dat zij met haar Leidraad een juiste uitleg geeft van het Europese mededingingsrecht en weet zich hierin ook gesteund door diverse deskundigen. Anderzijds vindt de ACM het ook belangrijk dat er op Europees niveau en in andere lidstaten van de Europese Unie consensus wordt bereikt over de toepassing van de mededingingsregels op duurzaamheidsinitiatieven. De ACM hoopt dat de publicatie van haar Leidraad en verdere discussie daar een bijdrage aan levert..

#### *Onderbouwing van de (efficiëntie)voordelen*

In meerdere reacties is gevraagd om extra *guidance* voor het onderbouwen van de (efficiëntie)voordelen van duurzaamheidsafspraken. De ACM heeft in de randnummers 38 tot en met 41 uiteengezet hoe efficiëntievoordelen in kaart kunnen worden gebracht en (in randnummers 56 tot en met 62) welke methoden daarvoor kunnen worden gebruikt.

De ACM heeft een technisch-economisch rapport laten opstellen over de methoden waarmee de efficiëntie voordelen kwantitatief onderbouwd kunnen worden. Dit rapport wordt openbaar gemaakt en op onze website opgenomen.

Diverse respondenten hebben gevraagd om nadere verduidelijking van de geografische reikwijdte bij het meenemen van de voordelen voor gebruikers. De vraag die daarbij werd gesteld was of voordelen buiten Nederland kunnen worden meegenomen. Dit is sterk afhankelijk van de casus die ter beoordeling voorligt en heeft daarom niet geleid tot aanpassingen in de Leidraad. In principe kunnen voordelen buiten Nederland meegenomen worden, zeker als milieuschadeafspraken een buitenlandse en grensoverschrijdende uitwerking hebben zowel op het gebied van de voordelen als de nadelen van die afspraken. Wel moet in dat geval onderbouwd worden op welke wijze de baten hun neerslag hebben op gebruikers in Nederland. Dit kan alleen van geval tot geval worden beoordeeld.

#### *Rol van bindende normen*

Een ander punt dat in de consultatie naar voren kwam, was de rol van bindende normen. Zo was niet duidelijk waarom de ACM aan bindende normen waarde hecht en op welke normen de ACM doelt. Dit punt heeft tot enkele wijzigingen geleid. De Leidraad gaat er bij milieuschadeafspraken vanuit dat de afspraak een efficiënte bijdrage moet leveren aan de naleving van een internationale of nationale norm of een concreet beleidsdoel. Dit draagt eraan bij dat een niet volledige compensatie van de gebruikers van de nadelen die de afspraak voor hen heeft, gelegitimeerd is door een handeling van de regering of parlement. Bovendien vormt een norm of beleidsdoel een belangrijk aanknopingspunt om, door de toepassing van schaduwprizen, te bepalen wat de waarde is van de baten die uit een afspraak voortvloeien. Tevens is in de Leidraad verduidelijkt dat een duurzaamheidsafpraak op meerdere internationale en nationale normen betrekking kan hebben en dat dit niet is beperkt tot klimaat-gerelateerde doelen.

#### *Verduidelijking van de categorieën toegestane afspraken*

De ACM heeft op basis van de input uit de consultatieronde de omschrijving van de categorieën toegestane duurzaamheidsafspraken aangepast. Meer specifiek is de tweede categorie 'codes voor milieuo- en klimaatbewust marktgedrag' uitgebreid met sociaal verantwoord marktgedrag (randnummer 24) en is bij de laatste categorie uitvoeriger ingegaan op de beoordeling van IMVO-convenanten onder de Leidraad (randnummers 27 tot en met 29) waarin ondernemingen afspraken maken om internationale normen op het gebied van kinderarbeid, leefbaar loon en vakbondsvrijheid na te leven. De Leidraad maakt een uitzondering op het verbod op mededingingsbeperkende afspraken indien deze betrekking hebben op voldoende concrete en internationale normen.