

# Duurzaamheidsinitiatieven en het kartelverbod: een praktische handreiking

Bb 2018/34

## 1. Inleiding

We staan er niet vaak bij stil. Onze westerse ‘ecologische voetafdruk’ is zo groot dat er meerdere aardbollen nodig zijn als alle aardbewoners onze levensstijl zouden overnemen.<sup>2</sup> We consumeren meer dan we ons qua milieukosten kunnen veroorloven. We zijn als consument ook niet verplicht de werkelijk gemaakte milieukosten te betalen bij aankoop van een product of dienst. Deze kosten kunnen – vrijwel ongemerkt – op volgende generaties worden afgeschoven. Een illustratief voorbeeld is de prijs van vliegtickets. In de prijs van vliegtickets zijn alle kosten meegerekend die gemaakt moeten worden om een persoon van A naar B te vervoeren. Er wordt echter nauwelijks rekening gehouden met milieukosten op de korte en langere termijn – die lastig meetbaar zijn. Zelfs als deze milieukosten als ‘prijs’ worden getoond, blijkt de bereidwilligheid van consumenten om de CO<sub>2</sub>-uitstoot van de reis te compenseren erg laag; slechts één op de 800 reizigers koos daar in 2016 vrijwillig voor.<sup>3</sup>

Voor een onderneming zal het niet snel aantrekkelijk zijn om als enige in de markt de milieukosten voor eigen rekening te nemen. Dit kan leiden tot een *first mover disadvantage*. De milieukosten leiden tot een kleinere marge, tenzij milieukosten in de prijs worden verdisconteerd. Het rekenen van hogere prijzen voor verder gelijkwaardige producten of diensten leidt er in de regel toe dat consumenten kiezen voor het alternatief met de laagste prijs. Het kan in zulke gevallen aantrekkelijk zijn de milieubewuste optie met concurrenten af te stemmen.

Het afstemmen van duurzaamheidsinitiatieven met concurrenten kan in strijd zijn met het kartelverbod. Het is echter ook niet zo dat elke vorm van samenwerking op het gebied van duurzaamheid verboden is. Tussen de *hardcore* beperking en het niet van toepassing zijn van het kartelverbod ligt een aanzienlijk grijs gebied. Deze bijdrage beoogt een praktische handreiking te bieden bij het beoordelen van de mededingingsrechtelijke aspecten van duurzaamheidsinitiatieven. Als eerste zal worden besproken wanneer een duurzaamheidsinitiatief in strijd kan zijn met het kartelverbod. Daarna zal worden ingegaan op de beschikbare uitzonderingsmogelijkheden. Tot slot worden recente en toekomstige ontwikkelingen kort uiteengezet.

## 2. Duurzaamheidsinitiatieven en het kartelverbod

Een bekend Nederlands voorbeeld in dit kader is de Kip van Morgen zaak. Dit betrof een gezamenlijk duurzaamheidsinitiatief waarbij supermarkten afspraken met de vleesverwerkende industrie en de pluimveesector om op termijn alleen nog duurzame kip te verkopen. De Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) achtte deze afspraak in strijd met het mededingingsrecht omdat dergelijke afspraken – kort gezegd – tot een beperking leiden van de keuzemogelijkheden van de consument in de supermarkt en daarmee de mededinging beperken.<sup>4</sup>

### 2.1 Afspraken in strijd met het kartelverbod

Het kartelverbod (art. 101 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) en art. 6 Mededingingswet (hierna: Mw)) verbiedt ondernemingen samen te werken voor zover die samenwerking de concurrentie beperkt.<sup>5</sup> Concurrentiebeperkende gedragingen zijn, onder meer, het onderling afstemmen van prijzen, het gezamenlijk beperken van het aanbod en het verdelen van markten. Het kan gaan om horizontale samenwerking tussen (potentiële) concurrenten of verticale samenwerking tussen partijen die elkaars afnemer en leverancier zijn. In het algemeen geldt dat horizontale samenwerking tussen (potentiële) concurrenten sneller mededingingsbeperkend is dan verticale samenwerking.

Bovendien geldt het onderscheid tussen strekkingsbeperkingen (ook wel doelbeperkingen genoemd) en gevolgbeperkingen. Strekkingsbeperkingen zijn gedragingen die in dusdanige mate nadelig zijn voor de mededinging dat zij naar hun aard worden geacht de mededinging te beperken, waardoor er geen onderzoek naar de mededingingsbeperkende gevolgen noodzakelijk is. Of er sprake is van een strekkingsbeperking dient restrictief te worden uitgelegd.<sup>6</sup> Een typische strekkingsbeperking is het onderling afstemmen van prijzen tussen concurrenten. Ervaring leert namelijk dat een dergelijke gedraging schadelijk is voor de mededinging.<sup>7</sup> Indien een gedraging er niet toe strekt de mededinging te beperken, moet een beoordeling volgen naar de mededingingsbeperkende gevolgen. Deze beoordeling behelst een *counterfactual*; een vergelijking tussen de

1 Jori de Goffau is advocaat bij Houthoff.

2 Zie bijvoorbeeld: Global footprint Network, *What is your Ecological Footprint?*, [www.footprintcalculator.org](http://www.footprintcalculator.org).

3 Reisorganisaties gaan CO<sub>2</sub> uitstoot compenseren, <https://nos.nl/artikel/2211151-reisorganisaties-gaan-co2-uitstoot-compenseren.html>.

4 Analyse ACM van duurzaamheidsafspraken ‘De Kip van Morgen’ 2014, p. 4.

5 Het Europese kartelverbod is rechtstreeks van toepassing voor zover er sprake is van een gedraging die de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden; Mededeling van de Commissie (2004/C 101/07) Richtsnoeren betreffende het begrip ‘beïnvloeding van de handel’ in de art. 81 en 82 van het Verdrag (PbEU 2004, C 101, p. 81-96).

6 HvJ EU 11 september 2014, ECLI:EU:C:2014:2204 (*Cartes Bancaires*), r.o. 48 e.v.; 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), rnr. 20 (hierna: Richtsnoeren art. 101 lid 3 VWEU).

7 HvJ EU 11 september 2014, ECLI:EU:C:2014:2204 (*Cartes Bancaires*), r.o. 51.

huidige situatie en de hypothetische situatie zoals die zou bestaan in afwezigheid van de beweerdelijk mededingingsbeperkende gedragingen.<sup>8</sup>

## 2.2 Afspraken niet in strijd met het kartelverbod

Niet alle afspraken die concurrenten met elkaar maken zijn in strijd met het kartelverbod. Als afspraken geen betrekking hebben op belangrijke concurrentieparameters (zoals prijs, hoeveelheid en kwaliteit), zullen zij minder snel de mededinging beperken.<sup>9</sup> Een voorbeeld daarvan is het gezamenlijk oprichten van een duurzaamheidskeurmerk. Ook met betrekking tot afspraken in de kledingbranche over een leefbaar loon in Bangladesh oordeelde de ACM dat deze niet in strijd zijn met het kartelverbod.<sup>10</sup> Toch bestaat er ook een aanzienlijk grijs gebied, zonder al te veel rechtszekerheid. Afspraken die er niet toe strekken de mededinging te beperken, dienen te worden beoordeeld op mededingingsbeperkende gevolgen. Voor deze beoordeling is veel markt-informatie nodig. Zelfs mededingingsautoriteiten – waar de bewijslast in dezen rust – wagen zich niet snel aan een dergelijke beoordeling.

## 3. Duurzaamheidsinitiatieven uitgezonderd van het kartelverbod

Duurzaamheidsinitiatieven die in beginsel in strijd zijn met het kartelverbod, kunnen daarvan worden uitgezonderd. Bij de beoordeling van een potentieel mededingingsbeperkend duurzaamheidsinitiatief, verdient het vaak de voorkeur om te beginnen bij de analyse welke uitzonderingsmogelijkheden er van toepassing zijn. Waar sommige uitzonderingen ook in de praktijk goed toepasbaar zijn, bestaan andere uitzonderingen slechts in theorie. Hieronder volgt een stapsgewijze behandeling van deze uitzonderingen, in een voor de praktijk logische volgorde:

### Stap 1: de bagatelvrijstelling

De bagatelvrijstelling is de ondergrens van het kartelverbod. Indien ondernemingen voldoen aan de voorwaarden uit het bagatelvrijstellingsbesluit, vallen de afspraken niet onder het Nederlandse kartelverbod. De bagatelvrijstelling biedt rechtszekerheid: zowel strekkingsbeperkingen als gevolgbeperkingen zijn uitgezonderd. Art. 7 Mw kwalificeert als bagatel:

- (i) overeenkomsten waarbij maximaal 8 ondernemingen betrokken zijn met een gezamenlijke omzet van ten hoogste € 5,5 miljoen (indien zij zich bezighouden met de levering van goederen) of € 1,1 miljoen (in alle andere gevallen); en

- (ii) overeenkomsten tussen concurrenten met een gezamenlijk marktaandeel van niet meer dan 10%, mits deze niet de handel tussen de EU Lidstaten op merkbare wijze ongunstig kunnen beïnvloeden.

### Stap 2: de De Minimis uitzondering

Indien ondernemingen voldoen aan de voorwaarden uit de De Minimis-mededeling van de Europese Commissie (hierna: EC) zijn de afspraken die zij maken uitgezonderd van art. 101 VWEU. Deze uitzondering geldt echter niet voor strekkingsbeperkingen.<sup>11</sup> Om aan de De Minimis uitzondering te voldoen gelden de volgende voorwaarden:

- (i) het gezamenlijke marktaandeel van de partijen bij de overeenkomst is op geen van de relevante markten groter dan 10%; of
- (ii) het marktaandeel van elk van de partijen bij de overeenkomst is op geen van de relevante markten groter dan 15%.

### Stap 3: de nevenrestrictie

Een in de literatuur veelbesproken uitzonderingsmogelijkheid is het aanmerken van een mededingingsbeperkend duurzaamheidsinitiatief als nevenrestrictie.<sup>12</sup> Dit is gebaseerd op rechtspraak van het Europees Hof van Justitie (hierna: HvJ EU) waaruit volgt dat publieke belangen mededingingsbeperkend gedrag kunnen rechtvaardigen, mits dit noodzakelijk en proportioneel is. Zo werd in *Wouters*<sup>13</sup> de goede uitoefening van het beroep van advocaat, in *Meca-Medina*<sup>14</sup> het voorkomen van doping in sport en in *API*<sup>15</sup> het beschermen van verkeersveiligheid als publieke belangen geaccepteerd. Duurzaamheid lijkt ook een duidelijk publiek belang te zijn, dat in theorie ook op deze wijze als nevenrestrictie kan worden gekwalificeerd. Het voornaamste probleem is echter dat deze benadering op het gebied van duurzaamheid niet eerder is erkend in de rechtspraak van het HvJ EU.<sup>16</sup>

### Stap 4: de groepsvrijstellingen

Hoewel de Europese groepsvrijstellingsverordeningen niet specifiek betrekking hebben op gezamenlijke duurzaamheidsinitiatieven is het goed mogelijk dat een dergelijk initiatief kan worden uitgezonderd op basis van een groepsvrijstelling voor bepaalde typen overeenkomsten. Zo bestaan er groepsvrijstellingsverordeningen voor onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten, voor specialisatieovereen-

8 Mededeling van de Commissie (2011/C 11/01) Richtsnoeren inzake de toepassing van art. 101 VWEU op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (*PbEU 2011*, C 11, p. 1-72), rnr. 29.

9 Beleidsregel van de Minister van Economische Zaken van 30 september 2016, nr. WJZ/16145098, houdende beleidsregels inzake de toepassing door de ACM van art. 6, derde lid, van de Mededingingswet bij mededingingsbeperkende afspraken die zijn gemaakt ten behoeve van duurzaamheid, *Stcrt.* 2016, 52945 (hierna: Beleidsregel EZ), toelichting par. 2.1.

10 Beleidsregel EZ, toelichting par. 2.1.

11 Mededeling van de Commissie (2014/C 291/01) betreffende overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van art. 101, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (*PbEU C 291*, p. 1-5) (hierna: De Minimis-mededeling).

12 Anna Gerbrandy, 'Solving a Sustainability-Deficit in European Competition Law', *World Competition*, 2017/40, afl. 4, p. 539-562; Visiedocument Mededinging & Duurzaamheid 2014, p. 10.

13 HvJ EU 19 februari 2002, ECLI:EU:C:2002:98 (*Wouters*), r.o. 97.

14 Anna Gerbrandy, 'Solving a Sustainability-Deficit in European Competition Law', *World Competition*, 2017/40, afl. 4, p. 539-562.

15 HvJ EU 4 september, ECLI:EU:C:2014:2147 (*API*), r.o. 51.

16 Gerbrandy, *World Competition*, 2017/40, afl. 4, p. 554, 555.

komsten en voor verticale overeenkomsten.<sup>17</sup> Op grond van de groepsvrijstellingsverordening voor onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten zijn, onder meer, onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten tussen concurrenten – in beginsel – vrijgesteld indien deze concurrenten gezamenlijk niet meer dan 25% marktaandeel hebben op de relevante markt.<sup>18</sup> Op grond van de verticale groepsvrijstellingsverordening worden overeenkomsten tussen leveranciers en afnemers – in beginsel – vrijgesteld van het kartelverbod indien de marktaandelen van de leverancier (op de verkoopmarkt) en van de afnemer (op de inkoopmarkt) niet meer dan 30% bedragen.<sup>19</sup> Tevens zijn in Nederland de vrijstellingsregelingen voor bepaalde branchebeschermingsovereenkomsten en bepaalde samenwerkingsovereenkomsten in de detailhandel van toepassing.<sup>20</sup>

#### Stap 5: de lid 3 uitzondering

De art. 6 lid 3 (en art. 101 lid 3 VWEU) uitzondering is in zegen een weegschaal waarop efficiëntie voordelen van de samenwerking worden afgewogen tegen de nadelige effecten op grond van lid 1. Hierbij geldt: hoe ernstiger de beperking, hoe minder snel deze wordt uitgezonderd van lid 3.<sup>21</sup> Het gaat om een beoordeling waarbij ondernemingen zelf moeten inschatten of hun samenwerking aan de voorwaarden voldoet. Gedragingen kunnen alleen uitgezonderd worden van het kartelverbod indien:

- (i) zij bijdragen tot verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang, mits
- (ii) een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt; en
- (iii) er geen beperkingen worden opgelegd die voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn; en
- (iv) zij geen mogelijkheid geven om voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.

Een bekend voorbeeld is het gezamenlijke duurzaamheidsinitiatief van wasmachinefabrikanten en importeurs. Deze ondernemingen spraken af de productie en import van bepaalde types niet-energie efficiënte wasmachines te staken. Volgens de EC vormde dit een beperking van de keuzemoge-

lijkheden van consumenten en zou dit ook tot hogere prijzen kunnen leiden (door hogere productiekosten). Daarmee strekte deze samenwerking ertoe de mededinging te beperken. Toch werd dit duurzaamheidsinitiatief toegestaan, vanwege efficiëntievoordelen (op basis van art. 101 lid 3 VWEU) voor individuele gebruikers in de vorm van besparingen op de elektriciteitsrekening.<sup>22</sup>

In de regel is het lastig voor duurzaamheidsinitiatieven om aan lid 3 te voldoen. De voorwaarde is immers dat de voordelen ten minste ten goede moeten komen aan de huidige (rechtstreekse of onrechtstreekse) gebruikers op de betreffende relevante markt.<sup>23</sup> Met andere woorden, de groep gebruikers van de producten of diensten mag er niet per saldo op achteruit gaan.<sup>24</sup> Er zullen echter vaak geen directe positieve gevolgen zijn voor gebruikers. Bovendien zullen de meeste gebruikers ook niet bereid zijn te betalen voor de daadwerkelijk gemaakte milieukosten. Daarom hechtte de ACM in de 'Kip van Morgen' belang aan een economische analyse waarin werd gemeten of de gebruikers van kippenvlees bereid zouden zijn een hogere prijs te betalen voor duurzaam kippenvlees.<sup>25</sup> De uitkomst hiervan was dat de gebruikers deze prijs niet wilden betalen. Dit raakt de kern van het duurzaamheidsvraagstuk; de gemiddelde consument schuift de milieukosten het liefst af op toekomstige generaties.

#### 4. Geschiedenis van de ACM handhaving sinds 2013

Na de spraakmakende ACM notitie met betrekking tot het sluiten van de kolencentrales uit de jaren 1980, volgden in april 2014 de beleidsregels van de Minister van Economische Zaken (de hierna: Minister) en het ACM visiedocument Mededinging & Duurzaamheid. Vlak daarna volgde de visie van de ACM op het 'De Kip van Morgen' initiatief.<sup>26</sup> Doordat de ACM zowel bij de kolencentrales uit de jaren 1980 als de 'Kip van Morgen' tot de conclusie kwam dat de gezamenlijke duurzaamheidsinitiatieven in strijd waren met het kartelverbod, bleef er veel onzekerheid boven de markt hangen. Met als doel meer ruimte te creëren voor gezamenlijke duurzaamheidsinitiatieven heeft de Minister in 2016 herziene beleidsregels gepubliceerd. De Minister had aanvankelijk voor ogen de mogelijkheid te scheppen om (i) voordelen buiten de relevante markt, alsmede (ii) voordelen voor niet-gebruikers te betrekken in de lid 3 afweging.<sup>27</sup> Deze benadering staat echter op gespannen voet met de visie van de EC en de ACM.<sup>28</sup> Uiteindelijk heeft de Minister meer behoudende beleidsregels gepubliceerd, waarin een uitgebreidere

17 Verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van art. 101, lid 3, van het VWEU op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (*PbEU* L 102, p. 1-7) (hierna: Verticale groepsvrijstellingsverordening); Verordening EU nr. 1217/2010 van de Commissie van 14 december 2010 betreffende de toepassing van art. 101, lid 3, van het VWEU op bepaalde groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten (*PbEU* L 335, p. 36-42) (hierna: Groepsvrijstellingsverordening voor onderzoek- en ontwikkelingsovereenkomsten); Verordening EU nr. 1218/2010 van de Commissie van 14 december 2010 betreffende de toepassing van art. 101, lid 3, van het VWEU op bepaalde groepen specialisatieovereenkomsten (*PbEU* L 335, p. 43-47). Op grond van art. 12 jo. 13 Mededingingswet zijn deze Groepsvrijstellingen ook van toepassing op het Nederlandse kartelverbod.

18 Art. 2 jo. 4 Groepsvrijstellingsverordening voor onderzoek- en ontwikkelingsovereenkomsten.

19 Art. 3 jo. 4 Verticale Groepsvrijstellingsverordening.

20 Besluit vrijstelling branchebeschermingsovereenkomsten, *Stb.* 1997, 596; Besluit vrijstelling samenwerkingsovereenkomsten detailhandel, *Stb.* 1997, 704.

21 Richtsnoeren art. 101 lid 3 VWEU, rnr. 11.

22 Beschikking EC van 24 januari 1999 in de zaak IV.F.1/36.718 – CECEDE, rnr. 25 e.v.

23 Richtsnoeren art. 101 lid 3 VWEU, rnr. 84.

24 Richtsnoeren art. 101 lid 3 VWEU, rnr. 85, 87.

25 Analyse ACM van duurzaamheidsafspraken 'De Kip van Morgen' 2014, par. 6.

26 Beleidsregel EZ; Analyse ACM van duurzaamheidsafspraken 'De Kip van Morgen' 2014; Notitie ACM over de sluiting van 5 kolencentrales in het SER Energieakkoord 2013.

27 *Kamerstukken II* 2015/16, 30196, 463.

28 Richtsnoeren art. 101 lid 3 VWEU, rnr. 83 e.v.

toelichting is opgenomen met voorbeelden van duurzaamheidsinitiatieven en voorbeelden van onderzoeksmethodes voor de economische onderbouwing van lid 3.<sup>29</sup>

Een recente ontwikkeling is dat de ACM marktpartijen meer inzicht geeft in haar eigen handhavingsprioriteiten op het gebied van duurzaamheidsinitiatieven. De ACM heeft uitgangspunten voor toezicht op duurzaamheidsafspraken gepubliceerd op haar website. Deze gaan vergezeld van een interactieve beslisboom.<sup>30</sup> De ACM geeft aan dat ze niet handhavend zal optreden bij maatschappelijk breed gedragen duurzaamheidsafspraken wanneer alle betrokken partijen zoals de overheid, vertegenwoordigers van burgers en bedrijven positief zijn over de afspraken. Bij klachten of signalen over duurzaamheidsafspraken kan de ACM een onderzoek starten. Bovendien zal de ACM meehelpen een snelle en effectieve oplossing van eventuele problemen te vinden.

De Minister hoopt dat bedrijven minder terughoudend zullen zijn bij het samenwerken op het gebied van duurzaamheid.<sup>31</sup> Toch is er geen enkele garantie dat de ACM de samenwerking niet zal onderzoeken, en zullen (de advocaten van) ondernemingen een *self-assessment* moeten uitvoeren om te bepalen of een duurzaamheidsinitiatief mededingingsrechtelijk toelaatbaar is. Zelfs een dergelijk *self-assessment* kan in bepaalde gevallen nauwelijks zekerheid bieden, en kan bovendien veel tijd en geld gaan kosten indien daar ook economisch onderzoek voor nodig is. Het is wel mogelijk om in bepaalde gevallen aan te kloppen bij de ACM voor een informele zienswijze.<sup>32</sup>

## 5. Slotopmerkingen

Bepaalde vormen van samenwerking tussen ondernemingen op het gebied van duurzaamheid lijken fundamenteel in strijd te zijn met het mededingingsrecht. Een eventuele verruiming van het mededingingsrechtelijke kader is ook niet goed in overeenstemming te brengen met het Europees recht. De Minister dient zich bij het maken van beleid te houden aan het Europees mededingingsrecht. Daarom wordt er naar alternatieve oplossingen gezocht om marktpartijen meer ruimte te geven voor gezamenlijke duurzaamheidsinitiatieven. In 2017 werd het wetsvoorstel ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven ter consultatie voorgelegd.<sup>33</sup> Dit wetsvoorstel beoogt een aanmeldingsprocedure in te stellen voor maatschappelijk breed gedragen samenwerking op het gebied van duurzame ontwikkeling. Op basis van dit wetsvoorstel zal de Minister een door marktpartijen aangedragen gezamenlijk duurzaamheidsinitiatief kunnen omzetten in een ministeriële regeling, waardoor het algemeen verbindend wordt. Naar verwachting zal het wetsvoorstel in 2018 worden voorgelegd aan de Tweede Kamer.<sup>34</sup>

29 Beleidsregel EZ, toelichting.

30 ACM, *Afspraken tussen bedrijven over duurzaamheid*, [www.acm.nl](http://www.acm.nl).

31 Beleidsregel EZ, toelichting.

32 Vuistregels informele zienswijzen, *Stcrt.* 2010, nr. 2667.

33 Wetsvoorstel ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven, [https://www.interneconsultatie.nl/ruimte\\_voor\\_duurzaamheidsinitiatieven/details](https://www.interneconsultatie.nl/ruimte_voor_duurzaamheidsinitiatieven/details).

34 *Handelingen II* 2017/18, 32, item 11.