

## Reactie LTO Nederland op consultatie EZ-beleidsregel Duurzaamheid en Mededinging en het ACM position paper Mededinging & Duurzaamheid

### Inleiding

1. LTO maakt graag gebruik van de gelegenheid om te reageren op de concept beleidsregel van de Minister van Economische Zaken (hierna: “de Minister”) “inzake de toepassing door de Autoriteit Consument en Markt van artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet bij mededingingsbepurende afspraken die zijn gemaakt met het doel om duurzame ontwikkeling te bevorderen” (hierna: “de Beleidsregel”) en het ACM position paper Mededinging & Duurzaamheid (hierna ‘ACM position paper).
2. Allereerst verwelkomt LTO de Beleidsregel en het ACM position paper, omdat het voor haar leden wenselijk is om meer duidelijkheid te krijgen over de wijze waarop de Autoriteit Consument en Markt (hierna: “ACM”) duurzaamheidsinitiatieven beoordeelt in het licht van artikel 6 van de Mededingingswet (hierna: “Mw”).
3. LTO vraagt zich evenwel af hoe de Beleidsregel zich verhoudt tot het ACM position paper .
4. Daarnaast merkt LTO op dat de Beleidsregel nog niet voldoende duidelijkheid verschaft en dat tevens afstemming met het Gemeenschappelijk Landbouwbeleid en de Europese Commissie wenselijk is.
5. Hierna zal LTO op een aantal punten inhoudelijk commentaar geven op de Beleidsregel en het ACM position paper.<sup>1</sup> Indien de Minister en/of ACM dat op prijs stelt, dan treedt LTO graag in overleg met de Minister en/of de ACM over de Beleidsregel en het ACM position paper.

### Commentaar

#### *Algemene opmerkingen*

6. De Beleidsregel geeft de ACM aanwijzingen om bij duurzaamheidsinitiatieven te beoordelen of mededingingsbepurende afspraken wellicht kunnen worden vrijgesteld van het kartelverbod op grond van artikel 6, lid 3, Mw. Met andere woorden, als (concurrerende) ondernemingen afspraken met elkaar maken over belangrijke concurrentieparameters, zoals prijs en hoeveelheid, dan kunnen dergelijke afspraken van het kartelverbod worden vrijgesteld als deze afspraken gerechtvaardigd kunnen worden in het kader van duurzame ontwikkeling.
7. Hoe verhoudt de Beleidsregel zich tot het ACM position paper ‘Mededinging & Duurzaamheid’? Het position paper lijkt een nadere uitwerking van de Beleidsregel, maar zowel het position paper als de Beleidsregel refereren niet aan elkaar. Het komt de rechtszekerheid en de transparantie ten goede als de Minister zich uitlaat over de verhouding tussen de Beleidsregel en het position paper en de Minister wellicht een en ander nader afstemt met de ACM.
8. LTO vraagt zich daarnaast af hoe de Beleidsregel, en de wijze waarop de ACM in het kader van artikel 6, lid 3, Mededingingswet duurzaamheidsinitiatieven moet beoordelen, zich verhoudt tot eerdere besluiten van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: “NMa”). In deze besluiten lijkt zeer beperkt ruimte te bestaan voor duurzaamheidsinitiatieven gerelateerd aan bijvoorbeeld prijsafspraken. Is de Beleidsregel enkel een verduidelijking van de bestaande beoordeling van mededingingsbepurende afspraken onder artikel 6, lid 3, Mw of biedt deze meer ruimte voor

---

<sup>1</sup> Deze reactie is mede tot stand gekomen door een inhoudelijke bijdrage van mr. M.J. Plomp, advocaat bij BarentsKrans in Den Haag

vrijstelling van duurzaamheidsinitiatieven van het kartelverbod? Met andere woorden welke verwachtingen mag de praktijk hebben van de Beleidsregel? Mede gezien het feit dat in het position paper door de ACM wordt opgemerkt dat duurzaamheidsafspraken volgens de huidige stand van beleid en rechtspraak geen 'bijzonderheid' in het mededingingsrecht vormen (pagina 6).

9. LTO verwijst bijvoorbeeld naar NMa zaak 6455 inzake het verdoofd castreren van varkens. Partijen wilden in deze zaak een fonds vormen waaruit deelnemende varkenshouders een (gedeeltelijke) compensatie konden ontvangen voor de eenmalige investeringskosten van verdoovingsapparatuur. De NMa oordeelde als volgt:

*“Gelet op de specifieke omstandigheden van dit geval, te weten (i) de beperkte duur waarvoor het fonds is opgericht dat (gedeeltelijke) compensatie beoogt van de aanschafkosten voor de verdoovingsapparatuur en (ii) de (zeer) geringe hoogte van de opslag die supermarkten zullen betalen per ingekochte kilo vers varkensvlees, kan op voorhand niet worden geoordeeld dat deze afspraken die voortvloeien uit de “Verklaring van Noordwijk” de strekking hebben om de mededinging te beperken of evident mededingingsbeperkende effecten tot gevolg hebben, [...]. Hierbij is in het bijzonder van belang dat uw toelichting geen aanleiding geeft om te veronderstellen dat over de eventuele doorberekening van deze opslag (horizontale of verticale) afstemming zal plaatsvinden tussen partijen”.*

10. Gezien de definitie van duurzame ontwikkeling – [...] de behoeften van het heden zonder de voorziening in de behoeften van toekomstige generaties in gevaar te brengen – zou de Beleidsregel nu bijvoorbeeld ruimte moeten bieden voor langdurige afspraken waarbij een hogere opslag wordt afgesproken tussen ondernemingen. Ziet LTO dit juist of blijft de mogelijkheid op vrijstelling van het kartelverbod zo beperkt als blijkt uit eerdere NMa-besluiten?
11. Indien marktpartijen bijvoorbeeld afspreken om bepaalde rassen niet langer te telen/te verkopen met het oog op de bescherming van de volksgezondheid, ziet de Minister onder de Beleidsregel dan ruimte voor een vrijstelling van het kartelverbod voor dergelijke afspraken? Dergelijke aanbodbeperkende afspraken zijn in beginsel mededingingsbeperkend, maar zouden juist onder de reikwijdte van de Beleidsregel moeten vallen en zodoende de toets van artikel 6, lid 3, Mededingingswet positief moeten doorstaan. Realiseert de Minister, en tevens de ACM, zich het belang van dergelijke afspraken voor de agronutriketen en duurzame ontwikkeling? LTO acht het in ieder geval wenselijk dat de ACM, als toezichthouder en gesprekspartner, zich welwillend opstelt ten aanzien van dergelijke duurzaamheidsinitiatieven en zich met betrokken marktpartijen richt op de rechtvaardiging hiervan onder artikel 6, lid 3, Mededingingswet en niet vervalt in technische discussies over marktafbakening, marktaandeelen en merkbaarheid, indien dit het duurzaamheidsinitiatief niet ten goede komt.
12. In het position paper staat de ACM in beginsel positief tegenover een kwalitatieve aanbodbeperking (pagina 8), maar lijkt de uitleg die volgt innerlijk tegenstrijdig. Afspraken die een kwalitatieve aanbodbeperking inhouden 'zijn eerder en in sterkere mate mededingingsbeperkend naarmate zij een belangrijker concurrentieparameter raken' [...]. Echter, afspraken die een kwalitatieve aanbodbeperking inhouden raken al twee van de drie belangrijkste concurrentieparameters, namelijk kwaliteit en aanbod. Een nadere toelichting op dit punt is wenselijk.
13. LTO acht het voorts wenselijk dat de Minister in de toelichting op de Beleidsregel aandacht besteedt aan de bestaande en toekomstige wet- en regelgeving in het kader van het Gemeenschappelijk Landbouw Beleid. In een aantal agrarische sectoren is het reeds mogelijk om producentenorganisaties (hierna: "PO's") en unies van producentenorganisaties (hierna: "UPO's") op te richten. Binnen een PO of UPO functioneren de aangesloten leden (ondernemingen) als één economische eenheid. Derhalve is het mededingingsrecht niet van toepassing op (duurzaamheids)afspraken die de leden van een PO of UPO intern met elkaar maken, voor zover

deze afspraken betrekking hebben op het product of de producten waarvoor de PO of UPO is opgericht. Het zou de rechtszekerheid ten goede komen als de Minister in de toelichting op de Beleidsregels aandacht besteedt aan de bijzondere posities die PO's en UPO's innemen binnen het mededingingsrecht. Mede gezien het feit dat vanaf 1 januari 2014 sector breed de mogelijkheid zal bestaan om PO's en UPO's op te richten.

14. Ten vierde is LTO benieuwd of de Minister de Beleidsregel heeft afgestemd met de Europese Commissie (DG mededinging). In de agrarische sector is namelijk de meerderheid van de ondernemingen op een grensoverschrijdende, Europese markt actief. Dit betekent dat ondernemingen niet alleen te maken hebben met artikel 6 Mededingingswet, maar ook met artikel 101 VWEU. Dit laatstgenoemde artikel omvat eenzelfde vrijstellingsbepaling in lid 3 als het Nederlandse kartelverbod. De Beleidsregel zal in de praktijk een grotere toegevoegde waarde hebben – bijvoorbeeld met het oog op rechtszekerheid – als de Europese Commissie duurzaamheidsinitiatieven op eenzelfde wijze zal beoordelen zoals de Minister nu voorschrijft aan de ACM.

#### *Duurzame ontwikkeling*

15. De Beleidsregel is het resultaat van een motie om beleidsregels vast te stellen met daarin aanwijzingen voor het bieden van ruimte voor afspraken in de agronutriketen over publieke belangen als dierenwelzijn en milieu. In de toelichting bij de Beleidsregel staat dat de Beleidsregel verder gaat dan publieke belangen in de agronutriketen. De Beleidsregel ziet op mededingingsbeperkende afspraken in alle economische sectoren die zijn gemaakt met het doel om duurzame ontwikkeling te bevorderen. LTO merkt hierover op dat publieke belangen en duurzame ontwikkeling twee verschillende begrippen zijn die deels overlappen en deels niet. Dit leidt tot verwarring.

16. Het begrip duurzame ontwikkeling wordt in artikel 1 van de Beleidsregel gedefinieerd als:

*“de vormgeving van het productieproces of distributieproces dat is ingericht ten behoeve van de bescherming van milieu, ecologie, dierenwelzijn en volksgezondheid en dat aansluit op de behoeften van het heden zonder de voorziening in de behoeften van toekomstige generaties in gevaar te brengen.”*

17. Duurzame ontwikkeling ziet volgens de Beleidsregel derhalve op de bescherming van milieu, ecologie, dierenwelzijn en volksgezondheid. Milieu, ecologie en volksgezondheid zijn in beginsel gebruikelijke belangen die worden beschermd in het kader van duurzame ontwikkeling. Dierenwelzijn is echter een publiek belang dat niet direct met duurzame ontwikkeling wordt geassocieerd. LTO acht het derhalve wenselijk dat de Minister nader toelicht hoe publieke belangen zich verhouden tot het begrip duurzame ontwikkeling in het kader van de Beleidsregel en welke publieke belangen onder duurzame ontwikkeling worden geschaard
18. Daarnaast vraagt LTO zich af waarom het begrip duurzame ontwikkeling wordt beperkt tot milieu, ecologie, dierenwelzijn en volksgezondheid? LTO acht het wenselijk dat de Beleidsregel enige ruimte laat voor nadere invulling van dit begrip in de praktijk (dus een niet-limitatieve opsomming van beschermde belangen). Het is tevens wenselijk dat de Minister de begrippen milieu, ecologie, dierenwelzijn en volksgezondheid nader definieert en/of voorbeelden hiervan opneemt in de toelichting. Wat is bijvoorbeeld het verschil tussen milieu en ecologie? Omvat milieu ook klimaat en landschap? Omvat milieu en/of ecologie ook biodiversiteit?
19. In het position paper definieert de ACM het begrip duurzaamheid niet (pagina 6). Dit sluit aan bij bovenstaande opmerking van LTO dat een niet-limitatieve opsomming van beschermde belangen onder de Beleidsregel wenselijk is.

20. Uit de toelichting bij de Beleidsregel (pagina 6) blijkt dat de Minister met dierenwelzijn onder meer de bescherming van de volksgezondheid bedoelt. Dit is een wenselijke verduidelijking gezien het feit dat in de toelichting duurzame ontwikkeling wordt afgezet tegen consumentenwelvaart.
21. LTO vraagt zich voorts af of het begrip duurzame ontwikkeling ook de doelen van het Gemeenschappelijk Landbouwbeleid omvat? Omvat het begrip duurzame ontwikkeling bijvoorbeeld initiatieven ter bescherming van een eerlijke (redelijke) prijs voor de primaire producent? Of initiatieven ter bescherming van de voedselzekerheid voor consumenten?

*NB. Denk bijvoorbeeld aan de "Belgisch melkafpraak" waarbij in 2009 tussen verschillende marktpartijen een toeslag werd overeengekomen op de uitbetaalde melkprijzen van ongeveer twee cent per kilogram geleverde melk. Supermarkten droegen veertien cent per liter verkochte drinkmelk af aan een fonds. Vanuit dit fonds kregen melkveehouders de toeslag uitbetaald.*

22. In de toelichting op de Beleidsregel staat dat duurzaamheidsinitiatieven welvaart verhogend dienen te zijn. Dit is een standaard criterium om in aanmerking te komen voor een vrijstelling van het kartelverbod. In de Beleidsregel wordt evenwel van een breed welvaartsbegrip uitgegaan, waarbij "de mogelijke voordelen voor de gebruikers op latere leeftijd, toekomstige generaties gebruikers en, in voorkomend geval, de samenleving als geheel, worden meegewogen." Hoe verhoudt deze welvaart definitie uit de toelichting zich tot het begrip duurzame ontwikkeling uit artikel 1 van de Beleidsregel?
23. Waarom beperkt de Minister het begrip welvaart bijvoorbeeld tot "gebruikers"? Duurzame ontwikkeling dient een breder belang namelijk "behoefte van het heden" en "behoefte van toekomstige generaties". Wat bedoelt de Minister met "de samenleving als geheel"? Vanuit welvaartsperspectief hoeft "de samenleving als geheel" geen voordeel te genieten van een duurzaamheidsinitiatief, maar kan wel degelijk sprake zijn van een duurzaamheidsinitiatief dat aansluit op (bepaalde) "behoefte van het heden zonder de voorziening in de behoeften van toekomstige generaties in gevaar te brengen". LTO acht het wenselijk dat de Minister meer duidelijkheid verschaft over de verhouding tussen het begrip "duurzame ontwikkeling" en het begrip "welvaart", waarbij LTO de voorkeur geeft aan een ruime en aansluitende definitie van beide begrippen.
24. LTO vraagt zich tevens af wat de Minister bedoelt met de opmerking: "Het kan niet zo zijn dat de gebruiker van het product van het betreffende duurzaamheidsinitiatief de lasten draagt van de voordelen van de afspraak voor de samenleving als geheel" (pagina 7). Bij duurzaamheidsinitiatieven is zeer goed denkbaar dat bepaald aanbod wordt beperkt, waardoor afnemers/consumenten minder keuzemogelijkheden hebben en prijzen mogelijk stijgen. Afspraken tussen marktpartijen om bepaalde producten niet meer te produceren/te verkopen worden veelal gemaakt in het kader van dierenwelzijn en volksgezondheid. Dit kan tot gevolg hebben dat de keuze voor consumenten minder en duurder wordt. Dergelijke afspraken zouden evenwel vanuit het perspectief van duurzame ontwikkeling vrijgesteld moeten kunnen worden van het kartelverbod. Zo neemt de kwaliteit van bepaald aanbod veelal toe door dergelijke afspraken. LTO acht het wenselijk dat de Minister in de toelichting bij de Beleidsregel een aantal voorbeelden concreet uitwerkt die inspelen op actuele duurzaamheidsthema's en aangeeft wat mogelijk gerechtvaardigde mededingingsbeperkende afspraken zijn. Daarbij vraagt LTO zich met name af of de Beleidsregel iets zal veranderen aan de huidige situatie waarin negatieve (prijs)gevolgen voor consumenten vrijwel altijd een duurzaamheidsinitiatief vanuit mededingingsrechtelijk perspectief de das om doen. In het position paper laat de ACM zich overigens positief uit over het compensatiebeginsel (pagina 14). Het is volgens de ACM mogelijk dat de huidige consumenten per saldo nadeel van een afspraak ondervinden wanneer die afspraak voordelig uitwerkt voor toekomstige gebruikers. Duurzame ontwikkeling betreft in de regel, aldus de ACM, belangen die zich over de langere termijn zullen voordoen.

*Overig*

25. Hoewel het kartelverbod van artikel 6 van de Mededingingswet zich primair richt tot ondernemingen kunnen ook natuurlijke personen worden beboet voor betrokkenheid bij verboden afspraken of besluiten. LTO acht het wenselijk dat de Minister in artikel 1 van de Beleidsregel en/of de toelichting daarop duidelijk maakt dat de Beleidsregel ook van toepassing is op natuurlijke personen die als 'pleger of medepleger' van een verboden gedraging kunnen worden aangemerkt.