

Consultatieverslag beleidsregel Mededinging en Duurzaamheid

De concept-beleidsregel mededinging en duurzaamheid 2016 is tussen 23 december 2015 en 31 januari 2016 openbaar geconsulteerd. Er zijn 19 reacties in het kader van deze consultatie ontvangen, waarvan 17 openbaar, te weten P. Peereboom, Milieufederatie Noord-Holland, de Sociaal-Economische Raad (SER), Circular Future, VEMW, het MVO-platform, de Nederlandsche Orde van Advocaten, het FNLI, het Centraal Bureau Levensmiddelen, Energie-Nederland, de Universiteit van Amsterdam, Eneco, LTO Nederland, Van Doorne NV, SOMO, De Nederlandse Akkerbouw Vakbond en MVO Nederland. Daarnaast hebben de ACM en de Europese Commissie de minister van Economische Zaken een brief gestuurd over de voorgestelde wijzigingen in de beleidsregel mededinging en duurzaamheid.

Bij de consultatie van de beleidsregel werd partijen gevraagd of 1) de aangepaste beleidsregel meer duidelijkheid en handvatten biedt voor duurzaamheidsinitiatieven binnen het mededingingskader 2) of de beleidsregel ook zou moeten worden gebaseerd op de zogenoemde leer van de inherente beperkingen, 3) welke behoeften en wensen er bestaan voor duidelijkheid vooraf voor duurzaamheidsinitiatieven, en 4) welke alternatieven of mogelijkheden er naast aanpassing van de beleidsregel zouden kunnen zijn om duurzaamheidsafspraken mogelijk te maken.

Overwegend positieve reacties op duidelijkheid en handvatten door geconsulteerde versie beleidsregel
De reacties zijn overwegend positief op de vraag of de aangepaste beleidsregel meer duidelijkheid en handvatten geeft om duurzaamheidsinitiatieven binnen het mededingingskader vorm te geven en een self-assessment uit te voeren.

Sommige inzenders zouden wel graag verdere stappen zien. Een opmerking die enkele partijen hierbij maken is dat specifiekere voorschriften wenselijk zijn rond de methodiek die de ACM gebruikt bij toepassing van de beleidsregel. Naar aanleiding hiervan is de tekst in paragraaf 4 van de toelichting van de beleidsregel verduidelijkt. Hierin wordt onder meer beschreven dat de ACM en de partijen ruimte behouden om de te gebruiken methodiek te bepalen, vanwege het feit dat alle methoden hun eigen voor- en nadelen hebben. De keuze voor een methode in een bepaalde zaak is afhankelijk van de weging van die voor- en nadelen in de specifieke context van die zaak. Een enkeling suggereert (bovendien) dat de ACM zou moeten gaan werken met marges in de beoordeling. Hierop kan worden geantwoord dat dit naar verwachting leidt tot onnodige extra capaciteitsinzet van de ACM. De ACM zal in alle gevallen uiteindelijk een hard oordeel (ja of nee) moeten geven, waardoor eerder gekozen marges of bandbreedtes hun relevantie verliezen, terwijl die wel uitgewerkt en onderzocht moeten worden.

Een deel van de reagerende partijen verzoekt om een nadere verduidelijking van enkele in de beleidsregel en toelichting gebruikte begrippen. Partijen vragen of er een beperking in tijd geldt voor wat onder 'langere termijn' kan worden geschaard. In reactie daarop kan in algemene zin worden gemeld dat de interpretatie van begrippen uiteindelijk contextafhankelijk is. Wat een relevante 'langere termijn' is, verschilt van geval tot geval. In sommige sectoren (software) zal een 'langere termijn' vaak een periode tot 10 jaren zijn, in andere sectoren (pensioenen) zijn termijnen van 30 jaar of langer niet ondenkbaar. Het is aan de ACM en de rechter om hierover te oordelen. De enige inkadering die aan het begrip in deze beleidsregel wordt gegeven is daarom, zoals een enkele inzender ook aangeeft, dat de effecten die op die termijn zullen plaatsvinden voldoende aannemelijk moeten worden gemaakt om meegenomen te worden in de analyse.

Ook het begrip 'samenleving' moet van geval tot geval worden beoordeeld. Het begrip kan in beginsel breed worden geïnterpreteerd. Ten aanzien van dit begrip wordt ook de vraag gesteld of voordelen die zich buiten Nederland zullen voordoen meegenomen kunnen worden. Het antwoord hierop is positief. Het verminderen van bijvoorbeeld kinderarbeid in Zuid-Oost-Azië kan worden gezien als 'economische vooruitgang' in de zin van artikel 6, derde lid. Hierbij moet wel aannemelijk worden gemaakt dat de effecten die zich op de samenleving voordoen zich ook daadwerkelijk zullen voordoen.

Enkele van de reagerende partijen vinden het onduidelijk wat bedoeld wordt met de zin in de toelichting dat sommige voor- en nadelen ‘niet direct’ na het uitvoeren van duurzaamheidsinitiatieven naar voren komen (zie paragraaf 3.2 van deze toelichting). Hiermee wordt bedoeld dat sommige effecten van een akkoord zich later of veel later zullen manifesteren dan de daadwerkelijke uitvoering van het akkoord. Denk bijvoorbeeld aan een zeespiegelstijging die zich in mindere mate kan gaan voordoen, vele jaren na de realisatie van een duurzaamheidsinitiatief.

Ook is de verduidelijkende vraag gesteld waar de kwalificatie ‘waar mogelijk’ betrekking op heeft in de volgende zin: “ - waar mogelijk - de voordelen voor de samenleving als geheel worden meegewogen.” (artikel 2, onderdeel b, van de geconsulteerde beleidsregel). Deze zin is inmiddels verwijderd uit de beleidsregel met het oog op de verwachting dat deze bepaling strijdig is met het Europese mededingingskader. Hierop wordt verderop in deze toelichting nader ingegaan.

Ook kritische reacties, onder andere over de juridische houdbaarheid

Een aantal partijen is kritischer over de voorliggende beleidsregel. Een enkele partij stelt voor de beleidsregel geheel in te trekken. Ook vergelijkbare, maar minder vergaande reacties wijzen op beproefde beleidsinstrumenten om duurzaamheid te bevorderen, in het bijzonder regulering, die volgens deze partijen de voorkeur zouden hebben boven een bredere interpretatie van het toezicht binnen de kaders van de Mededingingswet. Deze reacties sluiten aan op de (separaat van de consultatie verstuurde) brieven van de Europese Commissie en van de ACM aan de minister van Economische Zaken (Kamerstukken II 2015/16, 30 196, nr. 463). Hierin stellen zowel de Europese Commissie als de ACM naar aanleiding van juridische analyses dat de aangepaste beleidsregel niet past binnen de Europese mededingingskaders. Dit betreft een aantal onderdelen van de voorgestelde aanpassing van de beleidsregel. Ten eerste gaat het daarbij om de aanpassing dat afspraken die deel uitmaken van een totaalpakket van afspraken in hun geheel zouden moeten worden bekeken. Volgens de ACM kunnen afspraken niet zonder meer in hun geheel worden bekeken als het om een veelheid van afspraken gaat. Ten tweede gaat het om de aanpassing dat de voordelen van een potentieel mededingingsbeperkende afspraak voor de samenleving als geheel zouden moeten meewegen in het oordeel of de voordelen van een duurzaamheidsinitiatief voor een billijk aandeel aan de gebruikers toekomen. Deze aanpassing doet volgens de ACM geen recht aan het uitgangspunt van Europese en Nederlandse mededingingswetgeving dat de *gebruikers* van het product of de dienst in voldoende mate moeten meeprofiteren van de gemaakte afspraken. De Europese Commissie ziet vergelijkbare problemen bij voornoemde aanpassingen. De ACM heeft hierbij laten weten de geconsulteerde beleidsregel niet te kunnen toepassen, omdat zij dan in strijd met het Europese recht zou handelen. Naar aanleiding van deze reacties is geconcludeerd dat het risico niet denkbeeldig is dat partijen die zich zouden gaan baseren op de geconsulteerde duurzaamheidsbeleidsregel, alsnog in strijd blijken te handelen met de mededingingsregels. Als partijen deze conclusie zelf ook trekken, ligt het voor de hand dat zij terughoudend zullen zijn om hun duurzaamheidsafspraken te baseren op de inhoud van deze aangepaste beleidsregel, waardoor het effect van deze beleidsregel beperkt of mogelijk zelfs averechts zou zijn. De genoemde twee onderdelen zijn hierom niet opgenomen in de definitieve versie van de beleidsregel.

Eén partij stelt dat de beleidsregel en mededingingswetgeving meer rekening zouden moeten houden met circulaire ketens en netwerken van toeleveranciers, afnemers, inzamelaars, verwerkers, recyclers, remanufacturers en second/third life producenten. In dat kader zou het mededingingsrecht ook op ‘meer lokaal niveau’ vorm moeten worden gegeven. Mededingingsregels hinderen evenwel samenwerking tussen verschillende onderdelen van ketens niet of nauwelijks. Zo lang er op ieder niveau binnen de keten afzonderlijk voldoende concurrentie blijft bestaan tussen aanbieders, zijn afspraken tussen verschillende ketenpartners zeer wel mogelijk. Met het oog hierop schrijft voorliggende beleidsregel dan ook geen nadere bepalingen rond deze ‘verticale’ afspraken voor.

Aangrijpingspunten op de leer van de ‘inherente beperkingen’

Verschillende partijen laten naar aanleiding van de tweede bij de consultatie gestelde vraag weten voorstander te zijn van bepalingen in de beleidsregel die aangrijpen bij de leer van de ‘inherente beperkingen’. Met deze leer zou bij specifieke afspraken mededingingswetgeving buiten toepassing kunnen worden gelaten. Deze benadering sluit aan bij eerdere uitspraken van het Europese Hof (vgl. bijvoorbeeld HvJ EG 19 februari 2002, zaak C-309/99 (Wouters), HvJ EG 18 juli 2006, zaak C-519/04 (Meca-Medina)). Het Europese Hof heeft in deze uitspraken aangenomen dat een mededingingsbeperking aanvaardbaar was vanwege het belang dat ermee werd gediend. De mededingingsbeperking werd hierbij als ‘inherent’ geoordeeld aan dat belang. Hierdoor was het kartelverbod niet van toepassing.

In de literatuur naar aanleiding van deze Europese rechtspraak is gesuggereerd dat deze leer van inherente beperkingen ook kan worden toegepast op duurzaamheidsinitiatieven. Of dit ook het geval zou zijn in de Nederlandse situatie en hoe dit dan concreet vormgegeven zou kunnen worden, was op het moment van het aanbieden van de beleidsregel voor internetconsultatie niet duidelijk. Daarom bevatte de voorgelegde beleidsregel hierover geen bepaling(en). In plaats daarvan is besloten de vraag of deze leer als aangrijpingspunt zou kunnen en moeten worden gehanteerd, in het kader van de internetconsultatie open voor te leggen, en daarbij ook te vragen naar suggesties voor die vormgeving. Van degenen die positief hebben gereageerd over het aansluiten bij de leer van de inherente beperkingen, is van één partij, te weten de SER, een uitgewerkte suggestie voor de vormgeving ontvangen. Zij zien voor zich dat (1) de reikwijdte van de beleidsregel wordt uitgebreid tot artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet, (2) de beleidsregel expliciet vaststelt dat de toets van mededingingswerkzaamheden ook een toets aan jurisprudentie moet bevatten, (3) de beleidsregel de relevante criteria uit die jurisprudentie weergeeft, (4) de beleidsregel een nadere invulling geeft aan de wijze waarop partijen een bijdrage kunnen leveren aan een objectieve toets op basis daarvan. De overige reagerende partijen geven geen uitgewerkte reactie op dit onderdeel van de consultatie. Er waren geen negatieve reacties.

Naar aanleiding van de (positieve) reacties is gezien of, en zo ja, hoe, deze beleidsregel invulling zou kunnen geven aan de leer van de inherente beperkingen. Conclusie is dat hier aanzienlijke risico's aan verbonden zijn. De meeste beleidsregels vullen bepalingen uit wettelijke regels nader in. Dat is mogelijk als de wetgever daartoe, door een open formulering, aan het desbetreffende bestuursorgaan de ruimte heeft gelaten. Zo schrijft deze beleidsregel voor hoe de toezichthouder de diverse voorwaarden, genoemd in artikel 6, derde lid, uit moet leggen. Een rechter beschouwt deze invulling over het algemeen als een gegeven (want een bestuursbevoegdheid). Bij een beleidsregel over de leer van de inherente beperkingen zou dit anders liggen. Een dergelijke beleidsregel zou niet gaan over de invulling van wettelijke regels, maar bepalen hoe de toezichthouder dient om te gaan met specifieke jurisprudentie. Daarbij zou de minister een (subjectieve) inschatting maken van de relevante criteria uit die jurisprudentie en die vertalen in een beleidsregel. Een rechter hoeft het niet eens te zijn met die inschatting of vertaling. Hij kan in dat geval in de voorliggende situatie de beleidsregel buiten toepassing verklaren waardoor alsnog sprake is van overtreding van het kartelverbod. Ik acht die kans in dit geval aanzienlijk. De bekende jurisprudentie rond de leer van de inherente beperkingen gaat over afspraken binnen de sport en de advocatuur, die noodzakelijk zijn voor de uitoefening van professies binnen die sectoren. Het is met het oog op het beperkte aantal casus in deze bovendien verschillende sectoren moeilijk vooraf vast te stellen welke criteria een rechter van belang zou vinden bij de beoordeling van afspraken rond duurzaamheid. Wanneer hier in een beleidsregel toch een poging toe wordt gewaagd, is het risico aanzienlijk dat de rechter oordeelt dat de beleidsregel de beschikbare jurisprudentie onjuist interpreteert, en dat de ACM zich hieraan ook niet heeft te houden. Partijen die zich op een dergelijke beleidsregel zouden beroepen lopen hierdoor het risico alsnog een boete te krijgen. Ook de gevolgen voor de overheid in deze situatie zijn ongewis.

Duidelijkheid vooraf of mededingingsbeperkende afspraken zijn toegestaan?

Een groot deel van de respondenten schrijft veel behoefte te hebben aan duidelijkheid vooraf of mededingingsbeperkende afspraken die duurzaamheid bevorderen, zijn toegestaan. Ik begrijp deze

behoefte. De vraag of een specifieke afspraak mededingingsrechtelijk is toegestaan is casusafhankelijk, en bovendien afhankelijk van een groot aantal variabelen. De mededingingsconsequenties van een dergelijke casus zijn zeker voor kleinere partijen niet altijd te overzien. Een dergelijk geluid kwam ook naar voren tijdens de evaluatie van de ACM. De ACM heeft naar aanleiding daarvan laten weten meer doelgroepgericht te gaan communiceren. In dat kader zal de ACM haar communicatie ook meer richten op bedrijven die afspraken maken met het oog op verbetering van duurzaamheid (Kamerstukken II 2015/16, 30196, nr. 463). Deze beleidsregel en de toelichting daarop kan op technisch niveau eveneens bijdragen aan de gewenste duidelijkheid. Tegelijkertijd zijn er grenzen aan de duidelijkheid die door algemene uitleg geboden kan worden. In zeer specifieke casussen zullen partijen er niet aan ontkomen rond die casus zelf mededingingsexpertise te organiseren. Het is bijvoorbeeld niet wenselijk om formele beoordeling vooraf door de ACM in te voeren, specifiek voor duurzaamheidsafspraken. Dit was een suggestie van diverse partijen. Een dergelijke oplossing druist in tegen het uitgangspunt van (Europese) wetgeving dat partijen zelf als eerste moeten beoordelen of afspraken mogelijk zijn, en de mededingingsautoriteiten hier achteraf toezicht op houden. Ook vanuit budgettaire perspectief ligt formele beoordeling vooraf niet in de rede. Als alle afspraken tussen marktpartijen in Nederland vooraf door de ACM beoordeeld zouden moeten worden, dan is het budget van de ACM verre van toereikend. Een geldelijke bijdrage door partijen zelf - zoals geopperd door een respondent - kan dit probleem mogelijkerwijs wel verminderen. Deze juridische en budgettaire vragen zijn ook de redenen waarom het door enkele partijen geopperde idee van een toezeggingsbesluit door de ACM onmogelijk is. Hierin zou de ACM vooraf moeten melden dat een bepaalde afspraak akkoord is. Enkele partijen omschrijven dit toezeggingsbesluit overigens als een 'tijdelijke ontheffingsmogelijkheid'.

Diverse partijen adviseren daarnaast om meer inzicht te geven in de gehanteerde methoden. Het is, zoals hiervoor beschreven, zeer casusafhankelijk welke methode het best gebruikt kan worden om te bepalen of met bepaalde afspraken de Mededingingswet wordt overschreden. Wel is in de vorige paragraaf een verduidelijking gegeven ten aanzien van de vraag hoe dit aangepakt zou kunnen worden. Deze partijen stellen ook voor een publieksversie van de duurzaamheidsbeleidsregel op te stellen. De ACM heeft naar aanleiding daarvan laten weten dat zij het komende jaar - binnen het kader van de door de ACM geuite wens meer doelgroepspecifieke voorlichting te geven - zal komen met voorlichting over mededinging en duurzaamheid die ook niet-mededingingsrechtelijk ingevoerden kunnen begrijpen.

Een andere optie die in het kader van duidelijkheid door een enkele partij wordt genoemd is een verzwaarde motiveringsplicht voor de ACM bij duurzaamheidsafspraken. Zo zou volgens deze partij de ACM bij dergelijke afspraken moeten onderzoeken en onderbouwen waarom zij vindt dat niet is voldaan aan de voorwaarden voor vrijstelling zoals in artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet beschreven. Het is evenwel de vraag wat een dergelijke aanvulling in de beleidsregel zal opleveren. Bij een beroep op artikel 6, derde lid, is de ACM bij een afwijzing al gehouden voldoende te onderbouwen waarom een overeenkomst hier niet aan zou voldoen. In de praktijk stellen rechters hoge eisen aan zowel de onderbouwing en onderliggende onderzoeken van de aanvragende partijen, als de onderbouwing van de ACM. Een verzwaarde motiveringsplicht bij duurzaamheidsafspraken doet bovendien de suggestie ontstaan dat in andere zaken een lichtere motivering voldoende zou zijn. Het is zeer de vraag of dit wenselijk is.

Een enkele partij zoekt de oplossing in het behoud van de huidige procedures, met daarbinnen een actievere rol van de ACM. Bijvoorbeeld door goede toelichting te geven op het beoordelingskader, vroegtijdig mee te denken, in een vooroverleg samen te toetsen en te wegen en vertrouwelijk een voorlopig oordeel te geven. Dit sluit aan bij de huidige werkwijze van de ACM. Partijen kunnen thans de ACM al bereiken om een mondelinge, niet formele reactie te krijgen op afspraken in het kader van bijvoorbeeld internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen. Deze mogelijkheid kent wel grenzen in de capaciteit van de ACM.

Andere opties buiten de duurzaamheidsbeleidsregel

Naast aanpassingen van de duurzaamheidsbeleidsregel, hebben partijen diverse andere opties voorgesteld waardoor er meer mogelijkheden ontstaan om duurzaamheidsafspraken te maken.

Een suggestie is dat de ACM binnen haar eigen prioriteringsbeleid experimenteerruimte creëert. De ACM heeft mij laten weten dat zij ervan uitgaat dat maatschappelijk breed gedragen duurzaamheidsinitiatieven, waarbij zowel ministerie(s), ketenpartijen als gebruikers betrokken (en positief) zijn, geen schadelijke gevolgen hebben voor de gebruikers. Binnen dat kader is er ook experimenteerruimte.

Een reactie gaat in op de mogelijkheid om meer voorlichting te geven over duurzaamheidsinitiatieven. Volgens deze reagerende partij zou de hele maatschappij – en niet alleen boeren - verantwoordelijk moeten worden gemaakt voor duurzame productie. De overheid heeft – via subsidies en andere instrumenten – thans een belangrijke rol bij het realiseren van duurzaamheidsinitiatieven. Los van de overheid kunnen private initiatieven tot stand komen. Bij dergelijke initiatieven ligt de verantwoordelijkheid voor voorlichting over deze initiatieven bij de partijen die die afspraken maken. Het ligt daarbij in de rede dat investeringen die gedaan worden voor voorlichting over die duurzaamheidsafspraken uiteindelijk worden doorberekend aan de consument. Deze verhoogde kosten zullen meegenomen worden in een eventuele berekening van de voordelen die het initiatief brengt. Een andere reagerende partij oppert de mogelijkheid een ‘duurzaamheidsloket’ te starten. Bij deze adviserende instantie zouden ondernemingen hun samenwerking kunnen voorleggen en inhoudelijk kunnen toetsen. De analyse van zo’n duurzaamheidsloket zou volgens deze partij een waardering kunnen bevatten of een duurzaamheidsinitiatief daadwerkelijk ten behoeve van duurzaamheid is, of eerder een ‘dekmantel’ voor kartelactiviteiten. De verwachting van de regering is dat ondernemers met het loket geen zekerheid krijgen. Alleen de ACM (en uiteindelijk de rechter) geeft hier een (definitief) oordeel over. Tegelijkertijd zal het loket de individuele voorstellen wel moeten beoordelen, wat veel tijd en geld kost. De uitgaven ten gevolge van het instellen van het loket wegen daarbij niet op tegen eventuele mindere uitgaven die de ACM zal doen, omdat het loket alle initiatieven zal moeten beoordelen, waar de ACM nu alleen op een diepgaande wijze kijkt naar (een deel van de) initiatieven die in de praktijk daadwerkelijk tot een afspraak leiden.

Eén partij stelt voor een structurelere route dan de beleidsregel te volgen. De EU-regels laten volgens die reactie lidstaten ruimte om afspraken tussen private partijen politiek te valideren op basis van daadwerkelijke publieke betrokkenheid bij de totstandkoming van en controle op de afspraken. Dit sluit aan op de analyse van het kabinet dat het realiseren van duurzaamheidsinitiatieven via wettelijke maatregelen in beginsel minder snel op mededingingsrechtelijke beperkingen zal stuiten. Het kabinet heeft vanuit dat perspectief in de brief over mededinging en duurzaamheid van 23 juni (Kamerstukken II 2015/16, 30196, nr. 463) aangekondigd met wetgeving te komen waardoor algemene gelding kan worden gegeven aan duurzaamheidsafspraken.