

26 januari 2016

Reactie van de SER op de ontwerp-aangepaste beleidsregel Mededinging en Duurzaamheid

Op 23 december 2015 is de internetconsultatie gestart over de beleidsregel 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 (Beleidsregel Mededinging en duurzaamheid). Daarbij wordt eenieder in de gelegenheid gesteld een reactie op deze ontwerpbeleidsregel te geven. De SER waardeert de gelegenheid om mee te denken en maakt daarvan graag gebruik. Deze reactie kan openbaar worden gemaakt. De SER zal deze reactie ook zelf op zijn website plaatsen.

Deze reactie geeft de gemeenschappelijke opvattingen van de geledingen van de SER weer – met inbegrip van de Consumentenbond en van Stichting Natuur & Milieu, als organisaties die structureel deelnemen aan het advieswerk van de SER op terreinen van mededinging en/of duurzaamheid (zie ook de samenstelling van de werkgroep in de bijlage). In het vervolg zal in deze reactie gesproken worden van 'de SER'. In de voorbereiding is gesproken met diverse brancheorganisaties, ondernemingen, ngo's en deskundigen.

Door het ministerie is een reactie gevraagd op vier vragen. In het internetformulier zijn deze vragen beknopt beantwoord, met verwijzing naar dit document.

In deze meer uitvoerige reactie stelt de SER achtereenvolgens de volgende onderwerpen aan de orde:

- De uitgangspunten van de SER bij deze reactie;
- De algemene reactie op de ontwerpbeleidsregel;
- Het meewegen van publieke belangen bij de beoordeling onder artikel 6 lid 1 Mw (consultatievraag 2);
- De beoordeling onder artikel 6 lid 3 Mw;
- Meer duidelijkheid vooraf (consultatievraag 3);
- De toegankelijkheid van de mededingingsregels voor het bedrijfsleven (consultatievraag 1).

Niet alle noodzakelijke veranderingen kunnen in deze beleidsregel worden gerealiseerd. Op onderdelen zullen ook voorstellen worden gedaan voor maatregelen buiten de beleidsregel om. Deze voorstellen geven tegelijkertijd antwoord op consultatievraag 4.

1. Uitgangspunten

De SER benadrukt het belang van voldoende ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven. De SER hanteert een breed welvaartsbegrip. Het sociaal-economisch beleid moet zich niet alleen richten op materiële vooruitgang maar ook op kwalitatieve aspecten, zoals sociale samenhang, een gezonde leefomgeving en een goede milieukwaliteit. Daarbij kan sprake zijn van synergie tussen de verschillende pijlers van maatschappelijke welvaart, maar vaak zullen milieu-, sociale en economische doelstellingen tegen elkaar moeten worden afgewogen¹.

Het is aan ondernemers om nieuwe initiatieven (producten, processen) richting duurzaamheid te ontwikkelen. Daarmee kunnen zij ook invulling geven aan maatschappelijk verantwoord ondernemen. Met de Mededingingswet komt de ondernemer slechts in aanraking wanneer hij/zij daarbij zoekt naar vormen van samenwerking die de mededinging zouden kunnen beperken².

De SER is voorstander van een effectieve mededinging. Tegelijkertijd moeten samenwerkingsverbanden die de maatschappelijke welvaart verhogen, niet belemmerd worden door de Mededingingswet. Er spelen vele urgente maatschappelijke vraagstukken op het gebied van duurzaamheid. Daarom is het van belang dat onduidelijkheid over de mededingingsregels er niet toe leidt dat het bedrijfsleven van samenwerking afziet waar deze samenwerking nuttig en nodig is om vooruitgang te boeken.

Beleidscoherentie speelt hier ook een rol: het bedrijfsleven ziet zich steeds vaker geconfronteerd met duurzaamheidsverwachtingen vanuit de overheid, vanuit internationale kaders en vanuit diverse maatschappelijke groeperingen. Vanuit het oogpunt van beleidscoherentie is het niet wenselijk dat bedrijven deze opdracht oppakken en vervolgens geconfronteerd worden met een verbod vanuit de ACM.

Imvo-convenanten

Een specifiek voorbeeld zijn de OESO-richtlijnen voor multinationale ondernemingen. De overheid verwacht dat bedrijven die richtlijnen naleven en roept sectoren op om convenanten af te sluiten om daar invulling aan te geven. Afspraken gemaakt in het kader van convenanten kunnen op gespannen voet staan met het mededingingsbeleid.

De imvo-convenanten zijn een voorbeeld van geconditioneerde zelfregulering. Dat betekent, kort gezegd, dat de overheid een doel stelt en daarbij gebruik maakt van het middel zelfregulering. Geconditioneerde zelfregulering ontstaat wanneer de overheid vormen van zelfregulering bewust toestaat, of zelfs stimuleert, maar daar tegelijkertijd bepaalde voorwaarden aan verbindt.

Bronnen:

http://www.ser.nl/~media/files/internet/publicaties/overige/2010_2019/2012/b30952/b30952_oeso.aspx; <https://www.ser.nl/nl/actueel/persberichten/2010-2019/2015/20150914-imvo.aspx>; <https://www.ser.nl/nl/actueel/persberichten/2010-2019/2015/20151119-bancaire-sector-imvo.aspx>; SEO (2003) *Zelf doen? Inventarisatiestudie van zelfreguleringsinstrumenten*, pp. 51-52.

Tegelijkertijd erkent de SER dat ook concurrentie een belangrijke functie in onze markteconomie heeft. Ruimte voor duurzaamheidsafspraken zou niet moeten betekenen dat een vrijbrief wordt gegeven aan kartelvorming. Dat betekent ook verantwoordelijkheid bij het bedrijfsleven en de stakeholders om samenwerkingsverbanden ten behoeve van duurzaamheid zo vorm te geven dat deze de

¹ SER (2010) *Advies Meer werken aan duurzame groei*, adviesnr. 10/03, hoofdstuk 2.

² Niet alle vormen van samenwerking ten behoeve van duurzaamheid hoeven in strijd te komen met het kartelverbod. De beleidsregel wijst in dit verband onder meer op keurmerken en standaardisatie.

gestelde doelen ook daadwerkelijk kunnen bereiken en dat de concurrentiebeperving niet verder gaat dan noodzakelijk.

Hierbij speelt echter een rol dat de effecten van samenwerkingsafspraken niet altijd van te voren precies en met zekerheid te voorspellen zijn. Het risico bestaat dat duurzaamheidsinitiatieven dan niet van start gaan omdat het bedrijfsleven onvoldoende hard kan maken dat bepaalde afspraken noodzakelijk en doeltreffend zijn.

Tot slot is de SER van mening dat het niet effectief zou zijn om de beleidsregel zo aan te passen dat er meer ruimte ontstaat voor duurzaamheidsafspraken maar waardoor tegelijkertijd een discrepantie ontstaat tussen nationaal en Europees kartelrecht. Het Nederlandse mededingingsrecht is stevig ingebed in het Europese mededingingsrecht, en de Europese norm heeft zonder meer voorrang wanneer een afspraak invloed kan hebben op de handel tussen lidstaten (zie onderstaande kadertekst). Divergentie van nationaal en Europees recht is derhalve contraproductief en leidt tot rechtsonzekerheid. Tegelijkertijd is ook het Europese recht voortdurend in ontwikkeling en kunnen bijvoorbeeld richtsnoeren van de Europese Commissie worden achterhaald door uitspraken van het Hof van Justitie.

Verhouding tussen Europees en nationaal mededingingsrecht

Volgens Europees recht (VO. 1/2003) moeten nationale mededingingsautoriteiten in zaken waarin de handel tussen lidstaten wordt beïnvloed ook de Europese mededingingsregels toepassen. Hieruit volgt dat afspraken die in strijd zijn met het Europees kartelrecht nietig zijn, zelfs indien het nationale mededingingsrecht de afspraken wel zou toestaan. Daarnaast mag nationaal mededingingsrecht samenwerkingsafspraken niet verbieden indien deze afspraken onder Europees (mededingings)recht toegestaan zijn. Deze bepalingen hebben als doel een doeltreffende een uniforme toepassing van het Europese recht. Bij invoering van de Mededingingswet was al als uitgangspunt gekozen om zoveel mogelijk aan te sluiten bij de Europese mededingingsregels.

2. Algemene reactie op de ontwerpbeleidsregel

Enkele beoogde aanpassingen in de beleidsregel kunnen ervoor zorgen dat de ruimte in het mededingingsrecht beter wordt benut. Dit geldt bijvoorbeeld voor de toevoeging van de 'voordelen voor de samenleving' bij de beoordeling van de tweede vrijstellingsvoorwaarde. Dit maakt het mogelijk om ook voordelen van anderen dan gebruikers mee te wegen.

Tevens waardeert de SER het dat de minister in de beleidsregel meer duidelijkheid wil geven aan bedrijven en stakeholders, bijvoorbeeld door aan te geven welke gegevens partijen bij de ACM moeten aanleveren om hun argumentatie te onderbouwen en door een paragraaf over de methodologie op te nemen.

Tegelijkertijd heeft de minister volgens de SER in deze beleidsregel niet alle mogelijkheden benut om boven genoemde doelstellingen te behalen.

Dit geldt in het bijzonder voor de keuze om de ontwerpbeleidsregel te beperken tot artikel 6, lid 3 Mw en dus niet in te gaan op de zogenaamde 'leer van de inherente beperkingen' onder artikel 6, lid 1 Mw. De toetsing aan artikel 6 Mw bestaat uit twee delen. Eerst wordt onder lid 1 onderzocht of een overeenkomst de mededinging kan beperken. Indien de toezichthouder van oordeel is dat dit het geval is, dan wordt onderzocht of de overeenkomst aan de cumulatieve vrijstellingsvoorwaarden van lid 3 voldoet.

De huidige beleidsregel ziet slechts op de tweede stap. De SER is van mening dat dit

een te beperkte benadering is aangezien juist de beoordeling van duurzaamheidsinitiatieven onder lid 1 nadere verankering en toelichting behoeft. Op dit moment wordt te snel de conclusie getrokken dat er sprake is van een mededingingsbeperkende afspraak die in strijd is met artikel 6, lid 1 Mw.

Daarnaast beperkt de ontwerpbeleidsregel de analyse van de voor- en nadelen voor de samenleving bij de tweede vrijstellingsvoorwaarde van artikel 6, lid 3 Mw op de *Nederlandse* samenleving. Dit heeft vooral consequenties voor afspraken op het gebied van internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen.

Tevens kunnen nog stappen worden gezet in de algemene leesbaarheid van de tekst voor bedrijven en maatschappelijke organisaties.

Tot slot is de betekenis van sommige toevoegingen onduidelijk. Een voorbeeld hiervoor is de toevoeging van de woorden "waar mogelijk" bij Artikel 2 b. in de passage: "en, waar mogelijk, de voordelen voor de samenleving meegewogen".

Niet alle noodzakelijke veranderingen kunnen in deze beleidsregel gerealiseerd worden. De SER stelt in de paragrafen 4.2, 5 en 6 van deze reactie daarom ook enkele veranderingen voor die los staan van de beleidsregel.

3. Meewegen van publieke belangen onder artikel 6, lid 1 Mw

De ontwerpbeleidsregel van de minister is – net als de bestaande beleidsregel – beperkt tot artikel 6, lid 3 Mw. De SER vindt dit een gemiste kans en roept de minister nadrukkelijk op om de beleidsregel alsnog uit te breiden naar een beoordeling onder artikel 6, lid 1 Mw.

De ontwerp-beleidsregel noemt artikel 6, lid 1 Mw en de daarmee verbonden 'leer van de inherente beperkingen' wel, en wijst er terecht op dat "partijen zich op deze leer kunnen beroepen bij het maken van duurzaamheidsinitiatieven", maar stelt dat deze leer "op dit moment onvoldoende duidelijkheid en handvatten [geeft] om de beleidsregel hierop te baseren".

Hier dreigt een patstelling. Uiteraard is het aan de betrokken partijen (ondernemingen) om aan te tonen, op basis van een self assessment, dat concurrentiebeperkende clausules binnen een duurzaamheidsafpraak op basis van de 'leer van de inherente beperkingen' of als nevenrestrictie verenigbaar zijn met het kartelverbod van artikel 6, lid 1 Mw. Maar de toezichthouder moet ook serieus bereid zijn om een beroep op de 'leer van de inherente beperkingen' op zijn merites te beoordelen, ook al is de jurisprudentie nog niet uitgekristalliseerd, de inzichten zijn sinds de vorige beleidsregel wel vergroot. De SER vindt dat de beleidsregel de ACM daartoe dient op te roepen. Tegelijk erkent de SER dat ook de overheid en het bedrijfsleven met hun stakeholders een verantwoordelijkheid hebben. Zowel om te voorkomen dat de leer van de inherente beperkingen als 'vrijbrief' voor kartels onder het mom van duurzaamheid wordt gebruikt als om te voorkomen dat duurzaamheidsdoelen niet kunnen worden meegewogen door ACM, is het noodzakelijk dat de overheid duidelijker afbakent welke duurzaamheidsdoelen zij als publiek belang beschouwt. Op die manier kan de overheid private afspraken (zelfregulering) conditioneren. Als dat publieke belang echter niet of niet duidelijk is afgebakend door de overheid, dan hebben het bedrijfsleven met hun stakeholders daarbij een rol. Naarmate beter duidelijk is welke duurzaamheidsdoelen als publiek belang worden beschouwd, kan ACM deze doelen immers beter meewegen in haar beoordeling. Deze opvatting wordt in het vervolg van deze paragraaf nader onderbouwd en uitgewerkt.

3.1 Nevenrestricties en 'inherente beperkingen'

De minister heeft in zijn brief aan de Tweede Kamer van 13 juli 2015 aangegeven zich in te "blijven zetten om maximaal ruimte te zoeken binnen het bestaande mededingingskader". Naar mening van de SER kan deze ruimte binnen artikel 6 lid 1 Mw worden gezocht door steeds te onderzoeken of er sprake is van nevenrestricties of van 'inherente beperkingen'³.

Dit betekent dat de toezichthouder, de ACM, respectievelijk de betrokken partijen, in het kader van de self assessment, in elke zaak expliciet zouden moeten onderzoeken of de concurrentiebeperkende afspraken als onderdeel van de duurzaamheidsafpraak noodzakelijke en proportionele nevenrestricties zijn. Een nevenrestrictie is een (mogelijke) mededingingsbeperking die rechtstreeks verband houdt met en nodig is voor de verwezenlijking van een niet-beperkende hoofdtransactie en daaraan evenredig is⁴.

Vaak gaat het bij duurzaamheidsafspraken om overeenkomsten die, als totaalpakket bekeken, niet tot doel noch tot effect hebben om de concurrentie te beperken. Deze duurzaamheidsafspraken kunnen echter op onderdelen mededingingsbeperkingen bevatten. Indien het hierbij gaat om restricties van ondergeschikt belang die rechtstreeks verband houden met en nodig zijn voor de uitvoering van de hoofdafpraak en bovendien proportioneel zijn, dan vallen deze als nevenrestricties niet onder het kartelverbod. De beoordeling of de mededingingsbeperking noodzakelijk én proportioneel is, moet op basis van objectieve factoren worden vastgesteld.

Daarnaast moet worden onderzocht of de mededingingsbeperking *inherent* is aan het borgen van een legitiem doel (de zogenaamde 'leer van de inherente beperkingen') en daardoor verenigbaar is met het kartelverbod.

Op basis van jurisprudentie van het Hof⁵ moet bij de beoordeling van een afspraak telkens rekening worden gehouden met de algehele context waarbinnen het betrokken besluit is genomen of zijn werking ontplooit en meer in het bijzonder met de doelstellingen ervan. Een afspraak die de handelingsvrijheid van ondernemingen beperkt, maar redelijkerwijs noodzakelijk kan worden geacht om een legitiem doel van de overeenkomst te realiseren en daarnaast niet verder gaat dan nodig om dat doel te realiseren, is niet in strijd met het kartelverbod. Het begrip 'legitiem doel' is in de jurisprudentie niet nader gedefinieerd: voorbeelden uit de jurisprudentie zijn de bescherming van de gebruikers van geologische diensten, het goede verloop van de sportcompetitie, de goede uitoefening van het beroep van advocaat en de kwaliteit van dienstverlening van accountants.

Volgens de SER biedt deze jurisprudentie de opening om duurzaamheidsbelangen onder artikel 6 lid 1 Mw mee te wegen. Nevenrestricties en inherente beperkingen zijn niet in strijd met artikel 6 lid 1 Mw. Deze mogelijkheid zou dan ook in de voorkomende gevallen moeten worden getoetst.

Overigens zou de ACM de verenigbaarheid met artikel 6, lid 1, Mw op basis van de

³ Voor een grotere rol van de toets onder artikel 6, lid 1 Mw pleiten onder andere A. Gerbrandy (2015) *De Kip als symptoom*, *M&M* (2015) nr. 6, p. 214 en E.H. Pijnacker Hordijk (2013) *Beoordeling van duurzaamheidsinitiatieven onder het kartelverbod*, *M&M* (2013) nr. 6, p. 187-195.

⁴ Zie Europese Commissie (2004) *Richt snoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, Pb. C 101/97*, nr. 29.

⁵ Zie voor een overzicht bijvoorbeeld E.H. Pijnacker Hordijk (2013) *Beoordeling van duurzaamheidsinitiatieven onder het kartelverbod*, *M&M*, nr. 6, pp. 187-195; J.W. van de Gronden (2015) *De ontwikkeling van de Wouters-doctrine en de rol van doelstellingen van algemeen belang in het EU-mededingingsrecht*, *SEW*, nr. 11, pp. 523-528.

huidige wetgeving niet in een officieel besluit kunnen vaststellen. Hierop zal worden ingegaan in paragraaf 5.1.

3.2 Doorvoering in de beleidsregel

In de ontwerpbeleidsregel gaat de minister in par. 2.1 kort in op de leer van de inherente beperkingen. De minister verwijst naar het Visiedocument Mededinging & Duurzaamheid van de ACM (van mei 2014) waar deze constateert dat "dit leerstuk in de jurisprudentie onvoldoende is uitgekristalliseerd om over de toepassing hiervan in dit Visiedocument uitspraken te doen." De minister concludeert dat de leer van de inherente beperkingen op dit moment onvoldoende duidelijkheid en handvatten geeft om de beleidsregel hierop te baseren. Tegelijkertijd stelt de minister terecht vast dat partijen zich wel op deze leer kunnen beroepen.

Volgens de SER onderstreept dit samenstel juist het belang van een aanpassing van de beleidsregel op dit punt. Deze aanpassing zou de volgende vier punten moeten betreffen.

Ten *eerste* moet de reikwijdte van de beleidsregel uitgebreid worden tot artikel 6 lid 1 Mw.

Ten *tweede* moet de beleidsregel expliciet vaststellen dat een toets aan de jurisprudentie over nevenrestricties en een toets aan de leer van de inherente beperkingen onderdeel zijn van de toets van duurzaamheidsafspraken aan artikel 6 lid 1 Mw.

Ten *derde* moet de beleidsregel de relevante criteria uit de jurisprudentie hierover weergeven. Dit heeft onder andere betrekking op:

- Het beoordelen van de afspraak in zijn totaliteit (de gehele afspraak en niet alleen de eventuele concurrentiebeperking, meenemen van de algehele context. Dit uitgangspunt is verankerd in punt 3.2 van de beleidsregel, maar dan specifiek voor de eerste vrijstellingsvoorwaarde van artikel 6, lid 3 Mw);
- De toets van de doelstelling van de hoofdafpraak (is de afspraak objectief gezien gericht op duurzaamheid, is het geen verkapte kartelafpraak?);
- De noodzakelijkheid van eventuele restricties om deze doelstelling te verwezenlijken;
- De proportionaliteit van de restrictie.

Ten *vierde* moet de beleidsregel, vooral met betrekking tot de 'leer van de inherente beperkingen', nadere invulling geven aan de wijze waarop overheid, bedrijfsleven en eventueel betrokken stakeholders een bijdrage kunnen leveren aan de objectieve toets van bovenstaande criteria. Dit houdt onder andere in dat de beleidsregel:

- De status van relevante internationale overeenkomsten – waaronder de OESO-richtlijnen voor multinationale ondernemingen, de UN Guiding Principles on Business and Human Rights en de fundamentele arbeidsnormen van de Internationale Arbeidsorganisatie (ILO) die daarvan deel uitmaken – en de daarin geformuleerde eisen aan het bedrijfsleven helder markeert. De beleidsregel zou moeten aangeven dat naleving van internationale afspraken die lidstaten binden als 'legitiem doel' gelden en als publiek belang zijn te beschouwen;
- Aangeeft wat de algemene relatie is tussen de door de overheid of de politiek geformuleerde opdrachten voor geconditioneerde zelfregulering en de hierboven beschreven elementen in de beoordeling;
- Welke rol stakeholders in de mededingingsprocedure kunnen vervullen.

3.3 Consequenties voor geconditioneerde zelfregulering

De overheid en het bedrijfsleven met hun stakeholders hebben vervolgens de verantwoordelijkheid om de informatie aan te leveren zodat de ACM deze toets ook redelijkerwijs kan uitvoeren. De SER herkent dat het voor een onafhankelijke markttoezichthouder moeilijk is om vast te stellen wat een 'legitiem doel' is en wanneer een concurrentiebeperring noodzakelijk is en niet verder gaat dan nodig om het doel te realiseren. Dit is in zekere zin vergelijkbaar met de sector gezondheidszorg waar de ACM bij de beoordeling van effecten op de kwaliteit van de gezondheidszorg terug moet vallen op het oordeel van de Inspectie van de Gezondheidszorg en van de Nederlandse Zorgautoriteit.

Dit betekent uiteindelijk dat bovengenoemde jurisprudentie vooral ruimte kan bieden voor *geconditioneerde* zelfregulering. Daarbij kunnen verschillende vormen worden onderscheiden, met een onderscheiden intensiteit van overheidsoptreden.

Voor de beoordeling onder de Mededingingswet is de *koninklijke weg* dat de overheid kaders stelt aan de zelfregulering, publieke belangen nader definieert en afweegt en deze vastlegt in wetgeving en internationale verdragen, en haar kennis over het effect, het nut en de noodzaak van de afspraak ter beschikking stelt. Dat geeft de meeste zekerheid.

Second best is dat de overheid de nadere omschrijving van het relevante publieke belang vastlegt in officiële documenten zoals een regeerakkoord, een beleidsnota of antwoorden op Kamervragen. Hierbij is het in het bijzonder van belang dat de overheid een nadere duiding geeft aan de status van verschillende internationale normenstelsels. Voor zover deze Nederland en andere lidstaten binden, is de status ervan gelijk te stellen aan die van wetgeving (zie de hierboven aangeduide koninklijke weg).

Daar waar – *third best* - de overheid meer ruimte voor onzekerheid laat, komt er een zwaardere verantwoordelijkheid te liggen bij de stakeholders die de afspraak dragen om het publieke belang dat zij voor ogen hebben, zo goed mogelijk te benoemen en tevens in de procedure hun kennis over het effect, het nut en de noodzaak van de afspraak ter beschikking stellen.

In dit verband ziet Wesseling in de Europeesrechtelijke 'nuttig effect-norm' aanknopingspunten voor het ontwikkelen van een 'Polder-Plus'-model⁶. Daarbij worden noodzakelijk geachte, privaat voorbereide afspraken over maatschappelijk verantwoord ondernemen onder bepaalde voorwaarden 'geadopteerd' als publieke maatregelen.

Bij het vormgeven van de conditionering moet uiteraard ook altijd de proportionaliteit in acht worden genomen. De afbakening van duurzaamheidsdoelen moet gericht zijn op samenwerkingsafspraken die op onderdelen mededingingsbeperkend kunnen zijn, maar tegelijkertijd de maatschappelijke welvaart verhogen en noodzakelijk en proportioneel zijn. Het doel is dat deze afspraken niet door de Mededingingswet worden tegengehouden. Des te groter het deel van de markt is dat aan de afspraken deelneemt en/of hoe groter de effecten op de concurrentie en op gebruikers kunnen zijn, des te belangrijker is de precieze afbakening door de overheid en de rol van stakeholders. Het gaat dus niet om het dichttimmeren van duurzaamheidsinitiatieven die ondernemingen zelfstandig of in kleinere, niet mededingingsbeperkende samenwerkingsverbanden kunnen ontplooiën.

⁶ Rein Wesseling (2015), 'Polder-Plus'-model: oplossing 'Kip van Morgen' ligt niet bij ACM maar bij minister, *Markt & Mededinging*, nr. 6, pp. 220-221.

Verantwoordelijkheid van de overheid

Op het moment dat de overheid aan het bedrijfsleven de opdracht geeft om gezamenlijk/sectorbreed duurzaamheidsdoelen te realiseren die verder gaan dan wetgeving, dan wordt de beoordeling onder de Mededingingswet makkelijker indien de overheid het publieke belang nader afbakt en expliciet aangeeft:

- welk publiek belang partijen met de afspraak moeten dienen;
- op welke wijze partijen eventuele conflicten tussen verschillende publieke belangen moeten benaderen;
- welke maatschappelijke belangen bij de totstandkoming van de afspraak vertegenwoordigd moeten zijn;
- aan welke voorwaarden in elk geval voldaan moet zijn zodat de overeenkomst aan de overheidsdoelstellingen kan voldoen.

Verantwoordelijkheid van het bedrijfsleven

Het bedrijfsleven staat voor de verantwoordelijkheid om de maatschappelijke en concurrentie-effecten zo goed mogelijk te doordenken en te onderbouwen en daarbij mogelijke stakeholders te betrekken, ook vanuit de zijde van gebruikers (afnemers van producten en uiteindelijk de consumenten). Het is aan het bedrijfsleven om in het kader van de self assessment ook aan te geven op welke punten de mededinging in stand blijft om daarmee de noodzakelijkheid en proportionaliteit van de mededingingsbeperkende afspraken te onderstrepen. Daarmee wordt ook het belang van de disciplinerende werking van het mededingingsrecht erkend.

Deze self assessment is voor het bedrijfsleven makkelijker als er zoveel mogelijk duidelijkheid is over het afwegingskader van de ACM en de te gebruiken methodes. Daar waar de overheid een bepaald publiek belang niet helder heeft benoemd en dit tot problemen met de mededingingsrechtelijke beoordeling leidt, kan het bedrijfsleven samen met relevante stakeholders een beroep doen op de politiek om alsnog tot een heldere afbakening te komen. Daarnaast verdient de toegankelijkheid van de mededingingsregels extra aandacht (zie paragraaf 6).

4. Beoordeling onder artikel 6 lid 3 Mw

4.1 Het meewegen van externe effecten in de beoordeling

De SER waardeert het dat de ontwerpbeleidsregel expliciteert dat bij de tweede vrijstellingsvoorwaarde (een billijk aandeel in de voordelen moet aan de gebruikers ten goede komen) tevens “- waar mogelijk - de voordelen voor de samenleving als geheel” worden meegewogen.

Het praktische nut van deze toevoeging is echter beperkt doordat deze analyse volgens toelichting in de beleidsregel focust op de *Nederlandse* samenleving.

Daarnaast is onduidelijk waarop de kwalificatie ‘waar mogelijk’ betrekking heeft.

Toelichting

Artikel 6 lid 3 Mw noemt vier cumulatieve vrijstellingsvoorwaarden:

1. De afspraak draagt bij tot verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang;
2. Een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen komt de gebruikers ten goede,
3. Aan de betrokken ondernemingen worden alleen beperkingen opgelegd die voor het bereiken van deze doelstellingen onmisbaar zijn,
4. De afspraak geeft aan de betrokken ondernemingen niet de mogelijkheid gegeven

voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen en diensten de mededinging uit te schakelen.

De actuele versie van de beleidsregel geeft aan dat bij de tweede voorwaarde het 'billijk aandeel' inhoudt dat het doorgeven van voordelen de consument minstens moet compenseren voor eventuele negatieve gevolgen.

Hiermee kan volgens de SER op dit moment onvoldoende rekening worden gehouden met externe effecten op derden, zoals arbeidsomstandigheden van werknemers in andere landen, het dierenwelzijn of milieuvoordelen voor bewoners in de omgeving van productielocaties⁷. Ook al zouden deze voordelen veel groter zijn dan mogelijke nadelen voor de consumenten van het desbetreffende product, dan zouden zij niet zelfstandig kunnen opwegen tegen deze nadelen voor consumenten. Het wegnemen van negatieve externe effecten of bevorderen van positieve externe effecten kan alleen indirect mee worden genomen, via voordelen die consumenten zelf ervaren – bijvoorbeeld omdat zij er (geldelijke) waarde aan hechten dat er geen kinderarbeid wordt ingezet.

Aangezien de eerste vrijstellingsvoorwaarde ziet op een verbetering van de efficiëntie, is het merkwaardig dat de voordelen van afspraken die zien op marktfalen door externe effecten en dus een meer efficiënte allocatie van middelen nastreven, niet volledig mee worden gewogen. Immers ook de Europese Commissie erkent in de Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3 dat de samenleving als geheel baat heeft indien efficiëntieverbeteringen erin resulteren dat ofwel minder hulpbronnen worden gebruikt of waardevollere producten vervaardigd, 'hetgeen leidt tot een doelmatigere middelenallocatie'⁸.

Het is daarom positief dat de ontwerpbeleidsregel bepaalt dat effecten voor de samenleving mee worden gewogen.

Het praktische nut van deze toevoeging wordt echter beperkt door het feit dat deze analyse, volgens de toelichting in de beleidsregel, focust op de *Nederlandse* samenleving. Deze beperking treft vooral afspraken op het gebied van internationaal mvo (imvo) aangezien de hierbij nagestreefde voordelen vooral betrekking hebben op burgers en werknemers in het buitenland. Externe effecten stoppen immers niet aan de grens.

De SER acht het daarom wenselijk dat de beleidsregel expliciteert dat bij de analyse van de voor- en nadelen ook de naleving van bindende . internationale afspraken en verdragen wordt meegenomen, waaronder verplichtingen die de reeds genoemde OESO-richtlijnen voor multinationale ondernemingen inhouden.

4.2 Methode van weging onder artikel 6, lid 3 Mw

Ontwikkelen van catalogus van 'erkende methodieken'

De SER waardeert het dat de minister een paragraaf over de methodiek van het kwantificeren van effecten heeft opgenomen (paragraaf 4 van de beleidsregel). Kwantitatieve onderzoeken hebben immers een belangrijke impact op het eindoordeel van de ACM.

Uit de tekst van de beleidsregel blijkt dat er verschillende manieren zijn om de betalingsbereidheid te onderzoeken die verschillende uitkomsten hebben. Recente

⁷ Voordelen voor gebruikers die zich op langere termijn zullen worden voordoen en voordelen voor toekomstige consumenten worden ook volgens de huidige versie van de beleidsregels meegewogen.

⁸ Punt 85 van de richtsnoeren.

informele zienswijzen van de ACM hebben discussie opgeroepen over de gebruikte kwantitatieve methodieken.

Zonder op deze plek een uitspraak over de gebruikte methodes in deze zaken te willen doen, constateert de SER dat het voor bedrijven in elk geval moeilijk is om een self assessment uit te voeren zolang er onduidelijkheid is over de geschikte berekeningsmethodiek. De beleidsregel kan op dit moment alleen een zeker overzicht geven maar nog niet substantieel meer duidelijkheid bieden over de meest geschikte methoden in verschillende situaties.

Dit speelt uiteraard niet alleen in duurzaamheidszaken. Ook in fusie- of kartelonderzoeken kunnen partijen en de toezichthouder van mening verschillen over de prijseffecten van de onderzochte afspraken, vooral waar het gaat om toekomstige effecten. Bij duurzaamheidszaken komt hier echter de onzekerheid bij over de waardering van de positieve (duurzaamheids)effecten van de afspraak.

De SER adviseert de minister daarom om te investeren in het ontwikkelen van meer inzicht in en meer consensus over de gebruikte methodieken. Hierbij kan deels voortgebouwd worden op de inhoudelijke inzichten en procesmatige ervaringen die zijn verworven bij het ontwikkelen van een eenduidige methodiek voor maatschappelijke kosten-batenanalyses, eerst in de vorm van de leidraad Overzicht Effecten Infrastructuur, afgekort 'OEI', en inmiddels uitgemond in een Algemene leidraad voor maatschappelijke kostenbatenanalyse (verzorgd door CPB en PBL). De discussies die in aanloop naar deze leidraad zijn gevoerd, hebben ook geleid tot meer inzicht in *state of the art* methoden om duurzaamheidseffecten in geld uit te kunnen drukken.

Ruimte voor kwalitatieve afweging

De beleidsregel zou volgens de SER explicieter ruimte moeten laten voor kwalitatieve afwegingen daar waar een goede kwantitatieve berekening van de nettovoordelen (of – nadelen) niet realistisch is.

De SER erkent dat de kwantitatieve berekening van de maatschappelijke kosten en baten van afspraken onder een monetaire noemer – mits goed uitgevoerd en ook goed geïnterpreteerd – voordelen kan hebben. Zo worden onder andere de kosten en baten systematisch in kaart gebracht; door effecten zoveel mogelijk in geld uit te drukken worden deze onderling vergelijkbaar en kosten en baten kunnen tegen elkaar af worden gewogen; aannames worden geëxpliciteerd en risico's en onzekerheden worden benoemd.

Tegelijkertijd is het niet altijd mogelijk, effectief of wenselijk om alle effecten te monetariseren. Zo is kinderarbeid bijvoorbeeld in de Nederlandse wetgeving verboden zonder dat de rechter een monetaire afweging zou maken of het toestaan van kinderarbeid in een bepaald geval voor de maatschappij toch gunstig zou uitpakken. Het is merkwaardig om deze berekening dan wel uit te voeren als het gaat om het voorkomen van kinderarbeid door Nederlandse bedrijven in andere landen.

Dit vraagstuk raakt overigens aan het in paragraaf 4.1 besproken aandachtspunt dat de focus van de analyse van de voor- en nadelen van een afspraak volgens de toelichting in de ontwerpbeleidsregel op de *Nederlandse* samenleving ligt. Als deze analyse vervolgens uitsluitend plaats vindt door middel van een kwantitatief onderzoek naar de betalingsbereidheid van Nederlandse consumenten en niet ook ten minste ruimte biedt voor een waardering van fundamentele beginselen zoals mensenrechten door de Nederlandse bevolking, dan worden imvo-afspraken onnodig belemmerd.

Volgens de SER zou de beleidsregel derhalve expliciet de ruimte moeten geven om

sommige zaken door middel van een kwalitatieve afweging van belangen te beoordelen. Maar ook als alle relevante effecten in principe kunnen worden gekwantificeerd en gemonetariseerd, zijn deze niet altijd *vooraf* goed te meten. Dat vormt een argument om enige ruimte voor leren door experimenteren te scheppen (zie verder paragraaf 5.2).

5. Meer duidelijkheid vooraf

5.1 Formele beschikkingen van de ACM

De Nederlandse wetgever heeft eerder - met het oog op de werklust, de rechtszekerheid en de voorrang van het Europese recht - de formele⁹ beoordeling vooraf van onderlinge afspraken onder de Mw vervangen door een systeem van self assessment met formele beoordeling achteraf.

SER geeft in overweging om, specifiek voor duurzaamheidsafspraken, tijdelijk weer de mogelijkheid van formele beoordeling vooraf door de ACM in te voeren. Dat zou betekenen dat de ACM door middel van een beschikking kan vaststellen dat de afspraak niet in strijd is met artikel 6, lid 1, Mw dan wel aan de vrijstellingscriteria van artikel 6, lid 3, Mw voldoet. Dit zou tot meer helderheid over de relevante afwegingen kunnen leiden en de rechtszekerheid voor bedrijven vergroten. De SER realiseert zich hierbij dat deze route, gezien de relatie met het Europese recht, niet onproblematisch is (zie kader hieronder en de laatste kadertekst in paragraaf 2).

Als alternatief kan de route van het toezeggingsbesluit (zie onderstaand kader) worden verkend, aangezien de ACM deze bevoegdheid ook voor de Europese mededingingsregels heeft. Een toezeggingsbesluit wordt normaliter als alternatieve handhaving ingezet, maar de wet belemmert ondernemingen niet om een toezeggingsbesluit aan te vragen zonder dat de ACM al een procedure is gestart. Het besluit zou kunnen vaststellen welke maatregelen partijen nemen om een inbreuk te voorkomen. Het voordeel van de figuur van een toezeggingsbesluit is dat deze een toets door de rechter mogelijk maakt.

Bevoegdheden van de Europese Commissie en van de ACM

Tot 2004 bestond er zowel in het Europese als in het Nederlandse mededingingsrecht de verplichting voor partijen om voor mededingingsbeperkende samenwerkingsafspraken vooraf ontheffing onder artikel 6, lid 3 Mw aan te vragen. Indien de toezichthouder van mening was dat de afspraak niet in strijd was met artikel 6, lid 1 Mw, dan kon hij in een besluit een zogenaamde 'negatieve verklaring' afgeven.

Bevoegdheden betreffende het Europees kartelverbod

VO. 1/2003 heeft de uitzonderingsbepalingen veranderd in een wettelijke uitzondering. De Europese Commissie en de nationale kartelautoriteiten hebben geen bevoegdheid meer om vooraf ontheffing te verlenen. Bedrijven moeten een self-assessment uitvoeren om vast te stellen of hun afspraken in strijd zijn met artikel 101 lid 1 VWEU en, zo ja, vrijgesteld zijn onder lid 3. Voornaamste reden voor deze wijziging was de grote hoeveelheid aan ontheffingsverzoeken, met grote administratieve lasten voor ondernemingen en een grote werklust voor de Commissie die zich te weinig op de 'echte kartels' kon richten.

De Europese Commissie en nationale toezichthouders en rechters hebben bevoegdheden om in een beschikking vast te stellen dat een afspraak in strijd is met artikel 101 VWEU (en volgens Europees dan wel nationaal recht een boete op te leggen). Alleen de Europese Commissie heeft de bevoegdheid om in een besluit vast te stellen dat een afspraak *niet* in strijd is met het Europese kartelverbod.

⁹ Het is wel mogelijk om informeel contact te zoeken met de ACM en om een zogenaamde informele zienswijze aan te vragen.

De Commissie en de ACM kunnen verder in een besluit maatregelen accepteren die een onderneming aanbiedt om een eventuele inbreuk op artikel 101 VWEU te beëindigen ('toezeggingsbesluit'). In een toezeggingsbesluit worden, op aanvraag van partijen, bindende afspraken over gedragsaanpassingen van ondernemingen of ondernemersverenigingen vastgelegd met het doel een inbreuk op het mededingingsrecht te voorkomen of beëindigen.

Bevoegdheden betreffende het Nederlands kartelverbod

Bij de implementatie van deze Verordening heeft de Nederlandse wetgever ervoor gekozen om ook voor de toepassing van het nationale kartelrecht de ontheffingsmogelijkheid af te schaffen en te vervangen door een wettelijke uitzondering. Dit was niet nodig geweest op basis van het Europees mededingingsrecht. Het kabinet heeft twee redenen aangevoerd voor deze aanpassing, waarbij het betreffende de eerste twee punten ook verwijst naar het SER-advies Evaluatie en aanpassing Mededingingswet van 2002:

- a) de convergentie van de Mededingingswet met de Europese mededingingsregels;
- b) het beschikbaar komen van meer capaciteit om verboden kartels op te sporen;
- c) handhaven van de ontheffingsmogelijkheid onder de Mw zou leiden tot rechtsonzekerheid in die gevallen waarin een mededingingsafpraak de handel tussen de lidstaten beïnvloedt en daardoor zowel onder de EG-mededingingsregels als onder de Mededingingswet valt.

De ACM kan ook betreffende de Nederlandse kartelregels een toezeggingsbesluit nemen.

Tot slot heeft de ACM van de Nederlandse wetgever geen bevoegdheid gekregen om in een beschikking vast te stellen dat een afspraak in lijn is met artikel 6 Mw.

Bronnen: TK (2003-2004) 29276, nrs. 3 en 8.

5.2 Experimenteerruimte voor duurzaamheidsafspraken

Het is niet altijd mogelijk om van te voren aan te geven wat precies de effecten van duurzaamheidsafspraken zullen zijn. Het gaat immers vaak om complexe maatschappelijke processen waarbij het gedrag van veel actoren een rol speelt. Ook de ontwerpbeleidsregel benadrukt in par. 3.2 dat sommige voor- en/of nadelen niet direct na het uitvoeren van duurzaamheidsinitiatieven naar voren zullen komen, maar zich pas op een lange termijn manifesteren.

De SER pleit daarom ervoor dat de ACM in het kader van haar eigen prioriteringsbeleid een zekere experimenteerruimte creëert voor duurzaamheidsinitiatieven waarvan de effecten voor de maatschappelijke welvaart niet op het eerste gezicht duidelijk (kunnen) zijn.

Hierbij zou overeengekomen kunnen worden dat initiatiefnemers expliciet voor een bepaalde periode de mogelijkheid krijgen om het duurzaamheidsinitiatief in gang te zetten. Zij krijgen daarmee de kans om aan te tonen dat de desbetreffende vorm van samenwerking de maatschappelijke welvaart daadwerkelijk bevordert, door de beoogde 'duurzaamheidswinst' daadwerkelijk te realiseren en de mededinging daarbij niet (onnodig) te beperken. Aan het einde van de afgesproken periode wordt de balans opgemaakt en wordt gekeken welke effecten de afspraken hadden op zowel concurrentie als op publieke belangen. Van tevoren wordt ook afgesproken welke informatie noodzakelijk is om meer inzicht te krijgen in de effecten en op welke wijze deze informatie verzameld kan worden. Na afloop van de afgesproken periode kan de ACM een meer definitief oordeel vellen over de proportionaliteit van de mededingingsbeperkende maatregelen, in het licht van de effecten op bepaalde aspecten van duurzaamheid.

Bij het vormgeven van deze experimenteerruimte kan gebruik worden gemaakt van de

ervaringen die de Australische toezichthouder ACCC heeft opgedaan bij het verlenen van ontheffingen op grond van het 'net public benefit' van de onderlinge afspraken¹⁰. Deze ontheffingen gelden nu standaard voor een bepaalde termijn (vaak vijf tot tien jaar, maar in twijfelgevallen korter). Daarnaast kunnen betrokken partijen ook ontheffing vragen voor een bepaalde proef die in de tijd – en mogelijk ook in de ruimte – is beperkt. Zo heeft de ACCC het besluit om een ontheffing tot juni 2021 te verlenen aan verffabrikanten en –importeurs om een bepaalde heffing op verf te leggen (voor financiering van de inzameling en verwerking van ongebruikte verf) mede gebaseerd op de uitkomsten van een eerdere proef op regionale schaal (in Victoria)¹¹.

SG Maarten Camps stelt in zijn nieuwjaarsartikel dat Nederland het economisch beleid niet kan beperken tot wat zeker is, of op enigerlei wijze te kwantificeren is. Hij pleit daarom voor een heldere formulering van strategische doelen en de facilitering van het proces van leren en ontdekken teneinde deze doelen te realiseren¹². De STROOM wetgeving bijvoorbeeld biedt concrete voorbeelden van experimenteerbepalingen met betrekking tot de marktordening, met het oog op de transitie naar een duurzame energievoorziening.

Volgens de SER ligt het voor de hand om voor deze benadering van beleidsleren ook ruimte te scheppen in het mededingingstoezicht in de vorm van bovenbeschreven experimenteerterruimte.

6. Toegankelijkheid van de mededingingsregels

De SER adviseert de minister om gezamenlijk met de ACM en met het bedrijfsleven en andere stakeholders verdere stappen te zetten in de toegankelijkheid en leesbaarheid van de mededingingsregels voor bedrijven die duurzaamheidsafspraken willen maken. Voor betrokken bedrijven en stakeholders is het belangrijk dat op korte termijn meer duidelijkheid komt over de ruimte voor gezamenlijke duurzaamheidsinitiatieven.

Belang van duidelijkheid

De SER benadrukt het belang van meer duidelijkheid over de beoordeling van duurzaamheidsafspraken binnen het mededingingsrecht. Het mededingingsrecht is zeer complex en voor bedrijven moeilijk te doorgronden. Kennis van de wettekst is onvoldoende. Meer dan in andere rechtsgebieden moet men bekend zijn met recente jurisprudentie om zelf tot een juridische beoordeling van een afspraak te kunnen komen.

Dit speelt natuurlijk niet alleen bij duurzaamheidsafspraken. Veel bedrijven moeten gebruik maken van een advocaat en / of consultant om hun afspraken te laten beoordelen. Daar waar het gaat om afspraken die een breder belang dienen, vindt de SER het echter bijzonder problematisch als vooral brancheorganisaties en mkb-bedrijven veel in externe adviseurs moeten investeren. Het zou wenselijk zijn dat partijen ten minste een deel van de beoordeling zelf kunnen uitvoeren, bijvoorbeeld om de reikwijdte van de afspraken en hun onderhandelingsinzet te kunnen bepalen.

Duidelijkheid van de conceptbeleidsregels

De SER waardeert het dat de minister door middel van voorbeelden in de beleidsregel meer duidelijkheid wil geven aan bedrijven. Het blijkt overigens lastig om voorbeelden te geven die voor marktpartijen echt verhelderend zijn. Specifieke voorbeelden zijn doorgaans niet breed toepasbaar.

¹⁰ Australian Competition and Consumer Commission (2013), *Authorisation Guidelines*, Canberra.

¹¹ ACCC (2015) *Determination Application for authorisation A91504*, 29 October 2015.

¹² Maarten Camps (2016) Onzekere wegen naar welvaart, *ESB* (2016) nr. 4275, pp. 6-9.

Positieve veranderingen in de conceptbeleidsregel zijn de nieuwe passages over de door bedrijven aan te leveren data en over de 'Methodologie' (zie hierover ook paragraaf 4.2).

Tegelijkertijd kunnen volgens de SER nog stappen worden gezet bij de toegankelijkheid van de teksten en bij de duidelijkheid van de beleidsregel. De leesbaarheid kan door algemene maatregelen – kortere alinea's, kortere zinnen, heldere opmaak - vergroot worden. Het gaat hierbij onder andere erom dat belangrijke, zelfstandige beoordelingscriteria niet aan het aandacht van de mededingingsrechtelijk ongeschoolde lezer ontsnappen doordat zij in het midden van een lange alinea of tussen voorbeelden 'verdwijnen'.

Publieksversie

Gezien de functie van een beleidsregel zitten grenzen aan de mate waarin de tekst publieksvriendelijk kan worden opgeschreven.

De SER adviseert daarom dat het ministerie van EZ en de ACM in samenwerking met vertegenwoordigers van het bedrijfsleven en stakeholders een apart document – een publieksversie of brochure - opstellen, specifiek gericht op het in begrijpelijke taal toelichten van de voor duurzaamheidsafspraken relevante regels en procedures voor bedrijven en brancheorganisaties.

Bijlage

Het Dagelijks Bestuur van de SER heeft de Commissie Sociaal-Economische Aangelegenheden (Commissie SEA) gemachtigd om deze reactie op de ontwerp-aanpassing van de beleidsregels van de SER uit te brengen. De Commissie SEA heeft de voorbereiding van de reactie aan een werkgroep opgedragen. De samenstelling van deze werkgroep was als volgt:

Samenstelling van de werkgroep

prof. dr. B.E. (Barbara) Baarsma (voorzitter, kroonlid van de SER)
drs. M. (Mariet) Feenstra (VNO-NCW/MKB-Nederland)
prof. dr. A. (Anna) Gerbrandy (onafhankelijk deskundige)
drs. G. (Gerard) van der Grind (LTO Nederland)
drs. A.P.C.M. (Nic) van Holstein (VCP)
drs. M. (Michiel) Karskens (Consumentenbond)
mr. M. (Marga) Robesin (Stichting Natuur en Milieu)
prof. dr. E.J.J. (Hans) Schenk (kroonlid van de SER)
L.M. (Lucia) van Westerlaak (FNV)

Ministeriële vertegenwoordigers:

J.E. (Jurian) Muller (EZ)
A. (Aline) van Veen (BuZa); E. (Elske) van Efferink (BuZa)

Secretariaat:

dr. M. (Michaela) Drahos (tot 1 december 2015)
drs. N. (Nikolai) Bloem
drs. M.G. (Marko) Bos

De Commissie SEA heeft deze reactie in haar vergadering van 26 januari 2016 vastgesteld.