

REACTIE FNLI EN CBL CONSULTATIE BELEIDSREGEL MEDEDINGING EN DUURZAAMHEID

28 JANUARI 2016

Dit document vormt een gemeenschappelijke reactie van de Federatie Nederlandse Levensmiddelen Industrie (*FNLI*) en het Centraal Bureau Levensmiddelenhandel (*CBL*) (gezamenlijk aangeduid als *Partijen*) op de consultatie met betrekking tot de Beleidsregel mededinging en duurzaamheid. De consultatieversie Beleidsregel mededinging en duurzaamheid zal worden aangeduid als *de Consultatieversie*.

Partijen hechten groot belang aan duurzaamheidsinitiatieven en zijn erkentelijk voor de mogelijk te kunnen reageren in het kader van de consultatie. Partijen ondersteunen het streven van het Ministerie van Economische Zaken de totstandkoming van duurzaamheidsinitiatieven niet onnodig te beperken, door onduidelijkheid met betrekking tot mogelijke strijd met de Mededingingswet (*Mw*) zo veel mogelijk weg te nemen. Partijen zijn beschikbaar voor een nadere toelichting.

1. **Vraag 1: Biedt de aangepaste beleidsregel (zowel artikelen als toelichting) meer duidelijkheid en handvatten om duurzaamheidsinitiatieven binnen het mededingingskader vorm te geven en een self assessment uit te voeren? Indien u van mening bent dat de aangepaste beleidsregel minder duidelijkheid en handvatten biedt, licht toe hoe dit verbeterd zou kunnen worden.**
 - 1.1 De Consultatieversie is een duidelijke verbetering van de bestaande beleidsregel¹, met name omdat duidelijk wordt gemaakt dat afspraken in zijn geheel moeten worden bekeken (art. 2 sub a) en de voordelen voor de samenleving als geheel dienen te worden meegewogen (art. 2 sub b), waaronder de gevolgen voor derden die het product niet zelf afnemen. Het valt Partijen hierbij op dat de toelichting vermeldt: “*Vanwege de nationale werking van deze beleidsregel is de focus hierbij op de Nederlandse samenleving.*”² Het verdient de voorkeur om de beperking tot Nederland te verwijderen, aangezien duurzaamheidsinitiatieven in veel gevallen effect kunnen sorteren buiten Nederland. Dit geldt bijvoorbeeld doorgaans voor maatregelen om productie milieuvriendelijker te laten verlopen of om kinderarbeid tegen te gaan.
 - 1.2 Voorts zijn nuttig de voorbeelden van bewijzen en onderbouwing die kunnen worden gebruikt bij het beoordelen van duurzaamheidsinitiatieven, zoals vermeld op blz. 8 en de bevestiging op blz. 8 en 9 dat onderbouwing zowel kwantitatief als kwalitatief kan zijn.
 - 1.3 De Consultatieversie lijkt de Willingness to Pay (*WtP*) methode als *enige* toets te diskwalificeren. Dit volgt onder meer uit de kanttekeningen die worden geplaatst bij de geschikt- en robuustheid van de *WtP* methode in de toelichting op blz. 11. De *WtP*

¹ Besluit van de Minister van Economische Zaken van 6 mei 2014, nr. WJZ / 14052830, houdende 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, Nr. 13375, 8 mei 2014.

² Consultatieversie Beleidsregel mededinging en duurzaamheid, blz. 9.

methode vervulde een centrale rol in de publicatie van ACM met betrekking tot de Kip van Morgen, specifiek bij de beoordeling van het aspect dierenwelzijn.³

- 1.4 Partijen onderschrijven die kanttekeningen en nemen als uitgangspunt dat de WtP methode niet als enige toetsingskader kan worden gehanteerd. De uitkomsten lijken kwetsbaar en de methode biedt geen ruimte om alle in de Consultatieversie en de toelichting genoemde belangen mee te wegen, waaronder met name de belangen van niet-afnemers en voordelen die zich op de langere termijn zullen realiseren. De toelichting bij de Consultatieversie vermeldt met betrekking tot de WtP methode: *“Hierdoor is het verstandig om meerdere methoden toe te passen om een zo realistisch mogelijk beeld te krijgen van de waardering van een gebruiker voor een concreet immaterieel goed.”*⁴ Vermoedelijk wordt hiermee bedoeld dat de WtP methode als enige toets onvoldoende is, bij het beoordelen van een duurzaamheidsinitiatief. Partijen stellen voor dit explicieter te maken, zodat toetsing van (een aspect van) een duurzaamheidsinitiatief niet uitsluitend op grond van een WtP methode plaats zal vinden.
- 1.5 Partijen achten van belang dat de Consultatieversie wordt afgestemd met de Europese Commissie, om het risico op mogelijke interventies van de Europese Commissie wegens strijd met Europese recht in concrete zaken waar de beleidsregels worden toegepast zo veel mogelijk te beperken.

Procedurele waarborgen

- 1.6 De Consultatieversie biedt te weinig (procedurele) waarborgen dat alle onderwerpen en belangen genoemd in art. 2 en de toelichting daadwerkelijk op voldoende zorgvuldige en transparante wijze worden onderzocht, getoetst en gemotiveerd in een besluit of informele zienswijze, wat met name relevant is wanneer een duurzaamheidsinitiatief door ACM wordt afgekeurd.
- 1.7 Dit wordt geïllustreerd door de publicatie van ACM met betrekking tot de Kip van Morgen. Ook op grond van de bestaande beleidsregel kan de vraag worden gesteld of de WtP methode de belangen van toekomstige consumenten en generaties – die volgens de bestaande beleidsregel dienen te worden meegewogen – kan ondervangen, aangezien het de vraag is of bestaande consumenten bereid zijn daar waarde aan toe te kennen en die waarde op juiste wijze reflecteren in een WtP. Niettemin is het afkeuren van het Kip van Morgen initiatief, althans de per saldo negatieve waarde die werd toegekend aan het aspect van de voorgestelde verbetering van de dierenwelzijn, door ACM primair gebaseerd op de WtP toets. Datzelfde geldt voor het first-mover-disadvantage, dat reeds door de bestaande beleidsregel als relevante overweging wordt benoemd maar waarbij niet uit de publicatie van ACM volgt dat deze grondig is onderzocht of gemotiveerd. Ook nam ACM in de Kip van Morgen analyse kennelijk aan dat kostenstijgingen volledig zouden worden doorberekend en is uit de publicatie niet af te leiden dat (voldoende) is onderzocht of gemotiveerd in hoeverre voldoende restconcurrentie over

³ Analyse ACM van duurzaamheidsafspraken ‘De Kip van Morgen’, ACM/DM/2014/206028.

⁴ Consultatieversie Beleidsregel mededinging en duurzaamheid, blz. 11.

zou blijven met betrekking tot concurrentieparameters anders dan het duurzaamheidsaspect.

- 1.8 Het is tegen die achtergrond onzeker of in toekomstige zaken deze onderwerpen, evenals de aanvullende belangen en overwegingen die de Consultatieversie aan het toetsingskader toevoegt, voldoende zullen worden gebruikt, zonder aanvullende waarborgen die de toezichthouder daartoe verplichten. Het is derhalve van belang dat een lid 2 aan artikel 2 wordt toegevoegd, waarin voor ACM een verplichting is opgenomen om te onderzoeken en te onderbouwen waarom niet aan de voorwaarden genoemd in sub (a) tot en (d) voldaan is. Daarmee ontstaat een zwaardere onderzoeks- en motiveringsplicht, die het mogelijk lastiger maakt om duurzaamheidsafspraken af te wijzen en in ieder geval zorgt dat naarmate meer besluiten en/of zienswijzen worden vastgesteld meer handvatten voor marktpartijen ontstaan die kunnen worden gebruikt bij een *self assessment*. Het voorstel is mede geïnspireerd door het oude art. 1.3 lid 4 Telecommunicatiewet, waarin op OPTA een verzwaarde motiveringsplicht rustte, indien een besluit zou worden genomen *“dat aanzienlijke gevolgen voor de desbetreffende markt heeft”*. Gezien het maatschappelijke belang van duurzaamheidsafspraken, lijkt een verzwaarde motiveringsplicht bij veronderstelde strijd met de Mededingingswet aangewezen.
- 1.9 Partijen hebben daartoe ter overweging hieronder een tekstvoorstel voor een nieuw art. 2 lid 2 opgenomen: *“Indien de Autoriteit Consument & Markt een zienswijze geeft of een besluit neemt, dat betrekking heeft op mededingingsbeperkende afspraken die zijn gemaakt ten behoeve van duurzaamheid, waarbij wordt geoordeeld dat aan bovenstaande voorwaarden niet is voldaan, onderzoekt en onderbouwt de Autoriteit Consument & Markt, onder andere op basis van een verantwoording van de voorzienbare relevante gevolgen, zowel in kwalitatieve, als voor zover redelijkerwijs mogelijk in kwantitatieve zin waarom deze afspraken niet aan de voorwaarden (a) tot en met (d) voldoen.”*
- 2. Vraag 2: Zou de aangepaste beleidsregel ook moeten worden gebaseerd op artikel 6, eerste lid, Mededingingswet (kartelverbod) door gebruik te maken van de zogenoemde leer van de inherente beperkingen? Wat zijn hierbij volgens u de voor- en nadelen? Licht toe, wanneer u van mening bent dat de beleidsregel ook op artikel 6 eerste lid moet worden gebaseerd, hoe dit volgens u concreet vorm zou moeten krijgen.**
- 2.1 De meest aangewezen interpretatie van de jurisprudentie met betrekking tot de leer van de inherente beperkingen lijkt voornamelijk dat “inherent” zeer afhankelijk is van de concrete omstandigheden van een zaak. Beleidsregels lijken zich in het licht van deze leer moeilijk te lenen voor een concreet toetsingskader dat door ACM daadwerkelijk kan worden toegepast of door marktpartijen kan worden gebruikt bij de beoordeling van initiatieven.

- 2.2 Uit de arresten Wouters⁵ en Meca-Medina⁶ van het Europese Hof van Justitie volgt dat een beperking van de mededinging uitsluitend geen inbreuk van art. 101 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (*VWEUU*) oplevert, indien de beperking onvermijdelijk is en onlosmakelijk verbonden is met het doel dat met de getoetste regeling nagestreefd wordt. Zonder de beperking kan de doelstelling niet worden gerealiseerd.
- 2.3 In de zaak Wouters was het doel van de regeling (een verordening van de Orde van Advocaten die een geïntegreerd partnerschap tussen accountants en advocaten verbodt) het waarborgen van de onafhankelijkheid en het beroepsgeheim van advocaten. De geconstateerde beperking van de mededinging, namelijk de beperking dat advocaten en accountants niet langer in een maatschap werkzaam kunnen zijn, is inherent aan dat doel, in die zin dat deze onvermijdelijk en onlosmakelijk verbonden met het doel van de regeling zijn.
- 2.4 In Meca-Medina stonden anti-dopingregels van het Internationaal Olympisch Comité centraal. Ook hier is evident dat anti-dopingregels inherent zijn op de hiervoor beschreven wijze aan de doelstelling van de regeling, namelijk *“dopingbestrijding met het oog op een eerlijk verloop van de sportcompetitie, en dat daartoe ook de gelijke kansen van de sporters, hun gezondheid, de integriteit en de objectiviteit van de competitie alsook de ethische waarden in de sport moeten worden gewaarborgd.”*
- 2.5 Na Wouters en Meca-Medina volgden enkele uitspraken van het Hof die een ruimere toets proportionaliteits- en noodzakelijkheidstoets lijken te bevatten, maar dit is mogelijk beïnvloed doordat het Hof (alsnog) strijd met art. 101 VWEU constateerde⁷ en/of doordat nadere toetsing door de nationale rechter noodzakelijk werd geacht.⁸ Voorts heeft het Gerecht de strikte Wouters-toets recentelijk herhaald.⁹
- 2.6 Tegen deze achtergrond is er vooralsnog onvoldoende aanleiding om te veronderstellen dat de Europese Commissie en/of de Unie-rechters bereid zullen zijn de leer van de inherente beperkingen op ruime schaal toe te passen op beperkingen die samenhangen met duurzaamheid. Bij het opstellen van de aangepaste beleidsregel dient rekening te worden gehouden met deze terughoudendheid, aangezien duurzaamheidsinitiatieven vaak een interstatelijk effect zullen hebben. Langdurige discussies over mogelijke strijd met het Europese mededingingsrecht dienen onder alle omstandigheden te worden voorkomen. Ook de nationale rechter lijkt overigens erg terughoudend.¹⁰

⁵ Hof van Justitie, zaak C-309/99, Wouters, 19 februari 2002.

⁶ Hof van Justitie, zaak C-519/04P, Meca-Medina, 18 juli 2006.

⁷ Hof van Justitie, zaak C-1/12, OTOC, 28 februari 2013; en gevoegde zaken C-184/13, C-187/13, C-194/13, C-195/13 en C-208/13, API, 4 september 2014.

⁸ Hof van Justitie, zaak C-136/12, Consiglio nazionale dei geologi, 18 juli 2013; en gevoegde zaken C-94/04 en C-202/04, Cipolla, 5 december 2006.

⁹ Gerecht, zaak T-90/11, Ordre national des pharmaciens (ONP), 10 december 2014.

¹⁰ Hof Arnhem, De Nieuwe Heuvel B.V. tegen Koninklijke Vereniging ‘Het Friesch Paarden-Stamboek’, zaaknummer 200.002.794, 17 november 2009. In casu zag de terughoudendheid niet op een ruimere interpretatie van het vereiste van inherentie – dat door het Hof niet is getoetst – maar was het Hof reeds van mening dat het

- 2.7 Het is voorts onzeker in hoeverre in het kader van de leer van de inherente beperkingen dient mee te spelen of een publiek belang een wettelijke basis heeft.
- 2.8 Vanwege de mogelijke afwezigheid van discretionaire bevoegdheid bij het beoordelen van een regeling in het kader van de Wouters-toets – een beperking is inherent of is dat niet – is op dit moment niet evident welke overwegingen met betrekking tot een inhoudelijke toetsing een beleidsregel daaromtrent zou kunnen bevatten, die rechtsonzekerheid bij marktpartijen in voldoende mate weg kan nemen.
- 2.9 Niettemin laat een beleidsregel die beperkt is tot art. 6 lid 3 Mw de mogelijkheid voor ACM open om (ook) te toetsen of een duurzaamheidsinitiatief mogelijk niet in strijd met art. 6 lid 1 Mw als gevolg van de leer van inherente beperkingen. Voorgesteld wordt in de toelichting bij de aangepaste beleidsregel de procedurele waarborg op te nemen dat ACM dit zal toetsen. Gezien de vooralsnog zeer beperkte jurisprudentie die in het kader van de leer van inherente beperkingen beschikbaar is, biedt een verwijzing naar deze leer marktpartijen echter niet of nauwelijks extra handvatten voor het uitvoeren van een *self assessment*. Dit beperkt de waarde van de leer op dit moment.
- 2.10 Partijen verwijzen naar de reactie van de SER op de consultatie.¹¹ Partijen zijn betrokken geweest bij die reactie en steunen de oproep van de SER om de mogelijkheden voor een verdere ontwikkeling van de leer van de inherente beperkingen te verkennen.
- 3. Vraag 3: Welke behoeften en wensen bestaan er bij u voor duidelijkheid vooraf of mededingingsbeperkende afspraken t.b.v. duurzaamheid zijn toegestaan? Bijvoorbeeld een (in)formele uitspraak vooraf door de ACM of praktische ondersteuning d.m.v. tools voor betrokken partijen. Graag hierbij aangeven hoe deze duidelijkheid vooraf vormgegeven zou moeten zijn. Benoem hierbij ook de voor- en nadelen.**
- 3.1 Ondernemingen en overige organisaties worden op dit moment geconfronteerd met een restrictieve benadering van ACM met betrekking tot duurzaamheidsinitiatieven, zoals volgt uit de besluiten inzake de Kip van Morgen en het Energieakkoord. Marktpartijen zijn daarom op dit moment terughoudend om nieuwe duurzaamheidsinitiatieven te starten. De Consultatieversie biedt vermoedelijk meer ruimte om duurzaamheidsinitiatieven in overeenstemming met het mededingingsrecht te laten zijn, maar het is vooralsnog onduidelijk hoe ACM dit zal toepassen. Voorts noemt de Consultatieversie de verscheidene kwantitatieve en kwalitatieve bewijsmiddelen die bij toetsing van een duurzaamheidsinitiatief betrokken kunnen worden, waardoor het voor marktpartijen vooraf onzekerder wordt hoe de uitkomst van een toetsing door ACM uit zal vallen.

nagestreefde doel van de regeling niet hetzelfde belang toekwam als de doelstellingen in Wouters en Meca-Medina.

¹¹ Beschikbaar via <http://www.ser.nl/nl/actueel/nieuws/2010-2019/2016/20160127-reactie-beleidsregel-mededinging-duurzaamheid.aspx>

- 3.2 Marktpartijen hebben daardoor belang bij het verkrijgen van een informele zienswijze van ACM met betrekking tot een voorgenomen duurzaamheidsinitiatief. Zonder die mogelijkheid is het niet aannemelijk dat er veel nieuwe duurzaamheidsinitiatieven die mogelijk de mededinging beperken van de grond zullen komen.
- 3.3 ACM zal vermoedelijk terughoudend zijn om zienswijzen te geven of besluiten vast te stellen. Het is daarom van belang dat de aangepaste beleidsregel een verplichting bevat voor ACM om binnen bepaalde voorwaarden een duurzaamheidsinitiatief te beoordelen.
- 3.4 Daartoe hebben Partijen hieronder een voorstel voor een nieuw artikel opgenomen: *“Bij de toepassing van het bepaalde in artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet op mededingingsbeperkende afspraken die zijn gemaakt ten behoeve van duurzaamheid verstrekt de Autoriteit Consument en Markt in beginsel een zienswijze of neemt een besluit, met betrekking tot ieder voldoende concreet duurzaamheidsinitiatief, indien deze zienswijze of het besluit wordt gevraagd door een belanghebbende en de afspraken effect sorteren op de gehele relevante markt.”*
- 3.5 In plaats van, of in aanvulling op, informele zienswijzen kunnen eventueel toezeggingsbesluiten worden gehanteerd.
- 3.6 Algemene “tools”, zoals aanvullende richtsnoeren of voorbeelden, aangereikt door het Ministerie van Economische Zaken of ACM, zullen de behoefte aan rechtszekerheid onvoldoende kunnen adresseren, aangezien de beoordeling van een duurzaamheidsinitiatief zeer casuïstisch is en toetsing vooraf van een individueel initiatief derhalve nodig is. Naar verwachting zal de rechtsonzekerheid geleidelijk afnemen naarmate ACM meer zienswijzen verstrekt, mits de zienswijzen voldoende gedetailleerd zijn en alle criteria van art. 6 lid 3 behandelen, zoals hiervoor voorgesteld.
- 3.7 Een nadeel van een verplichting voor ACM om binnen de genoemde voorwaarden informele zienswijzen te verstrekken is dat hierdoor de werklast voor de toezichthouder toeneemt. Niettemin lijkt dit een noodzakelijke investering om nieuwe duurzaamheidsinitiatieven te bewerkstelligen en meer relevante methodes te ontwikkelen voor de beoordeling van deze initiatieven. De voorwaarden genoemd in paragraaf 3.4 zullen de hoeveelheid te behandelen aanvragen vermoedelijk beperken.
- 4. Vraag 4: Welke alternatieven of mogelijkheden, naast de aanpassing van deze beleidsregel, ziet u om duurzaamheidsinitiatieven mogelijk te maken? Licht toe hoe dit concreet vorm zou moeten krijgen en benoem daarbij ook de voor- en nadelen.**
- 4.1 De overheid kan zich bereid tonen om duurzaamheidsinitiatieven om te zetten in wetgeving. Europees recht belet niet dat de wetgeving wordt voorbereid door private partijen. Strijd met de nuttig effect doctrine op grond van art. 4 lid 3 Verdrag betreffende de Europese Unie kan worden voorkomen indien alle stakeholders betrokken worden bij de totstandkoming van een initiatief en de overheid private afspraken (marginaal) toetst en/of daar invloed op uitoefent om een publiek karakter te waarborgen. De

overheid kan aldus tot stand gekomen regelingen bijvoorbeeld algemeen verbindend verklaren.

- 4.2 Dit voorkomt rechtsonzekerheid en de noodzaak een duurzaamheidsinitiatief te toetsen aan de strenge voorwaarden van art. 6 lid 3 Mw.
- 4.3 Ten slotte is het van belang dat de overheid bestaande bindende normen en verplichtingen in nationale en internationale regelgeving, waaronder afspraken op het gebied van (internationaal) maatschappelijk verantwoord ondernemen, beter handhaaft. Het gebrek aan effectieve handhaving dwingt marktpartijen in aanvulling op reeds bestaande bindende regelgeving privaatrechtelijke afspraken te maken en samenwerkingsverbanden aan te gaan om de door de regelgeving nagestreefde doelen te realiseren. Daardoor ontstaat het risico op strijd met het mededingingsrecht terwijl bij een effectieve handhaving van de bestaande regelgeving dat risico achterwege zou kunnen blijven.